

Revista Jurídica do NELB

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro





REVISTA JURÍDICA DO NELB

Primeira Edição – Ano 2018.

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Sílvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBDA
Ano 13 • Volume 5 • Número 1
Jan-Dez 2018 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Anual
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2017/18

Henrique Barbosa, Presidente
Maria Eugênia M. Junqueira, Vice-Presidente
Panmella Silva Cruz, Tesoureira
Camila M. de Moura Vilela, Secretária-Geral
Juliana de Freitas Dornelas, Diretora Científica
Ana Carolina Agostinho A. Cruz, Diretora Científica
João Pedro Leite Barros, Diretor Científico
Elizabeth Lima, Diretora de Eventos
Alyne Andrade, Diretora de Eventos
Carmille Leal do Amaral, Diretora de Eventos
Felipe Pires Muniz de Brito, Diretor de Eventos
Tatyana Barbosa, Diretora de Eventos
Gabriel da Silva Ferreira, Diretor de Comunicação e Imagem
Lara Ferreira Andrade, Diretora de Licenciatura
Deborah Silvério, Diretora de Licenciatura

Comissão de Redação:
Alyne Andrade
Ana Carolina Agosti Cruz
Felipe Pires Muniz de Brito
Henrique Bonatti Rego Barbosa
João Pedro Leite Barros
Juliana de Freitas Dornelas
Maria Eugênia Junqueira



A BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO DE TRABALHO: APLICAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL**THE OBJECTIVE GOOD FAITH IN THE CONTRACT OF EMPLOYMENT: APPLICATION IN THE PRE-CONTRACTUAL PHASE**

Monalisa de Souza Silva*Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogada***RESUMO**

Essa dissertação realizou um estudo acerca da incidência da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, buscou, assim, demonstrar a aplicação do instituto nos contratos de trabalho. Seu objetivo foi demonstrar a importância da boa-fé antes mesmo da formação da relação obrigacional, chamando a atenção para uma fase que precede o contrato de trabalho, fase em que se desenvolvem as tratativas ou negociações. Foi realizado um estudo da boa-fé no direito brasileiro e a sua codificação, tendo em seguida apresentado a sua aplicação de acordo com as diferentes funções que possui. Os resultados mostram que a boa-fé transformou todo o entendimento acerca dos contratos, possibilitando a sua interpretação segundo a real finalidade, funcionando como verdadeira diretriz constitucional da solidariedade social. Por fim, encara sob o ponto de vista da boa-fé objetiva, a hipótese do empregador usar da sua liberdade de não contratar, prejudicando a confiança legítima do empregado. Conclui, portanto, que a boa-fé objetiva deve ser aplicada com vistas a evitar abusos de direito.

PALAVRAS CHAVE: Boa-fé objetiva. Contrato de trabalho. Fase pré-contratual.

ABSTRACT

This dissertation carried out a study about the incidence of objective good faith in the pre-contractual phase, in order to demonstrate the application of the institute in work contracts. Its purpose was to demonstrate the importance of good faith even before the formation of the obligatory relationship, calling attention to a phase that precedes the work contract, the stage in which the negotiations or negotiations are developed. A study of good faith in the Brazilian law and their codification, and then presented its application according to the different functions that it possesses. The results show that good faith has transformed all the understanding about the contracts, allowing their interpretation according to the real purpose, functioning as a true constitutional guideline of social solidarity. Finally, it views from the point of view of objective good faith, the hypothesis of the employer to use his freedom

not to hire, damaging the legitimate trust of the employee. It concludes, therefore, that objective good faith must be applied with a view to avoiding abuse of rights.

KEYWORDS: Objective good faith. Contract of work. Pre-contractual phase.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fito apresentar o tema da boa-fé objetiva nos contratos de trabalho, mais especificamente, na fase das negociações (pré-contratual) em que ainda não houve a manifestação da proposta nem a aceitação, busca estudar, portanto, a relação de trato e, por consequência, o surgimento de responsabilidades quando a boa-fé não é observada.

Como ponto de partida, em razão da cultura positivista na qual predominava a busca pela segurança jurídica, a boa-fé será apresentada no direito brasileiro como cláusula ou princípio geral, despida de força e efetividade, para somente ser eficientemente inserida no ordenamento jurídico posteriormente quando, empregando menor importância a valores formais abstratos, conferiu-se maiores poderes de interpretação ao juiz, em um sistema jurídico aberto e flexibilizado. Outrossim, destaca-se a presença da boa-fé em alguns dispositivos legais como os arts. 422, 113, 112, todos do Código Civil de 2002.

Posteriormente, para que se possa entender as diferentes formas que boa-fé opera dentro do sistema jurídico, desdobra-se sobre suas diferentes funções nos direitos das obrigações, sendo elas: a boa-fé na função de cânone hermenêutico-integrativo; a boa-fé na função criadora de deveres, e a boa-fé como limite ao exercício de direitos.

Por fim, será tratada a boa-fé na fase pré-contratual, com vistas a demonstrar a sua absoluta aplicabilidade as negociações, bem como a possibilidade do surgimento de responsabilidade para um dos contratantes que age de maneira desleal. Assim, será elucidada a sua aplicação aos contratos de trabalho em situações de abuso de direito, como quando o empregador usa da sua liberdade de não contratar, porém, ao fazê-lo prejudica a confiança legítima do empregado.

Destarte, entende-se a relação obrigacional como um processo dinâmico, que quando apoiada sobre a boa-fé objetiva, permite a adequação dos institutos jurídicos às

necessidades sociais. Isto porque as necessidades sociais podem existir antes mesmo da celebração do contrato (fase pré-contratual), sendo necessário o auxílio do princípio da boa-fé objetiva na criação de deveres e direitos aos contratantes, com vistas a coibir condutas desleais.

Nesse sentir, percebe-se que ainda que não totalmente solvido pelo direito brasileiro, a aplicação da boa-fé ao instituto da responsabilidade pré-contratual se faz necessária em um sistema aberto.

2 A BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 A boa-fé como cláusula/princípio geral

A princípio, insta asseverar que, em 1804 vigorava uma visão individualista que pregava a autonomia da vontade, sendo o juiz mero aplicador da lei, que deveria ser absoluta, sem contradições ou lacunas. Foi nesse cenário que a boa-fé foi codificada no Código Civil de Napoleão. (MARTINS-COSTA, 2000).

Somente no Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch–BGB*), a boa-fé adquiriu relevância, vindo a influenciar diversas codificações, por todo o mundo, como a italiana, portuguesa e espanhola (MARTINS-COSTA, 2000).

Em assim sendo, como no ordenamento jurídico brasileiro não poderia ser diferente, a positivação da boa-fé se deu em 1850 através do Código Comercial, entretanto, limitava-se a cumprir função meramente de interpretação, não alcançando qualquer efetividade. Mais tarde, Clóvis Beviláqua, autor do projeto do Código Civil de 1916, seguindo na mesma linha, conferiu pequena importância ao princípio, tendo em vista priorizar a segurança, certeza e clareza, inviabilizando a formulação de cláusulas abertas (MARTINS-COSTA, 2000).

Vê-se que até então vigorava o positivismo exacerbado, que construía modelos rígidos, objetivando a completude e congruência, levando, necessariamente, a segurança jurídica. Aludido pensamento modificou-se após o término da Segunda Guerra Mundial, quando os critérios de composição dos ordenamentos normativos foram reavaliados, ganhando relevância além das regras, os Princípios, construindo um complexo

de normas que pudessem estar em constante evolução, potencializando a justiça das decisões.

Logo, o juiz deixa de ser mero intérprete da lei e passa a deter liberdade para apoiando-se em princípios– como legítima fonte do direito – tornar-se um verdadeiro construtor do sentido das normas.

Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, em sua obra intitulada *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, perfazem estudo acerca da boa-fé no Direito Brasileiro, oportunidade na qual afirmam que a boa-fé, seguindo a linha internacional, foi introduzida no cenário nacional sob a forma de cláusula geral. (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002).

Cumprе ressaltar que as cláusulas gerais, exatamente por assim o serem, não oferecem regulamentos completos e exaustivos, mas metanormas, pretendendo remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis, aos usos e costumes que vigoram em determinado seio social. Em contrapartida, essa técnica abarca a competência de capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos, cuja especificidade será considerada na via jurisprudencial, e não legal (MARTINS- COSTA; BRANCO, 2002).

Nesse sentir, observa-se que cabe ao juiz, a fim de motivar suas decisões, o dever e a responsabilidade de analisar juntamente com o caso concreto, outras normas do sistema ou valores e padrões extra sistemáticos, isto é, sopesando os elementos que complementem os mandamentos expressos nas cláusulas gerais.

2.2 Boa-fé subjetiva X Boa-fé objetiva

Antes de adentrar no tema da boa-fé como foi codificada no direito brasileiro, é necessário que sejam devidamente diferenciadas a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva.

Por boa-fé subjetiva, tem-se o estado de consciência ou o convencimento individual do sujeito em atuar conforme o direito, devendo o intérprete valorar a intenção subjetiva do agente, o seu estado psicológico, sua íntima convicção. Nas palavras de Martins-Costa:

[...] a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado (MARTINS-COSTA, 2000, p. 412).

Desta feita, na atuação segundo a boa-fé objetiva segue-se um modelo de conduta social, uma espécie de *standart* jurídico, no qual os sujeitos pautam sua conduta em parâmetros de honestidade, lealdade e probidade de um homem reto (MARTINS-COSTA, 2000).

Ademais, importa lembrar que de acordo com esse modelo objetivo de conduta, são considerados os casos concretos, as características dos envolvidos, diferente de uma aplicação mecanizada e meramente subjuntiva (MARTINS-COSTA, 2000).

Nesse pensar, a boa-fé objetiva possui a capacidade de se revestir de várias formas e concreções sem se transformar em um panaceia de cunho moral que incide da mesma maneira em qualquer tipo de situação. Explica-se: à boa-fé não é viável estabelecer significado ou valoração prévios, vez que consiste em norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, pois depende das circunstâncias do caso concreto para ser definida (MARTINS-COSTA, 2000).

Em resumo, a boa-fé objetiva não se reveste de cunho moral, ao contrário, submete a solução do caso concreto à estrutura, às normas e aos modelos do sistema, considerado este de modo aberto (MARTINS-COSTA, 2000).

2.3 A boa-fé codificada

Como se viu, a nova codificação civil, diferentemente da anterior, surgiu num momento em que o ordenamento jurídico buscava a flexibilização, em que se considerava relevantes os direitos de solidariedade, o que somente era possível em um sistema jurídico aberto.

Em assim sendo, Miguel Reale, em 1975, ao encaminhar o Anteprojeto de Código Civil à apreciação governamental, destacava a necessidade de uma codificação que

se apresentaria metodologicamente mediante modelos abertos, expressos mediante uma estruturação concreta, porém, sem apego a valores formais abstratos, dando abertura a *conceitos integradores da compreensão ética*, como a boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, etc (MARTINS- COSTA; BRANCO, 2002).

Martins-Costa e Branco conferem destaque ao que chamam de “mais saliente característica” do novo Texto Civil: a valorização dos pressupostos éticos nas condutas dos sujeitos seja em razão da proteção da confiança – condição *sine qua non* da vida civil –, seja como mandamento de equidade, ou ainda como dever de proporcionalidade. E explicam: os princípios da lealdade e da boa-fé objetiva constituem a dupla face da confiança, cuja razão de ser é a construção de normas de conduta que impõe deveres àqueles que estabelecem contato social relevante juridicamente, deveres de conduta como os de informação e proteção aos legítimos interesses do *alter* (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002).

Estabelecem assim, uma correlação entre lealdade e boa-fé objetiva que pode ser assim explicada como um arquétipo ou *standart* jurídico que leva os sujeitos a agir com honestidade, lealdade, probidade, ou seja, agindo como um homem reto, de modo a ajustar-se a esse arquétipo, o que faz da boa-fé objetiva uma norma de comportamento leal. Em suma:

A boa-fé objetiva vem posta como princípio cardeal do moderno Direito das Obrigações, sejam estas civis ou comerciais, como emanção da confiança que deve presidir o tráfico jurídico, entendendo Mário Júlio de Almeida Costa que “as exigências pragmáticas do tráfico jurídico e uma legítima aspiração a um direito objectivamente justo postulam que não se atenda apenas à intenção ou vontade do declarante, mas também à sua conduta e à confiança do destinatário”. (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p.133-134).

Nesse pensar, indo além da sua função de norma de conduta, a boa-fé objetiva fornece, também, um critério de interpretação dos negócios jurídicos, e uma norma impositiva e limites ao exercício de direitos subjetivos. Assim, partindo da necessidade de confiança no domínio das obrigações, de grande relevo nos deveres de lealdade e boa-fé objetiva é o fato da norma de conduta operar defensiva e ativamente, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos decorrentes do *dever geral de colaboração* que domina todo o Direito das Obrigações (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002).

Observa-se que, nas relações contratuais exige-se uma atitude positiva de cooperação, sendo a boa-fé fonte normativa de deveres de comportamento que reveste todas as fases do contrato. Logo, seja na fase de sua conclusão (abrangendo a fase das tratativas, uma vez que se considera a obrigação como um processo), seja na sua execução. (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002). Senão, veja-se:

Assim, conquanto não esteja expresso na *littera* do Código o dever de ser observada a conduta segundo a boa-fé também na fase das tratativas negociais, e, quando for o caso, no período pós-contratual, há de ser compreendida a sua extensão também a esses períodos, em razão da própria natureza de cláusula geral que reveste o art. 422 e do cunho eminentemente prospectivo que está no cerne desta técnica legislativa. (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 135).

Nesse escólio, a doutrina concorda que, em desdobramento ao princípio da boa-fé, como será melhor exposto no capítulo seguinte, há que se observar também a presença no art. 422 do princípio do *venire contra factum proprium*. Sendo certo da sua incidência tanto na fase da execução, como também na fase pré-contratual no qual ocorrem as chamadas “negociações preliminares” (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p.135).

Seguem os autores consagrando o instituto do *venire contra factum proprium* como de particular relevância às obrigações contratuais, uma vez que traduz o mandamento geral de que é injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter*.

Explicam que o fundamento do *venire* consiste em proibir comportamentos que, tendo seguido em determinada direção, altere-se, posteriormente, em prejuízo alheio, servindo como um freio àquele que age em contradição com o que havia anteriormente aceitado (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 137).

Abarca ainda o *venire* casos nos quais verifica-se a omissão, por parte de um parceiro contratual ou pré-contratual, em informar adequadamente a contraparte acerca de postos que seriam essenciais à perfeita formação do consentimento, para vir o autor do ato, posteriormente, buscar esquivar-se à realização do combinado, “justificando” o eventual pedido anulatório, ou resolutorio, ou a sua retirada das negociações justamente pela ausência de providências que teriam sido adotadas pela contraparte, se devidamente informada. (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p.137).

Concluem os aludidos doutrinadores que no novo Código Civil brasileiro a equidade torna-se efetivamente, *direito positivo* sendo cabível, portanto, à jurisprudência ampliar o seu conteúdo e efetuar sua aplicação. Ante a função social e a boa-fé, resta consagrado, portanto, no novo Código a diretriz constitucional da *solidariedade social*, como um dos “objetivos fundamentais da República”. (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002).

A função social do contrato, que sem dúvida, resta próxima do sentido de boa-fé ganha, assim, uma nova concepção que não se restringe mais a entender a liberdade como uma “exceção” a um direito absoluto, mas como integrativa do próprio direito, como um valor operativo, que não só visa interpretar os contratos, mas integrar a sua essência (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002).

Destaca-se, também, a presença da boa-fé em outros dispositivos do Código Civil, como, por exemplo, o art. 113 que ensina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Em outras palavras, o dispositivo coloca que a boa-fé deve ser interpretada no sentido objetivo da declaração, no qual os contratantes estão dentro de uma regra de lealdade e correção, devendo a interpretação se concentrar naquilo que o destinatário da declaração pode honestamente compreender em face do contexto negocial.

Da aludida regra, percebe-se, portanto, que não se admite que alguém venha a negar seus próprios atos, sendo a melhor interpretação da boa fé, a conduta e comportamento das partes na observância ao negócio jurídico.

No mesmo sentido é o art. 112, ao destacar que a intenção das partes no momento das declarações de vontade possuem demasiado valor se comparadas ao sentido literal da linguagem, revelando a intenção do legislador em buscar a real interpretação do contrato, buscando sua essência.

3 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS DIREITOS DAS OBRIGAÇÕES

3.1 A boa-fé como cânone hermenêutico- integrativo

À priori, cumpre esclarecer que a boa-fé são, tradicionalmente, imputadas três diferentes funções: a) função cânone hermenêutico-integrativo do contrato; b) função de norma de criação de deveres jurídicos e c) função de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

A primeira dessas funções, a de cânone hermenêutico-integrativo é dentre as três funções da boa-fé, a mais conhecida, isso se justifica, pois atua a boa-fé em muitos casos como *kanon* eficiente no preenchimento de lacunas das mais variadas espécies, uma vez que a relação contratual é rodeada de acontecimentos nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes (MARTINS-COSTA, 2000).

A função integradora resulta na exigência às partes de certos comportamentos que, ainda que não retirados de disposições legais ou das cláusulas pactuadas, passam a ser exigíveis a partir da boa-fé, tornando-se essenciais ao próprio contrato com vistas à plena produção dos efeitos esperados. A doutrina assim coloca:

Como mandamentos de cooperação intrasubjetiva e de consideração aos interesses do parceiro contratual a boa-fé provoca um aumento dos deveres, isto é, a sua “otimização” [...] a concreção que deve presidir a aplicação da boa-fé como mandamento de consideração, pois o relativo “peso” dos deveres ata-se, de modo incindível, à natureza do contrato e às concretas circunstâncias no qual é concluído e desenvolvido. (MARTINS-COSTA, 2002, p. 202).

A atuação da boa-fé nesses moldes ocorre de forma a propiciar um “plano legal de ordenação do contrato”, isto é, possibilita ao juiz um molde de apoio ao interpretar a intenção do legislador. Logo, a boa-fé apresenta-se como uma regra objetiva que concorre para determinar o *comportamento devido* tanto as partes que devem considerar os interesses da contraparte nas negociações, comportando-se com vistas a otimizar a sua concretização, bem como ao juiz que deve se atentar as circunstâncias relevantes para o contrato, buscando o seu fim social. Em outras palavras, o julgador deve interpretar as normas jurídicas positivas, bem como as contratuais sempre sob a ótica da boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA, 2000).

Lado outro, a doutrina pontua como relevante considerar que se a função otimizadora da boa-fé opera sob interpretação e integração de lacunas do contrato, esta deve ser compatível com os fatos e as demais normas do sistema, isto é, o conjunto do

sistema, sob pena de acabar por esquecida a verdadeira finalidade do contrato. (MARTINS-COSTA, 2002, p. 209).

Nesse pensar, o sucesso da aludida técnica depende da interpretação das normas contratuais em seu *conjunto significativo*, considerando o juiz os direitos e deveres colocados para a consecução de certa finalidade e da função social que lhes é posta.

Martins-Costa destaca a responsabilidade do juiz em considerar todas as circunstâncias envolvidas na relação contratual, ou seja, o complexo de normas contratuais, bem como os módulos valorativos do sistema, expressos em princípios

– auto-vinculação, auto-responsabilidade, função social, equilíbrio e boa-fé –, de modo a não permitir que o contrato acabe por atingir finalidade oposta ao fim econômico-social que se vincula. Em consequência, são criados os chamados deveres secundários de prestação (MARTINS-COSTA, 2000, p. 432).

Ademais, frisa-se que a função integradora da boa-fé funciona, igualmente, a permitir a sistematização das decisões judiciais, quando substitui a utilização de outros princípios ou noções como a vedação ao enriquecimento sem causa, o abuso de direito, o princípio da solidariedade social, a equidade, dentre outros, cuja característica familiar a todos é a generalidade que, na boa-fé objetiva assume a “exigência de encontrar uma noção operativa dotada de um real valor prático” (MARTINS-COSTA, 2000).

Em resumo, a doutrinadora conclui que a utilização da boa-fé como simples manifestação da ética seria de pouca utilidade, vez que revelaria somente a extensão dos poderes conferidos ao juiz, não fornecendo qualquer conteúdo substancial. Assim, a autora tem-se referido à boa-fé como:

mais do que apelo à ética, é noção técnico-operativa que se especifica, no campo de função ora examinado, como o *dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes*, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criado (grifo do original) (MARTINS-COSTA, 2000, p. 437).

Conclui-se, portanto, que a boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo se presta a oferecer suporte ao juiz quando este não encontra amparo na lei ou no contrato,

autorizando-o a fazer uso de valores outros a fim de otimizar a relação contratual visualizada em sua totalidade, buscando a satisfação dos interesses globais envolvidos.

No sentido interpretativo, por sua vez, visa-se determinar o conteúdo de uma cláusula, esclarecer o sentido de um termo ou expressão vagos, de modo a delimitar os direitos e deveres de cada contratante, podendo, igualmente, ser aplicada pelo julgador quando do contrato tiver origem algum litígio.

Nesse pensar, ultrapassa-se a noção de mera subsunção do fato à norma, e passa o julgador a identificar e interpretar as características do caso concreto para, em seguida, construir o conteúdo da norma aplicável ao caso em particular.

Cumprido ressaltar, entretanto, que o juiz não o fará de modo a modificar a essência da relação obrigacional, mas com vistas a valorizar o significado objetivo das expressões e estipulações dos contratantes.

No que diz respeito ao contrato individual de trabalho, mais especificamente, a função interpretativa considera que o trabalho, fazendo parte dos fundamentos da ordem econômica, deve ir além da vontade dos contratantes, uma vez que repercute no âmbito social. Nesse sentido pontua Barakat:

O fim social do contrato de trabalho tem como núcleo a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cujo objetivo é assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade, livre concorrência e busca pelo pleno emprego (Constituição, art. 170). Em outras palavras, aquele que, para desenvolver a atividade econômica beneficia-se do labor do trabalhador, forma com este um contrato de trabalho, já que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, observado o princípio da busca pelo pleno emprego. Acresça-se, ainda, [...] que aquele que desenvolve atividade econômica, assume o risco do empreendimento; ou seja, atividade econômica e risco estão umbilicalmente ligados, sendo que a função hermenêutico-integrativa da boa-fé permite, conforme o caso concreto, organizar esses elementos, de modo a concluir que aquele que desenvolve atividade econômica assume o risco desta, e, ao beneficiar-se do trabalho do ser humano, de forma pessoal e permanente, para a consecução desta atividade, celebra com este contrato de trabalho, pois, por intermédio da atividade econômica

deve-se buscar o pleno emprego e valorizar o trabalho humano. Observe que a função hermenêutico-integrativa da boa-fé, no âmbito do Direito do Trabalho, prescinde absolutamente da vontade individual das partes, buscando, em verdade, a vontade social, espelhada nos princípios, sobretudo constitucionais (BARACAT, 2003, p. 184).

Em conclusão, a interpretação e integração do contrato de trabalho, de acordo com a boa-fé significa nortear o comportamento das partes de acordo com a finalidade e função social da correspondente relação jurídica, considerada além da dialética crédito – direito do empregador de dispor da mão de obra – e débito – dever do empregado de prestar o trabalho –, mas como um conjunto de direitos e deveres no qual os contratantes visam uma finalidade comum. Senão:

A função interpretativa- integrativa da boa-fé auxilia o operador do Direito do Trabalho a, diante do fato concreto, qualificar a natureza da relação jurídica existente, como também preencher as lacunas existentes desse mesmo vínculo (BARACAT, 2003, p. 183).

Assim, ambas as funções determinam que as partes ajam com lisura, lealdade, cooperando mutuamente para a finalidade do pacto que firmaram, bem como para que se atinja a finalidade maior do contrato, buscando o seu fim social.

3.2 A boa-fé na função criadora de deveres

Conforme se analisou em tópico anterior, a função integradora da boa-fé, com vistas a proporcionar o fiel atendimento à finalidade dos contratos, autoriza o juiz a fazer cumprir o dever de respeito à confiança recíproca. Por conseguinte, conduz à outra função da boa-fé, qual seja, aquela na qual imputa-se às partes deveres outros, que não as obrigações principais ou acessórias, mas deveres não expressos nos contratos: os *deveres instrumentais*.

Em primeiro, importa esclarecer que aludidos deveres possuem três possíveis origens: a) a cláusula contratual; b) a lei *ad hoc* ou c) a boa-fé objetiva. Esses deveres podem ser autônomos a relação principal, como “deveres de cooperação” e “proteção dos recíprocos interesses”, ou se dirigirem a ambos os envolvidos no contrato, como, por exemplo, os

deveres de cuidado, providência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte ou deveres de omissão e de segredo (MARTINS-COSTA, 2002). Nas palavras de Araújo:

As partes devem corresponder à expectativa de probidade, confiança e lealdade também no que se refere às obrigações acessórias, caracterizados da seguinte forma: “quem dá os fins fornece os meios”. (ARAÚJO, 1996, p.37)

Como se pode perceber, os deveres instrumentais se prestam a colaborar para a realização positiva do fim contratual, de modo a proteger ambas as partes de riscos de danos. Senão, veja-se:

Trata-se, portanto, de “deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação”. Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida (MARTINS-COSTA, 2002, p.440).

Tratam, pois, os deveres de correção e de boa-fé como cerne da relação obrigacional, funcionando como requisitos de conduta, seja nas obrigações principais, seja nas obrigações colaterais de cooperação e proteção dos recíprocos interesses econômicos. Mencionada afirmação faz concluir, que a boa-fé, ensejando a criação de deveres instrumentais, torna exigíveis não só os direitos que derivam do contrato, mas também outros que visam a otimização da relação obrigacional, independente da vontade das partes (MARTINS-COSTA, 2002).

Por fim, resta claro que os deveres instrumentais garantem a plena observação da relação contratual, mas não exclusivamente, uma vez incidirem também na fase pré-contratual, como será apresentado no próximo capítulo. Prestam-se, enfim, a atingir a finalidade do contrato através da adoção de deveres de comportamento.

Lado outro, importa destacar que os deveres instrumentais não são dotados de conteúdo fixo, mas concretizam-se a partir de pressupostos verificáveis no caso concreto, de maneira a empenhar a eficácia do contrato, e não apenas a sua existência: “Daí seu já aludido caráter proteifórmico e transformista, dependendo o seu surgimento e a sua superação “da situação material concreta, com emanações do princípio da boa-fé” [...]” (MARTINS-COSTA, 2000, p.450).

Nesse sentido, a doutrina firma posição concluindo que a simples inexistência de artigo expresso da boa-fé no nosso direito das obrigações, diferente do que ocorre no BGB alemão, não prejudica a sua aplicação, já que a boa-fé consubstancia “proposição jurídica com significado de regra de conduta”, sendo aplicada diante de “necessidades éticas essenciais ainda quando falte disposição legislativa expressa” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 446).

Em resumo, os deveres secundários por não significarem prestações específicas, não identificáveis com antecedência, e, portanto, impossível que o credor exija o seu cumprimento, tendo como fundamento único o princípio da boa-fé e, por isso, só são identificáveis diante do caso concreto. Ademais, é pelo mesmo motivo, que não há a necessidade dos aludidos deveres constem expressamente da lei ou do contrato, pois decorrem do princípio da boa-fé objetiva e independentemente da regulação voluntariamente estabelecida, pois busca-se aqui não somente o adimplemento, mas exige-se uma relação de cooperação mútua entre as partes (BARACAT, 2003).

3.3 A boa-fé como limite ao exercício de direitos

Discorreu-se até então, acerca da função de cânone hermenêutico-integrativo e a função de criação de deveres de conduta, por suposto assim, partir-se-à a exposição da última das funções da boa-fé, qual seja, a função limitadora ao exercício de direitos.

Pois bem, é evidente que a criação deveres para uma ou ambas as partes da relação obrigacional, poderá do mesmo modo, fazer surgir uma limitação ou restrição a algum direito, motivo pelo qual figuras como o abuso de direito e a *exceptio doli* são conhecidas. Contudo, em que pese sistematizar casos de inadmissibilidade do exercício de direitos, são ainda marcadas pela característica subjetivista que carregam. É por esse

motivo que a tendência em utilizar-se da boa-fé em tais situações, tornam o princípio menos fluido e de acentuado caráter técnico (MARTINS-COSTA, 2000).

Mais uma vez, a doutrina faz questão de ressaltar que a tendência acima tratada persegue a necessidade de isolar a boa-fé como norma técnica dotada de um específico domínio de aplicação. Explica que se assim não fosse, a boa-fé seria apenas norma de padrão ético, aproximada da noção de equidade ou abuso de direito, cláusula geral esvaziada de conteúdo substancial e específico (MARTINS-COSTA, 2000, p. 456).

Por assim ser, importa a demonstração da constatação de que o contrato já não mais é entendido sob a ótica única da autonomia da vontade, traduz, ainda, relação de cooperação entre as partes, guiado pela sua função social.

Nesse escopo, a consideração do princípio da boa-fé como máxima de conduta ético-jurídica, remete a teoria dos atos próprios que consiste na premissa de que não é lícito pretender fazer um direito que interpretado objetivamente segundo a conduta anterior contrarie a lei, os bons costumes ou a boa-fé (ARAÚJO, 1996).

Desdobrando-se em duas vertentes, a teoria dos atos próprios, contém a regra *tu quoque* que caracteriza-se pela impossibilidade de exigência do cumprimento integral da obrigação pela parte que se encontra em posição jurídica criada mediante uma conduta ilegal (ARAÚJO, 1996). Menezes Cordeiro considera essa fórmula uma expressão da boa-fé objetiva, veja-se:

A materialização da regra *tu quoque* decorre do fato de que “fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 461).

O que se percebe é a existência de uma coibição do abuso, da contraditoriedade, do aproveitamento da própria torpeza ou ilicitude, levando ao um *sinlagma*, que indica a existência “de uma estrutura final imanente ao contrato, com dependência genética, condicional e funcional de dois deveres de prestar primários interligados”, compondo um conjunto de equilíbrios recíprocos que deve ser mantido, não se permitindo atos que o desequilibram (MARTINS-COSTA, 2000).

Ademais, o *sinagma* e a regra do *tu quoque* se relacionam na medida em que o primeiro ao traduzir a exigência de deveres contrapostos que devem coexistir em equilíbrio, a violação a um desses deveres, significa violação ao *sinagma*, estrutura importante nos contratos bilaterais.

Lado outro, a partir da noção de confiança, compreende-se como segunda vertente da teoria dos atos próprios, a violação do *venire contra factum proprium*: instituto que consiste na proibição ao exercício de uma posição que confronte diretamente com um comportamento anteriormente formulado. A doutrina então observa que na aplicação do *venire* a tarefa de delimitar o âmbito de proibição do princípio é complexa, uma vez que não se pode vedar absolutamente as contradições humanas, sendo, portanto, exequível proibir apenas o comportamento contraditório a algum interesse digno de tutela jurídica que proteja a *relação de confiança recíproca* necessária ao desenvolvimento do negócio (MARTINS-COSTA, 2000, p. 470).

Percebe-se que o fundamento do instituto é a manutenção da palavra dada, ligada a concepção de lealdade e confiança, que não significa somente obrigar-se subjetivamente, mas vincular uma conduta com o significado que ela produz na contraparte.

Em assim sendo, o *venire contra factum proprium* serve de molde a certos requisitos de conduta que serão revelados diante do caso concreto, em certas circunstâncias, e pela finalidade do contrato, incidindo, portanto, quando existindo um *factum proprium*, do qual decorre um benefício, ou a sua expectativa, para a contraparte, ocorrendo em seguida uma contradição pelo autor do *factum proprium*. A doutrina explica que dá-se quando uma parte manifesta a intenção, em termos que não a vinculem, de praticar determinado ato, e posteriormente, não o faz, incidindo o *venire contra factum proprium* não com vistas a preservar a conduta inicial, mas sancionar a violação objetiva do dever de lealdade para com outrem (MARTINS- COSTA, 2000, p. 471).

Segundo Menezes Cordeiro: “um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas.” (CORDEIRO, 2013 p.756).

Em conclusão, importa destacar que o fundamento técnico-jurídico do *venire* consiste na proteção da confiança do outro sujeito da obrigação, vindo a concretizar-se pelos seguintes elementos: a) a atuação de um fato gerador de confiança; b) a adesão da contraparte –

confiança; c) o fato da contraparte exercer algum ato em razão dessa confiança e d) prejuízo para quem confia, em razão de comportamento contraditório (MARTINS-COSTA, 2000).

No fundo, todos os desdobramentos da teoria do abuso de direito são abrangidos pelo princípio da boa-fé, exercendo seu papel e revelando seu alcance no caso concreto, funcionando como norma diretiva de conduta.

4 A BOA-FÉ NA FASE PRÉ-CONTRATUAL E SUA APLICAÇÃO À RELAÇÃO DE EMPREGO

4.1 A boa-fé na fase pré-contratual

Depois de esclarecido os diferentes papéis da boa-fé, e o seu papel fundamental à execução do contrato, cumpre observar a sua aplicação à fase pré-contratual.

Entende a doutrina que a boa-fé na fase pré-contratual atua em um espaço que pode ser denominado de “ainda-não-contrato”, uma vez que inexistente, ainda, vinculação contratual entre as partes, mas apenas “trato”. Logo, por certo, ainda não há vinculação contratual, contudo, pode haver vinculação obrigacional, se reunidas algumas condições (MARTINS-COSTA, 2000, p. 481). Nas palavras de Costa:

Antes da soldagem dos negócios jurídicos da proposta e da aceitação, a ser realizada nos termos postos pela lei – e o elemento “recepção” sendo essencial à eficácia da declaração, porque é justamente o que vai colar as duas declarações unilaterais, transformando-as em bilaterais -, não há, pois, contrato. Pode haver, isto sim, relação de trato, pode haver “proposta a receber proposta”, que é negócio jurídico unilateral (MARTINS-COSTA, 2000, p. 483).

Com vistas a delimitar o que se chama de vinculação obrigacional, cumpre apontar a proposta e a aceitação como pontos de partida. Pois bem, a proposta deve conter os atributos da firmeza, seriedade e completude, isto é todos os elementos essenciais à formação do negócio: preço, objeto, condições. Por sua vez, a aceitação consiste em uma declaração receptícia dirigida ao proponente, ou em atos de cumprimento e de

utilização. Importa destacar, ademais, que tanto a proposta, quanto a aceitação são negócios jurídicos unilaterais e essenciais à formação do negócio (MARTINS-COSTA, 2000).

Nesse ponto explica a doutrina que, ao iniciar uma negociação contratual, as partes o fazem de modo voluntário e consciente de que tal atuação levará a um contrato, estando, portanto, em uma situação desejada por ambos, fazendo sentido, por ser recíproca, sendo a ideia de contrato algo possível, não permitindo atitudes estranhas ou nocivas à sua formação (CORDEIRO, 2013, p.538).

Ocorre que, antecedente aos momentos da proposta e aceitação, é possível verificar-se um período de tempo que revela uma fase negociatória antecedente – a *fase formativa do contrato* –, na qual há que se falar em dois diferentes momentos: a formação progressiva do acordo; e a fusão das declarações negociais (MARTINS- COSTA, 2000).

De fato, as relações contratuais podem se formar através dos contatos sociais relações que se estabelecem no mundo jurídico entre pessoas que objetivam o mesmo fim, sem integrar relações contratuais – chegando-se a situações obrigacionais sem que ainda sejam postas a proposta e a aceitação (CORDEIRO,2013).

Destaca a doutrina que o mandamento de que credor e devedor procedam com a boa-fé deriva de dois importantes pontos, a saber: a complexidade intra- obrigacional e a violação positiva do contrato. O primeiro ponto traduz a ideia de que o vínculo obrigacional não se resume a cumprir os deveres de uma pretensão creditícia, mais do que isso, possui elementos jurídicos dotados de autonomia pertencentes a uma realidade composta (CORDEIRO, 2013, p. 586).

Entende, portanto, o vínculo obrigacional como um “organismo” porque abrange inúmeras pretensões, presentes ou possíveis para o futuro, tendo um sentido global, não se resumindo aos elementos que a compõe, mas transcendendo- os (CORDEIRO, 2013, p. 587).

O segundo ponto, por sua vez, compreenderia todas as violações culposas de uma vinculação que não pudessem integrar nem a impossibilidade, nem a mora do devedor, ou seja, revela uma aproximação com a teoria dos deveres acessórios, sendo assim a boa-fé chamada a determinar as prestações secundárias, bem como delimitar a própria prestação principal (CORDEIRO, 2013).

A partir de então dá-se início à fase formativa do contrato à qual, é cabível atenção, pois é nesse momento que ocorre a troca de acordos parciais, minutas, consentimentos

e propostas ainda não definidas e aceitas, pactos de preferência, cartas de intenção, sendo necessário investigar se tais atos são dotados de eficácia negocial típica, eficácia obrigacional somente, ou de nenhuma eficácia jurídica, já que os fatos indutores da responsabilidade pré-contratual situam-se nessa fase que antecede a celebração do contrato (MARTINS-COSTA, 2000).

Nesse sentir, percebe-se que o período de formação do contrato envolve interesses que se colocam em conflito, estando de um lado o *interesse da liberdade negocial*, consubstanciado na vantagem dos negociadores conservarem a sua autonomia até a formação do contrato, e de outro o *interesse de fomento da boa-fé e da proteção da confiança* manifestado através das expectativas criadas durante a fase pré-contratual (MARTINS-COSTA, 2000).

É nesse cenário que se vislumbra a responsabilidade derivada da ruptura das negociações, momento no qual a ruptura injustificada e a confiança legítima se contrapõe. De acordo com Martins-Costa, ocorre a ruptura injustificada quando um dos sujeitos do negócio age de modo desleal de um ponto de vista objetivamente averiguável, frustrando negociação que se desenrolava normalmente. Lado outro, por confiança legítima tem-se a expectativa de que a negociação seja conduzida seguindo parâmetros de probidade e seriedade, devendo, para ser legítima, funda-se em dados objetivamente concretos e inequívocos (MARTINS-COSTA, 2000, p.484).

Vale asseverar que a análise deve ser minuciosa nesses casos, de modo a tornar claro se aplicável à responsabilidade pré-contratual. Senão:

Como se vê, é somente da análise do caso, de suas concretas circunstâncias, e à vista dos particulares elementos, objetivos e subjetivos, que o compõem é que se poderá determinar se é caso, ou não de responsabilidade. Além do mais, para saber se esta já é propriamente contratual, ou ainda pré-contratual, o esforço doutrinário inclina-se à percepção de suas “fases”, as quais são detectáveis “atendendo ao alcance ou conteúdo dos actos que o integram e, conseqüentemente, ao diverso significado de que se revestem na ponderação dos interesses há pouco equacionados”, o que equivale a dizer que os atos em exame devem ser equiparados a atos dotados de eficácia negocial típica, ou eficácia obrigacional, ou, ainda, dissociados de toda a eficácia jurídica, “ em função da confiança que criam na contraparte e do correspondente grau de autonomia da vontade

que se justifica reconhecer aos seus autores (MARTINS-COSTA, 2000, p. 484).

Cumpra-se atentar para o fato de que a responsabilidade nessa fase deve ser bem aplicada, de modo a incidir quando há a ocorrência de dano comprovado e a presença de nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente, elementos inerentes à responsabilidade civil, sendo imprescindível que determinado ato tenha sido capaz de gerar confiança legítima na outra parte, explica Martins-Costa:

A existência de negociações, qualquer que seja a sua forma, antecedentes a um contrato; a prática de atos tendentes a despertar, na contraparte, a confiança legítima de que o contrato seria concluído; a efetiva confiança, da contraparte; a existência de dano decorrente da quebra desta confiança, por terem sido infringidos deveres jurídicos que a tutelam; e, no caso da ruptura das negociações, que esta tenha sido injusta, ou injustificada – aí estão, sinteticamente postas, as condições da responsabilidade pré-negocial (MARTINS-COSTA, 2000, p. 485).

É desse modo que, segundo Menezes Cordeiro, os deveres prévios a celebração do contrato ganham uma pré-eficácia contratual, pois tendo havido contrato, têm eles natureza contratual também (CORDEIRO, 2013).

4.2 A boa-fé na fase pré-contratual aplicada a relação de emprego

Como visto no capítulo antecedente, com prudência, aplica-se a boa-fé objetiva à fase pré-contratual, tendo em vista o princípio da confiança que permeia as relações obrigacionais.

Nesse sentir, ao entender o contrato como um conjunto de atos coordenados que expressam a livre vontade das partes em contratar para algum fim específico e determinado, há que se considerar que na fase pré-contratual do contrato de trabalho, da mesma forma que nos contratos da seara civilista, existe uma fase que antecede a formação do contrato, sendo composta pela apresentação das condições gerais da vaga de emprego; o convite da empresa ao candidato para participar do processo seletivo e o próprio processo

seletivo, representando fases de uma negociação que tem por objeto realizar um contrato de emprego. Logo, na fase das tratativas, os contraentes inauguram expectativas de efetivação contratual.

Nesse sentido, quando for possível verificar que uma das partes nutre a certeza ou a confiança legítima na conclusão do contrato em razão de atos praticados pela outra parte que age explicitamente de modo a permitir que essa confiança se forme, haverá significativas implicações. É nesse ponto que encontra-se a responsabilidade pela ruptura das negociações, ponto que passa-se agora a discutir.

Nessa via, haverá responsabilidade pela ruptura do negócio quando uma das partes dá ensejo à ruptura do trato sem justo motivo, ou seja, não expõe razão legítima para a dissolução do negócio, ocorrendo a simples ruptura do contrato sem a ocorrência de nenhum fato extraordinário que motive os contratantes a romper o negócio, configurando verdadeira violação do dever de confiança e de certeza que os contraentes depositam na realização do contrato (SOARES, 2010).

Aduz a doutrina que para ocorrer a responsabilidade pela ruptura das tratativas é necessário que os contratantes tenham estabelecido discussões sobre elementos essenciais do contrato (SOARES, 2010, p. 313).

Em suma, há um estágio formativo que precede ao contrato, sendo possível a partir da análise do caso concreto, observar o nível de envolvimento negocial ocorrido entre as partes com vistas a caracterizar o abuso de direito.

Pois bem, em primeiro, importa destacar que a ruptura injustificada das negociações para implicar em responsabilidade pré-contratual precisa ser ilegítima, arbitrária, intempestiva, sem justa causa, como um comportamento desleal.

Nesse cenário, aduz Mário Júlio de Almeida Costa que o dano sofrido pela contraparte, em função do rompimento arbitrário, deve ser reparado, desde que presentes alguns requisitos essenciais para que fique caracterizada tal responsabilidade, quais sejam: i) a existência de negociações; ii) a certeza ou confiança legítima na conclusão do contrato; e, iii) a violação da boa-fé objetiva por meio do rompimento injustificado das negociações (COSTA, 1984).

De fato, nesses casos, essa confiança tem origem em atos e fatos externalizados de modo induzir o prosseguimento do contrato como, por exemplo, o incentivo

à realização pelo outro pactuante de gastos extraordinários para dar continuidade ao negócio, ou ainda, a dispensa de outras propostas sobre o objeto negociado. Tais acontecimentos são prova da responsabilização pela simples desistência do contrato, tendo em vista que o em que pese haver o direito potestativo de romper com as tratativas, esse direito deve ser acompanhado de justo motivo, devendo, portanto, apresentar uma justificativa razoável, caso contrário poderá ser responsabilizado a arcar com os prejuízos suportados pela parte que agiu de boa-fé. Nas palavras de Soares:

Cabe observar, que mesmo nas hipóteses em que o agente previamente dá conhecimento que despenderá de um gasto extraordinário ou que haverá desistência de outros negócios; para ensejar a responsabilização dependerá de acontecimentos que certifiquem a presença da confiança na realização do negócio (COSTA, 1994: 56). A responsabilização pela ruptura será devida se comprovada que um dos contraentes consultou o outro sobre a sua disposição efetiva de realizar o negócio em momento que antecedeu ao seu ato de empreender uma despesa relevante e extraordinária. É preciso que haja uma justificativa para que, posteriormente, se rompa o negócio sem haver responsabilização pelos prejuízos causados ao outro pactuante (SOARES, 2010, p. 314).

Em resumo, na medida em que se verifica que uma das partes empreendeu seu tempo e dinheiro no desenrolar das negociações empreendidas, em razão da confiança incutida pela outra parte, esta última deverá essa ser responsabilizada quando causar prejuízos, não significando de modo algum que a liberdade e a faculdade de não contratar restaram suprimidas.

Ad argumentandum tantum, é preciso ressaltar que a celebração do contrato de emprego continua totalmente livre, podendo as partes interromper as tratativas, contudo, é imposto limite a esse direito, com vistas a evitar prejuízos e danos, decorrente de falsas expectativas ou comportamento duvidoso, ou fraudulento (ARAÚJO, 1996).

Desse modo, não há dúvidas que a ruptura encontra respaldo no direito potestativo da liberdade contratual, entretanto, quando o exercício desse direito viola de algum modo outro dever jurídico do seu titular, faz surgir para ele outras consequências jurídicas. Isso porque o empregado pode deixar um bom emprego anterior

para assumir, com fundada expectativa, novo emprego, mediante promessa de outro empregador. Segundo Araújo: “Entende-se cabível a indenização por danos efetivamente comprovados, por quebra de confiança decorrente dos chamados comportamentos concludentes” (ARAÚJO, 1996, p. 253).

Fazendo uma análise acerca da liberdade de contratação, verifica-se que esta decorre do direito à propriedade privada, do Princípio da Livre Iniciativa e da Dignidade da Pessoa Humana. Ocorre que princípios colidentes como o do fim social da propriedade, da isonomia, da boa-fé, atuam como limites à liberdade de contratação. Nesse ponto, Chaves, citando a doutrina esclarece: “a liberdade de não contratar é completa, degenerando todavia em culpa quando não se relaciona a uma atitude lícita” (CHAVES, 1956, p. 17).

Nesse diapasão, o rompimento das tratativas tendentes à celebração de um contrato de trabalho, significa o rompimento de uma expectativa legítima que caso não possua respaldo em justo motivo pode ensejar à responsabilização da empresa. Veja-se:

A importância da celebração de um contrato de trabalho, nesse sentido, ressalta ainda mais, já que está em jogo o direito fundamental da pessoa humana ao trabalho, que se encontra indissociavelmente ligado à vida e à dignidade, porquanto sem trabalho é impossível propiciar vida digna para si e sua família. (...) Dessa feita, o rompimento injustificado das tratativas prévias à celebração final de contrato de trabalho pode gerar uma vasta ordem de prejuízos ao trabalhador, parte notoriamente hipossuficiente na relação de trabalho (LEAL JÚNIOR; MARTINS, 2010, p. 19).

Cumprir destacar que em que pese o empregador possuir o direito de retratação da proposta de emprego, não há que se falar em direito absoluto, uma vez que este deve ser motivado, apoiando-se em uma causa legítima, sob pena de torna-se geradora da responsabilidade, por ser abusiva (CHAVES, 1956).

Isso porque, ainda que a liberdade e a autonomia privada confira ao empregador o direito de não contratar, esse direito não pode ser exercido com abuso, ferindo o dever de boa-fé e lealdade contratuais, vez que pela boa-fé objetiva incumbe às partes manter uma conduta honesta e transparente nas relações contratuais. Senão:

No contrato de trabalho, como nos demais contratos, pode haver um período pré-contratual. (...) se os entendimentos preliminares chegaram a um ponto que faça prever a conclusão do contrato e uma das partes os rompe sem um motivo justo e razoável (“culpa in contrahendo”), a outra terá o direito ao ressarcimento do dano causado por esse rompimento (interesse contratual negativo), quando possa provar que, confiando na previsível conclusão do contrato, fez despesas em virtude de tais entendimentos, ou deixou de aceitar outra oferta tanto ou mais vantajosa (MARANHÃO, 1987, p. 219).

Fritz corrobora do mesmo entendimento ao afirmar que ocorre a responsabilidade pré-contratual pelo rompimento imotivado das negociações em situações em que uma das partes após despertar na outra a certeza de que o negócio será concluído, em momento seguinte, rompe com a negociação sem motivo justo, de modo desleal, contrariando obviamente o dever de lealdade e consideração pelos bens e interesses de outrem, ideia própria da boa-fé objetiva (FRITZ, 2009, p. 11).

Importante destacar que o contrato de trabalho possui um viés existencial, uma vez que parte de uma realidade social, qual seja: a situação em que alguém busca por meio lícito obter os meios necessários para o sustento próprio e de sua família. Assim, das negociações próprias desse contrato surge, através do comportamento objetivo das partes, a confiança de que o contrato será celebrado, criando, portanto, deveres para as partes, sujeitando-as a responsabilidade pelos prejuízos que possa causar à parte que confiou de boa-fé.

Posto isso, acertada é a conclusão de que a responsabilidade pré-contratual não se vincula à existência ou não de um contrato, uma vez que se aplica a fase das tratativas, vez que o dano pode decorrer, justamente, da não-contratação do trabalhador.

O que ocorre é a reprovação pelo fato de um dos contratantes ter feito nascer no outro uma legítima expectativa de que o contrato seria concluído, e não simplesmente do fato da tratativa ter sido rompida. Pontua Martins-Costa: “O que se indeniza, é bom reiterar, é a confiança iludida” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 495).

Tem-se, assim, que o agir com base na boa-fé comporta-se como fonte de obrigação, a partir do momento que surge para as partes confiança objetiva na outra. Para a doutrina, no próprio conceito de boa-fé objetiva há a confiança como elemento

essencial, exigindo a lealdade, probidade e correção daquele que entrou em relações negociais.

Em resumo, se é verdade que as funções da boa-fé objetiva apresentam-se aptas a municiar as relações jurídicas de instrumentos de proteção que impeçam o abuso do direito de não contratar, não é menos verdade que sua efetividade imediata, no mundo fático, continua subjugada à vontade ou, como pugna a boa-fé objetiva, à retidão do empregador. Esta efetividade depende da adoção de uma cultura de respeito à pessoa humana, de parceria contratual e de preservação da confiança.

Nesse diapasão, com vistas a salientar demais possibilidades de incidência da boa-fé na fase pré-contratual, passa-se agora a descrever diversas situações que podem ocorrer na fase pré-contratual, fazendo incidir a boa-fé.

Em primeiro, há que se falar na hipótese de dois contratantes encontrarem-se na fase das tratativas, e o contrato vir a ser celebrado com terceiro alheio as negociações. Nesse caso questiona-se se haveria para a parte que está em negociação um direito de preferência na realização do contrato.

A resposta a essa indagação se vislumbrada sob o enfoque legalista, certamente concluiria que não há previsão de direito de preferência durante as tratativas, contudo, sob o enfoque do princípio da boa fé, em virtude do dever de lealdade, o negociante, durante a celebração das tratativas, deve informar a outra parte acerca da existência de terceiro interessado, com vistas a proporcionar o direito de preferência ao contraente que entabulou as primeiras negociações, oferecendo-lhe as mesmas condições (SOARES, 2010).

Em resumo, cumpre a qualquer dos contratantes informar ao outro que está de boa-fé e nutre expectativas durante as tratativas, da existência de um terceiro ofertando uma proposta com melhores condições, para que este possa oferecer as mesmas condições ou então facultar o seu rompimento.

Podem ocorrer ainda, tratativas paralelas e simultâneas, contudo, nesses casos devem todos os negociantes estar cientes de que estão sendo realizadas negociações simultâneas, ou seja, que não há exclusividade entre eles. Isso se justifica, pois as partes podem despender gastos extraordinários com vistas à concretização do negócio, e somente agindo assim estará o contratante em conformidade com o dever de lealdade advindo do princípio de boa fé (SOARES,2010).

Importante destacar, dessa forma, que há sempre de se verificar o grau de complexidade em que se encontram as negociações, bem como a expectativa já criada no outro contraente em concretizar o negócio. Para tanto, considera-se a noção de espaço-tempo e a realização de despesas efetuadas durante a negociação do acordo, sendo responsabilizado aquele que inseriu a confiança na realização do contrato e sem justo motivo o rompe.

Lado outro, o direito à informação, também constitui possibilidade de incidência da boa-fé objetiva, porquanto se tem o dever de informar como uma obrigação legal, baseando-se no dever de cooperar, desde a etapa das tratativas.

Vê-se que o dever de informar encontra-se presente nas relações obrigacionais, traduzindo-se no conhecimento prévio do teor contratual, de modo que toda a informação deve ser clara, adequada e veraz com vistas a atender a dever contratual que enseja expectativas recíprocas para o seu aperfeiçoamento (SOARES, 2010).

Assim, quando qualquer dos contratantes informa um conteúdo que não corresponde à realidade fática viola o dever de informar que é um dos elementos afirmadores do princípio da boa-fé.

Vale ressaltar que a espécie de dados fornecidos por um dos contraentes deve não corresponder à realidade sob a ótica substancial do negócio, ou seja, caso as informações correspondam a fatos secundários, que não sejam importantes para as tratativas e a ratificação do objeto contratual, não haverá violação relevante (SOARES, 2010).

Nesse pensar, há que se atentar também, ao direito à informação, como outra hipótese de incidência da boa-fé na fase pré-contratual, tendo em vista que podem existir contratos em que as cláusulas e condições estabelecidas devem permanecer em sigilo devido a sua complexidade e sistemática.

Em assim sendo, a violação do dever de sigilo nesses casos prejudica um dos contratantes, pois permite a terceiros ter conhecimento de informações que apenas os contratantes teriam acesso, podendo, ainda, ser o sigilo condição para a formação do próprio contrato e sua violação criar o dever de responsabilizar pelos prejuízos suportados pela parte contrária, vez que o dever de sigilo durante as tratativas seria condição para o próprio estabelecimento do contrato (SOARES, 2010).

Ante ao exposto, conclui-se que a boa-fé objetiva pode ser invocada em várias situações na fase pré-contratual, servindo como parâmetro para a conduta de ambos os contratantes, criando deveres de lealdade, tudo com o fito de possibilitar a concretização do contrato.

5 CONCLUSÃO

Como destacado ao longo desse estudo, o princípio da boa fé objetiva insere-se nas relações jurídicas obrigacionais determinado um comportamento padrão entre os atores privados que estão em fase negocial para aceitação da proposta.

Sendo certo que é característica própria da fase das tratativas contratuais a incerteza quanto ao resultado das atividades praticadas pelas partes, aquele que inicia negociações com vistas a conceber um contrato não o faz com a certeza de que a seus esforços trará resultados, assume, portanto, o risco de despende tempo e dinheiro sem obter qualquer resultado.

Isso se deve ao fato de que não haver qualquer norma legal que estabeleça o dever daquele que encerra as negociações, de indenizar as despesas em que incorreu a parte contrária, não estando a fase das negociações contratuais sob tutela. Desta feita, aqueles que negociam só tem uma certeza: que é incerta a utilidade das despesas efetuadas.

Nesse sentir, não há no mundo jurídico uma obrigação de contratar, que decorre do simples fato de se ter dado início às tratativas. Ademais, caso tal obrigação existisse, sem dúvida representaria grave limitação à circulação da riqueza e ao estabelecimento de relações econômicas, tendo em vista que a liberdade para negociar – sem que das negociações surja a obrigação de contratar – é fundamental para o incremento e desenvolvimento das relações econômicas.

Nessa via, é inconcebível a consideração da certeza no estabelecimento do contrato como requisito para o início dos pactos, já que dúvidas e incertezas são inerentes aos contraentes no estabelecimento da relação jurídica contratual.

Frisa-se que considerações dessa natureza é que levaram a doutrina e a jurisprudência, tanto brasileira como estrangeira, a negar, durante muito tempo, e alguns autores até hoje, qualquer tipo de responsabilidade pelo fato de um dos contraentes

ter interrompido as negociações entabuladas pelas partes com a finalidade de estabelecerem relação jurídica contratual.

Em conclusão, é perfeitamente concebível considerar o princípio da boa fé como princípio fundamental no estabelecimento e no adimplemento da obrigação, e por essa razão, não poderia operar somente após formado o contrato, vez que somente por estarem negociando, os contratantes já têm estabelecida uma relação social especial, o que em potencial permite que um indivíduo cause danos ao outro.

Assim é evocada a responsabilidade pré-contratual pela ruptura de negociações contratuais com o fundamento na teoria da inobservância da boa fé durante as tratativas, sendo reconhecida a existência de deveres jurídicos especiais para as partes durante a fase das negociações contratuais, a fim de que alguns comportamentos pudessem ser exigidos, como o agir com lealdade e correção.

Conclui-se, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva funciona, para o direito obrigacional, e o direito contratual, como via de concretização da chamada diretriz constitucional da solidariedade social. Nela, a boa-fé objetiva preza pela colaboração recíproca entre os contratantes, em condições de paridade, tudo em razão da realização da pessoa humana e de seu pleno e igual desenvolvimento.

Na seara trabalhista não é diferente, e é nesse contexto que foi abordado o tema da boa-fé objetiva no contrato de trabalho, mas especificamente, buscou-se demonstrar que a boa-fé deve guiar todo o contrato, desde a sua fase prévia, até o momento posterior a sua conclusão, de modo que atitudes desleais não são toleradas, uma vez que a criação da confiança legítima na contraparte gera responsabilidade para aquela que, de acordo com as circunstâncias, permitiu que essa se formasse.

No que tange a ao rompimento injustificado das negociações, mostrou-se que em que pese a autonomia da vontade, no caso do empregador, a liberdade em não contratar, há que se atentar para o fato de que a confiança legítima nutrida por uma das partes, no caso o empregado, deve ser respeitada.

Em assim sendo, caso o empregador faça surgir no empregado uma confiança legítima de contratação, e posteriormente venha a ser quebrada sem justo motivo, certamente, deve-se invocar parâmetros de boa-fé objetiva a fim de evitar aludidos abusos de direito.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A Boa-fé no Contrato de Emprego*. São Paulo: LTr,1996.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense,1959.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra, 1984.
- FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. In: Revista dos Tribunais, ano 98, v. 883, mai. 2009.
- LEAL JÚNIOR, João Carlos; MARTINS, Pedro Henrique Machado. *Da responsabilidade civil pré-contratual do empregador na relação empregatícia*. In: Justiça do Trabalho, A. 27, n. 324, dez. 2010.
- MARANHÃO, Délio. *Contrato de trabalho*. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. v. 1. 10 ed. atual. São Paulo: LTr, 1987.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, 10ª ed. , Rio de Janeiro, v. 3, 1996.
- SOARES, Paulo Brasil Dill. *A Boa-fé como princípio nas relações pré-contratuais*. Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca, A. 14, n.20, p. 311-338,2010.