

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO - COGEAE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO**

GEÓRGIA MARTINS DA NOVA MOREIRA

BOA-FÉ OBJETIVA E O CONTRATO DE TRABALHO

São Paulo
2010

GEÓRGIA MARTINS DA NOVA MOREIRA

BOA-FÉ OBJETIVA E O CONTRATO DE TRABALHO

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho.

Orientador: Professor Doutor Werner Keller.

São Paulo
2010

Moreira, Geórgia Martins da Nova
Boa-fé objetiva e o Contrato de trabalho / Geórgia Martins da
Nova Moreira. – São Paulo: s. n., 2010.
99 fs.

Orientador: Professor Doutor Werner Keller
Monografia (Pós-graduação). - Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo – PUCSP. Coordenadoria Geral de
Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE.

1. Boa-Fé Objetiva. 2. Contrato de Trabalho. I. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Coordenadoria
Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE.
II. Werner Keller. III. Título.

CDD: 340

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu pai, minha mãe e a tia Lucia que contribuíram para a realização dessa monografia, dando força, carinho e muito apoio.

Agradeço ao meu professor orientador Werner Keller e ao Ministro Pedro Paulo Manus que tornaram possível a monografia.

Agradeço a todos aqueles que ajudaram o implemento do trabalho.

RESUMO

Esse trabalho objetiva analisar a Boa-fé objetiva, sua evolução, conceito, aplicação prática. Breve análise da teoria geral das obrigações, dos contratos, do contrato de trabalho na teoria geral dos contratos. Aplicação da Boa-Fé objetiva na solução de lides trabalhista.

Palavras chave: Boa-Fé Objetiva. Contrato de Trabalho. Aplicação Prática.

ABSCTRACT

This work aims to analyze the objective good faith, its evolution, functions, concept and practical application, brief analysis of the general theory of obligations, contracts, contract work in the general theory of contracts. Good faith implementation of the objective in the solution of a legal labor.

Keyword: Objective Good Faith, Labor Contract. Practical Application

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	artigo
BGB	Código Civil Alemão
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CCP	Código Civil Português
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
n	número
p	página
s	seguinte
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
IPVA	Imposto Sobre Veículos Automotores

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO UMA RELEITURA NECESSÁRIA: COMERAS O PÃO COM O SUOR DO SEU ROSTO	17
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS - DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE EMPREGO	19
1.2 O CONTRATO DE TRABALHO NA TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES	23
1.2.1 Contratos bilaterais e unilaterais	25
1.2.2 Contratos onerosos e gratuitos	25
1.2.3 Contratos consensuais e reais	25
1.2.4 Contratos Comut ativos e aleatórios	25
1.2.5 Contratos Solenes e Não Solenes	26
1.2.6 Contratos Instantâneos e de Trato Sucessivo	26
1.2.7 Contratos Típicos e Atípicos	26
1.2.8 Contratos “ <i>Intuitu Personae</i> ” e Impessoais	27
2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO – ORIGEM (NS) DA BOA-FÉ OBJETIVA	29
2.1 AUTONOMIA DA VONTADE X AUTONOMIA PRIVADA - LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE CONTRATAR	33
2.2 A MODERNA PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL - A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO GERAL DAS OBRIGAÇÕES	37
2.2.1 Princípio da Boa- Fé	40
2.2.2 Distinção entre a boa-fé objetiva e a subjetiva	42
2.3 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA – A BOA FÉ OBJETIVA E SUAS TRÊS FUNÇÕES	46
2.3.1 Boa-fé objetiva como <i>criadora de deveres jurídicos</i> – Função Integrativa – CC, 422	47

2.3.2 Boa-fé como limitação ao exercício de direitos subjetivos – Função de Controle – CC, 187	50
2.3.3 Boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo – Função Interpretativa da BOA FÉ OBJETIVA – CC, 113	56
2.4 A BOA-FÉ OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	59
2.4.1 A Boa-fé e a Constituição da República	60
2.4.2 A Boa-fé e o Código de Defesa do Consumidor	63
2.4.3 O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil	64
2.4.4 A Recepção da Boa-fé pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro	66
2.5 SISTEMA JURÍDICO ABERTO (ABERTURA DO SISTEMA) E CLÁUSULAS GERAIS	66
2.5.1 Aplicação Prática do Princípio da Boa Fé Objetiva	66
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

Impende antes de alcançarmos o cerne da monografia e as conclusões prospectar qual a metodologia a ser empregada.

Para que seja alcançado o objetivo é necessário que se adentre à filosofia desde quando esta abarca todo o conhecimento. É o que se depreende da própria etimologizada palavra “filo” em grego significa amigo e “sofia” saber, logo, amigo do saber.

A filosofia é universal desde quando em seu seio acomoda tudo que se refere ao homem e ao universo. O Tomismo de São Tomas de Aquino, a Maiêutica de Sócrates, Dialética, a Tópica, a Lógica, a Dialética, o Cristianismo, a Reforma Protestante, Matemática, Física, Química, Astronomia, Astrologia, Aiuurveda, Sociologia além de técnicas de toda espécie, além, é claro, do Direito são objetos de seu interesse.

Em filosofia o ramo que estuda o conhecimento é a Gnoseologia que estuda as bases gerais do conhecimento humano ou seja a teoria do conhecimento.

Na teoria do conhecimento temos a Epistemologia, um seu ramo, que pode ser conceituado como o estudo do conhecimento científico, sua natureza, processo de aquisição, alcance, limites, relações entre o objeto do conhecimento e aquele que o busca. Podemos ainda dizer seus métodos, teorias, práticas, em síntese, teoria da ciência.

A epistemologia cuida do pensamento científico. Pretende sistematizar o que é ciência a sua metodologia e, por tal temos que buscar o conceito de ciência na epistemologia, e ainda mais a posição do Direito na teoria do conhecimento onde se enquadra (ciência) e o seu método.

O primeiro a sistematizar o pensamento científico foi René Descartes que é considerado o primeiro filósofo moderno e o apresentador do seu método.

A sua contribuição ao pensamento não se limitou ao “Discurso sobre o Método” como também à matemática, à geometria e outras ciências. Foram tão

importantes os seus estudos que o sistema de coordenadas da geometria analítica leva o seu nome.

A filosofia, a partir do “Discurso sobre o Método”, foi fundamental para o desenvolvimento das ciências, lógica, matemática, física, química e mesmo para as ciências sociais cujas leis “científicas” não são exatas como a lógica, a matemática, física e outras pois trabalham com variáveis.

Não se pode olvidar que foi importante para as ciências sociais a obra de Descartes e assim as bases para toda a ciência contemporânea.

Foi o “Discurso sobre o Método” que estabeleceu as bases do conceito de ciência e que permanece até hoje ainda que pensadores como Tomas S. Kuhn projetem que a atitude do cientista deve ser atualizada motivada por uma infirmação da lei científica ao invés de firmá-la.

O método Cartesiano embasa-se no que podemos sintetizar como ceticismo metodológico ou seja que cada proposição tem que ser demonstrada.

Uma idéia, uma lei só existe no mundo científico se for provada e puder ser repetida, demonstrada.

Costuma-se exemplificar com uma proposição, com uma situação tão comum que é visível e perceptível a qualquer pessoa tal a sua presença no dia a dia de todos.

É o caso da ebulição da água que, ao nível do mar, ferve a 100 graus centígrados. O que torna a proposição científica é que o evento pode ser repetido, demonstrado em qualquer parte do mundo.

Segundo Descartes, só existe aquilo que puder ser provado e a dúvida é a ferramenta do cientista.

Consiste o método cartesiano na adoção de passos a serem observados para o estabelecimento de verdades que ao final assumirão ou não o caráter de cientificidade.

Só é científico o que for demonstrável.

Primeiramente deve o cientista ver a realidade e aferir se há plausibilidade, evidências acerca do objeto estudado.

Em seguida deve proceder a uma análise do objeto estudado dissecando-o evidenciando toda a sua essência nos mínimos detalhes.

Dissecado o objeto deve-se somar as unidades estudadas que compõem o todo estudado e obter-se a síntese.

Em seguida deve ser apresentado à comunidade científica para que esta o aprecie, o demonstre, o aprove para o ingresso como ciência, lei que tem o caráter de ciência (não lei no sentido jurídico).

É indagação corrente entre os cultores do Direito se este é “ciência” ou tem outra classificação.

Entendemos que não se enquadra na teoria do conhecimento científico desde quando não há demonstração em Direito. Não há formulação de leis que atendam ao critério de ciência, estamos no campo do dever ser em vez do ser.

As leis em Direito têm caráter diverso, pois trabalham com conduta humana e as regulam e é o homem que as escolhe, as põe no ordenamento jurídico

Muitos juristas não aceitam bem esse caráter de não ciência do Direito por exclusão dessa categoria o que o tornaria menor.

A propósito Paulo Dourado Gusmão indaga: “Mas, que entendemos por Ciência?” Ciência é o conjunto de conhecimentos e investigações, organizado sistematicamente, dotado de generalidade e de unidade, que não resulta de crenças, de ideias impostas ou de convenções arbitrárias, elaborado gradualmente, através de um discurso rigoroso, em que suas partes, ideias e princípios são, entre si, compatíveis, tendo por ponto de partida um fato, uma premissa, uma ideia, uma conceituação, uma norma, uma experiência, um princípio ou uma hipótese.

Amplio é, portanto, nosso conceito de ciência [...] “¹. O próprio reconhece ser amplo o seu conceito de ciência que por ser bem analítico limita-se a descrever por inteiro o todo não reduzindo a um conteúdo lógico o seu pensamento apesar do talento do autor.

Na mesma esteira Maria Helena Diniz dirige, de igual modo, toda a sua intelectualidade no sentido de teorizar e apresentar argumentação tendente a dar sustentabilidade à argumentação de cientificidade do Direito.

Em face da ingente tarefa socorre-se de Tércio Sampaio Ferraz, afirmando²:

¹ GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução à Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1959.

² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16.

Antes de iniciarmos nosso estudo sobre o tema, ocupamos, pela sua oportunidade e sabedoria a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que evidencia que o vocábulo ciência não é unívoco, se bem que com ele se designe um tipo de específico de conhecimento; mas não há um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento, isto porque os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam na prática científica e, além disso, as modernas disputas sobre tal termo estão intimamente ligadas à metodologia.

Logo ao começar a discorrer sobre conhecimento científico enfrenta a dificuldade de enquadrar o Direito como ciência citando ainda Tércio Sampaio Ferraz que entende multifário o conceito de ciência para que se possa concluir ter o direito a qualidade de ciência inserido em uma das acepções. Acresce mais que no concernente ao método e objeto as ciências podem ser naturais e humanas³.

As ciências naturais como é curial têm leis que se demonstra e repete ainda se lhes adindo, a neutralidade axiológica o que não se pode dizer qualidade do cientista social e do operador do direito desde quando quase sempre participam do evento e mais ainda tem opiniões próprias que lhes podem influenciar conforme Max Weber e Kelsen.

Direito não é técnica, pois, como a ciência, tem método próprio e, ao contrário, a técnica jurídica é que serve ao Direito.

O direito pode se utilizar de diversas técnicas. Os operadores do direito, magistrados, advogados, professores doutrinadores e mesmo os legisladores observam a técnica jurídica no seu labor.

Dentre os operadores do Direito, os doutrinadores, os Filósofos do Direito, nas suas formulações abstratas utilizam-se como técnica do método científico.

Parece-nos desimportante não estar catalogado, na “teoria do conhecimento” como ciência desde quando por ser norma de conduta sua importância é transcendental pois sem as regras jurídicas o caos se instalaria

As normas jurídicas são contemporâneas à progressão de nômade a gregário e desde então acompanham a humanidade. Não há civilização sem o Direito.

Já estabelecido que o Direito não é técnica e então onde o classificáramos? A resposta sem medo de errar é de o colocarmos como categoria única ao lado da ciência.

³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 17.

O Direito é tão importante que representa na teoria do conhecimento uma categoria única, à parte, com desenho semelhante ao das ciências com a peculiaridade de que não apresenta leis científicas e sim, leis normas de conduta.

Relevante o fato de que adota o método científico o que o aproximaria da ciência sem que estivesse classificada como tal.

Por dois motivos o Direito não perde a sua importância eis que adota o método científico e toda elocubração doutrinária embasa-se no científico e, não há, repita-se sociedade organizada sem o direito.

Como a ciência, apresenta método e Maria Helena Diniz a propósito sobre ele assim discorre: “O método é a garantia da veracidade de um conhecimento. Método é a direção ordenada do pensamento na elaboração da ciência. Logo a ciência requer uma atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares.”⁴

Metodologia científica é, pois, um conjunto de abordagens, técnicas e processos utilizados pela ciência para formular e resolver problemas de aquisição objetiva de conhecimento, de uma maneira sistemática.

Os cientistas apresentam diversos métodos para as ciências sociais como observação participante, estudo de caso, analítico, dedutivo e indutivo e outros.

Em ciências sociais como de regra o cientista participa, é interessado, tem concepções preconcebidas, utiliza-se da observação participante. Também é corrente o estudo de caso, dedução e indução.

O estudo de caso representa um método fundamental de abordagem de investigação das ciências sociais.

Nas ciências sociais “*strictu sensu*” é frequente o uso de um ou mais métodos quantitativos sem que se tenha regra rígida de investigação

Trabalha-se com a técnica de descrição de um acontecimento ou caso (ato relevante para o direito) de uma forma longitudinal.

Em Direito toma-se uma situação prática de pretensões resistidas em que se põe para estudo e análise e, ao final, apresenta-se a conclusão aplicável ao caso.

Segundo Yin⁵ os estudos podem ser exploratórios, descritivos e explanatórios.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

⁵ YIN, Robert K. Estudo de Caso: uma Estratégia de Pesquisa. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/caso_estudo>. Acesso em: 23 out. 2010.

Esse método é importante para as ciências sociais pois sempre o pesquisador participa e é influenciado e influencia o fato analisado.

Em ciências sociais não há como fugir da circunstância da proximidade do pesquisador do objeto da pesquisa. Deve inclusive mentalizar que os seus pré conceitos não devem influir no resultado da pesquisa de modo a possibilidade de um resultado obtido veraz.

Utilizando-se do método científico deve-se procurar manter, na medida do possível uma neutralidade axiológica.

Adotando uma postura neutral o tema é “A Boa Fé Objetiva e O Contrato de Trabalho”

É com essa metodologia que se pretende apresentar o contrato como inserido na categoria das obrigações, o contrato de trabalho como ínsito na dos contratos.

Iniciaremos com uma evolução do Contrato de Trabalho tomando como ponto de partida o Direito Romano apesar de considerar-se que antes de Roma já havia trabalho e por certo era considerado pelo direito então existente.

Efetivamente outros sistemas jurídicos existiram e se os refere como o “Código de Hamurabi” e o de “Manu” mas a sua referência é apenas considerando-se como fato histórico desde quando não tem a menor relevância para o estudo do Direito de um modo geral e para o Direito do Trabalho.

Sistema jurídico relevante é o que nos legaram os Romanos haja vista a influência que tem nos sistemas denominados de “Direito Continental”, considerados os aplicados na Europa continental, países latinos e Alemanha bem como os latinos das Américas.

Na Inglaterra e nos países colonizados pelos ingleses temos o Sistema denominado de “Common Law” que não será considerado por razões óbvias.

Ligeira abordagem será feita na pouca consideração que os nossos historiadores não enxergando que à margem da divisão da riqueza existia uma população negra que contribuiu para o desenvolvimento do país como escravos e que passaram em branco nas análises históricas.

Uma análise sucinta da teoria geral das obrigações demonstra que o contrato nela está presente como um dos seus institutos, aliás um dos mais importantes

Tão importante que é do cotidiano, do dia a dia do cidadão que nem se dá conta que todo momento está a celebrar contratos de vários tipos.

Poucos têm a noção de que ao entrar em um coletivo está-se celebrando um contrato de transporte, em verdade um contrato típico, da categoria dos de adesão

A compra de um simples refrigerante mesmo considerando-se a sua insignificância tipifica uma compra e venda.

Outros contratos de complexidade existem e são considerados quer comerciais quer cíveis e mesmo de trabalho.

Sendo o Contrato de Trabalho no dizer de Mario de La Cueva, o contrato realidade portanto de uma simplicidade enorme em muitas vezes simplesmente consensual, assim mesmo temos contratos que assumem maior consideração com cláusulas pouco comuns.

Exemplificamos com o engenheiro que é contratado por uma indústria de alta tecnologia e que, ao ser contratado, já com salários assegurados, antes fará um curso de especialização custeado pela empregadora.

Insere no contrato, em cláusula escrita, que há a obrigação de permanência por determinado tempo trabalhando, sob pena de indenizar, em quantia pré fixada. Não é incomum como pode parecer pois a própria Petrobras qualifica seus empregados como outras de igual modo assim procedem.

Apreciado o contrato na teoria geral situa-se o de trabalho nela e analisa-se esse ao com as suas qualificações específicas, seus princípios peculiares e suas regras de interpretação exclusivas.

Situado o Contrato de Trabalho analisaremos a Boa Fé Objetiva como um instituto da modernidade da doutrina em pleno século 21.

Demonstraremos que é um cânone interpretativo sem antes apresentarmos a sua evolução, conceitos doutrinários, suas qualidades e posições dos especialistas doutrinadores.

Ao final evidenciar-se-á a sua aplicação ao Direito do Trabalho mesmo sendo um instituto jurídico eminentemente do Direito Civil não sendo contudo exclusividade do mesmo.

- 1 CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO
UMA RELEITURA NECESSÁRIA: COMERAS O PÃO COM O SUOR DO SEU
ROSTO**

Desde o início dos tempos que o trabalho é companheiro do homem. Não se está a referir trabalho no sentido físico de força e sim a atuação humana no sentido de produzir riqueza em seu benefício.

Quando era nômade a força de trabalho do homem era dirigida à caça eis que a agricultura era rudimentar e só provia as suas necessidades. Quando se tornou gregário, passou a viver em cidades, aglomerados urbanos houve necessidade de regramento da convivência entre os humanos e como não se cumpriam as regras passaram a ser aplicadas autoritariamente surgindo o “Direito”.

Os ordenamentos jurídicos mais antigos conhecidos são o Código de Manu e o de Hamurabi sendo que desse temos notícia de que havia regramento de relações de trabalho “*latu sensu*”. Vários ordenamentos jurídicos posteriores, por óbvio cuidaram do trabalho humano, referência para o Direito Romano, fonte de inspiração especialmente para o dito “Continental”.

A fonte primária dos ordenamentos jurídicos da Europa latina e germânica, já referida como Direito Continental, é o Direito Romano, principalmente aquele vigente após o Corpus Júrís Civilis de Justiniano.

Em Portugal vigeram as Ordenações Afonsinas Manuelinas e Filipinas e o Brasil, colônia que era, aplicava o Direito Português.

Independência proclamada continuou em vigência a legislação reinol, caminho que foi para uma legislação nacional.

No século 19 temos já como produção legislativa nacional a Consolidação das leis Cíveis de Teixeira de Freitas, o Código Comercial de 1860 e o anteprojeto de Código Civil do Jurista referido que foi em linhas gerais adotado na Argentina.

No século passado, em 1916, foi promulgado o “Código Civil” de autoria de Clóvis Bevilacqua sustentado em bases européias antecessor do atual “Código Civil”.

Críticos do Código de 1916 dizem que já surgiu desatualizado eis que olvida o instituto jurídico do negócio jurídico repositório apenas do Ato Jurídico.

No que concerne ao trabalho só havia o Código Civil apesar de toda a celeuma e poeira levantada com a denominada questão social.

É de todos sabido que a revolução industrial provocou mudanças fundamentais na vida dos povos com o incremento da economia e as mudanças fundamentais nas relações de trabalho não só na técnica de o executar bem como na

exploração do homem que com o avanço da técnica empurrou o trabalhador a executá-lo em condições sub-humanas .

Não é o caso de considerar nesse registro se a denominada Revolução Industrial foi alavancada pela máquina a vapor aperfeiçoada por James Watt na segunda metade do Século XVIII ou um efeito decorrente da necessidade de buscar-se uma fonte de energia para movimentar as pesadas máquinas já inventadas para a indústria têxtil como refere Macnall Burns citado por O. Gomes e E. Got. Tschalk.⁶

A seguir a todos os acontecimentos a “Questão Social” esteve sempre no centro das atenções surgindo reações à exploração do trabalho humano com jornadas extenuantes e trabalho de menores.

Como reações leis surgiram para abrandar as relações de trabalho principalmente vedando jornadas extenuantes e o trabalho de menores.

Referência entre outras o “Manifesto Comunista, a obra Das Kapital de Karl Marx e que culminaram com a edição da Encíclica Papal denominada *Rerum Novarum*, das coisas novas.

O Brasil do Século XIX tinha uma economia extrativista baseada na cana de açúcar e cafeicultura surgente sendo que todo o trabalho era baseado no trabalho escravo, exauridas que estavam as minas de Ouro Preto e circunvizinhanças.

Embora trabalho não assalariado é trabalho humano executado em condições inumanas e os nossos especialistas em Direito do Trabalho, cientistas políticos e historiadores olvidam toda a problemática daí advinda.

A atividade escravagista não foi pacífica, remetendo-se ao oblívio os diversos movimentos em sentido contrário.

Diversas revoluções com participação ou só de escravos ocorreram como a “Dos Alfaiates” também conhecida como “Conjuração Bahiense”, a “Cabanagem” no Pará a “Revolta dos Malés” na Bahia entre outras.

O século XIX não foi apático como a burocrática historiografia parece sugerir com apenas questiúnculas políticas eis que o drama da escravatura exsurgia como temática da nova intelectualidade brasileira.

A questão negra, eis que negros eram os escravos, dividia a opinião pública e há referências bibliográficas que sustentam que a Inglaterra, potência

⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Forense, 1990. p. 1.

hegemônica, era contra a escravidão e, ainda assim escravos continuaram a vir para o Brasil, clandestinamente, mesmo depois da vedação do tráfico.

Importante registrar o momento histórico dado que foi nesse contexto, ou o que restou, que se inicia, tardiamente, a “questão social nacional” porque só após a abolição é que houve alteração substancial nas relações de trabalho,

Alguns intelectuais da época, como Rui Barbosa, anteviram o caos que se instalou nas relações de trabalho uma vez que os negros foram jogados à própria sorte, libertos, porém, sem teto e trabalho posto que a oferta de trabalho era menor que a demanda.

Registre-se que desde então passou-se a buscar mão de obra alienígena que eram mais qualificados e brancos, principalmente para a lavoura de café emergente.

Os negros foram empurrados para a periferia, para trabalhos sem especialização e com remuneração bem inferior à dos não negros.

Importante que na divisão do trabalho os negros ainda hoje têm remuneração inferior aos demais.

É nesse contexto que deve ser estudado sociologicamente o trabalho não só na sua evolução histórica bem como na sua dimensão atual, bem como o contrato de trabalho que rege todas as relações laborais.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS - DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE EMPREGO

Já assente que o trabalho nasceu com o homem, para o estudo do contrato de trabalho e seus antecedentes há que se remontar a Roma já que o nosso Direito tem sua fonte histórica no Direito Romano.

É de registrar que na antiguidade, Grécia inclusive, o trabalho era destinado aos escravos.

Como bem colocaram Gomes, O e Gottschalk, E.⁷, em Roma não havia necessidade de regulação do contrato de trabalho haja vista que todo ele era executado pelos escravos sendo o seu campo de aplicação restrito.

Os escravos em Roma eram tratados como “res”, coisa e sujeito do direito de propriedade. O seu proprietário era quem locava os serviços de seus escravos.

Ainda assim regularam o trabalho não escravo conjuntamente com a locação de coisa e empreitada.

Temos pois, “*locatio rei*”; “*locatio operarum*” e “*locatio operis faciendi*”.

Na “*Locatio Rei*” presente a hipótese em que uma das partes cedia à outra a posse de um bem “*Res*” para que pudesse fruir e gozar do bem.

“*Locatio operarum*”, nessa hipótese o objeto do contrato é o trabalho humano e eram os escravos que eram locados.

A “*Locatio operis faciendi*” temos em referência que o objeto do contrato é a execução da coisa como um todo semelhante à nossa empreitada.

A “*Locatio operarum*” dos romanos era um contrato sinalagmático como nós entendemos hoje que também o é o contrato de trabalho.

Foi assim que os modernos códigos estruturaram a locação de serviços haja vista o Código de Napoleão que o introduziu no seu texto.

O nosso Código Civil de 1916 não fugiu à regra e lá está à locação de serviços como um contrato típico.

Antes da CLT era o que vigia nas relações de trabalho, sendo editadas diversas leis passando a regular as relações laborais até que se chegou à modernidade com a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943.

Vale referir que a CLT foi uma obra de vulto, elogiada e em regência até os dias de hoje não perdendo a sua atualidade, apesar de revisões.

Satisfazia as necessidades legislativas o que não foi infirmado até hoje. Representou a maturidade do Direito do Trabalho, bem como do Processo do Trabalho eis que a Justiça do Trabalho passou a fazer parte do Judiciário, sendo autônoma.

⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Forense, 1990. p. 122,

As relações de trabalho, contudo, evoluíram, o Direito Coletivo produziu normas que aderiam ao contrato passando a carecer de uma teorização mais complexa o que ocorreu e ocorre sem derrogação da legislação trabalhista.

No próprio texto da CLT, moderna que era, havia diversas normas em regulação do trabalho de categorias diferenciadas carecendo de distinto regramento.

Dentre essas as normas dos ferroviários, dos músicos profissionais, dos bancários entre outros. Mais recentemente outras categorias tiveram leis próprias a regulá-las como a dos aviários, dos aeronautas, petroleiros etc.

O direito é dinâmico da mesma forma que relações interpessoais e sociais.

Hoje temos, no nosso país, uma quase revolução no âmbito do direito privado.

Primeiramente foi a migração à Constituição de normas civis e principalmente de Direito do Trabalho que passaram a ter sede constitucional.

Por outro a Teoria Geral do Direito mudou e segundo autores como Luiz Roberto Barroso estamos em sede do “Pós Positivismo”.

“Pós Positivismo” ou “Neo Constitucionalismo” o fato é que o direito constitucional mudou com a noção dos “Princípios” que se distinguiriam do que autores como Dworkin⁸ e Robert Alexi⁹ denominaram de “Regras”. Princípios coexistem no ordenamento jurídico mas regras não.

Na antinomia de princípios faz-se a ponderação e decide-se qual o que se aplica. Já a regra em antinomia tem-se que verificar qual a vigente, pois não podem coexistir sendo uma inválida.

Outra inovação do novo constitucionalismo são as regras de interpretação que passaram a se-lo à luz da Constituição e não apenas considerando, por exemplo as normas civis e trabalhistas isoladamente.

São os denominados princípios como o da “Proporcionalidade” ou como outros preferem o da “Razoabilidade” Explica-se uma norma mesmo que autorizada a sua edição pela Constituição observado o “devido processo legislativo”

Há que se verificar se foi observado o “Princípio da Proporcionalidade”, deve ser analisado se a lei editada está conforme os princípios constitucionais. Se não

⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁹ ALEXI, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios constitucionales, 1993.

é conforme a constituição não é norma válida apesar de formalmente preencher todos os requisitos.

O Ministro Gilmar Mendes¹⁰ com base na doutrina alemã denomina o instituto de “proibição do excesso” em seu artigo: Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Novas Leituras.

O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que:

[...] os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.

A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador.

É o que se constata em decisão do *bundesverfassungsgericht*, na qual, após discutir aspectos relativos à eficácia e adequação de medidas econômicas consagradas em ato legislativo, concluiu-se que o legislador não havia ultrapassado os limites da discricionariedade que lhe fora outorgada.

No dizer de Manuela Oliveira Camargo¹¹, os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica:

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista¹ do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação [...].

É nesse cenário que o direito privado assenta hoje com grandes estudiosos e uma das elocubrações mais importantes hodiernamente é o da Boa Fé-Objetiva que é nosso tema central e sua adequação ao Direito do Trabalho.

1.2 O CONTRATO DE TRABALHO NA TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

¹⁰ MENDES, Gilmar. Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Novas Leituras. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, n. 5, Salvador, ago. 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2010.

¹¹ CAMARGO, Manuela Oliveira. **Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica. Disponível em: em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/241_Manuela%20Oliveira%20Camargo.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.

Demonstrado que o contrato de trabalho deriva da “*Locatio Operis*” do Direito Romano” e da “Locação de Serviços” do antigo Código Civil de 1916 há que posiciá-lo à luz da” Teoria Geral das Obrigações”.

Filho desgarrado e de nariz empinado, com luz própria não desborda, contudo, da teoria geral.

No seu festejado livro “Obrigações” o saudoso professor Orlando Gomes faz um minudente estudo sobre as fontes das obrigações¹².

Parte do pressuposto de que todas as obrigações decorrem da Lei que seria a sua fonte imediata, a sua causa eficiente.

Como fonte mediata sempre está presente um fato ou uma situação que a lei leva em conta para que surja a obrigação.

Há controvérsia sobre qual a classificação Romana das fontes das obrigações, talvez que uma análise sistemática abranja séculos.

Está assente que, conforme as “*Institutas*” as fontes eram quatro; “*ex contractu*”, “*ex delicto*”, “*ex quase contractu*”, “*ex quase delicti*”. Tal classificação é contestada e não aceita.

Temos duas outras classificações uma analítica e outra sintética.

A analítica que é a adotada pelo Código Civil Italiano enfrentando as dificuldades de se reduzir a uma classificação as diversas fontes reduz a duas; o contrato e o ato ilícito e mais “os fatos idôneos a produzi-las”.

Criticando a analítica o mestre Orlando (mesma obra) diz: “Neste grupo, acham-se compreendidas várias figuras, não é uma solução científica, mas, ao menos, não se pode taxar de artificial a classificação. Permite, quando nada, que se discriminem os diversos fatos constitutivos”¹³

Adota, todavia, outra classificação e apresenta-a denominando-a de “sintética” e, para tanto, parte da noção do fato jurídico eis que todas as mediatas decorrem do fato jurídico.

Refere que há obrigações que derivam da autonomia privada ou de fatos humanos, naturais ou materiais aos quais a lei tutela. Corresponderiam aos fatos jurídicos “*latu sensu*” naturais ou humanos.

¹² GOMES, Orlando. **Direito das Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

¹³ GOMES, *loc. cit.*

Temos então concluindo que as fontes poderiam ser decorrentes dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos.

Negócios jurídicos são os contratos, os negócios unilaterais, as promessas unilaterais e os atos coletivos.

São atos jurídicos não negociais os atos jurídicos "*strictu sensu*", os atos ilícitos, o abuso de direito os acontecimentos naturais, os fatos materiais, as situações especiais que, por sua própria natureza, se qualificam como fatos constitutivos de obrigações.

Embora se subsumem numa categoria única por terem especificidade devem ser distinguidos porque o tratamento jurídico que se lhes dá é diferenciado

Os mais importantes são os contratos, fonte primacial do direito das obrigações e nos é mais perto posto que uma de suas espécies é que nos diz respeito desde estudiosos do Direito do Trabalho

Ressalta-se que, a partir de fatos do homem temos obrigações decorrentes dos negócios jurídicos e dos atos não negociais.

Como negócio jurídico temos os contratos, os negócios unilaterais, as promessas unilaterais e os atos coletivos.

Atos jurídicos não negociais são os atos jurídicos "*strictu sensu*", o abuso de direito.

São pois, os contratos, um negócio jurídico que tem a característica de para a sua formação a presença de duas ou mais partes. Os contratos apresentam-se como negocio jurídico bilateral ou plurilateral

No direito das obrigações os contratos são presença no Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito das Coisas, Direito das Obrigações. Se presente no Direito das Obrigações, "*ipso facto*" nos Contratos e entre eles o de Trabalho.

1.2.1 Contratos bilaterais e unilaterais

Unilaterais são aqueles em que as obrigações são encargo de apenas uma das partes e bilaterais aqueles em as partes obrigam-se reciprocamente. Exemplo de unilateral é a doação em que somente uma parte tem seu patrimônio.

Não se deve confundir contratos unilaterais com promessas unilaterais pois contratos dependem do concurso de vontades, bilateral por excelência e o negócio unilateral depende da vontade de uma só pessoa. Exemplo de negócio unilateral é a promessa de recompensa.

1.2.2 Contratos onerosos e gratuitos

Diz-se gratuito aquele contrato em que só uma das partes tem vantagem. A contrário *sensu* oneroso é aquele em que há reciprocidade nas obrigações. Exemplo temos doação (gratuito) e compra e venda (oneroso).

1.2.3 Contratos consensuais e reais

Diz-se consensual o contrato no qual o bastante para a sua perfeição é o simples consentimento. Outros carecem da entrega do objeto para a sua perfeição.

Contratos reais em antinomia a contratos consensuais.

1.2.4 Contratos Comut ativos e aleatórios

Essas duas modalidades importam em divisão dos contratos comutativos a saber:

- Nos comutativos há uma equivalência entre as prestações ou seja o sinalagma é perfeito, uma prestação equivale simetricamente à outra.
- No aleatório, como o próprio nome indica, álea (significa sorte) depende de fatos supervenientes. Nem sempre o sinalagma se perfaz as prestações podem vir a ser desproporcionais.

O denominado contrato de safra é exemplo típico de um aleatório, pois a safra depende de diversos fatores futuros e incertos com clima, chuva, pragas e outros.

1.2.5 Contratos Solenes e Não Solenes

Um contrato será solene sempre que a lei exigir determinada forma. Não havendo previsão legal para a formalização de um contrato diz-se perfeito e acabado com a simples manifestação de consentimento, então, será não solene.

1.2.6 Contratos Instantâneos e de Trato Sucessivo

Instantâneo como o próprio nome sugere exaure-se instantaneamente com o adimplemento da prestação avençada.

De trato sucessivo são aqueles em que a prestação pactuada difere-se no tempo.

O Contrato de Trabalho é um exemplo típico de prestações diferidas pois em regra o trabalho é prestado diariamente e a paga, o salário geralmente é quinzenal ou mensal protraindo-se no tempo até a rescisão contratual.

Em Direito Civil temos como exemplo um contrato de fornecimento de bens com prestações diferidas no tempo. Contrato de assistência técnica e muitos outros.

1.2.7 Contratos Típicos e Atípicos

De um modo geral os contratos têm previsão legal mas, essa previsão é genérica e diz respeito a todos o tipos contratuais.

Típicos *strictu sensu* são aqueles para os quais a lei estabelece regras próprias para a sua validade. Os atípicos são os que seguem a regra geral prevista para os contratos de um modo geral.

1.2.8 Contratos “*Intuitu Personae*” e Impessoais

A lei ao cuidar dos contratos na sua regra comum não dá atenção especial a quem cumpre o contrato. Há outros contratos em que a situação se inverte e a pessoa do contratante é peça fundamental, razão única para a celebração da avença.

Quando celebro um contrato de restauração de uma obra de arte com um profissional com qualificação para tal pressupõe-se que a contra prestação será realizada pelo restaurador signatário do contrato.

O contrato de trabalho caracteriza-se pela pessoalidade da contra prestação do obreiro, uma das partes.

Como já assinalado o Contrato de Trabalho não destoa da teoria geral das Obrigações nem da dos Contratos.

Tal é a sua importância na vida de um país, das pessoas dos empregados, dos empregadores de um modo geral tais as suas nuances, seus institutos jurídicos próprios, suas regras peculiares de interpretação e particularidades que é considerado e estudado como disciplina autônoma com inteira justeza.

Sendo disciplina autônoma ainda assim é conforme a teoria geral como já exposto.

Sendo autônomo e conforme a teoria geral é o Contrato de Trabalho bilateral, sinalagmático, simplesmente consensual, oneroso, comutativo e de trato sucessivo.

Um contrato é bilateral por apresentar a qualidade de gerar direitos e obrigações recíprocas para ambos os contratantes, que se obrigam mutuamente. A obrigação do empregado corresponde à correlata do empregador, diria 'sinalagmático', pois, a obrigação deve ter correspondência haja vista que não pode haver desnível entre elas.

Simplesmente consensual é o contrato de trabalho, pois a mera concordância das partes é o suficiente para que se perfaça. Essa sua qualidade motivou Mario de La Cueva a denominá-lo "Contrato Realidade".

Embora simplesmente consensual é especificamente e detalhadamente previsto em diploma jurídico que cuida do contrato e do seu processo que é a Consolidação das Leis do Trabalho.

Da mesma forma que o detalha legislativamente não prevê forma especial para a sua concreção.

Há, contudo contratos para as os quais a Consolidação das Leis do trabalho prevê forma e condições de trabalho distintas com regras próprias.

É o caso do contrato por obra certa com previsão em:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo pré-fixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento susceptível de previsão aproximada.

§ 2º. O contrato por prazo determinado só será em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza e transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividade empresarial de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

Art. 445. O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de dois anos, observada a regra do artigo 451.

A teoria geral classifica ainda os contratos em onerosos e gratuitos, mas, a Consolidação das Leis do Trabalho só cuida de onerosidade.

Inexistindo onerosidade não visualizamos Contrato de Trabalho. Fora da onerosidade podemos ter serviço comunitário, religioso etc.,

É um contrato comutativo, pois, ao trabalho executado corresponde um salário que em tese tem equivalência com a paga.

Ainda apresenta a qualidade de *intuitu personae* eis que quem o executa é o próprio empregado que não se pode fazer substituir por outro.

Em síntese essas são considerações que se não poderia deixar de expor do contrato para que apresentado à boa fé objetiva que será dissecada e demonstrada a sua aplicação ao Contrato de Trabalho.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO – ORIGEM (NS) DA BOA-FÉ OBJETIVA

Deve-se compreender o Direito e qualquer instituto jurídico dentro do contexto histórico-social que o envolve, pois o Direito é o reflexo de uma sociedade. A partir dessa compreensão pode-se notar que o contrato veio a ganhar grande relevância na sociedade no século XIX, pois era ele o instrumento que permitia uma melhor circulação de riqueza, tendo em vista o contexto europeu do final do século XIX.

A Revolução Industrial, com a consequente criação do Direito do Trabalho, foi através da qual, que se tornou possível regular as situações laborais de semi-escravidão, e a exploração de crianças e mulheres.

No que concerne às relações de trabalho, o tratamento indigno, as relações laborais de quase escravidão, o trabalho de crianças e mulheres em condições aviltantes provocaram reações, desembocando no que se denominou a “questão social”.

Uma das reações foi à edição do livro de Karl Marx, “O Capital”, o surgimento do socialismo, a doutrina Comunista, com o manifesto da Internacional Socialista e a consequente reação da Igreja Católica, eis que o referido preconizava o materialismo, denominado histórico.

A edição do manifesto da Internacional Socialista e o livro referido motivaram a edição da Bula Papal, “*Rerum Novarum*” que representava o pensamento da igreja.

Leis de proteção surgiram redundando na evolução do contrato de prestação de serviços em contrato de emprego.

O surgimento de uma nova figura contratual desembocou na criação do Direito do Trabalho, tornando-se assim possível a edição de regramentos que elidiriam as situações laborais de semi-escravidão, da exploração de crianças e mulheres, apresentando ao mundo o novo instituto do direito das obrigações e dos contratos.

Para poder compreender o conceito de boa-fé objetiva e seus reflexos na esfera contratual, é preciso ir um pouco além da sociedade do século XIX, traçando um breve esboço histórico sobre a sua evolução, desde o nascimento.

Inicia-se com o Direito Romano, pois todo o esforço para entender um instituto a partir das legislações pretéritas, tem como marco inicial esse direito precursor, que exerce grande influência, e, à exceção dos países que adotam o sistema da “*Common Law*” (Estados Unidos e Inglaterra e ex-colônias), todos os países ocidentais têm sistemas jurídicos sistematizados a partir do Direito Romano.

Temos por objetivo discorrer acerca da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, mas para tal é preciso buscar as suas origens, o seu histórico que nos leva à eterna fonte do direito, o Direito Romano. Devido à sua tradição romanística, a boa-fé aparece inicialmente ligada ao instituto da posse, em sua vertente subjetiva. Esse subjetivismo estendeu-se para o campo negocial, em que a fides passou a ser

compreendida como o núcleo normativo das manifestações de vontade das partes. Resgatada posteriormente pelo Direito Canônico e consolidado, na era das codificações pelo BGB.

Embora o Direito Romano não fizesse claramente a distinção entre a boa-fé objetiva e subjetiva, como fazemos hoje, foi ele que nos legou a ideia da *fides romana*, que conduziu a noção de que esta se apresentava sob uma roupagem de conteúdo ético e não jurídico.

A partir daí, passa-se a interpretar os contratos conforme a boa-fé, segundo a palavra empenhada que assume maior importância do que as formas e formalidades contratuais, o que permitia uma maior liberdade do magistrado que avaliava, conforme a “*Bona Fides*”.

Essa noção apresentava traços da boa-fé subjetiva, ao levar mais em conta a palavra empenhada. E, ao mesmo tempo traços da objetiva, visto que vigorava o sistema aberto, que possibilitava ao aplicador do direito papel de fundamental importância na interpretação conforme a boa-fé. Todavia, a marca do Direito Romano, no particular, foi de legar somente a boa-fé subjetiva.

No entanto, foi no contexto histórico do século XIX que, em toda a Europa, houve uma tendência à elaboração de diplomas normativos codificados. Em especial, os dois dos principais códigos daquele período: o *Code Napoléon* francês de 1804 e o BGB alemão de 1896, publicado em 1900, cuja grande influência foi à escola pandectista e seu seguidor Windscheid. Ambos vieram a influenciar diversos códigos em outros países. E ambas as codificações defendiam a liberdade de contratar, calcada na consideração de que todos eram iguais perante a lei, disfarçando as diferenças no seio da sociedade capitalista.

Assim, sob forte influência do voluntarismo jurídico, diversos dispositivos foram inseridos, considerando a boa-fé subjetiva, particularmente de referência à posse. Ou seja, era o contrato visto como modo de aquisição da propriedade, que atuava predominantemente como meio de circulação de riqueza.

Como exemplo, teremos o artigo 1134 do *Code Napoléon*, o qual refletia os interesses que impulsionaram a Revolução de 1789, que tinha a seguinte redação: “As convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram. Só podem ser elas revogadas pelo seu consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei admite. Devem ser executadas de boa-fé.”.

Conforme o referido artigo, os pactos devem ser executados de boa-fé, contudo, com o individualismo e o sistema fechado que vigorava na época com o método de interpretação exegético, limitando-se a boa fé napoleônica à aplicação possessória, não havendo assim falar em aplicação da objetiva, tornando-se letra morta, à vista da influência da Escola da Exegese, apegada ao extremo à letra da Lei Napoleônica. Efetivamente, foi o referido Código um marco divisor no direito, sendo que os demais códigos contemporâneos o têm como padrão.

Como primeira grande experiência de codificação moderna, influenciou outros ordenamentos jurídicos a exemplo do Italiano e do Português. Contudo, estes continuaram a prestigiar a boa-fé subjetiva, embora trouxessem previsão legal acerca da objetiva.

Como exemplo, podemos citar o Código Civil Português (CCP) de 1966, artigo 227: “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

No entanto, o Direito germânico foi mais além, ao tratar o contrato como espécie dentro de um gênero mais amplo e pretérito, qual seja, o do negócio jurídico. Codificando a boa-fé objetiva em várias passagens do BGB, (Bürgerliches Gesetzbuch), especificamente no § 242, assim redigido: “O devedor deve (está adstrito a) cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico”.

Apesar do grande impacto da entrada em vigor do BGB, em 1900, o dispositivo citado (§ 242), não legou à boa-fé objetiva a qualidade transformadora do direito obrigacional como seria de esperar, em decorrência do sistema fechado vigente que vedava as cláusulas gerais como a boa-fé. Deve-se ao pensamento liberal vigente na época e ao então princípio norteador dos contratos, o da autonomia da vontade.

Clóvis Couto e Silva, citado por Judith Martins Costa¹⁴ por sua vez, esclarece:

Hoje em dia se afirma que o § 242 veio a constituir o elemento fundamental para uma compreensão “*absolutamente nova*” da relação obrigacional, transformando o conceito de sistema e a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres, na medida em que limitou extraordinariamente a importância da autonomia da vontade.

¹⁴ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 jul. 2008.p. 44,46 e 54.

Haveria de consagrar-se com a Constituição de Weimar, em 1919, grande marco do Estado Social, difundindo o princípio que passou a ter aplicação como elemento central da relação obrigacional, como a entendemos hoje.

Nesse sentido, esclarece Antunes Varela¹⁵

Foi este princípio “Treu und Glauben” o fermento que a jurisprudência alemã, sob o impacto das necessidades do comércio jurídico no período subsequente à conflagração mundial, fez levedar numa massa muito volumosa de solução.

Assim, foi somente após a Segunda Guerra Mundial que a jurisprudência alemã construiu a teoria da boa-fé objetiva, que veio a ser alçada à condição de princípio geral, levando a cláusula geral da boa-fé objetiva a ser adotada por diversos países europeus, como Itália, Portugal e Espanha.

2.1 AUTONOMIA DA VONTADE X AUTONOMIA PRIVADA - LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE CONTRATAR

A principiologia clássica tem como paradigma a forma tradicional de contratar. Duas pessoas, em igualdade de condições, discutem e negociam livremente para, então, celebrar o contrato. Parte da igualdade formal, entre as partes, tendo como princípio basilar, o princípio da autonomia da vontade.

O princípio da autonomia da vontade faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar. O contrato é visto como um fenômeno da vontade e não como um fenômeno econômico social. Embora comporte exceções, pois a lei em determinados momentos impõe a certas pessoas o dever de contratar ou se o limita apenas a aderir ao contrato, como

¹⁵ VARELA, Antunes; GOMES, Orlando. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 131.

é o caso do seguro obrigatório de automóveis (DPVAT) ou, em que uma das partes não tem qualquer liberdade de discutir as cláusulas contratuais, como nos contratos de seguro, ou de depósito bancário etc., os chamados contratos de adesão. Assim mesmo, pode-se afirmar que o princípio da autonomia da vontade pode ser considerado como norma geral do Direito dos Contratos.

É muito comum os termos autonomia da vontade e autonomia privada, no dia-a-dia, serem utilizados impropriamente como sinônimos. Embora a expressão "autonomia privada" seja posterior à primeira, existe uma diferença, ainda que tênue, entre ambas.

Ferri citado por Francisco dos Santos Amaral Neto¹⁶, por sua vez, nos oferece uma melhor compreensão dessa distinção:

Para a concepção tradicional clássica, subjetiva, existe sinonímia nas expressões "autonomia privada", "autonomia da vontade" e "liberdade contratual", que significam ser a pessoa livre e soberana para decidir se, quando e como vincular-se obrigacionalmente. Teoria mais recente contesta esta concepção, considerando não haver identidade entre autonomia da vontade e autonomia privada. A autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta de declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos.

Dentro do contexto clássico do século XIX, o elemento volitivo adquiriu grande importância, a ponto de se conceber a existência de um "dogma de vontade", tendo em vista que esta se apresentava como elemento determinante na constituição de direitos e obrigações, de forma que nesse panorama histórico, tudo tinha origem na vontade das partes, pois, na ordem jurídica vigente, individualista e liberal, esse poder dos indivíduos da expressão de liberdade individual sofria poucas limitações.

Quanto à liberdade contratual, está fundada no princípio da autonomia da vontade, e manifesta-se pela amplitude dada aos particulares para disciplinarem seus próprios interesses. E sua manifestação envolve algumas faculdades: liberdade de celebração (possibilidade de querer ingressar ou não em uma relação contratual, de acordo com seus interesses); liberdade quanto à seleção do tipo contratual (liberdade quanto ao seu conteúdo, através da escolha do instrumento jurídico que lhe seja mais apropriado, ainda quando a massificação das relações sociais e os usos do comércio

¹⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como poder jurídico**. In: Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 293.

façam que a imensa maioria dos negócios se efetive através de modelos pré-existentes); liberdade de estipulação (deliberação em torno do efetivo conteúdo existente na espécie negocial eleita, ressalvada a preservação da ordem pública e dos bons costumes).

No direito brasileiro a autonomia privada sempre esteve presente. Como manifestação de liberdade, que exprime independência, faculdade concedida ao poder individual de transformar a vontade própria em fonte jurídica, governando interesses e necessidades particulares. É o é o poder jurídico concedido aos particulares de criar normas jurídicas, em geral, concretas e individuais, reconhecido pelo Estado, que estabelece os limites e procedimentos. Não sendo poder originário, mas derivado do Estado, que lhe estabelece limites, no direito positivo, nas normas imperativas.

Instrumento da autonomia privada é o negócio jurídico, declaração de vontade destinada a produzir determinados efeitos que o agente pretende e a ordem jurídica admite. O negócio jurídico não é simples declaração de vontade, mas a forma de expressão do direito, criando normas que apresentam as mesmas características das normas legais (bilateralidade, imperatividade, coatividade).

Na definição de Vera de Fradera¹⁷, o princípio da autonomia privada [expressa] a autodeterminação de que é dotado todo o indivíduo capaz de agir no ordenamento jurídico e que pode estabelecer, pela vontade, efeitos jurídicos reconhecidos pela lei.

A autonomia da vontade já estava presente no Direito Romano, mas só com a filosofia individualista e liberal pós Revolução Francesa, atinge seu apogeu nos séculos XVIII e XIX, consagrado no século XIX, sofreu grande reação no século XX. O princípio da autonomia da vontade se caracteriza pela liberdade de contratar, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina do interesse das partes, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Embora seja de grande importância no campo obrigacional, a liberdade de contratar não é absoluta, seus efeitos repercutem dentro de um contexto social. Está

¹⁷ FRADERA, Vera. M. J. Dano Pré-Contratual: Uma Análise Comparativa a Partir de Três Sistemas Jurídicos, o Continental Europeu, o Latino-Americano e o Americano do Norte. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 34, n. 136, out./dez. 1997. § 2.2, p. 175.

limitada por diversos fatores: o interesse coletivo, que muitas vezes pode estar em oposição à finalidade visada pelo acordo de vontades; à supremacia das normas de ordem pública, relacionadas com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, que fixa, no Direito Privado, as bases jurídicas sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade; as regras jurídicas de natureza cogente, que estabelecem princípios necessários à ordem social e, por isso, impõem-se obrigatoriamente a todos os indivíduos; contrárias à moral e aos bons costumes, a própria noção de *moral* confunde-se com um juízo subjetivo, um sentimento pessoal.

Importante frisar a importância dada à autonomia da vontade, conforme lembra Orlando Gomes¹⁸:

Na ordem jurídica de cunho individualista e liberal, contudo esta veio a sofrer fortes limitações no mundo de economia de massa e à necessária interferência estatal nesta autonomia, com o declínio do Absolutismo e o surgimento dos Estados independentes, o dogma da autonomia da vontade começava a se relativizar. O que a grosso modo, pode-se dizer que não mais é uma autonomia da vontade e sim uma autonomia privada, visto que, ainda conforme o mestre, não basta a manifestação da vontade individual para a aquisição, transferência, modificação ou extinção de um direito. É preciso que a lei reconheça esses efeitos, emprestando-lhes, portanto, teor jurídico.

Com o mundo em constante transformação não havia mais espaço para essa livre autonomia das partes sem interferência estatal que garantisse a estabilidade e segurança das relações sociais. Era necessário essa ingerência do Estado na autonomia privada e só seria possível através de um Estado intervencionista, em oposição ao “*laissez faire laissez passer*” do Estado liberal.

Fica claro que a autonomia está limitada à interferência estatal, deixando de ser uma autonomia da vontade do indivíduo, que sofre algumas limitações pelo Estado, para se transformar numa autonomia do Estado que permite aos indivíduos determinadas condições e limitações para estabelecerem a sua vontade através dos contratos. A autonomia privada compreende uma noção mais bem fundamentada. A partir de seu conceito, é possível distingui-la como algo mais voltado aos aspectos econômicos que envolvem os negócios jurídicos.

A tendência atual é considerar a autonomia da vontade, com as restrições que lhe são impostas, como poder jurígeno e como princípio básico dos negócios jurídicos. Como poder que as vontades particulares têm de regular as condições e modalidades de seus compromissos, dando aos seus contratos o conteúdo e o objeto que acham conveniente, inspirando-se apenas em seus interesses. A possibilidade

¹⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 240.

de livre escolha das partes, do conteúdo, do objeto dos atos jurídicos, com força de lei e que sofre duas limitações: de ordem pública e dos bons costumes.

Consequentemente, a sua concepção é um reflexo da sociedade com a qual convive, foi modificada em virtude da transformação do conceito de obrigação que, em um sistema, com uma visão social maior e de acordo com a nova economia de massa e uma impessoalidade das relações contratuais, perdeu a sua principal fonte de direitos e obrigações, a vontade do indivíduo, visto que, num novo modelo econômico, esta perderia a sua força perante o necessário e crescente intervencionismo estatal, para prover a segurança das relações jurídicas em uma sociedade em constante transformação.

O exemplo máximo do exposto está no já referido chamado contrato obrigatório, cujo exemplo do tipo é o denominado “Seguro Obrigatório” para os proprietários de veículos automotores cujo prêmio (custo) já vem embutido no pagamento do Imposto Sobre Veículos Automotores (IPVA)

Nesse sentido, esplendorosa é a explicação de Antunes Varela:¹⁹

O individualismo jurídico teve a sua sùmula perfeita no princípio da autonomia da vontade, tal como enunciado por Kant. Conforme parecia ao grande filósofo, ninguém deveria ser submetido a outras leis que as que traça para si mesmo. Desse modo, o homem não deve ser constrangido a agir senão conforme sua própria vontade. Neste contexto, o instrumento jurídico ideal é o contrato. Por seu intermédio assume obrigações e fica adstrito a cumpri-las, mas porque quis, porque auto limitou sua liberdade. Por sua vez o Estado teria apenas a finalidade de assegurar aos indivíduos o pleno gozo dos seus direitos, sem qualquer ingerência em suas atividades. O quadro mudou radicalmente. O indivíduo deixa de ser um fim em si e se torna um ser social; os direitos privados passam a serem encarados, no seu exercício, como uma função social; e até o contrato, instrumento de conciliação de vontades individuais, vira, na expressão de Khalil, um fato social. Não há mais nada individual. Tudo passa a ser social.

Hodiernamente, quando se fala na liberdade de contratar, está se falando da autonomia privada, que é o poder de auto-regulamento dos seus próprios interesses, conhecido pelo ordenamento jurídico. Prevalecendo, pois o dirigismo contratual sobre a tradicional liberdade das partes regularem seus interesses.

Da forma como o princípio da autonomia da vontade era concebido no direito contratual, sob o manto de uma proteção excessiva do elemento volitivo, uma eventual confiança gerada entre as partes a partir do início das tratativas de

¹⁹ VARELA, Antunes; GOMES, Orlando. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977. p.55.

negociação, não faz nascer qualquer espécie de vínculo entre elas, não sendo possível, desta forma, se cogitar de qualquer tipo de responsabilidade contratual.

Não se pode deixar de registrar que, no Direito do Trabalho a autonomia da vontade está atenuada pelo princípio protetor.

2.2 A MODERNA PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL - A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO GERAL DAS OBRIGAÇÕES

A partir da evolução da teoria dos contratos, devido às constantes transformações sociais, é que teremos a introdução do princípio da boa-fé objetiva, que veio para flexibilizar o antigo e rígido caráter obrigacional de outrora, reduzindo a importância do elemento volitivo, ante à mudança do pensamento individualista e do liberalismo econômico, vigente à época da Revolução Francesa, onde prevalecia, a teoria voluntarista, sustentando a tese de que é a vontade dos sujeitos que deve ser levada em conta como única fonte das obrigações contratuais.

Podendo-se considerar que o direito do século XXI está em crise eis que, está em caminho uma revisão do *positivismo jurídico*, tanto que alguns autores como Luiz Roberto Barroso²⁰ e Paulo Bonavides²¹ sustentam que estamos no *pós positivismo*.

Lamentavelmente o professor Barroso não conceitua o que seja pós positivismo, porém ousaríamos afirmar que é um sistema em que vigora o primado da lei, sem o rigor que se atribui a essa no conceito clássico de norma.

À época da Revolução Francesa prevalecia a teoria voluntarista, sustentando a tese de que é a vontade dos sujeitos que deve ser levada em conta como única fonte das obrigações contratuais, com a supremacia da autonomia da vontade vigente no Estado liberal do século XIX, estribando-se no triunfo do Iluminismo e do liberalismo político e econômico.

²⁰ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 103 – 110.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002.

Porém, com o tempo, a autonomia da vontade passou a sofrer sensíveis modificações e. Através de um processo histórico que se inicia com o declínio do Absolutismo, o surgimento dos Estados independentes e principalmente com a Revolução Industrial, a autonomia da vontade passa a ser relativizada, de modo que hoje não se mostra mais tão rígida quanto antes.

Em sentido contrário à teoria voluntarista, a teoria declaracionista coloca o poder dos efeitos jurídicos na declaração externa da vontade das partes, não importando se esta corresponde à vontade interna. Em contraposição ao voluntarismo jurídico que entre outros, tinha como um de seus defensores Savigny, cuja máxima era expressa como sendo a vontade do declarante o único elemento importante e eficaz na formação do negócio.

Finalmente chegando à teoria da confiança, que diz que o que importa é a confiança depositada na sua contra-parte, devendo esta agir segundo os princípios da boa-fé, considerando que o que vai importar, de fato, é à vontade declarada, ainda que diversa da vontade interna, devendo as partes agir com lealdade recíproca. Como bem salienta Orlando Gomes, "Aí sim teremos o princípio da boa-fé objetiva, introduzido ao pensamento jurídico".²²

Assim, a manifestação da vontade deixa de ser o núcleo central das relações contratuais, sendo cada vez mais valorizada a observância do mandamento da boa-fé.

A esse respeito, mais precisamente acerca da "desqualificação do elemento volitivo", Mario Júlio de Almeida Costa²³, nos lembra que:

[...] na contemporânea civilização de massas, segundo as concepções do tráfego jurídico, existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, **fora da emissão de declarações de vontade** que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de fato. (*Grifo nosso*)

Assim, era necessário tutelar, por exemplo, a situação de hipossuficiência em que se encontrava o empregado diante do empregador, que detinha o poder de mando. Foi então que a doutrina passou a incluir também a boa-fé como princípio geral do Direito das obrigações.

²² GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 231-242.

²³ COSTA, Mário. J. A. **Aspectos modernos do direito das obrigações** - Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: RT, 1986. p. 11.

Logo, se o modelo clássico de contrato, atrelado à sua principiologia liberal já não atende aos reclamos e anseios de uma sociedade plural e despersonalizada, a moderna principiologia contratual passa a ter por escopo alcançar a Justiça Contratual, e inserida nessa seara, destaca-se, com realce, o princípio da boa-fé objetiva.

Assim, aos princípios contratuais tradicionais, adiciona-se no estudo deste rol das diretrizes que hodiernamente norteiam os negócios jurídicos, o princípio da boa-fé, flexibilizando o antigo e rígido caráter obrigacional de tempos de outrora, reduzindo essencialmente a importância do elemento volitivo. A nova principiologia contratual tem seus alicerces nos princípios sociais: princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. O que não significa dizer que os princípios clássicos do contrato não são mais utilizados, mas limitaram, radicalmente, o seu alcance dogmático.

2.2.1 Princípio da Boa- Fé

Para tratar do princípio da boa-fé objetiva, objeto de nosso estudo, faz-se mister compreendermos o conceito de princípio, que na definição precisa de Celso Antonio Bandeira de Melo²⁴,

Significa mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sob diferentes normas. Sendo a sua violação mais grave do que a violação de uma norma, devendo-se levar em conta que servem os princípios para orientar à interpretação de normas existentes, na criação de normas futuras e ajudando o magistrado na atuação do caso concreto.

O princípio nem sempre se apresentou perante a doutrina como o entendemos hoje, vez que boa parte dela o entendia apenas no seu aspecto doutrinário, não integrando o ordenamento jurídico. Um dos primeiros a entender

²⁴ MELLO, Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 29.

assim foi o saudoso e festejado Jurista Uruguaio Eduardo Couture citado por Uadi Lamêgo Bulos²⁵ “Nem se alegue que princípio não é lei no sentido material e formal”.

Com acuidade, Américo Plá Rodrigues “ensina que princípios são linhas diretrizes informativas que inspiram diretamente ou indiretamente uma série de soluções”.²⁶

Explicado o conceito de princípio, podemos dar início ao nosso objeto de estudo, o princípio da boa-fé que está a balizar toda a teoria contratual, em virtude do artigo 422 do Código Civil de 2002, substituindo o venerado princípio da autonomia da vontade, então condizente com a sociedade com que convivía.

Cabendo salientar que a boa-fé considerada nas relações contratuais é a boa-fé objetiva, e não a subjetiva tão comum no emprego da análise dos direitos reais.

A boa-fé subjetiva é um estado psicológico, é uma ignorância de lesar direito alheio, é a consciência de obrar conforme o direito, levando-se em conta a intenção do sujeito na relação jurídica. A boa fé-objetiva é o dever de prestar-se com conduta honesta, reta, leal, em face do outro contratante, É assim regra de conduta, o dever de lealdade, ou seja, um dever global de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados.

Para que o princípio tenha eficácia, é preciso que o mesmo exista num sistema jurídico aberto, composto por cláusulas gerais, porém, só com a edição do novo Código Civil, esta ingressou expressamente no ordenamento jurídico. Devendo-se a sua introdução nas relações contratuais a partir da própria evolução da teoria dos contratos (embora o Código de Defesa do Consumidor - CDC já fizesse menção a tal princípio em seu corpo).

O princípio da boa-fé expressa e vincula o intérprete mediante uma cláusula geral, o que implica a existência de um sistema jurídico aberto. Confere ao juiz um papel de não mais mero aplicador do direito e sim de integrador do direito, com base em motivada decisão.

Conforme Judith Martins Costa,

O que importa na concreção da boa-fé objetiva deve ser o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada

²⁵ BULOS, Uadi Lamêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 39.

²⁶ RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1993, p.16

importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.²⁷

Antes de 2002, ao magistrado imponderia bem fundamentada decisão, para aplicação do princípio da boa fé objetiva, visto ainda não estar esse princípio expresso até a vigência do Código Civil, a não ser na área restrita da defesa do consumidor.

Contudo, não está o juiz autorizado a criar o direito e sim a estabelecê-lo de acordo com os princípios vigentes na ordem jurídica, com um padrão objetivo de conduta, sempre tendo como fim a função social do contrato e a transparência das relações jurídicas.

Importante salientar que a boa-fé objetiva deve estar presente em todos os momentos de elaboração do contrato, desde antes de sua formação passando pela execução e, após o seu término. Assim, devem as partes observar tanto as normas de ordem pública, bem como o princípio da boa-fé e da função social do contrato, desses não se podendo afastar inexoravelmente, conforme disposto no art. 422 do Código Civil (CC) de 2002.

Uma vez tendo sido esboçada uma breve noção do instituto, passaremos a estudá-lo de forma mais detida. Conforme é possível notar, ele constitui a base do presente trabalho, tendo sido responsável por promover uma profunda transformação no Direito contratual.

Como restará demonstrado nas linhas seguintes, o Direito dos contratos acabou por demarcar duas diferentes concepções para esse princípio: uma subjetiva, de cunho psíquico, outra objetiva, dotada de um caráter nitidamente mais pragmático.

2.2.2 Distinção entre a boa-fé objetiva e a subjetiva

Antes de dar início ao nosso estudo propriamente da boa-fé objetiva e como ela pode repercutir no contrato de trabalho, cabe desde logo estabelecer a

²⁷ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

distinção com a boa-fé subjetiva, pois trata-se de institutos jurídicos distintos. Boa-fé objetiva e subjetiva possuem conceitos e aplicações diferentes o que se demonstrará.

A boa-fé objetiva, a qual permeará nosso trabalho, teve seu conceito advindo do BGB, o Código Civil Alemão, que foi o primeiro ordenamento a separar a boa-fé em “Treu und Glauben” e “Gutter Glauben”, e conceituar a boa-fé objetiva ou “treuundGlauben”, que por meio da cláusula geral do § 242, quer dizer lealdade e crença, já determinava um modelo de conduta, onde cada sujeito da relação deve agir como homem reto: com honestidade, lealdade e probidade, ou seja, um dever de lealdade, uma regra de conduta; e boa-fé subjetiva ou, “Gutter Glauben”, é a intenção do sujeito da relação jurídica, seu estado psicológico ou íntima convicção, é o estado de consciência de quem crê, por erro ou equívoco, estar agindo com correção e em conformidade com o Direito.

No que concerne à boa-fé subjetiva, também denominada de boa-fé crença, essa não é uma regra de conduta positivada, mas um elemento de natureza interior, uma intenção de agir. Sua concepção está ligada ao voluntarismo e ao individualismo que informavam o Código Civil de 1916.

Assim como ocorria no Código anterior, está presente no Código Civil em vigor em diversas passagens, mas é em matéria de Direitos reais, que está à maior parte de suas referências.

A boa-fé subjetiva relaciona-se à situação de um sujeito perante um determinado fato, levando-o a desconhecer alguma ocorrência que torna legítima a aquisição de certo direito ou posição jurídica. Logo, refere-se a aspectos interiores do sujeito, situada no plano psicológico, justificando ser conhecida também como boa-fé crença. Trata-se de uma valoração pessoal, de cunho íntimo, psicológico, de quem imagina não estar prejudicando a outra pessoa na relação jurídica.

Pode ser definida como um estado psicológico contraposto à má-fé, em que há ausência de má-fé, sustentada em um erro de fato, ou melhor, em um estado de ignorância escusável, um estado de ignorância de uma pessoa que se julga titular de um direito, que não possui. Para sua aplicação analisa-se a existência de uma situação regular ou errada aparência, ignorância escusável ou convencimento do próprio direito. Tem o sentido de conhecimento ou de desconhecimento de uma situação.

Para esclarecer a distinção entre ambas, assim preleciona Judith Martins-Costa²⁸

A expressão “boa-fé subjetiva” **denota ‘estado de consciência’**, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. (*Grifo nosso*)

Diferentemente, a boa-fé objetiva, como visto acima, desde o surgimento do BGB já determinava um modelo de conduta a ser seguido pelo contratante, pautada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses legítimos e expectativas razoáveis do outro contratante, visto como um membro do conjunto social. Também denominada de boa-fé lealdade, significa o dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade, segundo o qual cada pessoa deve agir como homem reto: com honestidade, lealdade e probidade.

Por esse modelo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, não sendo preponderante a intenção das partes, a consciência individual da lesão ao direito alheio ou à regra jurídica. O importante é o padrão objetivo de conduta das pessoas nas relações jurídicas obrigacionais, em consonância com os ditames sociais. É o dever de atuar em respeito à pessoa do outro contratante, de forma que se constitui em pressuposto para a manutenção da segurança nas relações.

Judith Martins Costa, para melhor compreensão salienta que ao conceito de boa-fé objetiva,²⁹

Estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica (*Treu und Glauben*): a **boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade**, e, principalmente, na **consideração para com os interesses do alter**, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação contratual. (*Grifo nosso*)

²⁸ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 jul. 2008

²⁹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 jul. 2008. p. 59.

O princípio da boa-fé está vinculado à noção cooperativa e solidária do contrato, onde ela incide como fonte autônoma de obrigações, dando origem a deveres acessórios. A investigação do cumprimento da boa-fé contratual deve utilizar-se do termômetro da ética, adotando como norte os valores existenciais do homem. Esta identificação ética do cumprimento do contrato exige uma leitura constitucional da prática contratual civil, embora a boa-fé não se localize diretamente no texto constitucional, como ocorre com os princípios da liberdade e da igualdade. Mas considerando que a mesma é realizadora da justiça social, atuando na execução do contrato, vislumbra-se um perfil constitucional neste princípio³⁰.

A não explicitação da boa-fé na Constituição Federal não lhe retira a natureza constitucional, como sustenta, Larissa Maria de Moraes Leal³¹:

Nessa ambivalência, já se pode verificar que a boa-fé, apesar de não estar textualmente consagrada no texto constitucional, emana do mesmo, sendo acolhida implicitamente quando o constituinte tratou dos objetivos fundamentais de nosso País.

A existência de princípios constitucionais não textuais também é reconhecida por Alexy, o qual divide as normas de direito fundamental em duas categorias. Primeiro, existem as normas diretamente estatuídas pela Constituição, e segundo, há as normas a elas adscritas, que dependem da validade das primeiras³².

Neste sentido, vide, Paulo Nalin³³:

Tomado o vértice da dignidade do homem, este sim como valor (princípio) fundamental da ordem constitucional, se não diretamente elevada àquela esfera superior, parece produzir a boa-fé algum reflexo de cunho constitucional, enquanto realizador, o princípio da boa-fé, para a execução do contrato, da justiça social e, *in casu*, da justiça contratual. Manejada a boa-fé sob ângulo da consecução, em um dado momento jurídico bem verdade (cumprimento contratual), e da justiça (contratual), viável dela se extrair, sempre derivadamente, um desejado perfil constitucional.

A boa-fé objetiva não se confunde com os bons costumes, nem seu papel é idêntico ao destes. De acordo com as lições de Jorge Ferreira da Silva, os bons costumes delimitam, exteriormente à relação, o campo da autonomia privada,

³⁰ NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 180-181.

³¹ LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa fé Contratual.. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves (Coords.). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 36.

³² ALEXI, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios constitucionales, 1993. p. 83.

³³ NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 190-191.

restringindo a permissão de produção e fixação de efeitos jurídicos, mas não prescrevem o efeito ou a conduta a ser seguida. Por outro lado, a boa-fé prescreve uma forma de atuação das partes, determinando, por si, efeitos e indicando condutas. A distinção entre boa-fé e bons costumes também é traçada por Clóvis do Couto e Silva³⁴:

[...] os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto que a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes, na relação jurídica. Assim, quem convencionou não cumprir determinado contrato age contra os bons costumes, decorrente a nulidade do negócio jurídico. De outro lado, quem deixa de indicar circunstância necessária ao fiel cumprimento da obrigação, terá apenas violado dever de cooperação para com o outro partícipe do vínculo, inexistindo, porém, infringência à cláusula dos bons costumes.

A diferenciação entre bons costumes e boa-fé também é encontrada em, Jorge Mauel Coutinho de Abreu.³⁵: “se pode afirmar que um comportamento ofensivo dos bons costumes é sempre contrário ao princípio da boa-fé, só, no entanto, uma violação grosseira da boa-fé ofenderá os bons costumes.”

Ensina Orlando Gomes que³⁶:

[...] nos contratos, há sempre interesses opostos das partes contratantes, mas sua harmonização constitui o objetivo mesmo da relação jurídica contratual. Assim, há uma imposição ética que domina a matéria contratual, vedando o emprego da astúcia e da deslealdade e impondo a observância da boa-fé e lealdade, tanto na manifestação da vontade (criação do negócio jurídico) como, principalmente, na interpretação e execução do contrato.

Assim, a boa-fé objetiva, constitui um preceito de conduta a ser observado nas relações obrigacionais e, portanto, ajusta-se à ideia de que o contrato é uma forma pela qual as partes buscam a consecução de fins previamente estabelecidos.

Fica claro, portanto, que em tais situações busca-se o equilíbrio entre as prestações, tendo em mente a finalidade contratual almejada. E, embora esta possa sofrer alterações com o tempo, o mais importante é que a situação de equivalência quanto aos benefícios auferidos permaneça inalterada. Nota-se que a boa-fé já não é mais um mero arquétipo de valores morais. Constitui um elemento o qual deve ser continuamente buscado pelo contrato.

³⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47.

³⁵ ABREU, Jorge Mauel Coutinho de. Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. *apud* SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo** São Paulo : Bushatsky, 1976. p. 32 .

³⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 41.

Feita essa distinção, passa-se a examinar de que modo atua a boa-fé objetiva. Basicamente, três são as funções que normalmente lhe são atribuídas pela doutrina.

2.3 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA – A BOA FÉ OBJETIVA E SUAS TRÊS FUNÇÕES

Devido às crescentes e complexas relações sociais, a obrigação passou a ser considerada como um processo dinâmico, dela não mais surgindo apenas às obrigações pactuadas entre as partes. Com fundamento na boa-fé objetiva a ser considerada nas relações contratuais, passou-se a considerar as funções que dela decorrem, quais sejam, a de criadora de deveres jurídicos, a de limite ao exercício de direitos subjetivos e a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato.

Conforme Judith Martins Costa³⁷,

A importância da boa-fé, na acepção objetiva, está em que a mesma atua, no campo contratual, na trílice direção de norma de interpretação e integração do contrato, que concorre, entre outras funções, para determinar o comportamento devido; de limite ao exercício de direitos subjetivos. Sistematizando e especificando casos que, na ausência da cláusula geral, estariam dispersos entre vários institutos diversos, e fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes, os quais passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma "totalidade concreta". Exercendo assim o princípio da boa fé objetiva, efetivamente três funções práticas na aplicação da teoria contratual.

Essa foi a autora pioneira no Brasil e divulgadora dessas funções, em sua obra *A Boa-Fé no Direito Privado*, e passaremos agora a tratá-las mais detalhadamente.

Segundo Silvio de Sálvio Venosa,³⁸

Há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (artigo 113); função de controle dos limites do exercício de um direito (artigo 187); e função de integração do negócio jurídico (artigo 421). Então, nossa

³⁷ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 jul. 2008. p. 59. p. 19.

³⁸ VENOSA, Silvio. **Direito civil**. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3, p. 17.

legislação pátria cuidou para que as várias espécies de relações jurídicas mantivessem a boa-fé expressamente exigidas, impondo segurança nos negócios entre as pessoas.

2.3.1 Boa-fé objetiva como *criadora de deveres jurídicos* – Função Integrativa – CC, 422

Com a introdução e efetiva aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, em um sistema aberto e com a mitigação do princípio da autonomia da vontade nas obrigações, diante do princípio da confiança, não há mais que se falar que do negócio só surgem os efeitos almejados pelas partes. O conteúdo obrigacional passa a ser constituído de uma série de outros deveres que dela resultam e que devem igualmente ser observados sob pena de se frustrar o interesse reciprocamente considerado, e não mais apenas pelo objeto deliberado de comum acordo entre as partes.

Esta função é a grande inovação trazida no Código Civil de 2002 em seu art. 422, pois traz a função da boa-fé como fonte autônoma criadora de novos direitos, deveres e pretensões especiais de conduta às partes contratantes, ou seja, a boa fé cria nos contratos os chamados deveres laterais, conexos, laterais ou instrumentais, que devem ser observados pelas partes, também denominados deveres acessórios de conduta.

Clóvis Couto e Silva³⁹ denomina esses deveres de secundários, anexos ou instrumentais, correspondentes ao termo germânico *Nebenpflichten*. A denominação de deveres secundários pode vir a trazer confusão, pois a mesma nomenclatura é utilizada para os deveres secundários da obrigação principal. Judith Martins Costa⁴⁰ os classifica como deveres instrumentais, laterais, de proteção ou de tutela. Mas vários autores utilizam diversas nomenclaturas, como deveres laterais, acessórios, anexos, conexos ou instrumentais que devem ser observado pelas partes contratantes. Ou seja, os deveres acessórios/especiais de conduta durante o vínculo contratual.

Trata-se daqueles deveres exigíveis das partes, os quais dependem basicamente das circunstâncias que cercam o conteúdo de cada obrigação.

³⁹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 37.

⁴⁰ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 jul. 2008. p. 59. p. 427-472.

Constituem modelos de comportamento, por meio dos quais os contratantes devem se pautar durante todas as fases contratuais, desde as tratativas continuando até o fim da relação contratual.

Nesse sentido Clóvis Couto e Silva:

Os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência.

[...] Consistindo o adimplemento em ato-fato é desnecessário pesquisar se houve ou não vontade.⁴¹

Deve, assim, a parte portar-se de forma a zelar pela integral efetividade do negócio que celebrou, e não apenas pela prestação estipulada no contrato. Deixando de obrigar apenas o que está contido nas disposições nele expressas, para exigir as expectativas criadas na contraparte, que depositou sua confiança na outra parte do negócio.

É uma inovação de grande importância na teoria geral das obrigações, porque deixa-se de privilegiar a autonomia da vontade das partes, pois esses deveres acessórios de conduta não foram acertados entre elas. Decorrem exclusivamente do princípio da boa-fé objetiva que as partes têm o dever de cumprir, independentemente do que querem.

A ausência do papel da vontade na criação dos deveres acessórios é ressaltada em, Larissa Leal⁴²:

A boa-fé como norma de criação de deveres jurídicos, consiste em regra objetiva determinante do comportamento adequado às partes. Deverão os contratantes adotar comportamentos determinados pelo instituto da boa-fé, em vista do fim contratual, ao arrepio de sua própria manifestação de vontade.

Dessa função nascem os deveres de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão

⁴¹ SILVA, Clóvis. *op cit.*, p. 93.

⁴² LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa fé Contratual.. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves (Coords.). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 30.

e segredo. Presentes na conclusão e desenvolvimento do contrato, encontram-se, também nas fases pré e pós contratual.

Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa.

Trata-se aqui não mais dos deveres principais, como os que têm origem por efeito direto e imediato do contrato, como, por exemplo, no contrato de compra e venda, o pagamento do preço pelo devedor e a entrega da coisa pelo credor – tampouco naqueles dotados de prestação autônoma, como os juros decorrentes da mora (tidos também como meramente acessórios da prestação principal).

Judith Martins Costa os elucida:⁴³

Constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente". Dito de outro modo, **os deveres instrumentais** "caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes", servindo, "ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato. (*Grifo nosso*)

Sobre eles nos deteremos mais adiante. Por ora, estas considerações mostram-se suficientes.

2.3.2 Boa-fé como limitação ao exercício de direitos subjetivos – Função de Controle – CC, 187

⁴³ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 jul. 2008. p. 59. p. 427-472.

Eduardo Milleó Baracat⁴⁴ nos esclarece sobre tal função “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”.

A teoria do abuso de direito tem origem na doutrina alemã. Existem duas correntes que a explicam; a primeira é a subjetivista, que considera o ato abusivo quando alguém age com a intenção de prejudicar outrem; e a segunda corrente, a objetivista, que considera abuso de direito quando há o exercício anormal do direito, mesmo que não haja a intenção de prejudicar terceiro, mas o mesmo ocorre, independente da intenção. O § 242 do BGB tem estreita relação com a teoria objetivista do abuso de direito, e o Código Civil de 2002, a consagrou em seu art. 187, ainda quando, esteja classificado como modalidade de ato ilícito.⁴⁵

Há realmente uma forte relação desta função da boa-fé com a figura objetivista do abuso do direito.

Pode o contratante, ainda que culposamente, causar prejuízos ao outro contratante, ocasionando o exercício de um direito responsabilidade tal exercício mostra-se abusivo quando praticado de forma culposa. Não há como o agente causador dos danos permanecer imune à situação por ele criada.⁴⁶

Assim, há abuso de direito sempre que a conduta de um dos contratantes mostre-se contrária ao princípio da boa-fé.

Em sua dissertação de mestrado, a professora Rosalice Fidalgo Pinheiro discorre largamente sobre a questão, dizendo, em dado momento, que o abuso do direito [quando] fundamentado na boa-fé revelar-se-á quando exista "manifesta desproporção entre o interesse prosseguido pela parte e aquele da contraparte que é lesado."⁴⁷

⁴⁴ BARACAT, Eduardo Milleó. **A Boa-Fé no Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003

⁴⁵ **Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede, manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁴⁶ FRADERA, Vera. M. J. Dano Pré-Contratual: Uma Análise Comparativa a Partir de Três Sistemas Jurídicos, o Continental Europeu, o Latino-Americano e o Americano do Norte. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 34, n. 136, out./dez. 1997. § 2.2, p. 175.

⁴⁷ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 174.

A objetivação do abuso de direito possibilita enxergar sua existência para além da intenção do agente, como se reconhece em Pedro Baptista Martins⁴⁸:

Para que o ato realizado no exercício de um direito gere a responsabilidade do seu agente, basta que esse exercício se tenha verificado de maneira anormal ou irregular. Na apreciação da anormalidade o juiz não precisa ater-se à consideração do elemento intencional ou das razões subjetivas que teriam determinado o exercício do direito. A sua tarefa limita-se a examinar, à luz de dados materiais e objetivos, se o ato danoso transborda efetivamente da justa medida que o titular do direito deve observar por ocasião de seu exercício.

Essa função limita o exercício abusivo dos direitos subjetivos e se deve em razão da função social do contrato e do dever do homem probo de agir conforme o princípio da boa fé. É possível a imputação de condutas que restrinjam a liberdade das partes de limitar-se em direitos e deveres, visto que o indivíduo deixou de constituir-se em um fim para ser um meio de alcance dos objetivos da sociedade da qual faz parte. De forma que as partes devem cuidar não só dos seus interesses particulares, como dos interesses públicos, sendo, em verdade, mitigador do princípio da autonomia da vontade.

É essa, talvez, a característica mais marcante da influência da ingerência estatal na órbita contratual, daí deixar-se um pouco de lado o princípio máximo do direito romano, “*pacta sunt servanda*”, em decorrência da função social do contrato, prevalecendo assim a “*rebus sic stantibus*”, considerando que a vontade dos contratantes não pode ferir princípios que visam ao interesse da coletividade, em prol dos seus interesses particulares. Dessa função não podendo afastar-se inexoravelmente. Do contrário, ocorrerá abuso de direito sempre que o seu exercício exceder os limites impostos por sua finalidade, causando prejuízo a outrem.

Em outras palavras, esta função de controle estabelece que o exercício do direito do credor não pode exceder aos limites impostos pela boa-fé, sob pena de configurar abuso de direito. A partir dessa constatação, o desenvolvimento da jurisprudência alemã em torno do assunto acabou classificando o exercício abusivo do direito em alguns grupos de casos típicos, dentre os quais destacam-se a “*excepti*

⁴⁸ MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 163.

odoli generalis”, o “*venire contra factum proprium*”, “*verwirkung*”, inalegabilidade de nulidades formais, “*tu quoque*” e desequilíbrio no exercício jurídico.⁴⁹

Na perspectiva da boa-fé, o abuso de direito assume quatro modalidades distintas. Primeiramente, existe a proibição de *venire contra factum proprium*, ou seja, a vedação de que a parte violadora de deveres contratuais aproveite-se da própria violação. Essa proibição surge em razão do princípio da confiança, assegurando a manutenção da situação legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais por conta da confiança. Trata-se de uma regra de coerência, evitando a adoção de condutas contraditórias.

Duarte esclarece que o “*venire contra factum proprium*” pode resultar de ação ou omissão, pois “ocorre tanto quando se cria a confiança de que determinada conduta será adotada, e não o é, quanto no caso em que a confiança gerada é no sentido de nada será feito.” Dessa forma, depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, causando prejuízo à outra parte contratante.⁵⁰ ⁵¹

Como se observa, essa primeira modalidade tutela a confiança das partes, porque não pressupõe necessariamente a má-fé ou culpa, sendo aferida objetivamente do comportamento da parte contratante, bastando que tenha havido prejuízo de outrem. A tutela da confiança fornecida pela teoria do abuso de direito é bem observada em Judith Martins Costa⁵²:

O seu fundamento técnico-jurídico – e daí a conexão com a boa-fé objetiva – reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de

⁴⁹ PINHEIRO, R. F. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 259-280.

⁵⁰ DUARTE, Ronnie Preuss. **A cláusula geral da boa-fé no novo código Civil brasileiro**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2004. p. 426.

⁵¹ MOTA, Mauricio Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 199.

⁵² COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 jul. 2008. p. 471.

ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.

Essa modalidade abusiva pode ser facilmente visualizada no cotidiano das relações de emprego, como ocorre, por exemplo, quando o empregador tolera continuamente pequenos atrasos de seu empregado, sem jamais impor qualquer penalidade disciplinar em razão disto, e posteriormente pretende a rescisão contratual por justa causa sob a alegação de desídia. A omissão do empregador gerou a confiança de que os pequenos atrasos eram tolerados, não esperando o empregado ser punido por conta dos mesmos. Assim, posterior rescisão contratual por justa causa acarreta surpresa à outra parte contratante, causando-lhe prejuízo.

A segunda modalidade consiste na *supressio*, entendida como a supressão de determinadas faculdades jurídicas pelo decurso do tempo. Isto é, um direito não exercido por certo transcorrer de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé. Essa possibilidade de abuso de direito encontra-se perfeitamente formatada ao princípio da imediatidade da punição disciplinar, visto que se o empregador não agir tão logo tenha conhecimento da falta disciplinar, eventual aplicação de penalidade em momento posterior configura abusividade deste direito, pois gerou a confiança de que aquela determinada conduta não seria mais punida disciplinarmente. Essa modalidade de abuso de direito não se confunde com a prescrição, como esclarece Mauricio Jorge Mota: “Enquanto a prescrição encobre a pretensão pela só fluência do tempo, a *supressio* exige, para ser reconhecida, a demonstração de que o comportamento da parte era admissível segundo o princípio da boa-fé.”⁵³

Em terceiro lugar há a *surrectio*, fenômeno inverso da *supressio*, pela qual nasce um direito em decorrência da prática continuada de certos atos, pois o comportamento continuado gera a expectativa de repetição. Quando a parte não repete a conduta esperada, conclui-se que age abusivamente ao descumprir o preceito da boa-fé. Esta hipótese também é freqüente no direito do trabalho, visto que o pagamento continuado de determinada benesse, ainda que não pactuada, enseja o dever de manutenção da prestação. Exemplo muito comum ocorre quando o empregador concede habitualmente determinado benefício, não previsto em lei,

⁵³ MOTA, Mauricio Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de directo constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 199-200.

contrato ou norma coletiva, como a entrega de cestas básicas, sendo que a supressão dessa entrega configura abusividade do empregador.

Por fim, há ainda a *tu quoque* pela qual a parte que descumpriu determinada regra, legal ou convencional, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro contratante o cumprimento do preceito que ele próprio descumpriu. Trata-se da vedação ética de tirar proveito da própria torpeza. Um exemplo concreto já presenciado desta modalidade de abuso de direito ocorre quando o empregador, através de seu regimento interno, estabelece a vedação de fumar no interior da empresa e o próprio descumpra esta norma. Portanto, eventual exigência de seu cumprimento em relação a seus empregados configuraria abuso de direito, não encontrando proteção no ordenamento jurídico.⁵⁴

“A materialização da regra do *tu quoque* decorre do fato de que fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento.”⁵⁵

Por fim, a função de controle desempenhada pela boa-fé, estabelecida no artigo 187 do atual Código Civil, procura combater o abuso de direito, entendido enquanto autônomo do ato ilícito, embora o texto legal inadvertidamente o tenha inserido entre as modalidades de ato ilícito. A relação intrínseca entre abuso de direito e função de controle da boa-fé é salientada pela doutrina portuguesa, como se observa das lições de Inocêncio Galvão Telles⁵⁶:

Este princípio relaciona-se com a proibição do abuso de direito (art. 334º.). A conduta das partes não pode ser abusiva. Entende-se que há abuso de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito (cit. art. 334º.). Não é necessário que o agente tenha consciência de o seu procedimento ser abusivo; basta que o seja na realidade.

Leonardo Vieira Wandelli diz⁵⁷:

As teorias do abuso do direito, como se viu, desenvolvem-se na luta pela afirmação de uma autonomia dogmática em relação à concepção tradicional de ato ilícito, num claro sintoma da insuficiência do lícito e do ilícito compreendidos como entidades logicamente absolutas e abstratamente consideradas.

⁵⁴ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 jul. 2008. p. 461.

⁵⁵ MOTA, Mauricio Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 200.

⁵⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra. 1997. p. 13.

⁵⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida Abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004. p. 290.

A diferenciação entre o abuso de direito e o ato ilícito é tema espinhoso a ser tratado pela doutrina.

Entende-se que a tarefa foi concluída com propriedade por, Heloísa Carpena⁵⁸:

O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal [...]. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. [...] no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade.

Ademais, como sustenta, Rosalice Fidalgo Pinheiro⁵⁹:

Jogar o ato abusivo para o plano da ilicitude também não era mais do que uma forma de negá-lo." Parcela doutrinária ainda identifica um movimento inverso, pelo qual seria o próprio ato ilícito reconduzido à categoria do abuso de direito.

Neste sentido, vide as lições de, Leonardo Vieira Wandelli⁶⁰:

Agora, é o próprio ato ilícito que é gradativamente reconduzido ao abuso do direito, no sentido de que a afirmação da antijuridicidade que lhe é inerente é crescentemente dependente do juízo de adequabilidade, sendo cada vez menos satisfatória sua concepção em termos de violação de um dever legal específico independentemente da interpretação completa da situação.

2.3.3 Boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo – Função Interpretativa da BOA FÉ OBJETIVA – CC, 113

Essa função já poderia ser considerada timidamente com o Código Comercial de 1850, em seu art. 131⁶¹, contudo considerado por muitos como letra

⁵⁸ CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito no código de 2002**: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 381.

⁵⁹ PINHEIRO, R. F. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 6.

⁶⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva**. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004, p. 298.

⁶¹ **Art. 131**. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: **1** - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; **2** - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; **3** - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem

morta por não ter aplicabilidade no sistema jurídico em que vigorava o então sistema fechado, de modo que o ordenamento ainda não estava preparado para a ampla aplicação dessa função.

A inserção dessa função no Código Civil de 2002 (art. 113) é de primordial importância e extremamente propagada. Deve sempre ser utilizada no sentido de salvar o contrato, com o objetivo de dar alcance à norma devendo esta ser interpretada sempre na busca de salvar a norma e não de a anular.

Sendo o contrato o principal meio de realização das atividades econômicas da sociedade, a sua frequente invalidação provocaria um desinteresse das pessoas em fechar contratos e atravancaria de maneira gritante o crescimento econômico-social da sociedade de massa em que vivemos.

Como regra de interpretação, significa que a boa-fé deve ser utilizada como critério hermenêutico, preenchendo as lacunas dos contratos, pois da relação contratual sempre surgem eventuais situações não previstos pelos contratantes. Graças a ela é possível proceder-se ao preenchimento das lacunas existentes no contrato, quando o juiz faz a especificação do conteúdo contratual, a quem este também incumbe propiciar uma interpretação flexibilizadora da vontade das partes⁶². Daí ser uma função integrativa e interpretativa do contrato.

Sobre a função hermenêutica da boa-fé objetiva Luiz Edson Fachini⁶³ assim discorre:

A boa-fé constitui regra hermenêutica ou, ao menos, critério de interpretação. A boa-fé pode desempenhar função de regra de hermenêutica, não oferecendo uma solução prévia, mas uma via pela qual se aplicam juízos de valor acerca do caminho a ser tomado por aquele que vai apreciar um determinado caso concreto. Nessa perspectiva, há ligação entre boa-fé e a ética e, também, entre esta e o comportamento jurídico. No plano do direito das obrigações e dos contratos, isso pode aparecer mesmo antes da efetiva celebração do contrato ou, ainda, antes de responsabilidades estarem contratualmente fixadas no feixe de deveres aos quais se conectam direitos subjetivos.

Interpretar e integrar o contrato, de acordo com o princípio da boa-fé, significa traduzir o comportamento das partes, de acordo com a finalidade e função

no ato da celebração do mesmo contrato; **4** - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; **5** - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

⁶² COSTA J. Martins. **A Boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000p. 427-472.

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 306-307.

social correspondente da relação jurídica, vista conforme sua complexidade, como uma ordem de cooperação, não se tratando somente de crédito (direito do empregador de dispor de mão-de-obra) e débito (dever do empregado de prestar o trabalho), consideradas isoladamente, mas de um conjunto de direitos e deveres, em que as partes visam a uma finalidade comum.

É mediante a função de cânone hermenêutico-integrativo da boa-fé que vai ser possível interpretar o comportamento das partes diante de situações imprevistas surgidas ao longo do trato contratual, tendo em vista a função e a finalidade do contrato.

Eduardo Milléo Baracat⁶⁴ ressalta que tal função:

[...] auxilia o operador do Direito do Trabalho a, diante do fato concreto, qualificar a natureza jurídica existente, como também preencher as lacunas existentes desse mesmo vínculo[...] O operador do direito, com fundamento na função interpretativa-integrativa da boa-fé, irá qualificar aquela relação jurídica como sendo de emprego, se também presentes os demais requisitos do contrato de trabalho, presentes no art. 3º da CLT, de acordo com a finalidade do contrato e seu fim social. E ressalta que a função hermenêutica-integrativa da boa-fé, no âmbito do Direito do Trabalho, prescinde absolutamente da vontade individual das partes, buscando em verdade, a vontade social, espelhada nos princípios, sobretudo constitucionais.

A finalidade do contrato de trabalho é permitir o desenvolvimento sócio-econômico. O fim social do contrato de trabalho tem como núcleo a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Assim, ao longo do cumprimento de determinado contrato, o aparecimento dessas situações imprevistas exige que os contratantes adotem comportamentos não estabelecidos na lei ou nas cláusulas pactuadas. Nesses casos:

[...] a boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo em face à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da "*fattispecie*" contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto.⁶⁵

Portanto a interpretação do contrato deixa de ser a busca da verdadeira vontade dos contratantes para adequar o contrato a sua finalidade social.

⁶⁴ BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.

⁶⁵ NOVAIS, Aline Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa fe objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. *Apud*. MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. São Paulo: RT, jul./set. 1993. p. 22.

A alteração de norte produzido por esta regra hermenêutica é traduzida com propriedade em, Judith Martins Costa⁶⁶:

Os passos essenciais à plena realização desta técnica hermenêutica se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considerá-las como um *conjunto significativo*, partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente presente – o complexo de direitos e deveres instrumentalmente postos para a consecução desta finalidade e da função social que lhes é cometida. Em todo e qualquer contrato, mas com particular relevância nos de trato sucessivo ou de execução diferida, as cláusulas e disposições contratuais não devem ser apartadas do conjunto formado pelas demais disposições, que, eventualmente, passaram a integrar o complexo contratual ao longo do tempo de sua vigência. Por igual, infletem na formação deste conjunto significativo as *circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual* visualizadas como um todo.

A boa-fé é um princípio jurídico porque tem natureza normogenética, constituindo fundamento de regras, isto é, norma que está na base ou constitui *ratio* de regras jurídicas, porquanto constitui norma de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos, carecendo deste modo de mediação concretizadora do juiz ou do legislador. Além disso, tem uma importância estruturante porque consagra valores fundamentadores da ordem jurídica e tem capacidade deontológica de justificação.

Com base nessas considerações, a obrigação contratual, em seu sentido mais atual, pode ser entendida como um dever global de agir conforme a boa-fé, objetivamente considerada, seguido nas várias fases das relações jurídicas que se estabelecem entre as partes de um contrato. Assim, na fase pré-contratual, das negociações preliminares à declaração de oferta, na contratual propriamente dita e mesmo na fase pós-contratual, “os contratantes devem agir com lealdade recíproca, dando informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações.”⁶⁷

Diante do exposto, as funções desenvolvidas pela boa-fé objetiva demonstram claramente que a mesma atua como um dos pilares fundamentais da nova realidade contratual, visto que, além de ser limitadora da liberdade contratual a boa-fé também é criadora de novos deveres contratuais, anexos à obrigação principal.

⁶⁶ COSTA J. Martins. **A Boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p. 430.

⁶⁷ MOTA, Mauricio Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 169.

2.4 A BOA-FÉ OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O primeiro dispositivo legal brasileiro a fazer menção à boa-fé objetiva foi o Código Comercial de 1850, em seu artigo 131, inciso I, que contempla a boa-fé incidente no campo da ação contratual, limitando esta à função de cânone interpretativo, que não teve aplicação prática.⁶⁸

Apesar de literalmente tratado, o princípio transformou-se em letra morta, por falta de aplicação doutrinária ou jurisprudencial. Conforme Cláudia Lima Marques: “vigorava na época a plena autonomia da vontade das partes, sendo este o princípio norteador de todo o direito contratual, servindo as normas legais apenas como regras supletivas daquela vontade, meramente para interpretação do contrato”⁶⁹. Persistindo este pensamento voluntarista e liberal na formação do nosso Código Civil de 1916, que não consagrou expressamente o princípio da boa-fé objetiva.

Tendo em vista que o Código de 1916 não continha uma cláusula geral, não fazia qualquer menção à existência de um dever geral de atuar conforme a boa-fé.

Discutia-se, assim, a possibilidade ou não de aplicação de um princípio não-legislado, tanto que nos poucos julgados nos quais foi possível a sua apreciação pelo Poder Judiciário, verifica-se a necessidade de uma fundamentação extensa e trabalhosa, destinada à necessidade de se demonstrar que seus ditames, ainda que não expressos em um texto de lei, defluíram de uma interpretação sistemática e integrada no ordenamento como um todo.

2.4.1 A Boa-fé e a Constituição da República

⁶⁸ “Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;”.

⁶⁹ NOVAIS, Aline. O Princípio da Boa Fé e a Execução Contratual. Apud MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1995. p 29.

Para que o princípio tenha uma maior aplicabilidade, é fundamental que o ordenamento jurídico seja formado como um conjunto unitário de normas, com seus princípios reconhecidos na Carta Magna, tendo em vista que o sistema jurídico está presente na Constituição, ao estabelecer princípios fundamentais em que se baseia este, de caráter socializador, coletivizante e democrático, cujos preceitos atuam de modo a operar uma verdadeira relativização do modelo contratual fechado vigente no sistema pretérito.

Explica-se, que toda e qualquer norma tem que ser interpretada em conformidade com os princípios norteadores, tudo resumido no que os doutrinadores apresentam como o princípio da proporcionalidade que nada mais é do que a concepção de que todas as normas têm que estar em conformidade com a Constituição. Veja-se Luiz Barroso⁷⁰ – interpretação conforme a constituição – Gilmar Mendes⁷¹ – a proibição do excesso – Nelson Nery⁷² – o princípio do devido processo legislativo; a exigência da razoabilidade das leis.

O papel do princípio da boa fé, guardada a proporção de estar inserido num subsistema, tem a mesma função no direito das obrigações, na interpretação dos contratos e dos atos jurídicos.

Curioso registrar que os princípios não se apresentavam com virilidade e efetividade como hoje se apresentam, havendo aqueles que só o entendiam como doutrina sem efetividade, sem normatividade.

Paulo Bonavides citando Luiz Diez-Picazo⁷³, refere que este “têm os princípio dum lado”, servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse direito *positivo* “e, do outro, de normas obtidas “mediante um processo de generalização e decantação dessas leis”.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, todo o ordenamento passou a ser visto no sentido de que a Lei Maior irradia seus efeitos para os mais diversos ramos do Direito. Ao atuar como parâmetro, pelo qual as demais

⁷⁰ BARROSO Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103 – 110.

⁷¹ MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo. Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ, 2001, ano I, v. 1, n.5. ago. 2001. p.27-29.

⁷² NERI, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 21, p.27 – 29.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, p.229.

leis são interpretadas, pode-se dizer que se tentará proceder a uma leitura constitucional da boa-fé.

Conforme Maria Celina Bodin de Moraes citada por Aline Novaes⁷⁴:

[...] diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita às regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores [...] No Brasil, diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.

Esse viés do direito contemporâneo não escapou a Gustavo Tepedino⁷⁵ quando aponta que no vértice da pirâmide estão explícitos ou implícitos os princípios: “Com efeito, a Constituição define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do direito civil”. De conformidade com a Constituição os diversos ramos do direito podem e devem estabelecer seus próprios princípios, na base da pirâmide, alguns deles já presentes no topo do sistema.

Não seria exagero afirmar que a boa-fé, como norma ética, já estaria implícita na Constituição e na sistemática do revogado Código Civil, e presente atualmente de forma expressa no estatuto civil vigente em seu artigo 422. Ainda quando, a lei civil não previa a boa-fé objetiva, havia aqueles que não aceitavam a sua utilização, todavia um sistema mais aberto e funcionalizado do ordenamento tornava possível a sua aplicação.

Particularmente quanto ao objeto de nosso estudo, pode-se dizer que foi principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana que consubstanciou a boa-fé objetiva.⁷⁶ Segundo a autora o princípio é a própria normativa constitucional da boa-fé. Ela entende, contudo, que esta atribuição ficaria a cargo do princípio da solidariedade social. Em seu entendimento, a concretização do princípio da boa-fé

⁷⁴ NOVAIS, Aline. O Princípio da Boa Fé e a Execução Contratual. Apud MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1995. p.34.

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 204.

⁷⁶ COSTA J. Martins. **A Boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p. 621-622.

não depende apenas de uma interferência estatal mas acima de tudo, de uma participação social efetiva.

Sendo o sistema jurídico um resultado da gradual evolução, tendo início no direito romano, passando por toda a sua estagnação durante a Idade Média, sua renovação com o Código napoleônico e o período das codificações, sua transformação durante as novas relações surgidas com a Revolução Industrial, e finalmente chegando ao período pré e pós-primeira guerra mundial e a grande influência germânica, até chegarmos aos dias atuais com o nosso ordenamento jurídico consagrando a boa-fé objetiva.

Apresenta-se o sistema, com uma legislação adequada, hábil e compatível, um comércio econômico-jurídico evoluído e em constante transformação. Todavia, para que isto realmente ocorra, incumbe ao intérprete a adoção de uma postura participativa na criação da norma adequada para o caso concreto.

O novo Código Civil Brasileiro é reflexo do Direito Constitucional moderno e vigente no nosso ordenamento que deixa para trás o cunho individualista, introduzindo nova perspectiva nas relações entre pessoas, dando enfoque para o social, passando a adotar as denominadas cláusulas gerais, num sistema aberto.

2.4.2 A Boa-fé e o Código de Defesa do Consumidor

Foi efetivamente com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que o princípio da boa-fé objetiva passou a fazer parte, pela primeira vez, do nosso ordenamento jurídico positivo, embora, mesmo antes do CDC, já houvesse uma ínfima parcela da jurisprudência, que adotava a boa-fé nas relações contratuais, como importante princípio geral de direito, considerando-o como intermediário entre a lei e o caso concreto, suprimindo as lacunas existentes.

Consagrado em dois de seus dispositivos, sendo o primeiro no capítulo da política nacional de relações de consumo, como princípio (artigo 4º, III), e o segundo na seção das cláusulas abusivas, como cláusula geral (artigo 51, IV). visando harmonizar os interesses das relações de consumo, como reflexo da nova

organização constitucional, e constituindo a base da legislação consumeirista no Brasil.^{77 78}

No CDC, a boa-fé objetiva adquire relevância ao prescrever a adoção de certas condutas, buscando minimizar os efeitos da situação de hipossuficiência de consumidor perante o fornecedor e tutelando seus interesses em face do mercado.

Os direitos fundamentais dos cidadãos devem ser harmonizados com os deveres e obrigações decorrentes da relação jurídica laboral, principalmente com o dever de lealdade e boa-fé, sob pena de comprometer o elemento fidúcia que permeia o contrato de trabalho.

2.4.3 O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil

O princípio só veio a ser realmente consagrado definitivamente e pela primeira vez na esfera legislativa com a promulgação do Código Civil de 2002. Isso não significa que este princípio não se encontrasse presente no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente, pois doutrina e jurisprudência já aplicavam a boa-fé objetiva, principalmente em matéria consumeirista, mesmo antes do advento do Código de Defesa do Consumidor.

Então, a boa-fé objetiva passa a ser consagrada, de forma clara, expressa, em diversos dispositivos, mas o mais inovador e controverso foi o artigo 422, introduzido como cláusula geral que define uma regra de conduta, passando a ser requisito de validade a todo e qualquer contrato celebrado.

⁷⁷ “Art. 4º: A Política Nacional das relações de Consumo tem por objetivos 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), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

⁷⁸ “Art. 4º: A Política Nacional das relações de Consumo tem por objetivos 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), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

A boa-fé objetiva vem no novo Código Civil, inserta nos artigos 422, 421, 113 e 187.

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

Art. 421 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art.113 “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

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”.

Foi, assim possível o grande crescimento do princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro, já agora, tendo condições da plena aplicação do princípio mediante as cláusulas gerais, podendo-se aplicar a teoria ao caso concreto pela fundamental importância dada ao juiz, a de integrador do direito, tornando o que antes era exceção, em regra, aplicando tal princípio em todo e qualquer contrato, sob qualquer circunstância. Não há mais que se prender às modalidades legalmente previstas, mas sim verificar se de fato ocorreu ofensa à boa fé.

Zimmermann⁷⁹ conclui em seu artigo A Introdução da Boa-Fé Objetiva Nos Contratos Sob a Égide do Novo Código Civil assim:

A boa-fé objetiva faz parte do ordenamento jurídico e, portanto, serve como um instrumento para permitir maior aproximação do texto geral das leis com as necessidades impostas pelos casos concretos em que as leis são aplicadas. Essa noção é uma importante descoberta para o pensamento jurídico contemporâneo, pois permite que os julgadores não se limitem à simples recitação das soluções consagrada na jurisprudência, mas exige deles a compreensão do significado das normas jurídicas. Essa compreensão é que permitirá chegar às soluções mais adequadas sem recorrer a exaustivos retóricos para atingir o mesmo resultado.

É curioso notar que antes mesmo de sua entrada em vigor, o CC já contava com projeto de emenda em 183 artigos de seu texto, inclusive conferindo uma nova redação ao referido art. 422. De acordo com esse projeto, o dispositivo passaria a enunciar as fases principais da obrigação em que se deve atuar conforme a boa-fé objetiva⁸⁰.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim como nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e

⁷⁹ ZIMMERMANN, Fernando Henrique Guedes. A introdução da boa-fé objetiva nos contratos sob a égide do novo Código Civil. **Revista Síntese**. Mar. 2005. p.19.

⁸⁰ FERREIRA, A. H. **O novo Código Civil** - discutido por juristas brasileiros. São Paulo: Bookseller, 2003, p. 358.

fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos, e das exigências da razão e da equidade.

Parece-nos que, mais uma vez, o legislador peca pelo excesso de palavras. Se se trata verdadeiramente de uma cláusula geral, que utilidade haveria então em se especificar as fases em que deva ser observado? Tal conclusão cabe tão somente ao intérprete, este sim o único ente capaz de, conforme os contornos que o caso apresentar, determinar quando e como ele deve ser observado.

Do modo como hoje está previsto, questiona-se se é possível ou não aplicar o art. 422 desde o momento em que se iniciam as negociações. Muitos autores, ao apontarem a falha na redação do dispositivo, afirmam que não seria possível, pois ao mencionar expressamente os momentos da "conclusão do contrato como em sua execução", estaria se referindo apenas às fases contratual e pós-contratual, respectivamente.

Também é crescente o entendimento contrário, calcado no fato de que como o art. 113 do Código de 2002 dispõe que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração", o princípio da boa-fé deve ser observado durante todas as fases da contratação. Posicionamo-nos nesse sentido.

Este artigo recepcionou o princípio da boa-fé objetiva nas fases de conclusão e execução do contrato. Não abrangeu sua aplicação na fase das tratativas negociais. Com a legislação atual superou-se qualquer discussão atinente à obrigatoriedade do respeito à boa-fé em todas as fases da negociação contratual. Este instituto tem fundamental importância no repensar do direito contratual, visto que a consecução da função social do contrato apenas será possível quando as partes contratantes mantiverem seus comportamentos adstritos à boa-fé objetiva.

2.4.4 A Recepção da Boa-fé pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro

Tendo sido esboçada uma noção básica do instituto, passa-se a abordar os dispositivos legais em que o aludido princípio aparece, se não de forma literal, ao menos de modo a tornar possível, mediante um raciocínio lógico-dedutivo, extrair-se o seu sentido. Vale ressaltar que daqui por diante os focos se voltarão unicamente para sua vertente objetiva.

2.5 SISTEMA JURÍDICO ABERTO (ABERTURA DO SISTEMA) E CLÁUSULAS GERAIS

2.5.1 Aplicação Prática do Princípio da Boa Fé Objetiva

Assente a concepção do princípio da boa fé objetiva, seus limites e alcance na doutrina civilista há que indagar e apresentar aposição da doutrina e jurisprudência trabalhista em face ao tema.

Como ponto de partida, há que se situar o contrato de trabalho na Teoria Geral das Obrigações e idêntica teorização em relação à boa fé Objetiva.

Hoje num estudo acurado não há como enxergar a dicotomia entre o direito público e privado dentro de um padrão científico.

Entende-se que nenhum ramo prescinde de institutos de outros ramos. Tomemos como exemplo o Direito Tributário quando o Código Tributário nacional em seu artigo 109 prescreve: “Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisada definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”.

Observe-se que os institutos de direito privado são em verdade parte integrante do CTN eis que padrões de interpretação.

Por outro o artigo o 186 assim dispõe:

Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente do trabalho.

Omissis

II A lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho

Vemos o CTN estabelecendo preferência para os créditos trabalhistas pois, ao estabelecer a preferência universal do crédito tributário, excluiu da incidência da norma os créditos de natureza trabalhista e acidentária.

Norma tributária estabelecendo preferência trabalhista, bem como, por se tratar de norma de categoria complementar lei ordinária não poderia estabelecer restrições ao crédito dos empregados o que o inciso II fez de modo que legislação ordinária limita o crédito trabalhista.

CONCLUSÃO

A boa-fé objetiva como evidenciado assume no Pós-Positivismo ou Neo-Positivismo uma importância considerável na interpretação dos contratos e no que nos diz respeito ao de trabalho.

No que concerne aos contratos de um modo geral e mais especificamente ao de trabalho era assente que geravam obrigações, por óbvio durante a sua execução e após a extinção dos mesmos.

A propósito a doutrina refere a um exemplo clássico, o episódio do romano Cânio que pretendendo gozar férias em Siracusa intentou adquirir casa.

Sabedor do desejo Pizio, morador de Siracusa o convidou para cear e instruiu os pescadores da região a que levassem grande quantidade de peixes.

Combinado e feito, no dia do evento, os pescadores apresentaram-se com cestos cheios de peixes o que encantou o romano que adquiriu a casa em sobre preço tudo em função dos peixes.

O milagre dos peixes esvaneceu-se e os pescadores sumiram para desencanto do adquirente.

Restou evidente que foram apresentadas falsas qualidades do local e da casa causa eficiente da compra.

Visualiza-se tanto má-fé subjetiva, melhor dizendo dolo o que desnaturaria a avença maculada pelo defeito do negocio jurídico.

Há sim ausência de boa-fé quer no aspecto subjetivo quer no objetivo eis que presentes o dolo e a ciência por parte do adquirente de qualidade que se demonstrou falsa.

Em face da problemática, a perspicácia de Cícero o levou a entender que se estava frente a uma situação em que se deveria agir com boa-fé, o que não foi o caso.

A pretensão de Cânio não foi considerada ante o desconhecimento dos romanos da boa-fé como a entendemos hoje.

Não havia doutrina nem regramento de obrigações pré-contratuais. Excluiu-se da generalização os pré-contratos porque como o próprio nome indica é espécie do gênero contrato e seu tratamento jurídico genérico é da teoria geral dos contratos e como tal é interpretado.

Até o século 19 não havia doutrina ou jurisprudência que considerasse obrigações anteriores à celebração do contrato decorrentes de tratativas de contrato;

Boa fé como norma surgiu no Código de Napoleão, sem que se lhe tenha dado muita relevância o que só ocorreu hodiernamente com a noção de boa-fé objetiva.

O primeiro a por os olhos na responsabilidade pré-contratual contratual foi Ihering apresentando o que denominou como culpa “in Contrahendo”.

Inexistia doutrina ou regramento de obrigações pré-contratuais. Excluiu-se da generalização os pré-contratos porque como o próprio nome indica é espécie do gênero contrato e seu tratamento jurídico genérico é da teoria geral dos contratos e como tal é interpretado.

O Código Civil vigente os acolheu em seu corpo sob a denominação de Contratos Preliminares a teor dos artigos 462 a 466.

Contratos preliminares, pré-contratos, promessa de contrato, compromisso ou contrato preparatório, qualquer que seja a denominação adotada é espécie do gênero contrato. De responsabilidade pré-contratual não se fala.

A doutrina e o ordenamento jurídico evoluíram e hoje não se discute sobre a responsabilidade pré-contratual principalmente após a boa-fé tornar-se norma inserta no ordenamento jurídico brasileiro, no Código Civil e antes desse no Código do Consumidor.

Antes do ingresso da boa-fé objetiva na doutrina como instituto jurídico só se conhecia a responsabilidade pré-contratual nos denominados contratos preliminares ou pré-contratos, compromisso ou contrato preparatório.

Já explicitado a boa-fé objetiva é cânone hermenêutico e a partir dela com a utilização dos métodos científicos da “observação participante”, (caso em que o analista participa do observado) e do “estudo do caso” podemos concluir pela aplicação do instituto ao Contrato de Trabalho.

A partir de situações pontuais evidenciaremos a presença e utilidade do princípio da boa fé-objetiva e de como doutrinariamente pode se alcançar uma aplicação da regra (lei) conjugada com princípios ínsitos no ordenamento.

Em tese consideraremos situações pontuais que a jurisprudência evidencia. Far-se-á um estudo de cada realidade de modo a concluirmos pela utilidade do instituto.

Os estudos de caso a serem estudados são os seguintes:

ESTUDOS DE CASO 1

RECORRENTE(s): Petrobrás Transporte S.A. - TRANSPETRO
RECORRENTE(s): Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região
ADV RECORRENTE(s): Edivaldo Silva dos Santos
PROCURADOR(a): Luciano Arlindo Carlesso
RECORRIDO(s): Os Mesmos
ADV RECORRIDO(s): Os Mesmos

EMENTA

PROC.Nº: 0096900-56.2009.5.19.0008

PROCEDÊNCIA: 8ª VARA DO TRABALHO DE MACEIÓ - AL

RECURSO ORDINÁRIO DA TRANSPETRO.

PLEITO DE MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA.

INDEFERIMENTO. OCORRÊNCIA DE

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. Impõe-se indeferir o pleito de declaração de improcedência dos pedidos deferidos pelo Juízo de base, e de declaração de validade dos contratos de prestação de serviços firmados pela

recorrente, em prejuízo dos aprovados no certame público (Processo Seletivo Público 01/2005) que ela realizou, bem como de declaração de que o processo seletivo retro citado é válido apenas para fins de cadastro de reserva, posto que a prova dos autos demonstra que a recorrente se vale de terceirização ilícita, para fins de realização dos serviços que deveriam estar sendo realizados pelos aprovados no certame retro citado, os quais são necessários à consecução de sua atividade-fim.

Ressalve-se que terceirização ilícita não é albergada pelo ordenamento jurídico, conforme entendimento já cristalizado no item "III", da Súmula 331, do C. TST, bem como que não importa se a recorrente realizou concurso público para o fim de constituir cadastro reserva, mas sim o fato de que ela está valendo-se de terceirização ilícita, em ofensa os princípios constitucionais da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, preterindo os candidatos aprovados no PSP 01/2005. Assevere-se que o inc. XXI, do art. 37, da CRFB/88, permite a contratação de prestadoras de serviços, mas tal dispositivo constitucional nem de longe se coaduna com a terceirização ilícita, o que é o caso dos autos. Frise-se que o fato de ter havido a condenação da recorrente na contratação de candidatos aprovados no certame acima mencionado não importa em interferência do Judiciário em seu poder diretivo, mas sim em restabelecimento da ordem jurídica por ela violada. Registre-se que resta cristalino o direito subjetivo dos aprovados acima referidos serem contratados pela recorrente, pois não faz sentido que esta tenha selecionado, em obediência ao art. 37, II, da Lei Magna, pessoas para formar um cadastro reserva, para serem utilizadas no caso de necessitar da

realização de tarefas afetas aos cargos constantes de seu Plano de Cargos e Salários e, mesmo havendo candidatos aprovados no certame que realizou firme contrato com prestadoras de serviços, as quais lhe fornecem mão-de-obra para realizarem os serviços que os aprovados retro citados são capazes de realizar. Apelo improvido.

RECURSO ORDINÁRIO DO PARQUET. PLEITO DE MAJORAÇÃO DO VALOR

ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. INDEFERIMENTO. Compulsando-se os autos, concluímos que o valor arbitrado pelo Juízo de base, a título de indenização por danos morais, é razoável, diante do porte financeiro da recorrente, bem como considerando-se a lesão praticada por esta aos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, e também levando-se em conta a finalidade compensatória de tal valor. Além disso, a fixação da quantia pelo Juízo retro citado é suficiente para surtir efeito pedagógico e preventivo sobre a recorrente, a ponto de intimidá-la a não mais praticar a conduta de impedir a admissão de candidatos aprovados em certame público por ela realizado, não havendo como ser majorada a indenização fixada a título de dano moral coletivo. Apelo improvido.

O caso em exame cuida da análise de circunstância sem que haja sido formalizado o contrato de trabalho. Não será estudado conforme as regras de interpretação dos contratos dado que os fatos são pré-contratuais.

Cuida-se de empresa que promove concurso dirigido ao público em geral cujo edital noticia que era para preenchimento de vagas em determinada área. A abertura de certame público pressupõe o aproveitamento dos aprovados na medida das necessidades.

Objetivamente a mensagem que se passa é que dentro do prazo de validade do concurso, novas vagas existindo, havendo necessidade de pessoal, serão eles, os aprovados, convocados na ordem de classificação.

Pelo princípio da boa-fé objetiva outra conclusão não se pode chegar porque é essa a ilação que se pode chegar a partir da mensagem inserida no edital.

Para que não fosse essa a dedução teria que vir bem claro no edital que a validade era apenas para preenchimento das vagas nele previstas.

A contrário senso da lógica e da mensagem transmitida pelo edital não se contratou os aprovados no concurso específico, e licitação foi feita para a contratação de empresas de fornecimento de mão de obra, praticando a terceirização.

O acórdão sub examen bem sintetizou a lide ao registrar:

Registre-se que resta cristalino o direito subjetivo dos aprovados acima referidos serem contratados pela recorrente, pois não faz sentido que esta tenha selecionado, em obediência ao art. 37, II, da Lei Magna, pessoas para formar um cadastro de reserva, para serem utilizados no caso de necessitar a realização de tarefas afetas aos cargos constantes de seu Plano de Cargos e salários e, mesmo havendo candidatos aprovados no certame que realizou, firme contrato com prestadoras de serviços as quais lhe fornecem mão de obra para realizarem só serviços que os aprovados retro citados são capazes de realizar. Apelo improvido.

O acórdão foi feliz ao descrever a “Fattispecie” sem contudo ter atentado para a circunstância de ser o caso de aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

É bem verdade que se tratava de ação em que a autoria era do Ministério Público do Trabalho e que o pedido era embasado na ilicitude da terceirização o que dirigiu toda a força do acórdão para o pedido.

Não havia necessidade de fundamentar com base na boa-fé objetiva posto que o suporte jurídico do pedido estava na terceirização ilícita.

Nada veda que os prejudicados compareçam em juízo e deduzam a postulação de que têm direito subjetivo à contratação desde quando a oferta foi de que os aprovados seriam contratados havendo vagas.

Inexiste necessidade de entrar-se no mérito de ser ou não válida a terceirização posto que em sede de ação individual a postulação é de direito subjetivo do demandante fundada na boa-fé objetiva como já analisado considerando-se a oferta pública.

Analisando-se a hipótese aqui posta como estudo dogmático tem que ao se abrir concurso que nada mais é da oferta pública aquele que preenchendo os

requisitos formais exigidos no edital e aprovados em concurso tem direito de contratação na ordem de classificação e das necessidades de pessoal.

Contraposto esse direito subjetivo, á terceirização, pelo princípio da boa fé objetiva não poderia recorrer-se a essa eis que se o edital não excepciona a hipótese de conveniência de opção pela terceirização criou a expectativa de que tal não ocorreria e pelo princípio referido pode o empregado exigir a contratação.

ESTUDOS DE CASO 2

RO. No. 00711.2006.002.19.00.00

Recorrente: Aristênio de Oliveira Jucá Santos

Recorrente: Sâmia Maria Jucá Santos

Recorrida: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD

**EMENTA: ADVOGADO. BOA FÉ OBJETIVA. PROIBIÇÃO
COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. NOM VENIRE CONTRA FACTUM
PROPRIUM. RELAÇÃO DE EMPREGO NEGADA. RECUSO IMPROVIDO.**

Cuida o processo de hipótese em que celebrou a ré e recorrida contrato de prestação de serviços advocatícios cuja duração foi de muitos anos.

A ré em sua defesa, embora não refira á boa fé objetiva, alega que celebrou um contrato de prestação de serviços regido pelo Código Civil de 1916.

Diz mais que durante toda a execução do contrato ele o foi sob as regras vigentes para a modalidade avençada.

Não há negativa da parte adversa de que o contrato apresentado foi celebrado como tal apenas que apesar disso a execução foi de um contrato de trabalho.

É curial que o contrato celebrado conforme o ordenamento vigente é lei entre as partes salvo se lhe possa visualizar causa de invalidade dos negócios jurídicos, o que não é o caso, pois as partes são capazes, o objeto lícito, não havendo dolo erro, coação ou lesão.

Tem-se que partir do negocio jurídico celebrado deve-se interpretá-lo conforme a vontade das partes e a legislação aplicável.

Inescusavelmente o contrato celebrado foi de prestação de serviços alegando-se que não que não se executou como tal.

Pelo princípio da boa fé objetiva não se pode deixar de considerar que quando se celebra um contrato é lícito e lógico que à outra parte contratante está se colocando uma ciência de aquelas cláusulas constantes do instrumento e, assim conhecidas como o avençado, são as aplicáveis. Entender-se o contrário importa em andar na contramão da lógica jurídica e da lógica formal.

Mesmo que a outra parte intente celebrar outro contrato, por ter o instrumento cientificado à outra contratante diferentemente, e não haja circunstância que infirme essa ciência não pode alegar invalidade do avençado nem que outro ocorreu.

Não se pode inserir no mundo jurídico fato do qual se dá ciência a terceiros para a “posteriori”, vir-se alegar não era esse o que se queria em verdade, notificar.

Pode-se e deve-se considerar se, de fato, houve execução do contrato de forma diversa do constante do instrumento contratual mormente no caso em que se alega contrato de trabalho denominado contrato realidade.

Em verdade à luz da teoria geral temos que verificar se houve inovação contratual.

Uma novação contratual, não infirma a aplicação da boa fé objetiva apenas dá notícia de que as partes decidiram modificar o avençado. Às partes é lícito modificar contratos celebrados à luz da autonomia da vontade desde que observados os ditames da lei.

No caso evidenciado tanto a 1.a instância quanto o TRT da 5ª. Região, à unanimidade, entenderam que se celebrou prestação de serviços não havendo nos autos nenhuma evidência de inovação contratual.

Foi, pois, relevante e causa eficiente para uma boa hermenêutica a utilização da boa fé objetiva como cânone de interpretação.

ESTUDOS DE CASO 3

Processo No. -TST-RR-31000-69.2006.5.03.0108

PAI-50 (PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO). PEA (PLANO DE ESTÍMULO AO AFASTAMENTO). RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS. A relação entre os sujeitos da relação de emprego é regida, dentre outros, pelo princípio da boa-fé ou da lealdade. No caso dos autos, esse princípio foi violado no momento em que o reclamado instituiu o PEA, se é fato que a adesão do reclamante ao plano de demissão ocorreu não só pelas vantagens do PAI-50, mas, também, por ser esse o último que o reclamado instituiria.

Promessa feita por meio de seu gerente executivo. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-31000-69.2006.5.03.0108, em que é Recorrente JOSÉ CONCEIÇÃO GONÇALVES e Recorrido BANCO DO BRASIL S.A.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por meio do acórdão de fls.518-521, negou provimento ao recurso ordinário do reclamante.

O reclamante interpôs recurso de revista às fls. 523-540, com fulcro no art. 896, alínea "c" da CLT.

O recurso foi admitido às fls. 541/542.

Contrarrrazões foram apresentadas às fls. 544-569.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, por força do artigo 83, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo (fls. 522 e 523), subscrito por procurador regularmente constituído (fl. 122).

1 – PAI-50 (PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO). PEA (PLANO DE ESTÍMULO AO AFASTAMENTO). RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS

Conhecimento

Está consignado no acórdão regional:

Narra o autor que aderiu ao PAI-50 (Plano de Afastamento Incentivado), sob a falsa informação, prestada pelo banco e clamado, de que não seria realizada proposta semelhante no futuro; pugna pelo recebimento das vantagens extras concedidas com a instituição do plano posterior - PEA (Plano de Estímulo ao Afastamento), alegando ofensa à boa-fé e desrespeito ao princípio da isonomia.

Através do documento de f. 147 o reclamante manifestou expressamente sua livre vontade em aderir ao plano de afastamento incentivado (PAI-50), declarando ciência das condições e vantagens previstas. Em depoimento pessoal, o autor confirmou ter tomado conhecimento pleno das vantagens previstas no plano a que aderiu (f. 490).

Em decorrência da referida transação, o autor recebeu juntamente com as verbas rescisórias, benefícios relacionados ao PAI, sendo certo que o termo de rescisão conta com a homologação do sindicato da categoria profissional, sem qualquer ressalva quanto a este aspecto (fs. 17-18).

Também o depoimento do reclamante dá a entender que a única "promessa" não cumprida foi a de não implementação de um novo plano (f. 490).

Todavia, o simples fato de o réu ter informado, por meio de seu gerente executivo, que "*não haveria edição de uma proposta semelhante no futuro*" (f. 23) não caracteriza má-fé, nem tampouco macula a manifestação de vontade livremente emitida pelo autor. O reclamante teve plenas condições de avaliar se a adesão ao PAI lhe era vantajosa, tendo optado livremente por ela. Se não houvesse conveniência na adesão, poderia optar por permanecer no banco até o cômputo do tempo para a aposentadoria por tempo de serviço, conforme depoimento da testemunha ouvida a seu requerimento (f. 490).

A simples perspectiva de inexistência de um novo plano semelhante não caracteriza coação, mesmo porque a necessidade de diminuição do quadro de pessoal e a criação de novo plano está relacionada ao próprio sucesso do primeiro plano implantado e aos objetivos do réu, mutáveis até mesmo em virtude de cenários econômicos diversos.

Por outro lado, a edição de novo plano, com regras distintas daquele ao qual aderiu o autor, é inerente ao poder diretivo do empregador assegurado pela ordem jurídica, não constituindo qualquer abuso de poder. Tem o empregador o direito potestativo de implantar normas de incentivo ao desligamento, conforme sua conveniência ou de simplesmente dispensar os empregados imotivadamente, nos termos da lei. As vantagens conferidas em determinado plano somente são aplicáveis àqueles que a ele aderirem, não protraindo ou retroagindo aos demais empregados desligados.

Não demonstrado efetivo vício de consentimento, reconhece-se a plena validade da transação realizada, que constitui ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/88). A adesão ao PAI implica o pagamento das vantagens respectivas, não sendo aplicável ao autor aquelas decorrentes de planos futuros, editados quando sequer vigia o contrato de trabalho com o autor, ainda que mais benéficas.

Neste sentido, e em ação com o mesmo objeto, já se pronunciou este Regional:

EMENTA: PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO. ADESÃO DO TRABALHADOR AO PRIMEIRO PROGRAMA. INSTITUIÇÃO DE PLANO POSTERIOR. Quando o trabalhador adere espontaneamente a determinado plano de afastamento incentivado, sem a demonstração de qualquer vício de consentimento, tem-se como válida a transação, que se caracteriza com ato jurídico perfeito. A criação posterior de programa de desligamento estimulado é perfeitamente natural e se insere no poder diretivo do empregador, sem representar qualquer vinculação ao plano anterior, por força do art. 114 do Código Civil de 2002." (00318-2006-113-03-00-2-RO, 2ª T, Rel. Mônica Sette Lopes, DJ 05. jul.2006).
Nada a prover. (Fls. 519-521)"

O reclamante interpôs recurso de revista às fls. 523-540. Alega que na petição inicial esclarece em quais pontos o PEA (Plano de Estímulo ao Afastamento) seria mais vantajoso. E ainda, que o reclamado não contestou suas alegações. Colaciona arestos para cotejo de teses.

Os arestos de fls. 528-531, ao defender tese de que configura coação o fato de o reclamado, para garantir adesões ao seu PDV, assegurar que não instituiria novo plano, sem conseguir cumprir tal promessa, contrapõem-se ao posicionamento do acórdão do Regional, demonstrando, assim, divergência jurisprudencial apta a promover a admissibilidade do recurso.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

Mérito

O reclamante insurge-se contra a implantação, por parte do reclamado, de novo PDV denominado PEA (Plano de Estímulo ao Afastamento), tendo em vista ter aderido ao plano anterior, sob a promessa de que seria o último a ser instituído pela empresa.

O acórdão do Regional explicita que não houve vício de consentimento, que o reclamante tinha ciência do teor do plano ao qual aderiu, inclusive tendo condições de avaliar se tal adesão era vantajosa.

Com efeito, a relação contratual que resultou na adesão, pelo reclamante, ao plano instituído pelo reclamado é regida, entre outros, pelo princípio da boa-fé lealdade.

Significa dizer, empregado e empregador, ao firmarem um contrato, devem proceder de maneira leal, e essa lealdade é esperada pelas partes envolvidas.

Sendo assim, age de boa-fé o sujeito da relação de trabalho, qualquer deles (empregado ou empregador), que tem conduta honesta em relação ao outro,

não se valendo de comportamento insidioso ao executar a parte que lhe cabe no contrato.

No caso dos autos, esse princípio foi violado no momento em que o reclamado institui o PEA, uma vez que a adesão do reclamante ao plano de demissão ocorreu não só pelas vantagens do PAI-50, mas, também, por ser esse o último que o reclamado instituiria. Promessa feita por meio de seu gerente executivo.

Nesse sentido tem se posicionado esta Corte:

RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. PAI-50. PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO E PLANO DE ESTÍMULO AO AFASTAMENTO. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA E VÍCIO DE CONSENTIMENTO. O Banco do Brasil ressentiu-se de agir com a necessária boa-fé objetiva ao divulgar a informação de que o Plano de Incentivo à Aposentadoria, PAI-50, seria a última oportunidade de obtenção de vantagens decorrentes de plano de desligamento, sem futura proposta semelhante, pois, após três meses, implantou novo plano mais vantajoso que o anterior, prejudicando, assim, o empregado, que foi induzido a aderir ao primeiro plano, pela falsa premissa suscitada pelo Banco. Precedentes desta Corte. Recurso de revista provido. (RR - 13840-36.2005.5.05.0035, Data de Julgamento: 14/4/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 23/4/2010.)

RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO E PLANO DE ESTÍMULO AO AFASTAMENTO. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA E VÍCIO DE CONSENTIMENTO. Não há como acolher a tese de que o negócio jurídico atingiu a perfeição, uma vez ausente o elemento boa fé objetiva. Note-se que não se está a suprimir a livre manifestação da vontade das partes, mas a indicar que esta vontade não se manifestou de maneira livre, já que induzida por premissa que não se cumpriu. Logo, não há se falar em violação do ato jurídico perfeito. Como se vê, a questão foi dirimida sob o enfoque que o Código Civil de 2002 trouxe às relações jurídico-contratuais. Segundo a nova concepção civilista, o Estado não deve assegurar somente o cumprimento da livre manifestação da vontade das partes, mas também deve reger o comportamento dos negociantes pelo princípio da boa fé objetiva, impondo aos contratantes o dever de honestidade, lealdade e confiança, visando com isso à manutenção do equilíbrio contratual. Ao contrário do que alega o Reclamado, ao aplicar o princípio da boa fé objetiva, o e. TRT procedeu à correta aplicação do artigo 113 do Código Civil, segundo o qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração. Recurso de revista a que se nega provimento- (TST-RR-25/2006-702-04-40, 6ª Turma, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJU de 30/5/2008.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE R E VISTA. BANCO DO BRASIL. PAI-50. PEA. ATO JURÍDICO PERFEITO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA. Não se vislumbra violação ao ato jurídico perfeito, se o Banco do Brasil ressentiu-se de agir com a necessária boa-fé objetiva, divulgando explicitamente, a informação de que o Plano de Incentivo à Aposentadoria, PAI-50, seria a última oportunidade de obtenção de vantagens decorrentes de plano de desligamento, não havendo futura proposta semelhante. Contudo, após três meses, há a implantação de novo plano mais vantajoso que o anterior pelo Banco, prejudicando, assim, o empregado, que foi induzido a aderir ao primeiro plano, pela falsa premissa suscitada pelo Banco. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido- (AIRR - 111/2006-701-04-40, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT - 24/10/2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BANCO DO BRASIL. PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO PAI. PLANO DE ESTÍMULO AO AFASTAMENTO PEA. DIFERENÇAS. DESPROVIMENTO. O v. acórdão regional consignou que a instituição de novo plano de demissão voluntária em curto período de tempo, e com vantagens superiores, viola o princípio da boa-fé objetiva contratual, quando a adesão do empregado foi fundada em declaração do empregador, no sentido de que não implantaria planos semelhantes no futuro. Não merece provimento o agravo de instrumento que tem por objetivo o processamento do recurso de revista, quando a pretensão recursal esbarra no óbice consagrado na Súmula nº 126/TST, diante da impossibilidade de reexame da correta aplicação do conceito da boa-fé contratual. (TST-AIRR-110/2006-701-04-40, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJU de 29/8/2008.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. ADESÃO AO PLANO DE APOSENTADORIA INCENTIVADA - PAI. POSTERIOR EDIÇÃO DE NOVO PLANO (PEA). QUEBRA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL - INDENIZAÇÃO. Não há que se falar em afronta ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI da Carta Magna), eis que o Regional considerou que o ato classificado como contrário ao princípio da boa-fé foi praticado na vigência da relação de emprego. Da mesma forma, deve ser rechaçada a aludida ofensa ao art. 113 do Novo Código Civil. Os subsídios jurisprudenciais trazidos à análise no recurso não se apresentam compatíveis com a realidade dos autos, visto que não apreciam a questão referente à quebra do princípio da boa-fé, premissa fática relevante do acórdão hostilizado. Incidente o óbice das Súmulas 296 e 23/TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido- (TST-AIRR-150/2006-731-04-40.5, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU de 11/10/2007.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO PLANO DE APOSENTADORIA INCENTIVADA ATO JURÍDICO PERFEITO BOA-FÉ OBJETIVA. 1. O princípio da boa-fé objetiva incide em todos os momentos da relação contratual desde as tratativas ao seu exaurimento. 2. A boa-fé objetiva estabelece o dever do agir leal, probo e honesto pelos contratantes, tendo por paradigma o homem médio. 3. Registro o acórdão regional que a adesão do Reclamante ao API-50 ocorreu na presunção de que plano de aposentadoria mais benefício não seria instituído de imediato, previsão que não veio a se concretizar-. (TST-AIRR-718/2005-060-19-40, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJU de 25/4/2008.)

Logo, ante a quebra da promessa de que o PAI-50 seria o último plano a ser instituído pelo banco, resultando na violação do princípio da boa-fé objetiva ou da lealdade, dou provimento ao recurso de revista para deferir as diferenças salariais pleiteadas, tendo em vista as vantagens concedidas pelo PEA (Plano de Estímulo ao Afastamento). Custas pelo reclamado, uma vez que invertido o ônus da sucumbência.

ISTOPOSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para deferir as diferenças salariais pleiteadas, tendo em vista as vantagens concedidas pelo PEA (Plano de Estímulo ao Afastamento). Custas pelo reclamado, visto que invertido o ônus da sucumbência.
Brasília, 10 de novembro de 2010.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)
AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

Ministro Reltor
Acórdão constante do portal na Internet do TST

NÚMERO ÚNICO: RR - 54840-20.2005.5.04.0851
PUBLICAÇÃO: DEJT - 13/08/2010

A C Ó R D Ã O

2ª Turma

JCRP/ccm

RECURSO DE REVISTA.

BANCO DO BRASIL.

ADESÃO AO PLANO DE APOSENTADORIA INCENTIVADA (PAI-50).

POSTERIOR EDIÇÃO DE NOVO PLANO (PEA). QUEBRA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

OBJETIVA.

O princípio da boa-fé objetiva permeia nossas relações contratuais, tendo em vista as disposições do Código Civil estampadas nos arts. 113, 187 e 422, exigindo uma postura ética do contratante durante todo o itinerário contratual, ou seja, nas fases de polibitação, conclusão e execução do contrato. O citado princípio nada mais é do que a manifestação da eticidade, princípio esse que, ao lado da socialidade e da operabilidade, constitui um dos pilares de toda a normatização do Código Civil Brasileiro. No caso, a conduta do Banco do Brasil maculou o princípio da boa-fé objetiva, pois ludibriou o empregado, o qual, certo de que não haveria oportunidade melhor no futuro de adesão a plano mais vantajoso, aderiu ao PAI-50, sendo surpreendido, meses depois, com o PEA, cujas cláusulas continham benefícios superiores para o mesmo público alvo.

Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-54840-20.2005.5.04.0851, em que é Recorrente ANTÔNIO ANTENOR DE CASTRO BORGES e Recorrido BANCO DO BRASIL S.A.

O reclamante interpõe agravo de instrumento contra o despacho de fls. 89 e 90, mediante o qual foi denegado seguimento ao seu recurso de revista.

Contraminuta apresentada às fls. 98-101. Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, ante o disposto no artigo 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Às fls. 76-80, o Regional deu provimento ao recurso ordinário do reclamado para afastar a condenação da sentença final, nos seguintes termos:

PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO.

Trata-se de recurso contra a sentença que condenou o banco reclamado ao pagamento de um salário bruto do reclamante, composto das parcelas referidas na petição inicial (item a, fl. 16), além de indenização mensal de R\$ 456,74, a contar de 01/07/2004 e até 26/04/2006, consoante postulado no item b, fl. 16 da petição inicial.

O autor foi contratado em 10/07/1974 e demitido em 01/04/2004, em razão de adesão a plano de demissão voluntária estabelecido pelo reclamado em 23/12/2003, denominado PAI-50 (Plano de Aposentadoria Incentivada), nas condições preconizadas no documento das fls. 60/63.

Reclama que, em 01/07/2004, o reclamado instituiu novo plano de incentivo à demissão, denominado PEA (Plano de Estímulo ao Afastamento), dirigido ao mesmo público alvo, mas trazendo condições mais vantajosas que o primeiro, causando-lhe prejuízo porque não teria aderido ao PAI-50 se soubesse da possibilidade de rescisão nas condições do PEA. Acrescenta que foi induzido em erro por informação enganosa prestada por um gerente executivo do reclamado, dando conta aos empregados de que não haveria

proposta semelhante à do PAI-50 no futuro e, tampouco, prorrogação do prazo de adesão a este plano.

Dos termos da defesa, fls. 51/57, verifica-se que a intenção do reclamado era oferecer a um grupo dos seus empregados - aqueles já com 50 anos de idade em 30/01/2004, sem tempo para aposentadoria pelo INSS, com 15 anos de contribuição para a PREVI, que não estivessem respondendo a inquérito administrativo e encontrando-se em 30/11/2003 e na data do afastamento nas situações funcionais de serviços auxiliares, posto efetivo, caixa executivo e comissionado NRF de 10 a 13 - fl. 24 - condições mais vantajosas que aquelas previstas em lei para a rescisão do contrato de trabalho, a saber: indenização em parcela única correspondente a dois salários brutos; indenização mensal até a aquisição das condições para aposentadoria perante o INSS; contribuições em favor da CASSI até a obtenção das condições para a aposentadoria e permanência do demissionário na condição de associado da CASSI e da PREVI, nos mesmos moldes daqueles empregados que se aposentam normalmente, com contribuição patronal pelo banco.

O reclamado referiu em seu recurso, fls. 126/127, o seguinte: Antes de lançar programas da espécie, é feito um estudo do público alvo e do percentual esperado de adesões. Assim, em decorrência do baixo número de adesões ao PAI-50 e, tendo em vista a necessidade de reduzir seu quadro de pessoal para adequar a empresa as novas realidade econômicas ou operacionais e, ainda, para criar condições de melhorar as expectativas dos empregados quanto a suas carreiras, o reclamado implantou o PEA, com condições ligeiramente mais favoráveis...

Consoante item 01 do Livro de Instruções Codificadas, fl. 60, o Plano de Afastamento Incentivado (PAI-50) teve por objetivo promover, de forma socialmente responsável, o desligamento de funcionários. Para tanto, o reclamado ofereceu aos empregados que preenchessem os requisitos arrolados, no item mencionado, os incentivos do item 2, fls. 29 a 30.

O reclamante não nega ter manifestado vontade de aderir ao plano, aceitando as condições expressamente previstas.

A informação do gerente executivo da Unidade de Responsabilidade Socioambiental do reclamado, Joel Bueno, no sentido de que não haveria outra proposta semelhante ao PAI-50 (cópia do correio eletrônico, fl. 28) não macula a manifestação livre de vontade do reclamante que, ao aderir ao mesmo, deve-se admitir, teve como satisfeitas suas expectativas. Aliás, ainda que se possa entender que a edição de plano desse jaez dependa da deliberação do Conselho Diretor, sendo razoável que os empregados não tenham conhecimento antecipado de tais deliberações, a afirmativa de que futuramente outro não ocorreria, não pode gerar o direito pretendido pelo autor.

A adesão do reclamante ao Plano de Afastamento Incentivado decorreu da sua manifestação livre e espontânea de vontade, não se avistando qualquer tipo de vício de consentimento a macular esse ato. Conforme se verifica no documento da fl. 69, o autor aderiu ao PAI-50, declarando estar ciente de suas condições e benefícios. Saliente-se que os documentos juntados aos autos evidenciam a constante intenção do reclamado em esclarecer e orientar os empregados acerca do inteiro teor do plano.

A superveniência de plano de aposentadoria posterior (PEA), além de não possuir o condão de invalidar a adesão, não estende ao já aposentado direitos que não eram previstos à época do seu desligamento. Registre-se, ainda, que a instituição de planos de incentivo à aposentadoria situa-se dentro da discricionariedade inerente ao poder regulamentar do empregador, não se depreendendo qualquer irregularidade na circunstância de implantar determinado plano durante certo período, instituindo, a seguir, outro, no qual restringiu ou acrescentou vantagens.

Sob outro enfoque, se a meta de afastamento de empregados não é alcançada, é presumível a edição de novo plano, com melhores condições, para atingir aqueles que não aceitaram os benefícios do anterior.

Entretanto, esse não é o caso do reclamante que, após analisar a proposta prevista no plano PAI-50, aderiu ao mesmo, através de manifestação de vontade plena. Inviável, portanto, o pleito da petição inicial, que visa benefícios de plano posterior, editado após a rescisão do contrato de trabalho.

A respeito da matéria, já decidiu a Turma, em caso análogo, conforme ementa que a seguir se transcreve:

PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO. BENEFÍCIOS DE PLANO POSTERIOR. A declaração de empregado do reclamado no sentido de que não haverá uma

proposta semelhante no futuro não tem o condão de viciar ou induzir a vontade dos reclamantes com relação aos termos do plano ao qual aderiram. A adesão dos reclamantes ocorreu com base nas condições e benefícios oferecidos pelo reclamado, sendo inviável, portanto, o pleito trazido na petição inicial, que visa aos benefícios de plano posterior, editado após a rescisão de seu contrato de trabalho. Recurso desprovido (RO00125-2006-141-04-00-5, Rel. Juíza Eurídice Josefina BazoTôres, Publ. 25.5.2007).

Assim, dá-se provimento ao recurso do reclamado, para absolvê-lo da condenação imposta.

Nas razões de revista (fls. 82-84), o reclamante sustentou que a conduta do reclamado não coaduna com os princípios da isonomia e da boa-fé, pois o induziu em erro, ao afirmar que não mais iria abrir novo PLANO DE DEMISSÃO INCENTIVADA, sendo o PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO PAI era o último a ser adotado para que bancários com 50 ANOS DE IDADE pudessem sair do banco e permanecer vinculado com a PREVI até sua aposentadoria. Apontou violação dos arts. 5º, caput, da Carta Magna e 113, 187 e 422 do Código Civil. Colacionou aresto.

Razão lhe assiste.

Verifica-se, in casu, que o aresto transcrito na revista (fls. 83 e 84) possui tese contrária ao entendimento contido no acórdão regional, haja vista que considera coercitiva e violadora do princípio da boa-fé a quebra da garantia pelo Banco do Brasil de que não seria oferecido, no futuro, plano de desligamento voluntário equivalente, com elastecimento de benefícios.

Assim, dou provimento ao agravo de instrumento, por divergência jurisprudencial, e determino o processamento do recurso de revista.

RECURSO DE REVISTA

BANCO DO BRASIL. ADESÃO AO PLANO DE APOSENTADORIA INCENTIVADA (PAI-50).

POSTERIOR EDIÇÃO DE NOVO PLANO (PEA). QUEBRA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

OBJETIVA

I - CONHECIMENTO

Às fls. 76-80, o Regional deu provimento ao recurso ordinário do reclamado para afastar a condenação da sentença, nos seguintes termos:

PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO.

Trata-se de recurso contra a sentença que condenou o banco reclamado ao pagamento de um salário bruto do reclamante, composto das parcelas referidas na petição inicial (item a, fl. 16), além de indenização mensal de R\$ 456,74, a contar de 01/07/2004 e até 26/04/2006, consoante postulado no item b, fl. 16 da petição inicial.

O autor foi contratado em 10/07/1974 e demitido em 01/04/2004, em razão de adesão o plano de demissão voluntária estabelecido pelo reclamado em 23/12/2003, denominado PAI-50 (Plano de Aposentadoria Incentivada), nas condições preconizadas no documento das fls. 60/63. Reclama que, em 01/07/2004, o reclamado instituiu novo plano de incentivo à demissão, denominado PEA (Plano de Estímulo ao Afastamento), dirigido ao mesmo público alvo, mas trazendo condições mais vantajosas que o primeiro, causando-lhe prejuízo porque não teria aderido ao PAI-50 se soubesse da possibilidade de rescisão nas condições do PEA. Acrescenta que foi induzido em erro por informação enganosa prestada por um gerente executivo do

reclamado, dando conta aos empregados de que não haveria proposta semelhante à do PAI-50 no futuro e, tampouco, prorrogação do prazo de adesão a este plano.

Dos termos da defesa, fls. 51/57, verifica-se que a intenção do reclamado era oferecer a um grupo dos seus empregados - aqueles já com 50 anos de idade em 30/01/2004, sem tempo para aposentadoria pelo INSS, com 15 anos de contribuição para a PREVI, que não estivessem respondendo a inquérito administrativo e encontrando-se em 30/11/2003 e na data do afastamento nas situações funcionais de serviços auxiliares, posto efetivo, caixa executivo e comissionado NRF de 10 a 13 - fl. 24 - condições mais vantajosas que aquelas previstas em lei para a rescisão do contrato de trabalho, a saber: indenização em parcela única correspondente a dois salários brutos; indenização mensal até a aquisição das condições para aposentadoria perante o INSS; contribuições em favor da CASSI até a obtenção das condições para a aposentadoria e permanência do demissionário na condição de associado da CASSI e da PREVI, nos mesmos moldes daqueles empregados que se aposentam normalmente, com contribuição patronal pelo banco.

O reclamado referiu em seu recurso, fls. 126/127, o seguinte:

Antes de lançar programas da espécie, é feito um estudo do público alvo e do percentual esperado de adesões. Assim, em decorrência do baixo número de adesões ao PAI-50 e, tendo em vista a necessidade de reduzir seu quadro de pessoal para adequar a empresa as novas realidade econômicas ou operacionais e, ainda, para criar condições de melhorar as expectativas dos empregados quanto a suas carreiras, o reclamado implantou o PEA, com condições ligeiramente mais favoráveis.

Consoante item 01 do Livro de Instruções Codificadas, fl. 60, o Plano de Afastamento Incentivado (PAI-50) teve por objetivo promover, de forma socialmente responsável, o desligamento de funcionários. Para tanto, ofereceu aos empregados que preenchessem os requisitos arrolados, no item mencionado, os incentivos do item 2, fls. 29 a 30.

O reclamante não nega ter manifestado vontade de aderir ao plano, aceitando as condições expressamente previstas.

A informação do gerente executivo da Unidade de Responsabilidade Socioambiental do reclamado, Joel Bueno, no sentido de que não haveria outra proposta semelhante ao PAI-50 (cópia do correio eletrônico, fl. 28) não macula a manifestação livre de vontade do reclamante que, ao aderir ao mesmo, deve-se admitir, teve como satisfeitas suas expectativas. Aliás, ainda que se possa entender que a edição de plano desse jaez dependa da deliberação do Conselho Diretor, sendo razoável que os empregados não tenham conhecimento antecipado de tais deliberações, a afirmativa de que futuramente outro não ocorreria, não pode gerar o direito pretendido pelo autor.

A adesão do reclamante ao Plano de Afastamento Incentivado decorreu da sua manifestação livre e espontânea de vontade, não se avistando qualquer tipo de vício de consentimento a macular esse ato. Conforme se verifica no documento da fl. 69, o autor aderiu ao PAI-50, declarando estar ciente de suas condições e benefícios. Saliente-se que os documentos juntados aos autos evidenciam a constante intenção do reclamado em esclarecer e orientar os empregados acerca do inteiro teor do plano.

A superveniência de plano de aposentadoria posterior (PEA), além de não possuir o condão de invalidar a adesão, não estende ao já aposentado direitos que não eram previstos à época do seu desligamento. Registre-se, ainda, que a instituição de planos de incentivo à aposentadoria situa-sedentro da discricionariedade inerente ao poder regulamentar do empregador, não se depreendendo qualquer irregularidade na circunstância de implantar determinado plano durante certo período, instituindo, a seguir, outro, no qual restringiu ou acrescentou vantagens.

Sob outro enfoque, se a meta de afastamento de empregados não é alcançada, é presumível a edição de novo plano, com melhores condições,

para atingir aqueles que não aceitaram os benefícios do anterior. Entretanto, esse não é o caso do reclamante que, após analisar a proposta prevista no plano PAI-50, aderiu ao mesmo, através de manifestação de vontade plena. Inviável, portanto, o pleito da petição inicial, que visa benefícios de plano posterior, editado após a rescisão do contrato de trabalho. A respeito da matéria, já decidiu a Turma, em caso análogo, conforme ementa que a seguir se transcreve:

PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO. BENEFÍCIOS DE PLANO POSTERIOR. A declaração de empregado do reclamado no sentido de que não haverá uma proposta semelhante no futuro não tem o condão de viciar ou induzir a vontade dos reclamantes com relação aos termos do plano ao qual aderiram.

A adesão dos reclamantes ocorreu com base nas condições e benefícios oferecidos pelo reclamado, sendo inviável, portanto, o pleito trazido na petição inicial, que visa aos benefícios de plano posterior, editado após a rescisão de seu contrato de trabalho. Recurso desprovido (RO00125-2006-141-04-00-5, Rel. Juíza Eurídice Josefina BazoTôrres, Publ.25.5.2007).

Assim, dá-se provimento ao recurso do reclamado, para absolvê-lo da condenação imposta.

Nas razões de revista (fls. 82-84), o reclamante sustentou que a conduta do reclamado não coaduna com os princípios da isonomia e da boa-fé, pois o induziu em erro, ao afirmar que não mais iria abrir novo PLANO DE DEMISSÃO INCENTIVADA, sendo o PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO PAI era o último a ser adotado para que bancários com 50 ANOS DE IDADE pudessem sair do banco e permanecer vinculado com a PREVI até sua aposentadoria. Apontou violação dos arts. 5º, caput, da Carta Magna e 113, 187 e 422 do Código Civil. Colacionou aresto.

Razão lhe assiste.

Verifica-se, in casu, que o aresto transcrito na revista (fls. 83 e 84) possui tese contrária ao entendimento contido no acórdão regional, haja vista que considera coercitiva e violadora do princípio da boa-fé a quebrada garantia pelo Banco do Brasil de que não seria oferecido, no futuro, plano de desligamento voluntário equivalente, com elastecimento de benefícios.

Dessarte, conheço do recurso de revista, por divergência jurisprudencial.

IIMÉRITO

A controvérsia limita-se em saber se o princípio da boa-fé objetiva foi observado pelo reclamado, que, após assegurar que não haveria, no futuro, plano de desligamento voluntário equivalente ao PAI-50, ofereceu, meses depois, outro plano semelhante ao mesmo público alvo (PEA), só que com mais vantagens.

O princípio da boa-fé objetiva permeia nossas relações contratuais, tendo em vista as disposições do Código Civil estampadas nos arts. 113, 187 e 422, exigindo uma postura ética do contratante durante todo o itinerário contratual, ou seja, nas fases de policitização, conclusão e execução do contrato. O citado princípio nada mais é do que a manifestação da eticidade, princípio esse que, ao lado da social idade e da operabilidade, constitui um dos pilares de toda a normatização do Código Civil Brasileiro.

No Direito do Trabalho, isso não pode ser diferente, especialmente em razão do princípio da proteção que norteia esse especializado ramo do Direito. Ademais, o Direito comum é fonte subsidiária do direito laboral, nos termos do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, motivo pelo qual o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado nos pactos laborais.

No caso, a conduta do Banco do Brasil maculou o princípio da boa-fé oportunidade melhor, no futuro, de adesão a plano mais vantajoso, aderiu ao PAI-50, sendo surpreendido, meses depois, com o PEA, cujas cláusulas continham benefícios superiores para o mesmo público alvo.

Na hipótese, haveria conduta condizente com a boa-fé objetiva se o reclamado não tivesse assegurado que não ocorreria a superveniência de plano similar no futuro ou se, após constatar a pouca adesão do PAI-50, garantisse aos aderentes deste as mesmas vantagens do PEA.

Sobre a matéria, os seguintes precedentes desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. PAI-50.

PEA. ATO JURÍDICO PERFEITO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA.

Não se vislumbra violação ao ato jurídico perfeito, se o Banco do Brasil ressentia-se de agir com a necessária boa-fé objetiva, divulgando explicitamente, a informação de que o Plano de Incentivo à Aposentadoria, PAI-50, seria a última oportunidade de obtenção de vantagens decorrentes de plano de desligamento, não havendo futura proposta semelhante. Contudo, após três meses, há a implantação de novo plano mais vantajoso que o anterior pelo Banco, prejudicando, assim, o empregado, que foi induzido a aderir ao primeiro plano, pela falsa premissa suscitada pelo Banco. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido.

(AIRR-111/2006-701-04-40.6, 6ª Turma, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado,

DJU de 24/10/2008).

RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO E PLANO DE ESTÍMULO AO AFASTAMENTO. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA E VÍCIO DE CONSENTIMENTO. Não há como acolher a tese de que o negócio jurídico atingiu a perfeição, uma vez ausente o elemento boa fé objetiva. Note-se que não se está a suprimir a livre manifestação da vontade das partes, mas a indicar que esta vontade não se manifestou de maneira livre, já que induzida por premissa que não se cumpriu. Logo, não há se falar em violação do ato jurídico perfeito. Como se vê, a questão foi dirimida sob o enfoque que o Código Civil de 2002 trouxe às relações jurídico-contratuais. Segundo a nova concepção civilista, o Estado não deve assegurar somente o cumprimento da livre manifestação da vontade das partes, mas também deve reger o comportamento dos negociantes pelo princípio da boa fé objetiva, impondo aos contratantes o dever de honestidade, lealdade e confiança, visando com isso à manutenção do equilíbrio contratual. Ao contrário do que alega o Reclamado, ao aplicar o princípio da boa fé objetiva, o e. TRT procedeu à correta aplicação do artigo 113 do Código Civil, segundo o qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração.

Recurso de revista a que se nega provimento.

(RR-25/2006-702-04-40, 6ª Turma, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJU de 30/05/2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE APOSENTADORIA INCENTIVADA ATO JURÍDICO

PERFEITO BOA-FÉ OBJETIVA¹. O princípio da boa-fé objetiva incide em todos os momentos da relação contratual desde as tratativas ao seu esgotamento.

2. A boa-fé objetiva estabelece o dever do agir leal, probo e honesto pelos contratantes, tendo por paradigma o homem médio. 3. Registro o acórdão regional que a adesão do Reclamante ao API-50 ocorreu na presunção de que plano de aposentadoria mais benéfico não seria instituído de imediato, previsão que não veio a se concretizar.

(AIRR-718/2005-060-19-40, 8ª Turma, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJU de 25/04/2008).

Portanto, considerando que a conduta do Banco do Brasil feriu o princípio da boa-fé objetiva, a revista merece ser provida.

Assim, dou provimento ao recurso de revista para restabelecer a sentença de primeiro grau pela qual se condenou o reclamado ao pagamento de: a) o valor correspondente a um salário bruto (pedido do item a da petição inicial); b) uma indenização mensal no valor de R\$ 456,74, a partir de 1º/07/2004 até 26/04/2006 (pedido constante da letra b da peça (vestibular).

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência

jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau pela qual se condenou o reclamado a pagar ao reclamante: a) o valor correspondente a um salário bruto (pedido do item a da petição inicial); b) uma indenização mensal no valor de R\$ 456,74, a partir de 1º/07/2004 até 26/04/2006 (pedido constante da letra b da peça vestibular).
Brasília, 30 de junho de 2010.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

ROBERTO PESSOA

Juiz Convocado Relator

Reservou-se como último estudo de caso os referidos por se tratarem de acórdãos com a autoridade do TST, e a sua função de unificadora de jurisprudência. Foram, de igual modo referenciados por adotarem expressamente o princípio da boa fé objetiva.

Cuidam os acórdãos dos Planos de Demissão Voluntária do Banco do Brasil. É um caso referência por ter como réu uma empresa do porte do Banco do Brasil sociedade de economia mista com atuação nacional. De igual modo paradigmático por evidenciar o princípio como cânone hermenêutico.

Não só o Banco do Brasil como as empresas de um modo geral têm, ao planejarem e executarem reestruturações, elaborado planos de demissão voluntária com vantagens consideráveis tais como manutenção de seguro saúde e de aposentadoria etc.

Nessa esteira o Banco do Brasil tornou público o seu plano PAI-50, exibindo as vantagens ofertadas e limitou no tempo a sua validade. Muitos aderiram não tendo sido alcançada a meta projetada.

Encerrado o prazo de vigência sem alcançar o desiderato, novo plano PAE foi apresentado, já agora, com maiores vantagens. Ditas sedução não contemplavam os aderentes do primeiro plano.

Os prejudicados por estarem fora da abrangência do segundo deduziram pretensão em juízo com pedido de extensão das vantagens do PAE, ausentes do anterior.

O fundamento dos pedidos eram embasados na alegação de que se tivessem ciência de que seria implementado o PAE não teriam aderido.

Estamos em frente a um caso típico de aplicação da boa-fé objetiva dada a circunstância de que a oferta da maneira como foi cientificada induzia à percepção de não haveria novo plano. Para que essa percepção não ocorresse a divulgação deveria ser de outra forma.

Se um contratante recebe a informação de que será executado um contrato como especificado na avença e outra leitura não possa ser feita a outra parte não pode alegar que se obrigou diferentemente.

A boa-fé objetiva está a socorrer a tese dos litigantes contra o banco, dá suporte jurídico e é esposado nos acórdãos retro mencionados.

A jurisprudência é do TST é nesse sentido e foram mencionados diversos acórdãos. Os de Augusto Cesar Leite de Carvalho da 2ª. Turma e do Ministro Convocado Roberto Pessoa da 3ª. Turma, estão citados na íntegra e os dos Ministros Maurício Godinho Delgado da 6ª. Turma, Horácio de Sena Pires da 6ª. Turma, Maria Cristina Pedduzzi da 8ª. Turma, Aloisio Correa da Veiga da 1ª. Turma, e Carlos Alberto Reis de Paula da Turma.

Os acórdãos adotantes do princípio da boa-fé objetiva são evidência do vigor e de sua importância como cânone hermenêutico aplicável ao Direito do Trabalho e a autoridade, qualidade e substância deles não deixam margem a dúvidas da presença do princípio e que as decisões dos ministros o valorizam sobre modo.

A inserção do princípio nas decisões tem repercussão recíproca a Justiça do Trabalho valorizada pela sua aplicação e o princípio de igual modo por sua consideração de validade hermenêutica.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Mauel Coutinho de. Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. *apud* SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo** São Paulo : Bushatsky, 1976. p. 32 .

ALEXI, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios constitucionales, 1993.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como poder jurídico**. In: Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003..

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMARGO, Manuela Oliveira. **Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/241_Manuela%20Oliveira%20Camargo.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito no código de 2002**: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CORDEIRO, Antonio Menese. **Manual de Direito do Trabalho**. Coimbra.

COSTA Judith Hofmeister Martins. **A Boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000.

_____. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

COSTA, Mário. J. A. **Aspectos modernos do direito das obrigações** - Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: RT, 1986.

COUTURE, *apud* BULOS, Uadi Lamêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 39

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DUARTE, Ronnie Preuss. **A cláusula geral da boa-fé no novo código Civil brasileiro**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 306-307.

FERREIRA, A. H. **O novo Código Civil** - discutido por juristas brasileiros. São Paulo: Bookseller, 2003.

FERREIRA, Jorge Cesa da Silva. **A boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRADERA, Vera. M. J. Dano Pré-Contratual: Uma Análise Comparativa a Partir de Três Sistemas Jurídicos, o Continental Europeu, o Latino-Americano e o Americano do Norte. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 34, n. 136, out./dez. 1997. § 2.2.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Direito das Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Forense, 1990.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução à Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1959.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa fé Contratual. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves (Coords.). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LEWICKI, Bruno. Panorama da Boa Fé Objetiva. P. 67. *Apud*. TEPEDINO, Gustavo. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro, 1999, p. 204.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MELLO, Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo. Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ, 2001, ano I, v. 1, n.5. ago. 2001.

_____. Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do supremo Tribunal Federal Novas Leituras. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I, n. 5, Salvador, ago. 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2010.

MOTA, Mauricio Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERI, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 21.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o principio da boa fé objetiva e o principio da tutela do hipossuficiente. *Apud*. MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. São Paulo: RT, 1993.

NOVAIS, Aline. O Princípio da Boa Fé e a Execução Contratual. *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1995.

PINHEIRO, R. F. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1993.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. O Princípio da Boa-fé no Direito Civil Brasileiro e Português. In: SILVA, Clóvis. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, em especial pp. 44, 46 e 54.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa- fé e a Violação Positiva do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra, 1997. p. 13.

TEPEDINO, Gustavo. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARELA, Antunes; GOMES, Orlando. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.

VENOSA, Silvio. **Direito civil**. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva**. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

YIN, Robert K. Estudo de Caso: uma Estratégia de Pesquisa. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/caso_estudo>. Acesso em: 23 out. 2010.

ZIMMERMANN, Fernando Henrique Guedes. A introdução da boa-fé objetiva nos contratos sob a égide do novo Código Civil. **Revista Síntese**. Mar. 2005.