



Ex-empregado difamado por patrão pode exigir indenização

Introdução

Questão instigante ao operador jurídico diz respeito ao prazo prescricional e à competência material para apreciar os danos manifestados antes e após o contrato de trabalho. É que dentro da adotada teoria dualista e sua *summa divisio*, só é possível o enquadramento da responsabilidade civil em contratual ou extracontratual, não havendo um terceiro gênero (*tertium genus*).

Destarte, para determinar o prazo prescricional e a competência faz-se mister examinar os fundamentos jurídicos da responsabilidade pré e pós-contratual.

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

1. Os fundamentos da boa-fé objetiva e da confiança negocial

Cumprir observar que tanto o dano *pré* quanto *pós-contratual*, geralmente, decorrem não de violação de obrigação principal do contrato, mas de um dever de conduta imanente à figura dos sujeitos do contrato, pautado no princípio da boa-fé. Nesse sentido é a cláusula geral inserta no novo Código Civil:

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

O princípio da boa-fé objetiva excede o âmbito 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 tratativas ou mesmo após a rescisão do contrato. A propósito, Fernando Noronha leciona:

“A parte que nas negociações preliminares procede deslealmente viola deveres que são impostos pelo princípio da boa-fé objetiva e que impõe a não-interrupção injustificada das tratativas, a informação leal, o sigilo quanto a informações recebidas da contraparte e, em geral, a não indução desta em erro. Essa violação impede algumas vezes a realização do negócio; outras, justificam que este venha a ser invalidado. Tanto num caso como no outro, quando a outra parte, com o propósito de se preparar para cumprir o esperado contrato, tiver sido levada a realizar despesas (seja com estudos, projetos e pesquisas, seja até com a aquisição de máquinas específicas ou de elevada quantidade de matéria-prima), ou a abster-se de contratar com outras pessoas, ou mesmo a deixar de realizar outros negócios, terá de ser indenizada” (1).

A indenização decorrente da quebra das tratativas é integral (*restitutio in integrum* – art. 944 do CCB), porém não atende ao interesse do suposto contrato positivo e válido, vez que não se trata de indenizar o valor total do prejuízo oriundo das sucessivas prestações havidas caso a execução do contrato fosse ultimada. Ao contrário, a reparação do dano pré-contratual atende aos interesses negativos, o que vale



dizer: as despesas e prejuízos relativos à frustração da formação do contrato. Importante trazer a distinção feita por Hans Albrecht Fischer:

“Quem pede a indenização do interesse contratual positivo não desiste do negócio jurídico válido, pois reclama, pelo contrário, a sua execução, ainda que em vez do cumprimento efectivo, que se tornou impossível ou perdeu todo o interesse por ele, exija outro objecto, subsidiário da prestação principal: o pedido tem a sua base no contrato ou negócio jurídico válido e perfeito. Por interesse contratual negativo entende-se, ao invés, aquele que se deixa invocar, para efeitos de indemnização, a quem confiou na validade dum negócio que no fim de contas vem a ser nulo, quer em consequência de vício original quer por causas posteriores”(2).

Como se vê, por interesse contratual positivo, abrangem-se todas as consequências da ineficácia de um contrato supostamente válido, enquanto que por interesse contratual negativo se entende o prejuízo com as despesas e a oportunidade imediata que deixou de se ultimar (perda de uma chance) em face da frustrada quebra ou vício do contrato por uma das partes.

O fundamento para a responsabilidade civil pré-contratual é a *confiança negocial* que tenta harmonizar o comportamento das partes, solucionando eventual conflito entre a vontade e a declaração manifestada.

Registre-se que no campo contratual há um dever determinado e aceito pelas partes e a quebra do contrato implica, por si só, na culpa presumida em virtude do inadimplemento (culpa *in contrahendo*)(3), máxime quando uma delas procede de forma a convencer a outra da seriedade das tratativas. Nesse caso, complementa Caio Mário da Silva Pereira, a parte leva o ex-adverso “a adotar medidas tendentes à contratação, efetuar despesas, assumir compromissos com terceiros, agir, em suma, no propósito aparente que vai ser firmado o contrato, e, não obstante tudo isto, retira-se injustificadamente das negociações, causando um dano à outra parte” (4), devendo então responder por perdas e danos em face de seu proceder culposos.

Observa-se, a propósito, que o Código Civil de Portugal, em seu art. 227, adotou de forma clara a culpa *in contrahendo*, ao preconizar:

Art. 227: “*Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo às regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*”.

Caio Mário da Silva Pereira sustenta que há dificuldade na determinação concreta da culpa *in contrahendo*, vez que para tanto se exige a conciliação de dois princípios: da liberdade contratual e da boa-fé no momento da condução das tratativas negociais, asseverando que a culpa daí advinda é aquiliana e não contratual, vez que baseada na regra geral de que a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*), e portanto não se trata de violação de cláusula contratual, “pois que, nesta fase, ainda não existe contrato”(5).

Coadunamos com a primeira parte da ilação, contudo ousamos discordar do saudoso jurista no que tange



ao enquadramento da culpa *in contrahendo* na responsabilidade do tipo extracontratual. Ora, não se pode negar que quaisquer manifestações das partes ocorridas durante as tratativas são feitas na condição de *pré-contratante e pré-contratado*, o que leva Antonio Junqueira Azevedo a concluir que a responsabilidade civil, nesse momento, resulta da quebra de um dever específico de boa-fé negocial, motivo pelo qual o dano daí emergente se enquadra na responsabilidade contratual(6).

Ademais, se é certo que no momento das tratativas o contrato não se aperfeiçoou em sua formação, também é correto inferir que no instante das preliminares já se verifica uma incipiente formação negocial.

2. Indenização pré-contratual: direito absoluto ou relativo?

O critério decisivo para delimitar o tipo de responsabilidade civil é aquele que identifica se a indenização decorre de um direito relativo ou de um direito geral e absoluto.

Vale dizer, quando se está diante de um *dever absoluto e geral de não lesar*, oriundo do ordenamento jurídico e extensivo a todos, geralmente correspondente a um direito real ou de personalidade, eventual lesão daí decorrente se enquadrará na responsabilidade civil extracontratual. Ao revés, quando o dever de não lesar é *relativo*, fazendo parte do conteúdo obrigacional ou mesmo de um dever especial dos sujeitos de um contrato findo ou das tratativas negociais, o dano resultante será reparado sob o fundamento de violação ao princípio da boa-fé.

Não se pode negar que a boa-fé objetiva de que estamos a falar é aquela inerente ao contrato (art. 422 do Código Civil) tanto em sua fase incipiente de tratativa, quanto na execução, ou mesmo em relação à pós-eficácia das obrigações. Com efeito, tratando-se de um *direito relativo* a estes sujeitos específicos e a esta situação negocial delimitada, a responsabilidade civil é a do tipo contratual.

Karl Larenz ao explicitar o dever de boa-fé, esclarece que ele se dirige tanto ao credor, quanto ao devedor e a todos os participantes da relação jurídica. Note-se que nessas três dimensões há sempre uma relação jurídica preexistente, ainda que em sua fase embrionária como ocorre nos pré-contratos:

“tal dever (de boa-fé) em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só a letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar, dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação a e a uma consciência honrada” (7).

De forma acertada, a jurista lusitana Ana Prata reforça essa inferência ao observar que tanto no pré-contrato como na sua execução há uma relação jurídica, o que vale dizer que a eventual indenização daí resultante refere-se a um *direito relativo* e não a um ocasional *direito absoluto e geral de não lesar*:

“a relação entre aqueles que negociam com vista à conclusão de um contrato, ou o celebram, nada tem de semelhante com a relação ocasional com que se estabelece entre sujeitos não ligados por uma relação jurídica, antes se aproximando da relação contratual ou para-contratual”

(8).

Parte da doutrina refuta esta tese, asseverando que no momento das tratativas preliminares as partes não estão jungidas por qualquer relação jurídica e, portanto, não há obrigação com força vinculante, mas apenas um dever geral de boa-fé. Contudo, conforme observa Benatti, com apoio em Luigi Mangoni, quando uma norma jurídica sujeita o desenvolvimento de uma relação social ao imperativo da boa-fé, é isso índice seguro de que aquela relação social se transformou, no plano jurídico, em uma relação obrigatória, com conteúdo específico de acordo com a boa-fé(9).

Nesse diapasão, Ana Prata complementa:

“os deveres pré-contratuais constituem imperativos de conduta destinados a satisfazer o interesse de sujeitos determinados (ou determináveis), o que, como se sabe, é o elemento que permite caracterizar distintamente as obrigações dos deveres jurídicos. Aliás, os deveres pré-contratuais não se configuram, como tipicamente acontece com os deveres cuja violação constitui ilícito extraobligacional, por um conteúdo negativo, antes tendendo para a promoção e satisfação do interesse de um determinado sujeito”(10).

Na esfera das tratativas que objetivam a constituição do contrato de trabalho, tal ilação se evidencia, pois as partes, no momento da entrevista do candidato ao emprego, assim se portam na condição de pré-contratantes. Logo, eventual dano decorrente desse momento envolverá agente e vítima na condição jurídica de trabalhador e empresa-empregadora, violando-se o princípio da boa-fé não como direito geral e absoluto, mas como direito relativo aos pré-contratantes.

3. Competência material da Justiça do Trabalho

O constituinte ao promulgar o artigo 114 fixou para a Justiça do Trabalho, a competência material para julgar os litígios existentes entre *trabalhadores* e empregadores:

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”.*

Com efeito, no momento da entrevista na empresa ou das tratativas, não está presente a figura do “empregado”, vez que o contrato ainda não se formou por inteiro, mas está presente a figura jurídica do trabalhador que tenciona o emprego. Tanto o empregado com vínculo aperfeiçoado, quanto o trabalhador com relação incipiente estão igualmente albergados pela competência da Justiça do Trabalho.

“A Constituição Federal, no art. 114, atribui à Justiça do Trabalho a competência para “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”. Da norma ali inserta, depreende-se que os dissídios individuais entre os trabalhadores e empregadores abrangem, também, os decorrentes de danos morais praticados no âmbito da relação de emprego. Não há dúvida de que, “in casu”, a questão controvertida é oriunda da relação de emprego. Trata-se de dano extrapatrimonial



sofrido pelo empregado, quer provenha da fase pré-contratual quer da contratual ou pós-contratual, pois se refere ao contrato de trabalho. Registre-se pronunciamento do STF, em acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se concluiu não ser relevante para fixação da competência da Justiça do Trabalho que a solução da lide remeta a normas de Direito Civil, mas que o fundamento do pedido se assente na relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho (Conflito de Jurisdição nº 6959-6, Distrito Federal). Da mesma forma, para perquirir-se acerca da prescrição aplicável, há considerar em que se assenta o fundamento do pedido. Incensurável a conclusão regional, de que o prazo prescricional aplicável à espécie é o previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Recurso conhecido e desprovido.” (TST, RR n. 809-2001-006-19-01, 4a. T., Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJ: 09-05-2003).

O mesmo se diga para outra legislação trabalhista específica ao tema, Lei n. 9029/95, que cria às empresas o dever de não-discriminar os trabalhadores por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, tanto no momento da execução, quanto no da admissão.

Ora, esta Lei não cria um direito absoluto e geral de postular indenização, mas um *direito relativo aos trabalhadores* na qualidade de *contratantes ou pré-contratantes* com a empresa-empregadora. Não há dúvida que também sob este fundamento legal, eventual dano pré-contratual emergente da violação do dever de não-discriminar recairá na responsabilidade do tipo contratual e a competência material será da Justiça do Trabalho.

Ao lembrar que é o contato social que propicia o surgimento de deveres de conduta pautados na boa-fé objetiva e cuja situação jurídica encerra *índole relativa*, Carlyle Popp fundamenta o enquadramento do dano pré-negocial na responsabilidade contratual, assim:

“A relação jurídica não nasce do ilícito, mas é a ele preexistente. O dever genérico de não prejudicar não nasce do ordenamento jurídico, mas sim, do conteúdo das tratativas e da conduta das partes. Isto porque, vista a obrigação como totalidade, estes deveres acessórios geram a obrigação de prestar, mas somente àqueles que se encontram sujeitos a este vínculo preexistente” (11).

Reforça esse entendimento, o já mencionado artigo 422 do novo Código Civil que ao introduzir o princípio da boa-fé, fê-lo de forma dirigida à figura jurídica dos contratantes tanto na fase de execução, quanto na etapa preliminar ou da pós-conclusão dos contratos.

Inocência Galvão Telles observa que nem todas as obrigações (e deveres) nascem de um contrato 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(12). Destarte, o dano relativo ao pré-contrato de emprego deve ser apreciado pela Justiça do Trabalho:

“A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e decidir pedido de reparação de dano causado pelo descumprimento da promessa de celebrar contrato de trabalho, por tratar-se de controvérsia decorrente de uma relação de trabalho prometida e que não teria se consumado por culpa de uma das partes. Embora refutada por muitos, existe a chamada responsabilidade pré-contratual, decorrente de ação ou omissão culposas ocorridas entre a proposta e a aceitação. Se a aceitação da proposta é manifestada no tempo oportuno, o contrato estará perfeito e acabado pelo simples acordo de vontades.

Mas em se tratando de proposta que não exige aceitação imediata, pode o peticitante retratar-se antes de manifestar o peticitado sua vontade. Entretanto, se este foi ilaqueado em sua boa-fé e frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem ele o direito à reparação dos prejuízos sofridos. O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela teoria da culpa in contrahendo ou, segundo outros, pelo abuso de direito, mesmo que nessa fase não se entenda já existirem direitos”. (TRT, 3ª. Região, 4ª. Turma, Rel. Luiz Otávio Linhares Renault. Ac. 1383, RO 17739/00, DJMG, 25/11/2000, p. 32)

4. Responsabilidade pós-contratual

Todas as conclusões acerca do enquadramento do dano pré-contratual como *direito relativo*, e portanto dentro da responsabilidade civil contratual, aplicam-se ao chamado dano pós-contratual, também alcunhado de “culpa *post pactum finitum*”. A começar pela cláusula geral de boa-fé prevista no artigo 422 do Código Civil, a qual exige lealdade e probidade aos sujeitos envolvidos nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Assim, eventual calúnia dimanada pelo empregador, ainda que após a extinção do contrato de trabalho, viola dever anexo de conduta, pautado pela boa-fé contratual (art. 422 do CCB). Não se ignore que os deveres de informação, proteção e lealdade não se limitam a execução do contrato, mas persistem na fase pós-contratual, implicando ao ex-empregador o dever de reparar o dano provocado, em face da aplicação da teoria da culpa *post pactum finitum*(13).

A competência material para apreciar o dano moral oriundo da violação de deveres de lealdade, proteção e informação é da Justiça do Trabalho, vez que resultante de dever de conduta anexo ao contrato de trabalho, ainda que de um contrato findo. Ademais, corrobora este entendimento o fato do agente, ao ofender a vítima, agir não na condição de um sujeito qualquer que afronta a personalidade de outrem, mas especificamente de um ex-empregador que difama ou calunia seu ex-empregado com informações distorcidas atinentes ao contrato de trabalho. O *status* jurídico do agente (ex-empregador) e da vítima (ex-empregado) são fundamentais para a classificação de um direito relativo e da responsabilidade do tipo contratual.

O marco prescricional, nesse caso, desloca-se da regra geral do artigo 7º, XXIX, da Constituição – *dois anos após o desligamento* – iniciando a partir da configuração da ação judicial exercitável (*actio nata*), o que vale dizer da data em que ocorreu a respectiva lesão.

“A actio nata para perseguição da indenização por danos morais e materiais, no caso de o ex-empregado haver tomado conhecimento do fato atribuído ao ex-empregador, que alega ter lhe causado prejuízo, mais de dois anos após o desate laboral, desloca-se do marco da extinção do contrato de trabalho, iniciando o prazo prescricional a fluir da data em que ocorreu a lesão ao direito. Recurso provido para, afastando a prescrição bienal declarada, determinar o retorno dos autos à Vara de origem para apreciação do mérito, como entender de direito”. (TRT, 19ª Reg., RO n. 00811-2002-062-19-00-3, Ano: 2002, Tribunal Pleno, Rel. João Batista. DOE/AL: 22-05-2003)

Tanto a responsabilidade pré-contratual quanto a pós-contratual são relativamente novas perante a doutrina, a qual se posiciona hesitante quanto à classificação em responsabilidade do tipo contratual ou aquiliana. Ocorre que somente a partir desta taxionomia é que se poderá fixar com proficiência a



competência material e o prazo prescricional da ação reparatória daí resultante.

“A competência da Justiça do Trabalho para dirimir os dissídios motivados por dano moral não se estabelece linearmente, mas em decorrência da situação jurídica em que se encontra o trabalhador nos períodos pré-contratual, contratual e pós-contratual e do nexo de causa e efeito entre a lesão perpetrada e o vínculo de emprego. Revista conhecida e provida”. (TST, RR n. 439272- 1998, 4a. T., Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen DJ: 06-04-2001, pág. 685

Controvérsias a parte, a doutrina e a jurisprudência vêm assentando posição de que o princípio da boa-fé objetiva irradia deveres de conduta às partes — de proteção, lealdade e informação — que se encetam a partir das tratativas e perduram mesmo após a extinção do contrato de trabalho. Se da inobservância de tais deveres decorrer prejuízo patrimonial ou moral, será passível de indenização pela contraparte que o causou⁽¹⁴⁾, sendo competente a Justiça do Trabalho para julgar e instruir a caracterização do dano, da culpa e do nexo causal, bem como fixar o valor da reparação.

Notas

(1)NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1. São Paulo: Saraiva. 2003, pág. 456.

(2)FISCHER, Hans Albrecht. A reparação dos danos no direito civil. Tradução de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva e Cia. Editores, 1938, pág. 104/105.

(3)WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos. 12a. edição. São Paulo: Editora RT, 1995, págs. 120/121.

(4)PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil, 9a. edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 73.

(5)PEREIRA, Caio Mario da Silva. Obra citada, pág. 74.

(6)AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 18, abril/junho 1996., págs. 23/31.

(7)LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, pág. 148.

(8)PRATA, Ana. Notas sobre a responsabilidade pré-contratual. Lisboa (sem editora), 1991. pag. 212. Apud: Luiz Roldão de Freitas Gomes. Elementos de responsabilidade civil. In: Curso de direito civil. Coordenador: Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, págs. 264.

(9)Apud: Luiz Roldão de Freitas Gomes. Obra citada, págs. 264/265.

(10)PRATA, Ana. Obra citada, pag. 212.



(11)POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001, pág. 149.

(12)TELLES, Inocêncio Galvão. Obra citada, pág. 75.

(13)DONNINI, Rogério Ferraz. Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 128.

(14)Nesse sentido também defende Eduardo Milléo BARACAT. A boa-fé objetiva no direito individual do trabalho. São Paulo: LTr, 2003, pág. 266.

Date Created

25/06/2004