

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

André Luís Torres Pessoa

Os Deveres Anexos da Boa-fé Objetiva e o Contrato Individual
de Trabalho

MESTRADO EM DIREITO DO TRABALHO

SÃO PAULO

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

André Luís Torres Pessoa

Os Deveres Anexos da Boa-fé Objetiva e o Contrato Individual
de Trabalho

MESTRADO EM DIREITO DO TRABALHO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho sob a orientação do Prof. Renato Rua de Almeida.

SÃO PAULO
2013

Banca Examinadora

A
Maria Eduarda, razão pela qual tudo
aquilo que faço na minha vida passou
a ter sentido.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho como esse, fruto de dedicação e esforço, jamais poderia se concretizar sem o apoio daqueles que foram a base e o sustentáculo para que eu pudesse alcançar o fim desejado, razão pela qual os agradecimentos são muito mais do que necessários, são imperiosos.

Agradeço, inicialmente, a Deus por ter me dado sabedoria e inteligência para enfrentar e superar esse grande desafio.

Aos meus pais, pelo eterno incentivo incondicional. Aos meus irmãos (Valton, Roberta e Roberto), sócios e colegas de escritório, em especial aos componentes do meu núcleo (Breno Rios, Ana Paula Barreto, Carolina Anias e Renata Monteiro), que souberam entender e me apoiaram nas minhas ausências durante toda essa jornada, especialmente a Valton, pelo auxílio científico imprescindível para a concretização desse sonho.

A Maurício, mais que um primo, um verdadeiro amigo e irmão, que compartilhou comigo mais que o seu lar durante minhas muitas idas a São Paulo, partilhou também suas experiências jurídicas, importantes para o enriquecimento deste trabalho.

Ao meu orientador, Professor Renato Rua de Almeida que, além de me dar a honra de transferir um pouco do seu brilhante e vasto conhecimento, me acolheu em um dos momentos mais difíceis dessa árdua trajetória.

A Fernanda, companheira que, além do incansável apoio afetivo e emocional, sem o qual essa caminhada seria ainda mais fadigosa, prestou seu auxílio nas horas em que mais precisei, fazendo submergir os constantes momentos de desespero. E a Maria Eduarda que, embora ainda muito pequena, soube demonstrar amor e compreensão pelas minhas ausências diante da importância deste trabalho para o seu pai.

A todos os amigos e colegas que contribuíram direta e indiretamente, palavras não são suficientes para lhes agradecer. Muito obrigado.

“Toda a educação, no momento, não parece motivo de alegria, mas de tristeza. Depois, no entanto, produz naqueles que assim foram exercitados um fruto de paz e de justiça.”

Hebreus 12,11.

Os Deveres Anexos da Boa-fé Objetiva e o Contrato Individual de Trabalho

André Luís Torres Pessoa

RESUMO

A presente dissertação aborda a aplicação dos deveres anexos da boa-fé objetiva ao contrato individual de trabalho. Inicia trazendo o conceito de boa-fé, a sua caracterização como cláusula geral e o seu histórico, demonstrando o seu desenvolvimento e a sua inserção no direito brasileiro. Após isso, traz um estudo sobre as funções da boa-fé objetiva, dentre elas a de criação de deveres anexos, trazendo uma análise acerca daqueles mais comuns na doutrina especializada. Segue estudando a aplicação destes deveres anexos às normas do Direito do Trabalho e as obrigações geradas às partes do contrato de trabalho, evidenciando a análise da previsão dos deveres anexos na CLT e, posteriormente, avaliando as consequências oriundas da violação positiva do contrato, quando da inobservância dos deveres anexos da boa-fé objetiva pelos contratantes.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva; deveres anexos; contrato individual de trabalho; Direito do Trabalho; Direitos Fundamentais.

Good Faith and its Obligations Within an Individual Work Contract

André Luís Torres Pessoa

ABSTRACT

This dissertation addresses the application of good faith and its obligations within an individual work contract. The dissertation starts off by bringing the concept of good faith, its characterization and history as a general rule, as well as showing its development and integration into Brazilian law. After this, the study brings forth the functions of the good faith objective, including the creation of obligations by bringing an analysis of the most common ones within this specialized doctrine. What follows is a study of the application of these duties to the standards within labor law and the duties of the parties in a labor contract, which is shown through a provision analysis of obligations in the Brazilian Labor Code, subsequently, showing the consequences arising from any violation of the contract when there is failure by the parties to abide to the concepts of good faith and the obligations that follow it.

Key-words: good faith objective; obligations/duties, individual work contract; labor law, fundamental rights

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC	Código de Defesa do Consumidor
BGB	Código Civil Alemão
CC	Código Civil
art.	Artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CT	Código de Trabalho Português
TST	Tribunal Superior do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
CC/16	Código Civil de 1916
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
CC/02	Código Civil de 2002
Nº	Número

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA BOA-FÉ OBJETIVA	15
2.1 CONCEITO DE BOA-FÉ	15
2.1.1 A Boa-fé como cláusula geral	16
2.1.2 Distinção entre cláusulas gerais e conceito indeterminado	20
2.2 DIFERENÇA ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E BOA-FÉ SUBJETIVA	20
2.3 HISTÓRICO	22
2.4 A BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO BRASILEIRO	25
2.5 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA	29
2.5.1 Função Interpretativa/Integrativa	30
2.5.2 Limitação dos Direitos Subjetivos	32
2.5.3 Criação de Deveres Anexos	36
3 OS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA	40
3.1 DEVER DE INFORMAÇÃO	43
3.2 DEVER DE SIGILO	46
3.3 DEVER DE COOPERAÇÃO	48
3.4 DEVER DE LEALDADE	49
3.5 DEVER DE SEGURANÇA	51
4 A APLICAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA AO CONTRATO DE TRABALHO	53
4.1 EXIGIBILIDADE NOS CONTRATOS DE TRABALHO	54
4.1.1 Os deveres anexos e a CLT	57
4.2 VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. CONSEQUENCIAS JURÍDICAS	60
4.2.1 Tutela condenatória ou ressarcitória	61
4.2.2 Tutela constitutiva ou reintegratória	62
4.3 APLICAÇÃO NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO	64
4.3.1 O dever de sigilo e o contrato individual de trabalho	65
4.3.2 O dever de informação e o contrato individual de trabalho	68
4.3.3 O dever de cooperação e o contrato individual de trabalho	71
4.3.4 O dever de lealdade e o contrato individual de trabalho	72

4.3.5 O dever de cuidado e segurança e o contrato individual de trabalho	74
4.4 DEVERES ANEXOS PRIVATIVOS AO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO	78
4.4.1 Dever de respeitar a vida extra laboral do empregado	79
4.4.2 Dever de respeitar a imagem do trabalhador	81
4.4.3 Dever de respeitar a presunção de inocência do empregado	84
5 CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	92

“A maior vantagem da justiça e da boa-fé
é inutilizar a força.” (PLUTARCO)

1 INTRODUÇÃO

Agir com boa-fé tem sido a tônica da conduta jurídica que tem permeado inúmeros trabalhos científicos, de todas as espécies. Contudo, a boa-fé é muito mais que a simples intenção de agir corretamente, de agir com correição, com ética e com moralidade. A boa-fé objetiva foge da esfera da psique humana para trazer no seu bojo elementos que regem a conduta de todos os que celebram negócios jurídicos.

Embora a expressão “boa-fé” tenha amplo aspecto semântico, não constitui – é bom que se diga – uma autorização para um anarquismo metodológico que, muitas vezes, se revela em uma análise voluntária do intérprete.

A boa-fé objetiva, ao contrário da condição de princípio originada pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC, à luz da positivação trazida pelo Código Civil de 2002, elevou-se ao status de cláusula geral, acarretando inúmeras derivações, as quais permitem a aplicação direta deste instituto jurídico.

Esse fenômeno surge com a chamada “constitucionalização” do Código Civil, que trouxe no seu conteúdo a aplicação direta dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal, a exemplo do direito à inviolabilidade da vida privada e das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, seus deveres anexos e a função social do contrato.

Assim, o arrimo para os direitos fundamentais do trabalhador é encontrado no Código Civil de 2002, mais precisamente no capítulo que trata dos direitos da personalidade, uma vez que não há, até o presente momento, regulamentação específica no âmbito da legislação laboral.

Deste modo, a apreciação da boa-fé objetiva perpassa de uma análise meramente positivista, com vistas a buscar a sua condição de cláusula geral e elemento gerador de direitos e obrigações.

Será apresentado, ao longo deste trabalho, a análise de uma das funções da boa-fé objetiva trazida por Judith Martins Costa. Como cláusula geral que é, a boa-fé objetiva tem uma *função produtiva*, isto é, mostrar-se capaz de produzir

normas heterônomas, que são “detectadas” pelo juiz à vista de determinadas situações típicas.

Desta forma, a boa-fé, como regra de conduta a ser seguida, na lição de Judith Martins Costa (1999, p.427-428), desenvolve-se em uma tríplice função: a de atuar como critério ou norte indicador do teor geral da cooperação intersubjetiva existente em toda e qualquer relação obrigacional; como cânone hermenêutico e integrativo da atividade negocial; como baliza ao exercício dos direitos subjetivos e posições jurídicas subjetivas, caracterizando uma renovada lição de ilicitude civil.

A função a ser desenvolvida neste trabalho diz respeito à criação de Deveres Anexos ou Deveres Acessórios, que visam estabelecer as regras a serem observadas pelas partes quando da celebração de um negócio jurídico.

Entretanto, embora o avanço e a evolução da boa-fé objetiva na *corpus legis* brasileira tenha positivação expressa nos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor, o objetivo deste trabalho é demonstrar a influência deste instituto no Direito Individual do Trabalho, ainda que sem a expressa previsão codificada.

A problematização do trabalho, portanto, é a demonstração da aplicabilidade dos deveres anexos da boa-fé objetiva ao contrato individual de trabalho, apontando hipóteses de incidência destes deveres, transpondo uma análise positivista a uma análise pós-positivista do Direito do Trabalho, através da aplicação imediata dos direitos fundamentais do cidadão-trabalhador.

Para tanto, iniciaremos tratando no primeiro capítulo sobre a boa-fé objetiva em seu aspecto geral, diferenciando-a da boa-fé subjetiva e demonstrando a sua evolução histórica até a adequação ao direito brasileiro, positivado no Código Civil de 2002 e nos demais diplomas legais que a preveem expressamente. Posteriormente analisaremos as funções da boa-fé objetiva, dentre elas a de criação dos deveres anexos, objeto central deste trabalho.

No segundo capítulo serão tratados os deveres anexos/acessórios da boa-fé objetiva, de forma específica, à luz do Direito Civil brasileiro, onde serão abordados todos os aspectos referentes a estes deveres, que devem ser observados pelas partes quando da celebração do negócio jurídico.

No capítulo seguinte será analisada a aplicação destes deveres anexos à boa-fé objetiva, de natureza civil, aos contratos individuais de trabalho, demonstrando que nesta modalidade contratual também se verifica a presença de obrigações decorrentes da cláusula geral de boa-fé.

Além da análise acerca da aplicação dos deveres anexos da boa-fé objetiva ao contrato individual de trabalho, pode-se verificar, ainda, a criação de novos deveres, derivados desta relação contratual, trazendo para as partes do pacto laboral obrigações impostas pela observância da boa-fé objetiva como regra de conduta.

São o que chamamos de deveres específicos do contrato individual de trabalho, que permeiam a relação de emprego, com expressa previsão na legislação trabalhista e/ou na Carta Magna, gerando tanto para o empregado como para o empregador a imposição de agirem de acordo com as balizes estabelecidas pela boa-fé objetiva, a exemplo do dever do empregador de respeitar as condutas extra-laborais do empregado e de preservar a sua imagem.

Essa análise, como dito, ultrapassa a visão do Direito do Trabalho como um Direito fechado, codificado, harmônico e autossuficiente. Este sistema garante a segurança jurídica ao indivíduo dotado de patrimônio, permitindo-lhe usufruir de sua propriedade, sem limites que não estejam estampados ou codificados.

Diante disso, analisar a boa-fé através do positivismo jurídico seria engessar a sua aplicação aos ramos do direito em que ainda não se observa a sua expressa codificação, razão pela qual a boa-fé, na sua concepção de cláusula geral, não pode se limitar a uma visão codificada, devendo ser compreendida como regra a ser dirigida a todas as relações contratuais, não podendo o Direito individual de Trabalho, que tem como cânone os Princípios da Proteção e da Dignidade da Pessoa Humana, ficar distante da sua concreta aplicação e observância.

A visão protecionista que se tem do direito do trabalho pode levar a uma falsa conclusão de que estes deveres geram obrigações apenas ao empregador, já que o empregado é a parte mais frágil da relação de emprego. Contudo, demonstraremos ao longo deste trabalho que, assim como em qualquer relação contratual, o contrato de trabalho gera deveres e obrigações para ambas as partes, devendo tanto o empregado, quanto o empregador, observar as regras atinentes à aplicação da cláusula geral de boa-fé às relações de emprego.

Esta, inclusive, tem sido a posição adotada pela doutrina e jurisprudência majoritária, especialmente no Tribunal Superior do Trabalho, que tem abraçado a boa-fé objetiva como fonte de direitos e obrigações dirigidas às duas partes celebrantes do pacto laboral.

A pesquisa utilizada para a elaboração deste trabalho foi a do tipo descritiva, onde, após a coleta de dados, foi realizada uma análise das relações entre as variáveis para uma posterior determinação do efeitos resultantes no caso concreto.

Eis, assim, o desafio que é proposto pelo trabalho: demonstrar a aplicação dos deveres anexos da boa-fé objetiva ao contrato individual de trabalho, ultrapassando a positivação da norma expressa à legislação trabalhista, além de demonstrar a criação de deveres específicos a esta modalidade contratual, concedendo a geração de obrigações a ambas as partes – empregado e empregador.

2 DA BOA-FÉ OBJETIVA

2.1 CONCEITO DE BOA-FÉ

Boa-fé é uma expressão de origem latina – *bona fides* – cuja noção foi evidenciada, inicialmente, no Direito Romano e significava lealdade, confiança e sinceridade. Mais do que um princípio aplicado a um determinado campo do direito, corresponde à essência das relações travadas em uma sociedade.

É regra fundamental das relações humanas, que gera deveres acessórios às condutas sociais. Em outras linhas:

[...] boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vale dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente (PAMPLONA FILHO E GAGLIANO, 2009, p.64).

Vê-se, portanto, que a boa-fé apresenta-se como um conceito moral, moldado em elementos subjetivos, confirmando um significado impreciso, “cujo preenchimento se dá diante das circunstâncias do caso concreto e das convicções historicamente dominantes” (SLAWINSKI, 2002, p.11).

Mariana Pretel e Pretel (2009, p.17) confirma a dificuldade existente no trabalho de conceituação da boa-fé, em que pese ser diretriz amplamente utilizada na área sócio-jurídica: “embora o campo de atuação da boa-fé seja vasto, é grande a dificuldade em sua conceituação, visto que comporta uma série de significados.”

Deste modo, exatamente por se tratar de princípio que compreende extensa análise dentro do campo jurídico, este capítulo não tem o objetivo de esgotar toda a sua conceituação. Em verdade, o que se pretende neste momento é traçar linhas gerais sobre o tema, a fim de que seja possível aplicá-lo posteriormente no âmbito do direito do trabalho, notadamente, nas relações do contrato de trabalho.

Sendo assim, age de boa-fé aquele que pratica um determinado ato conforme os padrões éticos e sociais de um lugar, estimulando a manutenção da paz social.

A maior parte dos doutrinadores, numa tentativa de trazer o sentido da boa-fé para o âmbito jurídico, a define sob dois prismas: um objetivo e outro subjetivo. No entanto, há corrente doutrinária que prega pela unidade de conceitos.

Nesse particular, Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002, p.12) traz como exemplo a tese de Antônio Hernández Gil, que defende que, independentemente da

vertente atribuída à boa-fé, ela possui certo grau de normatividade e atua tão-somente em conformidade com os ditames traçados pela moral social, razões que asseguram o seu significado unitário.

Este não é o entendimento aqui defendido. O fato das boas-fés terem em seu bojo características similares, não afasta a necessidade de classificá-las de forma diferenciada, pois a depender da vertente de estudo, a boa-fé possui significado diverso, não obstante complementares. Logo, não há como negar uma conceituação dualista à boa-fé, em que pese ambas se relacionam de forma dependente.

Tal discussão, entretanto, não deve ficar apenas no âmbito teórico. Neste ponto, caso não exista a intenção de aplicar a boa-fé na prática das relações sociais, não faz sentido estudá-la. Assim, a conceituação da boa-fé que se quer aplicar neste trabalho vai um pouco além do clássico conceito dualista, aproximando-se do conceito particular defendido por Flávio Tartuce (2009, p.5), segundo o qual a boa-fé subjetiva estaria abrangida pela boa-fé objetiva, em que pese terem significados distintos.

Nesse contexto, explica o referido autor o porquê da dependência existente entre as duas boas-fés:

[...] dentro do conceito de boa-fé objetiva reside a boa-fé subjetiva, já que uma atuação presume, inexoravelmente, uma boa intenção. Portanto, toda vez que há previsão da boa-fé objetiva, também está prevista a subjetiva, pela relação de mutualismo que os conceitos mantêm (TARTUCE, 2009, p.5).

Semelhantemente, porém com aplicação no âmbito do processo civil, Fredie Didier Jr. (2009, p.293) afirma que “o princípio é o da boa-fé objetiva processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir com má-fé”.

2.1.1 A Boa-fé como cláusula geral

As Constituições mais modernas e a legislação ordinária se utilizam das cláusulas gerais, convencidos da sua própria incapacidade, face à velocidade com que evolui o mundo, de regular todas as inúmeras e multifacetadas situações na qual o sujeito de direito se insere.

Cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas e são aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos. Não sendo apenas cláusulas de intenção,

constituem disposições normativas que utilizam, no seu espírito, uma linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se também pela ampla extensão de seu campo semântico.

A boa-fé objetiva, segundo entendimento atual, decorre principalmente da conjunção entre o Código Civil Alemão e os influxos sofridos pelas novas codificações.

A falência do modelo francês, onde preponderava a exegese, cedeu espaço para que fosse implementado um novo modelo “conceitual”, haja vista a constatação da impossibilidade de que a codificação abarcasse todas as situações fáticas que se apresentavam, seguindo a máxima de que “o direito está a reboque dos fatos”.

Foram criados mecanismos dinâmicos que pudessem se adequar aos diversos casos concretos que se apresentassem, sem vinculação direta a apenas uma hipótese fática, dentre as quais se destacasse a norma que trouxesse em seu bojo cláusula geral e conceitos indeterminados. Apesar da aproximação dos referidos institutos, a sua diferenciação é imprescindível, conforme será demonstrado em tópico próprio.

É nesta seara de dinamização do sistema, rompendo com o paradigma estático que o Código Francês impunha, que surge a previsão normativa da boa-fé em seu aspecto objetivo, já que a sua criação remonta ao direito romano, com a edição do Código Civil Alemão (BGB) e a implementação de cláusulas gerais, conforme aponta Judith Martins-Costa (1999, p.292):

[...] as cláusulas gerais aproximaram o rígido sistema da *civil Law* ao da *common Law* em razão dos resultados práticos alcançados, apesar das distâncias entre fontes, métodos e estruturas que separam os dois sistemas jurídicos.

Segue explanando à respeito da importância da boa-fé na seara das cláusulas gerais, demonstrando o dinamismo que estas trazem ao ordenamento jurídico:

[...] Serviu ainda para evidenciar a complexidade do conteúdo da relação obrigacional e o seu intrínseco dinamismo. Os tribunais, muitas vezes em oposição à doutrina, apoiavam-se nas cláusulas tidas como “vagas”, conferindo-lhes sentido e aplicabilidade prática (1999, p.292).

Criou-se, de acordo com a referida autora, uma ponte entre as fontes de onde se origina o direito e a solução dos casos concretos, não existindo apenas a subsunção do fato à norma aplicável (MARTINS-COSTA, 1999, p.293).

Nota-se que a abertura do sistema jurídico decorre não apenas da ineficácia do sistema francês, tendo também como fundamento basilar a evolução da complexidade das relações sociais que se mostrou latente. O aumento da atividade mercante, envolvendo um número cada vez maior de produtos e pessoas das mais diversas nacionalidades, fez também com que o direito tivesse que se adequar a tais situações. A maneira mais eficaz encontrada foi a inserção no sistema das cláusulas abertas.

Além do exposto acima, cumpre salientar que a inclusão da boa-fé objetiva no sistema jurídico demonstra a ocorrência de uma quebra de paradigma. Antes o direito civil preocupava-se com a proteção do patrimônio, mais precisamente os bens do indivíduo. No entanto, com a inserção da boa-fé objetiva no ordenamento houve a modificação desta realidade, conforme aponta Teresa Negreiros (2002, p.117):

A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa humana, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.

Traçada a importância da boa-fé objetiva como um dos expoentes que demonstram a mudança do sistema, importa estabelecer, ou ao menos se aproximar da definição, o seu conceito, uma vez que, nas palavras de Teresa Negreiros (2002, p.115): “O princípio da boa-fé, tanto quanto o do equilíbrio econômico e o princípio da função social, não se sujeita a uma única definição.”

A boa-fé objetiva constitui-se como cláusula geral, que determina a adoção de um comportamento *standart*¹, prezando por valores éticos como lealdade e confiança, tendo três funções basilares: interpretação-interpretação das cláusulas contratuais; limitação do exercício de direitos; criação de deveres anexos ao contrato firmado.

Em auxílio, André Osório Gondinho (2000, p.05) conceitua:

Deve-se entender por cláusula geral um tipo especial de norma jurídica que, por sua natureza, encontra-se carecida de preenchimento de seu conteúdo, a ser efetuado com valorações provenientes de seu aplicador, ou seja, a cláusula geral não fornece critérios necessários para a sua concreção, podendo estes, fundamentalmente, serem determinados apenas com a consideração do caso concreto. A cláusula geral, portanto, não é meramente direito material, mas “standing points” ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto.

¹ Padrão

No presente momento, para que melhor seja explicitado o conceito acima referido, urge esclarecer em que consistem as cláusulas gerais. Importa, nesse sentido, transcrever os ensinamentos de Judith Martins-Costa (1999, p.304): “Não constitui paradoxo afirmar, como assinalei acima, que as cláusulas gerais não são gerais. Também não são genéricas, nem ambíguas, nem obscuras”.

As cláusulas gerais surgem, como exposto acima, de uma tentativa do legislador de dar um maior dinamismo ao ordenamento jurídico, conferindo ao juiz um poder maior, permitindo que, diante do caso concreto, coubesse a ele preencher o sentido da lei, sempre com base nos princípios e vetores constitucionais, conforme preceitua Judith Martins-Costa (1999, p.298):

Em contrapartida, às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da *mobilidade* proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, do que o risco do imobilismo é afastado por esta técnica porque aqui é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade.

Surge, portanto, a primeira qualificação que pode ser conferida às cláusulas gerais: técnica legislativa. Desta forma, constitui-se como uma norma que traz em seu bojo uma linguagem aberta, com certo teor de imprecisão, deixando a cargo do juiz o desenvolvimento, criação ou complementação do seu conteúdo, sempre adequando-a ao caso concreto apresentado. O que se buscou, nestes casos, foi fugir ao modelo fechado, seguindo uma rota diferente da tipicidade, da simples técnica de subsunção do fato à norma.

As cláusulas gerais são uma demonstração de que o legislador percebeu a necessidade de abertura do sistema, para que este se adapte melhor às situações vivenciadas diariamente, sem que seja necessário realizar diversas modificações na legislação, conferindo ao Juiz uma maior liberdade frente à realidade fática.

Neste sentido, tratando sobre as cláusulas gerais, aponta Judith Martins-Costa (1999, p.306):

O que as caracteriza enquanto técnica é, fundamentalmente, ou o *emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da “fattispecie”* ou a *conferência de um mandato – ao juiz para, a partir dele, sejam concretizadas as conseqüências normativas visadas*.

É possível perceber, pois, que as cláusulas gerais constituem técnica legislativa, por meio da qual se confere ao juiz um maior poder de adequação da norma ao caso concreto, visto que esta traz em seu bojo vagueza semântica acentuada, o que por vezes a aproxima dos conceitos jurídicos indeterminados. É essa distinção que se passa a fazer.

2.1.2 Distinção entre cláusulas gerais e conceito indeterminado

Judith Martins-Costa (1999, p.326), tratando da distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, aponta que a sua diferenciação se torna mais fácil quando analisado sob o prisma funcional.

Assim, caberia aos conceitos jurídicos indeterminados o papel de integrar a descrição do fato, com vistas a aplicar o direito, restringindo a atuação do juiz apenas à fixação da premissa.

Consoante lição da doutrinadora acima citada, trata-se de caso típico de subsunção, não havendo que se falar em dinamização do ordenamento jurídico por meio do instituto em análise. Aponta:

Embora permitam, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações (inclusive as valorações semânticas) – devendo, por isso, o aplicador do direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes, de modo a determiná-los *in concreto* de forma apta -, a verdade é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Por essa razão “uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. O caso é, pois, de *subsunção*. Não haverá, aí, “criação do direito” por parte do juiz, mas *apenas interpretação*. (MARTINS-COSTA, 1999, p.326).

Desse modo, ao contrário do que acontece com as cláusulas gerais, onde não há coincidência precisa, requerendo a participação ativa do magistrado na sua complementação, criação ou desenvolvimento, no tocante aos conceitos jurídicos indeterminados, ao julgador caberá realizar uma análise relativa aos chamados “casos-limite”, bem como os efeitos que poderão incidir em razão de determinada norma e o seu grau. Logo, é plenamente possível realizar a distinção entre os dois institutos, pelos fundamentos acima delineados.

2.2 DIFERENÇA ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E BOA-FÉ SUBJETIVA

A correta compreensão da *bona fides* – denominação conferida pelos romanos ao que hoje se chama boa-fé – está intrinsecamente ligada à lealdade e, principalmente, à confiança entre os pactuantes, independentemente do contrato que esteja em foco e das solenidades que o permeiam.

Apesar de ter sido relegada a segundo plano, quando da vigência do Código Civil de 1916 – que prestigiou sobremaneira a boa-fé em seu aspecto subjetivo, considerando o *psique* do indivíduo –, a mudança paradigmática que se iniciou com a Constituição Federal de 1988 foi de extrema importância para que este instituto ganhasse ênfase e fosse erigido à condição de cláusula geral do sistema.

Com vistas a estabelecer um breve conceito, de modo a facilitar o entendimento das ideias que serão abaixo expostas, é preciso tratar da distinção entre o que seja boa-fé em sua vertente objetiva, centro do presente trabalho, e a boa-fé subjetiva, embora, conforme afirma Karina Nunes Fritz (2011, p.102), tratem-se de “resultantes de uma fonte ética comum”.

Imperioso ressaltar, contudo, que parte de doutrina civilista, capitaneada por Miguel Reale, entende não ser possível dividir, mesmo que no plano teórico, a boa-fé em duas vertentes: subjetiva e objetiva. Neste sentido, aponta o referido jurista (REALE *apud* FRITZ, 2011, p.103):

Boa-fé objetiva e subjetiva são realidades distintas ainda quando tenham uma fonte ética comum, ao contrário do que defendem alguns autores, nos passos do pensamento de Reale, para quem a eticidade não existe sem a *'intentio'*, sem o elemento psicológico da intencionalidade ou propósito de guardar fidelidade ou lealdade ao passado.

Apesar do entendimento acima trazido, é de imensa importância para o presente estudo que seja feita a distinção entre os institutos. Segue, portanto, a sua diferenciação.

Entende-se que a *bona fides*, em sua acepção objetiva, seja uma regra de comportamento onde as partes jamais se desvinculam, não importando a fase em que se encontra o contrato, podendo este sequer ter sido firmado, encontrando-se ainda nas tratativas iniciais, ou até mesmo quando já tiver encerrada a sua execução.

No que tange à sua perspectiva subjetiva, esta encontra-se ligada diretamente ao aspecto psicológico, à intenção do sujeito que pratica tal ato, sendo este o vetor fundamental para distanciar as acepções da *bona fides*. Note-se que, enquanto a boa-fé objetiva considera a ação, a sua vertente subjetiva analisa a intenção, adentrando ao âmago do indivíduo, conforme preceitua Rizzatto Nunes (2012, p.668):

A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador do seu direito. É, pois, a falsa crença acerca de uma situação pela qual o detentor do direito acredita na sua legitimidade porque desconhece a verdadeira situação. Nesse sentido, a

boa-fé pode ser encontrada em vários preceitos do Código Civil, como por exemplo no art. 1.561, quando trata dos efeitos do casamento putativo.

Pode-se dizer, ainda, que a boa-fé objetiva tem como elemento de sua tutela a honestidade de comportamento, cabendo à boa-fé subjetiva a honestidade psicológica, a crença (FRITZ, 2011, p.104). No dizer de Rizzatto Nunes (2012, p.668): “é um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes”

2.3 HISTÓRICO

O surgimento da noção do que hoje se intitula como boa-fé remonta aos tempos romanos, com efeito ao próprio surgimento de Roma e o estabelecimento de uma sociedade, principalmente no tocante à relação estabelecida entre o cidadão livre e o cliente, conforme enuncia Judith Martins-Costa (1999, p.112): “Como é por todos sabido, as relações de clientela implicavam a existência de deveres de lealdade e obediência por parte do cliente em troca da proteção que lhe era dada pelo cidadão.”

Consoante ensina a doutrinadora acima referenciada, a *fides* na época romana pode ser percebida através de três perspectivas diversas. A primeira reside no dever de proteção que existia entre o patrão e o cliente, alhures exposto, consistindo na promessa de proteção dentro de uma relação desigual que se instalava em tais casos (1999, p.112-113).

A segunda perspectiva encontra-se na boa-fé no campo obrigacional. Neste momento a *fides* já passa a integrar o “núcleo normativo” dos contratos, fossem eles de direito privado interno ou internacional. Agrega-se ainda ao termo “*bona fides*”, conforme aponta Judith Martins-Costa (1999, p.115):

Seu moto, anota percutientemente Frezza, “poderia ser: *age quod agis*, isto é, informa o teu comportamento àquele desenho de ação ao qual tu e a tua contraparte consentiram. A esta *fides* é que vem agregado o qualificativo “*bona*”.

Continua, elucidando ainda mais a questão:

E vem agregando o qualificativo *bona*, transmudando-se, definitivamente, em *bona fides*, porque, recorro ainda uma vez a Paolo Frezza, “é uma *fides* que constringe a quem prometeu a manter a sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; *não tendo em vista o texto da fórmula* promissória, mas ao *próprio organismo contratual posto em si mesmo*: não seguindo um valor normativo externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto

verbal da promessa), mas *fazendo do próprio concreto intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que a fizeram nascer*” (MARTINS-COSTA, 1999, p.115).

Nota-se que na segunda perspectiva a *fides bona* começa a se aproximar do conceito de boa-fé atual, não havendo necessidade expressa da sua previsão contratual, podendo ser extraído do próprio contrato posto, atribuindo responsabilidade aos contratantes.

O terceiro viés pode ser notado quando da análise da boa-fé no contexto dos direito reais, notadamente quanto ao instituto da usucapião. Aqui o que é levado em conta não é a responsabilidade em torno do pactuado, mas sim o estado de ignorância, a crença em que estava imbuído o indivíduo. Nesta senda, aponta Judith Martins-Costa (1999, p.123):

No instituto da *usucapio a bona fides* designa um dos requisitos, qual seja o estado de ignorância, por parte do possuidor, do vício ocorrido no negócio transmissivo do direito real a ser constituído pela usucapião. Por isso, neste setor a boa-fé *não projetava quaisquer normas jurídicas, sendo apenas um elemento fático extrajurídico*, o que lhe confere um sentido radicalmente diferente daquele advindo dos *bonae fidei iudicia*.

Eduardo Milléo Baracat (2003, p.46) afirma que, entre o conceito de boa-fé traçado no Direito Romano e o definido na Alemanha, em fases distintas, existe um abismo que os distingue fundamentalmente, concluindo com a existência de uma boa-fé especificamente germânica.

Aqui a boa-fé, consoante afirmam Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze (2010, p.99), traduz-se na fórmula do *Treu und Glauben* (lealdade e confiança), devendo a referida regra ser observada em todas as relações jurídicas em geral.

As expressões acima transcritas traduzem-se nas ideias de “crença, confiança, juramento de honra e lealdade à palavra dada, o que possibilitou o emprego conjunto das duas expressões e, depois, a sua função numa fórmula única” (BARACAT, 2003, p.46).

Apesar de díspares em sua acepção, é inegável que a boa-fé germânica tem como base a antiga *bona fides* romana, posto que continuou a realizar a distinção entre os contratos estritamente jurídicos e os *bonae fidei*, além da aproximação conferida pelo BGB entre as figuras do juiz alemão e o pretor romano, ambos com poder de criação romana (BARACAT, 2003, p.47).

O §242 do BGB traz norma de interpretação dos contratos, sendo uma fórmula aplicável a todas as relações jurídicas, constituindo-se como vetor de todo o

ordenamento quando aponta que “o devedor deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico” (BARACAT, 2003, p.47).

Apresenta-se aqui a primeira demonstração de que a boa-fé se constitui como cláusula geral do sistema, sem necessidade de precisar expressamente as situações fáticas que devem ser tuteladas com base na fidúcia. Este é valor que permeia todo o ordenamento jurídico, desde a sua acepção germânica.

Nestes termos, é possível perceber que a linha mestre presente em todas as fases históricas da boa-fé é a preservação da lealdade nos contratos, preservando a confiança depositada pelas partes quando firmado o pacto. É o reflexo do antigo ideal romano de *fides*, através do qual o descumprimento do aventado seria devidamente sancionado pela Deusa de mesmo nome.

Apesar dos influxos romanos e canônicos sobre a *bona fides*, a atual interpretação emprestada decorre diretamente da previsão acima transcrita, estampada no BGB. A aplicação da boa-fé aos contratos na atualidade rege-se pela doutrina germânica. Consoante aponta Eduardo Milléo Baracat (2003, p.49): “Em que pese tenha, indubitavelmente, origem no direito romano, não há dúvida que a boa-fé objetiva que se estuda atualmente decorre da aplicação evolutiva do § 242 do BGB.”

Ora, da simples análise do dispositivo transcrito é possível perceber que em sua acepção germânica a boa-fé surge com características de cláusula aberta e geral. Tais características são de extrema relevância para definir o papel que exercem no ordenamento jurídico brasileiro.

Como cláusula aberta, tem-se que a *bona fides* não pode ser previamente definida. Por mais esforços que sejam despendidos, não se mostra viável fixar previamente um conceito estático para defini-la, pela própria natureza do instituto.

Cabe ao magistrado, diante do caso concreto, considerando as circunstâncias de fato, coadunando-se com as provas produzidas no deslinde do feito, definir o que naquele contexto pode vir a ser entendido como boa-fé, ou, até mesmo, o que implicaria a violação a este dever de lealdade.

Quanto à sua característica de geral, importa ressaltar que a *bona fides* aplica-se a todo o ordenamento jurídico, sem distinção. Cumpre às partes observar o

dever que é imposto por esta cláusula aberta em todas as fases do negócio, seja ele comercial ou não.

Nesta senda, imperioso ressaltar que o direito civil atual entende que, mesmo as tratativas iniciais, sem que sejam cumpridas determinadas solenidades, devem ser respeitadas pelos contratantes, diante da legítima expectativa criada.

Desta forma, é fácil perceber que as partes não se desvinculam deste dever de lealdade em nenhum momento. Não importa para a boa-fé objetiva as avaliações pessoais de cada indivíduo, somente é levado em consideração o que de fato fora aventado e as situações objetivamente consideradas. Não é relevante, neste contexto, as impressões e maus juízos das partes, pois não há caráter subjetivo a ser analisado.

A boa-fé como hoje se entende – cláusula aberta e geral do sistema – é, sem dúvidas, produto direto do pensamento germânico, sendo esta vertente doutrinária a que mais se assemelha ao instituto atualmente. Contudo, é inegável a influência do direito romano e do direito canônico sobre o instituto analisado, conferindo a conotação moral e ética, ao qual se liga de forma intrínseca.

2.4 A BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO BRASILEIRO

A *bona fides* é instituto de matriz tipicamente civilista, razão pela qual a sua análise no contexto do direito brasileiro perpassa, necessariamente, pelo desenvolvimento da codificação, desde o seu primeiro aparecimento com a edição do Código Comercial, em 1850.

O referido diploma legal, em seu artigo 131, já previa a necessidade da interpretação dos contratos com base na “inteligência simples e adequada, que fosse mais conforme a boa-fé” (REIS, 2010, p.2).

A mesma sorte não seguiu o Código Civil de 1916 que, como é cediço, foi influenciado diretamente pelo Código de Napoleão e pelo Código Civil Alemão, o BGB.

Formalmente, o *Codex* de 1916 seguiu o modelo adotado na Alemanha. A estrutura do Código Civil assemelha-se, sobremaneira, ao BGB. Clóvis Beviláqua, grande responsável pela edição da compilação, preferiu ceder aos influxos germânicos apenas neste ponto.

De forma diversa, a influência francesa não se limitou a questões de mera estrutura. O Código de 1916 tem o seu eixo firmado sob o pensamento extraído do Código napoleônico, adotando as premissas, os conceitos e o posicionamento ali adotado. Ou seja, a compilação de Beviláqua é formalmente germânica e materialmente francesa.

Assim, seguindo a tradição de Napoleão e abandonando o pensamento germânico, o Código Civil da época relegou a segundo plano a boa-fé objetiva. O primado aqui era o da *bona fides*, todavia, em uma perspectiva subjetiva, considerando as impressões e crenças do indivíduo quando da adoção de determinado comportamento. Nesta senda, urge asseverar o que trata João Emílio de Assis Reis (2010, p.2):

No entanto o Código Civil dos Franceses sob uma ótica hodierna teve seu dispositivo negligenciado, em razão das idéias liberais da autonomia da vontade, do medo da sua transformação em um dogma absoluto, ou da aplicação arbitrária dos juizes, como acontecia no antigo regime. A boa-fé volta a aparecer no Código Civil Alemão no fim do século XIX, mas sempre com projeção muitíssimo limitada no restante do mundo, ante o positivismo jurídico dominante.

É preciso perceber que o ordenamento jurídico neste período passava por um processo de “privatização”. Ao contrário do que acontece atualmente, quando a Constituição é o vetor do sistema, cabendo a todos os demais ramos do direito seguir a sua lógica, sob pena de torna-se letra morta, o que acontecia em tal período era a influência do Código Civil sobre as demais esferas, incluindo a carta magna.

Pode-se definir tal período como o primado da autonomia privada. O que se buscava nesta época é que o cidadão tivesse a expressão da sua vontade respeitada, dispondo de total autonomia para compor contratos, num completo abandono à questão da lealdade e confiança entre as partes. Nesse sentido, importa salientar (REIS, 2010, p.1):

[...] na vigência do Estado Liberal clássico do Século XIX, o princípio da autonomia da vontade tem seu auge, excluindo a intervenção do estado e permitindo que a liberdade de contratar – de modo que os integrantes das relações contratuais as regulassem da maneira que melhor os conviesse – fizessem circular as riquezas.

A história demonstra que o Código Napoleônico sofreu grande influência dos ideais iluministas e, conseqüentemente, burgueses. Estes, enquanto classe dominante oriunda do comércio, conferiram ênfase ao direito de propriedade, colocando-o em um patamar que, muitas vezes, se sobrepunha às pessoas.

O centro do ordenamento, por conseguinte, situava-se na propriedade e suas ramificações. Não importava a situação entre as partes contratantes, fosse ela desleal ou desigual, o que necessitava de proteção eram os bens. Desta forma, aponta Francisco Amaral (2006, p.145):

Nos ordenamentos jurídicos da época moderna (séculos XVIII e XIX) propriedade e liberdade são intimamente ligadas. A propriedade configura-se, assim, como um poder pleno e exclusivo do proprietário, e como um princípio de organização política e econômica da sociedade liberal. À propriedade privada cabe, por isso, o papel de princípio organizativo das relações econômicas e sociais, que está na base da sociedade moderna gerada pela Revolução Francesa.

É sob esta perspectiva de proteção da propriedade que surge o Codex de Napoleão, sendo o mesmo pensamento, consequentemente, adotado pelo Código Civil brasileiro de 1916, “feito por homens identificados com a ideologia dominante, traduziu o sistema normativo de um regime capitalista colonial” (AMARAL, 2008, p.132).

Judith Martins-Costa (1999, p.268-268), tratando sobre o tema, aponta para o tecnicismo do Código de 1916, estando os operadores do direito vinculados às ideias de completude da lei e da interpretação. Não havia espaço, neste contexto extremamente patrimonialista e exegeta, para o desenvolvimento de uma cláusula aberta e geral como a boa-fé objetiva pensada pelos juristas alemães.

Antes mesmo da edição do Código Civil, em 2002, os anseios da sociedade com a ruptura do modelo ditatorial militar, iniciado com o golpe em 1º de abril de 1964, resultaram na queda dos ditadores e na retomada da democracia popular.

É neste contexto de mudança de paradigmas que surge a Constituição Federal de 1988, iniciando um processo contrário ao que ocorria quando vigente o Código Civil de 1916. O diploma maior a influenciar o ordenamento foi modificado, passando a ser a Carta Magna. O processo agora é de “publicização” do direito privado.

Passa-se da valoração exacerbada do patrimônio para a elevação do indivíduo à condição de centro do sistema jurídico, com a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república, estampado no artigo 1º da Constituição Federal.

Seguindo a lógica constitucional, erigindo o indivíduo ao cerne de todo o ordenamento jurídico, surge o Código de Defesa do Consumidor, primeiro diploma

legislativo a prestigiar, em forma de norma, a boa-fé objetiva nos contratos. Tal previsão normativa encontra-se no artigo 4º, inciso III², que determina a observância da *bona fides* nas relações consumeristas.

Note-se que a preocupação do CDC foi tamanha que equiparou a consumidor padrão, previsto no artigo 2º, aquele indivíduo que, mesmo não pretendendo realizar a contratação de determinado serviço, fosse exposto às práticas comerciais abusivas, conforme preceitua o artigo 29 do mesmo diploma legal.

Estas práticas, além de implicaram violação a direitos previstos especificamente para os consumidores, têm como fundamento infringir a boa-fé objetiva, quebrando a confiança da parte contratante e a lealdade que deve pautar os contratos, sejam eles consumeristas ou não. Neste sentido, preleciona Marcos Bernardes de Mello (2008, p.90): “No Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé cuja falta motiva a nulidade tem sentido objetivo. Avalia-se objetivamente a ocorrência da ocorrência de cláusula abusiva.”

Seguindo a mudança iniciada com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, enfim, implementou no ordenamento jurídico previsão trazida pelo Código Alemão desde 1900.

Mesmo cento e dois anos após a sua criação e desenvolvimento na Alemanha, erigir a boa-fé objetiva à condição de cláusula geral e aberta do sistema mostra-se extremamente útil e remonta às condições em que surgiu em Roma, visando a flexibilização do sistema e desvinculação dos antigos paradigmas exegetas.

O Código Civil, mesmo com o fenômeno da publicização, continua a ser o diploma maior a regular as relações contratuais, precipuamente a disposição estampada no artigo 422 do Código Civil, que assim dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.”

² Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal de 1988), sempre **com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.** [grifo nosso]

Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze (2010, p.113) apontam que, apesar de importante a previsão legal implantada no Código Civil de 2002, falhou o legislador ao não prever que a probidade e a boa-fé deveriam ser observadas em todas as fases, sejam pré ou pós contratuais.

Mesmo na fase das tratativas preliminares, das primeiras negociações, da redação da minuta – a denominada fase de *puntuação* – a boa-fé deve se fazer sentir. A quebra, portanto, dos deveres éticos de proteção poderá culminar, mesmo antes da celebração da avença, na responsabilidade civil do infrator.

Apesar de a disposição inserida no Código Civil ser falha, é preciso notar a evolução engendrada quando se realiza uma breve comparação com antigo diploma vigente, que quando fazia menção ao instituto da boa-fé o abarcava na sua perspectiva subjetiva.

Fazendo uma comparação entre a boa-fé estampada no Código Civil e aquela abarcada pelo CDC, Marcos Bernardes de Mello (2008, p.114) aponta:

[...] entende a doutrina que no sistema jurídico brasileiro, no âmbito do direito do consumidor, haveria implícita nos contratos uma *cláusula geral de boa-fé*, cuja ofensa acarretaria a nulidade da cláusula contratual. A má-fé, portanto, nas relações de consumo constitui causa de nulidade. Essa solução foi ignorada no Código Civil. Embora tenha como causa de nulidade a ofensa aos bons costumes e à ordem pública, o Código Civil foi omissivo a explicitar a má-fé como causa de invalidade dos negócios jurídicos.

A concepção atual da boa-fé, partindo do contexto acima traçado, encontra fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, trazendo para a seara jurídica valores éticos como a lealdade e a justa expectativa, superando o individualismo presente na autonomia da vontade, valorando o indivíduo enquanto ser humano (REIS, 2010, p.3).

2.5 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Após o amadurecimento do tema da boa-fé no âmbito das relações jurídicas, notou-se que esta, além de caracterizar-se como cláusula geral aberta, possibilitando uma melhor adequação do sistema ao contexto social em que está inserido, possuía também funções que lhe são inerentes.

Judith Martins-Costa (1999, p.427-428), tratando sobre o tema, estabelece as três funções básicas da boa-fé, podendo estas se estenderem de acordo com a situação fática que se apresente: a utilização da boa-fé como cânone

hermenêutico-integrativo; a criação de deveres anexos a esta cláusula geral e abstrata do sistema; limitação inerente que traz em seu bojo, no que tange aos direitos subjetivamente considerados.

Tais deveres têm como fundamento primordial conseguir extrair o máximo possível do conteúdo da boa-fé objetiva, diante da enormidade de situações que esta pode abarcar, haja vista sua característica generalista. Abaixo estão enumeradas as funções da boa-fé, conforme classificação realizada pela doutrina nacional, inspirada no modelo alemão.

2.5.1 Função Interpretativa/Integrativa

Função que mais se destaca quando se trata da boa-fé, principalmente entendendo-a no panorama de cláusula geral, abstrata e aberta do ordenamento jurídico, é a utilização deste princípio como meio de preencher lacunas presentes no sistema.

Sob a égide do positivismo jurídico, entendia-se que o ordenamento deveria ser tutelado por compilações legais cada vez mais completas que, obrigatoriamente, deveriam trazer em seu bojo todas as situações possíveis de ocorrer no dia-a-dia.

Ou seja, caberia aos Códigos, e apenas a estes, tutelar todo o direito vigente em um determinado território, não havendo espaço para lacunas, tendo em vista que o sistema era um todo, fechado, do qual não podia se desvencilhar o operador do direito, impondo sérias barreiras ao desenvolvimento do direito como ciência.

Rompendo com tal ideologia, atualmente entende-se que, por estar o direito a reboque dos fatos, valer-se de um ordenamento jurídico fechado, rígido, seria tornar o direito uma ciência sempre em atraso com a realidade presente, fazendo dos códigos meras letras mortas, sem nenhuma aplicação prática.

É neste contexto que se insere a boa-fé objetiva como cânone hermenêutico integrativo, conforme entendimento esposado por Judith Martins-Costa (1999, p.428). Com efeito, a primeira função hermenêutico-integrativa é a mais conhecida: a boa-fé como *kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes.

Assim, aplicando o exposto acima em relação ao ordenamento como um todo, assevera a autora que nem todas as situações que podem vir a ocorrer estão tuteladas através do instrumento contratual. É neste ponto que atua a boa-fé objetiva, por meio da sua função hermenêutica integrativa.

Ocorrendo uma daquelas situações que não tenham sido alvo de análise ou previsão contratual, caberá aos contratantes, ou a um estranho à lide, no caso o Estado-juiz, preenchê-la, se valendo, para tanto, da boa-fé.

Tamanha é a importância da sua utilização como meio de interpretação dos negócios jurídicos, que o artigo 113 do Código Civil de 2002 traz previsão expressa quando aponta que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a **boa-fé** e os usos do lugar de sua celebração”. [grifo nosso]

Note que a interpretação segundo as normas da boa-fé é imperativa, e não facultativa, devendo o intérprete sempre buscar a aplicação deste instituto quando da elucidação do texto legal.

Não existe a necessidade que ambos os contratantes tenham firmado o pacto imbuídos de boa-fé, tendo em vista que esta será aplicada, preenchendo as lacunas, por ser este o vetor que melhor se coaduna com a moral, levando-se em conta também “as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico” (SLAWINSKI, 2002, p.146).

Judith Martins-Costa (1999, p.437) aponta importante reflexão de que não se deve resumir o princípio da boa-fé a um apelo ético apenas, dispondo:

Com efeito, de pouca utilidade seria o recurso à boa-fé se esta se confundisse com um mero reclamo à ética. Se assim ocorresse, estar-se-ia exclusivamente no campo da extensão dos poderes conferidos ao juiz, ausente ou não existente o conteúdo substancial do princípio em exame. Contudo, como tenho insistentemente referido, a boa-fé objetiva é 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.

A função da boa-fé não se resume a “integrar” ou “interpretar” apenas, de forma isolada uma da outra, mas sim em conjunto, pelo que a denominação que se confere à função em análise é “hermenêutica-integrativa”.

Não basta, assim, que a boa-fé seja utilizada como vetor pelo qual deverá ser interpretado o contrato, mas também o meio que será utilizado para preencher as lacunas, caso estas existam.

Neste sentido, aponta Eduardo Milléo Baracat (2003, p.183): “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.”

Desta forma, tem-se que a boa-fé deverá ser analisada sob dois enfoques: o primeiro, no momento em que é feito o juízo de valor quanto às cláusulas estampadas no contrato; o segundo, quando o magistrado proceda baseando-se no princípio em análise, uma vez identificadas lacunas a serem preenchidas.

Em diversas situações, contudo, ao buscado o cumprimento do dever de confiança recíproca, inerente à boa-fé, esbarra-se em outra função desta cláusula geral, que são os seus deveres anexos.

2.5.2 Limitação dos Direitos Subjetivos

Outra função de extrema relevância oriunda da boa-fé objetiva diz respeito à limitação que esta impõe, naturalmente, aos direitos subjetivos dos indivíduos.

Através deste desdobramento da cláusula aberta do sistema, acima exaustivamente referenciada, tem-se que o indivíduo não poderá agir de forma desregulada, devendo respeitar os limites impostos pela boa-fé objetiva, com fulcro na proteção da dignidade da pessoa humana, conforme exposto alhures.

É justamente neste ponto que se encontra a função limitadora dos direitos subjetivos, tendo em vista que cabe à boa-fé impedir que comportamentos, atitudes, pactos e demais situações cotidianas, com ou sem repercussão jurídica, violem o dever de lealdade, de confiança recíproca, estampado em tal vetor do ordenamento. A este trabalho importa a utilização da boa-fé objetiva na sua perspectiva jurídica, no exercício de direito.

Assim, tem-se que mesmo o cidadão estando em pleno gozo e exercício de um direito que lhe pertence, legitimamente, não poderá exercê-lo de forma que atinja a esfera jurídica de outrem, atentando contra a boa-fé. Este é o reflexo de uma das mudanças perpetradas pela quebra do antigo paradigma estabelecido pelo Código Civil de 1916.

Nesta época, o ordenamento jurídico pautava-se, exclusivamente, na autonomia da vontade do indivíduo. Bastava a declaração do contratante, seja qual fosse a matéria, para que esta valesse e fosse levada a cabo.

Situação bastante ilustrativa de tal paradigma encontra-se na obra “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare, onde ocorre o julgamento de um devedor que, por não ter adimplido com a dívida contraída, teria retirado uma parte do seu dorso como forma de pagamento.

Ora, a cláusula que penalizava o indivíduo em seu próprio corpo foi devidamente firmada entre os contratantes, mesmo que o instrumento não tenha sido formalizado, bastando, como exposto acima, a declaração dos cidadãos. Valia, em tais casos, a autonomia da vontade.

Elaborado sob a égide da nova carta magna, onde o centro do ordenamento jurídico era modificado, passado de um viés patrimonialista para uma perspectiva humanista, de modo a colocar o homem como fundamento do sistema, para o qual todo este deve se pautar, rompeu-se com o paradigma acima abordado.

A legislação atual se firma sobre a proteção do indivíduo, cumprindo um dos objetivos da república, expresso no artigo 1º da Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana, revelando uma nova era, instaurada com a Carta Magna pós-regime ditatorial, requerendo a aplicação dos direitos fundamentais ali estampados a todo o ordenamento.

Neste sentido, aponta Karina Nunes Fritz (2011, p.107):

Essa necessidade de proteção das dimensões espiritual e material do ser humano tem fundamental importância para o direito civil, pois o mesmo precisa concretizar, no plano privado, os valores constitucionais contidos nos direitos fundamentais. É a dignidade da pessoa humana que impõe o respeito mútuo entre todos os membros da sociedade, obedecendo à máxima hegeliana: ‘seja uma pessoa e respeite os outros como pessoa’.

É nisto que consiste a limitação dos direitos subjetivos em razão da boa-fé, já que esta é aliada inseparável da persecução de efetivar, cada vez mais, os direitos garantidos a todos os cidadãos, conforme lição trazida por Antônio Carlos de Paula Oliveira (2011, p.52): “Em suma, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares afigura-se como nítida limitação à autonomia da vontade e à liberdade contratual.”

Inicia-se a era da busca pela efetividade dos direitos fundamentais, conforme preceitua Antônio Carlos de Paula Oliveira (2011, p.51), quando aponta:

Já a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares veio como forma de frear o ímpeto das ideias enraizadas da autonomia da

vontade e da liberdade contratual. Sim, porque, em nome de se preservar essas duas garantias, cogitou-se a possibilidade de celebração de negócios jurídicos com plena liberdade de ajuste, mesmo que isso implicasse, algumas vezes, violação de direitos fundamentais. Hoje, essa ideia não resiste.

Segue o autor afirmando que “A esse fenômeno de aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas dá-se o nome de efetividade dos direitos fundamentais” (OLIVEIRA, 2011, p.51).

É preciso notar que não foram abolidos os antigos princípios, provenientes do Estado Liberal, como a autonomia da vontade. Estes, entretanto, passam a ser limitados diante da existência de novos vetores para o ordenamento jurídico, dentre eles a boa-fé objetiva, conforme aponta a doutrina.

Esclarece Karl Larenz (*apud* FRITZ, 2011, p.108) que cabe ao ordenamento jurídico prever limitações à liberdade individual – dentre as quais ocupa papel de destaque a boa-fé objetiva – que são, na verdade, **imanentes** ao uso dessa liberdade. Tem-se, então, que autonomia privada e liberdade contratual, bem como a liberdade de exercícios de direitos, encontram-se submetidas a essas limitações.

É isto que se tentou demonstrar em todo o tópico, que “as partes devem, no exercício dessa autonomia, agir eticamente, considerando os interesses do outro, aspecto essencial da ideia de boa-fé” (FRITZ, 2011, p.110).

Em nenhuma hipótese foram retirados do sistema jurídico pátrio os princípios que orientavam a codificação civil de 1916, como o pacto da *sunt servanda* – a plena autonomia da vontade –, acabando, por conseguinte, por reger as relações civis à época.

Tais princípios podem ser encontrados nas codificações atuais, tendo em vista serem inerentes às negociações e, até mesmo, a alguns atos cotidianos da vida civil.

Com a mudança paradigmática, engendrada pela adoção do Estado Social e superação do Estado Liberal, consagram-se, constitucionalmente, os direitos fundamentais.

É neste contexto, de proteção dos direitos fundamentais e relativização dos princípios de origem liberal, que se instala a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico. Esta tem como uma de suas funções impedir que, mesmo que o cidadão esteja exercendo direito que lhe pertence legitimamente, não o faça de forma

desregrada, de modo a atingir a esfera jurídica de outrem, sob pena de configuração do abuso de direito.

Assim, aponta Judith Martins-Costa (1999, p.464-465) que, não poderá o cidadão agir em contrariedade à boa-fé, estando vedadas também as condutas que impliquem abuso de direito, aproveitamento da própria torpeza ou ilicitude. Afirma, por fim, que:

Esta domina o direito contratual, porquanto indica a existência, nos contratos bilaterais, 'de uma estrutura final imanente ao contrato, com dependência genética, condicional e funcional (pelo menos) de dois deveres de prestar primários interligados', os quais, justamente por estarem interligados, compõem determinado *conjunto de equilíbrios recíprocos* que deve ser mantido, não permitindo, por isso, a tolerância em relação a atos ou situações que o firam, conduzindo ao desequilíbrio.

Note-se, inclusive, que o artigo 187 do CC, na composição do critério de caracterização do abuso de direito, vale-se do conceito da boa-fé, demonstrando de forma contundente que ambos os institutos têm ligação intrínseca, sendo de extrema relevância transcrever o seu texto: “Art. 187. 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.”

É neste dispositivo que se encontra positivado tudo aquilo exposto anteriormente, uma vez que o legislador não deixa dúvidas de que será caracterizado o ato ilícito daquele que, mesmo sendo titular de um direito, o exerça de modo a desrespeitar os limites impostos pela função social, pela boa-fé, ou pelos bons costumes.

Desta forma, tem-se que, mesmo estando o indivíduo no pleno exercício de direito que legitimamente o pertença, não poderá atuar livremente, como fazia na perspectiva liberal. Sob a nova égide, deverão ser respeitados os limites impostos pelo ordenamento, dentre os quais se encontra a boa-fé, balizando a conduta do titular do direito, de modo que este não venha, por via reflexa, a desrespeitar os direitos fundamentais, cujo assento está na Constituição Federal – diploma maior que rege o ordenamento pátrio, através do qual emanam os valores e princípios que devem ser aplicados em todos os ramos do direito.

Nesta senda, urge asseverar que a boa-fé, analisada na sua perspectiva limitadora dos direitos subjetivos, obstaculiza, primordialmente, a ocorrência do abuso de direito, conforme preceitua Eduardo Milléo Baracat (2003,

p.186): “Trata-se do desdobramento da teoria do abuso de direito: o exercício do direito deve, à luz da boa-fé, sofrer limitações, quando exercido abusivamente.”

Assim, a boa-fé objetiva, além de funcionar como vetor de integração e interpretação do ordenamento jurídico, impede que o direito legitimamente pertencente a um determinado cidadão seja exercido sem limitação, vindo a violar, em último grau, os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, por força da mudança de paradigma.

2.5.3 Criação de Deveres Anexos

Como visto acima, o conteúdo da boa-fé não é, simplesmente, o de cláusula geral e abstrata do sistema, esta comporta outras funções, como é o caso do preenchimento de lacunas legislativas e limitações dos direitos subjetivos, tratados em tópicos anteriores.

A boa-fé, por ser conceito aberto, acaba por se desenvolver em deveres anexos mais específicos, que tutelam de forma mais contundente as obrigações que permeiam o contrato. Trata-se da chamada **função complementadora** (FRITZ, 2011, p.198).

O legislador, diante da implementação de uma nova ordem constitucional, mais voltada para a proteção do indivíduo do que de seu patrimônio, fez surgir os Códigos protecionistas em uma tentativa de diminuir o desequilíbrio causado pela diferença no poderio econômico entre os pactuantes, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei 8.078/90, que institui o CDC, dispõe em seu artigo 6º sobre os direitos básicos do consumidor, sendo muitos destes desdobramentos da boa-fé objetiva, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - **a informação adequada** e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; 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; V - **a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais** ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas [...]. [grifo nosso]

O Código Civil de 2002, diploma posterior ao CDC, traz previsão ímpar e de suma importância para o presente trabalho, positivando a aplicação da boa-fé em todas as fases do pacto, na forma do artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e **boa-fé**.” [grifo nosso]

Tratando sobre o tema, Eduardo Milléo Baracat (2003, p.218) aponta:

Os deveres secundários comportam tratamento que compreende toda a relação jurídica, de modo que, autonomamente, existem durante o desenvolvimento da relação jurídica, ou seja, antes da celebração do contrato, durante sua execução, e mesmo após a conclusão, consistindo em indicações, atos de proteção – como o dever de evitar danos - atos de vigilância, da guarda de cooperação e assistência.

É este o ponto de partida para todo o estudo da boa-fé objetivamente considerada. O legislador estabelece a necessidade de agir em consonância com o que determina o referido princípio, seja na conclusão ou na execução do contrato, o que acaba por gerar deveres anexos, cuja aplicação é mais específica.

Note-se, apenas a título exemplificativo, que as obrigações estampadas pelo artigo 6º, III, do CDC, apontam como um dos direitos básicos do consumidor e, por conseguinte, um dos deveres anexos para o fornecedor, a informação adequada e clara.

A interpretação do artigo 422 do CC, em consonância com os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, traz a exata correlação com a dignidade da pessoa humana como suficiente para impor ao fornecedor, no caso ora analisado, o dever não apenas de informar, mas também de levar ao consumidor a informação de forma **clara e adequada**.

Assim, na perspectiva em apreço, buscando a efetivação da boa-fé objetiva, o legislador traz, de forma específica, a criação de um dever intrínseco, e por isso anexo à boa-fé, que é o dever de informar corretamente.

Ocorre que no âmbito da boa-fé, como na maior parte dos casos estampados em prestações contratuais, a relação obrigacional comporta muitos outros deveres acessórios, revestidos pela mesma exigibilidade e que também irão compor o contrato.

Mais do que uma construção doutrinária, a função criadora de deveres anexos atribuída à boa-fé objetiva decorre de expressa previsão legal, conforme exposto acima, sendo o artigo 422 o dispositivo de maior relevância.

A instituição de deveres anexos ao contrato de trabalho tem como fulcro o idôneo cumprimento do contrato firmado, pautando-se sempre na boa-fé. Estes conferem maior robustez ao instituto em análise, tornando mais factível a sua exigibilidade, conforme preceitua Karina Nunes Fritz (2011, p.199):

[...] o negócio jurídico compreende não apenas aqueles deveres queridos pelas partes, resultantes do vínculo jurídico em função do acordo em si ou por determinação legal, mas também certos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, cuja presença na relação obrigacional **independe totalmente da vontade** das partes. Ou seja, passou-se a inserir na relação obrigacional deveres estranhos ao vínculo, mas decorrentes de uma fonte ética, o mandamento da boa-fé objetiva. [grifo nosso]

São, por assim dizer, direitos de maior especificidade, não tão gerais quanto a cláusula que os origina, mas que comportam deveres de grande importância ao deslinde do contrato, em consonância com o que prega a boa-fé objetiva.

Para facilitar o entendimento sobre o tema é de suma importância diferenciar os deveres primários, os secundários e os laterais. Os primeiros, como a própria denominação demonstra, são aqueles compõem a base da relação jurídica, em torno da qual orbitarão as demais obrigações, não cabendo realizar maiores digressões neste momento.

Quanto aos direitos secundários, cumpre salientar que o elemento que melhor os distingue dos demais é a sua ligação intrínseca com os deveres principais, de modo que, em alguns casos, podem subsistir ainda que aqueles sejam extintos.

Urge asseverar ainda que, tanto os primários, quanto os secundários, devem ser observados no curso da relação obrigacional, o que envolve dizer que a atenção a estes deve iniciar quando das tratativas preliminares, prolongando-se até a fase pós-contratual.

Os deveres laterais, por sua vez, não se encontram umbilicalmente ligados à prestação principal, como é o caso dos acessórios. Eles decorrem do princípio geral da boa-fé que, além de servir como vetor de todo o sistema, também tem como uma de suas funções a criação de deveres que lhe são anexos.

É preciso notar que, a função complementadora atribuída à boa-fé objetiva demonstra que foi superado o antigo paradigma de sujeição do devedor em relação ao credor. Este, na atual conjuntura, também tem obrigações que devem ser

cumpridas perante aquele, devendo ocorrer a satisfação conjunta dos pactuantes, e não só de um deles.

Superou-se o antigo paradigma pelo qual a relação obrigacional se restringia a uma prestação em favor do credor. Com as mudanças ocorridas na legislação, seja na Constituição Federal de 1988, seja no Código Civil de 2002, esta relação, anteriormente caracterizada apenas por uma obrigação, fosse ela de dar, fazer ou não fazer, hoje encontra um arcabouço de deveres que lhe acompanham, todos eles reflexos da inserção da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico.

Apesar de decorrerem expressamente do artigo 422 do CC, dispositivo que fundamenta toda a exigibilidade da boa-fé no âmbito privado, não é possível extrair deste dispositivo todos os deveres anexos, ou de consideração, como informa Karina Nunes Fritz (2011, p.203):

A primeira característica marcante dos deveres de consideração, como bem observa Krebs, é sua **não dedutibilidade da literalidade do dispositivo legal** consagrador da boa-fé objetiva, o que vale tanto para o § 242 do BGB, como para o art. 422 do CC/2002. Na realidade, o único dever resultante de uma interpretação literal dos dispositivos é o dever de lealdade. Esse, contudo, é apenas um dos deveres de consideração. Dita peculiaridade, antes de revelar uma deficiência da norma, apresentou-se, ao contrário, como uma grande vantagem, pois permitiu ao julgador alemão ir criando ao longo do tempo, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, os atualmente conhecidos deveres de consideração. [grifo nosso]

Apesar de tais deveres não serem extraídos da literalidade do dispositivo, decorrem da interpretação do Código Civil à luz da Constituição Federal, visando a efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles o mais importante: a dignidade da pessoa humana.

Explicações mais aprofundadas sobre o tema, com a especificação de alguns dos mais importantes deveres anexos à relação obrigacional, serão tratadas no capítulo seguinte.

3 OS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

Conforme exposto acima, a boa-fé caracteriza-se por ser uma cláusula aberta do sistema, que deverá, à luz do que determina o artigo 422 do Código Civil, ser observada em todas as fases do contrato.

Neste sentido, imperioso ressaltar que, com a quebra do paradigma que regia a codificação de 1916, cujo centro de todo o sistema era o patrimônio, o ordenamento jurídico passou a ter como foco o indivíduo e a proteção à sua dignidade, que foi erigida à condição de fundamento da república, estando prevista no artigo 1º da Carta Magna.

Tratando sobre o antigo contexto que regia todo o ordenamento, aponta Renata Soares (2008, p.27):

No contexto da Revolução Francesa (1789) e partindo de um modelo de liberalismo econômico, podemos entender o voluntarismo como “um largo poder de auto-regulação no negócio jurídico”, ou seja, de primazia da vontade na direção do direito contratual. O voluntarismo jurídico traz no consenso e na vontade a força obrigatória dos contratos e, portanto, lança bases do Direito Civil individualista. A vontade era a fonte dos direitos contratuais e o contrato expressão da autonomia privada.

A mudança paradigmática fez com que o antigo fenômeno da “privatização do direito”, a partir do qual todas as normas deveriam ser analisadas sob a perspectiva do Código Civil, se tornasse o da “publicização do direito”, cuja nova perspectiva determinava a análise sob o prisma constitucional, tentando ao máximo efetivar os direitos fundamentais ali previstos.

O civilista português Menezes Cordeiro (2011, p.604), em obra relativa à boa-fé, aponta para uma tripartição dos deveres anexos, dividindo-os em deveres acessórios de proteção, de esclarecimento e de lealdade.

Seguindo a classificação do referido doutrinador, no tocante aos deveres acessórios de proteção, as partes estão ligadas enquanto perdurar o fenômeno contratual, devendo evitar infligir danos mútuos durante a sua vigência, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios.

Já no que se refere aos deveres acessórios de esclarecimento, obrigam-se as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo e de ocorrências que possam advir da execução contratual.

Por fim, segundo a mencionada classificação, residem os deveres acessórios de lealdade, pelo qual obrigam-se as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo no negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado.

Os deveres anexos da boa-fé objetiva, portanto, seguem a classificação definida por Menezes Cordeiro (2011, p.604) e, assim, estão inseridas nestas hipóteses doutrinariamente criadas.

O Direito Civil então passa a utilizar a boa-fé consoante aplicação que há muito já vinha sendo realizada pelo Código Civil Alemão – BGB, como um dever de lealdade e de cooperação, abandonando a análise subjetivista, pela qual era considerada a crença do indivíduo, dando ênfase à sua vertente objetiva, considerando as circunstâncias que permearam o caso concreto e, consoante doutrina “o código civil de 2002 trouxe como principal expoente da limitação contratual o princípio da boa-fé objetiva e o da função social do contrato” (SOARES, 2008, p.32).

A *bona fides* faz com que a antiga relação obrigacional, que era caracterizada pela obrigação que ligava o devedor ao credor, fosse entendida sob uma nova perspectiva. Passou-se a inserir no pacto deveres que independem da vontade das partes, mas que são anexas ao contrato firmado e do qual não se desvinculam.

É preciso notar que, em algumas situações subsistiram os deveres de consideração, mesmo já tendo sido cumprida a prestação “principal” do negócio jurídico. Nos dizeres de Karina Nunes Fritz (2011, p.199), o adimplemento extingue apenas o negócio jurídico, permanecendo, contudo, a relação obrigacional, que vincula as partes e as impõe os deveres decorrentes da boa-fé.

Assim, tem-se que a relação antes vista apenas sob a perspectiva da obrigação que vinculava as partes, passa a ser calcada, e também composta, pelos deveres anexos de consideração da boa-fé, acabando muitas vezes por transpor os limites impostos pela relação obrigacional sobre os quais se fundava o contrato.

Ou seja, abandona-se a ideia simplista no negócio jurídico estabelecido apenas em função de um dever que vinculava o devedor ao credor, surgindo também direitos correlatos às obrigações impostas à outra parte. E, sob a ótica da boa-fé objetiva, há ainda os deveres que permeiam o contrato e que não encontram previsão expressa no instrumento.

Note-se, ainda, que apesar da imensa importância atribuída ao artigo 422 do Código Civil, este não contempla todos os deveres de consideração, fazendo menção apenas ao dever de lealdade, apesar dos demais serem extraídos de tal disposição legislativa, sendo “o resultado da forma de trabalhar a técnica legislativa escolhida pelo legislador para positivar o princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico, ou seja, é resultado da operatividade da cláusula geral” (FRITZ, 2011, p.203).

Seguindo esta lógica, tem-se que os deveres de consideração dependem diretamente das circunstâncias do caso concreto, não podendo ser pensados apenas de forma abstrata, já que para a sua aplicação e materialização é necessária a análise fática.

São frutos de uma extensão do conceito de “obrigação”, ocorrida após a inclusão dos direitos fundamentais na ordem constitucional, o que acaba por implicar a irradiação da sua exigibilidade em todo o sistema, tornando-se mandamento que não pode ser afastado.

Consoante exposição alhures, a relação obrigacional no atual contexto é muito mais abrangente que o negócio jurídico. Este, como dito, terá fim com o adimplemento e o cumprimento da obrigação com que se comprometeu o devedor, porém subsistirão os deveres que são anexos à prestação principal.

Assim, mesmo tendo o devedor honrado com o dever que assumiu perante o credor, o vínculo que liga os contratantes não será dissolvido de forma tão rápida, tendo em vista que estes ainda estarão reciprocamente interligados por deveres que, muitas vezes, sequer contam com previsão expressa no instrumento contratual, decorrendo da previsão inserta no artigo 422 do CC.

Caberá, dessa forma, uma análise casuística para se determinar quais os deveres anexos a serem seguidos ou, eventualmente, quais daqueles foram objeto de violação por parte de um dos contratantes. Note-se, neste sentido, que apesar da boa-fé remeter sempre à proteção do devedor, tendo em vista que este, via de regra, é a parte frágil da relação, tal cláusula também é aplicável ao credor, cabendo a este alegar violações que venham a ocorrer. A boa-fé, portanto, é instituto de aplicação bilateral, gerando obrigações a ambos os contratantes.

A individualização dos deveres anexos da boa-fé tem como objetivo definir, no presente trabalho, definir de forma mais específica as obrigações que

vinculam os pactuantes, embora de nenhum modo tenha a intenção de esgotar suas possibilidades, tratando apenas daquelas que parecem ser de maior relevância.

3.1 DEVER DE INFORMAÇÃO

O dever de informar é o que encontra maior enfoque na atualidade, contando com previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor – art. 6º, III – cuja disposição permite a aplicação de penalidades em caso de violação, a exemplo da propaganda enganosa ou abusiva.

Os artigos 36³, 37⁴ e 38⁵ do CDC trazem expressa previsão quanto ao modo como devem ser veiculadas as informações prestadas ao consumidor, tutelando a forma como será realizada a atividade publicitária. Tamanho é o cuidado do código com o dever de informar que este se preocupa em apontar a diferença entre o que entende como enganoso e o que se caracteriza como abusivo.

No seu artigo 38, o CDC inverte o *onus probandi*, afirmando que cabe àquele que veicula a propaganda o ônus de comprovar a veracidade e correição das informações ali prestadas.

A preocupação com o dever de informar, contudo, não fica restrito ao modo como esta informação será passada à outra parte, mas também o seu conteúdo, a clareza dos ditames.

Conforme preceitua Renata Soares (2008, p.122), hoje o Estado impõe tarefas à sociedade e lhe cobra deveres, traçando basicamente novas vertentes, como o dever de informar e o direito de ser informado, “mas não se trata de qualquer

³ Art. 36 - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único - O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

⁴ Art. 37 - É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º - Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

⁵ Art. 38 - O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

informação, mas de uma informação que tenha determinadas qualidades, como a qualidade da verdade, da transparência e da imparcialidade.”

Apesar do maior enfoque dado ao dever de informação do credor/empregador em relação ao devedor/empregado, insta salientar que o mesmo coexiste no caminho inverso. Assim, afirma Eduardo Milléo Baracat (2003, p.233): “[...] aspectos da intimidade e a vida privada do trabalhador não poderão ser omitidos quando da admissão, sob pena de causar um dano ao próprio trabalhador ou a terceiros.”

Karina Nunes Fritz (2011, p.227), explanando acerca do tema, afirma:

A importância da informação mede-se precisamente por sua **influência na formação do juízo de conveniência e oportunidade do negócio** a ser firmado, de modo que, de posse dessa informação, ou as partes não chegam à conclusão do contrato ou o fazem sob diversas condições. [grifo nosso]

O dever de informação deverá ser obedecido em todas as fases do contrato. Nas tratativas iniciais, conforme o trecho acima transcrito, a informação concedida por ambas as partes será útil para a formação do convencimento, para a avaliação da viabilidade ou do aproveitamento que aquele contrato poderá trazer.

Sem ter ciência de determinados fatos, podem as partes realizar uma análise errônea das circunstâncias, acabando por firmarem pacto sob “falsa percepção”. Nas palavras da autora supramencionada:

Sendo as negociações a fase na qual as partes deliberam sobre a formação ou não contrato, nada mais razoável exigir que todas as informações relacionadas com o eventual negócio sejam devidamente fornecidas, a fim de que os envolvidos possam, com base em dados corretos e completos, formar seguramente um juízo de conveniência e oportunidade sobre o negócio [...] (FRITZ, 2011, p.227).

Note-se ainda que não basta a concessão da informação, esta deve ainda ser clara e passível de compreensão pela outra parte. Ou seja, não se trata apenas do dever anexo de informar, mas sim de bem informar, de informar com clareza, possibilitando aos contratantes o real entendimento do quanto exposto.

O ordenamento, seja na esfera consumerista, cível ou trabalhista, tem imensa preocupação com o nível e a qualidade da informação que é repassada aos pactuantes. Nas esferas dos contratos de consumo e de trabalho, tal apreensão é mais facilmente vista, uma vez que há uma relação de superioridade de uma parte sobre a outra.

Em tal situação não há a flexibilização do dever de informar. Ao contrário, por estar a parte “superior” em melhor condição de obter acesso aos

pontos que devem ser objeto de esclarecimento, esta, tomada pela boa-fé que permeia a relação obrigacional, deverá compartilhar de forma ainda mais precisa as informações a que teve acesso. A ligação entre a cláusula da boa-fé objetiva e o dever anexo de informação é, portanto, evidente.

O contrato somente poderá vir a ser firmado caso os contratantes tenham ciência das condições e circunstâncias a que se submeterão, sob pena de, não tendo sido cumprido corretamente o dever de informar, seja violada a boa-fé objetiva.

Qualquer situação nova que surja durante a execução do contrato de trabalho, vindo a modificar o seu desenvolvimento e sua finalidade última, que é a finalização do pacto, deverão ser comunicadas de imediato, evitando frustrar a relação obrigacional e acarretar prejuízo às partes.

O dever de informação pode sofrer violações por dois vieses: primeiro, quando o pactuante contraia direito de forma positiva, através de uma atitude adotada; segundo, quando assume postura omissa, deixando de informar sobre situação ou fato ligado diretamente ao contrato.

Conforme lição de Menezes Cordeiro (*apud* BARACAT, 2003, p.232), os “deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato”, sendo possível que estes deveres sejam violados tanto por ação, com indicações incorretas, como por omissão, pelo silêncio em relação a elementos que a outra parte tinha interesse objetivo de conhecer.

Ou seja, não caberá às partes apenas prestar esclarecimentos necessários, de forma que não restem dúvidas às partes, mas também não omitir informações que possam influenciar as tratativas ou a própria execução do contrato.

O Código Civil, inclusive, prevê no art. 147⁶ a omissão como meio para anular o negócio jurídico, impondo às partes não apenas o dever de informar, mas também o de não omitir da outra parte, de forma dolosa, nenhum elemento necessário para que conheça todos os fatos e qualidades do negócio que está celebrando.

⁶ Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

O dever anexo de informar, diante do exposto, é aquele que detém maior complexidade, seja pela extensão do dever, seja pela irradiação que traz à relação obrigacional.

3.2 DEVER DE SIGILO

O dever de sigilo encontra-se intrinsecamente ligado ao dever de informação, sendo por isso difícil visualizar a diferença entre eles, bem como imaginar hipóteses em que um seja violado sem importar necessariamente a violação do outro.

Há aqui um conflito entre o dever decorrente da boa-fé objetiva, que tem como fulcro a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio previsto constitucionalmente, e o direito à liberdade de expressão, cuja previsão está inserta no mesmo diploma legal:

Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Em se tratando de direitos fundamentais, cumpre trazer à baila a lição de Dirley da Cunha Júnior (2009, p.604), que aponta:

É necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, num esforço de harmonização, de modo que não acarrete o sacrifício definitivo de algum deles. Isso significa que a restrição de um direito fundamental só é possível *in concreto*, atendendo-se a regra da *máxima observância e mínima restrição* dos direitos fundamentais. Não há a mínima possibilidade de se limitar um direito fundamental em abstrato. Vale dizer, os limites aos direitos fundamentais não podem ocorrer em nível abstrato, mas unicamente em nível concreto.

Assim, apenas à luz do caso concreto poderá ser realizada a ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão, conforme a situação exposta.

No que tange à aplicação do sigilo como dever anexo à boa-fé, é preciso notar que, apesar de se chocar com outro direito fundamental, conforme acima demonstrado, este deverá ser respeitado entre os pactuantes, sempre considerando as circunstâncias fáticas, como aponta Eduardo Milléo Baracat (2003, p.237): “Tratando-se o dever de sigilo de uma exceção ou limitação à liberdade de

expressão ou do, eventual, direito de informação de terceiros, impõe-se que também seja avaliado conforme o caso concreto, à luz do princípio da boa-fé.”

As informações conferidas às partes por acaso da celebração do contrato, ou mesmo das tratativas iniciais, devem ser preservadas, visto que, no momento em que foram disponibilizadas pautavam-se na confiança ali estabelecida que, caso seja violada, gerará direito de reparação àquele que se sinta lesado.

Tratando sobre o tema, na ótica da negociação coletiva, insta salientar o posicionamento trazido por Eduardo Pragmácio Filho (2011, p.101): “A maioria das informações que são necessárias para que a negociação logre êxito está nas mãos do empresariado. E boa parte dela constitui-se de informação sigilosa, caso seja revelada poderá trazer prejuízos vários.”

Como a boa-fé deve ser observada em via de mão dupla, a representação dos trabalhadores tem o dever de guardar sigilo das informações reveladas na mesa de negociação, não podendo divulgar para terceiros nem para outros trabalhadores. Deste modo, é possível perceber que o dever de sigilo deve ser guardado por ambos os partícipes do negócio jurídico bilateral.

Alguns autores, diferentemente do quanto apontado acima, entendem que o dever de sigilo encontra relação intrínseca com a lealdade, e não somente com o dever de informar, como ensina Karina Nunes Fritz (2011, p.236), para quem:

Intimamente relacionada ao dever de lealdade é o dever de sigilo, o qual impõe às partes o dever de não divulgar informações recebidas durante as negociações, quando isso puder contrariar os interesses do parceiro, o que leva alguns autores a considerá-lo como um dos aspectos do dever de lealdade.

Insta salientar que o dever de sigilo, seja ele decorrente do dever de informação ou de lealdade, consiste em não divulgar as informações obtidas por conta da negociação, ou do próprio contrato, quando já firmado, quando tais informações possam vir a causar prejuízos à outra parte.

Caberá, assim, conjugar o direito de expressão e a boa-fé, de modo que o exercício daquele possa vir a não violar, frontalmente, esta.

Note-se, ainda, que a violação poderá ensejar a reparação por eventuais prejuízos que venham a ser causados.

A doutrina ainda aponta a aplicação do Dever de Sigilo, ainda que este não tenha sido objeto de manifestação expressa no pacto. Ou seja, ainda que não exista cláusula exigindo confidencialidade entre os contratantes, operar-se-á o dever das partes em não divulgar informações acerca do objeto contratual. Na lição de

Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze (2006, p.76), ainda que não haja estipulação neste sentido, é forçoso convir que a boa-fé objetiva impõe que se observe o *dever de sigilo ou confidencialidade* entre ambas.

3.3 DEVER DE COOPERAÇÃO

O dever de colaboração ou cooperação, como denomina Eduardo Milléo Baracat (2003, p.254), tem como fulcro que seja atingida a finalidade de todo o pacto, que é a finalização da relação com o adimplemento da obrigação, bem como o cumprimento dos deveres a ela anexos.

Colaborar significa, tomando por base a boa-fé objetiva, que as partes, agindo de forma leal, deverão unir suas forças para que o êxito contratual seja alcançado. Não se traduz na renúncia dos objetivos particulares, mas sim na ponderação destes, pautando-se pela razoabilidade e bom senso, sempre à luz do caso concreto e suas especificidades (FRITZ, 2011, p.208-209). As partes devem, portanto, envidar esforços com vistas à concretização do negócio jurídico que celebraram.

Há dentro do dever ora analisado, implicitamente, a obrigação de ajuda mútua entre os contratantes, de modo que um deverá prestar auxílio ao outro, para que o contrato desenvolva-se corretamente, satisfazendo os interesses do credor e do devedor.

Tratando sobre o tema, aponta Rizzatto Nunes (2012, p.676):

O verbo “cooperar” tem o sentido de operar simultaneamente, trabalhar em comum, colaborar. Em termos contratuais, então, o dever de cooperação nada mais é do que sempre colaborar para que o contrato atinja o fim para o qual foi firmado.

Será contrária ao dever de cooperação a ação do contraente que inviabilize a atuação da outra parte quando esta tentar cumprir sua obrigação. O dever de colaboração encontra assento no artigo 3º, I, da Constituição Federal, que preceitua: “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”

Trata-se, pois, da transposição do preceito constitucional para a seara privada, refletindo a Constituição nas demais codificações. Aqui, ao contrário do que acontece no dever de sigilo, em que há conflito entre os direitos, ocorre a consonância entre os princípios e seus objetivos, como reflexo direto e, portanto,

dever anexo da boa-fé objetiva, conforme expõe Judith Martins-Costa (2010, p.420): “Ao referir ao art. 422 do Código Civil observei como o valor “cooperação” (situado no campo axiológico) manifesta-se no Direito como princípio, então atuando no campo deontológico por meio da cláusula geral da boa-fé objetiva.”

Pelo dever de cooperação, cabe às partes unirem os seus esforços para que o contrato seja executado sem acarretar prejuízo para uma ou para a outra, dentro dos limites que são impostos pela razoabilidade, porém facilitando que seja alcançado o fim escoimado.

É, destarte, reflexo direto da cláusula de boa-fé, tendo em vista que a colaboração entre as partes decorre da honestidade e da confiança que permeiam a relação obrigacional que se apresenta.

3.4 DEVER DE LEALDADE

O dever de lealdade é o único, dentre os aqui elencados, que encontra expressa previsão normativa, consoante se depreende do §242 do BGB, assim como do artigo 422 do Código Civil.

A própria conceituação do que seria boa-fé objetiva passa, diretamente, pelo entendimento do conceito de lealdade e da sua aplicação à relação obrigacional de fundo, conforme preceitua Alice Monteiro de Barros (2009, p.515): “A boa-fé, a que nos referimos, é vista aqui sob o prisma objetivo, alusiva ao dever recíproco de se comportar com lealdade, é assegurada desde as fases preparatórias do contrato.”

Tal fenômeno é influência direta da doutrina alemã sob o conteúdo conferido ao princípio da boa-fé objetiva, perpassando, necessariamente, pela ideia de adoção do comportamento honesto, probo e leal.

Implica, como afirma Karina Nunes Fritz (2011, p.207-208), o acordo devendo ser executado segundo o seu “espírito”, podendo vir a ser alterado o pactuado quando as condições anteriores fossem por demais gravosas para uma das partes, conforme entendimento:

Isso demonstra que cada um precisa ter lealdade para com os interesses do parceiro, respeitando-os dentro de um critério de razoabilidade, ainda quando isso signifique alterar o acordado para que o cumprimento da obrigação proporcione a satisfação dos interesses de ambas as partes.

O dever de lealdade é o que mais se aproxima do conceito de confiança, já que a sua caracterização perpassa pelo entendimento de que as partes conduzirão a relação obrigacional de modo a não fraudar a fidúcia ali depositada, atuando, ambas as partes, para a finalidade maior do pacto que é a conclusão do contrato (FRITZ, 2011, p.232).

Há uma correlação direta entre a lealdade e a informação, já que a violação deste último, na maior parte das vezes, implicará afronta ao primeiro. Tal situação pode ser vista quando se abordam as tratativas preliminares.

Uma vez que não tenha sido aventada a exclusividade de negociação, é dado às partes o direito de negociar em paralelo com outros interessados, sem que tal conduta viole a lealdade. Situação completamente distinta é aquela em que os negociantes firmam o pacto de exclusividade e, mesmo assim, mantêm negociações alheias, sem conceder qualquer aviso à contraparte.

Assim, além de implicar violação ao dever de informação, diante da ausência de aviso das negociações em paralelo, fere ainda o dever de lealdade, haja vista que adotou atitude completamente contrária e distinta da que havia sido acordada anteriormente.

Talvez o dever anexo de lealdade seja aquele que mais se aproxime do apelo ético que envolve a boa-fé objetiva, uma vez que a relação de confiança estabelecida entre as partes decorre, em grande monta, da conduta leal adotada pelo outro polo da relação. É essa correição quanto ao comportamento, a clareza durante a negociação, que materializa a boa-fé na seara contratual diante da fidúcia que se estabelece interligando credor e devedor.

Agir com lealdade se insere no contexto anteriormente abordado. A relação obrigacional transpõe as barreiras que antes eram impostas pelo Código Civil, cujo vínculo formado entre os pactuantes ficava adstrito apenas à obrigação que era assumida por um e exigida por outro para, no atual momento, estabelecer deveres anexos.

Assim, as partes não deverão cumprir com o pactuado apenas por haver uma “força obrigatória dos contratos”, mas sim porque se comprometeram a tanto e, sendo vedado o comportamento contrário ao adotado anteriormente, estariam traindo a legítima confiança que fizeram surgir na outra parte, violando, em último plano, o dever de lealdade.

Este dever, em maior intensidade do que os demais, encontra-se ligado umbilicalmente ao que se entende por boa-fé, ao conteúdo que lhe é conferido. Tanto que diversos autores, como Alice Monteiro de Barros (2009, p.570), quando definem o que seria a *bona fides* não a dissociam da lealdade. Veja-se:

Esses deveres criam para as partes um padrão de comportamento a ser cumprido de acordo com as **exigências da boa-fé, ou seja, de acordo com lealdade** e a honestidade que devem estar presentes numa relação contratual (SOARES, 2008, p.116). [grifo nosso]

Por se tratar de dever anexo com extrema abstração, cabe ao dever de lealdade abarcar as mais variadas situações, podendo enquadrar dentro da sua previsão tanto a violação ao dever de informar, quanto o de clareza, perpassando ainda pelo de “cooperar com lealdade e não obstruir ou impedir” (SOARES, 2008, p.118).

A boa-fé, portanto, tem ligação intrínseca com a lealdade, sendo conceitos de difícil dissociação, o que acaba por implicar a utilização quase que conjunta de ambos os institutos e, por conseguinte, desta última como dever anexo daquela.

3.5 DEVER DE SEGURANÇA

Semelhantemente ao exposto acima, as partes devem agir com lealdade quando da celebração do negócio jurídico, afim de preservar a ética como elemento essencial para a concretude do pacto.

O dever de segurança, portanto, decorre exatamente da noção de lealdade a ser observada pelos contratantes, especialmente nos institutos mais protetivos, como é o exemplo do Direito Consumerista e das Leis de proteção ao trabalhador, respectivamente nos arts. 4º e 6º do CDC e nos arts. 157, 162 e 166 da CLT.

Na exata lição de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (*apud* MARTINS-COSTA, 2010, p.403):

[...] por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora, ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos da lealdade e colaboração para os fins contratuais.

O dever de segurança, portanto, derivado desta noção de proteção a ser observada pelas partes, constitui-se na obrigação que têm as partes de zelar pela integridade pessoal e do patrimônio do outro. As partes devem, portanto, abster-se de todo e qualquer ato que possa gerar dano à outra parte, ainda que potencialmente. (POPP *apud* SOARES, 2008 p.215)

Pode-se citar como exemplo à aplicação do dever de segurança o contrato de transporte, seja ele terrestre ou aéreo, pelo qual a empresa fornecedora do serviço deve zelar pela segurança dos seus passageiros, bem como pela integridade da sua bagagem. Por outra via, o passageiro deve se abster de praticar qualquer ato que ponha em risco a segurança e a integridade do patrimônio da empresa fornecedora.

É exatamente essa ideia de reciprocidade e zelo mútuo que desenvolve-se através da aplicação do dever anexo de segurança. A aplicação e incidência deste dever ao contrato individual de trabalho será melhor tratado em tópico próprio, mais adiante.

4 A APLICAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA AO CONTRATO DE TRABALHO

A concepção da *bona fides* no Direito brasileiro, como já demonstrado em tópico anterior, teve início com a sua positivação no Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente, o Código Civil de 2002 elevou a boa-fé objetiva à condição de cláusula geral, criadora de deveres e obrigações aos contratantes.

A positivação deste importante instituto no direito do Trabalho ainda não ocorreu de forma expressa. Contudo, a análise que aqui se busca transcende ao positivismo jurídico, na medida em que pretende demonstrar que a boa-fé está inserida no contexto das relações de trabalho de forma ampla e direta, através da concepção da natureza protetiva do Direito do Trabalho, que visa equilibrar as partes da relação contratual.

A visão de um Direito do Trabalho fechado, autossuficiente e não susceptível à influência de outras fontes do direito já não é mais concebível, devendo o intérprete, ao tratar sobre as relações laborais, aplicar ao caso concreto não apenas a norma positivada, aquilo que está codificado.

Na lição de Menezes Cordeiro (*apud* BARACAT, 2003, p.35-36):

[...] esta forma de pensar o direito faliu, diante da insuficiência do conceptualismo – redução do sistema a conceitos, com recursos simples à lógica formal –, o fracasso do positivismo legalista exegético – solução de casos concretos com recurso à lei como texto – e os óbices da subsunção – passagem mecânica, passiva, do facto para a previsão normativa, de modo a integrar a premissa menor do silogismo judiciário.

É importante registrar que, como afirma Plá Rodriguez (*apud* BARACAT, 2003, p.221-274), o princípio da boa-fé abrange ambas as partes do contrato de trabalho, e não apenas o empregado. Assevera o referido autor que “se costuma prescindir da projeção desse princípio no que diz respeito à conduta do empregador.”

Deste modo, forçoso concluir que no âmbito do Direito do Trabalho, a exemplo do que ocorre nos demais ramos do direito, a boa-fé deve ser considerada bilateralmente, gerando direitos e obrigações aos dois polos da relação contratual, *in casu*, empregado e empregador.

Nesta esteira, tendo a boa-fé como uma das suas funções a de criação de deveres anexos, como explanado anteriormente, a aplicação destes ao contrato individual de trabalho é consequência lógica e, portanto, iremos abordar a incidência

de tais deveres nas relações pré e pós-contratuais, bem como a sua observância no curso do contrato de trabalho.

O art. 102 do Código de Trabalho Português⁷ estabelece que as partes devem agir com boa-fé tanto nas preliminares, como na formação do contrato de trabalho. E o n.1 do art. 126⁸ estabelece como princípio geral aplicável ao contrato de trabalho a observância da boa-fé, tanto pelo empregador, como pelo trabalhador, no exercício dos seus direitos e no cumprimento de suas obrigações.

Na execução do contrato de trabalho, as partes obrigam-se a colaborar na obtenção da maior produtividade, bem como na promoção humana, profissional e social do trabalhador, segundo prescreve o n.2 do art. 126 do CT (MORI, 2011, p.104).

Estêvão Mallet (2012, p.181) advoga que “a exigência da boa-fé permeia os contratos em geral, tanto os de direito civil como os de natureza trabalhista ou que constitui princípio presente em todos os atos da vida civil.”

Neste contexto, os deveres oriundos da boa-fé objetiva estão inseridos no seio do contrato de trabalho, gerando obrigações aos dois polos da relação contratual, devendo as partes, seja no momento das tratativas, da execução do contrato, ou mesmo, pós *pacto finito*, observar os deveres de lealdade, cooperação, sigilo e segurança.

4.1 EXIGIBILIDADE NOS CONTRATOS DE TRABALHO

Conforme visto acima, a boa-fé é elemento intrínseco ao contrato de trabalho e, sendo assim, a sua incidência se perfaz de maneira obrigatória, em todos os momentos do pacto.

Nas tratativas iniciais, operam-se os deveres de proteção, que obrigam as partes a não causarem, mutuamente, nenhum dano à sua pessoa ou patrimônio. O dano pode ser pessoal ou material, sendo que um dano pessoal pode ser material

⁷ Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato de trabalho deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos culposamente causados.

⁸ 1 – O empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações.

2 – Na execução do contrato de trabalho, as partes devem colaborar na obtenção da maior produtividade, bem como na promoção humana, profissional e social do trabalhador.

quando, por exemplo, um trabalhador sofre um acidente no interior da empresa, causado por um dos equipamentos pertencentes a esta.

Na lição de Alice Monteiro de Barros (2009, p.61), o dano pessoal pode ser, ainda, moral. Salienta a autora que “Premido pela necessidade econômica e pela dificuldade de obtenção de trabalho, não raro o aspirante a um emprego abdica de aspectos de sua personalidade, em garantia da adesão de seu comportamento futuro à vontade do empregador.”

Muitas são as vezes em que os direitos da personalidade são violados por parte do empregador, que invade a vida privada do empregado, ocasionando discriminação. Assim, os deveres de proteção servem para evitar que tais práticas se manifestem, mesmo antes de iniciada a relação contratual, obrigando o empregador a abster-se da prática de atos que possam causar qualquer tipo de discriminação com os candidatos a emprego.

Segundo Eduardo Miléo Baracat (2003, p.227):

[...] em determinadas circunstâncias, uma pergunta direcionada a um candidato a emprego pode ensejar claro ato de discriminação, *enquanto a mesma pergunta, em outras circunstâncias, será necessária, e até mesmo imprescindível à proteção do próprio candidato*. Conclui o autor, trazendo à baila a expressa previsão do Código francês, que, no seu art. L.121-6⁹, *trata de inequívoco conceito jurídico indeterminado que deverá ser preenchido pelo juiz ao avaliar se, no caso concreto, as perguntas formuladas possuem relação com a capacidade funcional e as aptidões do empregado, ou se caracterizam ato discriminatório*.

O referido autor, no que tange à inexistente positivação deste tema nos diplomas juslaboralistas brasileiros, conclui:

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não possua uma regra própria sobre o procedimento que deve ser considerado lícito no momento da seleção de pessoal, o princípio da boa-fé objetiva, como fonte de obrigações, permite ao juiz verificar, dentro das circunstâncias reais, se a pergunta formulada caracteriza, por si só, ato discriminatório, e se a eventual recusa do candidato a respondê-la é legítima, podendo, assim, estabelecer um possível nexo de causalidade entre a pergunta formulada (respondida ou não) e a não contratação do trabalhador, caracterizando o dano (BARACAT, 2003, p.227).

Importante ressaltar, contudo, que a ninguém pode ser exigido a celebração de um contrato pelo simples fato de ter iniciado as tratativas negociais. No entanto, devem as partes, mesmo não se concretizando a celebração do pacto,

⁹ Tradução livre de: “Art. L.121-6 (L. n. 92-1446 du 31 déc. 1992). *Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d’apprécier sa capacité à occuper l’emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l’emploi proposé ou avec l’évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat à un emploi ou le salarié est tenu d’y répondre de bonne foi*”.

agirem de modo a preservar os deveres de lealdade, informação e proteção, frutos da confiança despertada em determinado momento da negociação.

A parte que não quiser concluir a celebração do pacto, portanto, deverá informar a outra antes que surja a certeza de que o contrato será, de fato, concretizado, para que não lhe acarrete nenhum dano.

Como salienta Regis Fichtner Pereira (*apud* BARACAT, 2003, p.239), “o fundamento imediato de se responsabilizar a parte que interrompeu as tratativas prévias e frustrou a confiança da outra, é a proibição do *venire contra factum proprium*.”

O *venire contra factum proprium* significa a adoção de comportamentos contraditórios pelas partes que, ao longo de um determinado tempo, exprimiram de qualquer modo uma linha de conduta, causando expectativa de manutenção deste ato e, de forma inesperada e injustificada, passaram a agir de outra maneira, causando frustração.

No caso das tratativas preliminares, o *venire contra factum proprium* atua de maneira a impedir que o empregador, que gerou no candidato ao emprego uma expectativa real de contratação, venha a romper com essa promessa, desde que estivessem, de fato, presentes todos os elementos capazes a ensejar essa confiança na celebração do contrato de trabalho.

No que se refere ao momento da execução do contrato, inúmeras são as hipóteses de incidência obrigatória dos deveres anexos da boa-fé objetiva na relação individual de trabalho.

Os deveres de lealdade, informação, sigilo, cooperação e segurança são elementos que surgem da relação contratual do trabalho de uma forma direta, sendo-lhe aplicáveis ao longo de todo o pacto. Deveres estes que, como aponta Baracat, não se confundem com as obrigações principais do contrato, mas que lhe são imprescindíveis para que haja um perfeito andamento da relação obrigacional (BARACAT, 2003, p.241).

Seguindo este raciocínio, mesmo findo o contrato de trabalho, sobejam às partes a obrigação de observar os deveres anexos à boa-fé objetiva. Devem os contratantes, no momento da extinção do contrato de trabalho, agir da mesma forma que agiram na execução do contrato. É o que prescreve o art. 472 do Código Civil.¹⁰

¹⁰ Art. 472. O contrato faz-se pela mesma forma exigida pelo contrato.

Deste modo, devem as partes observar os deveres anexos da boa-fé objetiva também na rescisão contratual, a exemplo do dever de informação e dever de sigilo, não podendo o empregador, por exemplo, divulgar a terceiros fatos que desabonem a conduta e a honra de seu ex-empregado.

Podem as partes convencionarem determinadas situações, gerando responsabilidades a ambas as partes. É o que Maria do Rosário Palma Ramalho (*apud* CELIO NETO, 2009, p.69) descreve como “os pactos de não concorrência *post pactum finitum*, firmados entre trabalhador e empregador durante o contrato ou por ocasião da rescisão contratual.”

4.1.1 Os deveres anexos e a CLT

Embora neste trabalho a análise da aplicação dos deveres anexos da boa-fé objetiva ao contrato de trabalho seja demonstrada por uma visão pós-positivista, através da eficácia dos direitos fundamentais do trabalhador, alguns destes deveres já se encontram inseridos no *corpus legis* laboral.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz inúmeras situações em que há expressa previsão destas obrigações destinadas às partes da relação de emprego. A primeira hipótese de aplicação dos deveres anexos pode ser encontrada no art. 157 da CLT, que estabelece o seguinte:

Art. 157 - Cabe às empresas: (Redação conforme a Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
 I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (Incluído conforme Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
 II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (Incluído conforme Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
 III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; (Incluído conforme Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
 IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente. (Incluído conforme Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

No referido dispositivo, pode-se verificar a nítida incidência do dever de segurança que o empregador deve exercer sobre o empregado. É ele o responsável pela integridade física dos seus trabalhadores, devendo zelar pela observância das normas técnicas de segurança e de medicina do trabalho.

É possível identificar, outrossim, que o inciso II do art. 157 estabelece o dever de informação, compelindo o empregador a instruir os seus empregados

quanto às normas de segurança estabelecidas pela empresa e pela legislação trabalhista.

Os arts. 162¹¹ e 166¹² da CLT trazem, também, expressa previsão do dever de segurança, quando estabelecem a obrigação do empregador de manter nos seus quadros serviços especializados de segurança e medicina do trabalho, em prol de seus empregados, bem como de fornecer equipamentos de proteção individual, com o objetivo de evitar a ocorrência de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais.

Por sua vez, o art. 158 da CLT traz no seu bojo a seguinte previsão:

Cabe aos empregados:

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

§ único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

Fica estabelecido aos empregados, portanto, o dever de cooperação, previsto no inciso II do referido dispositivo, quando obriga-os a “colaborar com a empresa”, constituindo-se, inclusive, ato faltoso do trabalhador que se recusa, de maneira injustificada, a cumprir com a mencionada determinação legal.

O dispositivo da CLT que se observa com maior incidência a aplicação dos deveres anexos da boa-fé objetiva é o art. 482, que traz uma série de obrigações ao trabalhador no curso do contrato de trabalho.

O empregado tem o dever de observar as obrigações decorrentes do dever de cooperação, devendo colaborar para o sucesso do empreendimento do seu

¹¹ Art. 162 - As empresas, de acordo com normas a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, estarão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho. (Redação conforme a Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Parágrafo único - As normas a que se refere este Artigo estabelecerão: (Redação conforme a Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

a) classificação das empresas segundo o número de empregados e a natureza do risco de suas atividades; (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

b) o número mínimo de profissionais especializados exigido de cada empresa, segundo o grupo em que se classifique, na forma da alínea anterior; (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

c) a qualificação exigida para os profissionais em questão e o seu regime de trabalho; (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

d) as demais características e atribuições dos serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, nas empresas. (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

¹² Art. 166 - A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

empregador, sob pena de dispensa por justa causa. É o que prevê a alínea e do referido dispositivo legal, que estabelece que o empregado que agir com “*desídia no desempenho das respectivas funções*” terá o seu contrato de trabalho rescindido por justo motivo.

Além disso, a alínea f considera falta grave, também sujeita a dispensa por justa causa, o ato de embriaguez, dentro ou fora do ambiente de trabalho. Tal punição decorre do direito que tem o empregador de relativizar o dever de respeitar a conduta extra laboral do empregado, o que será melhor tratado adiante em tópico específico.

Por fim, a alínea g, também do art. 482, prevê claramente o dever de sigilo, caracterizando como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho o fato do empregado revelar segredos do seu empregador ao seu concorrente, configurando nítida quebra de confiança, motivo suficiente para dispensa motivada.

Por outra via, o art. 483 traz obrigações ao empregador decorrentes dos deveres anexos da boa-fé objetiva, os quais, se não observados, constituem justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, por culpa do empregador. Dispõe o referido dispositivo que:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º - Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo. (Incluído pela Lei nº 4.825, de 5.11.1965)

Encontra-se presente, praticamente em todas as alíneas do art. 483 da CLT, o dever de cooperação, a exemplo da obrigação disposta na alínea a, sendo, de acordo com o referido dispositivo, proibido que o empregador exija dos seus empregados a realização de trabalho superior às suas forças ou proibido por lei.

Ou seja, tem o empregador a obrigação de cooperar para que o negócio jurídico celebrado com o empregado se concretize, não podendo exigir que o trabalhador realize atividade para o qual não é capaz.

Conclui-se, portanto, que os deveres anexos da boa-fé objetiva já encontram-se inseridos na legislação trabalhista, tais como os deveres de cooperação e segurança, intrínsecos ao contrato de trabalho, gerando obrigações legais e consequências pela sua inobservância para ambas as partes.

4.2 VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A violação positiva do contrato decorre da inobservância dos deveres anexos da boa-fé objetiva, resultantes do pacto celebrado entre as partes, e resume a noção de que “o devedor responde pela não realização da prestação” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 595).

Contudo, há de se observar que a violação positiva refere-se ao descumprimento dos deveres anexos que decorrem do contrato, e não da obrigação principal que tenha sido devidamente cumprida. Daí porque denomina-se violação positiva.

Justifica Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2011, p.595) este dever de indenizar decorrente da violação positiva do contrato pelos seguintes motivos:

Havendo, entre as partes, uma ligação obrigacional, gera-se, com naturalidade, uma relação de confiança na base da qual é, em especial, possível o infligir mútuo de danos; a boa-fé comina deveres de não o fazer. Esta análise permite constatar a presença na obrigação, de deveres de cumprimento, que visam o prosseguir efectivo do interesse do credor na prestação e deveres de protecção que pretendem obstar a que, a coberto da confiança gerada pela existência de uma obrigação, se produzam danos na esfera das partes.

No ordenamento jurídico nacional, importa frisar, a transgressão aos deveres jurídicos anexos da boa-fé objetiva resulta na violação positiva do contrato, imputando àquele que desrespeita as normas de conduta impostas pela boa-fé objetiva a responsabilidade civil independentemente de culpa, como reconheceu o Conselho da Justiça Federal, através do enunciado 363.¹³

¹³ “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação.” Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

A doutrina da violação positiva do contrato tem a função de demonstrar a existência de casos especiais de inadimplemento. Essa função não se perdeu no Código Civil de 2002, ao contrário, haja vista que nele foram incorporadas disposições expressas que reconhecem, de modo indireto, a condição obrigacional dos deveres anexos.

A quebra desses deveres anexos, como já dito, gera a violação positiva do contrato, com responsabilização civil para aquele que desrespeitar a boa-fé objetiva.

Muito se discute à respeito das consequências jurídicas advindas da violação aos deveres anexos da boa-fé objetiva. Contudo, a análise quanto à penalidade a ser aplicada àquele que desrespeitar os deveres oriundos da boa-fé objetiva deve ser feita casuisticamente.

Diversas são as espécies de tutelas previstas no direito processual, aplicáveis aos inúmeros casos de violação positiva do contrato, os quais serão analisadas a seguir.

4.2.1 Tutela condenatória ou ressarcitória

A regra geral a ser aplicada no caso de violação positiva do contrato é pela indenização ao lesado, tal como estabelece o art. 927 do Código Civil, pelo qual haverá a obrigação do autor do dano de repará-lo, independentemente de culpa. O referido artigo está inserido no Capítulo I, intitulado como “Da Obrigação de Indenizar”, Título IX, do mencionado diploma legal.

Deste modo, forçoso concluir que, havendo descumprimento dos deveres anexos da boa-fé objetiva, surge para o autor do ato ilícito o dever de reparar aquele a quem o seu ato causou danos.

Este é o entendimento de Jorge Souto Maior (2007, p.5), que assim aponta:

Atualmente, nos termos dos arts. 186 e 187 do Código Civil, aquele que, ultrapassando os limites impostos pelo fim econômico ou social, gera dano ou mesmo expõe o direito de outrem a um risco comete ato ilícito. O ilícito, portanto, tanto se perfaz pela provocação de um dano a outrem, individualmente identificado, quanto pela desconsideração dos interesses sociais e econômicos, coletivamente considerados. Na ocorrência de dano de natureza social, surge, por óbvio, a necessidade de se apenar o autor do ilícito, para recuperar a eficácia do ordenamento, pois um ilícito não é mero inadimplemento contratual e o valor da indenização, conforme prevê o art. 944, do CC, mede-se pela extensão do dano, ou seja, considerando o seu

aspecto individual ou social. Como já advertira Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, o efeito do ato ilícito é medido, igualmente, sob o prisma da integridade social. (O Dano Social e sua reparação.

Esta espécie de tutela é denominada tutela condenatória, assim definida por Eder de Oliveira Moreira¹⁴:

Através da tutela condenatória irá o juiz proferir mandamento a parte vencida, isto é, a sentença irá impor ao réu uma prestação em favor do autor. No entanto esta tutela por si só não garante a satisfação da pretensão do autor, uma vez que esta prestação deverá ser exercida pelo réu ainda sem a presença da força do estado, ela apenas garante ao autor título que lhe confere de fato o direito a satisfação de tal pretensão, para tanto terá ele que buscar através de outra ação a satisfação desta pretensão.

A tutela condenatória tem por objetivo principal extinguir a violação a direito, através da condenação o estado-juiz visa reconduzir as partes ao status quo anterior a violação, assim explica Andréa Proto Pisani apud Yarshell (1999), a tutela de condenação tem uma dúlice função: primeira a de eliminar os efeitos da violação já efetuada segunda, a de impedir que a violação se consuma ou que se repita.

A doutrina também denomina esta espécie de tutela como ressarcitória¹⁵, conforme lição de Fredie Didier Jr. (2008, p.372):

É a tutela contra o dano. O seu objetivo é promover a reparação do dano já causada, recompondo o patrimônio jurídico do ofendido à sua situação anterior. Trata-se, portanto, de tutela repressiva, eis que se dirige contra o dano já consumado.

Deste modo, a tutela condenatória irá, na análise do caso concreto, motivar a indenização ao réu, pelo autor, ante a violação dos deveres anexos da boa-fé objetiva.

4.2.2 Tutela constitutiva ou reintegratória

Ainda que se tenha como regra a indenização pelo autor do dano, há, como dito, de se verificar casuisticamente a consequência aos deveres anexos da boa-fé objetiva, que se extrai da sua violação.

A tutela constitutiva é o meio pelo qual se busca a modificação ou extinção de uma relação jurídica, criando para tanto uma nova relação jurídica, através de uma sentença judicial.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/50-v1-n3-setembro-de-2011/147-a-jurisducao-e-as-especies-de-tutela-jurisdicinal>>. Acesso em 14 ago. 2013.

¹⁵ Fredie Didier Jr (2008, p.372) ainda classifica a tutela ressarcitória, podendo ser esta dividida em: "(i) *pelo equivalente em pecúnia* – o que é a hipótese mais corriqueira -, quando se atribui ao lesado o valor em dinheiro correspondente à diminuição patrimonial sofrida, (ii) ou *específica*, quando se proporciona ao lesado o estabelecimento da situação que deveria estar vigendo acaso o dano não houvesse ocorrido, ou seja, o firmamento do estado de coisas que subsistiria (*sic*) se a lesão não tivesse sido perpetrada – ou, ao menos, o resultado o mais próximo possível disso."

Tome-se como exemplo a hipótese da dispensa discriminatória, onde a consequência para o ato lesivo contra a honra do empregado é a nulidade da despedida e a reintegração do trabalhador ao emprego, tal como prescreve o art. 4º da Lei nº 9.029/1995.¹⁶

Fredie Didier Jr. (2008, p.371) classifica esse tipo de tutela como reintegratória, explicando o seu significado:

A tutela reintegratória volta-se contra o ilícito já praticado (olha o passado, diferentemente da *inibitória* que se volta ao *futuro*). Pouco importa a culpa, pouco importa o dano. Enquanto a tutela inibitória visa impedir que o ilícito seja praticado, a tutela reintegratória visa impedir que o ilícito continue; ela visa a removê-lo, apaga-lo, fazê-lo desaparecer. Busca a reintegração do direito violado, seja como retorno ao estado de licitude antes vigente, seja com o firmamento do estado de licitude que deveria estar vigendo.

A tutela reintegratória, portanto, visa a repressão daquilo que já se consumou, desfazendo o ilícito já praticado, com o intuito de impedir que o fato delituoso se constitua em um dano. Caso o dano ocorra, tratar-se-á de tutela ressarcitória ou condenatória.

A jurisprudência trabalhista caminha no mesmo sentido, tendo o TST editado a recente súmula 443¹⁷, a qual prevê a existência de ato discriminatório quando o empregado portador de HIV é dispensado, tornando obrigatória a sua reintegração no emprego.

A atitude do empregador viola diretamente o dever anexo de proteção, pelo qual deve a empresa exercer todos os mecanismos capazes de proteger o empregado das mazelas a que está sujeito diante da enfermidade que possui, garantindo-lhe emprego, necessário para a sua sobrevivência.

Deste modo, a tutela a ser aplicada no caso de descumprimento dos deveres anexos de proteção deverá ser analisada casuisticamente, adequando-se à espécie que melhor se enquadrar nas diversas hipóteses que se apresentam.

¹⁶ Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010)

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

¹⁷ SÚMULA 443 DO TST. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Pode-se concluir, portanto, que através de uma análise do fato danoso, deve-se ter como regra a indenização como forma de reparar o dano causado à outra parte, salvo se houver expressa previsão legal em sentido contrário, como é o caso da reintegração ao emprego por dispensa discriminatória.

4.3 APLICAÇÃO AO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Inexistem dúvidas acerca da aplicação dos deveres anexos da boa-fé objetiva aos contratos individuais de trabalho. Nesse sentido, Estêvão Mallet (2012, p.180) aponta que:

Não há como pretender isolar, portanto, o Direito do Trabalho da exigência de respeito e boa-fé, como se se cuidasse de seguimento estanque, indiferente ao que se passa nos demais ramos do Direito. Contra tão disparatada proposição, pode-se invocar não somente o caráter sistemático do ordenamento jurídico, que aponta para a ideia de “unidade interior do Direito”, como, em termos estritamente dogmáticos, a previsão do art. 8º da CLT.

O referido autor ainda afirma que a extensão do Princípio da boa-fé objetiva ao Direito do Trabalho tem fundamento na grande parte dos ordenamentos jurídicos, a exemplo do Código de Trabalho de Portugal, que estabelece no seu art. 102¹⁸ previsão expressa da aplicação deste aos contratos individuais de Trabalho firmados naquele país (MALLET, 2012, p.180).

A jurisprudência trabalhista, por sua vez, tem abraçado a boa-fé objetiva como um dos cânones jurídicos das relações individuais de trabalho, aplicando os seus deveres anexos e todas as suas consequências pelo descumprimento destas obrigações.¹⁹

Demonstraremos, a seguir, a aplicação dos deveres anexos da boa-fé objetiva aos contratos individuais de trabalho, tanto na fase pré-contratual, como

¹⁸ Art. 102 CT. Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato de trabalho deve, tanto nos preliminares, como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos culposamente causados.

¹⁹ QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA. Tendo em vista a dimensão social e econômica alcançada pelas relações obrigacionais, espera-se das partes cooperação e confiança na realização dos negócios jurídicos. **Atuam, aí, os princípios da proteção da boa-fé objetiva - criando deveres de cooperação, informação e lealdade - e, fundamentalmente, da confiança - vinculando as partes a não frustrar imotivadamente as expectativas legítimas criadas por sua conduta.** No contexto dos autos, é manifesto o descumprimento do dever de lealdade por parte da reclamante, que sonegou do empregador o seu correto endereço e permaneceu recebendo vales-transporte como se residisse em outra cidade, auferindo vantagem indevida, o que se traduz em verdadeiro inadimplemento obrigacional gerador de danos ao reclamado, por violação ao dever de boa-fé que os artigos 113 e 422 do Código Civil atribuem aos partícipes de qualquer relação contratual. (...) (13281420105040022 RS 0001328-14.2010.5.04.0022, Relator: RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS COSTA, Data de Julgamento: 10/11/2011, 22ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

durante a execução do contrato e, em algumas hipóteses, no momento da extinção e na fase pós-contratual, à luz dos arts. 422 e 479 do Código Civil brasileiro.

4.3.1 O dever de sigilo e o contrato individual de trabalho

Judith Martins Costa (1999, p.239) define o dever de sigilo como sendo aquele pelo qual as partes devem guardar segredo sobre atos ou fatos que tiveram conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares.

Edilton Meireles (2005, p.65), por seu turno, esclarece que os deveres de omissão e segredo “impõem ao empregado o dever de guardar sigilo quanto aos negócios da empresa e ao empregador o dever de não revelar fatos da vida privada do trabalhador no âmbito do trabalho.”

Eduardo Milléo Baracat (2003, p.237), por sua vez, leciona que a parte que obteve informações relativas à outra, durante as tratativas, deve buscar não divulgá-las a terceiros.

No contrato individual de trabalho, pois, o empregado deve zelar pelas informações que obtém do seu empregador, cabendo-lhe inclusive, a teor do que prescreve o art. 482, g, da CLT²⁰, a pena de dispensa por justa causa, caso haja divulgação de fatos sigilosos ao concorrente.

O dever de sigilo deve ser observado, também, na fase pós contratual, uma vez que é vedado ao empregador prestar a terceiros informações desabonadoras à respeito da conduta do seu ex-empregado, podendo, inclusive, ser responsabilizado em razão de *culpa post pactum finitum*.

De igual modo, o ex-empregado que detenha conhecimento acerca de informações muito importantes de seu ex-empregador não pode divulgá-las ao concorrente deste. É a denominada *cláusula de não-concorrência*.

Celio Neto (2012, p.72) aponta que:

A violação de segredo da empresa é uma das principais formas de se fazer concorrência ao ex-empregador, seja em razão do uso das informações em proveito próprio, seja disponibilizando-as a terceiros, e constitui ilícito penal nos termos do art. 196 da Lei n. 9.279/96.

A cláusula de não concorrência, portanto, obriga o empregado a, mesmo finda a relação contratual para com a empresa que prestava o seu labor, não

²⁰ Art. 482, g, da CLT. “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: g) violação de segredo de empresa.

fornecer aos concorrentes desta informações sigilosas, as quais acabariam pondo em risco a atividade econômica do seu ex-empregador.

Não pode a referida cláusula, contudo, de acordo com a jurisprudência majoritária, impedir que o empregado trabalhe para outra empresa, mesmo que concorrente, devendo esta limitar-se, exclusivamente, à proibição de divulgação de segredos do seu ex-empregador, sob pena de nulidade.

É o caso, por exemplo, do empregado que detinha, em razão de seu contrato de trabalho, a fórmula secreta para a elaboração do produto comercializado pelo seu empregador, pois trabalhava diretamente na produção da empresa. Mesmo após o seu desligamento da empresa, não poderá fornecer ao concorrente – estando ou não trabalhando para este – a informação que obteve em razão da sua condição de empregado.

Neste sentido, é preciso perceber que a cláusula de não-concorrência tem como fundamento a boa-fé objetiva, mais especificamente o dever de sigilo, principalmente quando inserida na seara trabalhista, ante a ausência de previsão normativa para sua aplicação.

Apesar da ausência de base legal, a jurisprudência pátria vem admitindo como válida o referido ajuste²¹: o contrato de trabalho, como sabido, tem como uma de suas características mais marcantes a bilateralidade, gerando obrigações para ambos os contratantes. Assim, impondo ao empregado um dever, haverá um direito correlato que lhe assiste.

No âmbito ora analisado, sob a perspectiva da inserção da cláusula de não-concorrência no contrato individual de trabalho, não basta que o empregador imponha a este obrigação de forma irrestrita.²²

²¹ CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE - Sem prova de que tenha havido vício de vontade na celebração do contrato de trabalho, de se reputar válida cláusula de não-concorrência livremente estipulada pelas partes, quando da contratação da obreira. Recurso ordinário conhecido, mas não provido. Rel. Manoel Arízio Eduardo de Castro. Julgamento: 06 set. 2010, TURMA 2, Data de Publicação: 01/10/2010 DEJT).

²² CLÁUSULA CONTRATUAL DE NAO-CONCORRÊNCIA SEM RETRIBUIÇÃO. NULIDADE QUE SE DECLARA. Em princípio, a cláusula de não-concorrência pode ser avençada pelas partes, exceto quando a restrição envolver verdadeira vedação a novo emprego por período indeterminado ou por termo certo, sem qualquer retribuição econômica, diante do caráter oneroso e sinalagmático do contrato de trabalho que sempre exige reciprocidade das partes. Os efeitos do contrato não podem se estender além da sua extinção, como mera restrição ao direito ao emprego. O direito ao trabalho é o da própria vida, como a forma mais honesta de sobrevivência. Não foi sem razão que a liberdade de trabalhar, "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", foi elevada entre os direitos e garantias fundamentais, como se deduz do inciso XIII, do artigo 5º, da CFR. Inteligência dos artigos 3º, 9º e 444 da CLT combinado com o artigo 5º, XIII da CFR. Rel. José Carlos Fogaça. Julgamento:

Desta forma, buscando a preservação do sigilo imposto ao empregado pela cláusula geral de boa-fé no contrato de trabalho, é possível, conforme alhures exposto, criar óbices ao empregado para que este não concorra com o empregador. Contudo, a este serão impostos outros deveres, como a fixação de um limite temporal e geográfico, além da fixação de indenização.

Importante salientar, entretanto, que a cláusula de não-concorrência deverá ser considerada nula quando não respeitar os limites da razoabilidade, impedindo que o empregado exerça a sua profissão, violando o princípio da liberdade ao trabalho.²³

Percebe-se, portanto, que apesar de não haver expressa previsão legal quanto à possibilidade de inserção da cláusula de não-concorrência, bem como à sua exigibilidade, não se encontra óbice no ordenamento jurídico pátrio para a prática deste ato, visando assegurar, tão somente, a preservação do dever de sigilo por parte do empregado, mediante contraprestação do seu ex-empregador, numa clara observância da boa-fé objetiva.

O empregador, por sua vez, também possui o dever de guardar sigilo acerca dos fatos que ensejaram a ruptura contratual com o seu ex-empregado. Sendo vedado à empresa, por exemplo, fazer anotações na CTPS do trabalhador acerca dos motivos que ensejaram a rescisão contratual, mesmo na hipótese de ocorrência das situações previstas no art. 482 da CLT.²⁴

A proibição das chamadas listas negras – listas nas quais constam o nome de trabalhadores que ingressaram com Ação na Justiça do Trabalho buscando a reparação de direitos trabalhistas violados pelos seus ex-empregadores – também figura como consequência do dever de sigilo, trazido pela boa-fé objetiva, sujeitando o empregador mesmo após finda a relação empregatícia. O dever de sigilo, portanto, deve ser observado, não só na execução do contrato, como após a sua extinção.

19 jun. 2008, 7ª TURMA, Data de Publicação: 04 jul. 2008.

²³ CLÁUSULA DE NAO-CONCORRÊNCIA. NULIDADE. Nula cláusula de não-concorrência que impede exercício de profissão, tendo em vista a vastidão das atividades do ex-empregador, sem a devida indenização expressiva pelo período de vigência da referida cláusula. Rel. Fernando Antônio Sampaio da Silva. Julgamento: 27 fev. 2007, 5ª TURMA, Data de Publicação: 16 mar. 2007.

²⁴ INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ANOTAÇÃO NA CTPS DO MOTIVO QUE ENSEJOU A RESCISÃO CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA. Os parágrafos 4º e 5º do art. 29 da CLT, que vedam anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua carteira de trabalho e imputam multa pelo descumprimento dessa determinação, sedimentam o entendimento de que deve ser desmotivada a conduta do empregador que gera ao empregado dificuldades na tentativa de ser reaproveitado no mercado de trabalho, diante do registro na CTPS do motivo da rescisão e seu fundamento. (PROCESSO Nº TST-RR-50200-86.2007.5.04.0015. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DOU 05.08.2011).

Há de se observar, todavia, uma colisão de direitos, uma vez que há limitação ao direito à liberdade de expressão do empregador, que deve ceder face ao direito do empregado de não ter violada a sua intimidade e sua vida privada, traduzindo-se como uma das funções da boa-fé objetiva, qual seja, a de limitação de poderes subjetivos, melhor tratada em tópico anterior.

4.3.2 O dever de informação e o contrato individual de trabalho

O direito à informação é Direito fundamental de todo cidadão, previsto no art. 5º, XIV²⁵, da Constituição Federal. Menezes Cordeiro (2011, p.605) observa que:

Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir.

Pelo dever de informação, têm as partes a obrigação de prestar todos os esclarecimentos necessários para que a celebração e a execução contratual se deem de uma forma transparente e eficaz.

Na fase preliminar, tem o empregador o dever de prestar ao empregado todas as informações necessárias à execução dos seus serviços, as normas procedimentais da empresa, quando existirem, bem como tudo que possa influenciar, direta ou indiretamente, no trabalho a ser desenvolvido pelo novo empregado. O empregado, por sua vez, deve informar o seu empregador de todas as circunstâncias e nuances que guardem relação com o seu novo trabalho.

A maior discussão existente na doutrina e na jurisprudência diz respeito à comunicação ao empregador, por parte da candidata ao emprego, da sua condição ou não de gestante.

Amparada pelo dever de informação, poderia a empresa solicitar que a candidata atestasse o seu estado gravídico, desde que esse fato não tenha objetivo discriminatório, mas sim, protetivo, como por exemplo nas hipóteses em que a vaga a ser preenchida envolva riscos à gestação, como é o caso de trabalho com exposição a elementos radiológicos.

Neste sentido, Eduardo Milléo Baracat (2003, p.233) aponta que:

²⁵ Constituição Federal de 1988. Art. 5º. XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Haverá limites de difícil transposição, em que aspectos da intimidade e a vida privada do trabalhador não poderão ser omitidos quando da admissão, sob pena de causar um dano ao próprio trabalhador ou a terceiros. Em outras situações a empresa poderá utilizar-se de informações da intimidade e vida privada do candidato, ou mesmo a recusa deste a prestá-las, para discriminá-lo.

A aplicação do dever de informação se mostra ainda mais latente na execução do contrato. A regra a ser aplicada ao contrato de trabalho, por analogia, é aquela prevista no art. 43 do CDC²⁶, permitindo ao empregado ter acesso a todo tipo de cadastro, registro e dados pessoais arquivados em seu nome.

No que tange ao estado gravídico da empregada, ao contrário do que ocorre na fase de entrevistas, no curso do contrato de trabalho a gestante deverá informar ao empregador o referido fato, muito embora a jurisprudência caminhe no sentido de se dar proteção ao nascituro, conferindo a garantia ao emprego, mesmo com o desconhecimento por parte da trabalhadora.²⁷

Contudo, tendo conhecimento deste fato e não o informando ao seu empregador, estará agindo em desrespeito ao dever de informação decorrente da boa-fé objetiva, devendo, por isso, ser apenada, mesmo que lhe seja garantida a estabilidade provisória no emprego.

²⁶ Art. 43 CDC - Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

²⁷ ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GRAVIDEZ DESCONHECIDA PELA PRÓPRIA EMPREGADA NA DATA DA DESPEDIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. O intuito da disposição contida no art. 10, II, b, do ADCT, foi conferir à empregada gestante garantia objetiva de emprego, desde a "confirmação da gravidez", sendo que com a expressão "confirmação" entendo que o legislador quis dizer concepção, justamente porque o que a norma pretende é, em última análise, resguardar o nascituro. Assim, mesmo na hipótese da empregada desconhecer seu estado gravídico quando do afastamento, a ela se assegura o direito à estabilidade no emprego. (TRT-5 - RECORD: 893007520085050018 BA 0089300-75.2008.5.05.0018, Relator: DALILA ANDRADE, 2ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 16/07/2009)

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GRAVIDEZ. A estabilidade à empregada gestante é reconhecida no artigo 10, II, b, do ADCT, que estabelece a garantia no emprego da trabalhadora desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O desconhecimento do estado gravídico, pela própria empregada, à época da sua despedida, não pode ser empecilho ao reconhecimento do direito à garantia no emprego porque a lei tem dupla finalidade, visando tanto à proteção do nascituro quanto da trabalhadora. Recurso da reclamante provido em parte para condenar a reclamada ao pagamento da indenização correspondente aos salários e diferenças de 13ºs salários e de férias proporcionais acrescidas de um terço referentes ao período compreendido entre as datas da despedida e do término da estabilidade provisória. (...) (TRT-4 - RO: 6372320105040661 RS 0000637-23.2010.5.04.0661, Relator: MARIA MADALENA TELESKA, Data de Julgamento: 21/07/2011, 1ª Vara do Trabalho de Passo Fundo)

Isso porque, a depender da função exercida pela funcionária, a gravidez pode constituir um óbice à continuidade do exercício das atividades por ela desempenhadas, em razão das limitações físicas que lhe são impostas, devendo a empregada informar à empresa o seu estado para que se verifique a possibilidade de mantê-la naquela função ou designá-la para a realização de outras atividades, afim de que não cause nenhum dano a si ou ao seu empregador, em total consonância com o dever de cooperação, aqui analisado.

Do dever de informação decorre, também, a obrigação do empregado de prestar contas acerca da execução dos seus serviços e do empregador, com relação à remuneração pela prestação de serviços, devendo discriminar todas as parcelas pagas ao empregado, quando do pagamento do seu salário mensal.

Por fim, como já dito anteriormente, o art. 479 do Código Civil estabelece que a rescisão contratual se dará nos mesmos moldes da execução do contrato. Estando, portanto, o contrato de trabalho, sob a égide do art. 422 do Código Civil, amparado pelos deveres anexos da boa-fé objetiva, também no momento de sua extinção, estes deveres devem ser observados por ambas as partes.

Deste modo, havendo, por exemplo, a ruptura do contrato de trabalho por justa causa do empregado, ocorrida qualquer das hipóteses do art. 482 da CLT, tem o empregador o dever de informar ao trabalhador o motivo que ensejou a justa causa, sob pena de ver descaracterizada a punição aplicada. Este é o entendimento dos Tribunais, como pode-se observar dos julgados abaixo transcritos:

JUSTA CAUSA. ÔNUS DA PROVA. JUSTA CAUSA. ÔNUS DA PROVA. IMEDIATIDADE. DUPLICIDADE DE PUNIÇÕES. DIREITO À INFORMAÇÃO. É DO EMPREGADOR O ÔNUS DE PROVAR QUE O EMPREGADO DEU CAUSA AO TÉRMINO MOTIVADO DO PACTO LABORATIVO, ASSIM COMO DE INFORMAR EXPLICITAMENTE AO OBREIRO AS RAZÕES DO DESPEDIMENTO. A APLICAÇÃO DA PENALIDADE PELA FALTA TEM QUE SER IMEDIATA E GUARDAR NEXO DE CAUSALIDADE COM ESTA. É ILEGAL A APLICAÇÃO DE MAIS DE UM TIPO DE PUNIÇÃO PARA UMA ÚNICA FALTA. UMA VEZ PUNIDO COM SUSPENSÃO, NÃO PODE O EMPREGADO SER NOVAMENTE PUNIDO COM DEMISSÃO PELA MESMA FALTA.²⁸

Na comunicação de dispensa entregue à reclamante em 11.08.2008 (fls. 07 e 48), determinando que a mesma comparecesse, dois dias depois, ao Sindicato da sua categoria, “para homologação da rescisão contratual e recebimento das verbas rescisórias” (sic), em nenhum momento há referência a *Justa Causa*, o que só foi declarado no TRCT, levado ao órgão sindical no dia 14 (e não 13) daquele mês - v.doc.fl.06.

²⁸ Processo:145200706801004 RJ 00145-2007-068-01-00-4. Rel. Juíza Convocada Dalva Amélia de Oliveira. Julgamento: 04 mar. 2008, TURMA 9. Publicação: DORJ DE 25 mar. 2008.

A omissão da empresa em declarar, de forma clara, o motivo do despedimento quando da comunicação da sua decisão à recorrida, implica preclusão e pode ser interpretado, inclusive, como sinal de *perdão tácito*.²⁹

Destarte, observa-se que o dever de informação encontra-se presente em todas as fases da relação contratual de emprego, obrigando ambas as partes a prestar todos os esclarecimentos necessários a uma correta execução contratual.

4.3.3 O dever de cooperação e o contrato individual de trabalho

Também conhecido como dever de colaboração, é o dever pelo qual as partes se obrigam a envidar esforços para a concretização do negócio jurídico pactuado entre eles, *in casu*, do contrato individual de trabalho.

Américo Plá Rodrigues (*apud* MEIRELES, 2005, p.139-140) enumera as obrigações decorrentes deste dever aplicados ao contrato de trabalho:

- 1) levar ao conhecimento imediato do empregador qualquer problema que observasse na execução de seu trabalho, como defeitos nas instalações, nos instrumentos, nas matérias-primas, etc.
- 2) evitar os perigos que afetem a empresa ou a vida e integridade física do empregador ou de seus companheiros de trabalho.
- 3) denunciar os atos delituosos que se cometam em prejuízo dos interesses da empresa.
- 4) comunicar à empresa faltas justificadas, a fim de que ela possa tomar providências para evitar os prejuízos ou transtornos que tais ausências possam causar.
- 5) prestar auxílios e trabalhos inadiáveis em caso de urgente necessidade, para evitar males iminentes à empresa. Tais serviços devem prestar-se ainda que não correspondam à categoria do trabalho que se desempenha na empresa.
- 6) trabalhar horas extras em caso de necessidade.

Deste modo, o dever de cooperação gera para as partes do contrato de trabalho obrigações de fazer e de não fazer, devendo estes assumirem posturas positivas e negativas, visando o bem maior, que é a concretude do pacto laboral.

Edilton Meireles (2005, p.64) aponta ainda que, tendo o empregado um maior poder no desempenho das suas funções, possuindo, por via de consequência, maior grau de confiança depositada pelo empregador, o seu dever anexo de colaboração pode ser estendido, pois *“quanto maior a confiança depositada pelo empregador, ao certo maior deve ser a intensidade da colaboração.”*

Na lição de Eduardo Milléo Baracat (2003, p.254), portanto, em razão deste dever anexo à boa-fé objetiva, o empregador deve colocar à disposição do

²⁹ RECURSO ORDINÁRIO Nº 00885-2008-014-05-00-8-RecOrd. Rel. Des. Nélia Neves. DOU 18 ago. 2009.

empregado todos os equipamentos necessários à execução dos seus serviços e de antecipar o pagamento das diárias que se fizerem necessárias quando o empregado realizar trabalhos fora do local de sua contratação.

Também é vedado ao empregador exigir que o empregado desempenhe atividades superiores à sua força ou vedadas por Lei. Igualmente, não pode tratá-lo de forma discriminatória nem com rigor excessivo, tampouco poderá agredi-lo verbal ou fisicamente. É o que prevê textualmente o art. 483 da CLT, que prescreve, inclusive, a ruptura contratual por justa causa do empregador, na ocorrência de qualquer dessas hipóteses.

Ainda no tocante ao dever de cooperação, deve o empregado agir com diligência e assiduidade, respeitando as hierarquias da organização, cumprindo as normas da empresa e as ordens que lhe forem dadas (BARACAT, 2003, p.254).

A CLT contém previsão acerca da observância do dever anexo de cooperação, inserido em seu art. 482, em diversas hipóteses, a exemplo do impedimento de negociação habitual, a incontinência de conduta, a desídia, dentre outros.

Ou seja, constitui justa causa para a rescisão contratual, por culpa do empregado, a não observância de todas as regras oriundas do dever de cooperação, provenientes da boa-fé objetiva, devendo sempre agir com o objetivo de envidar esforços à concretude do negócio jurídico celebrado com o seu empregador.

4.3.4 O dever de lealdade e o contrato individual de trabalho

Na lição de Menezes Cordeiro (2011, p.606), os deveres acessórios de lealdade são aqueles pelos quais as partes se obrigam a absterem-se da realização de comportamentos capazes de falsear o objetivo do contrato, ou desequilibrar as prestações ali consignadas.

Agir de acordo com o dever de lealdade é assumir uma postura correta, ética e transparente em face do outro polo da relação contratual e significa abster-se de praticar atos que possam vir a prejudicar terceiros, direta ou indiretamente.

A aplicação deste dever ao contrato individual de trabalho se faz presente na expressa proibição contida na alínea c, do art. 482 da CLT, o qual

impede a realização pelo empregado de ato de concorrência contra o seu empregador.

Alfredo Montoya Melgar (*apud* MEIRELES, 2005, p.64) afirma que o empregado age de forma contrária ao que prescreve o dever anexo de lealdade quando realiza trabalhos durante período em que está de licença médica, ou ainda quando subtrai objetos pertencentes à empresa, mesmo que, posteriormente, os devolva sem lhe causar danos.

Neste sentido, no âmbito do direito do trabalho, tem-se que o dever de lealdade se dá de forma proporcional à confiança que é depositada pelo empregador no seu empregado. Ou seja, quanto maior for a confiança depositada, maior a obrigação do empregado de agir com extrema lealdade em face do seu empregador.

Como dito em tópico anterior, há uma ligação correlata entre os deveres de lealdade e informação, vez que seria impossível considerar que a ausência deste não importe, de forma direta, em violação àquele.

Destarte, ao não informar o empregador de circunstâncias e fatos que possam influenciar no desempenho das suas funções, causando uma má qualidade na prestação dos seus serviços, estará o empregado, ao mesmo tempo, violando os deveres de informação e de lealdade.

Por outro lado, cabe também ao empregador agir em conformidade com as obrigações estabelecidas pelo dever anexo de lealdade, devendo abster-se da prática de diversos atos que possam violar esta regra de conduta, como, por exemplo, não violar a intimidade do empregado.

Os deveres anexos de lealdade aplicam-se ao contrato de trabalho em todas as suas fases. Dentre os deveres anexos à boa-fé objetiva, este é o que mais se aproxima da concepção da *bona fides* do Direito Romano, traduzindo-se como uma regra de conduta fiel aos ditames dos bons costumes, da boa educação.

Nesta esteira, observa-se que desde a fase pré-contratual, no momento da seleção de empregados, deve o empregador agir de forma leal, estando impedido, por exemplo, de praticar atos que visem discriminar determinados candidatos, ou impor regras excessivamente rigorosas como requisitos à contratação.

4.3.5 O dever de cuidado e segurança e o contrato individual de trabalho

O dever de cuidado e segurança deve ser compreendido não só em relação às pessoas envolvidas no contrato, mas também no que tange ao patrimônio da contraparte.

No âmbito das relações individuais de trabalho, tem-se como exemplo de aplicação deste dever anexo à boa-fé objetiva a obrigação do empregador de zelar pela segurança do empregado, com vistas a garantir a não ocorrência de acidentes de trabalho, através da fiscalização que lhe é imposta do uso de equipamentos de proteção, bem como a adoção de medidas preventivas, também com este objetivo.³⁰

³⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. 2. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. O pleito de indenização por dano moral e material resultante de acidente do trabalho e/ou doença profissional ou ocupacional supõe a presença de três requisitos: a) ocorrência do fato deflagrador do dano ou do próprio dano, que se constata pelo fato da doença ou do acidente, os quais, por si sós, agredem o patrimônio moral e emocional da pessoa trabalhadora (nesse sentido, o dano moral, em tais casos, verifica-se *in re ipsa*); b) nexo causal, que se evidencia pela circunstância de o malefício ter ocorrido em face das circunstâncias laborativas; c) culpa empresarial, a qual se presume em face das circunstâncias ambientais adversas que deram origem ao malefício. Embora não se possa presumir a culpa em diversos casos de dano moral - em que a culpa tem de ser provada pelo autor da ação -, tratando-se de doença ocupacional, profissional ou de acidente do trabalho, essa culpa é presumida, em virtude de o empregador ter o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício. Pontue-se que tanto a higidez física como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Assim, agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/88). É do empregador, evidentemente, a responsabilidade pelas indenizações por dano moral, material ou estético decorrentes de lesões vinculadas à infortunística do trabalho, sem prejuízo do pagamento pelo INSS do seguro social. Na hipótese, o TRT constatou, a partir das provas dos autos, principalmente do laudo pericial, a incapacidade laboral parcial e definitiva do Reclamante e a existência do dano e do nexo de causalidade entre o dano (artrose pós-traumática no calcanhar) e as atividades exercidas na Reclamada. **Quanto ao elemento culpa, o Tribunal Regional assentou que esta emergiu da conduta negligente da Reclamada em relação ao dever de cuidado à saúde, higiene, segurança e integridade física do trabalhador (art. 6º e 7º, XXII, da CF, 186 do CC/02), deveres anexos ao contrato de trabalho**, uma vez que o andaime no qual estava o obreiro caiu em face da sua desestabilização e que a utilização do EPI fornecido - cinto - era insuficiente para evitar o acidente. A análise das assertivas recursais de inexistência de dano e de conduta culposa demandaria a reanálise de conteúdo fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso de revista (Súmula 126/TST). Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (Rel. Mauricio Godinho Delgado, Julgamento: 06 mar. 2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08 mar. 2013).

DANO MORAL. AFASTAMENTO E DEMISSÃO BASEADOS EM NOTÍCIA DESABONADORA INVERÍDICA. **É dever anexo ao contrato de trabalho o de zelar pela integridade física, psíquica e moral do empregado.** Ao proceder ao afastamento e à demissão da empregada com fundamento em notícia inverídica, sem adotar cautelas mínimas para a preservação da moral da empregada, a

O empregado, por seu turno, deve ter o máximo de cuidado com o patrimônio da empresa, especialmente aquele que utiliza para a execução das suas atividades. Pode, inclusive, ser apenado com o ressarcimento de despesas decorrentes dos danos causados ao empregador, caso este tenha decorrido de dolo ou culpa do empregado, quando da má utilização destes equipamentos.

Eduardo Miléo Baracat (2003, p.241-245), tratando sobre os deveres de cuidado e segurança, enumera outras obrigações decorrentes destes, quais sejam:

a) cuidados à integridade física do empregado. Neste particular, é dever do empregador reduzir os níveis de insalubridade e risco no local de trabalho, e, não sendo possível, fornecer os necessários equipamentos de proteção individual (EPI), de modo a minimizar os prejuízos à saúde do empregado, fiscalizando a correta utilização. [...]

b) cuidado no tocante à prova genética. [...] Não se pode, no entanto, é admitir a utilização do exame genético para discriminar o empregado, sob pena de se admitir a invasão à intimidade e à vida íntima do empregado, o que deverá ser avaliado caso a caso, à luz do princípio da boa-fé. De qualquer forma, deve-se repetir que qualquer exame genético deverá ser feito com expressa autorização do empregado, ou por autorização judicial, se relevantes motivos o justificarem.

c) proibição da revista do empregado. [...] Por não ser o contrato de trabalho um instrumento de compra e venda de mão-de-obra é que o empregador não pode revistar a pessoa nem os objetos do empregado. Do contrato de trabalho, conforme sustentado na primeira parte deste trabalho, origina uma relação obrigacional complexa, pela qual as partes devem, mutuamente, trabalhar para se atingir um desenvolvimento socioeconômico, tendo-se no vértice axiológico a dignidade da pessoa humana, e, apenas após, o direito à propriedade. A ideologia egoísta de que o empregador, por comprar o trabalho, tudo pode, deve ser combatida e sepultada, por contrariar todos os princípios de direito, dentre os quais o da boa-fé.

reclamada assumiu o risco de que o dano à moral ocorresse (culpa), gerando o dever de indenizar. (Rel. Des. André R. P. V. Damasceno, Julgamento: 28 fev. 2007, 1ª Turma, Data de Publicação: 09 mar. 2007).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO DE OBRA. ATO ILÍCITO PRATICADO POR PREPOSTO DA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. Ao contrato de trabalho integra o dever anexo de proteção do trabalhador, de modo que compete ao empregador proporcionar um meio ambiente de trabalho saudável, o qual não se restringe aos aspectos físicos, químicos e biológicos passíveis de afetar a integridade do trabalhador, mas, também, se estende às condições psicológicas em que se realiza o trabalho. Deste modo, compete à empresa fornecedora de mão de obra o dever de aferir a higidez do ambiente de trabalho na qual inseriu seu empregado, no caso, junto à tomadora de serviços com quem firmou contrato de prestação de serviços. É relevante observar que o art. 154 da CLT determina a observância das normas relativas à segurança e medicina do trabalho em todos os locais de trabalho, sem fazer distinção entre o estabelecimento próprio e o da tomadora dos serviços. Assim, é perfeitamente cabível a responsabilização da empresa prestadora de serviços pelos danos morais sofridos pelo trabalhador em decorrência de ato ilícito praticado pela tomadora de serviços ou seu preposto, eis que decorre do seu dever de proteção ao trabalhador, mormente porque se vale daquela mão de obra para obter seu lucro. A responsabilidade da prestadora e da tomadora de serviços por ofensa à dignidade do trabalhador, nos casos de terceirização, é solidária, por força do disposto nos artigos 932, 933 e 942 do Código Civil, estatuinto este último que 'se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação'. (Rel. Des. Tarcísio Valente, Julgamento: 15 mar. 2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 16 mar. 2011).

d) cuidado com a liberdade sexual do empregado. (...) De qualquer maneira, e, independentemente do conceito que a lei, jurisprudência e doutrina deem (sic) ou venham a dar à expressão “assédio sexual”, a liberdade sexual como expressão do direito à liberdade (Constituição, art. 5º, caput), à intimidade e à vida privada (Constituição, art. 5º, X) do empregado, deve ser tutelada pelo empregador, em razão da relação de emprego, resultante do dever anexo de cuidado, expressão do princípio da boa-fé objetiva.

Mais especificamente no que tange à revista íntima do empregado, é preciso estabelecer, inicialmente, uma diferença entre revista íntima de revista pessoal. A revista íntima é aquela em que são tocadas as partes íntimas do corpo da pessoa revistada. Essa modalidade é absolutamente nefasta e viola o direito à intimidade, conforme defendido pelo autor acima indicado.

Já no que se refere à revista pessoal, há certa divergência na doutrina e na jurisprudência, em relação à sua aceitação no âmbito das relações de trabalho.

Em se negando por absoluto a realização de revista pessoal, além da agressão ao *standard* jurídico (propriedade), haverá também violação do princípio da concordância prática, por meio do qual se defende que, em situação de conflito entre dois ou mais direitos, o âmbito de incidência de um deles seja reduzido em favor do outro, para que, desta forma, ambos possam ser aplicados, sem que haja necessidade do sacrifício total de qualquer deles.

Do ponto de vista jurídico, não há hierarquia entre princípios constitucionais. Estas normas constitucionais têm igual valor, não havendo infra ou supra ordenação entre elas. Todavia, apesar desta igualdade valorativa, muito frequentemente acontecem choques de normas na Lei Maior, justificado pelo fato de esta constituir-se na consolidação da vontade política de uma sociedade pluralista, num determinado momento histórico, manifestada pelas diferentes classes componentes do Poder Constituinte Originário, algo típico em um Estado Democrático de Direito.

Voltando à ideia inicial, é oportuno esclarecer que para saber qual dos direitos deve ter seu campo de incidência reduzido, se faz necessário ponderar à vulnerabilidade de ambos na situação fática apresentada.

No caso de trabalhos realizados em supermercados, por exemplo, onde é fácil a subtração de produtos, constata-se que, em função do tipo de atividade exercida pelo empregador, cujas mercadorias são extremamente vulneráveis a furtos, não há como se lhe negar, na tentativa de resguardar seu

direito de propriedade, a possibilidade de realização de revistas pessoais nos seus empregados, sem que isto implique qualquer ofensa à intimidade.

É importante, contudo, que esta revista atenda aos parâmetros estabelecidos pela razoabilidade e ponderação. O exercício do direito de propriedade manifestado pela empresa deve se dar de maneira moderada, respeitosa, sem qualquer discriminação e dentro do necessário a atingir o seu intento.

Há que se observar que este procedimento é perfeitamente legal, traduzindo a aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade que, aplicados em situação de choque entre direitos fundamentais, foram fundidos na doutrina nacional com a denominação de “PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA”.

Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade aparecem, na apreciação da lide em questão, como “Super Princípios”, visando a preservar os direitos fundamentais em jogo, viabilizando uma concordância prática entre ambos, sacrificando-os o mínimo possível.

Como dito acima, deve ser observado no caso concreto o grau de vulnerabilidade de cada um dos princípios fundamentais em choque, para só então estabelecer o quanto cada um deve ceder, alcançando-se, com isso, o equilíbrio.

De outro lado, observa-se que a revista pessoal numa concessionária de automóveis, na qual se venda apenas veículos, é claramente injustificável, uma vez que o furto de carro não pode ser prevenido desta forma. Neste ramo de atividade, a saída e a entrada de empregados e clientes não significa risco algum à propriedade do empregador, por objetiva impossibilidade material. A revista dos empregados nesta imaginária concessionária de automóveis não passaria de um “capricho” injustificado do empregador, caracterizando a ilegalidade do ato.

No caso fictício do parágrafo acima, o direito à propriedade não estaria em choque com o direito à intimidade, não havendo justificativa para a relativização desse último, que poderia ser plenamente exercido.

Entretanto, numa rede de Supermercados onde se comercializam milhares de itens, dos mais variados tamanhos, formatos e preços, além da diversidade de materiais com os quais são produzidos (plásticos, metais, papéis, pedras, produtos orgânicos etc.), a revista pessoal se faz indispensável e necessária, e não viola o dever de cuidado e segurança para com o empregado.

Verifica-se então que, o que pode ser injustificável em uma determinada situação, pode não ser em outra, devendo cada caso ser analisado de per si, diante da vulnerabilidade dos princípios em jogo. Princípios aparentemente contraditórios num determinado momento poderão harmonizar-se, desde que se abdique da pretensão de interpretá-los de forma isolada e absoluta.

Nesta linha, portanto, observa-se que os deveres de cuidado e segurança desdobram-se em outras obrigações, impostas às partes, para que do contrato individual de trabalho não resulte nenhum dano ou violação a nenhum direito ou patrimônio de outrem.

Embora estas regras comportamentais passem ao largo da positivação jus laboralista, há de se considerar que, como já defendido alhures, tais obrigações devem ser consideradas sob uma visão pós-positivista, exigindo-se do aplicador do direito – Estado-Juiz – a emissão de um juízo de valor sobre questões sobre as quais o legislador se omitiu, ou ainda, quando há colisão de direitos, sem que seja possível verificar para qual deles o legislador estabeleceu algum tipo de preferência (BARACAT, 2003, p.36-37).

Nesses casos, há de se verificar a direta e concreta aplicação dos deveres impostos pela cláusula geral da boa-fé objetiva, estabelecendo a aplicação dos deveres aqui abordados.

4.4 DEVERES ANEXOS PRIVATIVOS AO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

A análise pós-positivista do Direito do Trabalho, a partir da noção de que as condutas devem estar regidas por regras estabelecidas pela cláusula geral de boa-fé, permite ao operador do direito verificar a existência de deveres específicos às relações individuais de trabalho.

Com isso, além da aplicação dos deveres de natureza civil, tratados especificamente nos tópicos anteriores, é de se analisar que o contrato individual de trabalho traz no seu bojo a criação de determinadas obrigações peculiares a esta modalidade contratual.

Preliminarmente, não podemos fugir da noção de que o Contrato Individual de trabalho tem como estrutura basilar o Princípio da Proteção, que na lição de Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1996, p.28) é definido da seguinte maneira:

Podemos definir o princípio da proteção como aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação de inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores.

Neste sentido, exsurge para o empregador o dever de proteger o empregado no curso do contrato de trabalho, dada a desigualdade econômica existente entre ambos, devendo o empregador, por outra via, se eximir de qualquer prática que possa colocar em risco a sua integridade física, bem como a integridade do patrimônio do seu empregador.

Portanto, os deveres anexos à boa-fé objetiva, específicos ao contrato individual de trabalho, derivam do Princípio da proteção ao trabalhador, devendo ser analisados sob este prisma.

4.4.1 Dever de respeitar a vida extra laboral do empregado

O direito à intimidade possui garantia constitucional. Inserido no capítulo destinado aos Direitos fundamentais dos cidadãos, mais precisamente no art. 5º, X, da Constituição Federal³¹, a sua violação implica dano à pessoa humana, seus valores e sua moral.

Alice Monteiro de Barros (2009, p.35) leciona que: “O direito à intimidade é, portanto, o direito a não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos.”

O elemento primordial do direito fundamental à intimidade é o respeito à individualidade do cidadão, permitindo que determinados aspectos da vida privada não cheguem ao conhecimento de outras pessoas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007).

O direito à intimidade do empregado sofre certa limitação no âmbito do Direito do Trabalho, frente ao poder diretivo do empregador, derivado do Princípio da Livre iniciativa, igualmente previsto na Carta Magna, no art. 1º, IV.

³¹ Art. 5º: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Neste sentido, forçoso concluir que, como regra geral, o empregador deve se abster de atos que possam violar a intimidade do empregado, não podendo se intrometer na sua vida extra laboral (BARACAT, 2003, p.247).

Assim, o empregador não pode interferir nas atividades do empregado que não guardem direta relação com a sua função ou atividade enquanto empregado, a exemplo de sua sexualidade, ideais políticos, religião etc., podendo o trabalhador fazer todas as escolhas que a sua vida privada lhe permitir.

No entanto, como já dito, o direito à intimidade sofre limitações na esfera das relações individuais de trabalho, na medida em que o empregador pode, em situações excepcionais, exercer determinado controle acerca das atividades extra laborais dos seus empregados.

Na lição de Alice Monteiro de Barros (2009, p.73) a regra insculpida no art. 3º, da CLT, *“encarada como uma subordinação jurídica estabelece uma dependência que consente que o empregado renuncie, em parte, à sua liberdade de ação, aceitando, até certo ponto, o controle do empregado pelo empregador.”*

Nesta linha, Fernando de Vicente Pachés (*apud* BARACAT, 2003, p.247) afirma que:

O empregador estará, contudo, legitimado a se ingerir na vida extralaboral do trabalhador, quando esta seja razoavelmente susceptível de prejudicar os interesses da empresa ou quando, pela natureza especial da relação de emprego, o empregador estiver obrigado a assumir determinado comportamento em sua vida privada.

Neste mesmo sentido, Edilton Meireles (2005, p.169-170) advoga:

É certo que, em regra, a empresa não pode controlar a vida privada do empregado, principalmente fora do ambiente de trabalho. Contudo, em situações especiais, esse controle pode ser feito, justificando-se, inclusive, a pactuação de cláusulas restritivas à conduta do empregado. Tal conduta, aliás, decorreria do princípio da boa-fé, pois o empregado deve manter seu estado de saúde e sua capacidade produtiva para melhor desenvolver as atividades contratadas.

É o exemplo do jogador de futebol que, em razão da sua atividade, para a qual utiliza da sua condição física como meio de trabalho, deve abster-se da prática de atos que possam prejudicar o seu desempenho, a exemplo da ingestão de bebidas alcóolicas, prática de esportes radicais, dentre outros que, para um cidadão que não exerce tal atividade, seriam comuns.

A referida atitude violaria o dever de cooperação, permitindo que o empregador estabeleça limites na vida extra laboral do empregado, quando tal violação ocorrer.

Em havendo, por parte deste tipo de trabalhador, a prática destes ou de outros atos que possam colocar em risco a sua atividade como jogador de futebol, pode o seu empregador penalizá-lo, com fundamento no Princípio da livre iniciativa e do poder diretivo do empregador que, neste caso, funcionam como limites ao Direito à intimidade e à vida privada.

Nesta linha, verifica-se que o empregador somente pode interferir nas atividades extra laborais dos seus empregados quando estas guardarem relação direta com as atividades que estes desempenham no âmbito das suas funções enquanto trabalhador, e quando estas possam sofrer alguma ameaça em relação àquelas, ou quando houver no ato do empregado, mesmo fora do seu ambiente de trabalho, violação dos demais deveres anexos da boa-fé objetiva, tratados nos capítulos anteriores. Estas situações devem ser analisadas segundo o caso concreto.

Nas demais hipóteses, deve o empregador respeitar as condutas extra laborais dos empregados, seja com o intuito discriminatório, ou ainda, para evitar que sejam estabelecidos privilégios.

4.4.2 Dever de respeitar a imagem do trabalhador

A princípio, tem-se que o Direito à imagem está previsto e assegurado na Constituição Federal, no capítulo que trata dos Direitos Fundamentais, mais precisamente no art. 5º, incisos V, X e XXVIII.³²

A legislação infraconstitucional, a exemplo do código Civil de 2002, em seu art. 20, também tutela o direito à imagem como inviolável, nos seguintes termos:

Salvo se autorizada, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

³² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação; XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas.

O Direito de Imagem é também definido por Celso Bastos (1989, p.62) como sendo “o direito de ninguém ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento.”

Adiante, conclui o autor: “Pode-se ainda acrescentar uma outra modalidade desse direito, consiste em não ser a sua imagem distorcida por um processo malévolo de montagem” (BASTOS, 1989, p.62).

O maior problema suscitado por esse direito é que muitas pessoas vivem da sua imagem e, conseqüentemente, estão, por decorrência da sua própria profissão, submetidas a um nível de exposição pública que não é própria das pessoas comuns.

É crucial, portanto, que estas pessoas ligadas profissionalmente ao público, a exemplo dos políticos, não possam reclamar um direito de imagem com a mesma extensão daquele conferido aos particulares não comprometidos com a publicidade.

Isto não quer dizer que estas pessoas estejam sujeitas a ser filmadas ou fotografadas sem o seu consentimento em lugares não-públicos, portanto privados, e flagradas em situações inadequadas. Tratando sobre a imagem, Luiz de Pinho Pedreira (2004, p.183) ensina:

É a reprodução, mediante processo técnico ou artístico, da figura de uma pessoa ou de um objeto, de modo que a faça reconhecível. A imagem pode estar numa fotografia, numa tela, num busto, num desenho, numa gravura, numa escultura, numa personagem de peça teatral ou de filme, num programa ou comercial de televisão, será identificada principalmente pelo rosto, também identificada por outras partes do corpo, desde que isso se torne possível.

O Direito à Imagem é, então, nos termos da legislação que o prevê, a prerrogativa de toda pessoa natural de não ter violada a sua intimidade, pela veiculação de seu corpo e/ou voz, sem que haja a sua expressa autorização.

O direito à imagem pode ser violado de várias maneiras. Eduardo Milléo Baracat (2003, p.249) aponta que esta violação pode ocorrer com a vinculação a “valores como a reputação ou honra da pessoa, seja, de forma independente, decorrente da tutela autônoma da imagem da pessoa, utilizada sem o seu consentimento.”

No que toca às relações individuais de trabalho, decorre da boa-fé objetiva o dever do empregador de preservar a imagem do empregado, obrigando-o

a não fazer uso desta sem a sua prévia autorização, considerando-a em sua mais ampla concepção.

Eduardo Milléo Baracat (2003, p.250) classifica esse cuidado em três frentes:

A primeira com relação ao controle exercido pelo empregador sobre a vestimenta e aspecto exterior do empregado. A segunda, no tocante à utilização da imagem do empregado pelo empregador para promover a atividade econômica ou social. E a terceira, referente a ato do empregador que denigra a imagem do empregado.

No que tange ao controle sobre a vestimenta dos empregados, Eduardo Milléo Baracat (2003, p.250-251) advoga que o empregador pode lançar uso do poder diretivo para exercer esta limitação ao direito de imagem do empregado, determinando o uso de fardas e uniformes.

Aponta, entretanto, que para que haja essa imposição é necessário um fundamento razoável, a exemplo de identificação dos funcionários pelos clientes (grandes lojas de departamento e restaurantes) ou para efeitos de proteção e higiene do trabalho, tal como jalecos, macacões e aventais, comumente utilizados em laboratórios, hospitais e oficinas mecânicas, não podendo o empregador exigir que o empregado faça uso de roupas que possam lhe gerar constrangimento ou humilhação, a exemplo de minissaias ou decotes por parte de garçonetes e vendedoras.

No tocante ao cuidado com a utilização da imagem do empregado para fins comerciais, o referido autor afirma que o empregador pode lançar uso desta prática, desde que o objetivo seja a promoção do negócio e que essa utilização seja decorrente de acordo expresso, mediante contraprestação.

Não havendo a autorização por parte do empregado, seria devida reparação pelo uso indevido da imagem do trabalhador, por parte de seu empregador (BARACAT, 2003, p.252).

Por fim, Eduardo Milléo Baracat (2003, p.252) aponta o cuidado que deve ter o empregador para não denegrir a imagem do empregado, devendo abster-se da prática de atos que impliquem ofensa, ridicularização ou violação à sua honra ou imagem.

Deste modo, a boa-fé objetiva obriga o empregador a preservar a imagem do empregado, não podendo este ser alvo de atos do empregador que possam expor a sua imagem a situações vexatórias ou humilhantes, ou denegri-la

perante seus colegas ou sociedade. Tal violação implica o dever de reparação indenizatória por dano moral.

4.4.3 Dever de respeitar a presunção de inocência do empregado

O ordenamento jurídico brasileiro, até a conclusão deste trabalho, não recepcionou o art. 4º da Convenção nº158 da OIT³³, segundo o qual as empresas somente podem despedir os seus empregados por razão de ordem econômica e disciplinar. Por isso, no Brasil o empregador tem a obrigação de justificar a dispensa de um empregado, mesmo não havendo razão econômica ou disciplinar que motive a rescisão do contrato de trabalho.

Em se tratando, contudo, de dispensa por violação ao que dispõe o art. 482 da CLT, ou seja, de despedida por justa causa, é necessário o atendimento de certos requisitos a serem observados pelo empregador para a caracterização da dispensa motivada.

A motivação da despedida, portanto, deve estar pautada pela ocorrência de atos, expressamente previstos nos incisos do mencionado dispositivo legal, não gerando nenhum ônus para o empregador em razão da dispensa do empregado.

Vale destacar que quando se fala que a despedida por justa causa não gera ônus ao empregador, quer-se dizer as parcelas concernentes ao aviso prévio e à indenização compensatória de 40% sobre o fundo de garantia, uma vez que estão garantidas as parcelas as quais o empregado já adquiriu no curso do contrato, a exemplo de férias acrescidas de 1/3 e gratificação natalina.

Entretanto, em razão da direta aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva, resta ao empregador, quando da ocorrência de ato por parte do empregado que lhe justifique a rescisão contratual sem ônus, observar alguns deveres decorrentes desta aplicação.

O primeiro deles, já citado acima, é o dever de informar o empregado a circunstância que motivou a sua dispensa. Ou seja, o empregador deve comunicar

³³ Art. 4º da Convenção 158 da OIT - Art. 4 — Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

ao trabalhador que a sua dispensa deu-se por justa causa, e qual o fato que a motivou, sob pena de vê-la descaracterizada judicialmente.

Decorre também da boa-fé objetiva o dever do empregador de respeitar a presunção de inocência do empregado. Direito este previsto pela Constituição Federal da República, em seu art. 5º, LV³⁴, que garante a todo cidadão a observância da ampla defesa e do contraditório.

Neste sentido, Renato Rua de Almeida (2011, p.157) leciona que:

Ainda e relação à proteção constitucional da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, poderá ocorrer abuso de direito do empregador, nos termos dos arts. 187 e 422 do Código Civil, quando, na hipótese de alegação de justa causa, não for assegurado ao empregado, antes da consumação da despedida, o direito à informação do motivo alegado, bem como o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o trabalhador goza do direito da cidadania da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da constituição federal de 1988), mesmo na relação de emprego. Aliás, assim como o direito à presunção de inocência, são também direitos fundamentais do trabalhador-cidadão, isto é, são direitos fundamentais do cidadão-trabalhador na relação de emprego, o direito à informação (art. 5º, inciso XIV, da constituição federal de 1988) e o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da constituição federal de 1988) (direitos inespecíficos dos trabalhadores na relação de emprego conforme a expressão “cidadão-trabalhador que os exerce enquanto trabalhador-cidadão” desenvolvida por Palomeque Lopes), que vinculam as entidades públicas e privadas.

Segue o autor, concluindo:

Portanto, a despedida sob a alegação de justa causa, se não precedida do direito do empregado à informação do motivo alegado, bem como do direito ao contraditório e à ampla defesa, em razão do direito à presunção de inocência de que também goza o trabalhador enquanto empregado, implicará a caracterização de despedida abusiva, a ser reparada por indenização a ser arbitrada (ALMEIDA, 2011, p.157).

Enquanto direito fundamental do trabalhador, tem aplicação imediata perante o Estado e as entidades privadas, na forma do estabelecido pelo art. 5º, §1º, da Constituição Federal, que dispõe que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”

Assim, deve o empregador respeitar a presunção de inocência do empregado que cometa falta que possa ensejar a sua dispensa por justa causa, garantindo ao empregado o exercício da ampla defesa e do contraditório, dando-lhe a oportunidade de defender-se em relação aos fatos postos contra si.

³⁴ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Na prática, portanto, ocorrendo qualquer das hipóteses contidas no art. 482 da CLT, o empregador deve notificar o empregado, comunicando a sua ciência em relação àquele fato e dando-lhe razoável prazo para que apresente, se assim desejar, as suas argumentações, sob pena de, não o fazendo, ter que indenizar o empregado, ainda que configurada a ocorrência de justa causa.

5 CONCLUSÃO

A boa-fé objetiva desenvolve-se em uma tríplice função: a de atuar como limitadora dos direitos subjetivos dos cidadãos; a de revelar-se como cânone hermenêutico do objeto oriundo da celebração do negócio jurídico; e a de criar deveres acessórios que vinculam as partes durante todos os atos que envolvem o pacto.

A boa-fé objetiva constitui-se como cláusula geral, que determina a adoção de um comportamento *standart*, prezando por valores éticos como lealdade e confiança, tendo três funções basilares: interpretação-interpretação das cláusulas contratuais, limitação do exercício de direitos, e criadora de deveres anexos ao contrato firmado.

Destaca-se a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva, na medida em que, enquanto esta refere-se à intenção do agente, que deve considerar aspectos como a ética e a moral, a boa-fé objetiva cuida da ação, impondo regras de conduta, expressas ou não no ordenamento jurídico, aos que celebram um negócio jurídico.

A origem da boa-fé no direito brasileiro remonta à boa-fé do direito germânico, inserido no §242 do BGB, trazendo normas expressas de interpretação dos contratos, constituindo-se vetor de todo o ordenamento jurídico alemão.

Deste modo, verifica-se a primeira demonstração de que a boa-fé traduz-se como cláusula geral do sistema, estabelecendo a preservação da lealdade em todos os contratos, mantendo a confiança depositada pelas partes como elemento fundamental à celebração do pacto.

No direito brasileiro, a boa-fé objetiva não teve a sua inserção no CC/16, que sofreu influências diretas do Código Napoleônico em sua ideologia, e do Código Civil Alemão quanto à formalidade.

Com o surgimento da Constituição cidadã, de 1988, o diploma passou a ser a maior influência do ordenamento jurídico, havendo, a partir daí, uma “publicização” do direito privado, elevando o indivíduo ao centro do sistema jurídico brasileiro, consagrado pelo Princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1º, da CF/88.

Seguindo a linha estabelecida pela constituição, surge o Código de Defesa do consumidor, primeiro diploma legal a consagrar, de forma expressa, a boa-fé objetiva no ordenamento brasileiro, em especial, nos negócios jurídicos.

Nesta lógica de mudança de pensamento, o CC/02, enfim, “importou” a previsão trazida pelo ordenamento jurídico alemão e trouxe no seu bojo expressa previsão sobre a aplicação da boa-fé objetiva aos contratos em geral, estabelecendo o dever da sua observância em todas as fases do pacto, mesmo nas fases preliminares e pós-contratuais.

Inspirada, portanto, no modelo alemão, a boa-fé objetiva no direito brasileiro subdivide-se em três funções básicas. A primeira função, heremêutica/integrativa faz com que a boa-fé atue como cânone hábil ao preenchimento de lacunas do ordenamento, permitindo ao operador do direito a sua aplicação, quando da elucidação do texto legal.

A interpretação segundo as normas da boa-fé objetiva não é facultativa ao operador do direito, mas sim imperativa, obrigando o intérprete à utilização deste instituto, quando da aplicação da norma legal ao fato concreto.

Pela função da limitação dos direitos subjetivos, mesmo que o cidadão tenha pleno gozo dos seus direitos, de forma legítima, não poderá exercê-los caso esta utilização venha a atingir o direito de outrem.

Os deveres anexos da boa-fé objetiva decorrem expressamente do art. 422 do CC/02, dispositivo que fundamenta a sua exigibilidade. Contudo, não é possível extrair deste texto legal todos os deveres acessórios à boa-fé objetiva, decorrendo tais deveres da interpretação do Código Civil à luz da Constituição Federal, com fulcro na efetivação dos Direitos Fundamentais.

Pelo dever de informação, os contratantes devem ter ciência de todas as condições e circunstâncias a que serão submetidos, sob pena de violação direta da boa-fé objetiva.

As partes têm, ainda, a obrigação de informar toda e qualquer circunstância nova que surja durante a execução do contrato que venha a modificar o seu desenvolvimento e acarretar prejuízo às partes.

O dever de sigilo encontra-se fielmente ligado ao dever de informação, obrigando as partes a preservar as informações recebidas em razão da celebração do contrato, uma vez que estas estavam pautadas na confiança recíproca havida entre as partes.

Já o dever de cooperação tem como objetivo a finalização da relação contratual com o adimplemento da obrigação, devendo as partes envidar esforços para que o negócio jurídico celebrado entre elas seja concretizado.

O dever de lealdade é o único, dentre os demais, que possui previsão expressa, tanto no §242 do BGB, como no art. 422 do Código Civil, pelo qual entende-se que o acordo deverá ser executado conforme o seu “espírito”, devendo as partes agir com lealdade, respeitando o seu parceiro, dentro dos critérios da razoabilidade.

O dever de proteção, por sua vez, deriva da noção de amparo a ser observada por ambas as partes, constituindo-se na obrigação destas em zelar pela integridade da pessoa e do patrimônio do outro, devendo abster-se da prática de qualquer ato que possa pôr em risco estes valores.

Apesar da não positividade expressa da boa-fé objetiva no âmbito do Direito do Trabalho, esta encontra-se inserida no contexto das relações laborais de uma forma ampla e direta, ultrapassando a visão deste ramo do Direito como um sistema fechado, autossuficiente e não susceptível à influência de outras fontes do direito.

A boa-fé, portanto, é elemento intrínseco ao contrato individual de trabalho, gerando para ambas as partes todas as obrigações oriundas dos deveres anexos à boa-fé objetiva, em todas as fases do contrato, seja na sua execução, seja nas fases preliminar e pós-contratual.

A boa-fé objetiva traz para o Direito do Trabalho, ainda, a criação de deveres anexos que são específicos ao contrato individual de trabalho, analisados sob o prisma do Princípio da Proteção.

O empregador tem o dever de respeitar a vida extra laboral do empregado, não podendo interferir nas suas atividades particulares, desde que estas não guardem relação direta com o trabalho desenvolvido em razão da relação de emprego havida entre as partes.

Deve o empregador, ainda, preservar a imagem do trabalhador, sendo obrigado a não fazer uso desta sem a sua prévia autorização. Deste dever decorre a obrigação do empregador de não exigir do empregado a utilização de fardas e uniformes que não guardem relação com o trabalho desenvolvido pelos mesmos e que não violem a sua honra e a sua intimidade, a exemplo de roupas decotadas por parte de trabalhadores mulheres.

Por fim, tem o empregador a obrigação de respeitar a presunção de inocência do empregado, quando da ocorrência de dispensa por justa causa,

devendo respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o dever de informação.

A violação aos deveres anexos da boa-fé objetiva, por qualquer das partes da relação contratual, faz surgir para a outra parte direito à percepção de indenização, a teor do que prescreve o art. 927 do Código Civil, salvo se a Lei, no caso específico, dispuser em contrário.

Feitas essas considerações, tem-se que a boa-fé objetiva e seus deveres anexos permeiam as relações individuais de trabalho, impondo às partes que celebram contrato individual de trabalho regras de conduta a serem observadas em todas as fases do pacto, sob pena de, violando-as, serem obrigadas a reparar o dano causado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. **Proteção Contra a Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa**. Publicação Mensal de Legislação, doutrina e Jurisprudência. São Paulo: **Revista LTr**, v.75, n.02, fev. 2011, p.156-158.

AMARAL, Francisco Piedade. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev. mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTR, 2009.

BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, **Constituição Federal, Código Civil, Consolidação das Leis do Trabalho e Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Processo n.145200706801004 RJ 00145-2007-068-01-00-4. Recorrente: Viação Madureira Candelária Ltda. Recorrido: Willians Constantino Ribeiro. Relator: Juíza Convocada Dalva Amélia De Oliveira. DJ 04 mar. 2008. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4018334/145200706801004>>. Acesso em: 20 Mar. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n.2570200304502005 SP 02570-2003-045-02-00-5. Recorrente(s): Mario Sergio Uehara. Recorrido(s): Aurus Ltda. Relator: Fernando Antonio Sampaio Da Silva, DJ 27 fev. 2007. Disponível em:<<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15812037/recurso-ordinario-ro-2570200304502005-sp-02570-2003-045-02-00-5>>. Acesso em: 20 Mar. 2013.

_____. _____. Recurso Ordinário n.1186200735102005 SP 01186-2007-351-02-00-5. Recorrente(s): Raymound Charles Selle. Recorrido(s): Anion Química Industrial S/A. Relator: José Carlos Fogaça. DJ 19 jun. 2008. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15811916/recurso-ordinario-ro-1186200735102005-sp-01186-2007-351-02-00-5>>. Acesso em: 22 Mar. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n.13281420105040022 RS 0001328-14.2010.5.04.0022, Relator: Ricardo Hofmeister De Almeida Martins Costa. Porto Alegre, DJ 10 nov. 2011. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20729997/recurso-ordinario-trabalhista-ro-13281420105040022-rs-0001328-1420105040022-trt-4>>. Acesso em: 22 Mar. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Recurso Ordinário n.00885-2008-014-05-00-8. Recorrente (s): Gk Restaurante Ltda. E Lilian Amaro Machado Nascimento. Recorrido (s): Os Mesmos. Relator (a): Desembargador (a) Nélia Neves. Salvador, DJ 18 Ago. 2009. Disponível Em: <<http://Trt-5.Jusbrasil.Com.Br/Jurisprudencia/7837388/Recurso-Ordinario-Record-885005920085050014-Ba-0088500-5920085050014/Inteiro-Teor-13313470>>. Acesso Em: 10 Abr. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Recurso Ordinário n.1460000420095070011 CE 0146000-0420095070011. Recorrente: Gilvaneila Costa Lima Silva. Recorrido: TNL CONTAX S.A. Relator: Manoel Arízio Eduardo De Castro. DEJT 01 out. 2010. Disponível em: <<http://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17644601/recurso-ordinario-ro-1460000420095070011-ce-0146000-0420095070011>>. Acesso em: 27.mar.2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário n.148200600910000 DF 00148-2006-009-10-00-0. Recorrente: Marques & Pietro Nakamura S/C Ltda. (Colégio Galois). Recorrido: Mariana Marliere Letti. Relator: Desembargador André R. P. V. Damasceno. DJ 06 dez. 2006. Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4462887/recurso-ordinario-ro-148200600910000>>. Acesso em: 07 Ago. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Recurso Ordinário n.182201000923000 MT 00182.2010.009.23.00-0. Relator: Desembargador Tarcísio Valente. DJ 15 mar. 2011. Disponível em: <<http://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19148326/recurso-ordinario-trabalhista-ro-182201000923000-mt-0018220100092300-0>>. Acesso em: 07 Ago. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 443**. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 10 Jun. 2013.

_____. _____. Agravo de Instrumento. Recurso de Revista. n.44800-58.2010.5.13.0008. Autor: Raimundo Barbosa. Demandado: Moeda Construções E Incorporações Ltda. E Agravado Raimundo Barbosa. DJ 06 mar. 2013. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-438761566>>. Acesso em: 04 Fev. 2013.

_____. _____. Recurso de Revista n.50200-86.2007.5.04.0015. Recorrente: Vonpar Refrescos S.A. Recorrido: João Fernando Dos Santos Serpa. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. DJ 04 ago. 2011. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=24535&ano_int=2010>. Acesso em: 10 Jun. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2006, v.1.

_____.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 2.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2008, v.2.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé Objetiva na Fase Pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v.4, t.1.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. Rio de Janeiro: **Revista Trimestral de Direito Civil**. v.2, jan./mar. 2000, p.3-25.

MALLET, Estêvão. **Prática de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, v.2.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Os Campos Normativos da Boa-Fé Objetiva: As três Perspectivas do Direito Privado Brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coords.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

MOREIRA, Eder Oliveira. **A Jurisdição e as Espécies de Tutela Jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/50-v1-n3-setembro-de-2011/147-a-jurisdicao-e-as-especies-de-tutela-jurisdicional>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

MORI, Amaury Haruo. **O Direito à Privacidade do Trabalhador no Ordenamento Jurídico Português**. São Paulo: LTr, 2011.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.221-253.

NETO, Célio. Liberdade de Trabalho e a Cláusula de Não Concorrência. *In*: ALMEIRA, Renato Rua (Coord.); SUPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva. (Orgs.). **Direitos Laborais Inespecíficos**. Os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Antonio Carlos Paula de. **Revista Pessoal de Empregado**. São Paulo: LTr, 2011.

PORTUGAL. Código de Trabalho Português. Disponível em: <http://sinfb.pt/doc/CT09-29_Ago_2012.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2012.

PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. **A Boa-Fé nas Negociações Coletivas Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A Boa-fé Objetiva e a Lealdade no Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho Parte II: Situações Laborais Individuais**. Coimbra: Almedina, 2009.

REIS, João Emilio de Assis. **Boa-fé objetiva**: Historicidade e contornos atuais no direito contratual. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8281>. Acesso em: 10 abr. 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A Boa-fé Objetiva e o Inadimplemento do Contrato**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: LTr, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Dano Social e sua Reparação**. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/O%20Dano%20e%20sua%20Reparação%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. **Principiologia de Direito do Trabalho**. Salvador: Gráfica Contraste, 1996.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Boa-fé Objetiva em Matéria Contratual**: apontamentos em relação ao novo Código Civil e a Visão do Projeto nº 6.960/02. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/artigo-boaf%C3%A9-TARTUCE.doc>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: Escola de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, n.23, out. 2003, p.139-151.