

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

Sylvio Moacyr D'Alkimin Artusi Nicoleit

***MITIGAÇÃO E PRECIFICAÇÃO DO RISCO DE  
ROMPIMENTO DE NEGOCIAÇÕES PRÉ-  
CONTRATUAIS NO DIREITO DO TRABALHO***

São Paulo  
2018

Sylvio Moacyr D'Alkimin Artusi Nicoleit

***MITIGAÇÃO E PRECIFICAÇÃO DO RISCO DE  
ROMPIMENTO DE NEGOCIAÇÕES PRÉ-  
CONTRATUAIS NO DIREITO DO TRABALHO***

Dissertação de Mestrado apresentada à  
Escola de Direito de São Paulo da  
Fundação Getulio Vargas, como  
exigência parcial para obtenção do título  
de Mestre em Direito.

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR  
BRUNO MEYERHOF SALAMA.

São Paulo  
2018

Nicoleit, Sylvio Moacyr D'Alkimin Artusi.

Mitigação e precificação do risco de rompimento de negociações pré-contratuais no direito do trabalho / Sylvio Moacyr D'Alkimin Artusi Nicoleit. - 2018.

146 f.

Orientador: Bruno Meyerhof Salama.

Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Boa fé (Direito). 3. Processo civil. 4. Contratos. I. Salama, Bruno Meyerhof. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 347.74

Sylvio Moacyr D'Alkimin Artusi Nicoleit

***MITIGAÇÃO E PRECIFICAÇÃO DO RISCO DE ROMPIMENTO DE  
NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS NO DIREITO DO TRABALHO***

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de conhecimento: Direito do Trabalho

Data de aprovação:

\_\_/\_\_/\_\_

---

Prof. Dr. Bruno Meyerhof Salama  
(Orientador)  
FGV-SP - EDSP

---

Prof. Dr. André Rodrigues Correa  
FGV-SP - EDSP

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Flavia Portella Püschel  
FGV-SP - EDSP

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Cristina Paranhos Olmos  
PUC-SP - FDPUCSP

*“Whoever offers to another a bargain of any kind, proposes to do this. Give me that which I want, and you shall have this which you want, is the meaning of every such offer; and it is in this manner that we obtain from one another the far greater part of those good offices which we stand in need of. It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities, but of their advantages”.*

**Adam Smith, 1776.**

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor e Orientador Bruno Meyerhof Salama por seu apoio e diretrizes seguras na orientação deste trabalho.

Aos demais professores e colegas do Mestrado, especialmente Professor André Rodrigues Corrêa.

À Professora Cristina Paranhos Olmos por todos os ensinamentos.

Aos Drs. Alexandre Spina, André Costa Galucci, Carolina Strobel, Carla Regina Fernandez, Flávia Mitchell Müller, Murilo Nassif, Nina Mattos e Roberta Botânico pela valiosa ajuda durante o trabalho.

Aos amigos do Robortella Advogados.

## RESUMO

A presente dissertação de mestrado aborda a questão do risco empresarial pelo rompimento das tratativas entre possíveis contratantes – especialmente entre partes desiguais, com foco na parte sofisticada, mormente ante a maior aplicação jurisprudencial da teoria da responsabilidade civil pré-contratual pela perda da chance, com foco em algumas modalidades contratuais assimétricas.

A proposta nasce da frustração do dissertante ante a escassez de estudos práticos sobre os melhores comportamentos negociais que visam mitigar o risco de vinculação definitiva em um contrato em gestação, especialmente em relação à parte qualificada.

Após estudo teórico sobre o problema, dentre as questões que se pretendem abordar, destaca-se a problemática do *an debateur*, analisando os contratos e comportamentos práticos que intentam exonerar e limitar a responsabilidade da parte sofisticada. Ato contínuo, invade-se a seara do *quantum debateur*, analisando a precificação do risco de cessar abruptamente as tratativas em face de eventual condenação em perdas e danos por “perda da chance”, após prévia análise econômica da aplicação da teoria sob as matizes “civil” e de “common-law”. Complementa o estudo uma apreciação da prática negocial pátria e o comportamento do Judiciário brasileiro, com foco da Justiça do Trabalho, área de atuação do mestrando e ramo historicamente voltado à defesa do hipossuficiente, findando com despretensiosas propostas de aprimoramento comportamental das partes sofisticadas em negociações quando em posição de força.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil, Pré-contrato, Mitigação e Exoneração, Perda da Chance.

## ABSTRACT

This paper addresses the corporate risk due to negotiations breaking between potential dealers, especially when the negotiating parties are uneven in their bargaining power, focusing into the sophisticated part, mainly cause of increasing “loss of a chance” causation theory before asymmetrical arrangements.

This proposal is born due to a lack of similar practical studies addressing the best ways to mitigate a pre-contractual binding during the punctuation phases of a deal, particularly the abovementioned-sophisticated one.

Among the various questions acknowledged, after addressing the theoretical issues of the matter, it will focus into the “*an debateur*” issue, analyzing pre-agreements and practical behaviors intended to acquit any sophisticated part liability. Following this, it is addressed the “*quantum debateur*” question, especially the risk pricing of sudden ceasing negotiations before the theory of a “loss of chance”, before the civil and common-law jurisprudence. The paper continues by scrutinizing the conducts of Brazilian Companies and Courts facing the proposed issues, focusing in the labor law, due to writer’s practice and the fact the Labor Courts are willing to favor the weaker part on ruling, finishing with humble proposals of behavior improvement to the sophisticated parties when negotiating from an advantage position.

Key-words: Civil Liability, Pre-agreement, Mitigation, Exoneration, “loss of a chance”.



# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO: CONDIÇÕES ASSIMÉTRICAS.</b>	<b>10</b>
<b>2. AMBIENTE INSTITUCIONAL.</b>	<b>21</b>
2.1. COMPORTAMENTO NA REALIDADE BRASILEIRA: PESQUISA DE CAMPO	21
2.2. A NEGOCIAÇÃO: FASES E DEVERES CORRELATOS DE CONSIDERAÇÃO.	32
2.3. O SENTIDO LATO DA “ <i>CULPA IN CONTRAHENDO</i> ” E DA EVIDÊNCIA DA SERIEDADE.	41
2.4. A “ <i>COMMON-LAW</i> ”; EQUIVALÊNCIA INSTITUCIONAL.	45
<b>3. MITIGAÇÃO E PRECIFICAÇÃO DO RISCO DE ROMPIMENTO PRÉ-NEGOCIAL.</b>	<b>52</b>
3.1. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: UMA ANÁLISE ECONÔMICA.	52
3.2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU EXTRACONTRATUAL PELOS ROMPIMENTOS DAS TRATATIVAS: POSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO E LIMITAÇÃO.	58
3.3. COMPORTAMENTO DAS PARTES NEGOCIANTES.	61
3.3.1. Parte Vulnerável: Comportamento Aético.	61
3.3.2. Parte Sofisticada: Mitigação do Risco	64
3.3.2.1. Estipulação de Cláusulas Suspensivas ( <i>milestones</i> )	64
3.3.2.2. Contratos de Negociação: Mitigação dos Riscos Pré-Contratuais	70

3.4. A INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA PELO ROMPIMENTO DAS TRATATIVAS: IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE INSTITUTOS DIVERSOS DA PERDA DA CHANCE	80
3.5. PERDA DA CHANCE: CONVERGÊNCIA DA METODOLOGIA DE CÁLCULO NA <i>CIVIL</i> E <i>COMMON-LAW</i> .	90
3.6. CLÁUSULA PENAL: PRECIFICAÇÃO DO RISCO COMPORTAMENTAL	94
<b>4. CONCLUSÕES E PROPOSTAS</b>	<b>102</b>
4.1. CONCLUSÕES: RETROSPECTIVA TEÓRICA E PRESPECTIVA PRÁTICA SOB O PÁLIO DA JURISPRUDÊNCIA E PRÁTICAS DE MERCADO	102
<b>5. ANEXOS</b>	<b>114</b>
5.1. ÍNTEGRA DAS DECISÕES JUDICIAIS CITADAS NA DISSERTAÇÃO CUJA COMPREENSÃO NÃO SE ENCERRA NA EMENTA	114
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>139</b>

## 1. INTRODUÇÃO: CONDIÇÕES ASSIMÉTRICAS.

O foco da presente dissertação é a construção de propostas de melhores práticas para que partes sofisticadas possam mitigar riscos de negociação quando atuando com atores desiguais em uma posição, teoricamente, de força, focado no direito do trabalho.

O que se pretende, *ultima facie*, é um norte intentado a mitigação do risco direcionado à parte sofisticada, inclusive em relação à precificação do custo do rompimento das tratativas.

A análise da mitigação dos riscos se dará, primeiramente, através da apresentação de um estudo de campo, *anedótico em sua origem, porém, exibindo uma realidade que a experiência mostra se espalhar por vários os segmentos de mercado*, conjugado com o estudo da doutrina pré-negocial, permitindo uma melhor compreensão do fenômeno da formação do contrato em suas várias etapas evolutivas, e, posteriormente, dos elementos formadores da prática comportamental no âmbito da *civil e common-law*.

O estudo relativo à precificação se dará sob a égide da “perda da chance”, conforme detalhamento do Capítulo 3.2 abaixo, teoria jurídica que lida com a incerteza da contratação. Não se pode olvidar que o capital, personificado nos administradores, abomina a incerteza, daí a relevância do estudo da pré-liquidação via cláusula penal do risco de rompimento das tratativas – bem como sua aceitação pelo Judiciário.

O rompimento das tratativas pré-negociais se caracteriza em responsabilidade *aquiliana* extracontratual (como será abordado no Capítulo 3.2), não se admitindo a execução específica ou, no âmbito dos Tribunais de Cúpula brasileiros, “lucros cessantes”, ante a incerteza do resultado final.

A relevância do estudo de evolução de propostas envolve alocações de valores e recursos que não são recuperáveis *per se*, caso o negócio não se concretize.

Afinal, o ato de contratar, ou seja, trocar bens ou serviços por dinheiro absorve a maior parte de nosso tempo de vida. O trabalho, a compra de mantimentos vitais (duráveis ou não, como alimentos e roupa), a moradia (locada ou própria), o deslocamento, o lazer; todos os aspectos da vida civilizada derivam de um ato primeiro de interesse, pontuação, consideração e contratação. Ato que, mesmo na mais simplória relação sinalagmática, surge com a expectativa natural de concretização.

O que se pretende verificar é como mitigar a expectativa da outra parte negociante em relação à esperada concretização, através do estudo da teoria jurídica relacionada ao racional econômico e das práticas de mercado. Em suma:

- (i) Como as partes se comportaram (entre atos comissivos, omissivos e declaratórios) durante a negociação,
- (ii) Como esse comportamento pode ser compreendido (entre seus direitos positivos e negativos melhor debatidos abaixo) pela sociedade através dos sinais comportamentais utilizados, em face da doutrina, jurisprudência e lei que rege a matéria e (iii), por fim, como a parte deveria se comportar para não criar riscos.

Historicamente, as regras de negociação no Brasil (e mesmo em países de *common-law*) entendiam o pré-contrato como um cenário preto ou branco; ou as conversações eram tão vagas e abstratas que nada pode ser demandado da outra parte, ou se estava diante de um contrato totalmente vinculativo, à exceção de aspectos menores não centrais do pacto – *era assim nos EUA antes da adoção plena da “promissory estoppel”* ou nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, notadamente no Código Napoleônico de 1808 ou brasileiro de 1916.

Há tempos, no entanto, vem-se admitido a existência de vários estágios intermediários entre o nada e o contrato firmado.

Grosso modo, pode-se inferir – *pormenorizadamente no Capítulo 2.3* – que a contratação é formada por várias fases evolutivas, *fluídas*, desenhadas com o intuito final de contratar.

Em um primeiro estágio preliminar de formação do contrato, grosso modo, a doutrina e jurisprudência não enxergam qualquer passivo indenizatório. No segundo estágio, a indenização (ainda que por perda da chance) depende do comportamento das partes, mormente sob a ótica das obrigações comportamentais e, no estágio último, reconhece-se a existência de uma declaração vinculativa, passível, até, de execução específica.

Estudo de Alan Schwartz das decisões do Judiciário norte-americano, envolvendo 105 casos sobre a matéria de responsabilidade pré-contratual, demonstrou que as cortes tendem a afastar qualquer valor indenizatório, exceto se o comportamento das partes indicar real intenção de se vincularem, especialmente ao acordarem sobre aspectos significativos do futuro contrato, como se verá melhor no capítulo atinente à sistemática do direito consuetudinário.<sup>1 2</sup>

Em suma, a questão vem sendo abordada caso a caso pelo Judiciário nos principais países, de acordo com o intuito dos agentes, honrando-se a real intenção exposta e declarada de vinculação – seja na *civil* ou *common-law*, embora com diferentes cargas de responsabilidade aos agentes.

Assim, o grande avanço do direito pré-contratual nas últimas décadas tem sido o reconhecimento de que as partes devem sempre barganhar (durante a fase de pontuação) de boa-fé revelando sua real intenção na negociação – *inclusive, sendo transparentes em seu intento de não negociar ou de apenas “analisar” sem maiores expectativas o negócio proposto.*

---

<sup>1</sup> SCHWARTZ, Alan. “*Precontractual Liability and Preliminary Agreements*”. Harvard Law Review, Volume 120, Number 3, 2007.

<sup>2</sup> Deve-se sopesar que a maior preocupação sob o arcabouço do direito norte-americano se relaciona à relação entre acordo preliminar e indenização.

Obrigações que não são dirigidas apenas às partes sofisticadas, mas também às vulneráveis, eis que o princípio da boa-fé se constitui em dever de todos os atores sociais.

Essa nova realidade judicial demanda pouca regulação normativa, parecendo mais importante os institutos doutrinários e o contexto das negociações, bem como o linguajar utilizado, as condições declaradamente suspensivas, os itens em aberto (quantidade e relevância), os investimentos (ou ausência de), preparativos e envolvimento.

Sob tal cenário de comportamento probo, com cuidados para afastar expectativas irreais, o desalinhamento negocial é visto como um risco, mas como curso possível de acontecimentos.

Inobstante, é cediço que o Judiciário tende a demandar um comportamento mais “correto” e “transparente” da parte sofisticada, quando em cena atores com poderes desiguais – *não apenas do ponto de vista monetário, mas também informacional, que, em última análise, não deixa de ser uma vantagem econômica.*<sup>3</sup>

Aliás, ao se investigar mais intensamente a dissonância entre partes sofisticadas e vulneráveis, pode-se verificar que a assimetria de informações sobre o custo (final) de contratar justifica imputação de maior responsabilidade teórica e de melhores práticas à parte em poder de força.

A parte sofisticada conduz as negociações com muito mais *expertise* sobre o negócio em tratativa do que a hipossuficiente – até mesmo porque, geralmente, já o fez diversas vezes – *seja um contrato de emprego, franquia ou consumo*, sendo que

---

<sup>3</sup> Exemplifica-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. Este ocorre, por exemplo, quando a empresa ilude o trabalhador, causando-lhe expectativa exacerbada de contratação, mormente quando a fase das tratativas inclui a realização de exames admissionais, gerando no obreiro a quase certeza da admissão, que, por fim, não ocorre. (TRT-5 - RO: 6004920095050193 BA 0000600-49.2009.5.05.0193, Relator: LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 05/03/2010)”. Disponível em <[www.trt5.jus.br](http://www.trt5.jus.br)>. Acessado em 16.03.2017. Da leitura na íntegra do acórdão se infere que o reclamante foi aprovado nos exames admissionais, não havendo razão fática ou jurídica para negar a contratação. Íntegra da decisão no capítulo de anexos.

as condições e expectativas micro e macroeconômicas para o evento de “análise final” são muito mais claras à parte forte do que à fraca.

Relevante, pois, como norte deste estudo estipular, sob o pálio da racionalidade econômica, quando se está diante de uma negociação assimétrica – ou seja, o desbalanceamento da relação de poder entre as partes.

Poder pode ser definido como um “*parâmetro multidimensional*” advindo de duas fontes primárias; a primeira um fenômeno situacional, que se relaciona intrinsecamente à assimetria de forças entre as partes contratantes e a segunda encapando vantagens ocultas, como informações e experiência em contratar de uma parte em detrimento da outra.<sup>4</sup>

Pode-se inferir que o conjunto das duas características supracitadas dá a uma parte, *sofisticada*, melhor controle sobre o fluxo negocial e maior influência sobre o resultado final concretizado em um contrato vinculativo – ou seja; “poder de barganha”.

Bruno Salama e Daniel Benoliel assim definiram o fenômeno;<sup>5</sup>

*“Poder de barganha – ou poder de negociação – é a capacidade relativa que cada parte tem de influenciar as demais. Em trocas voluntárias (e a assimetria das partes em nada se confunde com coerção) um problema de barganha surge porque as partes precisam negociar antecipadamente (ex ante) a alocação do excedente cooperativo que está projetado para ser gerado por um acordo. Trata-se, portanto, principalmente de chegar a um consenso sobre o preço e outras condições do acordo”.*

O poder tal qual acima descrito, se manifesta na capacidade de barganha das partes – não apenas pelo fato de se alocar maiores riscos à parte hipossuficiente, mas porque as negociações como ocorridas tendem a favorecer, sobremaneira, a parte sofisticada; especialmente quando a contraparte “fraca” não dispõe de elementos prévios para avaliar a extensão de suas decisões e seu impacto futuro, não possuindo

---

<sup>4</sup> RUBIN, Jeffre Z. et all, “*The Social Psychology of Bargaining and Negotiation*”, apud “*Inequality of Bargaining Power*”. Michigan State College of Law Review, Publicação 139, 2005.

<sup>5</sup> SALAMA, Bruno et all. “*Líderes Improváveis: a batalha dos países em desenvolvimento pelo acesso a medicamentos patenteados*”. FGV Editora, São Paulo, 2017, pág. 52.

*know-how* integral para tanto – ou seja, se encontrando sob o jugo diretivo da parte sofisticada.<sup>6</sup>

Típicos exemplos de contratos assimétricos são; de trabalho, de franquia, de consumo, de adesão, ou, nos termos da doutrina norte-americana, “*sempre que as características das partes contratantes demonstrem uma desigualdade autoevidente, como riqueza, sofisticação, educação, conhecimento, tamanho ou monopólio*”.<sup>7</sup>

O direito pátrio intenta proteger a parte vulnerável – seja através da norma positivada (*ex vi*; art. 6º do CDC que inverte o ônus da prova nos litígios de consumo ou art. 423 do CCB que determina que os contratos de adesão devem ser interpretados em prol da parte aderente) ou através da “cultura jurídica” de dado ramo do direito, como na Justiça do Trabalho em que vige o princípio “*in dubio pro operário/misero*”.<sup>8</sup>

Como bem aponta Paulo Nalin, “(...) é inegável a afirmação de que o contrato paritário, neste tempo de relação de mercado, é a exceção, a partir do qual não se pode pretender seja ele a âncora epistemológica de todo o entendimento sobre o instituto”.<sup>9</sup> Confirmando esse raciocínio, Robert Cooter e Thomas Ulen afirmam que

---

<sup>6</sup> BARNHIZER, Daniel D. “Inequality of Bargaining Power”. Michigan State College of Law Review, 2005.

<sup>7</sup> Sobre a existência de assimetria nas relações de trabalho, assim se posicionou a Suprema Corte dos EUA; “*The legislature has also recognized the fact, which the experience of legislators in many states has corroborated, that the proprietors of these establishments and their operatives do not stand upon an equality, and that their interests are, to a certain extent, conflicting. The former naturally desire to obtain as much labor as possible from their employees, while the latter are often induced by the fear of discharge to conform to regulations which their judgment, fairly exercised, would pronounce to be detrimental to their health or strength. In other words, the proprietors lay down the rules, and the laborers are practically constrained to obey them. In such cases self-interest is often an unsafe guide, and the legislature may properly interpose its authority*”. (Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 (1898)) - SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA, Washington, DC. Disponível em < <http://www.supremecourtus.gov/>>. Acessado em 25.02.2017. A citação da Suprema Corte dos EUA se justifica no âmbito deste trabalho por se caracterizar por externar um arcabouço menos protetivo às relações de trabalho do que àquelas típicas de países de *civil-law* (mormente Europa continental e América Latina).

<sup>8</sup> “PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO - IN DUBIO PRO MISERO. Havendo duas ou mais interpretações sobre a mesma norma, adotar-se-á a mais favorável para o empregado, aplicando-se um dos princípios da proteção, o do *in dubio pro misero*”. (TRT-1 - RO: 00008733920125010062 RJ, Relator: Mery Bucker Caminha, Data de Julgamento: 25/03/20 – importante destacar que vulnerabilidade se relaciona ao direito material; é a situação do parte fraca se relacionando faticamente com a parte sofisticada. Hipossuficiência, por sua vez, se relaciona ao direito processual; ou seja, o consumidor em juízo.

<sup>9</sup> NALIN, Paulo. “Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em Busca de Formação na Perspectiva Civil-Constitucional”. Curitiba, 2001, apud COELHO, Luciano Augusto de Toledo. “Responsabilidade Civil Pré-Contratual em Direito do Trabalho”. LTR, São Paulo, Versão E-Book, 2017. Posição 24.



99% de todos os contratos firmados no mercado são de adesão<sup>10</sup>, o que não é ruim *per se*, vez que reduzem, substancialmente, os custos de transação – *que de outra forma tornariam proibitivos as transações mais comuns entre as pessoas*.<sup>11</sup>

Não se pode esquecer, no entanto, que a parte vulnerável tenderá a minorar as consequências das cláusulas a que se submete (na maioria das vezes, sequer os contratantes leem as estipulações a quem se vinculam), como já provado em vários experimentos, pelo quê, ainda que contra produtivo para o mercado em geral, é cediço que os efeitos contratuais considerando indivíduos em posição fraca serão mitigados em eventual demanda judicial.<sup>12</sup>

Para além do aludido complexo parâmetro multidimensional derivado do poder negocial, tal proteção se deve, também, à temporalidade dos investimentos pré-contratuais.

De acordo com o supracitado estudo de Alan Schwartz, o comportamento das partes na fase pré-contratual pode assumir duas configurações:

- (i) Investimentos simultâneos de ambas as partes na preparação do contrato, quando envolvidas partes em paridade situacional ou;
- (ii) Investimentos dissonantes; quando a efetivação do contrato demanda um aporte maior de uma das partes anteriormente à da outra, como no caso do contrato de trabalho ou de franquia.<sup>13</sup>

Por corolário lógico; a problemática envolvendo partes assimétricas decorre do fato que da parte vulnerável sempre são exigidos maiores investimentos para concretização do negócio (ainda que não necessariamente em dinheiro, podendo se

---

<sup>10</sup> COOTER, Robert *et all*. “*Law and Economics*”. Berkeley Law Scholarship Repository, 2016. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books>>. Acessado em 27.12.2017. Pág. 366.

<sup>11</sup> COOTER, Robert. Op. cit. Pág 367.

<sup>12</sup> Nesse sentido, COOPER e ULEN (op. cit. Pág 367) citam o exemplo da cláusula da “alma imortal”, quando a produtora de software “GameSoft”, no dia 01º de abril, acresceu uma cláusula exigindo a doação, em 05 dias úteis, de qualquer alma imortal dos frequentadores do site quando requisitados, pela barganha de £ 5.00 em descontos no site. Não houve reclamações.

<sup>13</sup> BARNHIZER, Daniel D. Op. Cit.

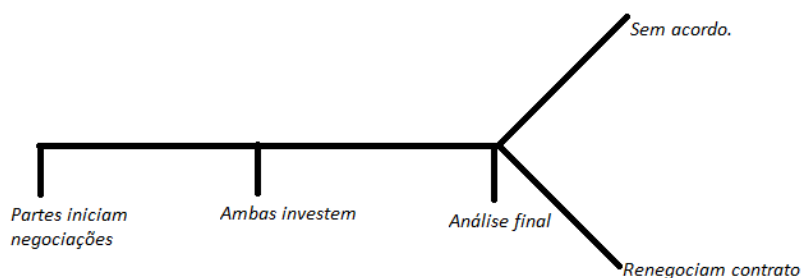
manifestar em dispêndio de tempo, preparação, deslocamento etc) do que à sofisticada.

Exemplifica-se; em pré-contratações de emprego, o candidato consome seu tempo, deslocamento (quiçá envolvendo até viagens aéreas e hospedagens) e, por vezes, descarta outras oportunidades, enquanto o promitente empregador apenas aloca alguns prepostos para o processo seletivo, *geralmente pessoal que já tem recrutamento e seleção como atividade principal*, em um investimento desprezível quando comparado ao da parte hipossuficiente cujo tempo disponível é indivisível e o *quantum* despendido é suportado integralmente por uma única pessoa física.

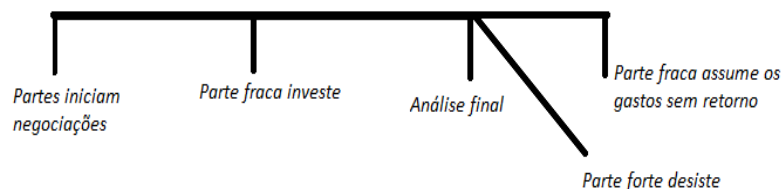
De igual sorte, em um pré-contrato de franquia, o levantamento de todas as informações para adequação à circular de franquia, bem como documentação e estudos de consumo e geográficos (preço de aluguéis, mão-de-obra, custos de abertura de empresa, contabilidade, impostos etc) correm, geralmente, pelo franqueado – *no máximo, alguns prospectos de perspectiva de faturamento podem ser entregues pelo franqueador, mas, geralmente, são estudos abstratos que podem não refletir a realidade de consumo sobre a dada base geográfica restrita em negociação*.

Veja-se o gráfico de progresso dos investimentos, baseado nos estudos de Alan Schwart que, todavia, não se relaciona, diretamente, com a questão da vulnerabilidade *per se*:

Partes simétricas;



Partes assimétricas;



Há de ressaltar que o gráfico acima, embora expresse diferenças entre as partes contratantes objeto deste estudo, revela, antes de tudo, assimetria cronológica de investimentos.

Razão pela qual, maior proteção pré-negocial dada à parte hipossuficiente não advém de uma quixotesca busca idealizada pelo legislador ou Poder Judiciário por uma teórica isonomia negocial, mas de uma racionalidade econômica benéfica à economia como um todo, ao regular uma importante parcela dos contratos firmados no mercado.

Ainda relacionado à dissonância do investimento, há a problemática relativa à preferência temporal; todo agente humano requer certa quantidade de tempo para alcançar um dado objetivo.

Porém, como o homem deve sempre consumir algo, não podendo interromper totalmente seu consumo enquanto estiver vivo, o tempo será, sempre, escasso. Tal fato, quando em cena atores em disparidade de força torna ainda mais evidente o sobrepeso da preferência temporal na questão da dissonância dos investimentos pré-contratuais.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> “Ao agir, o agente humano (o homem) sempre visa a substituir um estado de coisas menos satisfatório por um estado de coisas mais satisfatório; ele, portanto, demonstra uma preferência por mais bens – e não por menos bens. Além disso, ele sempre considera o momento futuro em que os seus objetivos serão alcançados (i.e. o tempo necessário para realiza-los), bem como a capacidade de duração de um bem. Ele, assim, também demonstra uma preferência universal por bens presentes em vez de por bens futuros e por bens mais duráveis em vez de por bens menos duráveis. Está é o

Isto porque, os bens presentes, *per se*, são e devem ser invariavelmente mais valorizados que os futuros, uma vez que se o homem não fosse limitado pela preferência temporal haveria tendência constante de restrição ao consumo para que mais tarde um ganho maior fosse percebido.

Em tal cenário, absolutamente hipotético, a restrição de consumo presente da parte hipossuficiente traduzida em maiores investimentos iniciais para uma expectativa de contratação futura, ainda que incerta, não seria considerada, por si só, um problema econômico a demandar uma solução jurídica.

Ocorre que, conforme tratado de von Mises, as partes somente podem “*valorar frações de tempo iguais de uma forma diferente de acordo com o fato de elas estarem mais próximas ou mais afastadas do momento da decisão do agente*” – logo, resta claro que a parte sofisticada, a princípio, possui mais bens acumulados no presente para prover todas as suas necessidades de sobrevivência cuja satisfação durante um prolongado tempo de espera for considerado mais urgente para seu o incremento no bem-estar futuro do que a parte hipossuficiente – *até mesmo pelo capital acumulado de cada um desses atores*.

Ou seja; o investimento presente negocial da parte sofisticada impactará menos sua sobrevivência (física/institucional) do que aquele realizado pela hipossuficiente, independente dos frutos a colher no futuro. <sup>15</sup>

A conclusão advinda de todas as premissas econômicas acima é que o investimento inicial da parte hipossuficiente é mais elevado, cronologicamente antecipado e impactante em seu bem-estar presente e futuro do que à parte sofisticada.

Estudar o atual arcabouço legal brasileiro e o risco precificado de um comportamento abusivo é relevante, portanto, face ao viés, *justificado*, de proteção

---

*fenômeno da preferência temporal*”. HOPPE, Hans Herman. “*Democracia – o Deus que Falhou*”. ILVM Editora, São Paulo, Pág. 52.

<sup>15</sup> von Mises, Ludwig. “*Ação Humana: um tratado de economia*”. Instituto LvM, 2010. Pág. 153.

dado pelos sistemas jurídicos, abarcando além do “*an debateur*” o “*quantum debateur*”.

O estudo finda com exposição das conclusões alcançadas e sugestões para mitigar o risco a que exposta a parte sofisticada quando em negociações pré-contratuais, especialmente ante o rompimento das tratativas.

## 2. AMBIENTE INSTITUCIONAL

### 2.1. COMPORTAMENTO NA REALIDADE BRASILEIRA: PESQUISA DE CAMPO.

O comportamento na realidade brasileira se inicia com um estudo de campo anedótico, com empresas dos mais variados segmentos de mercado, para se apresentar uma mostra da realidade brasileira atinente à negociação dos contratos de trabalho.

Para tanto foram entrevistados diretores e gerentes jurídicos, representantes de partes sofisticadas, quanto a praxis negocial em face de partes vulneráveis, especialmente nos ramos da construção civil, engenharia pesada, tecnologia da informação, radiodifusão, metalurgia/eletroeletrônicos, imobiliário, fabrico e comercialização de cosméticos e medicamentos de marca e genéricos. Em vez da quantidade, foi dada preferência à qualidade e profundidade das informações.

Todas as partes sofisticadas objeto de escrutínio demandam uso intenso de mão de obra, contando com grande número de empregados.<sup>16</sup>

Com vistas a um melhor entendimento do *modus operandi* das empresas nacionais, especialmente quais os pontos frágeis a demandar melhoria, as entrevistas foram conduzidas tendo por base um questionário padrão, do qual evoluíram as

---

<sup>16</sup> Foram feitas entrevistas com duas empresas do ramo imobiliário de pequeno porte, porém, à exceção de um escritório físico, seus maiores investimentos são em mão de obra, especialmente corretores imobiliários autônomos, cuja contratação, para todos os efeitos, parece, em tese, em tudo se assemelhar à negociação de contratos de trabalho – o que, ao final, restou desmentido pela prática mercantil.

interações que permitiram uma melhor compreensão do cenário pré-negocial assimétrico nas macrorregiões da grande São Paulo e Rio de Janeiro.

Os tópicos basilares abordados foram;

**(i) Dentro de sua organização, *reconhecidamente contratante sofisticada*, qual área é responsável pelo processo de contratação e seleção de trabalhadores?**

Em geral, todas as empresas entrevistadas se valem do departamento de recursos humanos para conduzir o processo pré-contratual.

Na empresa entrevistada no ramo farmacêutico, no qual o escrutínio recaiu sobre sociedade de grande porte com contratação (inclusive para substituição) intensa de profissionais, há uma gerência dentro do departamento de recursos humanos totalmente dedicada à condução das negociações contratuais trabalhistas, apartada das demais rotinas cotidianas típicas de gestão de pessoas, especializada na condução de processos seletivos. Importante destacar que esse segmento específico de mercado costuma contratar pessoas de elevadas qualificações educacionais e culturais (inclusive pessoal de fábrica, considerando o tipo de produto), sendo que a preocupação com a boa imagem da empresa no mercado de trabalho é manifestamente uma variável valorizada.

No ramo da construção civil e prestação de serviços de engenharia pesada, com grande massa de trabalhadores menos qualificados, com processos seletivos simplificados, padronizados e de reduzidas fases, a contratação é conduzida pelo departamento de recursos humanos interno. Porém, a negociação pré-contratual de cargos diferenciados, *como superintendentes, diretores e técnicos altamente qualificados*, cujas tratativas demandarão maiores fases e exposição a risco, é conduzida por uma consultoria externa (empresa de *head-hunter*), sendo monitorado pelo RH, com participação ativa da área à qual a vaga se destina – i.e.; o

departamento financeiro acompanha a contratação de um contador, o departamento de engenharia e arquitetura faz o mesmo em relação a um arquiteto etc.

Já as empresas de pequeno porte entrevistadas, atuantes no ramo imobiliário, focadas na contratação de profissionais autônomos (corretores imobiliários) não possuem um departamento próprio de recursos humanos, *terceirizando o cotidiano aos serviços da empresa de contabilidade que lhe presta serviços – prática assaz comum no país*, valendo-se da própria diretoria para condução das negociações pré-contratuais.

**(ii) Durante as tratativas negociais, são tomadas algumas cautelas para evitar responsabilização civil da empresa caso haja rompimento da negociação por parte da empresa?**

Foram detectados dois comportamentos concorrentes e simultâneos que dependem do segmento de mercado; para todos os ramos de atuação em que a contratação de trabalhadores se dá via CLT as cautelas são mais flexíveis – geralmente informais e, *quando existentes*, conectadas à explicação de como funciona o processo seletivo, quantas fases possui etc.

Exceção à regra é uma das empresas de TI, de matriz norte-americana, que formaliza, *ab initio*, através de carta-convite para participar em processo seletivo que o rompimento por quaisquer das partes, a qualquer momento, não ensejará indenização. Interessante destacar que esta empresa em específico, além do objeto social de comercialização de equipamentos e peças de alta tecnologia, possui um braço de “*venture capital*” atuante no país, havendo grande intercâmbio informacional entre as várias empresas do grupo. Possível deduzir que as boas práticas do segmento de “*venture capital*” influenciaram, positivamente, os procedimentos do grupo econômico nas negociações com partes hipossuficientes.



Em geral, as empresas negociantes de posições CLT formalizam o convite (via “*job offer*” ou “carta proposta”; i.e. uma “oferta firme” formal de emprego) apenas após o resultado final do processo seletivo. Pelo inferido da pesquisa de campo, as empresas, ainda que sem maiores considerações teóricas, entendem que todas as fases do processo seletivo se enquadram como sendo “condições suspensivas” do aperfeiçoamento do contrato de trabalho.

Visto de outro modo; o processo seletivo é enxergado como uma fase de pontuação não vinculante, integrada apenas por atos preparatórios (processo seletivo; dinâmicas, testes de conhecimento, psicológicos e entrevistas), enquanto que a formalização via carta proposta inaugura a fase decisória pré-contratual (vide Rizzardo, capítulo 2.3 abaixo), quando as partes começam, efetivamente, a negociar as condições do contrato de trabalho futuro; como responsabilidade, hierarquia, salários, benefícios etc – ou seja; apenas a oferta da “carta proposta” teria o condão de trazer ao processo negocial uma fase análoga àquela da “evidência da seriedade” pré-contratual – ou, sob a *common-law*; contraprestações entre as partes.

Isto porque, como relatado pela empresa do ramo de engenharia civil; não é raro que após recebimento da “carta preposta” haja contraproposta salarial ou de benefícios pelo trabalhador (*não tão*) vulnerável, *ainda que a “oferta firme”* possua uma natureza de oferta unilateral de adesão à parte hipossuficiente.

Uma manifestação de grande preocupação entre a maioria das sociedades entrevistadas é que a partir da “oferta firme” ou, ao menos, neste momento negocial, grande parte dos trabalhadores empregados inicia os procedimentos para rescisão dos atuais contratos de trabalho. <sup>17</sup>

O comportamento, porém, é radicalmente diferente junto aos segmentos de mercado que oferecem posições não celetistas; ramo imobiliário (autônomos filiados ao Conselho Regional de Corretores Imobiliários, regidos pela Lei nº. 6.530/1978) e a

---

<sup>17</sup> Neste parágrafo “emprego” e “trabalho” foram utilizadas em seu sentido lato: englobando a relação formal celetista e a prestação de serviços autônoma regida pelo art. 593 e seguintes do CCB.

empresa de radiodifusão que várias vezes se vale de PJ (pessoas jurídicas) para posições de maior destaque.<sup>18</sup>

Como antevêm um risco de demanda trabalhista futura requerendo o vínculo de emprego, as tratativas são extremamente formais desde o início do processo seletivo, tratando o futuro trabalhador como se parte sofisticada fosse desde a fase de pontuação dos atos preparatórios - *o que solidifica a defesa que o trabalhador sempre se comportou como sociedade empresária, intentando afastar possível procedência em reclamação trabalhista, especialmente sob o princípio da “reserva mental”*.<sup>19</sup>

Ainda que, especialmente referente às empresas de pequeno porte, as cautelas não sejam formalizadas via pré-contrato negocial, todas as tratativas e fases negociais são expressas por escrito (geralmente via e-mail) enumerando, taxativamente, as condições suspensivas para o posterior possível aperfeiçoamento do contrato.

De igual sorte, em ambos os segmentos, *imobiliário/radiodifusão*, ainda que informal no primeiro e formalmente no segundo, há um momento chave em que a parte sofisticada contratante entende que restou transpassada a fase negociatória e se passa à fase decisória, quando surge uma “carta de intenções” à brasileira (como será apontado pelo Prof. Paulo Borba Casella no capítulo 3.2.2 abaixo) concomitantemente a uma “*hold-harmless letter nacional*”; na qual as partes

---

<sup>18</sup> É público e notória a contratação por redes de televisão/rádio de PJs, citando-se como exemplos: (i) Revista Veja – Edição Eletrônica: Coluna Radar: “*Carolina Ferraz entra com processo contra Globo*”; Disponível em <<http://veja.abril.com.br/blog/radar/carolina-ferraz-entra-com-processo-contr-a-globo>>. (ii) O Estado de São Paulo, Versão Online: *TST não Reconhece Vínculo de Datena com a Record*: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,tst-nao-reconhece-vinculo-de-datena-com-a-record,97712>> . Aliás, sobre esse processo, de se destacar a Ementa: “*Logo, não pode se utilizar da empresa para o que lhe interessa, que é para ter alíquota menor do imposto de renda e abater despesas e não usá-la para o que não lhe interessa, que é quanto ao reconhecimento do vínculo de emprego. É por isso que a prova tem de ser interpretada no seu conjunto e não isoladamente*”. (TRT 2ª REGIÃO, TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 29/09/2005, RELATOR(A): SÉRGIO PINTO MARTINS REVISOR(A): ROSA MARIA ZUCCARO, ACÓRDÃO Nº: 20050686016, PROCESSO Nº: 00768-2003-054-02-00-5, ANO: 2004, TURMA: 2ª). Disponível em <[www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br)>. (iii) Jornal GNN: *Repórter Carlos Dorneles move ação contra a Globo*. Disponível em <<https://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/reporter-carlos-dorneles-move-acao-contr-a-globo>> . Todos os sites acessados em 08.11.2017.

<sup>19</sup> “Art. 110 Código Civil: A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

reafirmam tudo quanto já pontuado, se comprometem a prosseguir as negociações decisórias finais de boa-fé, mas reconhecem, reciprocamente, não ser legítima a expectativa concludente de fechamento do negócio em redações fluídas, mas que remetem àquela exposta no capítulo 3.2.2 abaixo.<sup>20</sup>

Em suma do exposto; embora a pesquisa de campo intentasse antever as cautelas de responsabilização civil negocial, restou claro que é a precaução com a responsabilidade trabalhista que trouxe maior cautela aos atores sofisticados quanto à fase pré-contratual – isto fica especialmente claro ao se identificar que tais empresas também possuem trabalhadores sob o regime CLT e, nesses casos, o grau de formalismo e cautela com a fase pré-contratual equivale às demais partes sofisticadas pesquisadas.

Já quanto às empresas que contratam via CLT, e desprezam, portanto, o risco de ação trabalhista requerendo vínculo de emprego, as cautelas seguem as máximas da práxis mercadológica, consagrada, posteriormente, pela doutrina jurídica – ou seja; se valem de um fluxo padronizado que da primazia da realidade foi estudada e teorizada: fases de negociatórias e decisórias, dando-se especial atenção à problemática da “evidência da seriedade”.

**(iii) A empresa, formalmente – *através de algum documento ou pré-contrato negocial*, explica como será o processo de contratação e em quantas etapas está dividido?**

Novamente, detectam-se dois *modus operandi*; um relativo à contratação via CLT e outro relativo às demais formas de trabalho não coberta pelo regime trabalhista.

---

<sup>20</sup> Apenas para contextualização; “As Partes reconhecem não ser prudente ou razoável confiar na expectativa de celebração de um contrato relacionado ao objeto das negociações entre as Partes. Qualquer esforço de uma das Partes no sentido de completar o processo de ‘due diligence’, negociar, obter financiamentos, elaborar minuta de contratos ou de outra forma cumprir com suas obrigações, não será considerado como evidência da intenção de vincular-se legalmente por tal esforço”.

Em linhas gerais, nenhuma posição oferecida via CLT pelas empresas objeto de estudo são formalizadas quanto à metodologia do processo seletivo e número de fases, bem como não são explicitados os direitos e deveres (*de consideração*) das partes. Apenas uma contratante sofisticada (segmento de TI) informa verbalmente o número de fases e metodologia.

A empresa no segmento da construção civil e uma do ramo imobiliário (ao contratar via CLT) informaram que ambos os processos são formalizados internamente, porém, por se tratar de informação tida como “confidencial” não são disponibilizados em nenhuma hipótese à outra parte contratante hipossuficiente. De igual sorte, todas as demais empresas pesquisadas também não descortinam o número de fases seletivas ou mesmo qual a metodologia a ser empregada – ou seja, o candidato à vaga participa de um processo seletivo às cegas, sem saber a duração e quais competências são avaliadas.

Ante o apurado no mercado, não se pode deixar de sopesar que tal procedimento é sobremaneira discricionário, violando o dever de consideração pré-negocial de informação (vide capítulo 3.2 abaixo).

A questão que se coloca, portanto, é se o dever correlato de informação se manifesta como um imperativo ético-legal ainda na fase da pontuação.

Mais uma vez situação diversa se impõe quando em negociação posições não reguladas pela CLT – e, *novamente, a preocupação manifesta não é com responsabilização civil pré-contratual, mas com o risco de vinculação trabalhista futura.*

O departamento jurídico da empresa de radiodifusão reconhece que não formaliza as etapas negociais com os PJs, porém, classifica esse procedimento como um “erro estratégico” que será corrigido junto à área de recursos humanos e comercial – *não há a mesma concepção de “erro estratégico” quando o assunto são as contratações de celetistas.*

As empresas do ramo imobiliário, ainda que informalmente, quando da contratação de corretores autônomos, enumeram todos os procedimentos negociais, deixando claro como correrão as negociações, especialmente, as condições suspensivas – *vide próximo tópico*.

**(iv) São estabelecidas condições suspensivas (*milestones*) para a contratação?**

Dois caminhos díspares novamente; àquelas destinadas aos trabalhadores celetistas e sob outra modalidade jurídica.

Por um lado, todas as empresas foram unânimes em informar que a única condição suspensiva inegociável (independente da forma legal de contratação) era a prova da qualificação profissional; i.e. inscrição no CREA para engenheiros, OAB para advogados, CNH-Profissional para motoristas etc.

Esta condição suspensiva é destacada nos anúncios da vaga (em sites próprios ou de terceiros do tipo “portal de emprego”), na contratação de empresas “*head-hunters*” e expressa pelo departamento de recursos humano no primeiro contato com a outra parte candidata.

Uma empresa de TI relatou que alguns diplomas e certificados não essenciais (ex; cursos de qualificação e extensão) que poderiam se constituir em condição suspensiva podem, discricionariamente, ser recebidos *a posteriori*.<sup>21</sup>

A entrevistada no ramo farmacêutico reportou que todos os candidatos se submetem a um “*disclaimer de compliance*” de caráter eliminatório, ou seja, sem aprovação nessa fase o processo pré-contratual é interrompido.

---

<sup>21</sup> Recentes julgados da Justiça do Trabalho trouxeram maior segurança para esse procedimento, reconhecendo justa causa aos empregados que mentiram no currículo mesmo transpassados anos da contratação. Valor Econômico. Disponível em <<https://www.valor.com.br/legislacao/5645103/justica-aceita-justa-causa-por-mentira-no-curriculo>>. Acessado em 18.07.2018.

A empresa de construção civil informou que nos contratos de trabalho mais simples, envolvendo grande massa de mão de obra não qualificada, sequer existia previsão de condição suspensiva para aperfeiçoamento do contrato.

No segmento de radiodifusão, em que toda a fase pré-negocial é tratada como se entre partes sofisticadas ante o risco de futura vinculação empregatícia, desde o início é estipulado, formalmente, que a conclusão do contrato está condicionada suspensivamente à apresentação pela PJ de certidões negativas de protestos, cíveis e trabalhistas, falências/recuperação judicial e declaração do contador de faturamento. À falta de um documento formal pré-negocial, a exigência é feita no documento combinado “carta de intenções/hold harmless letter” – *vide resposta (ii) acima*.

No ramo imobiliário, de forma análoga, quando se passa à “evidência da seriedade” da contratação dos corretores autônomos são apresentadas por e-mail as exigências suspensivas, dentre as quais restam destacadas as de filiação e integral quitação do CRECI (Conselho Regional de Corretores Imobiliários), preenchimento correto de cadastro para recebimento de RPAs (registro de pagamento de autônomos) e certidões negativas cíveis, criminais e de protestos.

**(v) Há preocupação real na empresa com eventual responsabilização civil pelo rompimento das tratativas?**

Nas empresas quando em curso um processo negocial de contratação celetista há uma miríade de situações que vão desde a preocupação com a imagem até a inexistência de preocupação em dadas circunstâncias.

Na empresa de construção civil inexistente preocupação quanto ao processo pré-contratual da mão de obra menos qualificada, o que pode ser explicado pela simplicidade do processo seletivo e se tratar de mero contrato de trabalho por adesão,

em que não há abertura para negociação pelo candidato. Quanto aos contratos de trabalho envolvendo pessoal altamente qualificado, entende-se que há mitigação da responsabilidade pela condução por prestadora de serviços externa (empresa de “*head-hunter*”).

A entrevistada atuante no ramo farmacêutico explicitou sua cautela quanto à imagem da sociedade junto ao mercado de trabalho, mas não uma responsabilização judicial pré-contratual.

Nas empresas de TI a preocupação ocorre apenas após a entrega da “*job offer*”, momento em que entendem haver “evidência de seriedade”, passando dos atos preparatórios de pontuação para a efetiva fase negocial.

#### **(vi) Esta preocupação é precificada pela empresa?**

A totalidade das empresas entrevistadas não precifica esse risco em posições celetistas.

A diretora jurídica da empresa de eletrodomésticos (metalurgia) reportou que em sua experiência de mercado junto grandes instituições financeiras, para posições-chave, conduzidas com grande sigilo, havia a precificação do risco, para cargos de diretores estatutários, inclusive com lançamento em documentos pré-negociais..<sup>22</sup>

De igual sorte, a empresa de radiodifusão relatou que ao tratar o trabalhador PJ como se empresa fosse, precifica o risco do rompimento das tratativas no momento reportado no tópico (iii) acima; ou seja, quando apresenta à parte hipossuficiente sua

---

<sup>22</sup> Para a Justiça do Trabalho o cargo de diretor estatutário não é regido pela CLT: “*Súmula nº 269 do TST DIRETOR ELEITO. CÔMPUTO DO PERÍODO COMO TEMPO DE SERVIÇO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego*”. ). Disponível em <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acessado em 09.11.2017.

“carta de intenções/*hold harmless letter*”, sendo que tal valor é provisionado internamente, de forma confidencial.

A metodologia de cálculo é absolutamente anedótica, tendo por alicerce um suposto processo por “danos morais”, algo em torno de R\$ 5 a 25 mil dependendo da posição e salário.

As empresas do ramo imobiliário tampouco precificam o risco do rompimento das tratativas, a despeito de se valerem de uma vinculação jurídica passível de pedido de vínculo trabalhista.

**(vii)      Algum documento pré-contratual da empresa prevê algum tipo de cláusula penal para previamente precificar a opção de romper abruptamente as tratativas, independente do estágio negocial?**

Em que pese a empresa de radiodifusão precificar o risco de rompimento das tratativas negociais, tal fato é apenas para controle interno, não havendo nenhuma precificação em documentos negocial, sendo que o valor provisionado carece de qualquer metodologia científica de cálculo.

Pelo teor da pesquisa de campo, apenas algumas instituições financeiras procedem à prévia precificação negocial e documentos pré-contratuais, apondo cláusula penal para proteção das partes contratantes em caso de abrupto encerramento das tratativas.

Nenhuma empresa contratante de empregados celetistas utiliza cláusulas penais para pré-precificar o risco de rompimento das tratativas, tampouco as empresas imobiliárias, ainda que se valendo de regime jurídica trabalhista diverso da CLT.



Importante destacar que no direito empresarial envolvendo franquias, conforme nota de rodapé nº. 205 do capítulo 3.5 abaixo, a cláusula penal que afastou a aplicação da teoria da perda da chance estava prevista no próprio contrato de franquia, firmado pelas partes, mas não executado de fato na prática. Pelo estudado dos autos do processo, de qualquer sorte, a circular de oferta previa cláusula penal pelo rompimento das tratativas – o que, *caso a ruptura se desse anteriormente à assinatura do principal*, levaria a resultado similar àquele observado na prática.

## **2.2. A NEGOCIAÇÃO: FASES E DEVERES CORRELATOS DE CONSIDERAÇÃO.**

Como se pode observar no tópico supra, a formação do contrato envolve inúmeras fases, cuja delimitação não é pacífica na doutrina, dependendo do ângulo que se analisa a evolução da negociação.

Tal problema doutrinário se espraia na prática, pois, como visto, cada empresa possui seu próprio entendimento do término da fase de pontuação e início da fase de negociação.

A relevância do estudo da fase pré-contratual se relaciona à distinção entre nenhuma obrigação vinculativa, uma indenização calcada na boa-fé ou, por derradeiro; na execução específica ante o rompimento negocial injusto.

Quanto mais avançadas as tratativas, mais evoluído o contrato, mais se avizinha a execução específica. A diferença é abissal; em um processo seletivo empregatício, à guisa de exemplo, significa contratar, internalizando no seio do empreendimento, um trabalhador repentinamente indesejado ou pagar-lhe uma indenização por perda da chance, como se verá no tópico atinente à precificação do risco.

Para Caio Mário da Silva, sob a ótica da autonomia privada, são quatro os momentos que efetivam a contratação;<sup>23</sup>

- (i) Em primeiro lugar, vigora a faculdade de contratar, isto é, o arbítrio de decidir segundo os interesse e conveniência de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico contratual;
- (ii) Em segundo lugar, a liberdade de contratar implica a escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como o tipo de negócio a efetuar;
- (iii) Em terceiro lugar, a liberdade de contratar espelha o poder de fixar o conteúdo do contrato, redigidos as suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes;
- (iv) Finalmente, uma vez concluído o contrato, passa a constituir fonte formal de direito, autorizando qualquer das partes a mobilizar o aparelho coator do Estado a fazê-lo respeitar tal como está, assegurando a vontade que precedeu sua constituição.

Sob o Código Civil de 1916 é possível questionar se perante a jurisprudência atual apenas a última fase negocial, representada pelo item IV acima, haveria eventual responsabilização civil pré-contratual.

Arnaldo Rizzardo, por seu turno, enxerga a existência de apenas duas fases pré-contratuais;<sup>24</sup>

- (i) Fase negociatória, integrada pelos atos preparatórios realizados sem intenção vinculante marcante, desde os primeiros contatos das partes, até a formação de uma proposta contratual definitiva;

---

<sup>23</sup> SILVA, Caio Mário. *“Lesão nos Contratos Bilaterais”*. Forense, Rio de Janeiro. Apud. RIZZARDO, Arnaldo. *“Contratos”*. Forense, Rio de Janeiro. 2017. Posição 1.558. E-book Amazon Kindle.

<sup>24</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *“Contratos”*. Forense, Rio de Janeiro. Versão E-Book para Amazon Kindle – 2017. Posição 2207 ~ 2214.

- (ii) Fase decisória, constituída por duas declarações de vontade vinculativas, quer dizer, a proposta e a aceitação do contrato.

Rizzardo abarca na primeira fase todas as negociações possíveis, mesmo as contrapropostas, ou aceitações parciais. Explica a diferença entre a primeira fase e segunda fase negocial pela quantidade de envolvidos; a proposta concentra-se apenas no proponente, enquanto a fase decisória equivale, para todos os efeitos práticos, a um pré-contrato.<sup>25</sup>

Porém, Rizzardo complementa, valendo-se do estudo de Carvalho Santos, que a primeira fase negocial (proposta) só criará responsabilidade civil se contiver em seu bojo os pontos essenciais para conclusão do negócio, que não seja um simples convite para conversar ou examinar direitos e deveres recíprocos ou dirigidos ao público.<sup>26</sup>

Aqui vale, para o autor, a ressalva do art. 427 do CCB; “*se o contrário não resultar dos termos dela*” – ou seja, não seriam vinculativas àquelas que contenham as expressões “sem compromisso”, “salvo confirmação”, “sujeito a estoque” etc ou o envio de amostra grátis sem indicação de preço e quantidade.<sup>27</sup>

Como crítica ao trabalho de Rizzardo, pode-se inferir que a segunda fase identificada por ele é o próprio contrato, não apenas uma “fase decisória”.

Paulo Lôbo, mais próximo da doutrina alemã, desmembra a negociação em três fases; além da fase da proposta e decisória (a que chama aceitação), inclui uma figura antecedente chamada de pontuação (da doutrina teutônica da “*punktuaton*”).<sup>28</sup>

O autor, pode-se vislumbrar, bebe na fonte do art. 311 do BGB, após a reforma de 2001, que divide a formação contratual em “negociações” (alínea 1), preparação do negócio (alínea 2) e contatos semelhantes aos negociais (alínea 3) – que,

---

<sup>25</sup> RIZZARDO. Op. Cit.. Posição 2214 ~ 2302.

<sup>26</sup> RIZZARDO. Ibid. Posição 2346.

<sup>27</sup> Eventual estudo sobre propostas entre presentes/ausente e prazo/termo, conforme art. 428 do CCB, fugiria ao escopo do presente estudo, porém é detalhada na obra supracitada de Arnaldo Rizzardo.

<sup>28</sup> LÔBO, Paulo. “Direito civil: Contratos”. Saraiva, São Paulo, 2011, Pág.. 79.

curiosamente, se aproximam do momento vinculativo em ordem inversa à disposição legal, ou seja, da alínea 3 para a primeira.

Paulo Lôbo entende essa fase de pontuação como “atos preparatórios”, divorciados de qualquer obrigação de execução específica que surgem apenas a partir da proposta (art. 429 do CCB), porém, para ele, contrariamente ao entender de Arnaldo Rizzardo, o comportamento das partes nessa fase pode levar, não a uma execução específica, mas a um dever indenizatório calcado na boa-fé comportamental.<sup>29</sup>

Flávio Tartuce também entende pela existência de três fases negociais, iniciando-se pela de pontuação, não positivada no direito brasileiro. Ressalva, no entanto, a incorreção de se dizer que a pontuação não gera deveres às partes, apenas por não ser caso de execução específica, pois em alguns casos, diante da confiança depositada, a quebra desses deveres acarreta em responsabilização civil, a depender de eventual formação de uma expectativa legítima de contratar.<sup>30</sup>

Menezes Cordeiro, em posição próxima a Arnaldo Rizzardo, defende que a fase de negociação vai da primeira abordagem entre partes até a emissão da proposta contratual.<sup>31</sup>

Este amálgama de posições divergentes, no entanto, reconhece a relevância de se apontar, precisamente, o momento em que as partes se vincularam, mas não ignora que a realidade não é branca ou preta, mas copiosa em zonas gris.

Tais estudos, no entanto, permitem concluir que, muito embora o contrato se solidifique com a declaração de vontades (decisão de aceitação) criando “deveres de prestação”, as fases negociais preliminares criam “deveres de consideração” às partes – *àqueles que Jhering classificava como “direitos positivos e negativos”*.

---

<sup>29</sup> LÔBO. Op. Cit.. Pág. 79 ~ 80.

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio. “Manual de Direito Civil”. Editora Método, São Paulo, 2017. Pág. 666 ~ 667.

<sup>31</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. “Da boa-fé no Direito Civil”. Editora Almedina. Coimbra, 1997. Pág. 564.

Dentre as várias explicações sobre as obrigações negativas e positivas, destaca-se a de Carlyle Popp;<sup>32</sup>

*“O cerne de toda esta distinção está na expectativa das partes. O interesse negativo, então, tutelaria o direito da parte que, ao entrar em negociações, possui no sentido de que os ditames da boa-fé objetiva sejam respeitados e sua confiança não seja lesada. Destarte, quem entra em negociações adquire, concomitantemente, um direito e um dever. Direito negativo que possui no sentido de que a outra parte não violar a sua legítima confiança no andamento das tratativas e seria expectativa de firmar o contrato buscado. Este direito, por sua vez, corresponde ao dever de, igualmente, não fazer. Ou seja, não descumprir as regras do contato social que compelem ao cumprimento dos deveres laterais, da boa-fé genericamente falando, e das regras de confiança. O interesse negativo tutela, então, a confiança, de tal sorte que a parte lesada não tem, regra geral, direito ao contrato a ser celebrado”.*

Em suma; o direito negativo de não ser prejudicado pela outra parte negociante e o dever positivo de agir com boa-fé para com ela, não como adversários, mas colaboradores.<sup>33</sup>

No entender de Christian Lopes, o direito alemão não demanda das partes apenas a abstenção de dadas atitudes prejudiciais à outra parte, mas exige ações de colaboração, atentando-se aos fatores que compõe a transação, identificando e satisfazendo as necessidades do outro – ou seja, a própria evolução doutrinária que redundaria nos deveres de consideração (*Rücksichtnahmepflichten*), incorporados pela reforma de 2001.<sup>34</sup>

Há enorme discussão doutrinária acerca da escorreita nomenclatura do instituto; tal discussão teórica não se enquadra no objeto deste estudo, sendo

---

<sup>32</sup> POPP, Carlyle. *“Responsabilidade Civil pré-negocial: O Rompimento das Tratativas”*. Curitiba: Juruá, 2001. Pág. 278.

<sup>33</sup> Impossível não traçar um paralelo entre a evolução do direito civil pré-negocial e o constitucional; as constituições de primeira geração, aí incluída a norte-americana, possuíam apenas previsão de prestações negativas do Estado – *não interferir na liberdade e propriedade*. A partir da Mexicana de 1917 e, notadamente, Weimar em 1919, passou-se a demandar prestações positivas do governo - positivados os direitos sociais e o regramento da vida econômica (*Das Wirtschaftsleben*) nos artigos 151 a 165. De igual sorte, para Jhering o comportamento pré-contratual se pautava pelos direitos negativos. No Século XX evoluíram para deveres positivos de conduta.

<sup>34</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *“Responsabilidade Pré-Contratual: Subsídios para o Direito Brasileiro das Negociações”*. Del Rey Editora. Belo Horizonte, 2011. Pág.65.

relevante tão somente o espírito de colaboração para alcance do final social e econômico pretendido pelas partes e para o bem maior da sociedade, transcendendo os limites objetivos e temporais do contrato.<sup>35</sup>

Mais relevante é vincular cada dever ao princípio geral de boa-fé pré-contratual presente no ordenamento jurídico pátrio, ainda que oriundas do direito alemão.

Dentre os principais deveres de consideração (boa-fé objetiva de lealdade, denominada pela doutrina alemã como “*Treu und Glauben*” e a “*Guten Glauben*”, boa-fé subjetiva) se enquadram o de “lealdade”, “informação”, “sigilo” e proteção”.

Em apertada síntese, pode-se descrevê-los assim;

- (i) **Lealdade** – A parte não pode agir de maneira a causar prejuízo imotivado a outra parte – ou seja, vedaria a negociação emulativa por analogia do art. 1228, § 2º do CCB<sup>36</sup>. O dever de lealdade se exterioriza de forma comissiva (cooperando, facilitando e ajudando na superação de obstáculos para a assinatura final do contrato) e omissiva – deixando de praticar atos pré-contratuais quando não há mais interesse em prosseguir ou negociando com várias partes simultaneamente;
- (ii) **Informação** – Nada mais é do que a comunicação honesta entre as partes – ou seja, caso questionada a parte deve proceder à esmerada entrega do conhecimento demandado. O contratante detentor de informações ignoradas ou imperfeitamente conhecidas pelo outro negociante deve fornecê-las, mesmo que tais informações lhe sejam prejudiciais – relaciona-se, aqui, por exemplo, ao dever de lealdade, quando se deixa claro que está negociando com outros interessados. No direito brasileiro foi positivado entre partes assimétricas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) no

---

<sup>35</sup> Deveres anexos (Clóvis Couto e Silva), deveres colaterais (Judith Martins Costa), deveres acessórios (Renan Lotufo), deveres fiduciários (Fernando Noronha) etc – a lista prossegue com inúmeras denominações.

<sup>36</sup> “Art. 1.228 Código Civil – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (...) § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

tocante à publicidade enganosa – art. 6º, IV <sup>37</sup>. Adverte José Simão que no caso dos prestadores de serviço como os médicos e advogados (que tem uma situação privilegiada em função de seus conhecimentos técnicos e profissionais) surge o dever de aconselhar. O dever de informar, naturalmente, deve conviver com a natural assimetria informacional entre as partes contratantes, respondendo cada parte pela própria valoração do negócio jurídico em discussão, característica ainda mais marcante entre partes assimétricas – às vezes, surpreendentemente, de maneira adversa. De igual sorte, o dever de informar não poderia invadir a esfera da intimidade, não se tratando de um direito absoluto. Exemplo clássico é o da candidata a emprego que não precisa responder sobre eventual estado gravídico. <sup>38</sup>

- (iii) **Sigilo** – Não demanda maiores tergiversações; o sigilo é o dever de não revelar a terceiros informações secretas ou sensíveis que podem ocasionar prejuízos à outra parte negociante. Algumas vezes positivado (Código de Ética da Advocacia, arts. 23 ~ 27 <sup>39</sup>) ou tipificado como crime (art. 154 do Código Penal – CP <sup>40</sup>) é motivo relevante para justa causa trabalhista (e imediato rompimento das tratativas negociais, sem gerar dever de indenizar), a demonstrar sua aplicação em negociações pré-contratuais empregatícias. (art. 482, “G” da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT <sup>41</sup>);

---

<sup>37</sup> “Art. 6º: Código de Defesa do Consumidor - São direitos básicos do consumidor: (...) IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

<sup>38</sup> NEVES, Karina Penna. “Deveres de Consideração nas Fases Externas do Contrato: Responsabilidade Pré e Pós-Contratual”. Editora Almeida, São Paulo, 2015.. Pág. 52.

<sup>39</sup> “Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa. Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte. Art. 27. As confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte. Parágrafo único. Presumem-se confidenciais as comunicações epistolares entre advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiros”.

<sup>40</sup> “Art. 154: Código Penal - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

<sup>41</sup> “Art. 482: CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) g) violação de segredo da empresa”.

- (iv) **Proteção** – Abarcado pelo brocardo “*neminem laedere*”, assegura a proteção dos direitos personalíssimos da pessoa; como integridade física, nome, patrimônio, honra etc. Exemplo em uma relação assimétrica é o do “*test drive*”. Em geral, é um dever já positivado pela cláusula geral de responsabilidade civil, no Brasil pelo art. 927 do CCB.<sup>42</sup>

Em que pese um foco maior no direito alemão, importante destacar o direito francês, que se norteia mais pelo conceito de “dever de abstenção”. Como aponta Christian Lopes, “*ao invés de implicar obrigações positivas, a boa-fé é vista no direito francês de forma negativa, proscrevendo condutas de má-fé durante as negociações, independentemente da intenção de causar danos*”.<sup>43</sup>

De igual sorte, os EUA até a adoção plena pelas Cortes da doutrina da “*promissory estoppel*” possuíam total ausência de responsabilização pré-contratual – *vigendo, então, um verdadeiro sistema “preto ou branco”*. Porém, tão logo a “*promissory estoppel*” foi amplamente aceita pela cortes anglo-americanas, relevante doutrina e prática surgiram, o que será objeto de capítulo próprio (vide 2.5 abaixo).

Por fim, para além da relação com os deveres de consideração, Flávio Tartuce aponta três funções positivadas da boa-fé objetiva no direito brasileiro;<sup>44</sup>

- (i) **Função de interpretação** – Presente no art. 113 do CCB e 489, §3º do Novo Código de Processo Civil (NCPC), relacionando-se ao fato de que os negócios jurídicos, incluindo sua fase de pontuação, devem ser analisados segundo os usos e costumes do local de celebração, sendo a aplicação da lei sempre mais favorável àquele de boa-fé;<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> “Art. 927: Código Civil - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>43</sup> Lopes, Christian. Ibid. Pág.73.

<sup>44</sup> TARTUCE, Flávio. Op. Cit. Pág. 644 ~645.

<sup>45</sup> “Art. 113: Código Civil -. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. – “Art. 489: Novo Código de Processo Civil – São elementos essenciais da sentença: (...)§ 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.



- (ii) **Função de controle** – Prevista no art. 187 do CCB, no qual aquele que contraria a boa-fé comete abuso de direito;<sup>46</sup>
- (iii) **Função de integração** – Decorrente direta da cláusula geral de boa-fé do art. 422 do CCB, Tartuce destaca os Enunciados 25 e 170 da I Jornada de Direito Civil que se dirigem ao julgador (25 – “O art. 422 do CCB não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós contratual) e às partes contratantes (170 – “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”).<sup>47</sup>

Doutrina, jurisprudência e legislação explicam a plena aceitação dos institutos de “*supressio*”, “*surrectio*”, “*tu quoque*”, “*exceptio doli*”, “*venire contra factum proprium*”, “*duty to mitigate the loss*” e “*Nachfrist*” como balizadores comportamentais também para as fases pré-contratuais, juntamente com os deveres de consideração acima expostos.

Tais institutos serão abordados no tópico 3.3 abaixo, mormente no tocante ao comportamento da parte vulnerável.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> “Art. 187: Código Civil - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

<sup>47</sup> “Art. 422: Código Civil - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>48</sup> Institutos amplamente conhecidos no direito contratual, definição pormenorizada e estruturada fugiria ao escopo do presente trabalho, especialmente em face das ótimas explicações do Black Law Dictionary e demais livros e manuais que alicerçaram este estudo. Apenas para fins de contextualização, define-se, em poucas linhas, cada um; (i) “*supressio* e *surrectio*” – supressão, por renúncia tácita de um direito ou posição jurídica ante o não exercício, sendo a *surrectio* o movimento inverso de surgimento de um direito não contratualizado oriundo de novos usos, costumes e demais práticas comerciais. (ii) “*tu quoque*” – um negociante que violou uma norma jurídica ou um comportamento tido como ético não poderá, sem se caracterizar em abuso de direito, aproveitar-se dessa situação. (iii) “*exceptio doli*” – defesa da parte contra ações dolosas do outro, contrárias à boa-fé. Exemplo clássico é a *exceptio non adimpleti contractus* do art. 476 do CCB. (iv) “*venire contra factum proprium*” – não pode a parte exercer um direito, ainda que legítimo, se contraria um comportamento anterior. (v) “*duty to mitigate the loss*” – dever da parte prejudicada de mitigar suas próprias perdas propositadamente objetivando um ganho maior e aético futuro e (vi) “*Nachfrist*” – prorrogação proporcional graciosa para que a outra parte bem intencionada cumpra sua obrigação, desde que o inadimplemento temporário se deva a fatores exógenos à pessoa negociante.

### 2.3. O SENTIDO LATO DA “*CULPA IN CONTRAHENDO*” E DA EVIDÊNCIA DE SERIEDADE.

O conceito de “*culpa in contrahendo*”, originário da mente de Jhering, em 1861, por anos foi *sui generis* no direito alemão, algumas vezes se relacionando à responsabilidade contratual, outras à pré-contratual. Em que pese sua preocupação inicial com a validade futura de um contrato, a ideia evoluiu, hoje, para uma responsabilidade pré-contratual de relação de confiança (os “*deveres de consideração*” entre as partes, tal qual acima abordado) imposta por força de lei, desde a reforma do BGB em 2001.<sup>49 50</sup>

O instituto teve por premissa (nada evidente à época) a observação de que uma parte negociando um futuro contrato não deveria ter que se proteger da culpa (ou má-fé) da outra durante a fase de negociação. A lei, no entender de Jhering, deveria impor às partes um dever negativo de não prejudicar os interesses da outra durante a formação do contrato, *caso as partes não firmassem um contrato negocial colateral prevendo a responsabilidade civil pela culpa na negociação do contrato principal*. A quebra deste dever fiduciário daria azo à responsabilização civil por rompimento da confiança, vez que a nulidade do contrato adviria do desencontro de intenções das partes.<sup>51</sup>

A “*culpa in contrahendo*”, até então um conceito vago e abstrato, ganhou maior destaque com o “*leading-case*”, envolvendo o que posteriormente seria denominado

---

<sup>49</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. “*The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*”. Oxford University Press. Nova York. 2006. Pág. 96 ~ 99.

<sup>50</sup> Cita-se a reforma de 2001 que incluiu o art. 311, 2 e 3: “*Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt*”. *Die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte*”. Em livre tradução nossa; Caput *Para criar ou alterar uma obrigação acordada, um contrato entre as partes é necessário, a não ser que a lei estipule diversamente* “2. O início de um contrato onde uma parte, considerando uma relação contratual potencial, dá à outra parte a possibilidade de agir sobre seus (próprios) direitos, interesses jurídicos ou outros ou os confia à outra parte ou 3. Outros contratos similares negociais”.

<sup>51</sup> JOHNSTON, Angus et al. “*The German Law of Contract: A Comparative Treatise*”. Hart Publishing, New York, NY, 2014. Pág. 93.

*de direito do consumidor*, de 07 de dezembro de 1911 do caso do “tapete de linóleo”, julgado pelo Tribunal Imperial Alemão (“*Reichsgericht*”), no qual uma mulher e uma criança foram convencidas pelo vendedor de uma loja a se dirigirem a um cômodo onde poderiam escolher um tapete de linóleo para aquisição, cuja compra interessava àquela. Quando adentraram ao recinto foram atingidas por rolos de tapetes que caíram das prateleiras, ante a negligência dos vendedores em bem arrumar a mercadoria, sofrendo inúmeros machucados físicos, inclusive fraturas imobilizantes.

52

Ante a exposição fática, entendeu o Tribunal Alemão pela existência de uma sequência evolutiva que visava à formação de um contrato, já que entre a loja e a mulher havia clara relação negocial pré-contratual suficientemente avançada. Tal relação seria indistinguível daquela comum aos vínculos negociais formais que visariam uma contratação final, a demandar por parte do empreendimento comercial a observância dos direitos de consideração (“proteção”), inclusive em relação a direitos personalíssimos da parte; *integridade física*, calcados na boa-fé – *de fato*, o *tribunal procedeu a uma aproximação maior entre os conceitos de boa-fé e “culpa in contrahendo”*.

Noutro caso de destaque da jurisprudência alemã, tem-se o processo apreciado pela Justiça do Trabalho (“*Bundesarbeitsgericht*”) <sup>53</sup> de 07 de fevereiro de 1964, em que dada postulante a uma única vaga disponível em certa empresa silenciou (“*dever de informar*”) sobre sua condição convalescente afastada dos atos civis por ordens médicas, sem quaisquer condições físicas de desenvolver um trabalho remunerado, que, ao final, contratada, terminou por faltar inúmeras vezes às convocações para iniciar a prestação laboral, arruinando todo o dispendioso processo seletivo levado à cabo pela empregadora. <sup>54 55</sup>

---

<sup>52</sup> JOHNSTON, Angus et al. Op. cit. Pág. 95.

<sup>53</sup> Bundesarbeitsgericht. Disponível em << [www.bundesarbeitsgericht.de/englisch/start.html](http://www.bundesarbeitsgericht.de/englisch/start.html)>>. Acessado em 19.07.2017.

<sup>54</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. “*Da boa-fé no Direito Civil*”. Editora Almedina. Coimbra, 1997. Op. Cit.. Pág. 560.

<sup>55</sup> Curiosamente, há clara inversão no papel de assimetria informacional entre as partes hipossuficiente e sofisticada. Inobstante, o silêncio da parte “fraca” foi capaz de causar desmedido prejuízo àquela tida como forte.

O caso em si trouxe importante reflexão; o desequilíbrio informacional nem sempre guarda relação direta com o poder financeiro – ou seja, a parte que, a princípio a lei julga como sendo vulnerável pode, em uma assimetria situacional, causar prejuízos relevante àquela tida como sofisticada e que, em condições negociais mais normais, teria o maior fluxo de informações.

Pode-se entender, em vista do exposto, que a “*culpa in contrahendo*” oferece, sob um manto genérico de boa-fé, a única base normativa para a responsabilização negocial da lei alemã, que, em última análise, demandará do Estado-Juiz a aplicação concreta, trazendo-se a crítica dos autores ingleses de que se trata, simplesmente, de uma lei feita pelo Judiciário, na melhor acepção da “*common-law*” – o que levou a uma longa discussão estilo “Hart-Dworkin” sobre a criação ou interpretação da lei; *a lei já existe e o judiciário a descobre ou as cortes criam a norma?* <sup>56</sup>

Aliás, a melhor enxergar a visualização que a doutrina de “*common-law*” faz do instituto germânico de boa-fé, cita-se a definição do Black Law Dictionary, *em livre tradução nossa*; <sup>57</sup>

*“Princípio segundo o qual as partes devem agir de boa-fé durante as negociações contratuais preliminares, especialmente o princípio em que uma quebra pelo ofertante após o ofertado iniciar o cumprimento de um contrato unilateral que é paralisado pelo ofertante previamente à conclusão fará surgir responsabilidade pelo ilícito civil”.*

Em vista do exposto, transparece a percepção aludida por Karina Fritz <sup>58</sup>, de que a relação pré-obrigacional alemã é sobremaneira mais ampla que a brasileira – e *da compreensão do instituo pelos operadores de “common-law”*. Enquanto aqui surge um vínculo jurídico do qual deriva o direito do credor exigir um dever prestacional, na Alemanha, desde os primeiros contatos negociais, surge um vínculo jurídico em

---

<sup>56</sup> JOHNSTON, Angus et al. Op. cit. Pág. 92 ~ 105.

<sup>57</sup> No original; “*The principle that parties must act in good faith during preliminary contract negotiations; esp., the principle that a breach by the offeror after the offeree has begun performance of a unilateral contract and is stopped by the offeror before completion will give rise to liability in tort.* BLACK’S LAW DICTIONARY. 10<sup>a</sup> ed. Thomson-Reuters, St. Paul, MN, 2013. Pág. 461.

<sup>58</sup> FRITZ, Karina Nunes. “*A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*”. CIVILISTICA.COM. Disponível em <<<http://www.civilistica.com>>>. Acessado em 18.04.2017. Pág. 04.

sentido lato que findará apenas após a extinção contratual, qualquer que seja a modalidade, quando esgotado o risco de lesão da parte contratante.<sup>59</sup>

De outra parte, outro instituto alemão que merece referência é a “*evidência da seriedade*”, que deriva do consensualismo que permeia a fase negocial alemã, ante a ausência de qualquer formalidade negocial (“*Formfreiheit*” – literalmente; liberdade da forma), a prova testemunhal e a livre apreciação pelo Estado-Juiz, alicerçam eventual prova da existência da vontade de contratar, inclusive em relação a seus termos.<sup>60</sup>

Trata-se de um universo diverso da contraparte francesa, a despeito de seus deveres negativos, que demanda, para construção contratual, uma série de formalismos e requisitos, sem os quais não se enxerga um pacto vinculativo.

Mas tal fato deságua em uma consequência inesperada; o formalismo na formação do contrato só começa a ocorrer na terceira fase negocial (alínea 3 do art. 311 do BGB), ou seja, de aceitação da proposta – deixando claro que a fase de pontuação e proposta, embora vinculativas, não acarretarão execução específica ante o descumprimento, garantindo-se que as partes apenas contratem após sérias considerações sobre as consequências de seus atos jurídicos.<sup>61</sup>

Destaque-se, apenas, que a “evidência de seriedade” do direito germânico não guarda nenhuma relação com o instituto da “*consideration*” advindo *common-law*, como se verá no capítulo 2.5 seguinte.

Os contratos a partir da “evidência da seriedade” devem ser firmados por ambas as partes, ou cada uma deve firmar à que se destina ao outro contratante, sendo inúmeros os contratos que o BGB exige que sejam registrados em cartório, havendo, ainda, uma série de obrigações cartorárias a cumprir – *porém, sempre que a declaração vinculativa da parte sofisticada se mostrar bastante segura para se entender como certa a evolução à fase decisória, sob um caráter unilateral de força,*

---

<sup>59</sup> FRITZ, Karina Nunes. “A Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura Injustificada das Negociações”. CIVILISTICA.COM. Disponível em <<<http://www.civilistica.com>>>. Acessado em 18.04.2017.

<sup>60</sup> JOHNSTON, Angus et al. Op. cit. Pág. 81 ~ 82.

<sup>61</sup> JOHNSTON, Angus et al. Ibid. Pág. 81.

*pode-se reconhecer uma “evidência de seriedade” tal qual instituto análogo à “promissory estoppel” do direito anglo-saxônico – como se verá, pormenorizadamente, no capítulo 2.5 abaixo.*

A ausência de tal formalidade pode invalidar o contrato – porém, *especialmente visando contratos atípicos*, o próprio código assegura que tal formalidade é dispensável se a nulidade alcançar a parte vulnerável que se pretendia proteger.<sup>62</sup>

A “evidência da seriedade”, portanto, norteia o momento em que se evolui de uma fase de pontuação ou proposta, para a etapa negocial decisória, de outro modo; da indenização civil para a execução específica, na qual, nos termos do art. 894 do Código de Processo Alemão (ZPO) é possível o processo de conhecimento para suprir a declaração de vontade final.<sup>63</sup>

Por outro ângulo; quando se passa da responsabilidade extracontratual para a contratual (como será abordado no Capítulo 3.2).

## **2.4. A COMMON-LAW; EQUIVALÊNCIA INSTITUCIONAL.**

Em grau muito mais elevado daquele preconizado no Código Francês de 1804, o sistema de *common-law* é encarado como de liberdade incondicional, no qual as partes poderiam romper as tratativas negociais sem qualquer motivo relevante, desconsiderando qualquer responsabilidade civil à outra negociante.

A percepção não é verdadeira, mas, a formação contratual no âmbito do direito consuetudinário é bem diferente das matrizes romano-germânicas. Cita-se o “*Restatement of Contracts*” dos EUA que, se por um lado parece trazer uma regra

---

<sup>62</sup> JOHNSTON, Angus et al. Op. Cit. Pág. 84.

<sup>63</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. “*Do Pré-Contrato de Trabalho*”. Editora LTR, 2010. São Paulo. Pág. 44.

geral equivalente àquela do art. 422 do CCB, a excepciona em seu comentário de letra “C” – *em livre tradução nossa* <sup>64</sup>;

*“§ 205 – DEVER DE BOA-FÉ E TRATAMENTO JUSTO: Qualquer contrato impõe a cada parte negociante um dever de boa-fé e tratativas justas em sua performance e execução.*

*(...)*

*C – Boa-fé em negociação. Esta parte, conforme Uniform Commercial Code (UCC) §1-203, não se aplica à boa-fé na formação do contrato. Má-fé em negociar, apesar de não estar no alcance deste artigo, poderá ser objeto de sanções. Má-fé em barganhar são sujeitas às regras relativas à capacidade de contratar, assentimento mútuo e “consideration” e regras relativas a nulidade de cláusulas de fraude e coação”.*

Transparece, portanto, que no direito pré-contratual norte-americano não há deveres positivos, *como classificados por Jhering*, mas apenas negativos. Para Christian Lopes o arcabouço jurídico norte-americano oferece resistência em reconhecer o dever geral de boa-fé na fase negocial, ante o receio de comprometer a visão aleatória das negociações, enquanto corolário lógico da liberdade em contratar (ou não). <sup>65</sup>

Isto porque, acredita-se que a imposição de um direito geral de boa-fé vincularia os negociantes antes da exteriorização da vontade de contratar – o que causa grande espécie aos juristas norte-americanos, sob o racional econômico de que se pode prejudicar futuras tratativas negociais, cuja mera especulação, *ainda que moralmente reprovável*, é elemento formador. <sup>66</sup>

Relevante, pois, o estudo da doutrina anglo-saxão em relação à modulação dos efeitos pré-contratuais.

---

<sup>64</sup> “§ 205. Duty Of Good Faith And Fair Dealing - Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement. (...) c. Good faith in negotiation. This Section, like Uniform Commercial Code § 1-203, does not deal with good faith in the formation of a contract. Bad faith in negotiation, although not within the scope of this Section, may be subject to sanctions. Particular forms of bad faith in bargaining are the subjects of rules as to capacity to contract, mutual assent and consideration and of rules as to invalidating causes such as fraud and duress”. – Disponível em XAVIER JESUIT CATHOLIC UNIVERSITY OF CINCINNATI-OHIO: <<http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/contractsHtmlbottomScreens/Briefs/Restatement%20205.%20Duty%20of%20Good%20Faith%20and%20Fair%20Dealing.htm>> . Acessado em 19.07.2017.

<sup>65</sup> Lopes, Christian. OP. Cit. Pág.77.

<sup>66</sup> Lopes, Christina. Ibid. Pág 77 ~ 78.

A questão que se impõe à doutrina norte-americana é; como distinguir promessas vagas, *que mais se parecem manifestação de intenções despreocupadas*, que as pessoas fazem todos os dias, *sem intenção de cumpri-las*, daquelas que devem demandar a coerção estatal ou, ao menos, o medo subjetivo de ser condenado a pagar uma indenização.<sup>67</sup>

A resposta se relaciona, quase sempre, ao requerimento da “*consideration*”, que apesar de *sui generis* ao direito de precedentes, assemelha-se à “causa” contratual do direito romano-germânico, como se verá abaixo.

O Black Law Dictionary define “*consideration*” da seguinte forma – *em livre tradução nossa*;<sup>68</sup>

*“Algo (um ato comissivo, omissivo, ou promessa em retorno) barganhada com e recebida em retorno por um promitente de outro que motiva a pessoa a fazer algo, como se comprometer a um ato jurídico. “Consideration” ou um substituto como a “promissory estoppel” é necessária para que um contrato seja exequível”.*

A “*consideration*” por vezes é interpretada pelos próprios doutrinadores de *common-law* como a “causa” do contrato<sup>69</sup>, ou seja, sua própria razão de ser. A

---

<sup>67</sup> CHIRELSTEIN. Marvin. “*Concepts and Casa Analysis in the Law of Contracts*”. Foundation Press. 2016. Amazon Kindle Version. Posição 256.

<sup>68</sup> “*Something (such as an act, a forbearance, or a return promise) bargained for and received by a promissor from a promisee; that which motivates a person to do something, esp. to engage in a legal act. Consideration, or a substitute such as promissory estoppel, is necessary for an agreement to be enforceable*”. Black Law. Op. cit. Pág. 370.

<sup>69</sup> A necessidade de justificar a existência e conceituar uma razão, a “*civil-law*” se opõe à “*common-law*”, porém, várias vezes, os arcaísmos trabalharam com fórmulas diferentes para chegar ao mesmo resultado prático, como se verá nas diferentes fórmulas matemáticas para o cálculo da perda da chance. A causa do contrato, apenas contextualização, é definida por “*Quem promete, dispõe, renuncia, aceita, não pretende, pura e simplesmente, obrigar-se, despojar-se de um bem, transmiti-lo, adquiri-lo sem outro fim, não procura fazer tudo isso só pelo prazer de praticar um acto que seja fim em si mesmo. Mas procura sempre atingir um dos escopos práticos típicos que governam a circulação dos bens e a prestação dos serviços, na interferência entre as várias esferas de interesses que entram em contacto na vida social: obter um valor correspondente, trocar um bem ou serviço por outro, abrir crédito, doar, cumprir uma obrigação precedente, desinteressar-se de uma pretensão, transigir num processo, etc. [...] – uma razão prática típica que lhe é imanente, uma ‘causa’, um interesse social objectivo e socialmente verificável, a que ele deve corresponder*”. BETTI, Emílio. “*Teoria geral do negócio jurídico*”. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. II. Pág. 334.



gênese de tal pensamento é compreensível quando se interpreta o Código Civil do Estado da Louisiana;<sup>70 71</sup>

*“Art. 1896 – “Causa” do contrato, neste artigo, significa a “consideration” ou razão de sê-lo; um contrato é considerado em causa sempre que a parte agiu em erro, supondo que tenha havido uma indução a contratar que, no entanto, nunca existiu ou cessou sua existência previamente à formação do contrato”.*

Pode, ainda, ser entendida como o fato gerador da capacidade vinculativa de um dado contrato, ou promessa de contratar. A doutrina tradicional, segundo Ernest Lorenzen, explica que a *“consideration”* é uma promessa de benefício à outra parte ou um compromisso de prejuízo futuro ao promitente declarante – *como uma obrigação de não fazer*. Não se trata de mera obrigação moral, mas de um fato que opera externamente à pessoa declarante, enquanto indução de uma promessa, não se tratando de mera consignação de um dado compromisso vazio, mas que contém uma retribuição acordada e de razoável expectativa.<sup>72</sup>

O § 17 do *“Restatement of Contracts”* norte-americano define o requisito da *“consideration”* como uma promessa barganhada que exige um sinalágma vinculativo entre as partes, visando a uma obrigação clássica; i.e. dar, fazer ou não fazer.<sup>73</sup>

Em síntese; contraprestação.

Assim, pela doutrina norte-americana clássica inexistiria vinculação unilateral – ou *“promisse to make a gift”*. Marvin Chirelstein cita, no entanto, o *leading-case* que

---

<sup>70</sup> A Louisiana apresenta um caso único de intersecção entre a *“civil-law”* continental europeia, por sua gênese francesa, porém inserta em um país de *“commom-law”* após aquisição pelos EUA no começo do Século XIX.

<sup>71</sup> *“Art. 1896. By the cause of the contract, in this section, is meant the consideration or motive for making it; and a contract is said to be without a cause, whenever the party was in error, supposing that which was his inducement for contracting to exist, when in fact it had never existed, or had ceased to exist before the contract was made”.* Louisiana State of Legislature. Disponível em <<[https://legis.la.gov/legis/Laws\\_Toc.aspx?folder=67&level=Parent](https://legis.la.gov/legis/Laws_Toc.aspx?folder=67&level=Parent)>>. Acessado em 19.07.2017.

<sup>72</sup> LORENZEN. Ernest, G. *“Causa and consideration in the Law of Contracts”*. YALE Law Journal. Vol. XXVIII, 1919. Pág, 636. YALE UNIVERSITY. Disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5569&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5569&context=fss_papers)>. Acessado em 18.07.2017.

<sup>73</sup> Disponível em <<<http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/contractsHtml/bottomScreens/Briefs/Restatement%2017.%20Requirement%20of%20A%20Bargain.htm>>>. Acessado em 19.07.2017.

mitigou a exigência da “*consideration*” na doutrina da “*common-law*”; Ricketts vs. Scothorn. No processo, um avô prometeu graciosamente a sua neta uma dada renda mensal sob a premissa de que seus outros netos não trabalhavam e podiam aproveitar as benesses de uma vida rentista, vez que a mesma laborava extensas horas no comércio por um salário de US\$ 10.00 por semana. Importante destacar que não foi demandado pelo avô que a neta se demitisse do trabalho no varejo. Inobstante, assim ela agiu e, logo após a morte do progenitor teve que demandar em desfavor do espólio que não mais honrou a promessa dada.<sup>74</sup>

A Suprema Corte do Nebraska reconheceu a inexistência de “*consideration*” entre as partes, porém assim fundamentou sua decisão – *em livre tradução nossa*;<sup>75</sup>

*“Tendo internacionalmente influenciado a requerente a modificar para pior sua situação sob a fé de que a nota (promissória) seria paga quando devida, seria extremamente desigual permitir ao promitente, ou executor de sua vontade, recuar do pagamento sob a premissa de que a promessa foi feita sem ‘consideration’ da outra. O pedido traz os elementos de uma ‘equitable estoppel’ e a prova conclusivamente as estabelece”.*<sup>76</sup>

O *case-law* supra deixa claro como a teoria da “*consideration-bargain*” é rasa e estreita para fazer justiça a todos os casos práticos. Tal qual na questão das fases negociais, há inúmeras zonas gris entre as transações negociais convencionais (que a prática chama de “*gives and gets*”) e compromissos unilaterais (“*promisses to make a gift*”).<sup>77</sup>

Allan Farnsworth explica o surgimento da “*promissory estoppel*” como corolário lógico da “*equitable estoppel*”;

---

<sup>74</sup> CHIRELSTEIN. Marvin. “*Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*”. Foundation Press. 2016. Versão E-Book para Amazon Kindle. Posição 360.

<sup>75</sup> “*Having intentionally influenced the plaintiff to alter her position for the worse on the faith of the note being paid when due, it would be grossly inequitable to permit the maker, or his executor, to resist payment on the ground that the promise was given without consideration. The petition charges the elements of an equitable estoppel, and the evidence conclusively establishes them*”. In CHIRELSTEIN. Marvin. Op. cit. . Posição 368.

<sup>76</sup> A “*equitable estoppel*” se assemelha ao instituto do “*venire contra factum proprium*” do sistema romano-germânico.

<sup>77</sup> CHIRELSTEIN. Marvin. Op. cit. Posição 445.

*“Estas decisões baseadas na confiança, contudo, envolveram muito mais que uma aplicação rotineira de ‘equitable estoppel’. Este conceito aplicava-se a uma declaração de fato feita por uma parte e confiada a outra parte. A parte ficava impedida de alegar ou provar fatos que estivessem em contradição com a declaração. Mas casos como Ricketts envolveram uma promessa, não uma declaração de fato. O promitente foi ‘estoppel’ (impedido) de arguir a defesa da falta de ‘consideration’ em sua promessa. Este tipo de ‘estoppel’ veio a ser conhecido como ‘promissory estoppel’”.*<sup>78</sup>

Sendo esta a gênese da responsabilidade negocial na “*common-law*”, deve-se sopesar, no entanto que, no direito consuetudinário, a execução específica é exceção e não regra. As cortes, explica Farnsworth, optam quase sempre pela reparação substitutiva, via quantia monetária apta a compensar o prejuízo pela falha no cumprimento do compromisso.<sup>79</sup>

Exsurge, portanto, que sendo a “*consideration*” a base pré-contratual norte-americana, a “*promissory etoppel*” pode suprir sua falta. Porém, a “*promissory estoppel*” para ser exequível (ainda que pela via ressarcitória) demanda o elemento fulcral da promessa. Não haverá responsabilidade civil pré-contratual sem uma promessa que induza a confiança – *neste sentido destaca-se o “leading-case “Mattei vs. Hopper”*”.<sup>80</sup>

Arremata Christian Lopes; “o direito de *common-law* impõe um dever de abstenção consistente em não induzir confiança por meio de uma promessa”. Noutro bordo, o direito francês, mais liberal no sistema romano-germânico, impõe a abstenção à indução de confiança por quaisquer meios, ainda que omissivos.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> FARNSWORTH, Allan. “*Contracts*”. Aspen Law and Business. Apud. Lopes, Christian. Ibid. Pág.83.

<sup>79</sup> Ib. ibid. Pág. 85.

<sup>80</sup> GOLDBERG, Victor. “*Framing Contract Law*”. Harvard University Press, Londres, 2006. Pág. 91 ~ 100. “*Mattei era um incorporador imobiliário que pretendia comprar um terreno para a construção de um Shopping Center. No contrato firmado com Hopper, houve adiantamento de \$1,000, 120 dias para estudo e, ao final, a opção exclusiva, consoante própria discricionariedade, sob a promessa da boa-fé, de exercício da opção pelo preço de \$57,700, caso o promitente comprador ficasse satisfeito com as condições implementadas. Antes da data aprazada, o proprietário notificou o incorporador de que a transação não seria levada a cabo. O entendimento do corte distrital era de que se não havia qualquer premissa ou condição para a alegação de insatisfação contratual, então, de fato, inexistiria obrigação recíproca e, por conseguinte, não havia sequer contrato. No entanto, para a Corte de Apelação, o promitente comprador não era totalmente livre, vez que realizou “promessas ilusórias”, pelo quê, havia, sim, uma expectativa de contrato entre as partes e, portanto, responsabilidade pré-contratual”.*

<sup>81</sup> Lopes, Christian. Op. Cit. Pág.94.

De maneira geral, ao se adentrar no reino da “*common-law*” deve-se inverter o raciocínio até então usado; a boa-fé, no direito anglo-saxão, é uma excludente comportamental; ou seja, um modo “*contrario sensu*” de se verificar se houve atitudes que poderiam ser classificadas de má-fé.<sup>82</sup>

Por corolário lógico, ainda que o raciocínio seja inverso, aduz-se que o dever geral de boa-fé é compatível com o regime de responsabilidade pré-contratual adotado pelas cortes de “*common-law*”, razão pela qual, muitos institutos relevantes para mitigação da responsabilidade negocial podem ser identificados em tal sistema legal.

Mas, e a grande relevância do estudo da “*common-law*”, por sua restrição intrínseca, o sistema traz elementos importantes para aplicação no direito pátrio; a identificação de promessas de compromissos recíprocos (“*consideration*”) e indução por falsas promessas (“*promissory estoppel*”) que podem nortear o comportamento das partes durante a pontuação e oferta.

Como exemplo, pode-se vislumbrar em um acerto negocial trabalhista, se a parte vulnerável se compromete a mudar de cidade, tomando medidas práticas para tanto, como contratação de corretor imobiliário, em troca de um emprego futuro, tem-se verificada a “*consideration*” advinda da “*common-law*”.

No mesmo caso, mesmo que a parte interessada na vaga não tenha se comprometido ainda, caso se verifique uma “*promissory estoppel*” oriunda de e-mails, entrevistas e demais manifestações, tem-se um dever indenizatório trabalhista, calcando-se, exclusivamente, na práxis anglo-saxã relativo ao peso indutor do comportamento consubstanciado em “falsas promessas”.

---

<sup>82</sup> Lopes, Christian. Op. Cit. Pág.79.

### 3. MITIGAÇÃO E PRECIFICAÇÃO DO RISCO DE ROMPIMENTO PRÉ-NEGOCIAL

#### 3.1. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: UMA ANÁLISE ECONÔMICA.

Para Wanderley Fernandes, pode-se partir da premissa de que todo agente econômico intenta adequar a expectativa de retorno de seus empreendimentos em função dos riscos que assume. A decisão de entabular negociações, portanto, envolve a esperança futura de retorno projetado pelo contrato que se discute ser maior do que o risco de transação, inclusive o implícito de não transacionar, considerando, ainda, o cenário ótimo em que a contingência se transforma em resultado positivo.<sup>83</sup>

O direito, já advertiu Bruno Salama, “*se relaciona com a criação de valor principalmente porque oferece o aparato institucional necessário para instrumentalizar os intercâmbios econômicos*”. Aduz, ainda, que o direito contratual (e, por corolário lógico, o pré-contratual) “*instrumentaliza a cooperação e combate o comportamento oportunista*”.<sup>84</sup>

Decisões são tomadas com base na informação disponível, *entre partes assimétricas a assimetria informacional tende a ser acentuar*, porém, é certo que a previsão de todos os efeitos do ato jurídico revela-se impossível. Pode-se inferir,

---

<sup>83</sup> FERNANDES, Wanderley. “*Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade*”. Editora Saraiva, São Paulo, 2013. Pág. 55.

<sup>84</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. “*O que é Pesquisa em Direito e Economia: Micro, Macro e Desenvolvimento*”. Curitiba, Editora Virtual Gratuita, 2017. Versão-Ebook. Pág.44.

portanto, que o custo de transação e a tentativa de alocação eficiente de riscos são a gênese da responsabilidade civil pré-contratual.<sup>85</sup>

Christian Lopes destaca que, por vezes, as partes tendem a negligenciar informações sob a premissa de obtenção de maior barganha se a outra parte não conhecer todo o prospecto contratual.<sup>86</sup>

Ingressa-se na linha tênue entre alterar a verdade fática e omitir informações, *não raramente sequer questionadas*, sob os deveres de consideração da doutrina alemã. Pode-se vislumbrar o seguinte exemplo prático entre partes assimétricas; em um pré-contrato de trabalho, a empresa (parte sofisticada) pode não divulgar todos os riscos da posição ofertada (como; “turnover” elevado, últimos empregados desenvolveram síndrome de “burn-out” etc), enquanto o candidato (parte hipossuficiente) pode negligenciar o fato de que, embora empregado, tenha aderido a um Plano de Demissão Voluntária (PDV) ou esteja cumprindo aviso prévio por baixo desempenho. Tal comportamento é danoso, ao final, ao conjunto da sociedade, pois as partes tendem a precificar o risco das informações geralmente negligenciadas.<sup>87</sup>

Outra questão, no entanto, se impõe; a responsabilidade pré-contratual existe porque há, concomitantemente, o custo negocial – ou seja, as partes negociantes realizam investimentos – *parecidos entre partes sofisticadas e desiguais quanto assimétricas* (em relação ao capital total pessoal disponível), *tal que demonstrado por Alan Schwartz no introito do presente estudo*.

Sob a análise de direito e economia, especialmente os conceitos microeconômicos que se aproximam da realidade aqui tratada, *intentando identificar*

---

<sup>85</sup> Sobre a extensão impactante da assimetria informacional, recomenda-se a leitura do clássico estudo sobre o mercado de “limões”, i.e.; carros usados (*no Brasil a fruta ideal paradigmática seria o “abacaxi”*) de AKERLOF. George. “*The Market of Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”. Disponível em < <https://academic.oup.com/qje/article-abstract/84/3/488/1896241/The-Market-for-Lemons-Quality-Uncertainty-and-the?redirectedFrom=fulltext>>. Acessado em 16.12.2016.

<sup>86</sup> Lopes, Christian. Op. Cit. Pág. 31.

<sup>87</sup> Destaca-se Fukuyama sobre a correlação ente honestidade e progresso social; FUKUYAMA, Francis. “*Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*”. Free Press Paperback. Nova York, 1995. Versão E-Book para Amazon Kindle – 2017.

os reflexos do arcabouço jurídico sobre as partes contratantes, pode-se vislumbrar as seguintes racionalidades econômicas da responsabilização civil pré-contratual;<sup>88</sup>

- (i) **Escassez** – A escassez é o conceito básico da economia, pois se os recursos fossem infinitos não haveria a questão de sua alocação (e riscos equivalentes), vez que não haveria custos de transação. A escassez é a razão pela qual os indivíduos realizam escolhas (ou durante a pontuação contratual delas se arrependem) e incorrem em “*trade-offs*”<sup>89</sup> que redundam em “custos de oportunidades”. A problemática das negociações assimétricas é que os recursos alocados para negociar e pré-investir, nem que seja somente tempo e deslocamento (no caso de um candidato a emprego ou consumo), que serão sacrificados em desfavor de outra atividade, são, por corolário lógico, assimétricos, de forma que a renúncia de uma parte é desproporcional ao da outra contratante, pelo quê, a proteção desta parte hipossuficiente deve ser proporcionalmente adequada. Reitera-se o quanto exposto no introito; a escassez do tempo traz a questão da preferência temporal divergente entre partes dissonantes;<sup>90</sup>
- (ii) **Maximização Racional** – Se alicerça em duas premissas; os indivíduos realizarão escolhas que (i) melhor atendam seus interesses pessoais (de consumo, trabalho e de serviços) aos (ii) menores custos possíveis, sejam quais forem os meios disponíveis. Como explica Bruno Salama, de tais fatos decorrem a utilidade marginal; “*o indivíduo somente realizará a atividade marginal, qualquer que seja ela, se os benefícios marginais (estimados ex ante) forem maiores ou iguais aos custos marginais (ex ante)*”. A premissa é válida para escolhas racionais em contratos de consumo, franquias e trabalho – tendo a “Escola Austríaca da Economia” alicerçado grande parte

---

<sup>88</sup> Todos os tópicos a seguir discutidos foram retirados do estudo supracitado, com esparsos acréscimos adaptativos para a responsabilidade pré-contratual de: SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. Cit.. Pág. 26 ~ 38.

<sup>89</sup> Trade-off pode ser definido como o ato de sopesar a escolha entre duas coisas necessárias, mas opostas entre si. Livre tradução nossa de “*the act of balancing two things that you need or want but which are opposed to each other*”. De se destacar que o trade-off implica em escolha-renúncia. Oxford Dictionary. 7a edição. Nova York, 2008. Pág. 1627.

<sup>90</sup> A representação gráfica do custo de investimento preparatório de Alan Schwartz representado na introdução do presente, na obra citada “*Precontractual Liability and Preliminary Agreements*”, representam este exato conceito de desproporcionalidade de investimentos escassos realizados pelas partes assimétricas.

de suas teorias na utilidade marginal. Como exemplo; a pessoa física que já conhece a Inglaterra envidará esforços menores em uma negociação de viagem do que aquela que nunca saiu do Brasil nas tratativas de um pacote de turismo para tal país. De igual sorte um indivíduo bem empregado, ao participar de nova seleção, não pontuará ou será tão cuidadoso com seus deveres de consideração, quanto o desempregado que necessita da colocação para sua subsistência. O mesmo vale ao contrato de franquia, em que o franqueado já é empresário de sucesso e aquela pessoa recém demitida que investirá suas verbas rescisórias em uma nova, e *única*, fonte de renda. Tal premissa é interessante, também, porque o comportamento racional é geralmente previsível e o irracional, aleatório. Independente da utilidade marginal do contrato em negociação, quando se está diante de situações assimétricas, as máximas da experiência indicam que, na maioria das vezes, a parte sofisticada tenderá a um comportamento racional previsível e a hipossuficiente (não raras vezes, uma pessoa física) menos lógico <sup>91</sup>. Tal comportamento errático deve ser sopesado nos custos transacionais das decisões de contratar – seja na oferta de consumo, abertura de vagas, franquia ou quando houver desnível de poder de barganha;

- (iii) **Equilíbrio** – É o padrão comportamental atingido quando todos os atores maximizam seus próprios interesses. Questão relevante para a formulação de políticas públicas, mas que foge ao escopo deste estudo dirigido à microeconomia;
- (iv) **Incentivos** – As pessoas (físicas e jurídicas) respondem a incentivos que minimizam seus custos e maximizam seus ganhos. A elasticidade da relação oferta/demanda é um exemplo clássico que não requer maiores explicações, sendo um exemplo histórico a planificação econômica – *com baixos incentivos de maximização de ganhos, mas que não penalizava seriamente a minimização de custos de trabalho, terminando por levar à estagnação econômica*. Durante a fase de pontuação, as partes, *sob os*

---

<sup>91</sup> Embora seja uma tendência geral aberta a exceções, uma vez que em negociações pré-negociais o preposto da pessoa jurídica é uma pessoa física e, também, pode apresentar comportamento irracional.



*deveres de considerações*, expõem seus incentivos às outras, tornando o processo decisório mais transparente;

- (v) **Eficiência** – Relação entre a maximização da riqueza e bem-estar em face da minimização dos custos sociais – ou seja, aumentar as vantagens à parte sem aumentar seus custos. A eficiência negocial pode ser vista como a relativa à confiança, ou seja, àquela relacionada ao aumento da probabilidade do contrato se concretizar em face da minoração dos investimentos pré-contratuais, em franco contraste à perda social de sua inocorrência. O racional de equivalência à eficiência em “direito e economia” seria a perda de contratos socialmente úteis à coletividade por falta de investimentos anteriores à avença, *ainda que não financeiros, como tempo, estudo e deslocamento*. Em determinado momento das negociações, os benefícios trazidos pelos investimentos não compensam os riscos de perda caso o contrato não se concretize, ao contrário daquele que ocorre no momento ótimo <sup>92</sup>, ou seja, parece haver uma relação de declínio de eficiência pré-contratual ante a demora na concretização de um contrato – *as máximas da experiência permitem inferir que um possível franqueado vá se desinteressando e, paulatinamente, abandonando a coleta de informações (envolvendo deslocamentos, estudos, cotações para um futuro ponto comercial) ante a demora da empresa franqueadora firmar o pré-contrato vinculativo ou entregar a circular de oferta*.

Ainda sob a premissa da eficiência, *dentro do campo de direito e economia*, a lógica de Pareto seria possível na assinatura de um contrato se todos os deveres de consideração (especialmente informação e proteção) fossem seguidos regamente, *além do socialmente esperado*, por ambas as partes, de modo que nenhum negociante fosse prejudicado, logrando máxima eficiência transacional, especialmente quanto à precificação. <sup>93 94</sup>

---

<sup>92</sup> Lopes, Christian. Op. Cit. Pág. 18.

<sup>93</sup> Conceituações de Pareto e Kaldor-Hicks baseados em SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. Cit. 23 ~ 25.

<sup>94</sup> Eficiência de Pareto pode assim ser descrita: “*Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a situação de um agente, sem degradar a situação de qualquer outro agente econômico*”. Disponível em <<http://www.econometrix.com.br/pdf/a-lei-da-eficiencia-de-pareto.pdf>>. Acessado em 21.07.2017.

Exemplificando; seria a empresa admitir a jornada que entende necessária para a posição, *menor do que a legal*, ou o empregado contrariar o salário já ofertado, reconhecendo seu interesse por um valor menor.

Tal inteligência é utópica e impraticável, razão pela qual, o critério Kaldor-Hicks se mostra mais apropriado; “*o importante é que ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam*”<sup>95</sup> – ou seja, a admissão fático-realista de que o *status quo* pode mudar, ainda que haja perdedores.

Inobstante, interessante reparar que os benefícios de cada parte serão repartidos proporcionalmente ao seu próprio poder de barganha – que são, fundamentalmente, desiguais entre partes assimétricas. Em tese, cada parte deveria, *caso concretizada a transação*, receber a fração proporcional ao seu poder de barganha. No dizer de Christian Lopes;<sup>96</sup>

*“Em uma transação em que ambas as partes possam tomar decisões relativas a investimentos de confiança e cada uma tenha níveis diferentes de poder de barganha, uma das formas de fazer com que os benefícios e os custos do investimento pré-contratual recaiam sobre o centro de decisão de realiza-los é alocar a responsabilidade pela totalidade dos investimentos a cada uma das partes, proporcionalmente a seus respectivos poderes de barganha ‘ex-post’ Tal regra representa uma evolução da ideia de Katz. Como uma parte receberá uma fração do benefício proporcional a seu poder de barganha, deverá suportar os custos nestas mesmas proporções”.*

Não se está dizendo, no entanto, que a formação do preço derive apenas da posição de cada parte negocial, pois o nível de competição de um dado mercado também influencia, enormemente, o valor final, ainda que haja dissonância de força. Por exemplo; em um mercado com pleno emprego, o custo final da mão de obra será sobremaneira mais elevado do que em uma época de crise.<sup>97</sup>

O conceito supra se amolda perfeitamente à negociação assimétrica; existe a possibilidade de compensação, ainda que efetivamente não cubra toda extensão do

---

<sup>95</sup> SALAMA, Bruno. Ibid. Pág 24.

<sup>96</sup> Lopes, Christian. Op. Cit. Pág. 18 ~ 23.

<sup>97</sup> Os substitutos também podem influenciar, juntamente com o nível de competição. Nesse sentido; SALAMA, Bruno et al. Op. Cit. Pág.69 e seguintes.

prejuízo. Smj, ela se denomina responsabilidade civil pré-contratual – e os critérios expostos neste Capítulo são a justificativa de seu racional econômico, inclusive em relação à sua extensão e disparidade.

### **3.2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU EXTRA CONTRATUAL PELOS ROMPIMENTOS DAS TRATATIVAS: POSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO E LIMITAÇÃO.**

*Prima facie*, parece contraditório o fato da responsabilidade civil pré-contratual não ser “*contratual*”, mas “*extracontratual*”, ou, regressando à gênese do instituto; “*aquiliana*”. Mas, há razão de ser, *inclusive a própria “ratio essendi” deste estudo*; inexistente contrato entre as partes, mas mera expectativa de direito que não produz efeitos no mundo fático-jurídico – ou seja, a responsabilidade contratual se dirige aos contratos (*também aos institutos preconizados no art. 462 e seguintes do CCB em ampliação forçosa da norma*) ou ao pré-contrato positivado.<sup>98</sup>

A distinção não é meramente semântica, mas prática; na reparação contratual não é preciso provar culpa (sem contar que, conforme art. 784, III do NCPC, o contrato sancionado por duas testemunhas é título executivo extrajudicial), bastando demonstrar o inadimplemento<sup>99</sup>, ou seja, a ação ressarcitória não é de cobrança em conhecimento, mas executória, com a correspondente inversão do ônus da prova, preconizada no art. 373, I e II do NCPC.<sup>100</sup>

O estudo de Judith Martins-Costa permite entender que os deveres negociais envolvem demandas individualizadas, como boa-fé objetiva, axioma do “*nemem*

---

<sup>98</sup> “Art. 462: Código Civil - O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado. Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente”.

<sup>99</sup> BRAGA. NETTO. Felipe. “Responsabilidade Civil”. Editora Saraiva, São Paulo, 2007. Pág. 426.

<sup>100</sup> “Art. 373: Novo Código de Processo Civil - O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

*laedere*”<sup>101</sup> e deveres de consideração cujo comportamento positivo permitem enxergar a responsabilidade “*aquiliana*”.<sup>102</sup>

Ao contrário do que um primeiro contato com a matéria transparece, estranho é falar em responsabilidade contratual de um contrato que nunca chegou a existir, sem prejuízo de já haver entre as partes uma ligação de confiança, com obrigações recíprocas de conteúdo positivo, aproximando a “*culpa in contrahendo*” da responsabilidade contratual, porém, e este o ponto fulcral da questão; autores entendem, justamente por força da ligação de confiança, que ainda que se esteja frente a uma responsabilidade “*aquiliana*” podem-se convencionar limitações e, mesmo, exonerações do dever de indenizar.<sup>103</sup>

Há de se convir que, à primeira vista, é um contrassenso lógico se falar em limitação de responsabilidade extracontratual, vez que, positivamente, a única limitação possível se encontra no parágrafo único do art. 928 do CCB, princípio do “*ajuste da indenização pecuniária ao valor suportável pelo ofensor*”, axiologicamente presente na Carta Magna de 1988, nos princípios constitucionalizados do direito civil: da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da solidariedade social, art. 3º, I, e da isonomia, art. 5º, caput.<sup>104 105</sup>

Isto porque, ao se falar em responsabilidade “*aquiliana*” vem à mente os exemplos clássicos de acidentes de trânsito, como atropelamento. À exceção do parágrafo único do art. 928 do CCB, não se imagina motorista e pedestre, *que nunca se viram na vida*, ajustando exonerações ou limitações indenizatórias recíprocas que entendam satisfatórias a ambos.

---

<sup>101</sup> Vide Capítulo 2.3, IV deste estudo.

<sup>102</sup> MARTINS COSTA. Judith. “*A Boa-Fé no Direito Privado*”. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999. Pág. 472.

<sup>103</sup> FERNANDES, Wanderley. Op. Cit. Pág. 163 ~ 170.

<sup>104</sup> “Art. 928: Código Civil - O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

<sup>105</sup> Exemplo dado por Felipe Braga Netto vivifica o axioma; “*Imagine um pedreiro, de classe econômica baixa, arrimo de família, casado e com vários filhos, dele dependentes economicamente, que amassa, com uma bicicleta, veículo importado de altíssimo valor de mercado. Neste caso, a reparação, consoante os princípios constitucionais, deverá ser reduzida, adequando-se à situação do ofensor*”. BRAGA. NETTO. Felipe. Op. Cit. Pág. 106.

Explica Wanderley Fernandes que em negociações pré-contratuais, ainda que inexistia contrato, não deixa de existir alguma relação entre as partes – ou seja, embora não seja uma “vinculação contratual”, não se está diante de uma mera “relação social”, como no caso do atropelamento.

Vige uma situação intermediária em que as partes podem avaliar os riscos envolvidos nessa relação especial que pretendem desenvolver e aprimorar, podendo regular para si os efeitos e alcance de sua exposição – o que impossível em mera interação social como um atropelamento.<sup>106</sup>

Wanderley Fernandes aponta, ainda, que não se está “contratualizando” a responsabilidade “*aquiliana*”, pois não se pode confundir a convenção e a situação a que ela se reporta;<sup>107</sup>

*“Quando as partes convencionam a exoneração ou a limitação de responsabilidade, poderão se referir a uma responsabilidade decorrente de um contrato ou não. Logo, a convenção poderá configurar-se como um contrato e estabelecer regras para regular a responsabilidade contratual – decorrente do inadimplemento – ou definir o modo e a extensão da responsabilidade extracontratual. Não se trata de definir a natureza da convenção, mas o seu âmbito de incidência. O mero acordo de vontades não torna contratual o que é extracontratual”.*

Convém clarificar; não se está falando em cumulação de responsabilidades (contratual e extracontratual), mas apenas na convenção de amoldar a responsabilidade “*aquiliana*” ao interesse das partes – ou, como também se pode entender: as partes estão se obrigando a negociar dentro dos parâmetros ajustados; um regramento de negociar nos termos que ambas as partes entendem como uma forma justa de barganha recíproca.

---

<sup>106</sup> FERNANDES, Wanderley. Op. Cit. Pág. 168.

<sup>107</sup> FERNANDES, Wanderley. Ibid. Pág. 170.

### 3.3. COMPORTAMENTO DS PARTES NEGOCIANTES.

#### 3.3.1. Parte Vulnerável: Comportamento Aético.

Além da análise do comportamento da parte sofisticada, cumpre verificar se a conduta da parte hipossuficiente, em uma negociação assimétrica, não obstará (ou mitigará) eventual direito indenizatório – sem prejuízo da contrapartida do dever de informar da parte sofisticada que é o dever da parte vulnerável de “se informar”.

Como mencionado no Capítulo 2.2, acerca dos deveres de consideração na fase pré-contratual, especialmente em sua função de integração, a doutrina já detectou fenômenos jurídicos que podem balizar o (mau) comportamento da parte fraca, afastando a severidade (ou mesmo o dever em sentido lato) da parte sofisticada em prosseguir de boa-fé com as tratativas.

Como se está abordando o momento pré-contratual não são todos os institutos balizadores que se aplicam. Nesta toada, por exemplo, não há falar em “*supressio*” ou “*surrectio*”, vez que não há histórico contratual para balizar o que seria uma criação ou supressão de direito comportamental, à exceção de alguma forma de contratação contínua repetitiva, como em casos específicos balizados pelo direito consumerista.

108

De igual sorte, não parece compatível com a fase pré-negocial o fenômeno do “*venire contra factum proprium*” que demanda um comportamento pretérito a balizar uma expectativa futura.

---

<sup>108</sup> Sem prejuízo do entendimento que em tais casos pode se estar diante de um único contrato continuado de produtos ou serviços diversos, porém similares, como no caso da escola primária que contrata, mês após mês, um serviço de transporte ou viagem ao campo junto à agência turística.

Por outro lado, é possível, sim, enquadrar o comportamento da parte hipossuficiente junto aos fenômenos do “*tu quoque*”, “*exceptio doli*”, “*duty to mitigate the loss*” e “*Nachfrist*”.

Em relação ao “*tu quoque*”, pode-se citar julgado de Minas Gerais, envolvendo negociações pré-contratuais, nos seguintes termos;

“O contratante não pode deixar de cumprir o contrato, com base na exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) se dá causa ao inadimplemento da parte contrária. Inteligência do princípio da boa-fé objetiva na dimensão do “*tu quoque*”.<sup>109</sup>

Portanto, caso a parte hipossuficiente deixar de cumprir algo a que se obrigou (como apresentar certificados, *pré-contrato de emprego*, ou comprovantes de renda, *pré-contrato de franquia*) poderá restar afastado qualquer dever indenizatório da parte sofisticada.

Neste ponto, é interessante relacionar verdadeira intersecção entre uma obrigação não cumprida com o instituto da “condição suspensiva” melhor exposta no estudo sobre as precauções defensivas da parte sofisticada.

Ainda inter-relacionada está a “*exceptio doli*”, que nada mais é do que a defesa do réu contra ações dolosas, contrárias à boa-fé.<sup>110</sup> Além da conhecida “*exceptio non adimpleti contractus*” do art. 476 do CCB, tem-se sua aplicação junto aos art. 175, 190, 273, 274, 281, 294, 302, 837, 906, 915 e 916.<sup>111</sup>

Quanto ao “*duty to mitigate the loss*” parece melhor se adaptar ao pleito indenizatório em si, do que a um comportamento pré-negocial. Ou seja, a parte hipossuficiente não poderia deixar transcorrer lapso considerável *in albis* até a adoção de algum remédio processual para mitigar seu impacto.

---

<sup>109</sup> Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte. TJMG – AI – 1.0024.09.732895-9/0011, Belo Horizonte. 12ª Câmara Cível. 07.04.2010. DJEMG 03.05.2010 –Disponível em <www.tjmg.jus.br>. Acessado em 08.09.2017.

<sup>110</sup> TARTUCE, Flávio. Op. Cit. Pág. 653.

<sup>111</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa *apud* TARTUCE, Flávio. Op. Cit. Pág. 653.

Por exemplo, se a franqueadora não envia o contrato de franquia após cumpridas todas as exigências pela promitente franqueada, no prazo estipulado na circular de oferta (e em lei), não poderá esta última tardar, propositadamente, o ingresso da competente medida (extra) judicial, com vistas a criar um *“fait accompli”* que busca apenas a indenização pecuniária.

A ampla aceitação do axioma do *“duty to mitigate the loss”* se faz notar quando a Justiça Especializada do Trabalho o aplica em desfavor de reclamante, como no caso;<sup>112</sup>

*“ESTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA AO PERÍODO DE AFASTAMENTO. DEVER DE MITIGAR AS PRÓPRIAS PERDAS (“DUTY TO MITIGATE THE LOSS”). RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. O silêncio da autora acerca de eventual gravidez, por ocasião de sua demissão, com o escopo de aguardar, sem trabalhar, a tutela jurisdicional do Estado configura ofensa ao dever de mitigar os próprios prejuízos, posto que, mês a mês, agravou o dever de indenizar da reclamada. Tal conduta colide frontalmente com os imperativos da boa-fé objetiva devendo a autora, portanto, suportar as consequências de natureza econômica oriundas de sua recusa injustificada de retornar ao trabalho. Pelo não provimento do recurso ordinário”.*

Por fim, considerando que as tratativas entre partes assimétricas são conduzidas, fortemente, pela parte sofisticada que estipula os prazos e condições suspensivas, a *“Nachfrist”* sempre foi usada em benefício desta última; se um candidato a emprego atrasou a entrega da documentação pertinente, porém era de maior agrado do comitê seletivo, poderia se prorrogar, discricionariamente, tal lapso temporal.

Porém, em sentido diverso, se há prova de que a parte vulnerável prorrogou *sponte propria* o prazo de recebimento de informações também poderá ser usado contra algum tipo de ação reparatória.

---

<sup>112</sup> Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região/SP - RO: 22015620125020 SP 20130026104, Relator: MERCIA TOMAZINHO, Data de Julgamento: 07/05/2013, 3ª TURMA, Data de Publicação: 15/05/2013). Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo. Disponível em <www.trtsp.jus.br>. Acessado em 20.09.2017.



### 3.3.2. Parte Sofisticada: Mitigação do Risco.

Patente, a esta altura, que é a parte sofisticada quem dirige o caminho e o passo durante as tratativas pré-contratuais quando em cena atores assimétricos, mormente nas relações de trabalho. Por tal razão, seu comportamento deverá se mostrar probo durante todo o processo negocial, sob pena de condenações judiciais – *tanto indenizatórias, quanto de execução específica*.

Porém, e este um ponto fulcral deste estudo, há procedimentos, condutas e precauções que podem (e deveriam) ser tomadas pela parte sofisticada que irão, ao final, mitigar, ou mesmo afastar por completo, qualquer responsabilidade civil pela não concretização do negócio, ainda que a ruptura se dê por sua iniciativa.

Destacam-se;

#### 3.3.2.1. ESTIPULAÇÃO DE CLÁUSULAS SUSPENSIVAS (*MILESTONES*).

O art. 121 do CCB positiva o instituto da “condição”, que se relaciona ao plano de eficácia do negócio jurídico.<sup>113</sup> A condição subordina a eficácia do negócio jurídico a evento futuro e incerto, retardando os efeitos contratuais ou pré-contratuais à concretização do fato aleatório estipulado.

Destaca Antônio Costa Machado que não pode ser própria ao negócio jurídico, por não ser condicionante *per se*, como no exemplo; *estipular o pagamento do aluguel de uma casa se o locador garantir o uso pacífico do bem*. Neste caso, não se está diante de uma condicionante, mas de obrigação intrínseca ao contrato de locação.<sup>114</sup>

Para Carlos Maluf a condição suspensiva pode ser considerada sob três estados diferentes em evolução temporal;<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> “Art. 121: Código Civil - Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

<sup>114</sup> COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. “Código Civil Interpretado”. Editora Manole, São Paulo, 2008. Pág. 111.

<sup>115</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. “As Condições no Direito Civil”. Editora Saraiva, São Paulo, 2011. Pág. 96 ~ 97.

- (i) **Estado de pendência (“*pendente condicione*”)** – Perdura enquanto não se verifica o evento futuro e incerto, ou seja, a própria condição descrita no art. 125 do CCB. Neste momento temporal não há contrato, não há demanda, não corre prescrição e, eventual adimplemento, dá azo à anulação. À parte que aguarda o evento futuro, é permitido os atos de conservação ou preparação – “*spes debitum iri*” (aguardo da dívida), porém este o limite de seu agir, sequer direito de demandar “perda da chance” ou responsabilidade extra-contratual. Não se está mais na fase da pontuação; passou-se, ao mínimo, às tratativas que foram bilateralmente condicionadas a um evento futuro e incerto. É curioso que se pode enxergar um regresso protetivo à parte contratante – enquanto na fase negocial a boa-fé (“*culpa in contrahendo*”) garantia-lhe certa tutela sobre expectativas futuras, uma vez a avença pactuada sob condição suspensiva, sua não ocorrência deixa o negociante à margem da tutela jurisdicional do Estado;
- (ii) **Implemento da condição (“*conditio existi*”)** – Ocorrido o evento suspensivo, o direito passa de mera expectativa para eficaz, como se desde o início fosse “puro e simples”, ocorrendo o efeito retroativo da condição ;
- (iii) **Frustração da condição (“*conditio deficit*”)** – Se o evento futuro não ocorre, entende-se por jamais pactuado ou estipuladas as condições pré-negociais.

Antônio Costa Machado destaca que embora inexecutável e inexistente no mundo direito uma expectativa futura em estado de pendência, tal situação pode apresentar valor patrimonial, pelo quê, pode ser objeto de transmissão, *a depender do caso*, apresentado certo valor patrimonial, daí porquê o art. 130 permitir o “*spes debitum iri*”.<sup>116 117</sup>

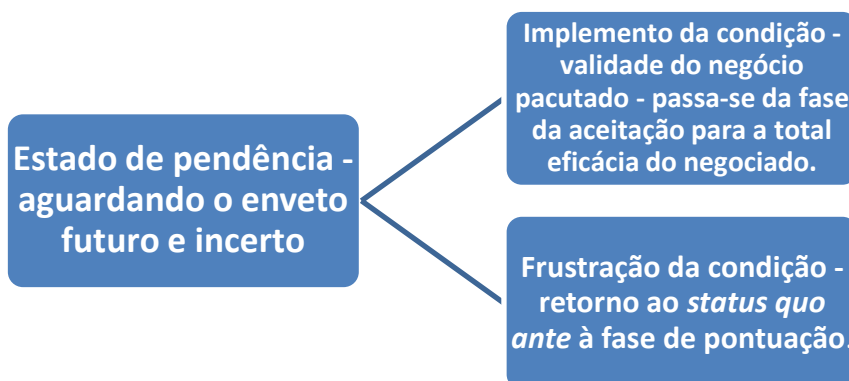
---

<sup>116</sup> COSTA MACHADO. Antônio Cláudio. Op. Cit. Pág. 117.

<sup>117</sup> “Art. 130: Código Civil - Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

Importante, portanto, a diferença entre “expectativa de direito” e “direito expectado”, pois apenas o primeiro é objeto do presente estudo.<sup>118</sup>

Graficamente, do estado de pendência só poderá haver duas evoluções;



A lei positivada, no art. 129 do CCB, ressalva a frustração da condição suspensiva quando uma das partes dolosamente impede ou força a realização da condição, fictamente desconsiderando a realidade, presumindo que o contrário do observável ocorreu.<sup>119</sup> Exemplo citado por Antônio Costa Machado é o do testador que deixa bens a um empregado sob a condição de prosseguir prestando serviços à viúva e esta, quando do passamento daquele, dispensa arbitrariamente o funcionário, para obstar-lhe a percepção da herança.<sup>120</sup>

Fala-se em dolo, porque a norma se vale da palavra “maliciosamente”, ou seja, não basta a negligência, demandando-se a intenção.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> A expectativa de direito consiste em um direito que se encontra na iminência de ocorrer, mas que não produz os efeitos do direito adquirido, pois não foram cumpridos todos os requisitos exigidos por lei. A pessoa tem apenas uma expectativa de ocorrer. Já o direito expectado é aquele que já preencheu todos os requisitos para a aquisição do direito, mas, por discricionariedade, ainda não foi exercido. Nesse caso, deve ser respeitado o direito adquirido..

<sup>119</sup> “Art. 129: Código Civil - Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento”.

<sup>120</sup> COSTA MACHADO. Antônio Cláudio. Op. Cit. Pág. 121 – *embora o exemplo seja apenas para fins didático, posto que vago, já que não contempla as inúmeras situações fáticas que poderiam ocorrer para o rompimento do contrato de trabalho, ainda que sem justa causa.*

<sup>121</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. Cit. Pág. 98.

Ressalva a boa doutrina, no entanto, a inaplicabilidade do art. 129 sempre que a parte imputada provar que mesmo sem seu comportamento a condição se verificaria, especialmente em fatos envolvendo terceiros, sem participação do beneficiário. Noutro bordo, adverte Antônio Costa Machado que, provado o dolo a que alude o art. 129 do CCB, para além da execução específica, nada impede o concomitante pedido de “perdas e danos”.<sup>122</sup>

Inobstante, pertinente a ressalva quanto às cláusulas de conteúdo potestativo, especialmente entre partes desiguais, sendo questionável se o art. 463 do CCB contém, *ou não*, uma cláusula eminentemente potestativa, na exceção da “cláusula de arrependimento”, aparentemente unilateral.<sup>123</sup>

Conquanto mesmo o Judiciário Especializado do Trabalho, mais protetivo, aceita, plenamente, a condição suspensiva, o arcabouço pátrio não a terá por válida se arquitetada em total discricionariedade a uma das partes, como se infere do art. 122 do CCB.<sup>124 125126</sup>

“RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE APRIMORAMENTO. CONDIÇÃO SUSPENSIVA. APRESENTAÇÃO DO TÍTULO. *Recurso fundamentado em violação dos artigos 7º, XXVI, da Constituição Federal e 444 e 611 da CLT. Constata-se que a norma coletiva estabeleceu condição suspensiva para concessão do adicional de aprimoramento, ou seja, a apresentação pelos professores dos títulos de especialização, mestrado ou doutorado. Nos termos do artigo 125 do Código Civil, -Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa- No presente caso, a empregada não se desincumbiu do ônus probatório de comprovar que apresentou o título de doutora à instituição, o que não se confunde com o descumprimento da norma coletiva. Recurso de revista não conhecido*

<sup>122</sup> COSTA MACHADO. Antônio Cláudio. Op. Cit. Pág. 121.

<sup>123</sup> Art. 463: Código Civil - Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

<sup>124</sup> Tribunal Superior do Trabalho – TST - RR 982006920085010079 98200-69.2008.5.01.0079 – 3a Turma, DEJT, 08.11.2013). Disponível em <www.tst.jus.br>. Acessado em 20.07.2017.

<sup>125</sup> Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. São Paulo, 2017. ACÓRDÃO Nº: 20050678773 – Autos nº. 02578200202802005 – Disponível em <<www.trtsp.jus.br>>. Acessado em 20.09.2017.

<sup>126</sup> “Art. 122: Código Civil - São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes”.

. IMPOSTO SOBRE A RENDA. FORMA DE APURAÇÃO. Recurso fundamentado em divergência jurisprudencial. O critério de apuração do imposto sobre a renda foi estabelecido pela Medida Provisória nº 497/2010, convertida na Lei nº 12.350/2010, a qual acrescentou o art. 12-A à Lei nº 7.713/1988. A Receita Federal, por sua vez, editou a Instrução Normativa nº 1.127/2011, que dispõe sobre a apuração e tributação de rendimentos de que trata o referido dispositivo, estabelecendo em seu artigo 3º que o imposto será retido sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se referem os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês de recebimento ou crédito. Nesse sentido, tendo em vista a superveniência da referida alteração legislativa, o desconto para o imposto de renda passou a ser calculado utilizando-se um critério semelhante ao mês a mês, pois considera a quantidade de meses a que se refere a condenação, motivo pelo qual esta Corte Superior reviu o item II da Súmula nº 368, não mais subsistindo o entendimento anterior de que o tributo deva incidir sobre a totalidade da condenação. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e provido”.

“À moda de um concurso público subdividido em diversas fases, a admissão efetiva da autora estava subordinada à aprovação ao final do curso, justificando-se a exigência pela especificidade da profissão do aeronauta. A existência de um processo seletivo prévio ao treinamento, referida no depoimento pessoal (fl. 428), impôs à autora um ônus do qual não se desvencilhou, pois a única testemunha ouvida só se reportou ao treinamento prévio (Alessandra Chiareto, fl. 429). A ré alega que o período sem registro se refere a um curso técnico para habilitação técnica de seus tripulantes e a contratação só ocorreria após a aprovação nesse curso. A autora, por sua vez, afirma que o treinamento era precedido de um processo seletivo (depoimento pessoal, fl. 428). O treinamento prévio e posterior aprovação em teste sobre os conhecimentos adquiridos como requisitos para admissão é hipótese de negócio jurídico sujeito à condição suspensiva, cuja eficácia se verifica com sua implementação. Aplicação, a contrário senso, do artigo 125 do Código Civil de 2002”.

Para Antônio Costa Machado, o problema se dá pelo fato da condição potestativa não respeitar a igualdade de participação para manifestação das vontades.

127

Portanto, em seu entender, a condição potestativa se dividirá em três espécies;

128

---

<sup>127</sup> COSTA MACHADO. Antônio Cláudio. Op. Cit. Pág. 114.

<sup>128</sup> COSTA MACHADO. Antônio Cláudio. Ibid. Pág. 114.

- (i) **Potestativa pura condicionada à informação** – Inválida para formação do contrato, pois é a que depende exclusivamente do arbítrio de uma parte. Exemplo é àquela que subordina a contratação de um empregado, ao final de um processo seletivo, ao único interesse da empresa, mesmo que cumpridas todas as etapas do processo seletivo informado *ex ante* – configurado, portanto, em verdadeiro direito expectado;
- (ii) **Potestativa mista** – Depende além da discricionariedade do agente de um evento exógeno à pessoa. Como exemplo, tem-se a promessa condicional de empregar alguém no gabinete, caso o promitente assuma o cargo de deputado estadual. Ora, o evento externo é a vitória na eleição e autorização para diplomação pela Justiça Eleitoral, mas a posse em si depende exclusivamente da vontade da pessoa, que pode renunciar ou se afastar para exercício de um cargo executivo;
- (iii) **Potestativa simples** – Também denominada “promíscua” é aquela em que há ocorrência de fato superveniente alheio à vontade da parte, tornando sobremaneira custoso, *ou mesmo impossível*, o implemento do evento condicional. Distingue-se da potestativa mista, pelo fato de naquela a combinação arbítrio discricionariedade ser proposital, enquanto na simples é superveniente. Aceita pela jurisprudência, inclusive na modalidade “pagarei quando puder”.

De modo geral, em que pese a extensa produção doutrinária sobre a matéria, parece que o CCB é autoexplicativo, delimitando a possibilidade e limitações da condição suspensiva pré-contratual, preconizada nos art. 121 a 131.<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> Todos do Código Civil: “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Art. 123. Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; II - as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; III - as condições incompreensíveis ou contraditórias. Art. 124. Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível. Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa. Art. 126. Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis. Art. 127. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se

### 3.3.2.2. CONTRATOS DE NEGOCIAÇÃO: MITIGAÇÃO DOS RISCOS PRÉ-CONTRATUAIS.

Inúmeros são os contratos negociais elaborados pela prática jurídica, *notadamente envolvendo partes sofisticadas*, cujo objeto é, justamente, expressar que as partes estão entabulando negociações complexas, criando cenários futuros possíveis, que não se constituem em alguma forma de “*consideration*” ou “*promissory estoppel*”, independente dos direitos colaterais de consideração, não sendo legítimo esperar a concretização do negócio proposto.

Aqui, diferentemente dos pré-contratos tão bem debatidos pela doutrina romano-germânica que visam, contrariamente, vincular as partes, o que se manifesta, expressamente, é o desejo de não-vinculação – *ou, melhor colocando; o interesse de se vincular às obrigações neles estipuladas*.

Dentre os mais relevantes na prática negocial norte-americana podem ser citados a “*hold-harmless letter*” e a “*letter of intentions*”, que trazem indiscutível segurança jurídica às partes. Porém, a prática da “*common-law*” possui precedentes até verbais de acordos negociais.

Cita-se o “*case-law*” de “*Walford vs. Miles*”, advindo do Reino Unido, onde as partes, oralmente, se comprometeram a negociar de forma exclusiva, de boa-fé, com vistas a pactuarem um futuro contrato de venda e compra. A parte vendedora, inesperadamente, encerrou as negociações, comercializando a propriedade com

---

não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido. Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé. Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo. Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

terceiros. A decisão da “*House of Lords*” foi no sentido de que uma obrigação recíproca de negociar de boa-fé verbal, embora válida como contrato, era inexecutável, vez que inexistiam tanto a certeza da concretude do negócio, quanto alguma “*considerations*” ou qualquer outra promessa razoável. Em suma, não se pode executar um “compromisso de se comprometer”.<sup>130</sup>

Embora comuns na prática da “*common-law*” não são objetos de maiores estudos nos ordenamentos romano-germânicos, sendo, quando muito, tratados, genericamente, como pré-contratos. No Brasil, em especial, ao tema não é dado maiores atenções, sendo abordado, *en passant*, nos trabalhos sobre contratos internacionais.<sup>131</sup>

Nesse sentido, em seu estudo comparado, Angus Johnston destaca que os pré-contratos da prática alemã, denominados contratos de opção (“*Optionsvertrag*”), intentam proteger uma parte de atitudes precipitadas da outra, sendo exequíveis contra àquela que se obrigou, dando o direito de se buscar outorga judicial (ou compensação reparatória) com vistas a formalização final.

De outra parte, os usos e costumes transformaram a “*Absichtserklärung*” em instituto próximo a “*letter of intention*”, firmados para declarar os direitos e expectativas ante a vinculação que se aproxima, enquanto as fases negociais evoluem, nos termos do art. 311 do BGB, porém, por vezes, é utilizada com intenção de, efetivamente,

---

<sup>130</sup> UK Law Database. Disponível em < <http://swarb.co.uk/walford-v-miles-hl-1992/>>. Acessado em 14.07.2017. No original, a expressão usada para definir a inexecução do pacto foi “*The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty. The same does not apply to an agreement to use best endeavours. This uncertainty is demonstrated in the instant case by the provision which it is said has to be implied in the agreement for the determination of the negotiations. How can a court be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for the termination of negotiations? The answer suggested depends upon whether the negotiations have been determined ‘in good faith’. However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms*”.

<sup>131</sup> BASSO, Maristela. “As cartas de intenção ou contratos de negociação”. In Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999; MARTINS-COSTA, Judith. As cartas de intenção no processo formativo de contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1994.



vincular. Ressalva Angus Johnston que a ausência de sua previsão positivada a enfraquece como documento apto a criar obrigações recíprocas.<sup>132</sup>

Os contratos de negociação que expressam a manifestação das partes de não se vincular ou criar falsas expectativas são, portanto, alienígenas à sistemática romano-germânica. No entanto, nota-se uma evolução; de fenômeno restrito ao comércio internacional, é crescente sua aplicação prática no Brasil em nichos negociais complexos como “fusões e aquisições” e operações de “*private equity/venture capital*” envolvendo atores puramente nacionais.

Fato é que institutos de direito desconhecem fronteiras e migram para outros ordenamentos, como explica Mário Engler;<sup>133</sup>

*“O fenômeno ocorre no contexto de contratos internacionais, sensíveis que são às influências que decorrem do maior poder de barganha de uma das partes e da escolha da lei aplicável. Por outro lado, institutos de Direito atravessam fronteiras porque trazidos por profissionais expostos, acadêmica ou profissionalmente, ao ordenamento de outro país ou jurisdição. Existem, enfim, inúmeras outras formas de transposição de institutos jurídicos como, por exemplo, a adesão a tratados internacionais e o emprego, pelos tribunais, de precedentes de cortes estrangeiras”.*

A economia dos países vinculados ao direito anglo-saxônico (não apenas os EUA, mas todos os países da “*commonwealth*”) ajuda a explicar a maciça importação de estruturas contratuais da “*common-law*”, fato reforçado também pelas sociedades de advogados transnacionais que intermediam as negociações de fusões e aquisições (e tendem a repetir modelos de sucesso já testados nos países-sede), bem como os Bancos de investimento que replicam dada arquitetura contratual típica do direito norte-americano nos acordos que participam.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> JOHNSTON, Angus et al. Ibid. Pág. 78 ~ 79.

<sup>133</sup> ENGLER PINTO, Mario. Jornal VALOR ECONÔMICO de 27.09.2013. Disponível em <<http://www.valor.com.br/legislacao/3285322/importacao-de-modelos-contratuais#ixzz2g67jLpLb>> Acessado em 25.06.2017.

<sup>134</sup> Sobre a influência da “*common-law*” sobre o judiciário brasileiro, destacamos o quanto segue; “*The preceding analysis of Brazilian cases suggests that the conventional assumption that economic reasoning is absent from legal practice in the civil law world is flawed. Brazilian judges habitually employ concepts borrowed from economics to forecast the likely consequences of events or rules when such a prediction is called for by the relevant legal norms. Because Brazilian judges are not abandoning the time-honored practice of formally grounding their decisions on a preexisting legal provision that purports*

Ocorre que o Código Civil brasileiro também possui institutos e regras estranhas aos sistemas de “*commom-law*”, a exemplo das cláusulas gerais sobre função social do contrato, boa-fé objetiva, abuso de direito e onerosidade excessiva, que terminam por fundir os conceitos em uma “irritação jurídica”;<sup>135</sup>

*“Irritações jurídicas’ não são simplesmente domesticáveis, elas não se transformam em algo familiar a partir do estranho, elas não se adaptam simplesmente ao novo contexto, mas sim desenvolvem uma dinâmica evolucionária em princípio não dominável, na qual tanto o significado das normas externas como o contexto interno são fundamentalmente alterados.”*

Tal fenômeno explica como a “*letter of intentions*”, que na “*common-law*” possui o seguinte papel triplo;

- (i) Obrigação de resultado de entabular negociações,
- (ii) Obrigação de meio de “envidar” os melhores esforços para concretização negocial, porém, reconhecendo que o contrato se trata de

---

*to control the relevant set of facts, economics seems to be at the service of law, not the other way around. Consequently, the Brazilian court system cannot be deemed to be undergoing the much-feared process of intellectual “colonization” by economics in any meaningful way. Neither are Brazilian courts undergoing a process of ideological colonization. Whatever the merits of the claim that law and economics has a conservative bias, the Brazilian example highlights the potential of using economics to further progressive legal objectives as well. At least in the Brazilian context, economics works more like a knife (that can cut both ways) than as a rhetorical platform that is inexorably linked to a certain political agenda. Admittedly, we make no attempt to articulate the precise place of economic reasoning in legal discourse—a deep philosophical issue that is outside the scope of this Article. Neither do we delve into the intricate relationship between the use of economic reasoning and the resulting quality of legal adjudication. Rather, we conclude by briefly reflecting on the implications of our findings for legal education and scholarship. If, as suggested above, the use of economic reasoning as part of legal analysis is a function of the broader transformation in the character and operation of the Brazilian legal system, demand for law and economics scholarship in Brazil seems to be here to stay. And, given that the traditional role of legal scholarship in civil law countries is both to explain and to assist in the application of the law we expect to see a corresponding rise in the pursuit of law and economics studies by the legal academy, both in terms of research and teaching. Finally, we have no reason to believe that the ideological, political, and legal factors that have increased demand for economic knowledge by courts are unique to Brazil, though we leave this line of inquiry for future work. For now, we can only speculate that it is not only in Brazil that commentators have been looking to the wrong places in their apparently fruitless search for integration of economic analysis with the law. This suggests that the future of law and economics scholarship in civil law jurisdictions more generally rests on the understanding that this type of work is increasingly consistent with the traditional vocation of civilian jurists of producing work that is instrumental in the application of the law”. SALAMA, Bruno et al. “Law and Economics in the Civil-Law World: The case of Brazilian Courts”. WorksBePress. Disponível em [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/86](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/86)>. Acessado em 27.12.2017.*

<sup>135</sup> TEUBNER, G. “Direito, Sistema e Policontextualidade”. (B. Vincenzi, D. Rudiger, J. Dittberner, P. Galizia, R. Mendes, Trans.) Piracicaba, São Paulo: Editora Unimep, 2005.

um evento futuro aleatório, por vezes, estipulando “*milestones*” progressivas ao fechamento do contrato e, por fim;

- (iii) Permitir que as partes estipulem direitos e deveres negociais, inclusive o de se vincular ou não.

Ao aportar em terras brasileiras referido documento transmutou-se em “carta de intenções”, desempenhando no Brasil, consoante profundo estudo de Paulo Casella, um papel diverso, porém similar, qual seja;

- (i) Balanço quanto aos pontos já alcançados, obrigando as partes a não rediscutir os pontos já pacificados e
- (ii) Programa de ação futura para as partes atingirem o objeto final.<sup>136</sup>

Típico exemplo de “irritação jurídica” de Teubner, inobstante, extremamente útil ao menos para divisar, de forma precisa, o momento em que a fase da pontuação e ofertas se encerra e se passa à fase decisória, tornando-se importante marco negocial, permite, ainda, a criação de “*milestones*” futuras para evolução do contrato – momento em que a parte sofisticada pode enumerar cláusulas suspensivas para a contratação final – *ou em que se torna relevante a estipulação de eventual cláusula penal pré-fixadora do risco*, como se discutirá abaixo.

Pouco conhecida, também, a “*hold-harmless letter*” possui, como redação padrão, no sistema anglo-saxão, a seguinte declaração de vontade – *em livre tradução nossa*;<sup>137</sup>

*“As Partes reconhecem não ser prudente ou razoável confiar na expectativa de celebração de um contrato relacionado ao objeto das negociações entre as Partes. Qualquer esforço de uma das Partes no sentido de completar o processo de ‘due diligence’, negociar, obter*

<sup>136</sup> CASELLA, Paulo Borba. “Neogicação e Formação de Contratos Internacionais”. Revista da USP. Agosto de 1990. Disponível em <[www.revistas.usp.br](http://www.revistas.usp.br)>. Acessado em 15.07.2017.

<sup>137</sup> “The Parties acknowledge that it would be imprudent and unreasonable to rely upon the expectation of entering into any contract regarding the subject matter of the discussions and/or negotiations. Any effort by either Party to complete due diligence, negotiate, obtain financing, prepare contracts or otherwise perform any of its obligations shall not be considered evidence of intent to be legally bound by such effort”.

*financiamentos, elaborar minuta de contratos ou de outra forma cumprir com suas obrigações, não será considerado como evidência da intenção de vincular-se legalmente por tal esforço”.*

Interessante destacar que os documentos negociais aqui debatidos são largamente utilizados nos EUA não apenas em contratos complexos, mas envolvendo partes assimétricas, especialmente processos seletivos de emprego e inscrição em faculdades.

Enquanto, *como se viu melhor no capítulo envolvendo a pesquisa de campo*, a “*hold-harmless letter*” tal qual usada no Brasil mantém suas características primárias norte-americanas, a “carta de intenções” sofreu as mudanças apontadas por Paulo Casella, “*as irritações jurídicas de Teubner*”, que se constituíram em algo novo; uma verdadeira “*carta de intenções à brasileira*”.

Destaque-se, no entanto, que não há qualquer regulamentação sobre os contratos de negociação no ordenamento jurídico pátrio e romano-germânico <sup>138</sup>, razão pela qual seu uso parece não trazer maior segurança jurídica às partes. Sua validade ou não, dependerá do comportamento negocial, o que, por analogia, se pode denominar de “pré-contrato realidade”. <sup>139</sup>

Porém, em assim sendo, não há óbice para que as partes, ainda que desiguais, os firmem livremente, vez que tais acordos, como qualquer negócio jurídico válido, são capazes de ascender, sem ressalvas, a “*escada ponteana*” em seus três planos; existência, validade e eficácia.

No plano da existência, não requer maiores digressões para se inferir que um contrato negocial firmado por partes contratantes atende à demanda relativa:

---

<sup>138</sup> Não se cogita de positivação na “*common-law*” regida, grosso modo, por precedentes e usos e costumes. Inobstante algumas figuras análogas, como a “*Absichtserklärung*”, não possuem previsão positiva, tendo fraco efeito obrigacional.

<sup>139</sup> O direito do trabalho trabalha com o conceito de “contrato realidade”, no qual o comportamento das partes no cotidiano, durante a execução do contrato de trabalho, se mostra mais relevante do que o formalizado por escrito ou verbalmente. Aqui se está diante de situação análoga, vez que ante a ausência de previsão normativa, a observação da boa-fé e dos deveres de consideração, trará maior impacto à eventual contenda judicial do que o estipulado em contratos de negociação não previstos em lei.

- (i) Ao agente,
- (ii) Manifestação da vontade,
- (iii) Objeto e
- (iv) Forma, vez que não defesa em lei.

Quanto à validade, sendo a parte hipossuficiente plenamente capaz, resta cumprido tal grau, destacando-se que o objeto (desejo de não se vincular ou assinalar a transposição da fase das pontuações) é lícito e sua forma escrita adequada ao ordenamento pátrio.

Por derradeiro, quanto à eficácia, o:

- (i) Termo pode ser livremente pactuado entre as partes, a
- (ii) Condição é positivada pelo ordenamento e aceita pelo Judiciário (como discutido no Capítulo 2.4 acima) e a
- (iii) Consequência do inadimplemento pode ser precificado via cláusula penal ou outra forma livremente pactuada, como será abordado abaixo, de forma a não se configurar como cláusula meramente potestativa.<sup>140</sup>

A prática brasileira em relações assimétricas, no entanto, se fia, como acima transcorrido, na exceção da oferta do art. 427 do CCB; “*se o contrário não resultar dos termos dela*” – especialmente em relações de consumo. Comportando graus de validade dentro da sistemática de “*civil-law*”, parece, no entanto, não abranger todo o leque de proteção que a assinatura de um verdadeiro contrato negocial pode oferecer.

Valendo-se, como exemplo, das negociações pré-contratuais para uma relação de emprego, para um cargo de médio nível hierárquico para cima, em que os processos seletivos tendem a se compor de várias fases; em caso de rompimento das tratativas, em defesa perante a Justiça do Trabalho, a alegação de que a oferta (em

---

<sup>140</sup> TARTUCE, Flávio. Op. cit. Pág. 234 ~ 248.

sites de recrutamento, da empresa ou de “*head-hunters*”) continha a exceção do art. 427 não terá o condão de afastar condenação reparatória. Situação diversa se apresenta, no entanto, caso a empresa mostre que o candidato possuía plena ciência da sistemática seletiva, inclusive riscos exógenos a sua pessoa, especialmente havendo mais candidatos, relativos à fluidez do processo ou conjunturas econômicas.

141

Como coloca Luciano Coelho, dissertando sobre a responsabilidade civil pré-contratual nas relações de consumo, o tratamento vexatório e a criação de falsas expectativas podem dar azo à danos extrapatrimoniais. Assinala que a aplicação de teste deverá atender a uma série de critérios, dentro os quais a concordância do candidato.<sup>142</sup>

Em face de todo o exposto, que apontam no sentido dos contratos negociais se configurarem em norte para discussão da fase pré-contratual, parecem ser o veículo adequado para o postulante ao cargo, *parte hipossuficiente*, concordar, expressamente, com as regras do processo seletivo e plena ciência de seu funcionamento.

Cita-se, nesse sentido, interessante acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região sobre a matéria, afastando a indenização por perda da chance, acerca da assinatura por candidatos de termos inequívocos quanto à ciência do funcionamento do processo seletivo, da fase de pontuação (onde se encontra em relação à seleção) e quais as reais expectativas dado o momento pré-contratual- ou seja, o verdadeiro espírito da “*hold-harmless*” e da “*letter of intenttions*”;

*“DANO MORAL. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO. “PERDA DE UMA CHANCE” NÃO DEMONSTRADA. IMPROCEDÊNCIA. Para fazer jus à indenização pela perda de uma chance, não basta a alegação do dano, do aborrecimento vivido. Caberia ao reclamante*

---

<sup>141</sup> Cumpre-se, aqui, duas funções de proteção à parte sofisticada; não apenas expressa formalmente os termos e condições do processo seletivo como dá ciência, inequívoca, ao candidato da existência de outros postulantes à vaga, afastando (ou sobremaneira mitigando) demandas indenizatórias por “perda da chance”, demonstrando, ainda, que o preterimento do mesmo não foi um “ato potestativo”, mas apenas uma seleção de mercado. Por fim, demonstra a boa-fé da empresa ao cumprir com seu dever lateral de consideração; informação acerca da não exclusividade.

<sup>142</sup> COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Op. Cit.. Posição 17.

*claramente demonstrar que agiu a empresa de forma ilícita, ou, ao menos, injusta, em real descumprimento de pacto pré-contratual ou em afronta à boa fé objetiva, frustrando expectativa legítima e concreta, o que, no entanto, não se confirmou, evidenciando as provas que as tratativas com a empresa não ultrapassaram a fase seletiva.*

*A testemunha da empresa fora esclarecedora, confirmando não somente conteúdo fático da defesa como também o já apurado por esta magistrada nos autos do processo 0111200-61.2014.5.13.0025:*

*“(...) que primeiramente os candidatos a uma vaga de emprego na 1ª reclamada passam por uma seleção com provas no Sine e depois, ainda como parte da seleção, fazem um treinamento; que no primeiro dia do treinamento os candidatos assinam um termo em que tomam ciência que ainda se encontram em processo seletivo; que os exames admissionais são feitos mais ou menos na metade do treinamento; que os exames admissionais são solicitados a todos os que estão no treinamento, para a empresa saber se alguém tem algum problema de saúde; que pode acontecer de algum empregado não ser contratado após a entrega dos exames admissionais, pois são feitas duas provas sendo o o exame entregue após a primeira prova; que não foi a depoente quem fez o treinamento do reclamante; que já aconteceu de candidatos não serem contratados por problemas de saúde detectados no exame admissional, a exemplo de problema auditivo; que nem todos que participam do treinamento são contratados ao final; que durante o treinamento também solicita cópia do RG e CPF; que a CTPS somente é exigida no momento da contratação; (...)”*

*Além de evidenciar a ausência de promessa de contratação na forma aduzida pelo reclamante, dois pontos se afiguram de suma importância no depoimento acima colacionado. O primeiro diz respeito ao termo que os candidatos assinam antes ou ao iniciar o treinamento. No caso em análise, a empresa não cuidou em trazê-lo, mas o seu teor é de conhecimento desta magistrada em razão do processo acima citado, proposto por candidata que realizou o processo seletivo juntamente com o autor, conforme listagem de seq. 59 daqueles autos, sendo exatamente nele onde consta expressamente a necessidade de nota mínima para aprovação e a necessidade de existência de vagas para contratação (seq. 33 do proc. 0111200-61.2014.5.13.0025).”*<sup>143</sup>

Tal evolução é natural, pois os contratos de negociação são, há muito, conhecidos do Judiciário brasileiro;<sup>144</sup>

*“Compra e venda de planta industrial de moagem de soja. Negociação envolvendo grupos econômicos multinacionais. Autora, empresa*

<sup>143</sup> Recurso Ordinário n. 0111500-89.2014.5.13.0003 – 2ª Turma – TRT 13ª Região (Paraíba) – Disponível em <www.trt13.jus.br>. Acessado em 26.07.2017.

<sup>144</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2017. TJSP: Apelação nº 9191408-83.2007.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, INCOBRASA INDUSTRIES LTDA, ADM DO BRASIL LTDA e ARCHER DANIEL MIDLAND LTDA. Disponível em <<www.tjsp.jus.br>>. Acessado em 15.09.2017.

*americana, que ofereceu parque industrial situado nos EUA para a Ré, empresa-matriz estabelecida naquele país. Intermediação pela subsidiária brasileira da ré. Atuação indistinta das duas empresas-ré e de seu representante comum. Legitimidade passiva de ambas as empresas. Competência da Justiça Brasileira. Aplicação do art. 88, I, e parágrafo único, do CPC. Extinção afastada. Aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC. Pedido indenizatório decorrente de ruptura da negociação após assinatura da “Carta de Intenções”. Documento que não vincula as partes ao contrato definitivo. Efeitos dependentes de condição suspensiva (conclusão positiva do “due diligence”). Responsabilidade pré-contratual decorrente tão-somente da quebra da boa-fé objetiva, não verificada no caso. Corrés que agiram com transparência durante toda a negociação, conduzindo-se nos termos acordados. Desativação da planta industrial e demissão dos funcionários por mera precipitação da autora. Perda de mercado. Responsabilidade por eventuais prejuízos daí decorrentes que não pode ser imputada às corrés. Produção da prova pericial. Descabimento. Agravo retido conhecido e improvido. Recurso da autora parcialmente provido para afastar a matéria preliminar e declarar a competência da Justiça Brasileira e, após a análise do mérito, dar pela improcedência do pedido indenizatório”.*

De igual sorte, contratos anexos negociais prévios (ou mesmo simultâneos) à circular de franquia podem mitigar os riscos a que exposto o franqueador pela Lei n. 8.955/1994.

Por fim, os contratos de negociação parecem ser o veículo ideal para as partes apresentarem eventuais cláusulas suspensivas, bem como suas condições de implemento, apresentando, desde então, exemplos de eventos aleatórios futuros que podem evoluir em uma cláusula potestativas simples e, portanto, aceitável para frustrar a contratação.

Logicamente, não se está a pregar a assunção da “*hold harmless letter*” e da “*letter of intentions*”, mas de institutos análogos que podem, ao final, desempenhar papéis institucionais semelhantes de resguardo dos direitos da parte sofisticada contratantes.



### 3.4. A INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA PELO ROMPIMENTO DAS TRATATIVAS: IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE INSTITUTOS DIVERSOS DA PERDA DA CHANCE.

Os paradigmas da indenização civil extracontratual, há muito assentes na doutrina, são (i) danos emergentes, (ii) lucros cessantes e (iii) a reparação extrapatrimonial, configurada no dano moral.<sup>145</sup>

Quanto ao primeiro tipo ressarcitório, pondera Cristiano Zanetti;<sup>146</sup>

*“Apenas as despesas verificadas após o candidato a contratante passar a confiar na conclusão do contrato por causa da conduta de seu parceiro comportam ressarcimento, correndo por conta e risco investimentos anteriores. Tutela-se a confiança, de modo que a indenização do interesse negativo não serve para eliminar os riscos unilateralmente assumidos pelos candidatos a contratante no processo negocial”.*

Ensina Carlos Roberto Gonçalves que *“a prova do dano emergente é bastante simples, porque pode ser feita mediante a juntada de notas fiscais, orçamentos, recibos de pagamentos etc”*, constituindo-se, obviamente, em ônus da parte lesada quando da distribuição da ação judicial. De qualquer sorte, os danos emergentes são de simples averiguação.<sup>147</sup>

Os danos emergentes, portanto, não demandam maiores comentários sobre a matéria; em ressarcimento negocial trabalhista se traduzem nos custos de deslocamento, hospedagem, exames, comprovações (como certidões de antecedentes criminais) etc.

---

<sup>145</sup> Valemo-nos da distinção entre os institutos indenizatórios (do latim: *in* – sem; *dene* – dano). Dividimo-los em: (i) Ressarcimento: pagamento de todo o prejuízo material sofrido, incluindo os danos emergentes e os lucros cessantes, principal e acessórios; (ii) Reparação: compensação pelo dano moral, uma vez que o prejuízo extrapatrimonial só pode ser amenizado, posto que impossível o regresso ao *status quo ante*.

<sup>146</sup> ZANETTI, Christiano. Apud, Schulze, Sandro. *“As Consequências da Ruptura Injustificada das Negociações Preliminares”*. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). V. 15. N. 59, jul/set.2012. Pág. 85 ~ 116.

<sup>147</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *“Direito das Obrigações – Tomo II”*. Editora Saraiva, São Paulo, 2007. p. 95.

Em caso de indenização pelo rompimento das tratativas pré-negociais, a quantificação dos danos emergentes diretos é, pois, facilmente, aferível.

A questão dos lucros cessantes, no entanto, se mostra complexa, porém, parece atender melhor aos preceitos relativos ora debatidos a corrente que não o admite em responsabilidade “*aquiliana*” pelo rompimento das tratativas negociais.

Sua incompatibilidade com a responsabilidade pré-contratual advém, primeiramente, do fato dos lucros cessantes demandarem um histórico passado para se projetar ao futuro. A inexistência de um contrato produzindo efeitos (inclusive econômicos, com deslocamentos patrimoniais) impede o cálculo monetário.

Não se pode falar em “lucros” de um contrato que jamais vigeu, nunca tendo projetado efeitos no mundo fático-jurídico, pelo mesmo corolário lógico que não se pode falar em “responsabilidade contratual”.

Destaca-se o *leading-case* do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria;

148

*“Culpa in contrahendo - conceito. A verificação de responsabilidade dela derivada se faz pela soma dos prejuízos efetivos, diretamente emanados da sua ocorrência, excluídos os lucros cessantes e outras parcelas não compreendidas no denominado interesse negativo. Recurso não conhecido, sem embargo do provimento do agravo para a subida dos autos”.*

No esteio da fundamentação da Suprema Corte brasileira, não se pode concordar com Christiano Zanetti que aduz existir a “*perda concreta de outro negócio em razão da parte confiar na conclusão daquele contrato que estava em negociação*”, isto porque a perda de contratar com terceiro não é, *data venia*, um fato concreto, mas expectativa. Uma oportunidade; uma chance – se concreta fosse se estaria diante de um “*fait accompli*”, o que não é o caso. <sup>149</sup>

<sup>148</sup> RE 43.951, Min. Antonio Villas Boas, Julgamento: 22.12.1959 Segunda Turma. – Supremo Tribunal Federal. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> . Acessado em 21.07.2017.

<sup>149</sup> ZANETTI, Christiano. Apud, Schulze, Sandro. Op. Cit. Pág. 21.

Assim, um contrato firmado, vigendo por anos, ilicitamente rompido, gerará o dever indenizatório de lucros cessantes. Sabendo-se o histórico, pode-se projetá-lo ao futuro. Nesta toada, citando-se uma relação de trabalho, o art. 479 da CLT, parece, nada mais é do que a pré-precificação, pelo legislador ordinário, dos lucros cessantes de um contrato de trabalho a termo ilicitamente rompido, tendo por deságio (50%) a ausência de contraprestação laboral.<sup>150</sup>

A jurisprudência comparada da “*common-law*” socorre a inteligência do STF, no destacado caso de “*Hadley v Baxendale*” de 1854, no qual os tribunais ingleses limitaram as indenizações por quebra contratual, exigindo relevante, forte e absolutamente previsível prova de prognose total para a admissão de danos derivados do inadimplemento, ao contrário dos danos emergentes.<sup>151</sup>

O caso marcou a “*common-law*” de tal forma que suas consequências foram consagradas no “*Restatement of Law*”, 351, sob as seguintes premissas;

- (i) A parte prejudicada somente deve receber os prejuízos que derivarem normalmente do curso normal das coisas em decorrência do descumprimento do contrato e

---

<sup>150</sup> “Art. 479: Código Civil - Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato”.

<sup>151</sup> Explica-se o caso; um empresário processou a transportadora que deveria levar para trocar ou consertar uma peça do seu moinho. Como houve atraso no transporte, o empresário processou a transportadora por lucros cessantes já que seu moinho estava parado aguardando a peça, porém perdeu. A Corte rejeitou a ação indenizatória face à imprevisibilidade do prejuízo pela empresa contratada para o transporte. No original; “*Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if those special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract.*” Disponível em < <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/H/HadleyvBaxendaleRulein.aspx> > . Acessado em 16.07.2017.

- (ii) Danos que ultrapassassem aqueles derivados do curso normal das coisas se concebidos razoavelmente pelas duas partes quando da formação do contrato.<sup>152</sup>

Nuno Rocha pondera que os lucros cessantes abarcam os benefícios negociais que o lesado deixou de perceber por força do ilícito civil, porém, e eis o nó górdio; a parte lesada não tinha direito à percepção na data da lesão.<sup>153</sup>

Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que faz boa distinção entre a impossibilidade lucros cessantes em casos de perda da chance em relação assimétrica de consumo, ante a injustificada negatização do nome do autor em cadastro de inadimplentes em face da impossibilidade da parte hipossuficiente conseguir empréstimos futuros;<sup>154 155</sup>

*“Já o lucro cessante, por ser o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, consiste na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio, ou o que razoavelmente deixou de lucrar. Aqui, como se vê, o fato está atrelado à indenização que tem como base a teoria objetivista da perda da chance, assim entendida a probabilidade de alguém obter lucro ou evitar prejuízo diante de uma situação concreta, previsível, porém não alcançada, por fato exclusivo de outrem. Com efeito, desejando o autor-apelante obter determinado empréstimo que iria saldar as dívidas da empresa, junto à Caixa Econômica Federal, a negatização de seu nome, por ato culposos do*

---

<sup>152</sup> “§ 351. *Unforeseeability And Related Limitations On Damages: (1) Damages are not recoverable for loss that the party in breach did not have reason to foresee as a probable result of the breach when the contract was made. (2) Loss may be foreseeable as a probable result of a breach because it follows from the breach (a) in the ordinary course of events, or (b) as a result of special circumstances, beyond the ordinary course of events, that the party in breach had reason to know. 3) A court may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation.*”. Disponível em XAVIER JESUIT CATHOLIC UNIVERSITY OF CINCINNATI: <<http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/contractsHtml/bottomScreens/Briefs/Resatement%20351.%20Unforeseeability%20and%20Related%20Limitations%20on%20Damages.htm>>. Acessado em 19.07.2017.

<sup>153</sup> ROCHA, Nuno Santos. “A Perda da Chance como uma Nova Espécie de Dano”. Almedina, Coimbra, 2015. Pág. 71 ~ 72.

<sup>154</sup> Não se trata de uma relação negocial, mas traduz um bom exemplo relativo à perda da chance entre partes assimétricas. Uma crítica, no entanto, se impõe à redação da fundamentação do acórdão; lucro cessante não é reflexo futuro, é a projeção futura do histórico passado.

<sup>155</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n 2003.001 16359. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>. Acessado em 27.07.2017.

*Banco réu, impediu que o mesmo fosse concretizado Na verdade, em países europeus, alguns Tribunais vêm admitido um alargamento do nexo de causalidade, dando especial ênfase, assim, ao resultado lesivo.*

*A jurisprudência francesa, em determinadas situações tem adotado, desde 1985, a teoria da perda de uma chance (pert d'une chance). Na pert d'une chance, todavia, o fato ilícito e culposos deve contribuir, de forma direta, para que outrem perca uma chance de conseguir um lucro ou de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Contudo, é necessário que a chance perdure seja real e séria, tendo-se em conta, também, na avaliação dos danos, a álea susceptível de comprometer tal chance: leva-se em consideração, quanto à prova, o caráter atual ou eminente da chance de que o autor alega ter sido privado. No caso em exame, o primeiro apelante não trouxe aos autos qualquer documento, qualquer outra prova indicativa de que, de fato, as tratativas com a CEF se encontravam em estágio avançado, a tal ponto poder ser afirmado que a concessão do empréstimo era, sem qualquer dúvida, uma chance real e séria. A mera expectativa, a simples eventualidade, o decadente esperado não tipificam, por certo, a chance perdida, a perda irreparável".*

A questão, portanto, é logicamente insuperável e alcança a reparação extrapatrimonial, porquanto de igual sorte que em lucros cessantes inexistia um prejuízo material auferível historicamente e projetável ao futuro (tal qual a inatacável fundamentação do acórdão acima), tampouco existia a violação de um direito personalíssimo integrante da personalidade da vítima, vez que se está diante de uma situação potencial, porém não concreta.

Obviamente, sob a regra da “reparação integral da vítima”, que intenta, sempre que fática e juridicamente possível o retorno ao “*status quo ante*”, inexistente óbice, no direito pátrio, à cominação da reparação por dano moral e perda da chance.<sup>156</sup>

A confusão entre a indenização pelo rompimento negocial e a reparação extrapatrimonial é relevante, pois a Justiça do Trabalho pátria, em abundantes exemplos, turba o raciocínio lógico e tende, sobremaneira, a indenizar o rompimento das tratativas como se dano moral fosse – o que equivocado;

---

<sup>156</sup> Nuno Rocha cita interessante exemplo do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “A perda da chance, enquanto perca de uma possibilidade real de êxito que se frustrou, poderá gerar igualmente danos não patrimoniais indenizáveis, nos termos do disposto no art. 496 do Código Civil”, in ROCHA, Nuno Santos. Ibid. Pág. 74.

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PRÉ-CONTRATO DE TRABALHO. FRUSTRAÇÃO NA CONTRATAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O recurso de revista merece ser admitido por divergência jurisprudencial. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL EM FASE PRÉ-CONTRATUAL. “O contrato de trabalho não impõe obrigações nem produz efeitos apenas enquanto vigente formalmente. A responsabilidade civil do empregador não está limitada ao período contratual, mas igualmente alcança as fases pré e pós-contratual” (2ª Turma, acórdão da lavra do Min. José Simpliciano). Da leitura do acórdão do TRT extrai-se que não se tratou de mera possibilidade de preenchimento de vaga, mas de efetiva intenção de contratar. O rompimento injustificado das negociações revelam a quebra do princípio da boa fé objetiva, que deve estar presente, inclusive, nas tratativas contratuais preliminares. O Reclamante apresentou documentação, fez exames admissionais, forneceu conta bancária e pediu demissão do emprego, sendo em seguida surpreendido com a decisão da reclamada em não admiti-lo. Diante disso, resta configurada a conduta ilícita da reclamada e, conseqüentemente, o alegado dano moral. “Pode-se determinar a figura jurídica da responsabilidade pré-contratual quando uma pessoa entabula negociações com outra, induzindo-a a preparar-se para contratar e depois, injustificadamente, deixa de celebrar a avença”. (Caio Mário, citado por Pinho Pedreira, op. cit.) Recurso de revista conhecido e provido”.<sup>157</sup>*

Não se trata de mera semântica; enquanto a perda da chance possui uma metodologia de cálculo consagrada, tanto no ordenamento romano-germânico, quanto na “*common-law*”, que a torna passível de provisionamento (e precificação do risco de rompimento negocial pré-contratual), como se verá adiante, no Brasil a reparação por danos morais se encontra sob o julgo do livre arbítrio do Estado-Juiz, o que pode, não raras vezes, causar injustiças a ambas as partes, já que o judiciário abomina a reparação tarifada, sequer positivada.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> (PROCESSO Nº TST-RR-1686-37.2010.5.18.0006) Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <www.tst.jus.br>. Acessado em 27.07.2017 - “Recurso ordinário. DANO MORAL. FASE PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA E CARACTERIZAÇÃO. em face do art. 114 da constituição federal e de jurisprudência iterativa, atual e uniforme, é competente a justiça do trabalho. a indicação de data para o início da prestação de serviço; da lista de documentos necessários e dos formulários que deviam ser encaminhados, exigindo, com isso, o pedido de demissão do emprego anterior e a negativa posterior da admissão caracterizam o dano moral”. (TRT/SP: ACÓRDÃO Nº: 20070504576 Nº de Pauta:019 PROCESSO TRT /SP Nº: 02057200623102000). Disponível em <www.trtsp.jus.br>. Acessado em 27.07.2017.

<sup>158</sup> A reforma trabalhista (Lei nº. 13467/2017) foi o primeiro diploma legal a estipular reparação extrapatrimonial tarifada (arts. 223-A a 223-G da CLT). A ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, já ingressou com ADIN perante o STF requerendo a inconstitucionalidade da norma: Disponível em <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26013-reforma-trabalhista>>

Em suma do quanto exposto, parece o melhor caminho que a responsabilidade pré-contratual negocial seja reparada pela perda da chance. Porém, tal criação jurídica, não se encontra, tradicionalmente, no rol dos institutos indenizatórios do direito civil – *sendo que no Brasil, Rafael Petéffi e Sérgio Savi, recentemente, trouxeram interessantes tratados sobre o tema.*

Fato é que, em uma leitura perfunctória, o CCB parece, apenas, estabelecer indenizações por danos emergentes e lucros cessantes, que como já discutidos, podem, perfunctoriamente, ser reduzidos às seguintes fórmulas: (i) *“Toda diminuição nos bens jurídicos da pessoa. Se recai essa diminuição diretamente no patrimônio, o dano é patrimonial; se fere o lado íntimo da personalidade o dano é moral”*, enquanto que lucro cessante (ii): *“É aquele que, razoavelmente, deixou de lucrar; é a diminuição potencial do patrimônio”*.<sup>159</sup>

O direito francês foi o primeiro a admitir, no sistema romano-germânico, a indenização pela perda de uma chance. Isto porque, o art. 1.382 do Código Civil francês traz uma cláusula geral aberta, permitindo uma construção jurisprudencial sobre o que está, efetivamente, protegido pela norma positivada.<sup>160</sup>

Nesse sentido, seguindo o exemplo francês, o art. 2.043 do Código Civil italiano também traz uma redação aberta, ao estabelecer que *“qualquer fato doloso ou culposos que cause a outros um dano injusto obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”*.<sup>161</sup>

Não foram poucas as críticas a esse entendimento; Giovanni Pacchioni, em seu tratado sobre direito civil condena a aceitação da teoria da perda da chance pelo

---

anamatra-ajuiza-acao-no-stf-contr-a-limitacao-de-indenizacao-por-dano-moral>. Acessado em 18.07.2018.

<sup>159</sup> BEVILÁQUA, Clóvis, apud, NÁUFEL, José. *“Novo Dicionário Jurídico Brasileiro”*. 9ª Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1998. Pág. 45 e 149.

<sup>160</sup> “Art. 1382 – *“Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.”*. FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA – Disponível em < <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf>>. Acessado em 26.07.2017.

<sup>161</sup> *“Qualunque fatto doloso o culposos, che cagiona ad altri un danno ingiusto, oblige colui che há comesso il fatto a risarcire il danno”* – Código Civil Italiano.

fato de que “*uma simples possibilidade, uma chance, tem sim um valor social notável, mas não um valor de mercado*”.<sup>162</sup>

Nítida a existência de uma tendência da doutrina clássica em refutar a perda da chance, sob a premissa de se tratar de verdadeiro exercício de futurologia, uma vez que a ninguém é dado afirmar, com certeza absoluta, se o evento, que o Direito pretende tutelar, ocorreria.<sup>163</sup>

Para Francesco Donato Busnelli a perda da chance não seria passível de indenização, posto tratar-se de um evento futuro e incerto, sem qualquer nexo causal entre a conduta e o evento, tratando-se de mera expectativa de direito futuro, direito esse que poderia não se verificar de forma útil para o ofendido.<sup>164</sup>

Ao contrário de seus pares euro-continentais, no entender de alguns doutrinadores pátrios, como Clóvis do Couto e Silva, o Código Civil brasileiro, traz um rol enumerativo de “*numerus clausus*” nos art. 1.537 a 1.554 dos bens tutelados pelo direito, limitando o poder dos juízes.<sup>165</sup>

Esta foi a interpretação utilizada para afastar a aplicação da novel e, *até então estranha*, teoria da perda da chance, vigente até meados da década passada. Nesta seara, José de Aguiar Dias, ao tratar da aplicação da teoria da perda da chance de advogado que não preparou adequadamente o recurso de apelação, para apreciação por superior instância, chamou de “magistrado bisonho” o prolator de um voto em julgamento datado de 29.07.1936, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou indenização pelo erro profissional do causídico que acabou por tornar deserta a apelação, sob a argumentação de que tal fato não constituiria um dano.

---

<sup>162</sup> PACCHIONI, Giovanni, in SAVI, Sérgio. Op. cit. p.08.

<sup>163</sup> Rafael Pettefi expõe em seu livro que, enquanto a teoria da chance enfrentava resistências em todo o sistema romano-germânico, a França rivalizava com os próprios EUA em construções doutrinárias.

<sup>164</sup>“(…) *è assai arduo dimostrare l'esistenza del danno proprio perché si tratta di una mera aspettativa di fatto futura e quindi non è certo il verificarsi dell'evento inteso come può essere il raggiungimento di un risultato utile*”, no original, BUSNELLI, Francesco Donato, in SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 31

<sup>165</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo, apud FRADERA, Vera Maria Jacob. *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 1997. Pág. 138. (nota: O doutrinador se referia ao Código de 1916, os artigos por ele citados correspondem ao art. 948 e seguintes do Código Civil. Os art. 1.546 a 1.553 foram excluídos da redação do Código de 2002).



Claro está, para o doutrinador, que à época, refutando a fundamentação do julgado;

*“Confundiram-se o ‘an debateur’ e o ‘quantum debateur’, por má-informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida, que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas o dano na espécie, era a perda de um direito, o de ver a causa julgada na instância superior”.*

166

Aceita a teoria pelo ordenamento jurídico pátrio, cabe, então, o questionamento; se a perda da chance, *que lida com um valor econômico futuro (mas traz tal valor futuro a valor presente, tal qual a fórmula econômica de  $PV = FV / (1+i)^n$ ), não bebe* na mesma fonte dos “lucros cessantes”, como classifica-la?

Nuno Rocha explica; a chance, considerada *per se*, já integrava, à época da lesão, o patrimônio jurídico da parte lesada pelo rompimento negocial; logo, sua aniquilação, só poderá ser qualificada como dano emergente, já que oportunidade perdida;<sup>167</sup>

*“O conceito de lucro cessante exige uma prova da certeza, ainda que relativa do dano, isto é, dos pressupostos e requisitos necessários para que ele pudesse vir a existir. Já no que concerne à perda da chance, dá-se a ausência de tal certeza, pois como estamos na presença de eventos aleatórios, apenas se demonstra uma probabilidade, maior ou menor de se conseguir obter determinado resultado. Aqui, os lucros nunca seriam cessantes, mas sim hipotéticos, consubstanciando-se num dano meramente eventual, do qual a incerteza interdiz qualquer indenização”.*

As chances perdidas, portanto, no pensar de Nuno Rocha, jamais seriam reparadas, daí a falha da doutrina, *felizmente superada*, em enquadrá-las como “lucros cessantes”. Razão pela qual, a perda da chance ser considerada hoje como um dano presente e atual no exato momento da data da lesão, diferentemente de algo que a parte prejudicada deixaria de lucrar, pois a oportunidade perdida de contratar já

---

<sup>166</sup> AGUIAR DIAS, José. “Da Responsabilidade Civil”. Editora Forense, 1997, Rio de Janeiro. Pág. 297

<sup>167</sup> Para fins didáticos, este estudo classificará o “dano emergente direto” como o típico doutrinário direto, ou seja, aferível via prova documental, como recibos de um deslocamento ou hospedagem. O “dano emergente indireto” será aquele afeito à perda da chance, apenas para fins de melhor contextualização.

fazia parte da esfera jurídica do lesado, diferentemente do “lucro cessante” deste próprio contrato, que era mera expectativa de direito; um nada jurídico incapaz de produzir efeitos no mundo fático-jurídico.<sup>168</sup>

Em poucas palavras; a perda da chance nada mais é do que uma espécie de dano emergente.

Inobstante tal posicionamento histórico, há tempos se entende que o ponto nevrálgico para a compreensão da perda da chance é a lesão definitiva à vantagem esperada pela vítima, posto que em todos os casos da perda da chance o ofendido se encontra em um processo aleatório e fluído que, se desenvolvido plenamente até o seu evento final, poderia gerar um acréscimo patrimonial para o ofendido. *“Entretanto, no momento em que as demandas envolvendo a perda de uma chance são apreciadas, o processo chegou ao seu final, reservando um resultado negativo para a vítima”*.<sup>169</sup>

Nesse sentido, o posicionamento da Corte de Cassação Italiana;<sup>170</sup>

*“A chance de se conseguir um determinado bem não é mera expectativa de fato, mas uma entidade patrimonial jurídica e economicamente suscetível de autônoma valoração, em que a sua perda constitui uma lesão à integridade do patrimônio, indenizável como consequência imediata e direta do inadimplemento do ofensor.”* (Corte di Cassazione nº. 15.759, 12.12.2001).

Sérgio Savi, noutro bordo, em aceção minoritária, definiu a hipótese da perda da chance, como uma nova espécie de dano apartada dos lucros cessantes, *ante a incerteza*, mas independente do dano emergente.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> ROCHA, Nuno Santos. Op. Cit. Pág. 72.

<sup>169</sup> PETÉEFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Editora Atlas, 2007. Pág. 112.

<sup>170</sup> CORTE DI CASSAZIONE, Roma, 2017. Disponível em <[http:// www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)>. Julgado citado por Sérgio Savi.

<sup>171</sup> SAVI, Sérgio. Op. Cit. Pág..12 – cita-se: *“A Responsabilidade Civil por Perda de Chance é uma teoria que reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. A teoria tem como característica principal reconhecer a existência de uma nova categoria de dano indenizável, um dano autônomo consistente na oportunidade (ou chance) perdida, o qual independe do resultado final. Atribui-se um valor econômico, de conteúdo patrimonial, à probabilidade de obter um lucro, sem que jamais se saiba se aquela probabilidade efetivamente se verificaria no caso concreto, pois um fato interrompe o curso*

Em que pese vencido pela doutrina majoritária, sua definição bem expõe o cerne da teoria da perda da chance; um processo contratual progressivo, fluído e dinâmico foi definitivamente interrompido pela conduta imputável à outra parte contratante – porém; independente de sua classificação como dano emergente ou independente, é interessante o conceito lapidar de a perda da chance é um “*dano ao direito aguardando expansão*”.<sup>172</sup>

### 3.5. PERDA DA CHANCE: CONVERGÊNCIA DA METODOLOGIA DE CÁLCULO NA CIVIL E COMMON-LAW.

Como premissa, a chance, para ser indenizada, deve ter certo valor presente que, mesmo sendo de difícil determinação, seja incontestável. É o valor dessa chance que deve ser indenizado, independente do valor econômico futuro que a chance produziria.

Bocchiola assim sintetiza a aplicação da perda da chance:<sup>173</sup>

- (i) A chance perdida deve ser indenizada, desde que com probabilidade de sucesso superior a 50%, quando passa a se incorporar ao patrimônio da vítima,

---

*normal dos acontecimentos antes que se pudesse constatar se aquela oportunidade se concretizaria. Não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela possibilidade séria e real de conseguir esta vantagem. Para tanto, a teoria faz uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo*”. Em vista do exposto, nos parece que a posição de Nuno Rocha parece mais acertada.

<sup>172</sup> “É possível indenizar a chance não de modo direto, mas como reflexo de uma situação subjetiva já tutelada pelo ordenamento, porque a perda da chance não diz respeito às probabilidades futuras, mas às probabilidades concretas de obter um resultado e, mesmo neste segundo caso, a certeza não é absoluta, mas sim relativa. O dano é constituído pelas probabilidades que o sujeito tinha em concreto de obter um resultado. Portanto, não é possível falar de lesão a um direito subjetivo, mas antes, de lesão a um direito aguardando expansão, como pode ser aquele do trabalhador submetido a algumas provas e depois afastado ilegítimamente. Então, o fato constitui lesão de um direito aguardando expansão porque neste caso a empresa, com o seu comportamento, não permitiu que se realizasse o direito ao emprego, que era condicionado à aprovação nas provas restantes. Tratava-se, então, de uma expectativa legítima do trabalhador ou de um direito aguardando expansão; portanto, para obter a indenização é necessário que a chance perdida se revele determinante para conseguir o resultado, como no caso comentado, e que seja quantificável em termos monetários. A sua valoração será feita de acordo com o art. 1.226 do Código Civil ou em termos equitativos”. GHISGLIERI, Fabrizio, in SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 37.

<sup>173</sup> BOCCHIOLA, Maurizio in SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 32.

constituindo-se dívida exigível – consoante jurisprudência pacífica da Corte de Cassação italiana, consoante cálculo de possibilidade;

- (ii) Será indenizada como dano emergente e não como lucro cessante – *consoante discussão do capítulo anterior*;
- (iii) A indenização da perda da chance jamais poderá ser igual ao benefício que a vítima obteria se não tivesse perdido a chance de conseguir o resultado útil esperado – ou seja, nunca se poderá indenizar pelo valor do contrato fechado, ainda que apenas por um dado lapso temporal.

Em relação ao item (i) acima; <sup>174</sup>

*“A chance ou probabilidade (vale dizer, efetiva possibilidade de conseguir um certo bem) é também um bem patrimonial, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano atual e indenizável sempre que a sua existência seja provada ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou presunção, isto é, se for possível demonstrar com certeza, ainda que somente relativa, e não absoluta, mas como tal suficiente”.*

No julgado acima ementado, o Tribunal Superior italiano (*Corte di Cassazione*) acabou por definir a seguinte equação matemática para quantificação do prejuízo experimentado pela perda de uma chance e consequente cálculo do valor da indenização:

$$\text{VIP} = \text{VRF} \times Y$$

Onde:

**VIP** = valor da indenização pela chance perdida

**VRF** = valor do resultado final não alcançado

**Y** = percentual de possibilidade de obtenção do resultado final

---

<sup>174</sup> *Corte di Cassazione, nº. 6.506, 19.12.1985*) – citado por SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 36.

Segundo posição dominante da doutrina italiana, tal formulação foi extremamente feliz, posto que o problema que se apresenta na aplicação da teoria da chance é a existência de um dano, que deve ser valorado através das possibilidades que a vítima possuía de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento.

Como exemplo da fixação do montante da indenização, de acordo com a equação matemática acima, pode-se citar o de um candidato a um emprego que foi impedido de participar da entrevista final, por erro da empresa contratante.

Assim, supondo-se que havia apenas mais 01 (um) candidato à vaga final, pode-se aplicar a fórmula atribuindo-se o valor de 0,50 (o que equivalente a cinquenta por cento) ao fator “Y” - mas não se aplicaria, por exemplo, a um candidato em início de processo seletivo com mais de 15 concorrentes à mesma vaga.

A problemática que surge é a limitação temporal em relação à variável VRF acima; quando se discute perda da chance de concretizar um negócio jurídico, deve-se sopesar o tempo pelo qual o contrato cujas tratativas foram rompidas geraria efeitos.

Embora um ponto de maior subjetividade, pode-se teorizar algumas balizas aptas a sustentar a liquidação monetária; em negociações de emprego, pode-se tomar o número de parcelas do seguro-desemprego (até 05). Em contratos de franquia, considerando o retorno “*payback*” ou, mais realisticamente, o tempo de “*break-even*”, embora, reconheça-se, seja apenas uma data estimativa. Já em um contrato consumerista, poderia ser o dispêndio com o produto ou serviço pelo tempo contratado.

Por caminhos independentes, a *common-law* também chegou à porcentagem mínima de 50% para que a chance seja considerado um bem presente, indenizável via danos emergentes. Sob o dístico “*more likely than not*” (em livre tradução algo como “*mais provável do que não*”), segundo a qual à vítima seria obrigada apenas a

demonstrar que é mais provável que o dano tenha sido causado pela ação ou omissão da outra parte contratante do que por uma causa alheia.<sup>175</sup>

No julgado “*Hameed vs. International Assn. of Bridge, Structural, and Ornamental Iron Workers*”, tem-se um paradigma sobre a teoria da perda da chance no direito norte-americano. Em síntese, os demandantes pleiteavam uma indenização sob o argumento de que por conta de discriminação racial foram impedidos de conseguir um emprego, o que não ocorria com os candidatos brancos.<sup>176</sup>

O tribunal comprovou efetiva prática discriminatória e condenou a empresa ré ao pagamento de indenização retroativa para os empregados negros, pela chance perdida de alcançar uma vaga de emprego. Em sede de instrução, restou constatado que a taxa média de contratação era de 33,6% em relação aos empregados brancos que se candidatavam. Entretanto, apenas 10,9% dos candidatos negros eram admitidos. Desse modo, concluiu-se que a prática discriminatória diminuiu a chance de os trabalhadores negros serem admitidos, de 33,6% para 10,9%.

De posse desses dados, a Corte da 8ª Região dos EUA concluiu que, entre o período de 1965 e 1973, 45 (quarenta e cinco) trabalhadores negros não foram contratados devido a questões raciais. Como era impossível identificar os quarenta e cinco empregados discriminados, dentro de um universo de cento e oitenta trabalhadores negros que não foram admitidos, o tribunal concedeu, para cada um deles, uma indenização de vinte e cinco por cento ( $45/180 = 0,25$ ) dos vencimentos de um trabalhador que fora contratado.

O caso, acima reproduzido levou a seguinte equação matemática:<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> “A plaintiff can rarely, if ever, prove causation to a certainty. Under the preponderance of the evidence standard, a plaintiff must prove only that it is ‘more likely than not’ that a defendant caused his injury. ‘More likely than not’ can be translated roughly into percentage terms: The plaintiff must show a fifty-one percent likelihood that the defendant caused his injury. If the plaintiff can convince the jury that there is a fifty-one percent chance that the defendant caused the plaintiff’s injury, he should prevail even though there is a forty nine percent chance that the defendant did not caused his harm. Conversely, if the plaintiff can show only that there is a forty-nine percent chance that the defendant caused the plaintiff’s injury, the defendant will win”. ELLIS, Lori, in DA SILVA, Rafael Pettefi. Op. cit. Pág. 35.

<sup>176</sup> Ravellaw Review. Disponível em << <https://www.ravellaw.com/opinions/ffcc0c45fac918ab196d6f02e5f45d90>>>. Acessado em 01.09.2017.

<sup>177</sup> SPEAKER, Paul in PETÉFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit. p. 145.

$$\frac{X - Y}{1 - Y}$$

Onde:

**X** = probabilidade de ocorrência do evento tutelado

**Y** = possibilidade de ocorrência do evento após o ilícito civil

Por caminhos diversos, ambos sistemas jurídicos chegaram às mesmas premissas (necessidade da chance ter mais de 50% de possibilidade de se concretizar) e cálculos metodológicos probalísticos com diferentes equações chegando a resultados idênticos.

### **3.6. CLÁUSULA PENAL: PRECIFICAÇÃO DO RISCO COMPORTAMENTAL.**

Grosso modo, a maioria dos doutrinadores divide a cláusula penal em dois tipos; compensatória e moratória.

Em síntese; será para Maria Helena Diniz será compensatória quando; <sup>178</sup>

*“Estipulada para:*

- a) Hipótese de total inadimplemento da obrigação, quando o credor, pelo Código Civil, art. 410, poderá, ao recorrer às vias judiciais, optar livremente entre a exigência da cláusula penal e o adimplemento da obrigação, visto que a cláusula penal se converterá em alternativa em seu benefício. O credor, ao optar, concentrará o vínculo, não tendo mais direito de recuar, ante a irretratabilidade de sua escolha; se esta, por exemplo, recair sobre a pena, desaparecerá a prestação principal, embora o credor não fique privado de receber as custas processuais e as despesas com*

---

<sup>178</sup> DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”. São Paulo, Editora Saraiva, 2007. Pág. 420.

- honorários advocatícios (CPC, art. 20). Com isso, vedado está acumular o recebimento da multa e o cumprimento da obrigação;*
- b) Garantir a execução de alguma cláusula especial do título obrigacional, possibilitando ao credor o direito de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal”.*

Já a moratória é exemplificada, por Arnaldo Wald, como àquela que se “*aplica em virtude de mora do devedor e sem prejuízo da exigência da prestação principal. Por exemplo, num contrato de locação, existe uma cláusula penal determinando que o locatário, atrasado no pagamento dos aluguéis, será obrigado a pagar, além do débito, a título de multa, 10% sobre o mesmo*”.<sup>179</sup>

Porém, em que pese o raciocínio majoritário dominante, para fins de negociações pré-contratuais, o critério de Rubens Limongi França parece criar uma melhor classificação em que se enquadre o instituto.<sup>180</sup>

Divididos em 08 (oito) critérios diferentes, Rubens Limongi França faz importante estudo sobre a estrutura da cláusula penal, chegando a três empregos distintos do instituto, quais sejam;<sup>181 182</sup>

- (i) **Punitiva** – estipula uma pena para caso de inadimplemento;
- (ii) **Liberatória** – libera o devedor do cumprimento da obrigação principal, através do pagamento de uma pena pré-precificada;
- (iii) **Compensatória** – todas as demais.

<sup>179</sup> WALD, Arnaldo. “*Obrigações e Contratos*”. Revista dos Tribunais. 1989. Pág. 158.

<sup>180</sup> FRANÇA. Rubens Limongi. “*Teoria e Prática da Cláusula Penal*”. Saraiva, 1988, São Paulo.

<sup>181</sup> Para fins de contextualização, os 08 critérios são: (i) Juridicidade, (ii) Esfera Legal (iii) Previsão Legal (iv) Propriedade, (v) Origem, (vi) Instrumento, (vii) Extensão e (viii) Função.

<sup>182</sup> FRANÇA. Rubens Limongi. Op. Cit. Pág.123 ~ 135.



A cláusula penal possui, clássica e contratualmente, três propósitos; pré-fixação de danos (art. 416 do CCB) <sup>183</sup>, reforço do vínculo obrigacional e instrumento coercitivo visando o pleno adimplemento da obrigação contraída. <sup>184</sup>

Quando endereçada a questão da cláusula penal pré-contratual, caem por terra o “reforço do vínculo obrigacional” e o elemento “coercitivo visando pleno adimplemento”, pois sua pactuação em contratos pré-negociais se dá em sentido contrário; estipular de antemão o custo de romper as tratativas de negociação, *geralmente de forma injustificada*, quando a criação do supracitado vínculo obrigacional parecia certa.

Seu intuito, portanto, é precificar, previamente, o risco de condenação em caso de ruptura unilateral, *da parte sofisticada*, em alguma modalidade indenizatória – *ciente que a boa técnica de direito aponta para a “perda da chance”, como acima explicado*.

Como dito, por vezes a parte sofisticada prefere precificar previamente o risco de romper as tratativas, reservando-se ao direito de desistir do negócio, ainda que assuma os investimentos e a multa como “*sunk costs*”.

Razão pela qual, sob o estudo de Rubens Limongi França, pode-se entender que a cláusula penal estipulada em contratos de negociação possui caráter liberatório e autônomo, visto que libera o devedor (a parte sofisticada que rompe as tratativas) de cumprir a obrigação fim das várias etapas negociais, sendo, obviamente, autônoma a qualquer contrato principal, embora clausular se reconhecida a força cogente dos contratos de negociação.

As cláusulas penais, nos contratos negociais, podem ser contratadas (via estipulação pré-contratual), legisladas (como nas arras) e liquidadas via perda da chance.

---

<sup>183</sup> “Art. 416: Código Civil - Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

<sup>184</sup> FRANÇA. Rubens Limongi. Op. Cit. Pág.157.

Difícil vislumbrar, em uma negociação assimétrica, a imposição de cláusulas penais sobre o comportamento da parte vulnerável, especialmente em face dos axiomas norteadores constitucionais da função social da propriedade e dignidade humana.

Inobstante, como na jurisprudência que ora se transcreve, resta demonstrada sua utilidade em prol da parte sofisticada, afastando a aplicação da indenização por “perda da chance” ante o fato de estar precificada – ou, dependendo do ponto situacional; subprecificadas;<sup>185</sup>

*“APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE FRANQUIA – DESISTÊNCIA PELO FRANQUEADOR APÓS FORMALIZAÇÃO DO PACTO E PAGAMENTO INICIAL PELO FRANQUEADO – DEVOLUÇÃO DOS VALORES - RESPONSABILIDADE CIVIL – BOA-FÉ OBJETIVA - PERDA DA CHANCE – LUCROS CESSANTES. Apelante que se insurge contra a sentença que julgou improcedente os pedidos de indenização por lucros cessantes e danos morais. Valores gastos nas tratativas pelo apelante que foram integralmente ressarcidos pela apelada após a desistência. Danos decorrentes da impossibilidade do apelante explorar a franquia almejada, por rescisão unilateral da franqueadora. Quebra da boa-fé objetiva configurada na hipótese, por ter a apelada rescindido a avença ao fundamento de onerosidade operacional, passando a explorar ela própria o empreendimento comercial no mesmo ponto em que pretendiam fazê-lo os apelantes. Inteligência do art. 422 CC/02. Necessária adequação da nova teoria da perda da chance à já arraigada teoria geral da responsabilidade civil, em especial, quanto aos lucros cessantes. Perda da chance que projeta a perda de uma oportunidade de se obter vantagem ou evitar-se um mal, ambos futuros, mas com repercussão presente. Lucros cessantes que se voltam para a um fato passado, qual seja: a atividade lucrativa cessada, que servirá de base para aquilo que o lesado deixou de ganhar. Perda da chance que é espécie do gênero lucro cessante e sob esta ótica é de ser contemplada. Ressarcimento que reintegra o apelante por sua frustração em ver o negócio que idealizara explorado pelo pela própria franqueadora, em frontal quebra à confiança e à boa-fé; pela perda da expectativa do bom negócio, possibilidade que já se incorporara ao seu patrimônio jurídico e, portanto, deve ser ressarcida. Dano moral inexistente. Indenização*

---

<sup>185</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2ª Câmara Cível Apelação Cível nº 2007.001.47396 Apelante: Diego Rasga Calazans e outro Apelado: DWB Projetos e Empreendimentos Ltda Relator: Des. Cristina Tereza Gaulia. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acessado em 20.09.2017.

*fixada com base em cláusula penal do próprio contrato. Recurso a que se dá parcial provimento*”.

Sabendo de antemão o custo do rompimento das tratativas, a parte sofisticada que, em geral abomina a incerteza, pode avaliar a conveniência de prosseguir em negociações cuja avaliação de dano em prol da parte hipossuficiente seja de difícil mensuração, especialmente envolvendo contratos de trabalho.

Sua validade advém de verdadeira troca de interesses; enquanto a parte sofisticada pode limitar o dispêndio indenizatório pela sua ruptura unilateral das negociações, *que de outra sorte ficaria ao arbítrio do Estado Juiz*, noutro bordo afasta da parte hipossuficiente o ônus probatório de provar as chances concretas de contratar, as promessas recíprocas, a violação aos direitos de consideração e o prejuízo experimentado (*perdas e danos*), o que pode se mostrar vantajoso.

A estipulação de cláusula penal traz a ambas as partes a executividade de um contrato negocial, visto que caso a parte sofisticada não pague “*sponte propria*” o valor precificado, poderia a hipossuficiente acioná-la como se título executivo fosse – *referência aos capítulos acima acerca da natureza pré-contratual e dos contratos de negociação*.

Uma advertência, no entanto, é imperiosa; a estipulação de uma cláusula penal só é recomendável quando já em fase decisória – posto que durante as fases de pontuação parece seguro inferir que estipulações de condições suspensivas combinadas com declarações e contratos negociais têm o condão de afastar a responsabilidade civil.

Pode-se induzir que a metodologia de cálculo deve se basear nas formulações matemáticas acima transcritas, sobre a perda da chance, conjecturando-se, em um juízo de valor, a porcentagem de chance de que o negócio se concretize sobre o resultado final não alcançado limitado no tempo.

Exemplificando-se em relação às negociações avançadas de um contrato de emprego de um dado executivo em cargo de diretoria; se há apenas 02 (dois)

candidatos à posição almejada, pode-se, seguramente, trabalhar com o percentual de 50%.

O resultado final deve abarcar a remuneração global composta por salário e “*fringe benefits*” em sentido lato. O multiplicador temporal, no entanto, ainda que arbitrário, pode ser balizado, como visto acima pelo seguro-desemprego. Se a remuneração fosse de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), por 05 meses, multiplicado pela chance de 50%, estaria se falando de uma chance avaliada em R\$ 62.500,00 (sessenta e dois mil e quinhentos reais).

Uma cláusula penal, considerando um deságio de 35%, alcançaria aproximadamente R\$ 40.000,00 em caso de rompimento das tratativas abruptas pela parte sofisticada, o que, caso sopesado como uma boa precificação pela liberdade de encerrar as tratativas, *caso a vaga não seja segura ou dependa de algum fator exógeno incontrolável*, traz garantia negocial à parte sofisticada, tratando-os, como dito acima, como “*sunk costs*”.<sup>186</sup>

O valor do deságio sobre a “perda da chance” a se atribuir à cláusula penal é, por essência, arbitrário, porém, a razão de ser do resguardo é de trocas recíprocas; dando-se à parte hipossuficiente um título executivo (uma indenização independente de culpa) em troca de uma redução de custos e litígio à sofisticada.

Em que pese a arbitrariedade, pode-se justificar o percentual ao torno de 35% em analogia ao parágrafo único do art. 950 do CCB – que, embora regule acidentes em geral, com perda laborativa, abarca a quitação integral de uma dívida que se estenderia no tempo; tal qual o salário não contratado ou o retorno de uma franquia não concretizada.

O valor acordado é sustentável, inclusive, perante o Judiciário Especializado do Trabalho, como se infere deste julgado do TST;<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> O valor correto seria: R\$ 40.625,00.

<sup>187</sup> TST, RR-5600-28.2007.5.05.0281, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014. Disponível em Tribunal Superior do Trabalho: Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acessado em 24.10.2017.

*“PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. A indenização paga em parcela única, na forma do art. 950, parágrafo único, do CC tem como efeito a redução do valor a que teria direito o obreiro em relação à percepção da pensão paga mensalmente. Recurso de revista conhecido e provido, no tema”.*

O Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul aplicou o deságio de 30% no seguinte julgado: <sup>188</sup>

*“O pensionamento mensal encontra respaldo nas hipóteses em que vítima do acidente do trabalho, ou de doença ocupacional a ele equiparado, após a consolidação de suas lesões, apresenta perdaparcial ou integral de sua capacidade laborativa, tanto que a sua fixação deve, necessariamente, observar a importância do trabalho para o qual a vítima se inabilitou. Além do percentual de redução da capacidade de trabalho, outros fatores devem ser considerados para o arbitramento da indenização, tais como o grau de culpa da conduta patronal para garantir a segurança dos trabalhadores e para evitar o agravamento das sequelas resultantes de eventuais acidentes ou doenças ocupacionais. Entretanto, considero que na apuração de valor do pensionamento em cota única deve incidir um deságio sobre o montante resultante da multiplicação do valor da pensão mensal pelo número de meses equivalente à expectativa de vida do trabalhador, sob pena de, assim não se procedendo, haver ofensa ao princípio do não enriquecimento sem causa, bem como ônus excessivo ao empregador. Isso porque, por questões fáticas e financeiras, o pagamento imediato de indenização em cota única é muito mais vantajoso ao credor do que o pagamento realizado na modalidade de pensionamento mensal vitalício. Não é por outra razão que o parágrafo único do artigo 950 do Código Civil utiliza o termo “arbitrada”, o que implica reconhecer que o magistrado, ao acolher tal forma de pagamento da indenização, deve considerar todos os aspectos jurídicos e financeiros. Assim, no caso, como a reclamante tem 41,4 anos de expectativa de vida, o valor supra calculado (R\$ 98.159,70) deve sofrer o deságio de 30%, o que resulta em R\$ 68.711,79”.*

Em vista de todo o exposto tem-se, a cabo, dois deságios juridicamente justificados;

---

<sup>188</sup> TRT4, 7ª Turma, Acórdão - Processo 0020879-53.2015.5.04.0523 (RO). Disponível em <www.trt4.jus.br>. Acessado em 09.11.2017.

- (i) O primeiro advindo da redução natural da “perda da chance” que, a toda sorte por ser um dano material emergente e não “lucros cessantes” já traz em seu bojo uma redução do valor final e
- (ii) Da cláusula penal que, por sua própria estrutura preventiva, também é construída sopesando-se um desconto àquele que a oferece na negociação.

Embora os valores acima calculados (deságio, tempo e chance) sejam arbitrários, são justificáveis com base na própria legislação que rege a matéria.

## 4. CONCLUSÕES E PROPOSTAS

### 4.1. CONCLUSÕES: RETROSPECTIVA TEÓRICA E PERSPECTIVA PRÁTICA SOB O PÁLIO DA JURISPRUDÊNCIA E PRÁTICAS DE MERCADO.

Conforme vários exemplos usados durante a parte teórica, que a “*culpa in contrahendo*” é fenômeno reconhecido como responsabilidade civil pelas cortes nacionais, inclusive, *no que atinente à pesquisa de campo*, pela Justiça Especializada do Trabalho:

*PROMESSA DE CONTRATAR – PRÉ-CONTRATO – DESCUMPRIMENTO – REPARAÇÃO DE DANOS – A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e decidir pedido de reparação de dano causado pelo descumprimento da promessa de celebrar contrato de trabalho, 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 momento 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 a sua vontade. Entretanto, se estou foi ilaqueado em sua boa-fé e frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem ele o direito à reparação dos prejuízos sofridos. O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela teoria da culpa “in contrahendo” ou, segundo outro, pelo abuso de direito, mesmo que nessa fase não se entenda já existirem direito”<sup>189</sup>*

---

<sup>189</sup> TRT-MG. RO – 17739.2000. 4a Turma. Relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. Data do julgamento: 08.11.2000. Disponível em <www.trt3.jus.br>. Acessado em 11.11.2017.

Partindo-se desta premissa básica, todo o alicerce teórico desenvolvido a partir do conceito criado por Jhering<sup>190</sup> passa, *por corolário lógico*, a ser objeto de escrutínio pelo Poder Judiciário, daí porque o entendimento do comportamento prático, assentado sobre a teoria exposta, adquire relevância, inclusive como forma de estudo de melhora potencial do comportamento negocial da parte contratante.

Passado este breve introito, a pesquisa de campo sobre a realidade negocial prática das partes sofisticadas na fase pré-contratual no país descortinou resultados interessantes; alguns inesperados quando se analisa apenas a parte teórica do problema endereçado neste estudo.

Especificamente, quanto às contratações de trabalho, ficou claro que as empresas são sobremaneira mais cautelosas quando negociam posições não protegidas pela CLT. Justo se inferir que a prudência dos atores sociais não se prende à responsabilidade civil pré-contratual, *ainda que na seara trabalhista*, mas ao risco de futuro reconhecimento de vínculo de emprego – com a Justiça do Trabalho reclassificando a situação jurídica cautelosamente negociada como celetista.

Todas as precauções pré-contratuais de posições não celetistas têm por norte, portanto, criar um cenário, ainda que artificial, de igualdade negocial entre as partes contratantes, *especialmente com os PJs*, para defesa de futura demanda trabalhista.

Infere-se que, em tal cenário, o objetivo maior é a seguinte fundamentação em decisão da Justiça do Trabalho;

*“O autor não é um trabalhador comum. Tinha ciência da forma de contratação e não é uma pessoa sem instrução que não entendeu a forma da contratação, além do que recebia retribuição em valor considerável”.*<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> Vide Capítulo Anexo 5.1.

<sup>191</sup> Processo Proc. n.º 20040328397 (00768.2003.054.02.00-5) – Origem: 54ª Vara do Trabalho de São Paulo Recorrentes: José Luiz Datena e Rádio e Televisão Record S/A. Disponível em <www.trtsp.jus.br>. Acessado em 09.11.2017.



Isto porque, como explanado acima, o comportamento destas mesmas partes em posições albergadas pela CLT em muito se identifica aos demais segmentos de mercado.

Esta é a verdadeira precificação indireta futura que advém do risco negocial em relação a uma posição exógena à CLT – *até mesmo porque, à toda espécie, será efetivamente mais onerosa do que eventual indenização civil e reparação extrapatrimonial pelo rompimento abrupto das tratativas.*

Dois pontos de destaque ante o pesquisado; apenas as instituições financeiras, em cargos de remunerações destacadamente elevadas (especialmente em relação aos “*fringe benefits*”) efetivamente precificam o risco do rompimento das tratativas em um documento pré-contratual através de uma cláusula penal. Em sentido convergente, mas de maneira diversa; apenas uma empresa de TI norte-americana (que possui um ramo atuante próximo no mercado de “*venture capital*”) formaliza a configuração e prazo do processo seletivo, cumprindo seu dever correlato informacional.

Uma conclusão possível deste comportamento cauteloso, excetuando-os à regra, é a influência de procedimentos negociais com partes sofisticadas por conta da proximidade com outras áreas dos grupos econômicos.

Excluindo-se, portanto, as contrações por regime jurídico não celetista e algumas exceções pontuais acima elencadas, o comportamento negocial dos atores sofisticados nos mais diversos ramos de atuação convergem para uma intersecção de condutas comuns que parecem, com poucas variações, se adequar perfeitamente ao arcabouço teórico objeto das partes iniciais deste estudo, embora passíveis de aprimoramento.

De partida, alguns conceitos teóricos abordados na parte teórica do trabalho foram facilmente observáveis na prática negocial assimétrica pelas partes sofisticadas nacionais.

Para as contratantes sofisticadas brasileiras há um marco temporal claro, momento no qual se transpassa a fase de pontuação preparatória, evoluindo-se para a fase decisória (vide capítulo 2.3), que se configura no átimo em que um dado candidato à vaga de trabalho é aprovado no processo seletivo e uma oferta firme por escrito é feita – surgindo, pois, uma fase entendida como análoga à “evidência da seriedade” da teoria alemã (capítulo 2.4 supra).<sup>192</sup>

Em tal momento negocial, surge no entender das contratantes, a compreensão de que doravante, no avançar do processo negocial, as empresas estão se expondo ao risco de responsabilidade civil pré-contratual em caso de rompimento abrupto das negociações;

*“DANO MORAL E MATERIAL. LESÃO PRÉ-CONTRATUAL. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO NÃO HONRADA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. As negociações para o preenchimento de um posto de trabalho que ultrapassam a fase de seleção geram para o trabalhador a esperança, senão a certeza, da contratação, caracterizando a formação de um pré-contrato de trabalho, que envolve obrigações recíprocas, bem como o respeito aos princípios da lealdade e da boa-fé (art. 422 do Código Civil). Evidencia-se a constatação do prejuízo na hipótese do reclamante pedir demissão do emprego anterior, ficando desprovido de meios para sua subsistência e satisfação de seus compromissos financeiros. Devida a indenização por danos morais e materiais fixada na origem, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil”*<sup>193</sup>

Especialmente porque, dotados de uma oferta formalizada por escrito, muitos empregados iniciam o processo rescisório junto ao atual empregador, vez que, por seu turno, entendem estar diante de uma proposta vinculante, tal qual preconizada no art. 427 do CCB.<sup>194</sup> Daí a razão da máxima cautela neste momento;

*“INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Plausível expectativa de assunção na empresa-demandada, que ensejou o desligamento de emprego anterior. Prejuízo manifesto do trabalhador*

<sup>192</sup> Carta proposta ou “job offer”.

<sup>193</sup> TRT-02. RO.01231-2008-067-02-00-3; Ac. 2010/0470429; 11a Turma. Relatora Des. Fed. Maria Aparecida Duenhas. Disponível em <www.trtsp.jus.br>. Acessado em 11.11.2017. Íntegra no capítulo de anexos.

<sup>194</sup> “Art. 427: Código Civil - A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

que, ao ser impedido de assumir na ré, após período de pré-contratação, deixou de auferir algumas verbas rescisórias da antiga empregadora, em face do pedido de demissão a ela formulado. Frustrada a expectativa do novo emprego, mostra-se razoável o deferimento de indenização por danos materiais e morais. Sentença mantida”.<sup>195</sup>

De se destacar que a situação se torna indefensável caso atos concretos para contratação são tomados, como solicitação de exames médicos admissionais, pedido de documentos etc. Neste momento negocial o Judiciário entende que se está diante do pré-contrato em figura análoga à prevista no art. 462 do CCB;

“DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. A determinação da reclamada para que o autor providenciasse documentos admissionais e abrisse conta corrente para depósito dos salários, dá ensejo à conclusão de que a fase de tratativas foi ultrapassada, materializando a figura jurídica do pré-contrato. Na hipótese, demonstrada a má-fé da ré na promessa de contratação frustrada, merece confirmação o julgado que a responsabilizou pelos danos morais e materiais causados ao reclamante”.<sup>196</sup>

Chama a atenção neste momento pré-contratual que se solidificaram dois comportamentos dissonantes das partes hipossuficientes; quando a parte sofisticada é pessoa jurídica de direito privado, o pleito é indenizatório. Quando empresa pública ou sociedade de economia mista (em que o trabalhador está protegido contra a dispensa arbitrária<sup>197</sup>) o pedido é de execução específica, qual seja; a posse no cargo;

“DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. A aprovação em concurso público para formação de cadastro de reserva para provimento de vagas confere ao candidato apenas a expectativa de direito à nomeação. Comprovada a existência de novas vagas, no prazo de

---

<sup>195</sup> TRT-04. RO 0202600-39.2009.5.04.0331; 6a Turma; Relatora Desembargadora Maria Inês Cunha Dornelles; Disponível em <www.trt4.jus.br>. Acessado em 10.11.2017. Íntegra no capítulo de anexos.

<sup>196</sup> TRT 13ª Região; 5700-20.2010.5.13.0001; Rel. Des. Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Disponível em <www.trt13.jus.br>. Acessado em 10.11.2017. Íntegra no capítulo de anexos.

<sup>197</sup> Importante distinguir estabilidade (do servidor público concursado, sujeito à Lei n. 8.112/1990 – “Estatuto do Servidor”) e segurança (do empregado celetista concursado, sujeito à CLT). A Súmula 390 do TST reconhecia a estabilidade do empregado concursado celetista até a Emenda Constitucional n. 19/1998. Ocorre que, de qualquer forma, ainda é exigido, *seja por regramento interno ou por analogia da OJ-247 da SDI-1 do TST*, a motivação demissional do empregado celetista, vedando a dispensa arbitrária puramente potestativa. Na prática, portanto, a segurança no emprego em tudo equivale a do servidor, em que pese não sê-la nominalmente.

validade do concurso, em quantidade que alcança a classificação do candidato, exsurge o direito subjetivo à nomeação".<sup>198</sup>

Quando em negociação uma vaga celetista inexistente nos atores sociais pesquisados a preocupação de formalizar um contrato negocial, mesmo neste momento relevante do procedimento negocial. Como exposto, quando as tratativas envolvem posições sob regimes jurídicos diversos do celetista surgem declarações (sendo firmadas ou ao menos dando-se ciência formal inequívoca) do tipo “*carta de intenções à brasileira*” e/ou “*hold-harmless letter*” – que visam, como analisado no capítulo 3.2.2., segundo teorizado por Paulo Casella, consolidar os pontos acordados (mormente o final do processo seletivo) e o norte negocial a percorrer (remuneração, benefícios, escopo de trabalho etc) que se intentará negociar de boa-fé para concretização do contrato.

Importante diferenciação; as ofertas firmes celetistas por escrito possuem natureza diversa da “carta de intenções à brasileira” existente nas negociações exógenas à CLT – ou seja; não podem ser comparadas a um contrato negocial, pois têm caráter de adesão, ainda que, a depender do cargo em discussão, as partes sofisticadas possam estar, *discricionariamente*, abertas a contrapropostas – já nos regimes não celetistas, a “carta de intenções à brasileira” melhor se afeiçoa a um marco do processo pré-contratual, logicamente dentro de “bandas negociais” toleráveis pela parte de força.

Outro ponto convergente da pesquisa de campo foi a total informalidade quanto ao regramento do procedimento pré-contratual; como regra geral à parte hipossuficiente contratante não são comunicadas como e em quantas fases ocorrerá o procedimento seletivo, nem quais os direitos e deveres esperados durante a pré-contratação, tendo por exceção uma empresa de TI.

Pelo inferido, parece interessar à parte sofisticada a discricionariedade de amoldar (encurtando, elastecendo ou mesmo eliminando) a pré-contratação à sua melhor conveniência.

---

<sup>198</sup> TRT 15ª Região – 0000793-94.2014.5.15.0004. Disponível em <www.trt15.jus.br>. Acessado em 11.11.2017.

Porém, tal *modus operandi* viola o direito correlato de informação, por vezes denominado de *transparência*, posto que, ainda que sopesada a boa prática de uma das empresas de TI formalizando por carta que eventual rompimento das tratativas não enseja indenização, fato é que a parte hipossuficiente fica sob o jugo direcional da parte sofisticada, sem ciência de seu progresso pela várias fases pré-contratuais, comportamento que já vem recebendo reprimendas do Poder Judiciário;

*“DANO MORAL. PROMESSA DE EMPREGO. De acordo com o Princípio da boa-fé objetiva, o empregador tinha o dever de agir com transparência quando da realização dos atos preparatórios de contratação. No entanto, ao cancelar sem justificativa a vaga ofertada ao trabalhador, agiu com abuso do direito de contratar. Recurso a que se dá parcial provimento”.*<sup>199</sup>

O *leading-case* acima é impactante pelo fato de exigir, ainda durante os atos preparatórios (ou seja, a fase de pontuação) o dever correlato de informação.

Em relação ao *quantum debateur*, em que pese o estudo teórico desenvolvido no presente trabalho, devidamente justificando a aplicação do instituto jurídico da “perda da chance” e sua fórmula de cálculo nas diferentes matizes de *civil* e *common-law*, apenas agora o judiciário começa a modificar a fundamentação da condenação pecuniária de danos morais para emergentes, como se infere do seguinte histórico em que apenas a reparação extrapatrimonial era objeto de condenação;

*“DISCRIMINAÇÃO NO ATO DE CONTRATAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - O que caracteriza a responsabilidade pré-contratual é o comportamento de uma das partes e não o descumprimento do pacto ainda não firmado. O fundamento dessa responsabilidade é o princípio da boa-fé, que exige dos pactuantes uma série de obrigações atinentes à fase das tratativas, das negociações preliminares. Assim, não comprovado o abuso do direito pela reclamada ou ainda eventual tratamento discriminatório, descabe a indenização por danos morais. Recurso a que se dá provimento, neste particular”.*<sup>200</sup>

<sup>199</sup> TRT-01. RO 00165001020085010067. 1ª Turma. Relator Des. Marcos Palacio. Data da Publicação: 25.08.2010. Disponível em <www.trt10.jus.br>. Acessado em 10.11.2017. Íntegra no capítulo de anexos.

<sup>200</sup> TRT-18 Região. 0000548-88.2010.5.18.0053. 1ª Turma. Relª Desª Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque. Disponível em <www.trt18.jus.br>. Acessado em 11.11.2017. Íntegra no capítulo de anexos.

E ainda;

*TRATATIVAS DE EMPREGO - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL - AUSÊNCIA DE PROVA - Em regra, a caracterização que configura o direito à reparação civil depende do ato praticado ou deixado de praticar, do resultado lesivo deste ato em relação à vítima e de que tenha havido nexo causal entre ambos, ou seja, devem existir os seguintes elementos: ilicitude (ato omissivo ou comissivo), dano e nexo causal entre ambos. Face à gravidade dessa espécie de lesão, que atinge a esfera dos direitos da personalidade do indivíduo e gera para o ofensor o dever de reparação, o dano moral exige prova robusta de sua ocorrência, o que não ocorre nos autos". <sup>201</sup>*

Uma ressalva se faz ante a análise dos processos supra; a problemática não advém apenas do Poder Judiciário em si, mas dos próprios operadores do direito que requeriam, erroneamente, danos morais em vez do dano emergente representado pela perda da chance. O Estado Juiz, como determina a legislação processual, restava adstrito ao pedido.

Ocorre que uma evolução está ocorrendo gradativamente, ficando no passado a fase do dano moral puro "*in re ipsa*" pela frustração da contratação. Neste momento evolutivo o Judiciário ainda deferia danos morais, porém tendo por fato gerador a teoria da perda da chance;

*"PERDA DA CHANCE. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. O empregador tem o dever de agir com lealdade, lisura, respeito e consideração, com o empregado, sobretudo ante o seu estado de necessidade econômica e a sua condição de hipossuficiente, de modo que o fomento a uma expectativa de direito ao contrato de trabalho causa prejuízo não apenas financeiro, mas também afeta a moral de permanecer na situação de desemprego e faz emergir o dever de reparação baseado na perda de uma chance". <sup>202</sup>*

Porém, já se observam progressos com a aceitação de que a perda da chance é um dano emergente, ainda que, em um primeiro momento, interseccionado com lucros cessantes;

---

<sup>201</sup> TRT 4ª Região: 00181.2007.281.04.00.8. Disponível em <www.trt4.jus.br>. Acessado em 11.11.2017.

<sup>202</sup> TRT 5ª Região: 00058100-92.2009.5.05.0122 Rel. Cláudio Mascarenhas Brandão. Disponível em <www.trt5.jus.br>. Acessado em 11.11.2017.

*“A reclamada tem liberdade de contratar quem quiser como empregado, contudo, a liberdade de contratar é limitada pela função social do contrato (art. 421 do CCB). Ao contratar outra pessoa para a vaga, após criar real e efetiva expectativa de contratação na pessoa do reclamante, a reclamada abusou do seu direito de livre escolha de quem contratar como empregado, cometendo, assim, ato ilícito, nos termos do art. 187 do CCB. Diante do ato ilícito praticado pela reclamada, “teoria da perda da chance”, devida ao reclamante a indenização por dano material pela da chance de um emprego de professor na reclamada, na forma de perdas e danos (danos emergentes e lucros cessantes) conforme disposto nos artigos 946 e 402 do CCB”.*<sup>203</sup>

Pode-se inferir, portanto, que o lócus do problema, como bem apontou Flávio Higga em seu estudo sobre a “perda da chance” se refere à *“heterogeneidade nas decisões (que) se situa na liquidação do dano. Nesse aspecto, as decisões tomam caminhos variados, mas raramente enfrentam de forma minudente o problema da quantização, questão que, inexoravelmente, passa pelo correto enquadramento do instituto”*.<sup>204</sup>

A atuação judicial dificulta a tentativa de precificar o risco via cláusula penal sobre o alicerce sólido da perda da chance (instituto vastamente mal aplicado, *como se dano moral fosse ou como corruptela dos lucros cessantes*), já que esta, umbilicalmente, está vinculada à indenização civil, jamais à reparação extrapatrimonial – *que, de qualquer sorte, não admite indenização tarifada, restando discricionariamente decidida pelo arbítrio do Estado Juiz*.

A mudança de comportamento que, se propôs neste estudo à parte sofisticada, intenta a mitigação e precificação entre atores assimétricos do risco de ruptura das tratativas negociais, aparentemente, demanda também, para maior sucesso, colaboração da parte hipossuficiente e do Estado Juiz.

---

<sup>203</sup> TRT 3ª Região. 0000734-51.2010.3.0014 – Rel. Juiz Convocado: Rodrigo Ribeiro Bueno. Disponível em <www.trt3.jus.br>. Acessado em 11.11.2017.

<sup>204</sup> HIGA, Flávio da Costa. *“A perda da chance no Direito do Trabalho”*. Editora Saraiva, São Paulo, 2012 Pág. 222.

Enquanto a mesma não ocorre em sua plenitude, restam, como perspectivas práticas das contratantes sofisticadas, as seguintes propostas comportamentais visando evitar ou, sucessivamente, limitar financeiramente a responsabilização civil durante a fase das tratativas;

- (i) Efetivo exercício dos deveres correlatos de lealdade, proteção, sigilo e, acima de tudo; informação – ou seja, descortinar à parte vulnerável, por escrito, quais e quantas etapas pré-contratuais existem. Neste estudo, até a pesquisa de campo, não se havia localizado na doutrina um modelo adequado para esta etapa, mas a carta convite <sup>205</sup>, *utilizada com êxito por uma das empresas de TI*, parece ser o *locus* apropriado. Ante o pesquisado, na teoria e prática, não parece ser obrigatório descortinar quando a contratante entende transpassada a fase seletiva de pontuação e se passa à decisória, porém um marco relevante, como a oferta dos documentos estudados no tópico 2.1 (ii) acima parece surtir mais efeito – *vide, também, item (iv) abaixo*;
- (ii) Quais as condições efetivamente suspensivas, ou seja; quais requerimentos *sine qua non* para progresso das tratativas negociais; seja uma habilitação específica para um emprego, um espaço físico de posse mansa e pacífica para uma franquia, ou mesmo um passaporte válido em um contrato consumerista de serviços de turismo. Tais condições suspensivas, caso indispensáveis à contratação final, deveriam constar da supramencionada carta convite.
- (iii) Formalizar os direitos, expectativas e deveres, *se existirem outros além dos correlatos de consideração*, de cada parte no processo negocial – especialmente àquele relacionado à premissa cardeal de inexistência de conclusão contratual presumida – novamente a solução pesquisada mostrou o melhor caminho via carta convite;

---

<sup>205</sup> O nome “carta convite” é irrelevante, dependendo da negociação assimétrica – porém, considerando a tendência ao contrato de adesão na relação díspar de força, pareceu boa nomenclatura dentro do escopo da presente dissertação. Quiçá, embora mercadologicamente boa em relações de trabalho e franquia, não se mostre boa em uma relação de consumo, seja assunto para os profissionais de *propaganda&marketing*.



(iv) Superada a fase negocial, tem-se que as “ofertas firmes” são interpretadas como “evidência de seriedade”, inexistindo razão fática ou jurídica para não se usar, de maneira ampla, no exato marco negocial em que a fase da pontuação é superada pela decisória, a “carta de intenções à brasileira” e uma “*hold-harmless letter*” – *documento tão raro nestas plagas que ainda carece de tropicalização e maiores estudos pela doutrina pátria* – deixando sedimentado tudo quanto já debatido <sup>206</sup>, bem como aquilo que ainda se pode ajustar (visando mitigar o caráter adesivo de eventuais propostas) e, acima de tudo, formalizando expressamente que a fase negocial se encontra em um estado imperfeito, bem como destacar que nenhum documento até o presente lapso temporal se constitui em pré-contrato e que gasto algum ou expectativa de direito deverão ser considerados como “evidência de seriedade”, mesmo a entrega de documentos pela parte hipossuficiente. Este seria o momento de deixar carta convite para trás, *como primeiro documento negocial*, passando-se à proteção de fases mais evoluídas representadas pelo “*legal disclaimer*” integrante da “*hold-harmless letter*” e o fato de que a “*carta de intenções à brasileira*” se afasta do conceito teórico de “evidência de seriedade” ou mesmo de “*considerations*” da *common-law*;

(v) Atingindo-se o *quantum debateur*, seria o momento de pré-precificar o risco de rompimento das tratativas pré-negociais. Indiscutível que o instituto que melhor exprime o rompimento abrupto das tratativas negociais seja a perda da chance. Durante a fase teórica deste estudo, havia indução à compreensão de que a inexistência de prévia precificação do risco era uma falha prática das partes sofisticadas. A pesquisa de campo combinada com a de jurisprudência, no entanto, mostrou que a prévia precificação, *até por falha jus-processual da parte hipossuficiente e interpretativa do Judiciário*, nem sempre seria

---

<sup>206</sup> Inclusive formalizando as qualidades declaradas pela parte vulnerável. Ex; caso a parte hipossuficiente declare, em negociação de emprego fluência em dado idioma ou junto à pré-contratação de franquia a posse de um espaço físico que, posteriormente, na fase decisória, tais informações se mostrem inverídicas, podendo se inferir que, *contrario sensu*, tal documento se revela como efetiva proteção da parte sofisticada.

uma solução ideal, dado o equívoco dos operadores de direito de corretamente enquadrar a indenização perseguida *em sentido lato* – bem como pelo fato de que não se mostra racional discutir dano moral de condenação arbitrária, contra a *perda da chance*, de condenação metodologicamente aferível;

(vi) Obviamente a prévia precificação envolveria apenas cargos destacados em que o risco de condenação pecuniária, *pelos salários e “fringe benefits”*, seria sobremaneira elevado, mesmo sob a perda da chance. Inobstante, apenas instituições financeiras parecem demonstrar tal cautela.

Deve-se sopesar que o contrato de trabalho é o mais protegido dentro do arcabouço jurídico brasileiro, tanto que conta com toda uma estrutura judicial específica para sua operação, além de ser ramo especializado do direito material que reconhece, de forma positivada, a assimetria de poder entre as partes contratantes.

Pelo que, pode-se entender que as sugestões feitas para este tipo especial de contrato assimétrico podem, analogamente, se estender aos demais ramos do direito em que os contratantes se encontram em situação díspar de força.

## **5. ANEXOS**

### **5.1. ÍNTEGRA DAS DECISÕES JUDICIAIS CITADAS NA DISSERTAÇÃO CUJA COMPREENSÃO NÃO SE ENCERRA NA EMENTA.**

**Processo nº. 0000600-49.2009.5.05.0193 (nota de rodapé 03):**

MÉRITO

#### DO DANO MORAL E MATERIAL

Investe o recorrente/reclamante contra a sentença de primeiro grau, que julgou improcedentes os pedidos formulados na prefacial.

Assevera que a recorrida/reclamada desrespeitou os princípios que norteiam as relações pré-contratuais, sobretudo a boa-fé objetiva, ao deixar de contratá-lo, não obstante haver sido previamente habilitado em processo seletivo realizado pela empresa. Pugna, assim, pela reforma do julgado.

Razão lhe assiste, senão vejamos.

Na precisa e ampla lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto, o “dano moral ou extrapatrimonial consiste na lesão injusta imprimida a determinados interesses não materiais, sem eqüipolência econômica, porém concebidos como valores jurídicos protegidos, integrantes do leque de proteção interna (por exemplo: o bem-estar, a intimidade, a liberdade, a privacidade, o equilíbrio psíquico e a paz) ou externa (como o nome, a reputação e a consideração social) inerente à personalidade do ser humano (abrangendo todas as áreas de extensão da sua dignidade), podendo também alcançar os valores extrapatrimoniais reconhecidos pelo sistema legal à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas”

Por seu turno, ensina o magistrado e professor Sérgio Cavalieri Filho: “Dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade (...) hoje o

dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se chamado de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português (...) em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação que uma indenização”.

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.

Há de se destacar que as partes devem guardar, desde a fase negocial do contrato, a lisura e lealdade, ínsitos aos ditames da boa-fé objetiva, sob pena de incorrerem em culpa “in contrahendo”, que na sóbria lição de José Affonso Dallegrave Neto, “[...] baseia-se numa conduta ilícita do contraente; num agir pautado na culpa ou no dolo do agente que deixa de informar eventual vício ou qualidade essencial do conteúdo do contrato ou mesmo desiste, injustificadamente, de ultimar a negociação preliminar após ter gerado forte expectativa no contraente adverso.” Mais adiante, nos ensina o i. autor “*Inocência Galvão Telles* observa que nem todas as obrigações (e deveres) nascem de um contrato constituído e que o dano pré-contratual por ser sucedâneo da infração de uma obrigação (*“in casu”* do dever contratual de boa-fé), implica responsabilidade civil obrigacional. Na esfera das negociações preliminares que objetivam a celebração do contrato de trabalho tal ilação se evidencia, vez que as partes, sobretudo no momento da entrevista, já ostentam a condição de contratantes. Logo, eventual dano decorrente desse momento envolverá agente e vítima na condição jurídica de trabalhador, violando-se o princípio da boa-fé objetiva não como um direito geral e absoluto, mas como um direito relativo aos pré-contratantes. É o que ocorre no caso de recusa injustificada da contratação, após aprovação de candidatos em sucessivas etapas, importando dano sujeito à reparação compatível.

“I – PROCESSO SELETIVO. FASE PRÉ-CONTRATUTAL. OBRIGAÇÕES DO PREPONENTE. A sujeição a um processo seletivo de emprego não confere a certeza de admissão, em razão do risco inerente desse 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. Começaram a surgir, então, direitos e obrigações recíprocos próprios da fase pré-contratual ( CC/2002, art. 427). A autorização para realização de exames médicos admissionais se equipara a proposta de emprego cujo contrato depende da concordância de ambas as partes. A recusa na contratação, sem qualquer explicação, importa o dano juridicamente relevante, sujeito a reparação compatível.

II – 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 entrevista 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 aprovação dos candidatos em todas as fases, implementar a contratação. Salvo limitação de vagas, que deve ser comunicada de início, a recusa em admitir o postulante no emprego, sem motivo justificado, importa subjetivismo 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 a sua função social.” (TRT, 2ª Região, Ac.n. 20060794187, Recurso Ordinário, Processo n. 00500200406402001, Relator Rovirso Aparecido Boldo, Recorrentes: 1. Venícios Vlaverde Mortess 2. Lojas Colombo S/A, julgadp em 12.06.06)”

De outra banda, a obrigação de indenizar decorrente da aplicação da concepção clássica da teoria da responsabilidade civil subjetiva exige a congruência de três elementos, quais sejam: o dano (acidente ou doença ocupacional a este equiparado), o nexo de causalidade entre este e as atividades laborais do empregado e a culpa do ofensor, *in casu*, do empregador.

O fundamento da obrigação de indenizar encontra-se no art. 186 do Código Civil atualmente em vigor, que aprimora o sistema antigo, e, ao mesmo tempo confirma a interpretação que a doutrina e jurisprudência faziam ao art. 159 do Código de 1916. Assim dispõe o novel Código:

*“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”.*

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto nesse Código, arts. 927 a 954.

Por seu turno, o artigo 114 da Constituição Federal de 1988, dispõe que compete a esta especializada dirimir conflitos oriundos da relação travada entre os protagonistas da relação de trabalho. Vejamos:

*Art. 114: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.* (destaquei)

Desse modo, não há dúvidas de que cabe a esta Especializada dirimir controvérsias tanto na fase pré-contratual quanto na fase pós-contratual de uma relação de trabalho, sendo perfeitamente cabível uma eventual indenização por descumprimento do que fora

previamente pactuado, em razão do princípio da boa-fé objetiva que norteia as relações contratuais.

Transpondo tais considerações para o caso em concreto, constato que a prova documental e testemunhal produzida corroborou a tese do obreiro de que, efetivamente: 1º) teve frustrada a sua expectativa de contratação após seleção em processo seletivo realizado pela empresa, após o qual lhe fora assegurada que o início do labor ocorreria em 22/09/2008 (fls. 14); 2º) experimentara evidente prejuízo uma vez que, ante a concreta expectativa de contratação pela nova empresa, a demandada, pediu demissão do seu emprego anterior (fls. 18/19).

Note-se que a empresa demandada não acenara para o reclamante apenas com uma possibilidade de contratação, mas assegurara uma futura contratação, tendo, inclusive, fixado a data em que esta efetivamente ocorreria, como se depreende da declaração de fl. 14, onde se lê: “Declaro para os devidos fins que JOADILSON CARDOSO OLIVEIRA foi aprovado em nosso processo seletivo para atuar na área de produção a partir do próximo dia 22 de setembro do corrente ano” (fl. 14).

E tanto isso é verdade que o reclamante fora encaminhado para exame admissional, bem assim lhe fora solicitada a documentação necessária à contratação, conforme revelam os documentos de fls. 15 e 17, bem assim o depoimento da primeira testemunha arrolada pelo autor:

“(…) que trabalhou com o Reclamante no Atacadão; que o depoente participou de um processo seletivo na Reclamada, tendo sido chamado para a entrevista por volta do dia 11.09.2008 e após a fase de entrevistas foi encaminhado para a realização de um exame médico por volta do dia 14 ou 15.09.2008, ressaltando que foi um dia de segunda-feira; que ligaram para seus pais, da Reclamada, avisando que o depoente havia sido selecionado, e deveria comparecer à empresa para tomar ciência de quais documentos deveria entregar; que o depoente depois não voltou na Reclamada para saber quais seriam os documentos; que no dia em que foi realizar o exame médico solicitado pela demandada, o depoente encontrou o Reclamante no local, pois este estava realizando o médico demissional após ter pedido demissão do Atacadão (...)” (fl. 83);

Desse modo, ante a iminente contratação pela demandada, cuidou o reclamante de pedir demissão da empresa em que laborava anteriormente (fls. 18/19). Entretanto, além de não efetivar a contratação do reclamante em setembro, como lhe fora assegurado, a empresa ré o deixou aguardando, enquanto protelava, conforme revelam os fragmentos do interrogatório do próprio preposto e depoimento da testemunha arrolada pela empresa, a seguir:

“(…) que no mês de novembro/2008, quando o depoente garantiu ao Reclamante que o mesmo seria contratado, não houve estipulação de data para a contratação, ressaltando apenas o depoente que condicionou a

contratação do Reclamante apenas à plena instalação do maquinário..." (depoimento do preposto, fl. 82);

"(...) que após o Reclamante passar por todo o processo seletivo, a própria depoente lhe passou a informação, de que poderia estar dentro da turma, que poderia iniciar o labor em 22.09.2008, já que havia uma turma com essa data prevista; (...) que a depoente entregou ao Reclamante um documento cujo teor dizia que havia uma turma com data prevista para contratação em 22.09.2008, (...) que chegou a ser contratada uma turma no dia 22.09.20098, mas o número de pessoas que seriam contratadas foi reduzido e o Reclamante não foi chamado para ser contratado com essa turma; que no dia 22.09.2008 foi admitida nova turma para trabalhar no setor de produção; (...) que por volta de meados de dezembro de 2008, iria ser contratada uma nova turma e por isso a depoente entrou em contato telefônico com a residência do Reclamante, falando com a genitora deste, comunicando da existência da possibilidade de contratação no citado mês; (...) que as contratações de dezembro não foram realizadas no citado mês, mas foram adiadas para o início de janeiro; (...)" (testemunha arrolada pela reclamada, fl. 84 – grifos ora postos);

Destarte, evidentes foram os prejuízos impingidos ao reclamante em razão da conduta da reclamada ao postergar indefinidamente a sua contratação.

O dano moral dispensa a produção de prova dos efeitos negativos na órbita subjetiva do trabalhador, mesmo porque não se prova dor psíquica. Ora, o dano moral, por se tratar de dor íntima, ou seja, de mal-estar da órbita subjetiva dos sujeitos, não supõe, necessariamente, a existência de constrangimento que se exteriorize no convívio social ou que provoque achincalhe social.

Ensina o jurista Sérgio Cavalieri Filho que "o dano moral está ínsito 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."

Portanto, o dano moral é presumível, por ser inerente à ilicitude do ato praticado, do que decorre ser desnecessária a produção de prova das suas repercussões na órbita subjetiva o obreiro.

Em relação à reparação do dano moral, com efeito, a legislação não estabelece critérios objetivos para fixação da indenização por dano moral. A Súmula nº 281, do STJ afastou a aplicação analógica da Lei 5.250/67 – afinal já totalmente revogada pelo STF –, que cuida da liberdade de pensamento e de informação, ao estabelecer que "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa".

O professor Fernando Noronha, citado por Sebastião Geraldo de Oliveira in "Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional", LTr, 2005, pag. 123, afirma que

“a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente ao preço, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física.”.

Sebastião Geraldo de Oliveira, na obra já referida, ressalta ainda que a Jurisprudência também revela o caráter pedagógico da indenização por dano moral, de sorte a “*servir de freio para atos culposos futuros do empregador e de outros do mesmo ramo*”.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira a vítima “deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Não tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.

Observadas as considerações anteriormente apresentadas, fixo o valor da indenização por danos morais em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

No que concerne ao dano material, segundo definição de Sebastião Geraldo de Oliveira na obra anteriormente citada “*é o prejuízo financeiro efetivamente sofrido pela vítima, causando por consequência uma diminuição do seu patrimônio, avaliável monetariamente*.” (ob. cit. fl. 111).

Conforme alhures analisado, o reclamante pediu demissão do emprego anterior em setembro/2008 (fls. 18/19), porque seria naquele mês contratado pela reclamada. No entanto, tal fato não ocorreu naquele mês, tampouco nos seguintes, haja vista os sucessivos adiamentos da sua contratação, com promessas de que ocorreria até janeiro/2009.

Destarte, considerando-se que o reclamante ficou aguardando em vão a sua contratação por três meses e meio, até início de janeiro de 2009, condeno a reclamada ao pagamento de indenização por dano material no valor do salário mínimo vigente à época (R\$ 415,00) multiplicado por 3,5, o que corresponde a R\$ 1.452,50.

Em face da natureza indenizatória das parcelas ora deferidas, sobre elas não incidirão a contribuição previdenciária tampouco o Imposto de Renda.

Ante o exposto, reformo a sentença singular, para, invertendo o ônus da sucumbência, julgar procedente a reclamação, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, no importe de R\$ 5.000,00 e R\$ 1.452,50. Custas de R\$ 129,05, pela reclamada, calculadas sobre R\$ 6.452,50.

Acordam os Desembargadores da 2ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, POR MAIORIA, DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA DEFERIR A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL; vencidos s Exmos. Srs.



Desembargadores RENATO SIMÕES e DALILA ANDRADE que NEGAVAM PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO.

Salvador, 21 de Janeiro de 2010

ORIGINAL ASSINADO  
LUÍZA LOMBA  
Desembargadora Redatora

**Processo nº. 01231-2008.067.02.00-3 (nota de rodapé 223):**

“Inconformados com a r. sentença de fls. 102/105, cujo relatório adoto, que julgou procedentes em parte os pedidos formulados na reclamação trabalhista, dela recorrem os litigantes, tempestivamente: o reclamante às fls. 107/109 e a reclamada às fls. 116/128.

Embargos declaratórios opostos pela reclamada às fls. 110/113 e rejeitados às fls. 114.

Insurge-se o reclamante contra o julgado de origem, sustentando que o valor dos danos materiais deve ser majorado, até o limite pleiteado, eis que os elementos colacionados demonstram as perdas sofridas. Também postula a reforma do valor arbitrado a título de danos morais, tendo em vista os dissabores, humilhações e constrangimentos que suportou. Requer seja aplicada a pena de confissão e revelia ao Sr. José Luiz Aragon que, embora notificado, não compareceu à audiência, tampouco apresentou defesa. Por fim, vindica a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios.

Por sua vez, insurge-se a reclamada contra a r. sentença, renovando, em preliminar, o pedido de extinção do feito sem julgamento do mérito, porque não submetida a demanda, previamente, à Comissão de Conciliação Prévia. No mérito, não se conforma com a condenação ao pagamento de danos morais e patrimoniais, aduzindo que não praticou qualquer conduta ilícita para que lhe seja imputada responsabilidade pelo fatos ocorridos. Explica que não houve qualquer promessa de emprego feita ao reclamante e descumprida pela reclamada, eis que apenas iniciou tratativas e deliberações para o preenchimento de determinado posto de trabalho, não havendo, por parte da empresa, solicitação de entrega de documentação para a efetivação da contratação. Repisa que ocorreram apenas conversas com o autor em virtude do interesse demonstrado por este, mas que não houve a apresentação de proposta formal de emprego. Destaca, ainda, que foi o próprio autor que pediu, de livre e espontânea vontade, a rescisão de seu seus contratos de prestação de serviços nas empresas em que atuava, sem que a ora recorrente tivesse qualquer ingerência na decisão tomada. Caso mantida a condenação, sustenta que os valores arbitrados são exorbitantes, dando ensejo à obtenção de locupletamento ilícito, eis que divorciados da realidade econômica do país; pugna pela redução do quantum indenizatório, consoante jurisprudência exarada pelo C. TST. Pela reforma.

Preparo às fls. 129/146.

Contra-razões apresentadas pelo reclamante e pela reclamada, respectivamente às fls. 148/150 e 155/160.

Relatado.

1. Danos Morais e materiais:

Vindica o reclamante a majoração dos valores arbitrados a título de indenização por danos morais e materiais.

Pois bem.

No que tange ao dano moral, o valor da indenização postulada deve ser fixado por arbitramento, nos moldes do art. 944, com a exceção contida no art. 953, parágrafo único, ambos do Código Civil de 2002, aplicados subsidiariamente ao Direito do Trabalho, por força do art. 8º da CLT. Os parâmetros para o julgador consistem na observância – conjunta – da condição econômica das partes, do não enriquecimento sem causa do lesado e do caráter pedagógico da pena aplicada.

Também para a fixação de tal valor, como já se pronunciou o C. TST, deve-se buscar a proporcionalidade e a razoabilidade entre a quantia estabelecida e a ofensa sofrida pelo trabalhador. A título ilustrativo, sobre o tema, transcrevem-se as ementas de julgados em que foram Relatores, respectivamente, os Ministros Aloysio Corrêa da Veiga e Ives Gandra da Silva Martins:

*"...DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO. Tipifica dano moral, passível de reparação, o fato de o empregador preparar flagrante para incriminar e despedir o reclamante sob a acusação de falta grave. A estima e o respeito que o ser humano usufrui no meio da coletividade estão íntima e diretamente vinculados aos seus mais elevados valores morais e espirituais, virtudes que justificam seu viver e caminhar neste mundo, de forma que a indenização por dano moral, que deverá corresponder à gravidade da lesão, e não ser equivalente, por impossível a equivalência, deve, de um lado, significar uma justa compensação ao ofendido e, de outro lado, uma severa e grave advertência ao ofensor, de forma a inibi-lo ou dissuadi-lo da prática de novo ilícito da mesma natureza. Esse é o sentido pedagógico e punitivo que a indenização representa para o ofensor, enquanto que, para o ofendido, significa a minimização da dor sofrida em seu patrimônio moral. DANO MORAL VALOR CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. O dano moral deve ser arbitrado em função do padrão econômico e social da vítima e, em se tratando de empregado, sobretudo em função do reflexo na relação empregatícia, em face de futuros tomadores de seus serviços, ante a gravidade da agressão aos seus mais elevados sentimentos e valores morais, espirituais e profissionais, atento igualmente ao porte da empresa e sua posição no contexto da coletividade. Violações legais não configuradas. Recurso de*

*revista não conhecido. Recurso de Revista nº TST-RR-763.443/01.4" (No original, sem grifo).*

*"DANO MORAL VALOR E CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A imagem, honra e boa fama maculadas não têm preço que as restaure. Daí a dificuldade existente na quantificação da indenização por dano moral. No entanto, a lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação da indenização leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão à boa fama e o valor monetário da indenização imposta. ... 4. Na ausência de parâmetros legais para a tariffação da indenização, cabe ao julgador aplicar o princípio da equidade, sopesando os elementos que caracterizaram o caso concreto, em que a controvérsia sobre a gravidade da lesão à honra e o reduzido tempo de casa do Reclamante não permitiriam impor indenização tão elevada quanto à fixada pelo Regional. 5. Assim sendo, é de se dar provimento ao recurso de revista patronal, para reduzir a indenização por dano moral a cem salários mínimos. Recurso de revista conhecido em parte e provido (TST-RR-151.626/2005-900-01-00.3)". (Destaquei).*

Em face de tais ponderações, entendo que não assiste razão ao autor.

No caso vertente, embora reprovável, verifica-se que o ato ilícito praticado pela ré teve repercussões reduzidas, não sendo capaz de gerar trauma físico ou psicológico profundo para o reclamante, não se justificando o deferimento do valor pleiteado na petição inicial. Diante disso, a importância da indenização deverá ser fixada levando-se em conta, principalmente, o caráter pedagógico, no sentido de desestimular a prática de condutas abusivas pela reclamada, sem, no entanto, corresponder a enriquecimento sem causa, mas suficiente para impor caráter pedagógico à pena.

No que pertine à indenização por danos materiais, entendo correto o julgado ao fixá-lo tomando por parâmetro os valores que o obreiro haveria de receber até o término dos contratos temporários vigentes na ocasião da rescisão, motivada pela promessa de emprego formulada pela ré.

Mantenho.

## **2. Revelia e confissão do sócio da ré:**

Olvida-se o recorrente que o feito foi extinto sem resolução de mérito com relação ao sócio da ré, Sr. José Luiz Aragon, tendo em vista sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo nesta fase processual.

Contra o decidido não se insurgiu o reclamante em suas razões recursais. Por corolário, despidendo o pleito de aplicação de pena de revelia e confissão trazido no apelo.

### **3. Honorários Advocatícios:**

Não há como acolher o pleito.

Embora o reclamante sustente que se trata de indenização pelo dano ocasionado com a contratação de advogado, pela via indireta se trata de pedido de honorários advocatícios, cuja condenação, nesta Especializada, está adstrita a requisitos específicos (Súmula 219, I, do C. TST).

Na hipótese do trabalhador não querer contratar advogado particular - o que implica no pagamento dos honorários advocatícios sobre o seu crédito -, o mesmo pode se valer da assistência jurídica prestada pelo sindicato de sua categoria ou utilizar do direito de postular sem advogado (CLT, art. 791), faculdades legais das quais o autor, neste caso, não se socorreu.

Nego provimento.

Após a instituição das Comissões de Conciliação Prévia pela Lei nº 9.958 de 12 de janeiro de 2000, com o acréscimo dos arts. 625-A a 625-H à Consolidação das Leis do Trabalho, podem as partes, antes de intentar reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho, sujeitar a demanda de natureza trabalhista perante àquela Comissão, desde que regularmente instituída, na forma prevista.

Entretanto, o texto celetizado, ao assentar que a demanda será submetida à Comissão de Conciliação Prévia instituída, em nenhum momento penaliza o empregado que assim não proceder. Ora, nem de outra forma poderia ser. O direito de ação encontra-se garantido constitucionalmente pelo art. 5º, inciso XXXV. Não pode, assim, lei ordinária afrontar o texto constitucional, criando nova condição da ação, qual seja, a exigência de se intentar a demanda primeiro perante a Comissão de Conciliação Prévia, como requisito essencial para o exercício da ação perante o Judiciário.

Desta forma restou disposto pelo artigo 625-D, celetizado, ao determinar que a demanda pode ser analisada perante à CCP, sem nenhuma cominação, caso a parte assim não proceda, evidenciando, inquestionavelmente, a garantia total e irrestrita à apreciação judicial. No mesmo sentido, a súmula nº 2, deste E. Regional, cujo entendimento também é adotado por esta Relatora.

Rejeito.

Não se conforma a demandada com a condenação ao pagamento de danos morais e patrimoniais, aduzindo que não praticou qualquer conduta ilícita para que lhe seja imputada responsabilidade pelo fatos ocorridos. Explica que não houve qualquer promessa de emprego feita ao reclamante e descumprida pela reclamada, eis que apenas iniciou tratativas e deliberações para o preenchimento de determinado posto de trabalho, não havendo, por parte da empresa, solicitação de entrega de documentação para a efetivação da contratação. Repisa que ocorreram apenas conversas com o autor em virtude do interesse demonstrado

por este, mas que não houve a apresentação de proposta formal de emprego. Destaca, ainda, que foi o próprio autor que pediu, de livre e espontânea vontade, a rescisão de seus contratos de prestação de serviços nas empresas em que atuava, sem que a ora recorrente tivesse qualquer ingerência na decisão tomada.

Não está com a razão.

É sabido que a contratação a um posto de trabalho envolve atos precedentes, incluindo as várias fases do processo seletivo, tais como entrevista nos setores responsáveis pela contratação, negociação prévia a respeito das condições de trabalho e valores salariais, apresentação de documentos e a submissão a exame médico.

Todavia, considerando as circunstâncias do presente caso, perfilha esta relatora do entendimento adotado na origem, no sentido que as tratativas preliminares excederam a fase de seleção do candidato a emprego, chegando a gerar obrigações recíprocas.

Os testemunhos colhidos nos autos, destacados na sentença de origem, convencem no sentido de que o processo de negociação para a contratação do autor superou o estágio da mera expectativa, atingindo grau de certeza que culminou com o ajuste verbal de realização de exame admissional e abertura de conta em banco. Vale destacar que a própria testemunha convidada pela ré confirmou a aprovação do autor no processo seletivo e realização de exames médicos, informando que a contratação não se concretizou porque a promessa de salário por parte da ré fora descumprida.

Some-se a estes elementos o fato do reclamante ter rescindido contratos de trabalho temporários celebrados com outras empresas, que estavam no início de sua vigência, o que se coaduna com a existência de uma promessa de emprego próxima da concretização, como bem entendeu o julgador de primeiro grau.

Olvida-se a recorrente que, na fase pré-contratual, os interessados na celebração de um contrato também devem se pautar pela boa-fé, procedendo com lealdade recíproca (arts. 422 e 427 do Código Civil). 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.

Vale dizer, ao frustrar a esperança fundada do autor em ser admitido, após a conclusão do processo seletivo, a reclamada agiu culposamente, aplicando-se-lhe as regras que disciplinam a culpa extracontratual.

O nexo de causalidade entre a conduta da ré e o dano também está caracterizado, porque foi justamente a conduta na reclamada que produziu no autor a fundada esperança da contratação.

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 ou honra,

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.

Válido mencionar a esse respeito, os ensinamentos do eminente Professor Maurício Godinho Delgado, acerca do cabimento da indenização por danos causados na fase pré-contratual:

"O tema da formação do contrato de trabalho enseja, ainda, o debate acerca de problemas pré-contratuais. Embora não se trate de situações comuns do cotidiano juslaboral, é inegável que a prática concernente a certo pacto empregatício pode suscitar debate, por exemplo, sobre eventual indenização por despesas relativas ao período de preparação de uma contratação trabalhista (perdas e danos, por exemplo).

Neste quadro, é importante recordar que a ordem jurídica estabelece, como regra geral, que a proposta, uma vez formulada, obriga o proponente (art. 1.080, CCB/1916; art. 427, CCB/2002)

(...)

A frustração concreta e culposa de um contrato claramente proposto – tratando-se de proposta não desqualificada pelas exceções acima mencionadas – leva, obviamente, à obrigação de indenizar a parte prejudicada (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). Afinal, a proposta feita e aceita, regularmente, obriga o polícitante. A regra, por analogia (art. 8º, CLT), também se aplica ao Direito do Trabalho.

Entretanto, existem situações concretas menos claras no tocante a essa obrigação indenizatória. Trata-se de situações envolveres ao chamado pré-contrato, fase em que as partes trocam informações e hipóteses propositivas, ainda que em caráter conclusivo de proposta contratual.

De maneira geral, é inquestionável que descabe falar-se em indenização pela ocorrência de uma fase de entendimentos pré-contratuais, que veio a mostrar-se, em seguida, frustrada em seus aparentes objetivos iniciais. Não se formulando e apresentando, efetivamente, a polícitação, não há que se inferir surgimento de obrigações entre as partes.

É que as negociações prévias são inerentes a qualquer contrato, não traduzindo, necessariamente, proposta efetiva, com o que, regra geral, não ensejam obrigação de indenizar. Como aponta Caio Mário da Silva Pereira, as "negociações preliminares...são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses da cada um, tendo em vista o contrato futuro. Mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas. Não raro, nos negócios que envolvem interesses complexos, entabula uma pessoa conversações com diversas outras, e somente se encaminha a contratação com aquela que melhores condições oferece. Enquanto se mantiverem tais, as conversações preliminares não obrigam."

Registre-se, porém, que não é necessariamente inviável, do ponto de vista jurídico, a possibilidade de ocorrência – ainda que rara – de uma eventual obrigação indenizatória, em consequência de prejuízos derivados de uma fase pré-contratual que tenha se mostrado posteriormente frustrada; isto, evidentemente, desde que verificada culpa extracontratual, aquiliana, do potencial tomador de serviços (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). O desembolso de despesas efetuadas em decorrência de entendimentos pré-contratuais bastante consistentes, ou a perda de oportunidade de celebração de outro contrato em vista do encaminhamento firme de uma negociação pré-contratual, seriam situações que poderiam ensejar a discussão sobre a viabilidade da incidência da obrigação de indenizar, à luz de reflexão efetivada pelo juslaborista Délio Maranhão..". In "Curso de Direito do Trabalho", páginas 921/922, 8ª edição, LTr Editora.

Tudo sopesado, infere-se do processado que o autor sofreu danos morais e materiais decorrentes da lesão pré-contratual a que foi exposto pela reclamada.

Nego provimento ao apelo.

Do quantum arbitrado

A reclamada entende excessivo o valor arbitrado pelo juízo a título de indenização por danos morais e materiais.

Conforme já analisado no recurso obreiro, o valor atribuído à indenização pelos danos morais e materiais foi arbitrado em valores absolutamente razoáveis, o primeiro considerando a extensão do dano e suas repercussões pessoais; o segundo, os valores que o autor teria para receber em razão dos contratos de trabalho temporários vigentes à época da rescisão motivada pela promessa de emprego.

Mantenho.

### **Processo nº. 0202600-39.2009.5.04.0331 RO (nota de rodapé 224)**

VISTOS e relatados estes autos de RECURSO ORDINÁRIO interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz Jarbas Marcelo Reinicke, da 1ª Vara do Trabalho de São Leopoldo, sendo recorrente VONPAR REFRESCOS S/A e recorrido ANDERSON COUTO.

A reclamada interpõe recurso, inconformada com a decisão proferida em primeiro grau.

Subleva-se contra a condenação relativa ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. Embasa sua tese na inexistência de prova nos autos acerca do pedido de demissão do emprego, em face à proposta de trabalho na reclamada.

Apresentadas contrarrazões, sobem os autos a julgamento.

É o relatório.

**ISTO POSTO:**

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.**

1. A sentença acolheu a tese da inicial no sentido de ser devida ao autor indenização por danos materiais e morais, tendo em vista que os subsídios probatórios constantes dos autos “autorizam a conclusão da efetiva promessa de contratação por parte dos representantes da ré e respectiva aceitação do reclamante” (fundamentos à fl. 54).

Ademais, a reclamada nenhuma prova produziu nos autos sobre a reprovação do autor no processo seletivo de preenchimento de vagas por ela promovido, “sequer esclarecendo qual teria sido o motivo de o reclamante não ter sido aceito nesse processo seletivo”, como salientado pelo Juízo a quo. Com propriedade, ressalta também que, “ao contrário, a prova oral produzida no feito favorece a versão do autor, quanto à efetiva promessa de contratação realizada pelos representantes da ré. A primeira testemunha, gerente do estabelecimento comercial referido na exordial, declara que o Sr. Pereira (gerente da reclamada) fez uma proposta ao reclamante nos seguintes termos: ‘que ele pedisse demissão da Pepsi e teria emprego garantido na Coca-cola’. A segunda testemunha, filho dos proprietários do supermercado referido na inicial, confirma que o Sr. Pereira disse ao reclamante ‘que se estava insatisfeito que pedisse demissão e fosse trabalhar na reclamada’. Além disso, há prova nos autos da realização de exame médico admissional no dia 25-09-2009 (fl. 15) e do fornecimento de lista de documentos necessários para admissão na VONPAR (fl. 16). Consta, ainda, a anotação do término do contrato de trabalho mantido com a AMBEV em 01-10-2009 (fl. 12), após, portanto, ao exame médico admissional realizado pelo reclamante” (com grifos no original, fl. 53-v).

Com efeito, restou demonstrado pela prova apresentada nos autos que foi pré-ajustado um contrato de trabalho entre o demandante e a ré. A documentação acostada às fls. 15/17 (exame admissional, lista de documentos a serem entregues, determinação para abertura de conta corrente no banco ali indicado e “contrato de conta de depósito – pessoa física”), evidenciam que o reclamante foi selecionado pela reclamada para a contratação. Tais documentos, principalmente a determinação de abertura de conta corrente, como consta à fl. 16: “Abra sua conta na agência do Bradesco (aqui mesmo na empresa)”, estando inclusive relacionados os documentos necessários para a sua efetivação, com posterior assinatura de contrato com o referido banco na data de 30/09/2009 (fl. 17) – somado às declarações prestadas pelas testemunhas trazidas pelo autor (fl. 51 e verso) –, deixam claro que foi ultrapassada a fase de seleção, tendo ao reclamante sido ofertada a vaga prometida. No aspecto, deve se registrar que a ausência da assinatura do contrato de trabalho, ou mesmo o fato de não ter iniciado as atividades, não isentam a reclamada das obrigações e das responsabilidades decorrentes da não-execução do contrato. A questão relativa às obrigações e responsabilidades pré-contratuais já são conhecidas da doutrina e jurisprudência, que admitem a sua existência.



Nesse diapasão, Mauricio Godinho Delgado em sua obra “Curso de Direito do Trabalho” (3ª ed., p. 993) enfatiza: “A frustração concreta e culposa de um contrato claramente proposto – tratando de proposta não desqualificada pelas exceções acima mencionadas – leva, obviamente, à obrigação de indenizar a parte prejudicada (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). Afinal a proposta foi feita e aceita, regularmente, obriga o polícitante. A regra, por analogia (art. 8º da CLT), também se aplica ao Direito do Trabalho.” No aspecto, há de ser observado o disposto no art. 427 do Código Civil ao prever, in verbis: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

Pertinentes as citações de José Affonso Dallegrave Neto, in “Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho” (3ª ed., 2008, p. 106): “Cumpra observar que tanto o dano pré quanto pós-contratual não decorrem da violação de obrigação principal do contrato, mas da ofensa a um dever de conduta imanente à figura dos sujeitos do contrato, pautado no princípio da boa-fé. (...) Observa-se que o princípio da boa-fé objetiva excede o âmbito da execução contratual, traduzindo-se no dever de agir com lealdade, lisura e consideração com o outro sujeito da relação. Isso pode ocorrer já no momento das negociações preliminares ou mesmo após a rescisão do contrato”.

Nessas circunstâncias, tem-se que a ré, ao obstaculizar a execução do contrato pré-ajustado com o autor, descumpriu os primordiais preceitos da boa-fé, bem como as obrigações a ele inerentes. Por conseguinte, conquanto não se olvide do seu direito de desistir ou de desfazer o contratado, certo é que a reclamada deve arcar com os ônus decorrentes de seus atos. E, na espécie, um dos ônus decorrentes do descumprimento do ajustado com o reclamante, postulado na presente ação, é o pagamento da indenização por dano material e moral. Relativamente à possibilidade de indenização pelo não-cumprimento do contrato, reportamo-nos novamente a Mauricio Godinho Delgado ao prelecionar: “(...) É que, afinal, um mínimo de expectativa das partes naturalmente surge quando elas se aproximam para iniciar ou desenvolver concertações em direção a uma proposta contratual. Portanto, é da própria natureza desse tipo de fase a geração razoável – e regular – de certo nível de expectativas e frustrações entre as partes.” (op. cit, p. 994).

Veja-se que o demandante se mobilizou para providenciar toda a documentação exigida pela reclamada, se apresentou para realizar exame admissional, abriu uma conta corrente para receber salário e, expectativamente, aguardou o dia para iniciar a prestação de serviços (programado para 03/10/2009), conforme lhe fora prometido, o que, no entanto, não foi concretizado pela reclamada. Também não recebeu da empresa qualquer justificativa para que não se efetivasse a contratação. Tem-se que a empresa, ao assim proceder, não agiu com lealdade, lisura e consideração para com o autor.

Em reforço aos fundamentos da sentença, vale lembrar os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente os da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho expressamente previstos no art. 1º, III e IV, da Carta Magna.

Acresça-se que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna e tem como princípio, dentre outros, a busca do pleno emprego, consoante art. 170, caput, e inciso VIII, da Constituição Federal. E o pleno emprego não se resume em pagamento de salário, mas também no efetivo exercício da profissão de forma digna, a proporcionar ao trabalhador a possibilidade de sentir bem-estar no exercício de sua profissão. De resto, o art. 193 da Lei Maior expressamente estabelece que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Veja-se, o trabalho é garantido, ainda, no art. 6º da Carta Magna, que trata dos direitos sociais.

Nesse contexto, resta devidamente demonstrado o dano, o nexo causal e a culpa da reclamada, sendo, inequívoco o direito do reclamante à indenização por danos morais, em decorrência do abalo moral sofrido, por ver frustrada a expectativa da obtenção do emprego que lhe foi prometido.

2. Impecável, ainda, a decisão de primeiro grau ao deferir ao postulante indenização por danos materiais, consistentes nos prejuízos por ele sofridos ao pedir demissão do emprego que mantinha com a AMBEV. Como bem percebido pelo Julgador, deixou o reclamante de perceber algumas verbas rescisórias (aviso prévio e acréscimo de 40% sobre os depósitos do FGTS), devendo em liquidação ser juntado o termo de rescisão e o extrato de depósito do FGTS para que se possa apurar o valor devido ao autor a título de indenização patrimonial.

Diversamente do que proclama a recorrente, o documento anexado à fl. 18 (“Pedido de Demissão”) é hábil a comprovar que foi de iniciativa do autor o rompimento do vínculo laboral com a empresa AMBEV, máxime considerando os demais subsídios probatórios constantes dos autos. Observa-se que, inclusive, em referido documento foi apostado um carimbo de “Assistência” pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Alimentação de Porto Alegre, datado de 01/10/2009.

3. Quanto ao valor fixado a título de dano moral (R\$ 12.000,00), entende-se que não é excessivo e descabido. A importância fixada mostra-se adequada, tendo em vista os elementos mencionados e, ainda, a situação econômico-financeira da ré. Não se acolhe, assim, a pretensão de que o valor não ultrapasse R\$ 1.000,00.

Refuta-se, por fim, a alegada violação ao art. 818 da CLT; art. 333, I, do CPC; bem como aos arts. 186, 927 e 944 do Código Civil.

Fixadas essas premissas, impõe-se negar provimento ao recurso.

**Ante o exposto,**

ACORDAM os Magistrados integrantes da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário da reclamada. Intimem-se.

Porto Alegre, 24 de novembro de 2010 (quarta-feira).

MARIA INÊS CUNHA DORNELLES

DESEMBARGADORA-RELATORA

### **Processo nº. 0005700-20.2010.5.13.0001 (nota de rodapé 225)**

Sustenta o reclamante que foi contactado pela reclamada, por telefone, ocasião em que lhe foi a ofertada uma oportunidade de emprego para laborar em outro país (Angola). Em razão da proposta feita pela reclamada o reclamante diz que não hesitou em se desligar de seu antigo trabalho na construtora gabarito LTDA, e providenciou toda a documentação exigida para a contratação perante a reclamada, tendo gasto, somente com a documentação, a importância de R\$ 894,83.

Diz que também foi exigida a abertura de conta no Banco Bradesco, tendo o reclamante sido obrigado a quitar uma dívida, que entende indevida, no importe de R\$ 2.300,00. Por fim, diz que a postura da reclamada causou abalos tanto na estrutura emocional e psíquica do reclamante quanto de seu cônjuge, em razão das privações porque passaram, em decorrência de não ter sido ultimado o contrato firmado com a reclamada. Postulou, então, o pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Segundo a teoria clássica, para que se configure a responsabilidade civil subjetiva e o empregador possa ser condenado a pagar indenização por danos materiais e morais são requisitos: a) a evidência do dano ocorrido; b) a constatação do nexo causal com o trabalho; e c) a comprovação do ato ilícito praticado pelo empregador e a caracterização da culpa deste em qualquer grau. Da análise que se depreende dos autos constata-se que ficaram provados os danos alegados pelo autor, bem como o nexo causal e a culpa da reclamada.

A reclamada alega que a não contratação do reclamante se deu por motivo de força maior, decorrente das dificuldades porque estava passando a República de Angola, local onde iria trabalhar o reclamante, tendo a reclamada deixado de consumir a contratação não apenas do reclamante, como também de diversos outros trabalhadores e ainda tendo demitido diversos outros que já trabalhavam para a reclamada. Em que pese as alegações da reclamada, entendo que não se justifica a postura por ela adotada em face do reclamante. Como bem disse a reclamada, a República de Angola já demonstrava nítidos sinais de dificuldades financeiras há um bom tempo, sendo perfeitamente previsível que tais dificuldades perdurariam até o momento em que se deu a contratação do reclamante.

Ressalte-se que, apesar de formalmente ter havido a contratação, em razão de ter sido feita a anotação na CTPS, o contrato não chegou a se ultimar, posto que, conforme declinado pelo reclamante em seu depoimento, ele não prestou um único dia de trabalho para a reclamada. A partir do momento que a execução do contrato restou frustrada, por iniciativa da reclamada, por óbvio que o reclamante suportou diversos prejuízos, tanto no plano material quanto na esfera moral. No campo material constatam-se as despesas realizadas pelo reclamante para poder viabilizar a contratação, como o passaporte, carteira internacional de habilitação, e abertura de conta no banco bradesco, entre outros elencados na exordial na relação contida nos DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA EXPATRIÇÃO (fl. 47 do PDF unificado), que somente foram emitidos por conta da viagem que o reclamante faria à Angola, para trabalhar para a reclamada.

É evidente o prejuízo.

Assim, ficando evidenciado o prejuízo material sofrido pelo reclamante, condeno a reclamada a ressarcir ao reclamante o prejuízo sofrido com as despesas realizadas no período que antecedeu a contratação do reclamante, conforme a planilha contida na fl. 46 do PDF unificado. Ressalte-se que, apesar de algumas despesas não terem nota ou cupom fiscal são presumíveis, podendo-se perfeitamente concluir que se referiram aos procedimentos a que se submeteu o reclamante para poder ser contratado pela reclamada. No que concerne aos salários não recebidos da data da admissão até dezembro de 2009, indefere-se tal pleito, posto que, além do reclamante não ter trabalhado um único dia para a reclamada, em seu depoimento disse que tomou conhecimento que o contrato de trabalho estava cancelado, 4 ou 5 dias depois do cancelamento feito pela reclamada, e, mesmo depois que soube que a viagem para a Angola estava suspensa, não compareceu à sede da empresa. Quanto às parcelas do seguro-desemprego, verifica-se, da informação do Ministério do Trabalho e Emprego (fl. 19 do PDF unificado), que em 11.09.2009, ainda aparecia a situação do reclamante como empregado da reclamada, o que, evidentemente, acarretou a suspensão do recebimento do benefício do seguro-desemprego. A relação CAGED acostada pela reclamada, relativa ao mês de junho de 2009 apenas não consta o nome do reclamante, o que não significa dizer que a situação tenha, de fato, sido regularizada perante o MTE.

Logo, patente o prejuízo sofrido pelo reclamante, defere-se indenização pelo não recebimento das três parcelas do seguro-desemprego, no importe de R\$ 870,00 cada parcela, totalizando R\$ 2.610,00.

Quanto aos danos morais, referindo-se a sequelas que dizem respeito ao foro íntimo do empregado, tal dano é insuscetível de prova direta. No caso, basta que se prove o fato gerador, para que se presumam suas decorrências lógicas, tendo em vista a reação do homem médio diante de tais circunstâncias (Precedentes: STJ – 3T RESP/261.028/RJ – Rel.

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 20.08.2001; STJ – 4T – RESP/173.124/RS – Rel. Ministro César Asfor Rocha – DJ 19.11.2001).

No mesmo sentido, o magistério de Sérgio Cavalieri Filho,

*“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 (in: Programa de Responsabilidade Civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80)”.*

Por fim, destaco que, tendo em vista que danos desta ordem não são passíveis de reparação, em verdade, a atuação do Estado visa tão somente tentar compensar a seqüela e punir o infrator responsável pela conduta lesiva. Como já foi dito, a reclamada não poderia ter admitido o reclamante, e cancelado o contrato no mesmo dia, já sabedora da crise porque passava a República Angolana. Ao ofertar o posto de trabalho ao reclamante, gerou nele diversas expectativas, bem como o induziu, inexoravelmente, a se desligar do antigo posto de trabalho, sendo irrelevante a forma como se operou esse distrato (se a pedido ou sem justa causa), posto que o mais importante é a expectativa gerado pelo emprego oferecido e a frustração causada pelo não efetivação do contrato que chegou a ser formalmente entabulado. Se já existia um cenário de inadimplência por parte de Angola deveria a reclamada ter se precavido e aguardado um pouco mais, antes de efetuar a contratação do reclamante e causar-lhe prejuízos de ordem material e moral. Registre-se que não se está dizendo ser impossível a caracterização de uma situação de força maior, que pudesse tornar insustentável a manutenção de postos de trabalho, bem como a realização de novas contratações. Não é disso que se está falando. O que ficou evidenciado é que a reclamada não atentou para o fato de que, se já existia um contexto desfavorável, como ela mesma admite em sua defesa, não se mostra razoável a realização de novas contratações, sem que se faça uma averiguação quanto à manutenção desses novos postos de trabalho. Diante dessas circunstâncias, entendo que a honra e a imagem (CF, art. 5º, V) do Reclamante restaram plenamente afetadas pelo tratamento dispensado pela reclamada ao reclamante, cancelando o contrato com ele firmado, no mesmo dia, sem qualquer justificativa plausível. Aliás, é mais do que razoável concluir que alguém que fora contratado e no mesmo dia desligado, sendo que antes mantinha um contrato de trabalho com empresa, passando, então, à situação de desempregado, tenha sofrido flagrante prejuízo à sua honra e à sua imagem, sentimentos diretamente vinculados ao rebaixamento de sua auto-estima. É que a Carta Magna de 1988 consignou, como princípio fundamental da República, o valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV), pelo que este deixou de ser considerado como mera fonte de

subsistência, para representar, também e principalmente, a própria integração do cidadão em sociedade, como elemento ativo de transformação desta última. A atuação da reclamada apenas contribuiu para que o reclamante tivesse, além da auto estima atingida, profunda decepção por não assumir o emprego que lhe fora prometido. Frustrar-lhe tal direito, cancelando o contrato no mesmo dia em que fora formalizado, sem qualquer justificativa plausível, sem dúvida, acarreta dano irreparável à sua honra e à sua imagem. Pois bem, considerando o flagrante prejuízo à honra do Reclamante, sentimentos diretamente vinculados ao rebaixamento de sua auto-estima pelo tratamento dispensado pela reclamada, na não consumação do contrato que fora formalmente entabulado; a repercussão perante seus amigos e familiares; e ainda, considerando a situação econômica do responsável e atendendo ao caráter pedagógico da medida; com fulcro no CLT, art. 8º, parágrafo único c/c CC, art 186 e 953.

### **Processo nº. 00165001020085010067 (nota de rodapé 226)**

Visto, relatado e discutido o recurso ordinário em que são partes ANDRE ROSSI , recorrente, e BANCO SANTANDER BRASIL S.A., recorrido. Trata-se de recurso ordinário interposto pelo reclamante da respeitável sentença da MM. 67ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, de lavra do eminente Juiz André Luiz Amorim Franco, que julgou improcedente o pedido (fls. 247/250). Salienta o recorrente que faz jus ao recebimento de indenização por danos morais (fls. 253/257). Custas processuais dispensadas à fl. 250. Contrarrazões às fls. 262/269, sem preliminares. Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho por não se configurar hipótese de sua intervenção.

É o relatório.

V O T O

#### **CONHECIMENTO**

Conheço do recurso, por preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade. A r. sentença julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a seleção prévia não garante o emprego e não obriga o empregador a firmar contrato, mesmo com a aprovação do candidato; que não restaram comprovadas perseguição, discriminação, fraude ou simulação que possa ter iludido o candidato; que o réu simplesmente desistiu de contratar, cancelando a vaga; que não há no depoimento do preposto qualquer confissão; que o benefício previdenciário foi restabelecido; que não houve promessa de contratar; que houve mera chateação, aborrecimento.

Salienta o recorrente que o depoimento pessoal do preposto da ré consiste em confissão, vez que nada sabe acerca do processo seletivo pelo qual o autor participou; que o caso concreto nos remete ao sepultamento da expectativa de um candidato que prematuramente, aos 18

anos, teve sua perna amputada; que o autor tinha a firme expectativa de que o emprego no Banco Ihe “devolveria a auto estima que o acidente havia lhe roubado”; que após os trâmites burocráticos, inclusive com o início do treinamento e abertura de conta-corrente, o autor foi informado do cancelamento da contratação; que os sentimentos que acompanharam o autor naquela oportunidade e ainda acompanham não são somente meros dissabores, mas a perda de confiança no ser humano; que chegou a pedir o cancelamento do benefício previdenciário; que o cancelamento da contratação se mostra absolutamente abusivo, o que enseja indenização por danos morais.

Com parcial razão.

O dano moral é aquele que decorre da ofensa a direito da personalidade.

Assim, não resta a menor dúvida de que o trabalhador pode sofrer danos morais que decorram diretamente da prática de atos provenientes da relação de emprego.

A situação contida nos autos se consubstancia no dano moral quena lição de Maurício Godinho Delgado

*"(...) é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária" (Savatier; grifos acrescidos). Ou ainda, é toda dor física ou psicológica inj stamente provocada em uma pessoa humana." (in Curso de Direito do Trabalho, LTr, São Paulo – 2004, p. 613).*

A petição inicial indicou que o autor - portador de deficiência física - se candidatou em novembro de 2004 a uma vaga de emprego na reclamada através do Balcão de Empregos para Deficientes Físicos; que o autor passou por várias etapas no processo seletivo: entrevista, exames pré-admissionais (provas de matemática, português e exame psicotécnico), sendo considerado apto; que foi encaminhado à fase admissional; que, em decorrência da promessa de contratação, cancelou o benefício previdenciário (auxílio-doença); que foi submetido aos exames pré-admissionais (audiometria e videolaringoscopia), tendo sido considerado apto; que a funcionária da ré contactou o reclamante, solicitando cópias de seus documentos e retrato 3x4; que a reclamada determinou a abertura de conta-salário e cadastro no PIS, o que foi devidamente cumprido; que iniciou o seu treinamento na ré (dinâmica de grupo e palestra); que uma hora após iniciado o treinamento, o autor foi chamado a uma sala, onde lhe foi comunicado que não seria mais contratado em decorrência do cancelamento da vaga; que após diversos contatos com a ré, foi-lhe informado que havia problemas em sua ficha criminal; que, mesmo apresentando certidões negativas de antecedentes criminais, a reclamada não o contratou.

Em sua defesa, a reclamada alegou que após os exames de praxe não houve vaga disponível na agência; que não estava obrigada a contratar; que o banco tem liberdade de escolher os seus funcionários dentro de sua conveniência.

Por certo que a participação em processo seletivo gera tão-somente mera expectativa de contratação. Portanto, antes de formalizar a contratação do trabalhador, o empregador pode submeter o trabalhador a um processo seletivo. Em caso de resultados insatisfatórios obtidos no referido processo, a contratação poderá não ocorrer, o que não gerará direito ao trabalhador, vez que, como já dito, tinha mera expectativa de direito.

No entanto, os fatos que sucederam o processo seletivo indicam que o reclamante teve uma promessa de contratação pela reclamada.

Ante os termos da contestação, restou incontroverso que o autor foi aprovado em todas as etapas do processo seletivo, procedeu a abertura da conta salário, e que foi avisado de que não seria contratado durante o seu treinamento e após entregar seus documentos, inclusive sua CTPS.

Ressalto que o autor chegou a requerer o cancelamento benefício previdenciário. Ora, não me parece razoável que o autor tenha cancelado o benefício, sem a certeza de sua contratação.

Não fosse o bastante, os documentos juntados com a inicial demonstram que restou ultrapassada a fase da seleção, passando para atos preparatórios da contratação, configurando-se, portanto, a promessa de emprego alegada na inicial.

Vejamos:

*fl. 22 - Atestado de Saúde Ocupacional, datado de 02.12.2004, indicando que o funcionário da Empresa "Banco ABN Amro Real" André Rossi está apto a exercer a função de "Auxiliar Administrativo J 6" fl. 36 - Convocação do Setor de Recursos Humanos para treinamento fl. 37 - abertura de conta no Banco ABN Amro Real fl. 41 - documento de Cadastramento do Trabalhador - DCT, indicando como empregador "Banco ABN Amro Real", bem como os dados pessoais do empregado André Rossi (data de nascimento, CTPS, identidade, título de eleitor eCPF)*

Ainda que se considerassem controvertidas as alegações apresentadas na inicial, além de haver confissão ficta do preposto quanto ao processo seletivo, suas alegações indicam que a empresa extrapolou seu poder diretivo ao cancelar injustificadamente a vaga oferecida.

Vejamos (fl. 246):

*"(...) que não sabe precisar o número de vagas oferecidas; que não sabe precisar também se o reclamante foi aprovado nas provas de matemática, português e psicotécnico; que acha que no exame de saúde do reclamante, o mesmo foi considerado apto; (...) que a vaga oferecida, a que se candidatou o reclamante, não foi preenchida por ninguém, pois o banco determinou internamente que "a vaga não seria posta em vigor"; que desconhece qualquer questão envolvendo ficha criminal do autor que pudesse ter influenciado na sua contratação efetiva; (...) que a vaga*



*efetivamente foi aberta, mas não sabe precisar se a empresa que coordena os procedimentos pré-admissionais chegou a dar início aos procedimentos; que esclarece a resposta acima quanto ao exame médico, porque não entendeu bem a pergunta, que também não sabe se houve exame médico realizado pela empresa referida; que esclarece, por fim, que o banco abriu a vaga mas que depois cancelou sua necessidade de contratar.”*

E a testemunha da ré comprovou que, durante o treinamento, o autor foi informado sobre o cancelamento da vaga (fl. 212):

*“(...) conheceu o reclamante por volta de 2004, quando a depoente iria iniciar um treinamento para teleoperadores e constatou a presença do autor, estranhando que este não estivesse na lista dos indicados para o treinamento; o reclamante disse à depoente que comparecera porque fora contratado para trabalhar no Recursos Humanos; em decorrência das informações do autor a depoente ligou para a gestora no setor de Recursos Humanos, Sra. Geisa, a qual disse à depoente que a vaga postulada pelo autor não havia sido aprovada e em decorrência ninguém seria contratado para o setor de Recursos Humanos; a Sra. Geisa solicitou à depoente que orientasse o reclamante a aguardar em sua residência até que fosse autorizada abertura de vaga para o setor de Recursos Humanos, quando então a reclamada faria um contato; que a depoente passou as orientações ao reclamante, conforme dadas pela Sra. Geisa; o reclamante não participou do treinamento ministrado pela depoente nesse dia; não sabe informar se o reclamante chegou a participar de algum outro treinamento pois a depoente nunca mais o viu. (...)”*

Portanto, configurada está a policação (pré-contrato), cujo início ocorreu com a aceitação da parte interessada da proposta feita, nos termos do artigo 427 do Código Civil, “in verbis”: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

Embora o empregador tenha o direito potestativo de contratar ou não, a ilicitude do seu ato está no abuso deste direito.

Não resta dúvida de que o empregador que cancela a vaga oferecida, após processo seletivo, sem qualquer justificativa, extrapola os limites do seu poder diretivo.

O fato de não ter sido contratado nenhum outro funcionário para a vaga oferecida ao autor não altera as razões de decidir, vez que tal fato não minimiza a dor sofrida pelo autor ao receber a notícia de que não seria mais contratado.

Tampouco o fato de as entrevistas e exames terem sido realizadas através do BED (Balcão de Empregos para Deficientes) ou pela AME (Associação Amigos Metroviários dos Excepcionais), a uma porque não foi alegado pela ré, tampouco provado qualquer irregularidade no referido processo; a duas porque o banco é responsável pelas parcerias que faz.

Ora, se o Banco-réu resolveu selecionar seus candidatos através do BED ou do AME, não pode agora alegar isenção de sua responsabilidade.

Portanto, em que pesem os fundamentos da r. sentença, a situação vivenciada pelo trabalhador não se trata de mera chateação ou aborrecimento.

Assim dispõe o art. 187 do Código Civil:

*“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.*

De acordo com o Princípio da boa-fé objetiva, a reclamada tinha o dever de agir com transparência quando da realização dos atos preparatórios de contratação.

No entanto, ao cancelar sem justificativa a vaga ofertada ao autor, a ré agiu com abuso do direito de contratar, o que por certo causou prejuízo de ordem moral ao autor.

Portanto, o abalo emocional sofrido pelo reclamante, diante da conduta abusiva da ré é inquestionável, pois viola sua dignidade como pessoa, ensejando a reparação pretendida.

Devida a indenização por danos morais.

Ao fixar o valor da indenização por danos morais, o Juízo deve observar, além do ato praticado, a capacidade econômica do empregador e da vítima, para não incentivar a prática da ilicitude por parte do primeiro e para evitar o enriquecimento do segundo.

Como brilhantemente decidido pelo Desembargador SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA:

*“(...) a indenização tem que se revestir de um caráter pedagógico e profilático, sendo de tal monta que iniba o ofensor de repetir seu comportamento (Apelação nº 3187, 3ª Câmara Cível- TJ/RJ).*

Por isso, de se considerar que o ressarcimento do dano moral em pecúnia é forma de compensar ou minimizar o sofrimento da vítima e de punir o agressor, inibindo novas práticas dessa natureza. Ressalte-se que tal procedimento está adequado ao que estabelece a Constituição da República.

Observando-se os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se a extensão, permanência e intensidade do dano moral, a intenção do causador do dano, a situação econômica e antecedentes do responsável pelo dano (empregador/réu), as circunstâncias em que o dano ocorreu e, ainda, o caráter punitivo e pedagógico da indenização, fixo a indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ressalto que o autor requereu a indenização equivalente a, no mínimo, 60 (quarenta) salários mínimos.

Os juros devem ser contados a partir do ajuizamento da ação, consoante o disposto no artigo 883 da CLT.

No tocante à correção monetária, o termo inicial é a data do arbitramento da indenização, conforme entendimento consubstanciado na Súmula nº 362 do STJ.

Portanto, a correção monetária sobre a indenização de danos morais incide a partir da data da prolação do acórdão.

Considerando a natureza da parcela não há que se falar em contribuição previdenciária, tampouco em incidência de imposto de renda, nos termos do entendimento do C. STJ .

Ressalto que o pedido de honorários advocatícios não foi devolvido de forma específica à instância revisora. De toda sorte, o autor encontra-se assistido por advogado particular, o que afasta a pretensão.

Dou parcial provimento.

#### CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos da fundamentação. Diante da condenação, arbitro o seu valor em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e custas de R\$ 200,00 (duzentos reais), nos termos das Instruções Normativas nº 3/93 e 09/96 do C. TST, pela reclamada. Invertido o ônus de sucumbência.

A C O R D A M os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos da fundamentação. Diante da condenação, arbitrar o seu valor em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e custas de R\$ 200,00 (duzentos reais), nos termos das Instruções Normativas nº 3/93 e 09/96 do C. TST, pela reclamada. Invertido o ônus de sucumbência.

Rio de Janeiro, 17 de agosto de 2010.

DESEMBARGADOR MARCOS PALACIO - Relator

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José. “*Da Responsabilidade Civil*”. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

AKERLOF. George. “*The Market of Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”. OXFORD ACADEMIC PRESS. Oxford, Inglaterra – 2017. Disponível em <<https://academic.oup.com/qje/article-abstract/84/3/488/1896241/The-Market-for-Lemons-Quality-Uncertainty-and-the?redirectedFrom=fulltext>>. Acessado em 16.12.2016.

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 2018. Disponível em <<https://www.anamatra.org.br>>. Acessado em 18.07.2018.

BARNHIZER, Daniel D. “*Inequality of Bargaining Power*”. Michigan State College of Law Review, Publicação 139, 2005.

BETTI, Emílio. “*Teoria geral do negócio jurídico*”. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BLACK’S LAW DICTIONARY. 10<sup>a</sup> ed. Thomson-Reuters, St. Paul, MN, 2013.

BRAGA. NETTO. Felipe. “*Responsabilidade Civil*”. Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

BUNDESARBEITSGERICHT. Berlim, 2017. Disponível em <<[www.bundesarbeitsgericht.de/englisch/start.html](http://www.bundesarbeitsgericht.de/englisch/start.html)>>. Acessado em 19.07.2017.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. Berlim, 2017. Disponível em <<<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>>. Acessado em 17.07.2017.

CARRAZA, Roque Antonio. “*Curso de Direito Constitucional Tributário*”. 22ª Ed.. 2006, São Paulo. Malheiros Editores.

CASELLA, Paulo Borba. “*Negociação e Formação de Contratos Internacionais*”. Revista da USP – FADUSP, São Paulo, SP - 2017. Agosto de 1990. Disponível em <[www.revistas.usp.br](http://www.revistas.usp.br)>. Acessado em 15.07.2017.

CHIRELSTEIN. Marvin. “*Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*”. Foundation Press. 2016. Versão E-Book para Amazon Kindle – 2017.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. “*Responsabilidade Civil Pré-Contratual em Direito do Trabalho*”. LTR, São Paulo, Versão E-Book, 2017.

COOTER, Robert (tradução de Bruno Salama): “*Três efeitos das Normas Sociais sobre o Direito: Expressão, Dissuasão e Internalização*”. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Voulme 2, Issue 1, 2007.University of Berkeley.

\_\_\_\_\_, ULEN, Thomas. “*Law and Economics*”. Berkeley Law Scholarship Repository, 2016. Universidade de Berkeley. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books>>. Acessado em 27.12.2017.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. “*Da boa-fé no Direito Civil*”. Editora Almedina. Coimbra, 1997.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. “*Código Civil Interpretado*”. Editora Manole, São Paulo, 2008.

DINIZ, Maria Helena. “*Curso de Direito Civil Brasileiro*”. Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

DUHAIME'S ENCYCLOPEDIA OF LAW. Vancouver, Canada, 2017. Disponível em <<http://www.duhaime.org/>>. Acessado em 16.07.2017.

ENGLER PINTO, Mario. Jornal VALOR ECONÔMICO de 27.09.2013. São Paulo, SP. Disponível em <<http://www.valor.com.br/legislacao/3285322/importacao-de-modelos-contratuais#ixzz2g67jLpLb>>. Acessado em 25.06.2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. “*Do Pré-Contrato de Trabalho*”. Editora LTR, 2010, São Paulo.

FERNANDES, Wanderley. “*Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade*”. Editora Saraiva, São Paulo, 2013.

FRADERA, Vera Maria Jacob. “*O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto*”. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 1997.

FRIED, Charles. “*Contract as a Promise: A Theory of Contractual Obligation*”. Oxford University Press. 2015. Versão E-Book para Amazon Kindle, 2017

FRITZ, Karina Nunes. “*A Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura Injustificada das Negociações*”. CIVILISTICA.COM. Disponível em <<<http://www.civilistica.com>>>. Acessado em 18.04.2017.

FUKUYAMA, Francis. “*Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*”. Free Press Paperback. Nova York, 1995. Versão E-Book para Amazon Kindle – 2017.

GOLDBERG. Victor. “*Framing Contract Law*”. Harvard University Press, Londres, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. “*Direito das Obrigações – Tomo II*”. Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

HIGA, Flávio da Costa. “*A Perda da Chance no Direito do Trabalho*”. Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “*Tendências do Direito Civil no Século XXI*”. Artigo publicado no site da EPD – ESCOLA PAULISTA DE DIREITO. Disponível em <<[www.epd.edu.br](http://www.epd.edu.br)>>. Acessado em 29.01.2017.

HOPPE, Hans Herman. “*Democracia – o Deus que Falhou*”. Instituto LVM Editora, São Paulo, 2014.

JOHNSTON, Angus et al. “*The German Law of Contract: A Comparative Treatise*”. Hart Publishing, New York, NY, 2014.

JHERING, Rudolf von. “*Culpa In Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados a Perfeição*”. Almedina, Lisboa, 2018.

LARENZ, Karl. “*Metodologia da Ciência do Direito*”. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 3ª Ed., 1997.

LÔBO, Paulo. “*Direito Civil: Contratos*”. Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

LOPES, Christian Sahb Batista. “*Responsabilidade Pré-Contratual: Subsídios para o Direito Brasileiro das Negociações*”. Del Rey Editora. Belo Horizonte, 2011.

LORENZEN. Ernest, G. “*Cause and consideration in the Law of Contracts*”. YALE Law Journal. Vol. XXVIII, 1919. YALE UNIVERSITY, New Haven, CT, EUA, 2017. Disponível em < [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5569&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5569&context=fss_papers)>. Acessado em 18.07.2017.

LOUISIANA STATE OF LEGISLATURE. Nova Orleans, LA. Disponível em <<[https://legis.la.gov/legis/Laws\\_Toc.aspx?folder=67&level=Parent](https://legis.la.gov/legis/Laws_Toc.aspx?folder=67&level=Parent)>>. Acessado em 19.07.2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *“As Condições no Direito Civil”*. Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

MARTINS COSTA. Judith. *“A Boa-Fé no Direito Privado”*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999.

von MISES, Ludwig. *“Ação Humana: um Tratado de Economia”*. Instituto LVM, São Paulo, 2010.

NÁUFEL, José. *“Novo Dicionário Jurídico Brasileiro”*. 9ª Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1998.

NEVES. José Roberto de Castro. *“Boa-fé: Posição Atual no Ordenamento Jurídico e Perspectiva de sua Aplicação em Relações Contratuais”*. Revista Forense, Rio de Janeiro, 2006.

NEVES, Karina Penna. *“Deveres de Consideração nas Fases Externas do Contrato: Responsabilidade Pré e Pós-Contratual”*. Editora Almeida, São Paulo, 2015.

ROCHA, Nuno Santos. *“A Perda da Chance como uma Nova Espécie de Dano”*. Almedina, Coimbra, 2015.

OXFORD DICTIONARY. 7ª edição. Oxford Press, Nova York, EUA. 2008.

PARODI. Ana Cecília et al. *“Apontamentos sobre a Responsabilidade Civil por Ruptura das Tratativas”*. Disponível em <<  
<https://anaceciliaparodi.jusbrasil.com.br/>>>. Acessado em 18.07.2017.

PEREIRA, Regis Fichter. *“A Responsabilidade Civil Pré-Contratual”*. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2001.

POPP, Carlyle. *“Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O Rompimento das Tratativas”*. Curitiba: Juruá, 2001.



PLANALTO – PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília, DF, 2018. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acessado em 16.03.2018.

RAVELLAW LAW REVIEW. Londres, 2017. Disponível em <<<https://www.ravellaw.com/opinions/ffcc0c45fac918ab196d6f02e5f45d90>>>. Acessado em 01.09.2017.

RIZZARDO, Arnaldo. “*Contratos*”. Forense, Rio de Janeiro. Versão E-Book para Amazon Kindle – 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof. “*O que é Pesquisa em Direito e Economia: Micro, Macro e Desenvolvimento*”. Curitiba, Editora Virtual Gratuita, 2017. Versão-Ebook.

\_\_\_\_\_, PARGENDLER, Mariana, “*Law and Economics in the Civil-Law World: The case of Brazilian Courts*”. Works BePress. Disponível em <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/86](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/86)>. Acessado em 27.12.2017.

\_\_\_\_\_, BENOLIEL, Daniel. “*Líderes Improváveis: a Batalha dos Países em Desenvolvimento pelo Acesso a Medicamentos Patenteados*”. FGV Editora, São Paulo, 2017.

SCHULZE, Sandro. “*As Consequências da Ruptura Injustificada das Negociações Preliminares*”. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). V. 15. N. 59, jul/set.2012.

SCHWARTZ, Alan. “*Precontractual Liability and Preliminary Agreements*”. Harvard Law Review, Volume 120, Number 3, 2007.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA. Washington, DC, EUA, 2017. Disponível em <<http://www.supremecourtus.gov/>>. Acessado em 21.03.2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Brasília, DF, 2017. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acessado em 21.07.2017.

UK LAW REVIEW: SWARB.CO – Londres, Inglaterra, 2017. Disponível em <<http://swarb.co.uk/walford-v-miles-hl-1992/>>. Acessado em 14.07.2017

TARTUCE, Flávio. “*Manual de Direito Civil*”. Editora Método, São Paulo, 2017.

TEUBNER, G. “*Direito, Sistema e Policontextualidade*”. (B. Vincenzi, D. Rudiger, J. Dittberner, P. Galizia, R. Mendes, Trads.) Piracicaba, São Paulo: Editora Unimep, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro, RJ, 2017. Disponível em <<http://www.tj.rj.jus.br>>. Acessado em 27.07.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Belo Horizonte, 2017. Disponível em <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acessado em 08.09.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, São Paulo, 2017. Disponível em <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acessado em 15.07.2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <[www.trtrio.jus.br](http://www.trtrio.jus.br)>. Acessado em 21.03.2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. São Paulo, 2017. Disponível em <[www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br)>. Acessado em 27.07.2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. Porto Alegre, RS, 2018. Disponível em <[www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br)>. Acessado em 18.07.2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. Salvador, BA, 2017. Disponível em <[www.trt5.jus.br](http://www.trt5.jus.br)>. Acessado em 16.03.2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO. João Pessoa, PB, 2017. Disponível em <[www.trt13.jus.br](http://www.trt13.jus.br)>. Acessado em 20.07.2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Brasília, DF, 2017. Disponível em <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acessado em 20.07.2017.

XAVIER JESUIT CATHOLIC UNIVERSITY OF CINCINNATI-OHIO. Cincinnati, OH, EUA, 2017. <<http://www.cs.xu.edu>>. Acessado em 19.07.2017.

WALD, Arnaldo. “*Obrigações e Contratos*”. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1989.

ZIMMERMANN, Reinhard. “*The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*”. Oxford University Press. Nova York. 2006.