

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Bruna Pantojo De Souza

**O DANO PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO:
A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA
INSTAURADA PELA COVID-19**

São Paulo

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Bruna Pantojo De Souza

**O DANO PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO:
A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA
INSTAURADA PELA COVID-19**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho. sob a orientação da Professora Dra. Cristina Paranhos Olmos.

São Paulo

2021

Banca Examinadora

RESUMO

O presente trabalho visa discorrer sobre os diferentes posicionamentos acerca da responsabilidade do empregador em indenizar os danos gerados na fase que antecede ao contrato de trabalho, ocasionados pela expectativa da criação da vaga de emprego. Analisar-se-á também os requisitos necessários à responsabilização do empregador. Atualmente já existem condenações em indenizações por danos morais em decorrência de prejuízos que o cancelamento de vagas de emprego ocasiona ao empregado, entretanto verifica-se uma divergência jurisprudencial quanto ao tema, bem como a exigência de alguns requisitos criados pela jurisprudência trabalhista para tal reconhecimento. Com o estudo da responsabilidade civil do empregador, da função social da empresa e do poder diretivo do empregador, surge a grande celeuma jurídica no que tange às indenizações sem que haja a concretização do vínculo de emprego entre as partes, numa fase denominada pré-contratual. No mesmo sentido, em decorrência da fragilidade da economia brasileira e dos grandes desafios trazidos com a pandemia da Covid-19, o presente trabalho trará a reflexão da possibilidade ou não da flexibilização dos danos pré-contratuais eventualmente ocasionados com os inúmeros cancelamentos de vagas e contratações.

Palavras chaves: Dano pré-contratual. Responsabilidade. Cancelamento de vaga. Requisitos. Polêmica jurisprudencial. Pandemia. Economia. Flexibilização. Flexibilização da Responsabilidade.

ABSTRACT

The present work will be discuss the different positions of the employer's responsibility to indemnify the damages generated in the phase that precedes the employment contract, caused by the expectation of the creation of the job vacancy. The requirements for employer's accountability will also be analyzed. Currently, there are already convictions in indemnities for moral damages as a result of losses that the cancellation of job vacancies causes to the employee, however, there is a divergence in jurisprudence on the subject, as well as the requirement of some requirements created by labor jurisprudence. With the study of the employer's civil liability, the social function of the company and the governing power of the employer, there is a great legal stir with regard to indemnities without the employment bond between the parties, in a phase called pre-contractual. In the same sense, due to the fragility of the Brazilian economy and the great challenges brought about by the Covid-19 pandemic, the present work will reflect on the possibility or not of the flexibility of the pre-contractual damages eventually caused by the numerous cancellations of vacancies and hiring.

Key words: Pre-contractual damage. Responsibility. Cancellation of vacancy. Requirements. Jurisprudential controversy. Pandemic. Economy. Flexibilization. Flexibility of Responsibility.

Sumário

Introdução.....	7
1. Breve Síntese acerca da culpa como requisito essencial à Responsabilidade Civil.....	9
1.1. Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	11
1.2. Responsabilidade Contratual.....	13
1.3. A Responsabilidade do Empregador.....	15
2. A boa-fé nas relações de trabalho.....	24
3. A função social da empresa.....	28
4. A fase pré-contratual.....	32
4.1. O Dano moral e a responsabilização do empregador na fase pré-contratual.....	34
4.2. Entendimento jurisprudencial.....	37
4.3. O Valor Indenizatório atribuído ao Dano Pré-Contratual.....	41
5. Os efeitos econômicos da pandemia no Brasil.....	45
6. A Flexibilização da Responsabilidade do empregador na fase pré-contratual.....	48
7. Conclusão.....	51
8. Referências.....	53
8.1. Bibliografia literária.....	53
8.2. Bibliografia eletrônica.....	53
8.3. Jurisprudências.....	56

Introdução

O Direito Civil traz diversas regulamentações acerca da possibilidade de responsabilização daquele que gera um dano a outrem.

Não só na esfera material, nosso ordenamento jurídico também estabelece a reparação de dano moral, isto é, uma indenização que vise reparar danos morais, no íntimo, sofridos pelo outro.

Neste diapasão, o presente trabalho passará pelo estudo acerca dessa responsabilidade civil e seus requisitos, como por exemplo a necessidade da culpa ou não para nascer o direito à indenização.

Trazendo para o âmbito do direito do trabalho, tem-se o contrato de trabalho propriamente dito, o qual gera obrigação dos contratantes antes, durante e também depois de sua formalização, o que se denomina dano pré-contratual e pós-contratual.

Para a responsabilização pré-contratual, objeto do presente estudo, necessário se faz com que haja a observância de alguns critérios, como por exemplo a quebra do exercício da boa fé objetiva pelas partes. Bem como o empregador deve observar a função social que da empresa, antes de quebrar essa expectativa de contratação ou até mesmo antes de violar o íntimo do candidato nessa fase pré-contratual.

Isto é, temos que no direito do trabalho se houver uma expectativa de contratação, uma fase de negociação do vínculo de emprego, a qual gere danos ao empregado, seja pelo cancelamento da vaga ou por humilhações ou até mesmo prejuízos como por exemplo seu pedido de demissão de um trabalho atual para vaga de emprego que posteriormente venha a ser cancelada, é necessário que haja a reparação de dano moral pelo dano pré-contratual sofrido.

Entretanto, desde março de 2020, com a instauração do estado emergencial pela pandemia da COVID-19, é necessário que se analise a possibilidade de flexibilização da responsabilidade do empregador pelo cancelamento de vagas de emprego outrora divulgadas.

Importante elucidar em quais casos seria razoável a flexibilização desse dano gerado aos empregados com a crise econômica que se instaurou no

Brasil e no mundo todo, não podendo esses reflexos econômicos, não esperados pelos empresários, serem objeto de responsabilização.

Importante mencionar que a análise do tema em questão é em boa parte casuística, sendo que se deve observar todos os pontos relevantes que serão levantados sobre o tema para se analisar caso a caso qual o melhor caminho a seguir, ainda que em relação a flexibilização, eis que existem hipóteses em que, entende-se que deve haver e hipóteses em que não.

1. Breve Síntese acerca da culpa como requisito essencial à Responsabilidade Civil.

Inicialmente, antes de adentrarmos ao núcleo do tema que se quer discorrer no presente estudo, necessário se faz alguns apontamentos iniciais acerca da Responsabilidade Civil, eis que muito de sua doutrina serve como base estrutural para a responsabilização pré-contratual aplicada ao direito do trabalho.

A Responsabilidade civil esta contida no Título IX do Código Civil Brasileiro, a partir do art. 927, *in verbis*: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*”¹

Em apertada síntese, a regra geral para a obrigação de reparação é que se verifique a culpa no ato praticado, isto é, historicamente o dever de reparar o dano ocasionado sempre esteve diretamente relacionado à culpa.

O Código Civil de 2002, ainda que tenha trazido como regra geral a necessidade da culpa, consagrou expressamente no parágrafo único do mencionado art. 927 a possibilidade de responsabilização sem a necessidade da demonstração da culpa, o que à época não era algo consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, surgindo assim o desmembramento em responsabilidade objetiva e subjetiva

Carlos Roberto Gonçalves explica em sua obra sobre responsabilidade e a necessidade da culpa para a responsabilização civil e o surgimento da hipótese da responsabilização sem culpa, vejamos:

“O atual Código Civil manteve o princípio da responsabilidade com base na culpa, definindo o ato ilícito no art. 186, *verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. No art. 927, depois de estabelecer, no caput, que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, dispôs, refletindo a moderna tendência, no parágrafo único, *verbis*: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Adotou, assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova,

¹ CIVIL, Código. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acessado em 22 de Outubro de 2020.

exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano.”²

O Douto Professor Flávio Tartuce, também menciona em sua obra origens históricas internacionais para justificar o requisito essencial da responsabilização civil, a culpa. Observe-se a citação histórica que faz em seu livro:

“Passando-se para a modernidade, a culpa foi elemento estruturante de muitas codificações que surgiram à época. Dentre todas destaca-se a codificação francesa de 1804, o Código de Napoleão, norma que respaldou muitas outras como marco teórico fundamental. O art. 1.382 do Code é claro ao exigir a culpa como elemento da responsabilidade civil, enunciando que todo ato de homem que cause dano a terceiro obriga o responsável que agiu com culpa a repará-lo. Conforme a sua redação, “tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Apesar da controvérsia a respeito da menção expressa à culpa nesse dispositivo, extrai-se de Caio Mário da Silva Pereira a afirmação de que o comando francês enuncia um princípio geral, “obrigando a reparar todos os danos que uma pessoa causar a outra por sua culpa”.¹⁸ No mesmo sentido, Alvin Lima leciona que “o princípio fundamental da responsabilidade pessoal extracontratual ou aquiliana consubstanciado no art. 1.382 do Código Civil francês é a culpa do agente causador do dano lesando o direito de terceiro”.¹⁹ Partindo-se para uma análise interna nacional, não há dúvida de que o Código francês em muito influenciou o Código Civil brasileiro de 1916, o qual, em seu art. 159, previa que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Essa influência é marcante na própria anotação de Clóvis Beviláqua, que faz referência, além do Código francês, aos Códigos dos seguintes países, vigentes à época: Itália, Espanha, Argentina, Alemanha, Suíça, Chile, Uruguai, Portugal, México, Japão, Bolívia, Peru e Venezuela.²⁰ Outros dispositivos do então Código Civil brasileiro estruturavam a responsabilidade civil na culpa, como aqueles relacionados ao inadimplemento das modalidades obrigacionais e à responsabilidade contratual, caso dos arts. 865, 867, 870, 879 e 883 da Lei Geral Privada anterior.”³

Ou seja, a responsabilização pelo dano causado possui algumas finalidades trazidas pela doutrina como a função compensatória, sancionatória e preventiva, conforme citação ao autor italiano Pier Giuseppe Monateri feita no livro do doutrinador Flávio Tartuce.⁴

A compensatória estaria relacionada a necessidade de compensação de um dano, isto é a transmissão dos custos gerados pelo dano ao ofensor ou gerador do dano.

A sancionatória estaria relacionada a um desestímulo àquele infrator das regras, sejam elas contratuais ou legais, numa função que alguns doutrinadores

² ROBERTO, Gonçalves, C. *Responsabilidade Civil*. Editora Saraiva, 2019. p. 48

³ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. Grupo GEN, 2020. p. 2

⁴ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. Grupo GEN, 2020. p. 59

denominam também como pedagógica. Isto é, ensinar ao causador do dano que não se pode continuar agindo daquela maneira, eis que será sempre responsabilizado.

Já a função preventiva direciona ao entendimento de que o dano deve sempre ser reparado, demonstrando que condutas ofensivas não são admitidas.

Estas seriam as funções principais da responsabilização civil trazida por alguns autores do direito civil. Entretanto, não se pode limitar apenas a responsabilizações acima mencionadas, eis que de acordo com a evolução da humanidade e a pós modernidade alguns autores acreditam que essas funções estão em constante modificação.

Vejamos as palavras de Flavio Tartuce na conclusão histórica da responsabilidade civil:

“[...] é precisa a advertência feita por Nelson Rosenvald, no sentido de que, “face à prolatada plasticidade da responsabilidade civil, reconhecemos que tratar de suas funções é caminhar em terreno pantanoso, sujeito a surpresas e deslizos, pois a sociedade em que vivemos se encontra em constante ebulição. O tratadista da responsabilidade corre o risco de se desatualizar, pois as ideias perdem a validade (ou já nascem velhas!) tamanha a celeridade dos acontecimentos que se atropelam na pós-modernidade”.¹⁴¹ Tem ele total razão. Para não me desatualizar, portanto, sempre acompanharei, nas edições sucessivas desta obra, outras funções atribuídas à responsabilidade civil.”⁵

Isto é, em grande suma, todo ato que gere danos a outrem deve ser indenizado, sendo que a culpa sempre foi elemento essencial para a responsabilização no direito civil brasileiro, havendo uma amplificação nesse entendimento a partir da publicação do Código Civil de 2002, o qual trouxe a possibilidade da responsabilização independentemente da culpa, denominada na doutrina de responsabilidade objetiva.

1.1. Responsabilidade objetiva e subjetiva

Conforme acima mencionado, a culpa sempre fez parte da teoria clássica do direito civil, sendo considerada elemento indispensável da obrigação de reparar, tal teoria também denominada de teoria da culpa, é chamada comumente de teoria subjetiva.

⁵ TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2020. p. 59

Isto é, a culpa do agente é pressuposto indispensável para o efeito de reparar, se não houve dolo ou culpa não há responsabilidade.

De outra sorte, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, trouxe a hipótese da responsabilização sem a observância do elemento culpa para determinadas pessoas em determinadas situações.

Explica-se.

É cediço que um dos requisitos para a responsabilização é o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido. Para a teoria da responsabilidade objetiva, a responsabilização prescinde de culpa, isto é, havendo o dano e o nexo causal, surge imediatamente o direito de indenizar.

Todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa⁶.

Tal teoria é denominada teoria do risco, eis que o direito de indenizar está pautado no fundamento de que toda pessoa que exerce uma atividade cria um risco de dano para outrem. Isto é, necessário se faz a indenização de dano causado por uma atividade realizada em benefício de um terceiro responsável.

Em outras palavras, a responsabilidade sem culpa se dá pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem.

De acordo com a breve explicação acima discorrida, percebe-se que o Código Civil Brasileiro se filiou à teoria subjetiva, eis que admite o dolo e a culpa como requisitos essenciais à reparação do dano e de forma excepcional trouxe a possibilidade de responsabilização sem a demonstração da culpa.

Nesse sentido, priorizando como regra a responsabilização subjetiva, ressalta o autor Caio Mario, *in verbis*:

“... a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente está para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por

⁶ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965. p. 237.

exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso”⁷

Isto é, apenas para situações específicas foi adotada a teoria do risco ou objetiva, através da qual não se faz necessária a prova da culpa para surgir o dever de indenizar.

Carlos Roberto Gonçalves em sua obra sobre responsabilidade civil relaciona as principais leis esparsas que adotaram a tese da responsabilidade objetiva. Vejamos.

“Em diversas leis esparsas, a tese da responsabilidade objetiva foi sancionada: Lei de Acidentes do Trabalho, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 6.453/77 (que estabelece a responsabilidade do operador de instalação nuclear), Decreto legislativo n. 2.681, de 1912 (que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro), Lei n. 6.938/81 (que trata dos danos causados ao meio ambiente), Código de Defesa do Consumidor e outras.”⁸

A ampliação da possibilidade de responsabilização sem o elemento culpa possibilitou ao judiciário de várias áreas do direito a conclusão de que o dano se deu porque não foram empregadas as medidas preventivas necessárias e adequadas à sua não ocorrência, ainda que o agente não tenha realizado com dolo ou culpa.

1.2. Responsabilidade Contratual

O Código Civil brasileiro trouxe a responsabilidade extracontratual, a qual decorre de uma infração do dever legal, nos artigos 186, 187, 188 e 927 e seguintes do Código Civil.

Já nos artigos 395 e seguintes e 389 e seguintes, o diploma civil trouxe a hipótese da responsabilidade contratual.

Em que pese existam doutrinadores que concluam pela não divisão das responsabilidades, defendendo uma tese unitária de tratamento da responsabilidade, a tese dualista é atualmente dominante na doutrina brasileira,

⁷ Instituições de direito civil, 3. ed., Forense, v. 3, p. 507

⁸ Roberto, Gonçalves, C. *Responsabilidade Civil*. Editora Saraiva, 2019. p. 59

assim chamada àqueles que defendem que há uma divisão pelo código brasileiro entre responsabilidade extracontratual e contratual.

No âmbito extracontratual, isto é legal, não há dúvidas de que a responsabilidade do agressor irá ocorrer caso haja o descumprimento da lei, seja ela civil, penal ou ambas.

Carlos Roberto Gonçalves explica:

“Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana.”⁹

No âmbito contratual, o agente descumpre normas avençadas entre as partes do contrato e não um dever legal imposto pelo ordenamento jurídico.

Embora haja a divisão na doutrina majoritária, entende-se que se trata mais de uma divisão didática, eis que existem muitos casos em que a existência de um contrato não é aparente de forma clara.

De qualquer forma, conforme bem salienta Silvio de Salvo Venosa o fundamental é que a responsabilização compreenda todas as regras nas quais o autor de um dano fica obrigado a indenizar, seja ele decorrente de lei ou de normas contratuais. Vejamos.

“[...] não existe na realidade uma diferença ontológica, senão meramente didática, entre responsabilidade contratual e aquiliana. Essa dualidade é mais aparente do que real. O fato de existirem princípios próprios dos contratos e da responsabilidade fora deles não altera essa afirmação. Assim, é possível afirmar que existe um paradigma abstrato para o dever de indenizar. O que permite concluir por uma visão unitária acerca da responsabilidade civil (Visintini, 1999:197). Todas essas assertivas, porém, não impedem que se identifiquem claramente, na maioria dos casos concretos, a responsabilidade derivada de um contrato, de um inadimplemento ou mora, e aquela derivada de um dever de conduta, de uma transgressão de comportamento. Há, sem dúvida, como na maioria dos fenômenos jurídicos, uma zona limítrofe ou cinzenta na qual a existência de um contrato não fica muito clara, como, por exemplo, no transporte gratuito e em algumas situações de responsabilidade médica. O fundamental é ficar assente que o instituto da responsabilidade em geral compreende todas as regras com base nas quais o autor de um dano fica obrigado a indenizar.”¹⁰

Isto é, independente de existir a teoria dualista ou não, já esta consagrado em nosso ordenamento jurídico e pela doutrina civilista brasileira que há

⁹ ROBERTO, Gonçalves, C. Responsabilidade Civil. Editora Saraiva, 2019. p. 61

¹⁰ , VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2. Grupo GEN, 2020. p.15.

a aplicação das regras de responsabilidade civil para infrações contratuais, isto é, uma vez infringidas as regras contratuais pactuadas entre as partes, nasce o direito e o dever de indenização.

Assim, superadas as breves explicações sobre a evolução da necessidade da culpa na responsabilidade civil, a diferenciação da responsabilidade objetiva e subjetiva e o direito de indenizar decorrente de infração contratual, iremos adentrar aos direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho e às relações de emprego, eis que unidos a fundamentação acima discorrida cria-se um melhor entendimento acerca do dano pré-contratual nas relações de trabalho.

1.3. A Responsabilidade do Empregador

Uma vez já discorrido acerca da culpa como elemento indispensável ou não para a caracterização da responsabilidade, bem como amplamente discorrido acerca da responsabilidade contratual que nasce da avença entre duas partes, necessário de faz discorrer acerca da responsabilidade específica do empregador para com seus empregados.

Para iniciarmos o estudo acerca da responsabilidade do empregador, importante realizarmos a análise do art. 932, III do Código Civil, o qual estabelece, *in verbis*:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...];

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Isto é, se faz necessário diferenciar a responsabilidade direta e a indireta do empregador.

A responsabilidade indireta é a trazida pelo artigo acima mencionado, sendo que indiretamente o empregador será responsabilizado por atos que seus prepostos, serviçais ou empregados cometerem em face de terceiros, alheios à relação de emprego.

No que tange a responsabilidade indireta, vamos discorrer brevemente sobre o assunto, eis que não é a responsabilidade que será utilizada no dano pré-contratual.

Vejam os.

Para entender a exata noção do que seja a condição de empregado, serviçal ou preposto, a doutrina destaca a subordinação hierárquica, explicada como a condição de dependência, isto é, a situação daquele que recebe ordens, sob poder ou direção de outrem, independentemente de ser ou não assalariado¹¹

Assim, a legislação brasileira estabeleceu que o empregador, ainda que não esteja diretamente exercendo atos que necessitem reparação, se estes realizados por seus prepostos ou ainda, havendo a relação de subordinação, esta já é suficiente para que a reparação recaia sobre o empregador.

Nesse sentido, o STF expediu uma súmula de número 341, a qual estabelece: *“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”*.

Isto é, aplica-se a teoria objetiva da culpa, para atos praticados pelos prepostos em relação a seus empregadores, não necessitando, portanto, da comprovação de culpa para que haja a responsabilização do causador do dano.

Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra, traz importantes lições acerca do tema, observe-se:

Caio Mário da Silva Pereira igualmente afirma que a responsabilidade indireta do em-pregado percorreu uma curva de cento e oitenta graus, partindo da concorrência de culpa, caracterizada pela culpa in eligendo ou in vigilando; passando pela presunção de culpa do pre-ponente; e marchando para a responsabilidade objetiva (Responsabilidade, cit., p. 105, n. 82). Tais considerações valem, hoje, como reminiscências históricas, pois o Código Civil, como já se afirmou, consagrou a responsabilidade objetiva, independente da ideia de culpa, dos empregado-res e comitentes pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos (art. 933), afastando qualquer dúvida que ainda pudesse existir sobre o assunto e tornando prejudicada a referida Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que se referia ainda à “culpa presumida” dos referidos responsáveis. Resta ao empregador somente a comprovação de que o causador do dano não é seu em-pregado ou preposto, ou que o dano não foi causado no exercício do trabalho que lhe competia, ou em razão dele.

Quando o art. 933 do Código Civil enuncia que os empregadores, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos seus empregados, serviçais e pre-postos, está-se referindo aos atos ilícitos, aos atos culposos em sentido lato, compreendendo a culpa e o dolo do empregado. Havendo dolo ou culpa stricto sensu do empregado na causa-ção do dano, presume-se, ipso facto e de forma irrefragável, a

¹¹ Curso de direito civil, v. 5, n. 214 e 215; Aguiar Dias, Da responsabilidade, cit., v. 2, n. 190; Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade, cit., p. 102, n. 8

responsabilidade (e não a culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva) do empregador¹²

Já em relação à responsabilidade direta, esta equivale a responsabilidade do empregador em face de seus prepostos, serviçais ou empregados.

Isto é, esta diretamente ligada à própria relação de emprego, eis que se trata da responsabilidade de atos que o empregador cometa diretamente em face de seus empregados.

O dano pré-contratual nasce da responsabilidade direta do empregador, eis que se trata da reparação de um ato praticado pelo empregador a um possível futuro empregado e é de cunho subjetivo, necessitando da comprovação da culpa.

Com proeza em suas palavras, Flavio Tartuce traz ensinamentos e citações valiosas em sua obra sobre o tema. Vejamos.

“Na doutrina do Direito do Trabalho, assinala-se que a premissa é encampada por Raimundo Simão de Melo.⁹ Com o mesmo sentir, opina José Affonso Dallegre Neto que “é possível concluir que toda espécie de sinistro, ocorrido em determinado setor empresarial, que se encontra dentro de faixa estatística acima da média na tabela de notificações acidentárias do INSS, será considerada como decorrente de ‘atividade normal de risco’, de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil”.¹⁰ Por tudo isso, deve-se entender que a responsabilidade direta do empregador é, em regra, subjetiva, nos termos do art. 7.º, inc. XXVIII, da Constituição Federal. Eventualmente, presente uma atividade de risco, a que está submetido o empregado, a responsabilidade do empregador poderá ser configurada como objetiva, tratada na segunda parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Essa parece ser a posição majoritária há tempos na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, apesar de resistências iniciais na Corte. Sem prejuízo dos julgados aqui transcritos no Capítulo 7, entende-se que a atividade de motoboy ou de entregador que utiliza motocicletas é de risco, o que não deixa dúvidas. Julgando desse modo: “o entendimento dominante no egrégio TST é no sentido de que, quando a atividade do empregado é exercida com a utilização de motocicleta e ocorre acidente de trânsito, a responsabilização do empregador é objetiva, não dependendo de demonstração de culpa ou dolo. O risco a que está ordinariamente submetido o trabalhador no desempenho de suas funções, deslocando-se constantemente no trânsito com o uso de motocicleta é justamente o de ser abalroado por outro veículo” (TST, AIRR 0002205-15.2013.5.03.0106, 2.ª Turma, Rel. Des. Conv. Cláudio Armando Couce de Menezes, DEJT 27.11.2015, p. 1.010). No mesmo sentido sobre o motoboy, citando expressamente a minha posição doutrinária: “Recurso de revista. Acidente do trabalho. ‘Motoboy’. Dano moral e estético. Responsabilidade objetiva.

¹² ROBERTO, Gonçalves, C. Responsabilidade Civil. Editora Saraiva, 2019. p. 168.

Teoria do risco da atividade. 1. Tese regional, fulcrada na exegese dos artigos 2.º da CLT e 927, parágrafo único, do Código Civil, a afirmar a responsabilidade objetiva, nas atividades em que um dos contratantes exponha o outro a risco, bem como a assunção, pelo empregador, dos riscos da atividade econômica. 2. Prevalecendo nesta Corte compreensão mais ampla acerca da exegese da norma contida no caput do art. 7.º da Constituição da República, revela-se plenamente admissível a aplicação da responsabilidade objetiva à espécie, visto que o acidente automobilístico de que foi vítima o trabalhador – que laborava na função de ‘motoboy’ –, ocorreu no exercício e em decorrência da atividade desempenhada para a reclamada, notadamente considerada de risco. Precedentes. 3. Inviolados os arts. 7.º, XXVIII, da Constituição da República e 186 e 927 do Código Civil. Inespecífico o aresto paradigma coligido. Aplicação das Súmulas 23 e 296 do TST” (TST, Recurso de Revista 59300-11.2005.5.15.0086, 3.ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber, j. 03.08.2011)”¹³

Em resumo, a culpa é necessária para a responsabilização direta do empregador.

Dentro das diversas classificações de responsabilização do empregador, vamos nos limitar a discorrer sobre aquela que está inerente ao tema do presente trabalho, qual seja, o dano moral.

Os fundamentos legais para a reparação, também no âmbito trabalhista, encontram-se no art. 5.º, V e X, da Constituição Federal e no art. 186 do Código Civil, os quais seguem *in verbis*:

*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*¹⁴

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*¹⁵

Carlos Henrique Bezerra Leite, também define o dano moral como sendo uma lesão que emerge da violação de determinados interesses não materiais,

¹³ TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2020. p. 1003.

¹⁴ Código Civil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acessado em 28/03/2021.

¹⁵ Constituição Federal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 28/03/2021.

porém reconhecidos como bens jurídicos protegidos, inerentes à personalidade do ser humano, podendo também alcançar os valores extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou mesmo a uma coletividade, classe, grupo ou categoria de pessoas (danos morais coletivos). Ensina que a reparação do dano moral se encontra difundida e aceita, sobretudo com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, consolidado no já citado art. 5º, V e X da Constituição de 1988.¹⁶

Maurício Godinho Delgado define o dano moral como sendo toda dor psicológica ou física injustamente provocada em uma pessoa humana ou mencionando Satier, coloca como sendo todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária.¹⁷

Inúmeras são as hipóteses trazidas pela doutrina trabalhista para a caracterização de danos morais durante as relações de emprego. Vejamos trecho da obra do Professor Flavio Tartuce.

Entretanto, não é só essa a situação que enseja a presença de prejuízos imateriais suportados pelos trabalhadores. Em obra específica sobre o tema, o Professor Enoque Ribeiro dos Santos expõe uma série de hipóteses fáticas em que o empregado pode sofrer prejuízos à sua personalidade.³⁷ Pela excelência do seu trabalho, achei por bem aqui reproduzi-las: a) comunicação feita pelo empregador a órgão de imprensa de abandono de emprego pelo empregado, mesmo tendo ciência do seu endereço; b) assédio para fins libidinosos, ou seja, o antes exposto assédio sexual; c) anotação em carteira de trabalho da razão de despedida do empregado; d) tornar públicos costumes e vícios do empregado; e) espalhar boatos contra o empregado; f) tratamento desrespeitoso do empregado ou de seus prepostos, em especial os vexatórios; g) fazer acusações infundadas ou mentirosas sobre o empregado; h) emprego de guardas privados, que fazem devassa na vida particular dos trabalhadores; i) fazer alteração no contrato de trabalho que provoque prejuízo moral ao obreiro, caso de um rebaixamento hierárquico que acarreta humilhação; j) difusão de listas de maus empregados, também chamadas de listas negras; k) fazer acusação infundada de conduta do trabalhador, como furto ou roubo de bens; l) demora na entrega de documentação para a aposentadoria do empregado; m) realização de revistas íntimas, de maneira desrespeitosa e indigna; n) prestação de informações desabonadoras do empregado a terceiros; o) prestação de informações inadequadas para abertura de crédito do empregado, denegrindo a sua imagem; e p) prática de crimes de injúria, calúnia e difamação contra o trabalhador.

Em sentido próximo, Vólia Bomfim Cassar destaca que o maior patrimônio do empregado é a sua capacidade laborativa e, sendo assim, geram dano moral os seguintes atos e condutas dos empregadores: a) não dar trabalho ao empregado no curso do contrato, mantendo ele sempre à espera de serviço; b) diminuir a capacidade laborativa do empregado por meio de

¹⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 11ª Edição. Curso de Direito do Trabalho. Editora Saraiva, 2019. p. 66.

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho, Curso de direito do trabalho. 15.ed. São Paulo. Editora LTR, 2016. p. 685

comentários maliciosos; c) dispensar o empregado por imputação de crime e divulgar as informações sobre tal fato; e d) impedir nova colocação do empregado faltoso.³⁹ E acrescenta: “em suma, é abusivo o empregador lançar dúvidas sobre o empregado, seja durante o contrato, antes (pré-contratual) ou em ruptura, a pecha ou descrédito sobre honestidade, moralidade, competência, diligência e responsabilidade no exercício das atribuições profissionais”.¹⁸

Verifica-se que o autor menciona o livro da Professora Vólia Bonfim, sendo que ela já delimita a possibilidade da condenação do empregador a reparação moral para danos causados durante, na ruptura e até mesmo antes da relação se formalizar.

Em relação ao dano moral, é importante destacar, que a Lei 13.467/2017 inseriu na CLT o Título II-A que contém os seguintes artigos:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I – a natureza do bem jurídico tutelado;

II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III – a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

¹⁸ TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2020. p. 1056.

VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

VII – o grau de dolo ou culpa;

VIII – a ocorrência de retratação espontânea;

IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X – o perdão, tácito ou expresso;

XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII – o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação;

I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. § 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

É grande a crítica da doutrina em relação aos citados artigos, alegando que o legislador teria tentado limitar os danos extrapatrimoniais autorizados pela Constituição Federal.

Entretanto, a jurisprudência ainda continua proferindo julgados condenando pelos danos extrapatrimoniais mencionados no início deste capítulo.

Assim, na prática, não se verifica muito prejuízo ao trabalhador, eis que vem sendo indenizado moralmente pelos atos praticados por seus empregadores.

Vejamos a conclusão que Carlos Henrique Bezerra Leite expõem em sua obra:

Por essa razão, pensamos que os arts. 223-A a 223-G devem ser interpretados conforme os valores, princípios e regras da Constituição Federal e do Código Civil, sempre que implicarem melhoria da condição social, econômica e ambiental dos trabalhadores (CF, arts. 1º, 5º, 7º, caput, 200, VIII, e 225). Ademais, o próprio § 1º do art. 8º da CLT já admite a aplicação subsidiária do Código Civil (Direito Comum), razão pela qual é perfeitamente aplicável, in casu, os arts. 927 e seguintes do CC, desde que propiciem, concretamente, a melhoria da condição social dos trabalhadores (CF, art. 7º, caput). O novo art. 223-B da CLT pretende excluir da

apreciação da Justiça do Trabalho tanto o dano moral por exercício de atividade de risco (CC, art. 927, par. único) quanto o dano moral sofrido pelos herdeiros do trabalhador em caso de seu falecimento, bem como o dano moral em ricochete. Em todos esses casos, a Justiça do Trabalho vem condenando em danos morais os ofensores dos direitos da personalidade do cidadão trabalhador ou seus herdeiros (TST, Súmula 392). Na verdade, o legislador reformista confundiu propositadamente direito da personalidade com direito personalíssimo, a fim de reduzir a interpretação e a aplicação das normas que dispõem sobre danos morais no âmbito da Justiça do Trabalho, o que nos parece inconstitucional, por violar a cláusula de separação de poderes e a independência dos órgãos judiciais especializados (juízes e tribunais do trabalho) que integram o Poder Judiciário brasileiro. O art. 223-C da CLT deve ser interpretado sistemática, ampliativa e teleologicamente, de modo a se considerar também outros bens, como a integridade psíquica, a autoestima, o nome, a boa fama, a vida digna de ser vivida, a orientação sexual, a etnia, a idade, a nacionalidade, o gênero, a saúde, o lazer etc.¹⁹

No mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado também criticam as inovações trazidas pela denominada “reforma trabalhista”.

Afirmam que um dos macros aspectos dos artigos acima mencionados consiste na tentativa de descaracterizar um dos avanços humanísticos e sociais mais relevantes da Constituição de 1988, que é o princípio da centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Para sanar tais regressões, apostam numa interpretação científica dos dispositivos em conjunto com o método lógico-racional, sistemático e teleológico fornecidos pela hermenêutica jurídica ao invés de se ater exclusivamente a interpretação literalista.²⁰

Com isso, verificamos que há dois tipos de responsabilização do empregador a direta e a indireta, sendo que a responsabilização por dano moral está classificada dentro da direta, isto é, o empregador age em face do seu próprio empregado, indenizando danos que cometeu para com ele.

No mesmo sentido, verificamos que o dano moral merece ser reparado ainda que na fase pré-contratual e que os novos artigos trazidos pela Lei 13.467/2017, devem ser interpretados de maneira cuidadosa e mais ampliativa.

¹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 11ª Edição. Curso de Direito do Trabalho. Editora Saraiva, 2019. p. 69.

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves, A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei 13.467/2017. Editora LTR. 2017. p. 145 e 146.

Superado os estudos acerca da responsabilidade do empregador, antes de iniciarmos o estudo acerca do dano moral na fase pré-contratual, precisamos entender a função social que a empresa possui, bem como a boa-fé inerente a todas as relações de emprego.

2. A boa-fé nas relações de trabalho

A boa fé não só nas relações de trabalho, mas de uma forma genérica, constitui um padrão de conduta que atrai a confiança, a lealdade e a cooperação, para a realização do bem, por meio da ação.

Pressupõem que todos se comportem de acordo com padrão ético, moral, de confiança e lealdade que se espera do homem comum.

O princípio da boa-fé tem por objetivo estabelecer regras complementares ao acordado pelas partes para integrar o negócio jurídico.

Isto é, tais regras vão obrigar a um comportamento ético, leal e que seja direcionado ao esperado cumprimento das obrigações.

Pela boa-fé, cumpre ao contratante e contratado observar conduta que não é expressa na legislação brasileira, mas esperada socialmente.

No mesmo sentido, outorga ao julgador a obrigação de integração da conduta esperada no caso concreto a partir de critérios encontrados no sistema jurídico, mas que, na maioria das vezes, também não está individualizado na lei.

Orlando Gomes, em sua obra sobre "Contratos", ensina que o direito dos contratos se assenta sobre os princípios da autonomia de vontade, consensualismo e boa-fé.

Isto é, o princípio da boa-fé está diretamente ligado a interpretação do contrato do que com a sua estrutura. Vejamos nas palavras do doutrinador:

"Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Por traduzir o interesse social na segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e segurança recíprocas".²¹

No ordenamento jurídico brasileiro o Código Civil menciona sobre a boa-fé em diversos artigos, vejamos o que determina em seu artigo 113 "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

²¹ GOMES, Orlando. Contratos. 26ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Ainda, no art. 422, preconiza que *"Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"*.

No mesmo sentido, ainda trata sobre boa-fé no art. 309, *in verbis* *"O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor"*

Isto é, a boa-fé deve estar presente nas relações pessoais, jurídicas e contratuais sendo inerente a diversas áreas do direito, como processual, civil e inclusive, trabalhista.

Nos dizeres da doutrinadora Vólia Bonfim:

*"num contrato, as partes devem perseguir esse tipo de comportamento, mesmo que esse padrão não esteja previsto na lei ou no contrato. Trata-se de uma espécie de norma de conduta que determina como as partes devem agir quando selam um contrato"*²².

A boa-fé ainda pode ser dividida em objetiva e subjetiva.

De acordo com o trabalho de pesquisa realizado pela Ana Carolina Godoy Tercioti, advogada, especialista em direito e processo do trabalho pela universidade presbiteriana Mackenzie e mestra em educação pela pontifícia universidade católica de campinas:

A objetiva determina que a pessoa siga uma conduta pautada pela ética, com caráter, honestidade, lealdade e probidade. Exige um agir de acordo com os padrões sociais reconhecidos como ideais de conduta considerando os fatos concretos e não a vontade do agente. A

*boa-fé subjetiva comprova o estado de consciência, o psicológico e a íntima convicção do agente. Na sua conduta manifesta sua vontade e crê que ela seja correta acerca do negócio que realiza. Tem noção do conhecimento ou desconhecimento da situação.*²³

O Código Civil de 2002, conforme acima mencionados, prestigiou a boa-fé objetiva, por ser mais fácil a sua constatação.

²² BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho. 13ª ed..Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

²³ TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. Perspectivas do princípio da boa-fé no direito do trabalho. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-168/perspectivas-do-principio-da-boa-fe-no-direito-do-trabalho/>>. Acessado em 05/03/2021

Também é utilizada no direito trabalho e deve ser respeitada no ajuste, na execução e na extinção do contrato de trabalho²⁴.

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani explica:

“A boa-fé objetiva diz com o dever de agir com correção e de maneira honesta, observando os padrões de conduta que a sociedade espera e aguarda de uma pessoa, nos seus compromissos e maneira de agir com os demais, de modo a não frustrar a expectativa de outra pessoa. Assim, a boa-fé objetiva não tem ligação direta com o que se passa no íntimo do indivíduo, mas atine ao seu modo de agir externo, como o faz, no meio em que vive e interage com os outros (...).”²⁵

No mesmo sentido, Plá Rodriguez sustenta:

“A boa-fé, entendida no significado objetivo de cumprimento honesto e escrupuloso das obrigações contratuais, se distingue da boa-fé subjetiva ou psicológica abrangente do erro ou falsa crença.”²⁶

Diante de toda a fundamentação acima exposta, verifica-se que a boa-fé não se trata de uma norma ou uma obrigação, mas sim um princípio que rege todas as relações jurídico trabalhistas e até mesmo outras áreas do direito.

Com isso, chegamos à conclusão de que se espera que ambas as partes da relação de trabalho tenham boa-fé em suas atitudes e ações antes, durante e após o vínculo de emprego, não sendo tolerado pelo nosso ordenamento jurídico atitudes que firam esse princípio norteador.

Inclusive, importante mencionar que há em tramitação no congresso nacional, pendente de aprovação pelo senado federal o projeto de lei nº 8295/2014, apresentado pela Sra. Flávia Morais, que visa acrescentar o parágrafo único ao art. 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, para dispor sobre a boa-fé nas relações de trabalho.

Vejamos *in verbis*:

Art. 1º O art. 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte parágrafo único:

“Art. 1º [...]”

²⁴ BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.p.227.

²⁵ GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O espaço conquistado pelo princípio da boa-fé nos últimos lustros. In: Mudanças no Direito do Trabalho nos 25 anos do TRT da 15ª Região: Livro comemorativo do Jubileu de Prata. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani (coordenador). Campinas, SP: Editora MM, 2011. P.181.

²⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: LTR. 2015. P 422

*Parágrafo único. Nas relações a que se refere o caput deste artigo, é dever das partes proceder com probidade e boa-fé, visando ao progresso social do empregado e à consecução dos fins da empresa, em um ambiente de cooperação e harmonia.*²⁷

Isto posto, observa-se que a boa-fé rege todas as ações dentro e fora do ramo do direito do trabalho e também no ramo do direito contratual, devendo ser observado quando da tomada de atitudes tanto pelo empregador quanto pelo empregado.

²⁷https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01x0wn8h5ayiin5g8015pwngu8078995.node0?codteor=1294496&filename=PL+8295/2014. Acessado em 05/03/2021

3. A função social da empresa

A função social da empresa é outro importante princípio norteador para o exercício da atividade econômica, tendo em vista que se trata de um compilado de diversos princípios da ordem econômica constitucional.

Longe de ser mera norma interpretativa e integrativa, traduz-se igualmente em abstenções e mesmo em deveres positivos que orientam a atividade empresarial, de maneira a contemplar, além dos interesses dos sócios, os interesses dos diversos sujeitos envolvidos e afetados pelas empresas, como é o caso dos trabalhadores.

Assim, diante disso, a função social da empresa contém também uma essencial função sistematizadora do ordenamento jurídico, sendo intermediada pelas normas jurídicas que têm por objetivo compatibilizar os diversos interesses envolvidos na atividade econômica ao mesmo tempo em que se busca a preservação da empresa e da atividade lucrativa que assim a qualifica.²⁸

Dispõe o caput do art. 170 da Constituição Federal de 1988 que a ordem econômica está:

“fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, para então elencar os princípios que conformam a ordem econômica constitucional:

- (i) a soberania nacional;*
- (ii) a propriedade privada;*
- (iii) a função social da propriedade;*
- (iv) a livre concorrência;*
- (v) a defesa do consumidor;*
- (vi) a defesa do meio ambiente;*
- (vii) a redução das desigualdades regionais e sociais;*
- (viii) a busca do pleno emprego; e*
- (ix) o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.*

Mencionado artigo, interpretado juntamente com os artigos 1º e 3º da Constituição de 1988, faz com que tenhamos uma base sobre a qual a ordem

²⁸ FRANZÃO, Ana. Função social da empresa. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>>. Acessado em 28/03/2021.

econômica brasileira está fundada, mostrando claramente que não existe oposição entre a liberdade de iniciativa e as responsabilidades inerentes à autonomia.

Note-se que, como manifestação da autonomia, da emancipação do homem e do desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa recebe proteção constitucional em todos os seus desdobramentos, seja na liberdade de investimento, na liberdade de organização ou na liberdade de contratação.²⁹

Verifica-se, portanto que com a Constituição de 1988, houve ampla reformulação da arquitetura normativa, baseada nos princípios de valorização da condição humana.

O indivíduo passa a ser o foco da proteção estatal, através do princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, o qual passou a ser tratado como direito social através do art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Diante disso, podemos conceituar a função social da empresa como sendo não somente o intuito lucrativo das empresas, mas também a preocupação com os reflexos que a atividade econômica tem perante toda a sociedade, representando um conjunto de atitudes importantes à coletividade em geral, e indispensável para a satisfação dos interesses da atividade comercial.

É importante para o desenvolvimento da pessoa jurídica que suas metas não sejam voltadas somente para o lucro, mas também se preocupar com os interesses da sociedade, adotando-se um posicionamento “progressista”. As empresas, juntamente com o Estado, têm a responsabilidade de assegurar os direitos da sociedade.³⁰

Uma atividade empresária tem seu aspecto econômico, advindo do direito de propriedade, devendo cumprir a função social, através da observância de padrões éticos, de transparência fiscal, geração de empregos, responsabilidades tributária, trabalhista e ambiental.

²⁹ VAZ, Manuel Afonso. *Direito econômico*. A ordem econômica portuguesa, p. 165.

³⁰ PEREIRA, Rafael Vasconcellos de Araújo. *Função Social da Empresa*. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/funcao-social-da-empresa/>>. Acessado em 28/03/2021.

Para a devida compreensão e aplicabilidade do Princípio da função social, deve-se salientar que tal princípio visa harmonizar as relações econômicas com as relações sociais da empresa, com intuito da preservação dos interesses da coletividade.³¹

Vejamos jurisprudência acerca do conceito de função social da empresa.

*DANO MORAL POR DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. TRABALHADORA DOENTE. VIOLAÇÃO À FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. A prova documental deixou evidente que o empregador tinha ciência do estado de saúde da obreira e a evolução do quadro clínico, culminando em vários afastamentos durante o pacto laboral, e mesmo assim, dispensou-a. Evidente a conduta discriminatória perpetrada pela reclamada, **deixando de cumprir seu papel social na proteção da dignidade do trabalhador, o qual não pode ser tratado como mercadoria e descartado no momento em que mais precisa do seu posto de trabalho.** Violou a reclamada princípios da valorização do trabalho, da dignidade da pessoa humana e igualdade. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Na fixação da indenização por danos morais o Juízo deverá levar em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pautando-se através das circunstâncias do caso, sua gravidade, a extensão do dano, a culpa, a condição da vítima e a situação econômica do lesando. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Inteligência da Súmula 219 do C. TST. Não preenchidos os requisitos acima, merece manutenção a decisão que indeferiu o pleito de honorários advocatícios. Recurso Ordinário da reclamante conhecido e parcialmente provido. (TRT-11 00006575620155110010, Relator: RUTH BARBOSA SAMPAIO, Gabinete da Desembargadora Ruth Barbosa Sampaio)*

Portanto, a noção de função social reconhece que todos os indivíduos têm uma certa função na sociedade, de executar uma certa tarefa e, como corolário, abstendo-se desta função ou realizando atos contrários, seu comportamento deve ser socialmente reprimido.

A Lei da S.A., também trouxe disposições acerca da função social da empresa. Vejamos.

Artigo 116, parágrafo único: "O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender"; doutro, II) o

³¹ PEREIRA, Diana. Função Social da Empresa Qual a função social da empresa frente a sociedade contemporânea? Disponível em <<https://dimapadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/765429680/funcao-social-da-empresa>>. Acessado em 28/03/2021.

artigo 154 prevê: "O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".³²

A regra jurídica aqui aplicada decorre da necessidade de se manter coerentes entre si os diferentes elementos sociais para o cumprimento da função social que incumbe a cada indivíduo e a cada grupo.

Dessa forma, a atividade da empresa pode, contextualmente, perseguir o interesse "individualíssimo" do empresário, mas — ao mesmo tempo — também aquelas "funções sociais" individuadas e reconhecidas pelo ordenamento como meritorias de interesse público ou solidário, como o crescimento individual e coletivo, aumento da riqueza, a ocupação, o pagamento dos impostos, o bem-estar coletivo, etc. A finalidade da função social é, evidentemente, a de adaptar a visão individualista do empresário a exigências solidárias ou de interesse público que permeiam o inteiro ordenamento jurídico.³³

Com isso, as empresas possuem claramente uma função além do objetivo lucrativo, o qual está ligado diretamente em agir de acordo com a boa-fé e visar direitos coletivos visando o interesse da comunidade como premissa maior, sendo o lucro consequência de toda a atividade comercial nesse sentido.

Consequentemente, a importância do meio ao qual a empresa faz parte deve ser de interesse prioritário desta.

Atentar-se ao meio ambiente, criar programas sociais que integrem a empresa e a comunidade, promover ou patrocinar obras que beneficiem a todos, inclusive a ela mesma, são atitudes que mostram respeito e gratidão mútuos, atendendo-se assim a função social da empresa.

Dessa forma, o lucro se torna uma consequência de todas as benfeitorias e da valorização que a organização passa a receber do coletivo.

³² Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acessado em 28/03/2021.

³³ ASSIS, de Francisco e Silva e Andrea Marighetto. A função social da empresa, do empresário e das relações empresariais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/opinioao-funcao-social-empresa-empresario-relacoes-empresariais>. Acessado em 28/03/2021

4. A fase pré-contratual

Não há no direito civil, muito menos no direito do trabalho uma regulamentação específica para a responsabilização na fase denominada pré-contratual.

Conforme já aludido anteriormente, existem artigos específicos para a responsabilização civil quando infringidas cláusulas contratuais ou para ações contrárias a boa fé.

Entretanto, não há uma regulamentação específica.

Fazendo uma análise da doutrina e da jurisprudência, tem-se que a responsabilidade pré-contratual é aquela decorrente de momento anterior à formação do contrato, no momento das negociações para a efetivação deste, capaz de gerar direitos e obrigações provenientes do princípio da boa-fé objetiva, que determina uma postura leal e sincera no momento das tratativas, isto é, quando ferir a confiabilidade e gerar danos à parte contrária³⁴.

Sílvio de Salvo Venosa defende a ideia de que responsabilidade pré-contratual é decorrente das promessas não cumpridas ou simples recusa de contratar em momento anterior ao contrato. *“Trata-se do que a doutrina costuma denominar dano de confiança, dentro do que se entende por interesse negativo”*.

A responsabilização pré-contratual decorre justamente do que já explanamos anteriormente, isto é a boa-fé objetiva entre as negociações.

Conforme dispõe o art. 422 do Código Civil, desde as negociações preliminares vigora o princípio da boa-fé no dever de conduta entre o empregado e o empregador.

No direito do trabalho, temos que a fase pré-contratual é aquela onde o empregador disponibiliza a vaga de emprego, o empregado se habilita para o processo seletivo, tem a aprovação para a vaga, inicia todos os procedimentos da contratação, como abertura de conta salário, exame admissional e posteriormente a isso, há o cancelamento da contratação ou há alguma atitude que fira o íntimo do empregado.

³⁴ RODRIGUES, Noêmia Camilla. Responsabilidade pré-contratual. Publicado em 09/2018. Elaborado em 02/2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/69283/responsabilidade-pre-contratual>>. Acessado em 02/04/2021.

No que tange especificamente à hipótese de cancelamento da vaga de emprego, que será o objeto mais discorrido no presente estudo, a jurisprudência entende que deve haver a boa-fé da empresa contratante, bem com deve-se observar a função social da empresa, a qual não pode simplesmente cancelar uma vaga de emprego, após já realizadas as tratativas iniciais pelo empregado.

Dessa forma, o empregador tem o dever de agir com lealdade, lisura e consideração com o empregado, sobretudo ante o seu estado de necessidade econômica e a sua condição de hipossuficiência.

No que tange ao dever de indenizar pelo dano ocorrido na fase pré-contratual, temos alguns entendimentos jurisprudenciais.

Vejamos.

EMENTA – RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL – CONTRATAÇÃO NÃO EFETIVADA – INDENIZAÇÃO DEVIDA - A responsabilidade pré-contratual é figura do direito particular, que pode vir a ocorrer em face de um precoce e desmotivado rompimento das tratativas contratuais, visto que já neste momento, se uma das partes gerar na outra razoáveis expectativas de que o contrato está muito próximo de ser consumado, e esta, por sua vez, venha a assumir compromissos ou afins, tem o dever a desistente de indenizar o outro, mormente em face do princípio da boa-fé. Na seara trabalhista, é de acatar in totum a existência de responsabilidade na fase pré-contratual, no caso, como dos autos, onde a reclamada agiu com nítida intenção de contratar, desistindo, a meio caminho andado, em prejuízo do trabalhador, que se viu às portas do novo emprego.³⁵

“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, por tratar-se de controvérsia decorrente de uma relação 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 contraendo ou, segundo outros, pelo abuso de direito, mesmo que nessa fase não se entenda já existirem direitos.”³⁶

³⁵ TRT-15 - Recurso Ordinário : RO 51228 SP 051228/2012

³⁶ TRT, 3ª Região, 4ª Turma, Rel. Luiz Otávio Linhares Renault, Ac. N. 1383, RO n. 17739/00, DJMG 25.11.2000

Em resumo, temos que o empregador, mesmo que ainda não haja a formalização do contrato de trabalho, tem o dever de indenizar o empregado, na hipótese de não ser observada a boa fé e a função social da empresa, no período pré-contratual, isto é, na fase de negociação da vaga de emprego, para quando houver um prejuízo ao empregado.

Neste tópico, nos limitamos a explicar qual seria a fase pré-contratual nas relações de emprego, entretanto, importante discorrer sobre quais as hipóteses em que será devida indenização pelo empregador ao empregado, e como se dará mencionada responsabilização. Tais assunto, serão discorridos no tópico adiante.

4.1. O Dano moral e a responsabilização do empregador na fase pré-contratual

Conforme ensina o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite, na fase pré-contratual, o dano moral pode ocorrer durante o processo de seleção, entrevista e treinamento, com coação por assédio sexual, exames físicos degradantes ou vexatórios, publicidade maliciosa ao candidato homossexual ou portador do vírus HIV. Também pode caracterizar dano moral a discriminação para contratar trabalhadores por motivo de sexo, religião, raça, situação familiar etc.³⁷

Ocorre também quando a empresa ilude o trabalhador, causando uma expectativa de contratação, sobretudo quando a fase das tratativas inclui realização de exames admissionais, capazes de gerar, de forma concreta, a quase certeza de admissão, que, por fim, não ocorre.

A quebra de uma expectativa de direito ao contrato de trabalho, causa prejuízos não apenas financeiros, mas também afeta a moral de permanecer na situação de desemprego, eis que há hipóteses em que o candidato pediu demissão acreditando que seria contratado pela Reclamada

Vejamos o entendimento jurisprudencial acerca da responsabilização pré-contratual.

EMENTA: LESÃO PRÉ-CONTRATUAL. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO NÃO EFETIVADA. COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. Ab initio, deve-se esclarecer que o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado pelos contratantes em todas as etapas da avença, inclusive nas fases pré-contratual e pós-contratual, nos moldes do

³⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 11ª Edição. Curso de Direito do Trabalho. Editora Saraiva. p. 71.

*artigo 422 do Código Civil. Evidente, assim, que o cometimento de condutas irregulares pelas partes, ainda que ocorridas antes de eventual relação contratual, não tem o condão de afastar a competência da Justiça do Trabalho. In casu, a reclamante imputa à reclamada a responsabilidade por ter deixado de contatá-la para iniciar o labor após sua contratação. Afirma que sua admissão deixou de ser concretizada, sem exposição de qualquer justificativa, circunstância que lhe causou injusto constrangimento e desnecessária humilhação, o que ensejaria a pleiteada indenização por danos morais. A reclamada, em defesa, alegou que a reclamante simplesmente deixou de se apresentar para o início de suas atividades. Desse modo, ao alegar a existência de fatos modificativos ou impeditivos do direito vindicado pela demandante, era da ré o encargo probatório, nos moldes dos artigos 818, da CLT, e 373, II, do novo CPC, ônus do qual não se desvencilhou, eis que não produziu prova sobre a questão. Incide à hipótese, portanto, o entendimento disposto na Súmula 212 do C. TST. Portanto, considerando que, nesta situação, a prova é eminentemente fática, e que os documentos carreados aos autos comprovam a admissão formal da reclamante, impõe-se acompanhar a decisão de piso, para manter a condenação da ré ao pagamento da indenização por danos morais. Recurso patronal ao qual se nega provimento.*³⁸

Verifica-se que a responsabilidade pré-contratual se configura quando se entabula negociações entre pretensos empregado e empregador, induzindo este a preparar-se para contratar e depois, sem justificativa, não celebra o contrato.

Frise-se que o entendimento majoritário jurisprudencial é no sentido que o mero cancelamento da vaga não gera imediatamente o dever de indenizar por danos morais pré-contratuais. É necessário que se demonstre o dano, bem como que se tenha evoluído nas tratativas de contratação. Alguns fatores comumente analisados pela jurisprudência trabalhista quando da condenação ou não aos danos pré-contratuais são: abertura de conta bancária para recebimento de salário, como também realização de exame admissional e levantamento de todos os documentos para admissão.

Vejamos o entendimento jurisprudencial nesse sentido:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. A instituição de processo seletivo de trabalhador para a função a ser desempenhada está inserida no poder potestativo do empregador, configurando-se em atos preparatórios que, por si sós, não vinculam à sucessiva elaboração e ao aperfeiçoamento do contrato, porque não têm o caráter jurídico de promessas obrigatórias. Se nos presentes autos o autor não se desincumbiu do seu ônus de comprovar a ilicitude na

³⁸ TRT-2 10011079620195020719 SP, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, 4ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação: 02/06/2020. Disponível em <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855229413/10011079620195020719-sp>>. Acessado em 03/04/2021.

*conduta do réu ou a ocorrência de qualquer dano de ordem moral, indevido o pleito reparatório. Recurso a que se nega provimento.*³⁹

*TRT-PR-17-08-2012 EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO QUE NÃO FICOU DEMONSTRADA. O ônus da prova, quanto à promessa de emprego, incumbia ao reclamante, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, do qual não se desvencilhou a contento. Ademais, não se vislumbra a ocorrência de ato ilícito quando a empresa deixa de contratar empregado cujo exame admissional de saúde aponta incompatibilidade para a função oferecida, uma vez que tal medida resguarda direito próprio, da coletividade e do trabalhador. Para que surja o dever de indenizar é necessário que haja prova robusta acerca do ato ilícito praticado pela reclamada, do dano decorrente desse ato e do nexos causal entre ambos, sendo que no caso em exame não ficou demonstrada conduta ilícita da empresa que evidencie a quebra da boa-fé objetiva. Recurso ordinário do reclamante conhecido e desprovido.*⁴⁰

Assim, uma vez demonstrado o dano decorrente da conduta do empregador, nasce a obrigação de indenizar o candidato pelo dano moral sofrido.

Conforme já exposto no presente trabalho, um dos principais fundamentos que se observa nos tribunais para a condenação na indenização por danos morais pré-contratuais é o princípio da boa-fé que deve orientar as partes contratantes antes, durante e depois da execução do contrato.

Trata-se de cláusula geral que nasce antes da formalização do pacto, acompanha seu desenvolvimento e projeta-se para além do término do vínculo de trabalho.

É cediço que as relações de trabalho devem pautar-se pela respeitabilidade mútua, desse modo, ao empregador, além da obrigação de dar trabalho e de possibilitar ao empregado a execução normal da prestação de serviços, cabe, ainda, respeitar a honra, a reputação, a liberdade, a dignidade e integridade física, intelectual e moral de seu empregado ou mesmo do candidato à vaga, em fase pré-contratual.

³⁹ TRT-1 – RO: 7743920115010342 RJ, Relator: Mery Bucker Caminha, Data de Julgamento: 19/03/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: 04/04/2013.

⁴⁰ TRT-9 2072011594908 PR 207-2011-594-9-0-8, Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 4A. TURMA, Data de Publicação: 17/08/2012

Portanto, sempre que o trabalhador, em razão do contrato de trabalho, em sua fase pré ou pós-contratual, por ação ou omissão do empregador, sofrer lesão à sua dignidade, honra, ou ofensa que lhe cause um mal ou dor (sentimental ou física) causando-lhe abalo na personalidade ou psiquismo, terá o direito de exigir a reparação por danos morais e materiais decorrentes da conduta impertinente. Nesse sentido dispõem os artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, conforme já exposto anteriormente.

4.2. Entendimento jurisprudencial

Sobre o estudo que se faz no presente trabalho, temos diversos entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, além dos que já foi ilustrado dentro de cada tópico.

No que tange a boa-fé objetiva, vejamos os julgados abaixo que colocam como sendo uma obrigação de ambas as partes agirem com a boa-fé antes, durante e depois do contrato de trabalho.

Entendimento jurisprudencial do C. Tribunal Superior do Trabalho:

*"RECURSO DE REVISTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. O entendimento desta Corte é no sentido de que, em prestígio **à boa-fé objetiva, ao vislumbrem a formação do vínculo contratual, as partes comprometem-se, desde então, ao cumprimento de obrigações pertinentes à fase do pré-contrato.** Desse modo, deve ser mantida a decisão que condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais por frustrar a legítima expectativa de contratação da Reclamante. Recurso de Revista não conhecido. (...)"*.⁴¹ Grifo nosso

*ABUSO DE DIREITO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROIBIDADE, BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. RUPTURA DO CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO NA DATA DA CONTRATAÇÃO. OFENSA À DIGNIDADE DO TRABALHADOR. DANO MORAL CARACTERIZADO. O direito potestativo do empregador em dispensar seus empregados encontra limites nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana. A empresa de trabalho temporário que, em conluio com a tomadora de serviços, contrata e dispensa o trabalhador no mesmo dia, sem nenhuma justificativa, **deixando de observar a função social do contrato e os princípios da proibidade e boa-fé, comete abuso de direito e viola a dignidade do trabalhador, que deve ser ressarcido***

⁴¹ RR - 10824-38.2013.5.15.0028, Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 25/11/2015, 8.^a Turma, Data de Publicação: DEJT 27/11/2015. Acessado em 02/04/2021.

pelo dano moral sofrido. Inteligência dos artigos 187, 421, 422 e 927 do Código Civil.⁴² Grifo nosso.

Em relação ao momento em que nasce o pré-contrato de trabalho que enseja o direito à responsabilização, encontrou-se a jurisprudência abaixo, a qual explica exatamente o momento em que se considera formalizado o pré-contrato. Vejamos.

*DANO MORAL. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. Podem ocorrer ajustes preliminares entre os futuros sujeitos de um contrato de trabalho, as quais levam a um pré-contrato (verbal ou documental), mas, no momento da consumação da contratação, um dos contratantes não cumpre com a sua palavra. Isso pode gerar uma série de transtornos pecuniários para a outra parte. **O pré- contrato de trabalho nasce a partir do momento em que o trabalhador é aprovado na seleção e, por qualquer meio, recebe a confirmação da sua escolha. Diante da não formalização do contrato pelo empregador, se não houver justo motivo, poderá o prejudicado pleitear a reparação de danos materiais e morais junto à Justiça do Trabalho** (art. 114, I, CF). (PROCESSO TRT/SP Nº 0001702-30.2013.5.02.0006 ESPÉCIE DO PROCESSO: RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO RECORRENTE: LEIDIJANE SILVA DOS SANTOS RECORRIDO: WAL MART DO BRASIL LTDA. ORIGEM: 6ª VT DE SÃO PAULO). Grifo nosso.*

No que tange na obrigação de indenizar da empresa que fere o princípio da boa-fé objetiva e não cumpre com a função social que a empresa deve exercer, a jurisprudência é clara ao estabelecer o limite da responsabilização e a necessidade de se verificar os danos e prejuízos que o trabalhador sofreu pela expectativa do direito de contratação. Observe-se.

*“DANO MORAL PRÉ-CONTRATUAL CONFIGURADO. O dano moral atinge o patrimônio imaterial ou não patrimonial da pessoa física, e pode se consubstanciar na forma de dano pré-contratual, **quando a empresa ilude o trabalhador, causando-lhe expectativa exacerbada de contratação, mormente quando as fases das tratativas se estendam com realização de exames admissionais, gerando então no obreiro a quase certeza da admissão, o que ao final não ocorre, injustificadamente.** Processo 00520-2008-121-05-00-0 RO, ac. nº 000069/2009, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 05/02/2009. Grifos nosso*

*“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FASE PRÉ-CONTRATUAL. **A não-contratação, quando já alcançado o final do processo de seleção, inclusive com o desligamento do trabalhador do emprego anterior, enseja a reparação dos prejuízos morais e patrimoniais advindos da atitude irresponsável da empresa.** Recurso provido. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. O autor*

⁴² TRT-15 - RO: 75736 SP 075736/2010, Relator: ANA PAULA PELLEGRINA LOCKMANN, Data de Publicação: 14/01/2011. Acessado em 31/03/2021.

faz jus aos honorários assistenciais, porquanto é hipossuficiente, bem como está assistido nos autos por procurador credenciado pelo sindicato de sua sua categoria profissional. Adoção das Súmulas 219 e 329 do TST. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. 1. DANO MORAL. FASE PRÉ-CONTRATUAL. PERDA DE UMA CHANCE. Prospera a inconformidade do reclamante com a sentença que indefere os pleitos indenizatórios vindicados na inicial, com fundamento na teoria da "perda de uma chance". Referida teoria é explicada pelo professor Sérgio Cavalieri, nos seguintes termos: **A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer a uma sentença desfavorável pela falha do advogado e assim por diante.**¹ O caso em análise exemplifica essa teoria. O reclamante era empregado da empresa Doux Frangosul (fls. 11 e 69), tendo se submetido processo de seleção para ingresso na reclamada, com o intuito de obter melhor salário. Obteve aprovação no referido processo seletivo, conclusão que decorre do fato de ter lhe sido solicitado a apresentação de toda documentação para formalização do contrato, (fl.14), após ter sido considerado apto em exame médico admissional, cuja conclusão se respaldou nos exames a que foi submetido (fls. 15, 17-19). Tais provas, aliadas às declarações da testemunha (fl. 68), permitem concluir que **o reclamante legitimamente considerou celebrada a contratação, de modo a desvincular-se da empresa com a qual mantinha contrato de trabalho, não sendo crível que diante das dificuldades de mercado um trabalhador abra mão do emprego, sem a certeza de que irá obter outro. Assim, a informação dada pelo RH da empresa ré, de que havia sido cancelada a contratação, por certo despertou no reclamante enorme angústia, uma vez que já havia se desvinculado de seu emprego, deixando assim de ter condições de prover seu sustento e de sua família, sem ter sequer a perspectiva perceber o benefício do seguro-desemprego, uma vez que foi sua a iniciativa para despedida.** Não se pode esquecer, ainda, do princípio da boa-fé objetiva, o qual impõe às partes o dever de agir lealmente, dentro dos limites da probidade e da confiança negocial. **A não-contratação do reclamante, sem a devida justificativa, após a submissão, com aprovação, em todas as etapas de seleção impostas pela ré, que gera, por si só, expectativa de que a outra parte aja com reciprocidade, ou seja, efetive a contratação, por certo caracteriza ofensa a referido princípio.** Situação análoga, em que o dano moral foi reconhecido em virtude da má-condução de processo seletivo foi julgada pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, na sessão realizada em 12.06.06, cabendo a transcrição das ementas do acórdão proferido no processo nº 0050020046402001, da lavra do Juiz Rovirso Aparecido Boldo, in verbis: PROCESSO SELETIVO. FASE PRÉ-CONTRATUAL OBRIGAÇÕES DO PROPONENTE. A sujeição a um processo seletivo de emprego não confere a certeza de admissão, em razão do risco inerente a esse tipo de admissão. Mas à medida em que o processo seletivo avança, a álea típica dessa forma de seleção diminui e a relação se torna cada vez mais individualizada. **Começam a surgir, então direitos e obrigações recíprocos próprios da fase pré-contratual (CC, art. 427). A autorização para realização de exames médicos admissionais se equipara à proposta de emprego, cujo distrato depende da concordância de ambas as partes. A recusa na contratação, sem qualquer explicação, importa dano juridicamente relevante, sujeito a reparação compatível.** PROCESSO SELETIVO.

APROVAÇÃO EM TODAS AS FASES. RECUSA INJUSTIFICADA DA CONTRATAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. DANO MORAL. A faculdade de sujeitar os candidatos a processo seletivo prévio, composto por entrevistas e dinâmicas de grupo, é uma faculdade do empregador que deve ser exercida com observância dos direitos subjetivos dos trabalhadores. Aceita a forma de seleção pelos postulantes, cabe ao empregador, após a aprovação dos candidatos em todas as fases, implementar a contratação. Salvo a limitação de vagas, que deve ser comunicada de início, a recusa em admitir o postulante ao emprego, sem motivo justificado, importa subjetivismos que infligem danos imateriais aos lesados. **A reparação deve levar em consideração, menos os aspectos subjetivos, e mais a penalização da empresa que não cumpriu sua função social. Ao contrário do que constou na sentença, o dano moral independe de prova, sendo presumido por meio da análise das circunstâncias e da possível agressão, sendo esta que deve ser demonstrada.** Nesse sentido, a lição de Sérgio Cavalieri: Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que provada a ofensa, *ipso facto*, está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras da experiência comum; provado que a vítima teve seu nome aviltado, ou sua imagem vilipendiada, nada mais se lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*, decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.² Assim, tendo-se em conta as disposições contidas nos artigos 5º, V e X da Constituição Federal, no art. 186 e 927, caput, do CCB, o reclamante faz jus a indenização por dano moral". (Processo n. 00623-2008-261-04-00-2 (RO); Redator: ROSANE SERAFINI CASA NOVA; 6ª Turma; Publicado no DEJT em 31.09.2009). Grifo nosso.

Da análise das jurisprudências acima expostas, verifica-se que os tribunais entendem pela possibilidade de responsabilização do empregador na fase pré-contratual, uma vez que haja a expectativa de contratação pelo empregado, o qual, após já ter entregue os documentos para admissão, realizado exame admissional e até mesmo aberto conta salário para seu novo emprego, tenha frustrada sua contratação por cancelamento da vaga.

A jurisprudência é vasta no sentido de que a empresa deve agir com boa-fé e responsabilidade na sua função social para não prejudicar a expectativa de contratação formalizada através da divulgação de uma vaga de emprego.

Assim, diante de toda a fundamentação acima mencionada, verifica-se que o dano moral pelo cancelamento de vaga de emprego, com o surgimento de

danos ao empregado, na fase pré-contratual é absolutamente possível na justiça do trabalho.

Passemos agora ao estudo dos valores que são concedidos na justiça do trabalho à título de danos morais pelos danos nessa fase que antecede a contratação.

4.3. O Valor Indenizatório atribuído ao Dano Pré-Contratual

Dano moral é um dano à estrutura psíquico-afetiva do ser humano. É a violação a alguns dos direitos da personalidade e ocorre mediante agressão direta aos direitos da personalidade ou, indiretamente, mediante a quebra de laços afetivos. Pode-se dizer também que os danos morais compõem o patrimônio moral das pessoas, isto é, aquele acervo de bens e interesses que não tem conteúdo econômico imediato. Por isso, não cabe falar propriamente em indenização de danos morais, mas sim em reparação pela fixação de um montante em dinheiro.⁴³

Conforme já discorremos anteriormente, a reforma trabalhista trouxe valores pré-fixados a títulos de danos morais, entretanto, nossa jurisprudência tem utilizado tais valores como mera sugestão de condenação, eis que se deve observar caso a caso para a fixação do *quantum* indenizatório.

Esclarecido isso, sabe-se que atualmente os julgadores observam diversos fatores para chegarem na fixação do valor de indenização por danos morais, dentre eles, a condição econômica da empresa, o intuito pedagógico para que a conduta do agente não mais se repita, bem como a extensão do dano ao agredido.

Importante ressaltar que o grau de exposição do reclamante ao sofrimento emocional constitui fator relevante na determinação da reparação. Isto é,

⁴³ CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ROMUALDO BAPTISTA DOS SANTOS. Disponível em <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACaO%20DA%20INDENIZACaO%20POR%20DANO%20MORAL.pdf>> Acessado em 02.04.2021

o arbitramento da indenização por dano moral deve ser o mais amplo possível, levando-se em conta como objetivo precípua a educação e conscientização do comportamento, visando o bem social e a prevenção de nova reincidência, que produz como resultado um importante papel na pedagogia coletiva.

Por esta razão, a indenização não pode ser arbitrada em valor ínfimo, eis que pode perder sua função educativa, reflexiva e, conseqüentemente, transformadora, o que a tornaria inócua.

É preciso, pois, que a verba reparatória tenha um efetivo caráter satisfativo, sob pena de perder a sua finalidade, em virtude da sua inoperância. Essa tem sido a ideia prevalente entre os julgados de nossos Tribunais do Trabalho, posto que retrata o verdadeiro objetivo da orientação assumida pelos doutrinadores que adotaram a tese positivista.⁴⁴

Nesse sentido, encontramos jurisprudências de diversos tribunais e condenação desde R\$ 3.000,00 até R\$ 20.000,00 dependendo do prejuízo comprovado pelo Reclamante, bem como da potência econômica da empresa.

Vejamos.

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. QUEBRA DE PROMESSA DE CONTRATAÇÃO. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Para o caso de responsabilidade pré-contratual decorrente da quebra de promessa de realização de contrato de trabalho, é razoável fixar a indenização por dano moral no patamar de R\$ 3.600,00 caso não haja outros elementos para modificar tal valor.⁴⁵

*"[...] entendo que o valor arbitrado na origem em **R\$ 5.000,00**, observa os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e não admite redução*

⁴⁴ TRT-2 - RO: 00004479820125020385 SP 00004479820125020385 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 16/12/2014, 4ª TURMA, Data de Publicação: 16/01/2015). Disponível em <<https://trt-jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202352601/recurso-ordinario-ro-4479820125020385-sp-00004479820125020385-a28/inteiro-teor-202352611?ref=serp>>. Acessado em 02/04/2021.

⁴⁵ TRT-4 - ROT: 00209738520155040010, 3ª Turma, Data de Publicação: 09/03/2016. Disponível em <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/945453180/recurso-ordinario-trabalhista-rot-209738520155040010>>. Acessado em 31/03/2021

como perseguido pela reclamada, tampouco majoração como buscado pelo autor, nas suas razões recursais.⁴⁶ Grifo nosso.

*[...]No tocante à quantificação, a indenização deve ser de tal monta que iniba a reclamada, na pessoa de seus prepostos, de proceder da mesma maneira em relação a outros empregados, bem como, não deve implicar a alteração da condição social de quem a recebe, observando-se os critérios da proporcionalidade e razoabilidade. A quantia arbitrada pelo Juízo de Origem no montante de **R\$ 15.000,00** é justa e foi bem fixada. Mantém-se.”⁴⁷ Grifo nosso*

*[...]Destarte, comprovada as alegações do autor quanto à efetiva perda da oportunidade de emprego (artigo 818 da CLT e artigo 333, I, do NCP), reputo correta a r. sentença ao deferir a indenização pelos danos causados pela reclamada, inclusive em relação ao quantum arbitrado a título indenizatório, no importe de **R\$21.624,00**, considerando a remuneração indicada na petição inicial (R\$2.164,00 - ID abec9e6), o dano sofrido e o porte econômico da reclamada. Mantenho.”⁴⁸ Grifo nosso.*

*[...]Quanto ao valor arbitrado, a reparação do dano moral temos que na fixação do valor de indenização por dano moral o órgão julgador deve atentar para o seu caráter dúplice, ou seja, a compensação para a vítima e a punição para o agente. No caso em tela, verifica-se pelos documentos constantes do processo que o reclamante tinha como promessa sua contratação para perceber um salário de R\$ 3.500,00, assim, o valor fixado na sentença de **R\$ 10.000,00** não se afigura excessivo, considerando o dano causado ao reclamante e o porte da empresa reclamada. Mantenho.”⁴⁹ Grifo nosso.*

Assim, temos que a indenização tem natureza compensatória pelo dano moral causado e não reparatória, ou seja, ao estabelecer o valor da condenação, o julgador deve ater-se ao princípio da razoabilidade, atentando a

⁴⁶ Processo Nº 1001262-31.2016.5.02.0614 (Ro) Recorrente: Wesley Macedo Rodrigues, Norte-Sul Hidrotecnologia E Comercio Ltda. Recorrido: Wesley Macedo Rodrigues, Norte-Sul Hidrotecnologia E Comercio Ltda. Relator: Eliane Aparecida Da Silva Pedroso. Disponível em <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1147685124/acao-trabalhista-rito-ordinario-atord-10012623120165020614-sp/inteiro-teor-1147685145>> Acessado em 02/04/2021.

⁴⁷ Processo TRT/SP Nº 1000045-05.2015.5.02.0608 Processo Judicial Eletrônico Recurso Ordinário Da 8ª Vt Da Zona Leste De São Paulo/Sp Recorrentes: 1 - Companhia Brasileira De Distribuição 2 - Gabriel Lucas Da Silva Pimentel Ferreira Recorridos: Os Mesmos. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548965861/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-10000450520155020608/inteiro-teor-548965881>> Acessado em 02/04/2021

⁴⁸ Pje Processo Nº 1002502-82.2016.5.02.0605 - 8ª Turma Recurso Ordinário Em Rito Sumaríssimo Recorrente: Teleperformance Crm S/A Recorrido: Bruno Da Silva Origem: 05ª Vara Do Trabalho De São Paulo- Zona Leste Relator: Celso Ricardo Peel Furtado De Oliveira.

⁴⁹ TRT-4 - ROT: 00209738520155040010, 3ª Turma, Data de Publicação: 09/03/2016. Processo nº 1001781-61.2013.5.02.0468. Recorrente: Ever Green Industria E Comercio Ltda. Recorrido: Washington Carlos Fazan. Relator: Marcelo Freire Goncalves. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931589647/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-10017816120135020468/inteiro-teor-931590331>>. Acessado em 02/04/2021.

certos critérios, tais como a condição socioeconômica do ofensor e do ofendido, a gravidade e extensão do dano e a intensidade do dano ou grau de culpa do autor da ofensa.

5. Os efeitos econômicos da pandemia no Brasil

Desde março de 2020, instaurou-se no Brasil e no mundo como um todo uma crise tanto na área da saúde como na área econômica, social e política, devido a pandemia da COVID-19 que até a presente data causa prejuízos inestimáveis em muitas empresas do país.

O governo brasileiro se utilizou de inúmeras ações para tentar minimizar os efeitos da pandemia na crise econômica do país, entretanto, muitos empresários viram suas empresas ruírem pouco a pouco.

Segundo o IBGE o PIB do Brasil caiu 9,7% no 2º trimestre de 2020 com os efeitos econômicos da pandemia.⁵⁰

Com isso, desde o início da pandemia e principalmente do isolamento social, uma das principais pautas governamentais ao redor do mundo, bem como no Brasil, passou a ser como solucionar, ou ao menos frear, a crise econômica causada pela COVID-19.

Os setores da indústria, comércio, e serviços apresentaram em março de 2020 queda de 9.1%, 2.5% e 6.9% respectivamente, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Segundo André Macedo, gerente de pesquisa industrial mensal IBGE, a indústria teve aumento de produção em alguns produtos devido à quarentena, como papel higiênico, absorventes, fraldas, desodorantes, sabões, detergentes, xampus, seringas, agulhas, luvas de borracha, artefatos de proteção e caixões, no entanto isoladamente este não tem força para levar todo o setor a um crescimento.⁵¹

Entretanto de outra sorte, cerca de 6,6 milhões de vínculos de trabalho foram contemplados pelo programa emergencial governamental (MP nº 936), até o dia 8 de maio de 2020. Segundo a Pesquisa Industrial Mensal do IBGE, em março a produção industrial recuou 9,1% frente ao mês anterior, e os bens de consumo duráveis e bens de capital foram os que apresentaram maiores retrações: -23,5% e -15,2%, respectivamente, na comparação mensal. No caso da indústria

⁵⁰ <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/09/pib-do-brasil-cai-97-no-2o-trimestre-com-efeitos-economicos-da-pandemia-segundo-ibge.shtml>> Acessado em 02/04/2021

⁵¹ Brasil e o mundo diante da Covid-19 e da crise econômica. PET Economia UFPR. Disponível em <<https://www.ufpr.br/portalfupr/wp-content/uploads/2020/07/Brasil-e-o-mundo-diante-da-Covid-19-e-da-crise-economica.pdf>>. p. 69. Acessado em 02/04/2021.

automotiva, em 28 de abril já havia 74% dos trabalhadores com jornada de trabalho reduzida ou contrato suspenso.⁵²

Segundo reportagem publicada em julho de 2020 pela revista isto é dinheiro, um estudo da Secretaria de Política Econômica (SPE) do Ministério da Economia indicou que cerca de 3,5 mil empresas entrarão na justiça com pedidos de recuperação judicial ou vão declarar falência nos próximos meses. Todos os casos estão ligados ao gigantesco impacto da Covid-19 nos agentes econômicos do País.⁵³

Isto é verificando as pesquisas realizadas, bem como observando na prática todos os efeitos causados pela crise econômica instituída pela COVID-19, verifica-se que houveram setores que ruíram, como por exemplo setor de eventos, pequenos comércios, setores necessariamente presenciais.

De outra sorte, houveram setores que cresceram ainda mais por conta das novas necessidades diante da pandemia, como setor da saúde, start up de delivery, setor de descartáveis, setor de produtos de segurança – máscaras, luvas, setor de produtos de higiene pessoal como produtos de limpeza, como álcool, dentre outros.

Nesse sentido, com a necessidade de isolamento social, diversas empresas veem seu faturamento despencar e notam sua sobrevivência ameaçada. Do outro lado dessa moeda, segmentos que oferecem produtos e serviços necessários durante esse período atípico registram crescimento acelerado.

Assim, verifica-se que a crise econômica predomina de maneira geral com falências e déficits econômicos no país, entretanto há setores que foram “beneficiados” com o aumento de consumo em suas áreas específicas.

O Ministério da Economia divulgou uma lista dos setores que foram mais afetados pela pandemia da Covid-19 no Brasil. Vejamos

A Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Produtividade do Ministério da Economia (Sepec/ME) divulgou, no Diário Oficial da União (DOU) desta terça-feira (15/9), a lista dos setores econômicos mais afetados

⁵² Brasil e o mundo diante da Covid-19 e da crise econômica. PET Economia UFPR. Disponível em <<https://www.ufpr.br/portalfpr/wp-content/uploads/2020/07/Brasil-e-o-mundo-diante-da-Covid-19-e-da-crise-economica.pdf>>. p. 71. Acessado em 02/04/2021.

⁵³ <<https://www.istoedinheiro.com.br/crise-vai-levar-milhares-de-empresas-a-falencia-ou-pedirem-recuperacao-judicial/>>. Acessado em 02/04/2021

pela pandemia do novo coronavírus após ser decretado estado de calamidade pública no Brasil, decorrente da Covid-19. A lista destina-se apenas a orientar as instituições financeiras acerca dos setores mais atingidos.

A lista foi elaborada com base na variação do faturamento do setor, segundo dados da Receita Federal. Também foi considerada a relevância do setor na economia, tanto por valor agregado (VA), quanto por pessoal ocupado (PO). Além da margem de cada setor, de acordo com as Contas Nacionais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), buscou-se inserir as informações de maneira a levar em conta as particularidades de cada atividade econômica.

As 10 atividades econômicas mais impactadas pela pandemia são:

- 1 - Atividades artísticas, criativas e de espetáculos;*
- 2 - Transporte aéreo;*
- 3 - Transporte ferroviário e metroferroviário de passageiros;*
- 4 - Transporte interestadual e intermunicipal de passageiros;*
- 5 - Transporte público urbano;*
- 6 - Serviços de alojamento;*
- 7 - Serviços de alimentação;*
- 8 - Fabricação de veículos automotores, reboques e carrocerias;*
- 9 - Fabricação de calçados e de artefatos de couro;*
- 10 - Comércio de veículos, peças e motocicletas.⁵⁴*

Importante se faz tal diferenciação e análise dos diferentes ramos da economia, eis que a análise da flexibilização deve levar em consideração a crise econômica ou não dos diferentes setores.

Explica-se.

Uma vaga cancelada no setor de eventos não deve gerar o mesmo impacto que uma vaga cancelada no setor de saúde, durante o período da pandemia instaurada pela COVID-19, eis que a crise enfrentada por cada um teve impactos totalmente opostos.

Superado o entendimento sobre os efeitos diversos sobre a crise econômica em cada setor, passa-se a análise da possível ou não flexibilização da responsabilidade do empregador na fase pré-contratual devido ao cancelamento de vagas previamente anunciadas.

⁵⁴ Ministério da Economia. Disponível em <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-divulga-lista-dos-setores-mais-afetados-pela-pandemia-da-covid-19-no-brasil>>. Acessado em 03/04/2021.

6. A Flexibilização da Responsabilidade do empregador na fase pré-contratual

Conforme já estudado nos tópicos acima, verificamos que até mesmo antes da celebração do contrato existe a possibilidade de reparar danos causados pela não observância da boa-fé entre as partes.

Mencionadas indenizações são devidas quando há a quebra da expectativa de contratação do candidato, após ter sido comunicado da sua seleção para a vaga.

Isto é, se o candidato recebe comunicado sobre sua efetivação e posteriormente a vaga por qualquer motivo interno é cancelada, nasce o direito do candidato de pleitear uma indenização de cunho moral pelos danos causados.

Ainda, os danos serão analisados de acordo com os prejuízos sofridos por cada pessoa, eis que uma pessoa que estava desempregada e uma pessoa que pediu demissão de um emprego por ter sido efetivado e depois teve sua vaga cancelada, de fato, não tiveram os mesmos prejuízos, merecendo indenizações específicas.

Ocorre que, o que se faz necessário discutir e explanar no momento mundial em que vivemos é sobre a possibilidade de flexibilização de mencionada indenização, eis que a crise econômica que se instaurou em nosso país afetou diversos setores, os quais, sem dúvidas, tiveram que cancelar vagas divulgadas, bem como dispensar seus empregados já contratados, não parecendo razoável que sejam punidas por fatores externos que não deram causa ao cancelamento das expectativas de contratação.

Por outro lado, há setores que se beneficiaram com a crise econômica, como setores telemáticos, empresas de reuniões online, cursos online, indústrias farmacêuticas, dentre outros, o que não parece coerente que o mesmo fato seja tratado de forma idêntica, sendo que a crise econômica não lhes afetou.

Além disso, existem certas situações que neutralizam o instituto da responsabilidade civil e, por consequência, a obrigação de indenizar.

Vejamos.

O instituto da responsabilidade civil não é absoluto. Pode haver a neutralização do mesmo, com a consequente inadmissibilidade do dever de

indenizar, através das excludentes do nexó de causalidade, sendo elas: Caso fortuito; Força maior; Estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal; Exercício regular de direito; Culpa exclusiva da vítima; Fato de terceiro.⁵⁵

No que tange ao Caso fortuito ou força maior, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou dizendo que, "caso fortuito e força maior - são todos os fatos que se não podem prever, ou a que, se porventura previstos, não se pode resistir."⁵⁶

No mesmo sentido, o Ministério Público do Trabalho definiu a pandemia ocasionada pela Covid-19 como "força maior", sendo esse o termo utilizado no teor da nota técnica Conjunta 05/20, cujo conteúdo visa a defesa da saúde dos trabalhadores, empregados, aprendizes e estagiários adolescentes.⁵⁷

Válido ressaltar que, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) admite e aplica em seus julgados a excludente de responsabilização de caso fortuito ou força maior. Vejamos.

I- RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA ETE ENGENHARIA DE TELECOMUNICAÇÕES E ELETRICIDADE LTDA. INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - ACORDO CELEBRADO PERANTE A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - EFICÁCIA LIBERATÓRIA. Nos termos da jurisprudência desta Corte, (i) a quitação firmada perante a Comissão de Conciliação Prévia tem eficácia liberatória geral em relação às parcelas decorrentes de contrato de trabalho, exceto as expressamente ressalvadas,; (ii) as partes podem restringir a eficácia liberatória, e o registro de que a quitação se refere às parcelas expressamente consignadas no recibo equivalente à ressalva em relação às não consignadas; (iii) ainda que o termo de conciliação restrinja expressamente sua eficácia às parcelas nele consignadas, a quitação é total quanto aos títulos discriminados, não apenas quanto aos valores percebidos. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Indevidos os honorários de assistência judiciária, nos termos dos artigos 14 a 16 da Lei nº 5.584/70, pois a parte não está assistida por sindicato da categoria profissional. Incidência das Súmulas nºs 219 e 329 do TST. Recurso de Revista conhecido e provido. II- AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - PRELIMINAR DE NULIDADE - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. Ante o provimento do Recurso de Revista da Reclamada, que resultou na improcedência do pedido de adicional de

⁵⁵ QUEIROZ, Ana Cláudia Pereira. Coronavírus e dano moral: O paradoxo da responsabilidade civil no contrato de trabalho. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/322524/coronavirus-e-dano-moral--o-paradoxo-da-responsabilidade-civil-no-contrato-de-trabalho>>. Acessado em 03/04/2021.

⁵⁶ Recurso de Habeas Corpus nº 2.793

⁵⁷ Nota Técnica Conjunta nº 05/2020. PGT. Coordinfância. Disponível em <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica_adolescentes.pdf>. Acessado em 03/04/2021

periculosidade, resta prejudicada a preliminar, que trata da análise do referido pedido. ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE DO ACORDO CELEBRADO PERANTE A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - ART. 896, §1º-A, I, DA CLT. O trecho transcrito para fins do art. 896, §1º-A, da CLT não corresponde ao acórdão proferido nestes autos. PRELIMINAR DE JULGAMENTO CITRA PETITA. Ainda que se pudesse inferir da inicial o pedido de vínculo com a tomadora de serviços, o Eg. TRT, ao afastar a responsabilidade solidária, afirmou tratar-se de hipótese de aplicação da Súmula nº 331, IV, do TST, que se refere à terceirização regular. Trata-se de fundamento independente e suficiente à manutenção do acórdão, no tocante à impossibilidade de declaração de vínculo de emprego. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Infere-se do acórdão regional que a terceirização foi lícita. A reforma exigiria o reexame fático-probatório, vedado pela Súmula nº 126 do TST. **DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ROUBO DE VEÍCULO PARTICULAR UTILIZADO EM SERVIÇO. O Eg. TRT registrou que a Empregadora não desempenhava atividade de risco, nem ensejou ou contribuiu com o assalto (ausência de nexa causal), ato de terceiro, ocorrido em via pública, sendo a segurança pública responsabilidade do Estado. Trata-se, portanto, de fortuito externo. Não estão presentes os requisitos da responsabilidade civil.** Agravo de Instrumento a que se nega provimento.⁵⁸

Portanto, é perfeitamente possível a adoção de excludentes de responsabilidade no direito do trabalho, podendo utilizar a excludente de força maior para o cancelamento de vagas durante o estado pandêmico, não responsabilizando o empregador, nestes casos.

Entretanto, tal excludente deve ser verificada com razoabilidade, conforme já mencionamos acima, eis que cada setor teve consequências diferentes com a pandemia instaurada pela Covid-19.

Isto posto, ainda que não hajam jurisprudências específicas sobre o tema, diante de sua ocorrência atual, entende-se que deve haver uma razoabilidade dos julgadores e a observância de diversos fatores caso a caso para que haja a responsabilização do empregador na fase pré-contratual, devendo serem observados: setor econômico do empregador, efetivo prejuízo causado ao empregado, momento da divulgação da vaga, momento do cancelamento da vaga, razões do cancelamento da vaga, para que somente então se tenham subsídios concretos à possível responsabilização do empregador.

⁵⁸ TST - ARR: 6198720115040007, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 18/12/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/01/2019).

7. Conclusão

Diante da análise exposta no presente trabalho, observou-se que numa fase denominada pré-contratual, onde ainda não há a formalização efetiva do vínculo de emprego entre as partes, já deve haver a lisura e boa-fé nas atitudes tanto empregador quanto do empregado.

Caso as partes, nessa fase inicial de tratativas para contratação, não observem a razoabilidade e a boa-fé, nasce ao outro o direito de indenização, recebendo valores a títulos de danos morais pela expectativa de direito que lhe foi criada.

Citamos como hipóteses casos de divulgações de vagas de emprego, onde o candidato passa por todas as fases do processo seletivo, faz exame admissional, abre conta salário para receber os novos proventos, bem como tem a informação por parte da empresa da sua efetiva contratação e posteriormente a isso, verifica um cancelamento de vaga com a frustração da expectativa de contratação.

Nessas hipóteses o dano pré-contratual é claramente devido a empregado.

Entretanto, o que se propôs analisar no presente trabalho é a possibilidade de flexibilização dos danos pré-contratuais com o advento da pandemia instaurada pela COVID-19 no mundo todo e principalmente na economia do Brasil.

Verificou-se que há na doutrina e na jurisprudência entendimentos diversos acerca da razoabilidade nas decisões e que a crise econômica afetou diversos setores de forma diferentes, sendo que alguns foram beneficiados com o aumento de suas demandas tradicionais e outros foram prejudicados com a impossibilidade de continuidade de suas atividades.

Com isso, concluiu-se que o dano pré-contratual deve ser analisado casuisticamente, isto é, caso a caso, eis que para uma empresa que teve seu faturamento dobrado por conta do aumento de demanda, como seria por exemplo os casos de empresas farmacêuticas, áreas da saúde, empresas no ramo de equipamentos de proteção máscaras, não se parece razoável que o cancelamento

de uma vaga , quebrando a expectativa de direito do candidato não mereça indenização, eis que o empregador, nesses casos, não foi forçado a cancelar a sua vaga por conta da pandemia.

Por outro lado, comerciantes, empregadores do setor de eventos por exemplo, que estão de fato sem a possibilidade de expansão de suas atividades por conta da pandemia, não se parece razoável a aplicação de indenizações por conta de cancelamento de vagas anteriormente divulgadas, eis que tais quebras de expectativas de contratações não se deram por exclusiva vontade do empregador.

Ainda, concluímos também que há a necessidade de se verificar o momento de abertura e cancelamento da vaga, eis que se a vaga foi aberta antes do início da pandemia e cancelada por conta e decorrência dela, não se parece razoável a condenação em indenizar a quebra da expectativa.

De outra sorte, ainda que em ramos decrescentes da economia brasileira, caso a vaga tenha sido aberta durante o estado emergencial causada pela COVID-19, com a ciência da crise econômica existente e então houve a quebra da expectativa com o cancelamento da vaga, deve-se analisar com critérios diferentes das vagas canceladas pelo início da pandemia.

Isto é, em resumo, concluiu-se que é possível a flexibilização dos danos pré-contratuais pela quebra da expectativa de contratação, durante o estado pandêmico, devendo-se para tanto, analisar caso a caso as especificidades do ramo empresarial, bem como do momento em que a vaga foi criada, para então verificar a possibilidade de sua flexibilização ou não.

8. Referências

8.1. Bibliografia literária

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965

BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves, A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei 13.467/2017. Editora LTR

DELGADO, Maurício Godinho, Curso de direito do trabalho. 15.ed. São Paulo. Editora LTR, 2016

DIAS, José de Aguiar, Da responsabilidade Civil, Editora Lumen juris, 12ª Edição.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O espaço conquistado pelo princípio da boa-fé nos últimos lustros. In: Mudanças no Direito do Trabalho nos 25 anos do TRT da 15ª Região: Livro comemorativo do Jubileu de Prata. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani (coordenador). Campinas, SP: Editora MM, 2011

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 11ª Edição. Curso de Direito do Trabalho. Editora Saraiva,

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil, Editora Forense, 12ª Edição.

ROBERTO, Gonçalves, C. Responsabilidade Civil. São Paulo. Editora Saraiva, 2019

TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2020.

VAZ, Manuel Afonso. Direito econômico. A ordem econômica portuguesa.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2. Grupo GEN, 2020.

8.2. Bibliografia eletrônica

- <<https://www.istoedinheiro.com.br/crise-vai-levar-milhares-de-empresas-a-falencia-ou-pedirem-recuperacao-judicial/>>. Acessado em 02/04/2021.
- <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/09/pib-do-brasil-cai-97-no-2o-trimestre-com-efeitos-economicos-da-pandemia-segundo-ibge.shtml>> Acessado em 02/04/2021.

- ASSIS, de Francisco e Silva e Andrea Marighetto. A função social da empresa, do empresário e das relações empresariais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/opiniao-funcao-social-empresa-empresario-relacoes-empresariais>. Acessado em 28/03/2021
- Brasil e o mundo diante da Covid-19 e da crise econômica. PET Economia UFPR. Disponível em <https://www.ufpr.br/portallufpr/wp-content/uploads/2020/07/Brasil-e-o-mundo-diante-da-Covid-19-e-da-crise-economica.pdf>. p. 69. Acessado em 02/04/2021.
- CIVIL, Código. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acessado em 22 de outubro de 2020.
- CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ROMUALDO BAPTISTA DOS SANTOS. Disponível em <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACaO%20DA%20INDENIZACaO%20POR%20ANO%20MORAL.pdf>. Acessado em 02.04.2021.
- FRANZÃO, Ana. Função social da empresa. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>. Acessado em 28/03/2021.
- Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acessado em 28/03/2021.
- Ministério da Economia. Disponível em <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-divulga-lista-dos-setores-mais-afetados-pela-pandemia-da-Covid-19-no-brasil>. Acessado em 03/04/2021.
- Nota Técnica Conjunta nº 05/2020. PGT. Coordinfância. Disponível em https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica_adolescentes.pdf. Acessado em 03/04/2021

- PEREIRA, Diana. Função Social da Empresa Qual a função social da empresa frente a sociedade contemporânea? Disponível em <https://dimapadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/765429680/funcao-social-da-empresa>. Acessado em 28/03/2021.
- PEREIRA, Rafael Vasconcellos de Araújo. Função Social da Empresa. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/funcao-social-da-empresa/>. Acessado em 28/03/2021
- Perspectivas do princípio da boa-fé no direito do trabalho. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-168/perspectivas-do-principio-da-boa-fe-no-direito-do-trabalho/> Acessado em 05/03/2021.
- Projeto de Lei 8295/2014. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01x0wn8h5ayiin5g8015pwngu8078995.node0?codteor=1294496&filename=PL+8295/2014. Acessado em 05/03/2021.
- QUEIROZ, Ana Cláudia Pereira. Coronavírus e dano moral: O paradoxo da responsabilidade civil no contrato de trabalho. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/322524/coronavirus-e-dano-moral--o-paradoxo-da-responsabilidade-civil-no-contrato-de-trabalho>. Acessado em 03/04/2021.
- RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. Noêmia Camilla Rodrigues. Publicado em 09/2018. Elaborado em 02/2017. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/69283/responsabilidade-pre-contratual>. Acessado em 02/04/2021.
- TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. Perspectivas do princípio da boa-fé no direito do trabalho. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-168/perspectivas-do-principio-da-boa-fe-no-direito-do-trabalho/>. Acessado em 05/03/2021.
- TRABALHO, consolidação das leis. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 08/03/2021

8.3. Jurisprudências

- RR - 10824-38.2013.5.15.0028, Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 25/11/2015, 8.^a Turma, Data de Publicação: DEJT 27/11/2015. Acessado em 02/04/2021.
- TRT-15 - RO: 75736 SP 075736/2010, Relator: ANA PAULA PELLEGRINA LOCKMANN, Data de Publicação: 14/01/2011. Acessado em 31/03/2021.
- TRT-2 - RO: 00004479820125020385 SP 00004479820125020385 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 16/12/2014, 4.^a TURMA, Data de Publicação: 16/01/2015). <https://trt-jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202352601/recurso-ordinario-ro-4479820125020385-sp-00004479820125020385-a28/inteiro-teor-202352611?ref=serp>. Acessado em 02/04/2021.
- TRT-4 - ROT: 00209738520155040010, 3.^a Turma, Data de Publicação: 09/03/2016. Disponível em <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/945453180/recurso-ordinario-trabalhista-rot-209738520155040010>>. Acessado em 31/03/2021
- Processo Nº 1001262-31.2016.5.02.0614 (Ro) Recorrente: Wesley Macedo Rodrigues, Norte-Sul Hidrotecnologia E Comercio Ltda. Recorrido: Wesley Macedo Rodrigues, Norte-Sul Hidrotecnologia E Comercio Ltda. Relator: Eliane Aparecida Da Silva Pedroso. Disponível em <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1147685124/acao-trabalhista-rito-ordinario-atord-10012623120165020614-sp/inteiro-teor-1147685145>> Acessado em 02/04/2021.
- Processo TRT/SP Nº 1000045-05.2015.5.02.0608 Processo Judicial Eletrônico Recurso Ordinário Da 8.^a Vt Da Zona Leste De São Paulo/Sp Recorrentes: 1 - Companhia Brasileira De Distribuição 2 - Gabriel Lucas Da Silva Pimentel Ferreira Recorridos: Os Mesmos. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548965861/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-10000450520155020608/inteiro-teor-548965881>> Acessado em 02/04/2021
- Processo nº 1001781-61.2013.5.02.0468. Recorrente: Ever Green Industria E Comercio Ltda. Recorrido: Washington Carlos Fazan. Relator: Marcelo Freire

Goncalves. Disponível em
<<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931589647/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-10017816120135020468/inteiro-teor-931590331>>. Acessado em 02/04/2021.

- TST - ARR: 6198720115040007, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 18/12/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/01/2019).
- TRT-2 10011079620195020719 SP, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, 4ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação: 02/06/2020. Disponível em <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855229413/10011079620195020719-sp>>. Acessado em 03/04/2021.
- TRT-9 2072011594908 PR 207-2011-594-9-0-8, Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 4A. TURMA, Data de Publicação: 17/08/2012
- TRT-1 – RO: 7743920115010342 RJ, Relator: Mery Bucker Caminha, Data de Julgamento: 19/03/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: 04/04/2013.