

AUGUSTO XAVIER DE CARVALHO

A boa-fé na extinção dos contratos de trabalho

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

AUGUSTO XAVIER DE CARVALHO

A boa-fé na extinção dos contratos de trabalho

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação da Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

Nome: CARVALHO, Augusto Xavier de

Título: A boa-fé na extinção dos contratos de trabalho

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho à minha mãe, trabalhadora infantil, babá, empregada doméstica, diarista, Maria, que possui a estranha mania de ter fé na vida.

Dedico ainda à minha esposa, Danielle, quem me deu suporte, força e leveza para atravessar os desafios deste período pandêmico.

AGRADECIMENTOS

Ao Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira pela oportunidade concedida ao me acolher como orientando, e pela generosidade em compartilhar valiosos ensinamentos ministrados em suas aulas e no Grupo de Pesquisa em Direitos de Personalidade e Direito do Trabalho. Esteja certo de minha admiração e respeito por seu trabalho.

Aos demais professores do Departamento de Direito do Trabalho da Universidade de São Paulo, com os quais tive a honra de assistir a brilhantes aulas.

À memória de meu pai, Jorge, à minha mãe, Maria Helena, à minha irmã, Sara, e ao meu sobrinho, Isaque, pela torcida e pelo amor a mim dedicados.

Por fim, à minha amada Danielle, pela compreensão, pelo apoio e por ter deixado mais leve e doce a caminhada até aqui.

“ Um homem se humilha
Se castram seus sonhos
Seu sonho é sua vida
E vida é trabalho
E sem o seu trabalho
O homem não tem honra
E sem a sua honra
Se morre, se mata
Não dá pra ser feliz”

Guerreiro Menino - Gonzaguinha

RESUMO

CARVALHO, Augusto Xavier de. *A boa-fé na extinção dos contratos de trabalho*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

O objetivo deste estudo é analisar a boa-fé como princípio realizador da proteção ao trabalho, principalmente quando da extinção contratual, voltado a inibir práticas ilegais encobertas por dispensas imotivadas e sem justa causa. A premissa se estabelece no histórico de construção do Direito do Trabalho, imerso nos Direitos humanos fundamentais que, apesar de em constante conflito com o capital e sua lógica compensatória, identifica na boa-fé fundamento basilar para a garantia mínima civilizatória do trabalhador cidadão, que muitas vezes se vê diante de ilegalidades, quando da cessação de seu contrato de trabalho, ou quando de sua iminência, sem qualquer expectativa de efetividade de seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: Boa-fé. Extinção contratual. Motivação da dispensa. Direitos humanos fundamentais.

ABSTRACT

CARVALHO, Augusto Xavier de. *Good faith in the extension of employment contracts*. 2022. Dissertation (Master in Labor and Social Security Law) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

The objective of this study is to analyze the good faith as a principle that promotes labor protection, especially when contractual termination, with the intention of inhibiting illegal practices covered by unjustified and unjustified dismissals. The premise is established in the history of construction of Labor Law, immersed in fundamental human rights that, despite being in constant conflict with capital and its compensatory logic, identifies in the good faith the basic foundation for the minimum civilizing guarantee of the citizen worker, who many times he is faced with illegalities, when his employment contract is terminated, or when it is imminent, without any expectation of following his fundamental rights.

Keywords: Good faith. Contract termination. Reason for dismissal. Fundamental human rights.

Sumário

Introdução	9
1. O contrato de emprego e a incidência dos direitos humanos fundamentais	14
1.1. Direitos humanos fundamentais	16
1.1.1. Classificação	18
1.1.2. Eficácia social	22
1.2. O contrato de emprego	26
2. Relevância social e subjetiva do emprego	30
2.1. Valor social do trabalho	31
2.2. Banalização social da dispensa.....	36
2.3. O impacto subjetivo da perda do posto de trabalho	43
2.4. A lógica compensatória do direito do trabalho.....	46
3. Cessação contratual.....	50
3.1. Cessação contratual por ato de vontade vinculado	53
3.1.1. Atos faltosos do empregado	54
3.1.2. Atos faltosos do empregador	56
3.1.3. Culpa recíproca.....	56
3.2. Cessação contratual por ato de vontade livre.....	57
3.2.1. Ato de vontade livre das partes.....	58
3.2.2. Ato de vontade livre do empregado	59
3.2.3. Ato de vontade livre do empregador	59
3.2.3.1. Dispensas sem justa causa e arbitrárias.....	60
3.2.3.2. Dispensas imotivadas	62
3.2.3.3. Dispensas discriminatórias	64
3.3. Exemplos de motivações encobertas pela dispensa imotivada.....	66
3.3.1. Dispensa retaliativa.....	67
3.3.2. Maternidade	68

3.3.3. Gênero	69
3.3.4. Idade	70
3.3.5. Saúde	71
3.3.6. Cor da pele, raça, etnia	71
3.3.7. Dispensa obstativa de direito/garantia	72
4. Boa-fé	75
4.1. Diferença entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva	76
4.2. Boa-fé no direito brasileiro	78
4.3. Boa-fé como cláusula geral	81
4.5. Boa-fé aplicada aos contratos de emprego	82
4.5.1. Função interpretativa/integrativa	85
4.5.2. Limitação dos direitos subjetivos	87
4.5.3. Criação de deveres anexos	89
4.5.3.1. O dever de sigilo	92
4.5.3.2. O dever de informação/transparência	94
4.5.3.3. O dever de lealdade	97
4.6 A boa-fé como parâmetro quando das extinções contratuais	98
Conclusão	100
Referências	104

INTRODUÇÃO

O estudo segue a linha de pesquisa dos Direitos Sociais no contexto dos Direitos Humanos do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Nessa perspectiva, o Direito do Trabalho, um direito social construído historicamente quando da juridificação dos Direitos Humanos, enquanto atua como garantidor de cidadania ao ser humano, também está em constante conflito com o sistema de produção capitalista, que defende a livre dispensa do trabalhador, configurando problema central na realização do princípio protetor.

A importância do presente estudo se dá na medida em que a livre dispensa encobre motivos ilegais para o rompimento contratual, que violam preceitos constitucionais e, conseqüentemente, direitos humanos fundamentais, sob o manto do chamado poder potestativo do empregador. Embora o texto constitucional seja expresso em garantir proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos do art. 7º, I, da CF/88, a hermenêutica atual insiste em não aplicar tal garantia, justificando a urgência da discussão que se apresenta.

A boa-fé insere-se como tema central porque subverte a análise contratualista clássica, garantindo que as relações contratuais sejam espaços democráticos em que as partes devam agir com lealdade e transparência.

Indaga-se, como questão de pesquisa, se o princípio da boa-fé, princípio originalmente civilista, aplicado à extinção dos contratos de trabalho, pode ser realizador do fim último do Direito do Trabalho, a proteção, na medida em que só há como garantir respeito aos demais direitos trabalhistas durante a vigência do contrato de trabalho, se este não estiver ameaçado. Nesse sentido, pretende averiguar se a boa-fé deve ser utilizada como elemento de controle para verificação de eventual abusividade na dispensa e quais são os parâmetros objetivos existentes para essa atuação.

Apesar de ser pressuposto à pesquisa a natureza contratual do Direito do Trabalho, é certo que este contrato sofre influências para além dos contratos de simples troca comercial, sendo imprescindível a análise sob o método histórico-

dialético, inserindo o direito na totalidade social, considerando a interdisciplinaridade entre Direito do Trabalho, Direitos humanos, Sociologia e Psicologia social do trabalho para desvendar a lógica que tem permitido a subversão do fim maior do Direito do Trabalho.

Como base de pesquisa utilizou-se o estudo do ordenamento jurídico posto; bem como o banco de dados bibliográficos da USP, Dedalus, para pesquisa de doutrinas e artigos, tanto da Faculdade de Direito quanto do Instituto de Psicologia; e ainda o banco de teses jurídicas da USP para consulta de dissertações de mestrado e teses de doutorado. Utilizou-se também fontes de dados como o site da OIT e do IBGE, principalmente a PNAD contínua no que tange à análise indicadores da força de trabalho.

A pesquisa tem como objetivo geral analisar a aplicabilidade do princípio da boa-fé aos contratos de trabalho, em especial quando da extinção contratual. De forma específica, pretende identificar se a boa-fé impõe deveres e mecanismos que coíbam ou desestimulem a dispensa imotivada, como por exemplo a necessidade de externalização formal dos reais motivos que levaram ao rompimento contratual.

Parte-se da premissa de que o trabalhador, quando envolvido em uma relação empregatícia, não se despe de sua condição de cidadão, uma vez que a Constituição Federal de 1988 insere os direitos trabalhistas dentro das garantias fundamentais que alicerçam o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido busca responder se da previsão do art. 7º, I, da CF/88 decorre o direito e o dever de motivação da despedida do trabalhador, a partir do parâmetro da boa-fé.

Para responder a esse questionamento torna necessário verificar qual a relação original entre o Direito do Trabalho os Direitos Humanos Fundamentais, e o porquê da escolha dessa terminologia para tratar do assunto, passando por sua afirmação histórica, para entender o estágio atual da eficácia dos direitos humanos fundamentais no ordenamento jurídico interno brasileiro, principalmente dentro das relações empregatícias.

Assumindo a natureza jurídica contratualista do Direito do Trabalho, a pesquisa busca verificar como o contrato de emprego se afastou de sua origem civilista, de mera formalização de vontades entre particulares, para exercer uma

função social em respeito aos direitos humanos fundamentais, investigando ainda quais os valores sociais trouxeram historicamente o trabalho até o estágio atual da norma, que visa a garantia ao trabalho, mas não qualquer trabalho, o trabalho decente.

Considerando que a ameaça da dispensa do trabalhador dificulta a realização plena do conceito de trabalho decente, busca responder qual a lógica tem banalizado o ato da dispensa, como se uma compensação pecuniária após a extinção contratual fosse capaz de atingir o objetivo da proteção, verificando ainda qual o impacto subjetivo dessas rupturas.

Afirmando que nenhum ato racional humano se desvincula da vontade de seu agente, busca classificar as modalidades de cessação contratual tocando especificamente nos motivos que embasam a causa de extinção. As classifica entre cessações por ato de vontade vinculado, que correspondem às resoluções contratuais, ou seja, modalidades de ruptura do contrato de trabalho fundadas em descumprimento faltoso do pacto por qualquer das partes, ou por ambas, e as cessações por ato de vontade livre, que correspondem às resilições contratuais, sendo livres de qualquer vinculação legal, tendo a vontade das partes como único elemento fundante para o rompimento contratual.

Como objeto de pesquisa, a cessação contratual por ato de vontade livre do empregador se apresenta como campo fértil para dispensas ilegais. E, para identificar tais ilegalidades, pretende diferenciar os termos dispensa arbitrária, dispensa sem justa causa e dispensa imotivada, correntemente tidas como sinônimas. Buscará ainda identificar a contribuição da Lei 9.029/95 e da súmula 443 do TST na vedação às dispensas de caráter discriminatório, e se elas são suficientes para coibir as ilegalidades possibilitadas pela hermenêutica em estudo.

De maneira exemplificativa, para dar nome às motivações comumente encobertas pela dispensa imotivada, o estudo traz alguns exemplos de motivos que ensejam a ruptura contratual, como retaliação à reivindicação de direitos, em razão de maternidade, gênero, idade, saúde, cor da pele, raça e etnia ou ainda dispensas como forma de tentar obstar garantias ou direitos do trabalhador.

A averiguação principal do estudo segue inserindo o princípio da boa-fé nesta análise, primeiro conceituando o instituto e depois diferenciando boa-fé

subjetiva e boa-fé objetiva, analisando sua evolução normativa no direito brasileiro, e então verificando sua aplicabilidade aos contratos de emprego, passando pela análise das funções e deveres da boa-fé, relacionada aos contratos, especificamente quando da cessação contratual.

De forma mais específica, o primeiro capítulo, como premissa maior, buscará demonstrar as relações reais das quais o Direito do Trabalho é expressão, ramo este imerso no construído histórico dos direitos humanos e de seus tratados internacionais, os quais legitimaram jurídica e politicamente o sistema democrático brasileiro, reconhecendo constitucionalmente os direitos humanos fundamentais como base principiológica plenamente acionável, direitos estes impositivos até mesmo entre as partes integrantes dos contratos privados, como nos contratos de emprego. Discute-se ainda porque os direitos postos em discussão se classificam como direitos humanos fundamentais, bem como se os titulares destes direitos têm acesso à sua realização, o que se denomina como eficácia social.

No segundo capítulo se estabelece a importância social e subjetiva do objeto tema deste estudo, sendo feita a análise de como se construiu o valor social atribuído ao trabalho humano, passando de castigo divino a privilégio signo de liberdade e sucesso, e ainda como o ato de dispensa do trabalhador tem sido banalizado, com o apoio de uma lógica compensatória do direito, evidenciando o significado da perda do posto de trabalho para a subjetividade do indivíduo. Desenvolve-se, inclusive, a análise dispensa como um ato de força, um fenômeno de violência inserido nos poderes empregatícios.

O terceiro capítulo estuda as tipologias e os mecanismos das cessações contratuais trabalhistas observadas no Direito brasileiro, com enfoque específico nos motivos que embasam as extinções contratuais e, partindo do pressuposto que não há nenhum ato humano sem motivação, busca identificar os principais pontos-cegos do atual sistema de dispensa, que acaba autorizando arbitrariedades contra o Direito ao Trabalho.

O quarto capítulo, como premissa menor, investiga a boa-fé com suas definições, seu histórico no direito brasileiro, estabelece a diferença entre a boa-fé subjetiva e objetiva, estuda sua função como cláusula geral, bem como suas funções e deveres anexos aplicáveis ao contrato de emprego, como possível

princípio fundamental e de proteção contra a dispensa sem justa causa ou arbitrária.

E, por fim, a conclusão verifica se a boa-fé e sua base principiológica, aplicada à extinção do contrato de trabalho, por ser direito humano fundamental, é capaz de viabilizar o princípio da proteção por instrumentalizar o dever de motivação da dispensa.

Assim, é nesse contexto que se busca analisar a aplicabilidade da boa-fé na extinção dos contratos de emprego.

1. O CONTRATO DE EMPREGO E A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com personalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade. DELGADO, 2018, p. 337 A respeito do contrato de emprego se discorrerá em capítulo próprio a seguir.

A este momento importa dizer que, dentro dessa relação jurídico-empregatícia, o trabalhador é detentor de proteção constitucional de seus direitos humanos fundamentais, de forma expressa.

A disciplina das relações de trabalho ostenta posição de destaque no âmbito constitucional brasileiro. Inaugurando um Estado em processo de redemocratização, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no preâmbulo, estabelece um alicerce destinado a

[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]. (Preâmbulo da Constituição. 1998)

Em seu título I, “Dos Princípios Fundamentais”, adotam-se como fundamentos do Estado Democrático de Direito, entre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF/88), tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88).

De forma ainda mais expressiva, a Constituição brasileira reconhece a importância dos direitos trabalhistas em seu Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, composto pelo Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, e pelo Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”. Neste último estão previstos direitos trabalhistas do artigo 7º ao 11º.

O artigo 7º, inciso I, estabelece que: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Entretanto, estes direitos devem ser exercidos no âmbito de um contrato privado, o contrato de trabalho, que embora traga características contratuais que dão certa liberdade às partes que o compõem, também vê sua autonomia da vontade limitada por normas de direito público.

Pela leitura do Direito do Trabalho, mais especificamente do contrato de emprego, na perspectiva dos Direitos Humanos fundamentais e da boa-fé, pesquisa se da previsão do art. 7º, I, da CF/88 decorre o direito e o dever de motivação da despedida, objeto principal deste estudo, sendo este o entendimento de Valdete Souto Severo, ao considerar que “arbitrário é sinônimo de destituído de motivos lícitos, e a motivação é, necessariamente, dever de quem tem a obrigação de motivar. O direito ali previsto se esvazia se esse dever não for reconhecido”. (SEVERO, 2011, p. 135)

Interpretar o mencionado dispositivo conforme o senso comum, como se tem feito há mais de trinta anos, atribuindo-lhe mera compensação pecuniária, não parece atingir a finalidade do Direito do Trabalho de conceder igualdade material ao trabalhador.

Portanto, para o estudo de qualquer matéria em Direito do Trabalho, inclusive este que se propõe, há que se ter em mente sua base fundante, de forma a possibilitar uma leitura que represente os reais interesses dos quais este ramo do Direito é expressão.

A gênese do Direito do Trabalho está imersa na construção dos Direitos Humanos, fazendo com que ambos possuam finalidades comuns, como a realização da igualdade material e da justiça social para a efetiva proteção da dignidade humana. ANDRADE, 2008, p. 81

Dessa forma, antes de adentrar ao tema específico de Direito do Trabalho é essencial que se reconheça suas raízes nos Direitos Humanos fundamentais, entendendo sua conceituação, características e eficácia no

ordenamento jurídico interno brasileiro, bem como sua influência na autonomia da vontade das partes que compõem o contrato de trabalho.

1.1. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Quando o tema é direito fundamental, optar por uma terminologia específica em detrimento de outras tantas, não deve ser tarefa feita ao acaso, ainda mais porque o assunto comporta inúmeras divergências relacionadas ao significado e ao conteúdo de cada termo.

Ingo Sarlet aponta que a própria Constituição Federal utiliza de uma diversidade semântica para se referir aos direitos fundamentais, exemplificando as expressões: “a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, §1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, inc. IV).” (SARLET, 2007, p. 34)

Mesmo utilizando-se de terminologias distintas para tratar dos direitos fundamentais, é importante lembrar que a Constituição de 1988 é disruptiva com o padrão constitucional até então conhecido¹, ao empregar a expressão Direitos e Garantias Fundamentais.

Neste cenário, mais do que tecer considerações acerca de cada uma das designações de forma exaustiva, busca-se situar o presente estudo no estágio atual da evolução dos direitos fundamentais e identificar, dentre as mais relevantes, a terminologia constitucionalmente mais adequada.

Há que se distinguir, portanto, as expressões direitos fundamentais e direitos humanos, muito utilizadas como sinônimas. Para tanto, tem-se o entendimento de Ingo Sarlet:

[...] a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito

1 A Constituição de 1824 trazia a expressão “Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, enquanto a Constituição de 1891 falava apenas em “Declaração de Direitos”. E, pela primeira vez, na Constituição de 1934 utilizou-se a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, a qual foi mantida nas Constituições de 1937, 1946 e 1967, inclusive após a Emenda nº 1 de 1969. (SARLET, 2007, p. 34)

constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” (SARLET, 2007)

Sérgio Rezende de Barros, de forma diversa, entende pela não distinção entre os termos, por considerar indissolúvel a união entre direitos humanos e direitos fundamentais. (BARROS, 2001, p. 29) preferindo a referência a direitos humanos fundamentais.

Contudo, ao que parece, não há no posicionamento de Sérgio Rezende uma real divergência ou oposição ao entendimento trazido por Sarlet, uma vez que o termo direitos humanos fundamentais não afasta a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, mas apenas reforça que os direitos humanos positivados em âmbito internacional devem possuir fundamentalidade material, diversa da fundamentalidade formal concedida aos direitos fundamentais constitucionalizados. Portanto, ainda que se considere como sinônimos ambos os conceitos, em relação a seu objeto, sua positivação constitucional ou internacional acaba por distingui-los ao menos em grau de alcance e coercitividade.

A escolha do título deste capítulo já revela a opção que o presente estudo faz ao tratar do tema, preferindo a designação direitos humanos fundamentais, não apenas para reforçar a fundamentalidade material que deve ser concedida aos direitos humanos, mas também por entender que o artigo 5º, §2º da Constituição Federal² concede fundamentalidade formal aos direitos humanos constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, senão vejamos:

A previsão subsequente do §3º, estabelecendo aprovação pelas casas do Congresso Nacional, traz apenas a formalidade necessária para conceder o *status* de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, não excluindo o reconhecimento trazido pelo §2º da fundamentalidade formal destes tratados e convenções, que passam a ser automaticamente positivados pelo direito interno brasileiro.

² 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988, além de estabelecer um rol de direitos fundamentais internos, também concedeu fundamentalidade formal aos tratados e convenções internacionais dos quais o país seja parte, entende-se que a conceituação mais adequada realmente seja direitos humanos fundamentais.

Dessa forma, delimitado o olhar sobre o tema, cabe analisar a afirmação dos direitos humanos fundamentais como construção social, em perspectiva histórica, por meio de uma de suas classificações.

1.1.1. CLASSIFICAÇÃO

Entender o estágio atual da eficácia dos direitos humanos fundamentais, no ordenamento jurídico interno brasileiro, implica discorrer sobre sua afirmação histórica, conforme seu reconhecimento ou sua positivação, nas Constituições e nos documentos internacionais.

O início do processo histórico de construção dos direitos fundamentais coincide com as revoluções científicas e tecnológicas, tendo na Revolução Francesa o engendramento dos direitos de liberdade e igualdade de todos perante a lei, consagrando, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 (COMPARATO, 2010, p. 60-65), a primeira geração dos direitos fundamentais³.

Neste período, a civilização burguesa buscou afastar o Estado absolutista monárquico das relações entre os particulares, sob o argumento jusnaturalista que entende não carecer de qualquer atuação estatal para realização dos direitos do homem, uma vez que estes lhe são inatos (COMPARATO, 2010, p. 75-76). A autonomia dos particulares e a submissão exclusiva às normas por eles mesmos editadas, torna-se o princípio axiológico da liberdade, característica marcante do Direito Civil, no qual o contrato é o signo da liberdade.

A partir das declarações de direitos do final do século XVIII, estabeleceu-se a distinção entre liberdade pública (política, no sentido de autogoverno) e as liberdades privadas (instrumento de defesa do cidadão contra as interferências

³ Para Paulo Bonavides, os direitos fundamentais são aqueles que almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Sobre as gerações dos direitos fundamentais, cf. (BONAVIDES, 2009, p. 562-572)

governamentais). Para Fábio Konder Comparato, estas duas dimensões da liberdade estão intimamente inter-relacionadas, uma vez que a liberdade pública sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários, enquanto que estas sem aquela, ou seja, sem a efetiva participação política do povo no governo, reforça-se a dominação oligárquica dos mais ricos.(COMPARATO, 2010, p. 76)

Para Jólia Lucena, a ascensão burguesa ansiava a liberdade privada, pois assim conseguiria romper o padrão de dominação dos estamentos e prosperar com suas posses. Essa ânsia individualista possibilitou o avanço do espírito capitalista, que vangloria uma suposta aptidão ou meritocracia no acúmulo de riquezas, sendo que aqueles que não o atingem, certamente não possuem aptidão para tanto.(MELO, 2014, p. 28)

Com a Revolução Industrial, possibilitada pelo advento das máquinas e a ascensão do capitalismo, surge a classe proletária que, destituída dos meios de produção e dependente da indústria, vê como única forma de subsistência a venda de sua força de trabalho por salários miseráveis, se submetendo a condições desumanas de trabalho, sem qualquer proteção estatal. (COMPARATO, 2010, p. 65-67).

A liberdade contratual entre os particulares, e a abstenção do Estado em suas relações, possibilitou abusos do industrial para com a classe operária, diante da ausência de igualdade material entre os atores da relação de trabalho, gerando um grupo social que sucumbiu diante da exploração destrutiva de sua força de trabalho, pela miséria, pela fome e pela marginalização.

O desrespeito à dignidade da classe operária trouxe forte perturbação à sociedade, gerando não só o empobrecimento e aprofundamento das desigualdades sociais, mas também revoltas dos trabalhadores contra o novo modelo industrial. A referida perturbação é conhecida como questão social, a qual desnudou a falibilidade da teoria dos direitos inatos, e fez necessária a atuação do Estado para produzir efetiva igualdade material, de modo a realizar a liberdade tanto do industrial quanto do trabalhador (NASCIMENTO, 2009, p. 4). Portanto, a segunda geração dos direitos fundamentais é inspirada no princípio da igualdade, buscada pela intervenção do Estado nas relações entre particulares.

O marco inicial do intervencionismo estatal se deu com o Tratado de Versalhes, elaborado após o fim da Primeira Guerra Mundial, em 1919, tendo reconhecido que só é possível alcançar a paz universal com a garantia da justiça social, criando para tanto a Organização Internacional do Trabalho - OIT, com o dever de zelar pela justiça social e pelo respeito à condição humana, ao efetivar o respeito às condições de trabalho do homem.

Outra importante marca do intervencionismo estatal é o constitucionalismo social, que passou a levar direitos sociais às constituições de diversos países, sendo que a primeira foi a Constituição do México em 1917, seguida pela alemã, em 1919. (COMPARATO, 2010, p. 66)

Aqui, portanto, o Direito do Trabalho tem sua gênese, como direito social integrante da construção dos direitos humanos fundamentais de segunda geração⁴, os quais possuem a finalidade de realização da igualdade material e da justiça social para a efetiva proteção da humanidade.

Este progresso só foi possível em razão do movimento operário, conforme entende Hobsbawn:

Tanto na sociedade capitalista quanto na sociedade socialista e no que é chamado de "Terceiro Mundo", as pessoas lutam pelas sociedades boas, justas e humanas que nunca se realizaram, mas também lutam pela manutenção, ou pelo retorno dos direitos e liberdades que foram obtidos, pelo menos parcialmente, durante os 150 anos em que, em comparação, o mundo progrediu, não importa se de forma instável, no sentido de maior civilidade bem como de prosperidade: a época da esperança e da confiança no progresso. O que nos reserva o futuro, não sabemos. Mas podemos dizer que uma das principais forças que impulsionaram o progresso da civilidade nos 150 anos entre a revolução norte-americana e Primeira Grande Guerra, período em que ela sem dúvida progrediu, foi a que encontrou sua expressão organizada nos movimentos operários e socialistas do mundo ocidental. HOBBSAWM, 2005, p. 438

Esta juridificação de uma nova ótica intervencionista do Estado representou importante avanço para a sociedade. Contudo, com a ausência de efetividade dessas normas, limitadas ao argumento de sua existência programática, não se atingiu a almejada justiça social e não se pode evitar a barbárie ocorrida na Segunda Guerra Mundial, de 1939 a 1945. Verifica-se que a

4 Os direitos fundamentais de segunda geração, no século XX, foram remetidos à chamada esfera programática de aplicabilidade mediata, por via legislativa. Esta interpretação tende ao fracasso desde que recentes Constituições, inclusive a brasileira, passaram a entender pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2009, p. 564-565).

relação entre as guerras mundiais e a ausência de efetividade dos direitos humanos está expressamente reconhecida no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade [...]” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948

Os horrores cometidos durante a Segunda Guerra infligiram enorme sofrimento à humanidade. Diante deste sofrimento, ao fim da guerra, traz-se à luz o supremo valor da dignidade humana, reconhecendo-se uma terceira geração de direitos fundamentais, esculpida no ideal de fraternidade⁵: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2009, p. 569-570).

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem no ano de 1948, há uma patente preocupação em conceder positividade, concretude e eficácia às três gerações de direitos fundamentais firmadas pelos tratados internacionais e insertos nas constituições. Este novo entendimento não excluiu os direitos individuais, sociais ou difusos, mas os reuniu e os universalizou em uma única carta principiológica destinada a todo ser humano, (BONAVIDES, 2009, p. 573-574) juridificando, assim, a linguagem dos Direitos Humanos⁶.

Entende-se, portanto, que a juridificação dos direitos humanos representa a cumulatividade das gerações de direitos fundamentais, o que faz com que o termo geração seja incapaz de traduzir a vigente noção destes direitos, pois não são apenas sucessões cronológicas, mas sim dimensões necessariamente coexistentes para a construção da democracia.⁷

Nesta lógica, a Declaração Universal dos Direitos Humanos indica o regime democrático como a única solução legítima de organização do Estado (COMPARATO, 2010, p. 246), deixando de intervir apenas na esfera normativa,

5 Os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, coincidem com o lema da Revolução Francesa, no qual a primeira dimensão corresponde à liberdade, a segunda à igualdade e a terceira à fraternidade. (SARLET, 2007, p. 55)

6 Para Paulo Bonavides, os direitos humanos nada mais são que três gerações sucessivas e cumulativas de direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2009, p. 575).

7 A democracia é considerada por Bonavides como direito de quarta geração/dimensão. (BONAVIDES, 2009, p. 571).

para interferir profundamente nos regimes políticos autoritários existentes pelo mundo.

Desde então o constitucionalismo passou a considerar imprescindível a atuação estatal para a realização de todo e qualquer direito fundamental, abandonando a antiga visão que exigia abstenção estatal quanto aos direitos civis e políticos, por possuírem eficácia plena e, quanto aos direitos sociais, uma prestação positiva e programática, em razão de sua eficácia limitada. (NASCIMENTO, 2011, p. 66)

Quanto às dimensões dos direitos fundamentais, nesta nova perspectiva, e sua capacidade de resolver os atuais problemas da humanidade, Jólia Lucena aponta:

“Entretanto, nem tudo está pronto e acabado. As dimensões se interferem, se adentram e se acomodam o tempo inteiro. Não há separações nítidas, não há limites incontestáveis nem presunção de que apenas seus fundamentos possam resolver os problemas da humanidade, ainda mais quando observado o perfil capitalista que cada vez mais se enraíza.”(MELO, 2014, p. 29)

Equalizar a interação entre os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, em uma sociedade capitalista, geradora de desigualdades sociais, é fundamental para a eficácia dos direitos humanos fundamentais e realização da finalidade maior do Direito do Trabalho, a proteção social.

1.1.2. EFICÁCIA SOCIAL

Lançadas as bases necessárias ao entendimento do objeto de estudo, há que se verificar como o ordenamento jurídico interno brasileiro garante, ou não, a eficácia social dos direitos humanos fundamentais, e em que medida os titulares destes bens constitucionalmente assegurados têm acesso à sua realização.

A classificação tradicional das normas constitucionais, do ponto de vista de sua aplicabilidade, foi concebida e elaborada pela jurisprudência e doutrina constitucional norte-americanas, que as dividiu em disposições autoaplicáveis e disposições não autoaplicáveis (SILVA, 2004, p. 73).

Dessa teoria clássica resultou uma dicotomia precursora (BONAVIDES, 2009, p. 241), seguindo-se a classificação da jurisprudência e doutrina italianas, em normas diretivas ou programáticas; normas preceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata; e normas preceptivas, obrigatórias, de não aplicabilidade imediata (SILVA, 2004, p. 75).

Por entender que todas as normas constitucionais têm eficácia, José Afonso da Silva classifica as normas entre aquelas que possuem eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (BONAVIDES, 2009, p. 238).

Dessas classificações tradicionais, entre outras peculiaridades, decorre a interpretação de que determinados preceitos constitucionais, se não regulamentados por normas infraconstitucionais, permaneceriam como meros integrantes de um projeto de Estado, como ocorre na hermenêutica corrente com o artigo sétimo da Constituição Federal, inciso I (proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária), XXIII (atividade penosa), e como ocorreu com o inciso XXI (proporcionalidade do aviso prévio) até sua regulamentação tardia pela lei 12.506/2011.

Contudo, e como já mencionado anteriormente, a Constituição de 1988 é disruptiva com o padrão constitucional até então conhecido, dispondo em seu artigo 5º, §1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Categoricamente, a redação constitucional quebra o paradigma de mero compromisso ou programa assumido pelo Estado.

A Constituição brasileira de 1988 marca uma transição democrática, de rompimento com o regime autoritário militar, alçando os direitos e garantias individuais a cláusulas pétreas (art. 60, §4º), estabelecendo o princípio da dignidade da pessoa humana como parte fundante de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), incluiu direitos internacionais como garantia constitucional (art. 5º, § 2º), e afirmando que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º).

Se a classificação tradicional propõe que as normas possuem eficácia plena, contida ou limitada, e carecem em maior ou menor medida de regulamentação infraconstitucional para terem eficácia, é certo que a doutrina

contemporânea traz a noção de que todas as normas dependem de regulamentação e todos os direitos fundamentais são restringíveis e regulamentáveis, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva:

[...] todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis.

[...] se tudo é restringível, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível.

[...] se tudo é regulamentável e, mais que isso, depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentação a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada. (SILVA, 2010, p. 246-247)

Para Flávia Piovesan, o que deve prevalecer para efetivar a implementação dos ditames constitucionais é a razão de que seus princípios fundamentais valem como lei e, por criarem o direito subjetivo de seu titular, o cidadão, possuem eficácia positiva e podem ser exigidos judicialmente, inclusive, acrescentando que:

para tanto, é que se reclama a hermenêutica concretizadora, que culmine por prestigiar a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, otimizando a força expansiva do princípio da dignidade humana. (PIOVESAN, 2003, p. 396-397)

José Afonso da Silva, em seu livro *Aplicabilidade das normas constitucionais*, estuda a capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos, e a respeito de sua eficácia pontua: “Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social”. (SILVA, 2004, p. 13)

Entretanto, a despeito de se considerar a efetividade da norma constitucional matéria de ordem jurídica ou sociológica, é certo que “o Direito existe para realizar-se [...] deve-se impedir que muitas regras previstas em nossa Lei Fundamental possam vir a se tornar letras mortas, sem nunca terem cumprido a finalidade [...]” (FERRARI, 2001, p. 132).

Luís Roberto Barroso entende que, na interpretação da norma constitucional, deve-se prestigiar a vontade constitucional e evitar, na medida do possível, conclusões que se escondam no argumento da não autoaplicabilidade ou na existência de omissão legislativa. (BARROSO, 2009, p. 375.376)

Considerados os ditames constitucionais como normas plenamente autoaplicáveis, conforme entendimento de Flávia Piovesan, é certo que eles tocam num ponto importante para este estudo, na medida em que norteiam a mediação do embate entre capital e trabalho:

[...] a concepção de direitos fundamentais adotada deve conformar-se com o perfil axiológico da Constituição e a nossa, goste-se disso ou não, é uma Constituição social, que não aposta todas as suas fichas na autonomia privada e no mercado, mas antes preocupa-se com o combate à exploração do homem pelo homem (veja-se a importância dada aos direitos trabalhistas na Carta de 88). (SARMENTO apud CORREIA; SANTOS, 2012, p. 115)

Se por um lado o capital se agarra ao argumento de que a livre iniciativa é previsão constitucional expressa, muitas vezes para justificar a desregulamentação do trabalho, não se pode esquecer que a valorização do trabalho humano foi posta ao lado daquele (art. 170, *caput*, CF/88), de modo a assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social. Nas palavras de José Afonso da Silva:

A constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. (SILVA, 2004, p. 73)

Dessa forma, estabelecido o modelo de sociedade adotado pela Constituição de 1988 que, embora capitalista, prioriza a dignidade do trabalhador, como forma de conceder sustentabilidade ao regime instituído, não há dúvidas a respeito da diretriz interpretativa que se deve dar ao Direito do Trabalho.

Portanto, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1º CF/88, sua eficácia social deveria ser uma realidade, conferindo o pleno acesso à sua realização pelos titulares destes bens constitucionalmente assegurados.

E ainda, reconhecido que o Direito do Trabalho é fruto inerente à construção dos Direitos Humanos fundamentais, e que estes ostentam de forma inovadora lugar de destaque na construção do Estado brasileiro e de sua democracia, possuindo, inclusive, eficácia social plena e necessária, de forma a

atingir a justiça social, é certo que o direito ao trabalho e a perda do posto de trabalho também devem ser vistos sob esta ótica.

Entretanto, a atual hermenêutica jurídica nem sempre tem garantido a eficácia social, com a produção dos efeitos materiais aos titulares do direito previsto na norma constitucional do artigo 7º, I, CF/88, objeto específico deste estudo, uma vez que a livre dispensa tem predominado nas relações contratuais e sido bem aceita pelos intérpretes jurídicos.

A este respeito há que se investigar a relação dicotômica que se mantém entre a proteção desses direitos e o contrato de emprego, contrato no qual são exercidos os poderes empregatícios que garantem a exploração da mão-de-obra do trabalhador no modelo de produção capitalista.

1.2. O CONTRATO DE EMPREGO

Em estudo sobre a natureza jurídica do contrato individual de trabalho, Cesarino Júnior conclui que “o contrato individual de trabalho é um contrato de direito privado, consensual, sinalagmático perfeito, oneroso, comutativo e do tipo de contratos de adesão”. CESARINO JUNIOR, 1938, p. 113

A princípio, a existência de um contrato privado, em razão do qual poderá ser explorada a mão-de-obra com a incidência de poderes empregatícios, leva a crer que as partes têm liberdade para estabelecerem regras próprias e a elas se submeterem, obrigando-se mutuamente ao seu cumprimento como se fosse lei, no estrito modelo civilista do *pacta sunt servanda*.

Apesar de referido conceito de liberdade estar ligado às declarações de direitos civis do final do século XVIII, não há como negar a existência atual de movimento político no sentido de desregulamentação do Direito do Trabalho para aproximá-lo da informalidade, ou meros contratos de troca entre particulares, a exemplo da edição da Lei 13.467/2017 com a implementação do artigo art. 444 da CLT, e com ele a figura do trabalhador hipossuficiente e sua plena liberdade de negociação com seu empregador.

Entretanto, há um desvirtuamento do conceito, pois “para o conceito de contrato, o elemento essencial reside de fato na liberdade do consentimento para a constituição da relação e não da liberdade de consentimento para a determinação do conteúdo da relação” CESARINO JUNIOR, 1938, p. 109, daí porque a regulamentação abundante, com a intervenção de normas imperativas, torna os contratos individuais de trabalho ainda mais contratuais SANSEVERINO, 1937, p. 61, porque seu conteúdo é inafastável e de adesão, e não é sem razão que assim seja, porque:

A diminuição da autonomia na fixação do conteúdo do contrato individual de trabalho aumentou o equilíbrio entre o peso das duas vontades contratuais, realizando assim a função social do contrato, que é a de reconduzir a formas pacíficas e equitativas aquelas que são relações de violência e de supremacia do mais forte. CESARINO JUNIOR, 1938, p. 110

Assim, apesar do caráter violento da exploração da força produtiva, o contrato individual de trabalho exerce função social pacificadora e de respeito aos direitos humanos fundamentais, passando de uma análise estritamente econômica e de troca entre trabalho e salário para um compromisso de proteção efetiva do trabalhador.

A referida proteção é imperativa porque antes de serem parte do contrato de emprego, os trabalhadores têm direitos fundamentais pelo simples fato de serem humanos⁸, trazendo para dentro do contrato de emprego toda a gama de direitos garantida ao ser humano, conferindo a plena eficácia social a esses direitos conforme já esclarecido neste estudo.

Nesse sentido, Paulo Eduardo V. de Oliveira aponta o princípio básico de que “empregado e empregador devem, reciprocamente, em todas as fases do contrato, incluída a preliminar, respeitar os direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º da Constituição Federal [...]”. OLIVEIRA, 2010, p. 54

Larissa Matos sintetiza os mecanismos limitadores à ao poder de direção do empregador:

⁸ E, portanto, portadores de dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), que age como vetor limitante às proposições de coisificação da pessoa.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que os limites ao poder de direção estão relacionados à observância do princípio da dignidade da pessoa humana, ao respeito aos direitos fundamentais e demais limites impostos pelo ordenamento jurídico, incluídas as normas oriundas de negociação coletiva e o princípio da boa-fé. MATOS, 2022, p. 90

E segue indicando a origem normativa de sua afirmação:

Sobre a limitação de poderes do empregador, Pachés (2005) ensina que é necessário limitá-lo perante o empregador, pois certas manifestações de liberdades públicas que gozam os cidadãos não são legítimas nas relações laborais.

Ademais, esse limite é imposto pelo Direito contemporâneo, que não permite arbitrariedades (art.187, CC), isto é, a liberdade do empregador encontra limites dentro do próprio ordenamento jurídico e sistema trabalhista. Nesse sentido, aparece o Direito do Trabalho para operar nessa lógica de limitação do poder empregatício, regulando a liberdade empresarial, para impedir poderes absolutos patronais.

Um limite muito claro é a boa-fé (art.422, CC), a qual aparece como uma cláusula geral que atua como vetor limitador de direitos subjetivos, agindo para evitar abusos e transgressões contratuais e evitar uso irregular de novas tecnologias. MATOS, 2022, p. 92

Entende-se, portando, que as partes do contrato de emprego devem, reciprocamente, respeitar os direitos humanos fundamentais em todas as fases do contrato, inclusive na extinção contratual. A importância do respeito a estes direitos se dá pela proteção aos interesses subjetivos daquele que vende sua força de trabalho, mas também em perspectiva social na construção da democracia.

Relembra Jólía Lucena que a democracia não se faz só nas eleições, mas é construída em cada relação, em cada potencialidade de decidir e direcionar a cidadania, apontando que a verificabilidade dos motivos que ensejaram a extinção contratual não se presta apenas ao reexame do Poder Judiciário, mas também como mecanismo de controle prévio do próprio empregado MELO, 2014, p. 246.⁹

Assumidas estas premissas, há que se investigar qual a lógica tem justificado a negativa de garantia de direito fundamental ao trabalhador inserido no

⁹ Eneida Melo Correia de Araújo indica a necessidade de democracia dentro das empresas, com o objetivo de aproximar o trabalhador do conceito de cidadão: "Um perfil novo de empresa deve considerar a participação ativa dos trabalhadores nas decisões empresariais, por meio de conselhos, comitês, representação sindical, edição perfilhada dos regulamentos, como medida de promoção social do empregado e desenvolvimento integral do empreendimento". ARAÚJO, 2007

contrato de emprego, pela banalização da dispensa injustificada e/ou arbitrária, que não apenas lhe retira a fonte de renda, mas tende a levar o trabalhador e sua família para longe da condição de cidadãos.

2. RELEVÂNCIA SOCIAL E SUBJETIVA DO EMPREGO

Em meados do século XIX, olhando para a recente sociedade industrial, Karl Marx entendeu o desemprego como uma condição necessária para a acumulação de capital, enfatizando que para essa acumulação não ser contida por uma eventual escassez de trabalhadores ou por uma forte elevação salarial, o desenvolvimento do capitalismo havia providenciado a formação de um exército industrial de reserva, composto de desempregados, trabalhadores a domicílio, camponeses, que podiam ser recrutados nos momentos de expansão econômica e evitar pressões salariais. Dessa forma, Marx entendia que o desemprego, os salários muito baixos, próximos ao nível de subsistência, a pobreza, eram resultados inerentes da dinâmica do regime de acumulação de capital, que regulava o mercado de trabalho. (PRONI, 2014)

Assim, as propostas liberalizantes e os altos níveis de desemprego são nada mais que parte de uma estratégia capitalista de dominação, para obtenção de maiores lucros, à revelia da dignidade da classe trabalhadora, que há muito vem sendo tratada como mercadoria, muitas vezes descartável¹⁰. Vive-se uma realidade de crescente índice de desemprego¹¹, enquanto os trabalhadores empregados sujeitam-se a jornadas de trabalho extenuante¹², evidenciando o quão paradoxal é o Direito ao Trabalho.

E para entender o significado social e subjetivo da perda do posto de trabalho, neste tópico, cabe a análise de como se construiu o valor social atribuído ao trabalho humano, passando de castigo divino a privilégio signo de liberdade e sucesso, e ainda como o ato de dispensa do trabalhador tem sido banalizado e o

¹⁰ A Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (declaração de filadélfia), que traz a Declaração referente aos fins e objetivos da OIT, aponta que um dos princípios fundamentais sobre os quais repousa a OIT é justamente a noção de que o trabalho não é uma mercadoria (OIT, 1944)

¹¹ Embora a taxa de desocupação do país no terceiro trimestre de 2022 foi de 8,7%, recuando 0,6 ponto percentual (p.p.) ante o segundo trimestre de 2022 (9,3%) e caindo 3,9 p.p. frente ao mesmo trimestre de 2021 (12,6%), o IBGE indica que no terceiro trimestre de 2022 a taxa de informalidade foi recorde de 39,4% da população ocupada. IBGE, 2022

¹² Segundo informação do TST, entre os anos de 2018 e 2022, as horas extras estão em segundo lugar entre os pedidos em processos, constando em 363.830 demandas TST, 2022.

quanto este impacta em sua subjetividade. Por fim, busca-se identificar a lógica deturpada que tem conduzido o Direito do Trabalho à constante precarização.¹³

2.1. VALOR SOCIAL DO TRABALHO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 193, instituiu que a ordem social tem como base o primado do trabalho, com o objetivo de bem-estar e justiça sociais. Estabelece ainda, em seu artigo 170¹⁴, que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano. Contudo, os argumentos flexibilizadores do Direito do Trabalho colocam em dúvida se o pacto constitucional é de fato possível, se é viável um equilíbrio entre as forças produtivas de capital e trabalho, e se é crível a existência de um capitalismo solidário.

Embora paradoxal o contexto em que o trabalho está atualmente inserido, para se discutir o cumprimento da ordem constitucional há que se investigar o que representa o valor do trabalho para a sociedade contemporânea, significado este resultante de uma complexa construção histórica.

¹³ Ricardo Antunes aponta que o termo precarização, de cunho sociológico, se reflete no aumento da jornada de trabalho, na desregulamentação das leis trabalhistas e dos contratos de trabalho e na contratação por terceirização, e segue: "(...) Em meio a tanta destruição das forças produtivas, da natureza e do meio ambiente, há também, em escala mundial, uma ação destrutiva contra a força humana de trabalho, que tem enormes contingentes precarizados ou mesmo à margem do processo produtivo, elevando a intensidade dos níveis de desemprego estrutural." ANTUNES, 1999, p. 33. Maurício Godinho Delgado traz o termo jurídico, desregulamentação, e o conceitua: "Naturalmente que se pode também considerar a expressão flexibilização no sentido amplo, de modo a abranger a flexibilização autônoma (realizada por negociação coletiva sindical) e a flexibilização heterônoma, realizada por norma jurídica estatal. Esta, por sua vez, poderia englobar dois tipos: a flexibilização parcial, consistente na atenuação da força e amplitude do comando abstrato justralhista clássico, ao lado da flexibilização ampliada, a qual traduz a própria ideia de desregulamentação, ou seja, de afastamento puro e simples das normas clássicas trabalhistas sobre a relação socioeconômica enfocada." DELGADO, 2018, p. 74 Verifica-se que os termos precarização e desregulamentação tratam do mesmo fenômeno, a retirada de direitos do trabalhador, sob óticas distintas, sendo a aquela sociológica e essa jurídica.

¹⁴ Art. 170, CF/88. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (BRASIL, 1988).

Segundo Felice Battaglia, na antiguidade clássica o trabalho era considerado uma atividade de pouco prestígio, relegada aos homens não livres BATTAGLIA, 1958, p. 24. Percebe-se o desprezo pelo trabalho ao analisar a etimologia da palavra, uma vez que na língua grega não há uma palavra que signifique trabalho (usa-se a palavra *ergon*, obra; ou *ponos*, esforço penoso e doloroso); da palavra latina *tripalium* derivou-se a palavra trabalho (instrumento de tortura); e ainda, outra palavra latina *labor* corresponde ao grego, *ponos*. CHAUI, 1995, p. 418-419

Já a civilização hebraica, sem se desvincular do sentido de pena e fadiga dado o trabalho, explica este sentido a ele atribuído ao considerá-lo como castigo imposto ao homem pelo pecado original de Adão:

Porque escutaste a voz de tua mulher, e comeste da árvore de que te ordenei que não comesses; maldita é a terra por tua causa: em fadiga tirarás dela o sustento todos os dias da tua vida. Ela te produzirá também espinhos e abrolhos, e comerás as ervas do campo. No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que tornes à terra, pois dela foste tomado: porquanto tu és pó, e em pó te hás de tornar (GÊNESIS III, 17-19, *apud* BATTAGLIA, 1958, p. 58)

Portanto, sendo o trabalho uma ordem de Deus, a preguiça assume lugar de crime contra a divindade, ou de pecado capital. Assim, consideravam que o trabalho seria o preço a ser pago para a conquista terrena do bem maior, “a fruição das coisas terrenas na isenção de todo trabalho”, dádiva esta concedida não de forma universal a todo aquele que trabalhe, mas apenas ao povo eleito, criando a convicção de que os demais povos deveriam trabalhar para os israelitas. BATTAGLIA, 1958, p. 62

Posteriormente, o cristianismo traz uma visão desprestigiada do trabalho¹⁵, preocupando-se principalmente com a elevação do espírito e o desapego dos bens materiais sem, contudo, abominar o trabalho. Há apenas a ressalva de que o trabalho deve servir para possibilitar o sustento do homem e viabilizar sua vivência cristã, pois o acúmulo de riquezas cria muitas tentações, que podem desviar o homem do caminho até o Reino de Deus¹⁶.

Duas ideologias importantes para o posterior desenvolvimento da consciência capitalista surgiram a partir do protestantismo, com Lutero e Calvino. Para Lutero o trabalho significava uma vocação divina, considerando que Deus desenvolve atividades por intermédio do homem e, portanto, todo trabalho é santo e digno. Para Calvino o trabalho nada mais é que uma predestinação a uma classe específica de homens, sem um fim específico, embora aquele que trabalha deva conduzir sua atividade a realizar boas obras. Nesse sentido, o trabalho pelo trabalho, sem qualquer transcendência, sedimenta o caminho do pensamento moderno rumo ao capitalismo. BATTAGLIA, 1958, p. 125-139

Durante o Renascentismo o pensamento humanista passou a enaltecer o trabalho e o homem em ação, livre e responsável por seu destino, contribuindo com a transmutação do trabalho, de pena pelo pecado original a valorização do homem enquanto ser racional. Este pensamento contribuiu para que a burguesia cada vez mais diminuísse os poderes da Igreja e dos feudos, e legitimasse seu poder. BATTAGLIA, 1958, p. 99 Dessa forma, o trabalho vai ganhando não só o símbolo de dignificação do homem, mas também tornando-se um dever social.

15 “24. Ninguém pode servir a dois senhores, porque ou odiará a um e amará o outro, ou dedicar-se-á a um e desprezará o outro. Não podeis servir a Deus e à riqueza. 25. Portanto, eis que vos digo: não vos preocupeis por vossa vida, pelo que comereis, nem por vosso corpo, pelo que vestireis. A vida não é mais do que o alimento e o corpo não é mais que as vestes? 26. Olhai as aves do céu: não semeiam nem ceifam, nem recolhem nos celeiros e vosso Pai celeste as alimenta. Não valeis vós muito mais que elas? 27. Qual de vós, por mais que se esforce, pode acrescentar um só côvado à duração de sua vida? 28. E por que vos inquietais com as vestes? Considerai como crescem os lírios do campo; não trabalham nem fiam. 29. Entretanto, eu vos digo que o próprio Salomão no auge de sua glória não se vestiu como um deles. 30. Se Deus veste assim a erva dos campos, que hoje cresce e amanhã será lançada ao fogo, quanto mais a vós, homens de pouca fé? 1. Não vos aflijais, nem digais: Que comeremos? Que beberemos? Com que nos vestiremos? 32. São os pagãos que se preocupam com tudo isso. Ora, vosso Pai celeste sabe que necessitais de tudo isso. 33. Buscai em primeiro lugar o Reino de Deus e a sua justiça e todas estas coisas vos serão dadas em acréscimo. 34. Não vos preocupeis, pois, com o dia de amanhã: o dia de amanhã terá as suas preocupações próprias. A cada dia basta o seu cuidado.” (Mateus, VI, 24-24)

16 E lhes digo mais: É mais fácil passar um camelo pelo fundo de uma agulha do que um rico entrar no Reino dos céus”. (Mateus, XIX, 24)

Esta retomada da evolução histórica do trabalho na humanidade não serve para analisar perfeitamente o valor social do trabalho inserido no modelo de produção capitalista como se conhece, pois ainda não se dava conta da classe proletária surgida após a revolução industrial, e muito menos do Direito do Trabalho.

Entretanto, a história é importante para entender a origem de muitas figuras que pairam no imaginário coletivo, como a do índio preguiçoso e o negro indolente, criada pelo brasileiro branco no final do século XIX, quando o capitalismo impôs o fim da escravidão e substituiu a mão-de-obra escrava pelo trabalhador livre europeu; e a figura caricata do Jeca Tatu, de Monteiro Lobato, caipira ocioso e sem trabalho. Esse imaginário ainda hoje traz figuras como o nordestino preguiçoso, a criança de rua vadia (termo este também utilizado para prostitutas), o mendigo, que deveria estar trabalhando ao invés de vadiar. CHAUI, 1999, p. 10

Neste contexto, por muito tempo, a Carteira de Trabalho serviu como documento de identificação de homens de bem, como forma de provar que não vagabundeavam pelas ruas. Tão arraigado socialmente o conceito da vadiagem, que o art.59 da Lei de Contravenções Penais de 1942 ainda prevê o crime¹⁷.

É esta imagem que traz ao trabalhador desempregado o sentimento de culpa e humilhação, que interfere na maneira como a sociedade o enxerga, bem como na percepção de si próprio, contribuindo para que, na busca de sua sobrevivência, aceite laborar mesmo que em condições precárias.

No 1º trimestre de 2021, a taxa de desocupação, no Brasil, foi estimada em 14,7%. Esta estimativa apresentou aumento de 0,8 ponto percentual em comparação com o 4º trimestre de 2020 (13,9%), e aumento de 2,5 pontos percentuais frente ao 1º trimestre de 2020 (12,2%). No confronto trimestral por Regiões, esse indicador apresentou o seguinte comportamento: Norte (aumento de 12,4% para 14,8%), Nordeste (aumento de 17,2% para 18,6%), Sudeste (estabilidade), Sul (estabilidade) e Centro-Oeste (estabilidade). A Região Nordeste

¹⁷ Art. 59 da Lei de Contravenções Penais de 1942. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena (BRASIL, 1942).

permaneceu registrando a maior taxa de desocupação entre todas as regiões (18,6%). IBGE, 2021

Embora exista um movimento político que pregue “mais empregos e menos direitos ou menos empregos e mais direitos”¹⁸, o que se espera do direito do trabalho é que este possibilite o acesso a formas dignas de trabalho, que permitam ao indivíduo a construção de si mesmo e do mundo que o cerca também fora do trabalho, permitindo-lhe gozar do lazer e do convívio social pois, nas palavras de Ricardo Antunes, “uma vida cheia de sentido fora do trabalho supõe uma vida dotada de sentido dentro do trabalho” ANTUNES, 2018, p. 305.

Portanto, o trabalho como valor social pressupõe o exercício de um trabalho decente, conforme preceitua a OIT:

“Formalizado pela OIT em 1999, o conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Trata-se de um conceito central para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pelas Nações Unidas, em especial o ODS 8 , que busca “promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos”. Os principais aspectos de trabalho decente também foram amplamente incluídos nas metas de muitos dos outros ODS da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável .

O trabalho decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT:

1. o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil);
2. a promoção do emprego produtivo e de qualidade;
3. a ampliação da proteção social;
4. e o fortalecimento do diálogo social.” OIT, 2021

¹⁸ Durante a campanha eleitoral de 2018, Bolsonaro e Guedes frisavam que a população brasileira deveria escolher entre empregos ou direitos. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/blogs/observatorio-banco-central/bolsonaro-e-guedes-deixam-legado-de-menos-empregos-menos-direitos-e-menos-renda/>. Acesso em 12 de dezembro de 2022.

Dessa forma, o trabalho decente é um valor social e o direito ao trabalho deve ser entendido como “direito público subjetivo que o cidadão pode exigir do Estado políticas públicas que concretizem a oportunidade de trabalho para todos e não, apenas, para alguns” (Oliveira, 2020, p. 135)

Contudo, mesmo sendo um direito subjetivo de todo cidadão, o trabalho tem assumido formas e discursos que caminham em direção a uma suposta liberdade empreendedora, que banaliza o vínculo empregatício e a dispensa do trabalhador, criando ficções como a empresa cidadã¹⁹.

2.2. BANALIZAÇÃO SOCIAL DA DISPENSA

Considerando que a livre dispensa cria barreiras intransponíveis à efetividade do Direito do Trabalho, pois o medo da retaliação veda qualquer atuação reivindicatória, é certo que a realização do princípio protetor somente será palpável se efetivo o direito ao trabalho.

Nesse sentido, a centralidade do estudo sobre a dispensa é verificada na proporção em que a forma e o grau de sua limitação servem como parâmetros do avanço da onda liberalizante sobre os direitos sociais ou do valor progressivo do direito do trabalho, uma vez que só há como garantir respeito aos demais direitos trabalhistas durante a vigência do contrato de trabalho, se este não estiver ameaçado pela livre dispensa.

Em um viés progressivo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, além de indicar o regime democrático como a única solução legítima de organização do Estado, conforme já mencionado, estabelece como parte da instrumentalização deste objetivo institucional, em seu artigo 23, que “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego” (“Declaração Universal

¹⁹ Criado em 2008, o Empresa Cidadã é um programa que concede benefícios fiscais a empresas que prolongam a licença-maternidade e a paternidade. Foi instituído pela Lei nº 11.770/2008 — posteriormente atualizada para incluir a prorrogação do afastamento dos pais — e regulamentado pelo Decreto nº 7.052/2009.

dos Direitos Humanos”, 1948). Portanto, o direito ao trabalho deve ser garantido pelos Estados e pela iniciativa privada²⁰ como parte do projeto de sociedade democrática buscado no pós-guerra.

Depreende-se, portanto, que em uma sociedade capitalista, na qual o trabalhador garante sua subsistência pela venda de sua força de trabalho, para ter acesso a direitos básicos como a saúde, moradia, alimentação, educação, transporte e cultura, é certo que a dispensa priva seu destinatário não somente de seu emprego, mas também contribui para a perda de seu *status* de cidadão (GRAU; REY, 2009, p. 47)

Estudar a banalização social da dispensa importa em dialogar com fontes interdisciplinares, para além do Direito do Trabalho, como os Direitos Humanos, em tópico já abordado neste estudo, Sociologia, na perspectiva do sociólogo Vincent de Gaulejac e da filósofa-política Marilena Chauí, e Psicologia social do trabalho, pela obra da psicóloga Márcia Espanhol Bernardo e do psiquiatra e psicanalista, especialista em psicodinâmica do trabalho, Christophe Dejours.

Para Dejours, o processo de subversão dessa lógica garantista do direito ao trabalho não deve ser visto como resultado natural do processo civilizatório, mas sim um ato volitivo de quem o conduz:

Acreditar que o desemprego e a exclusão resultam de uma injustiça ou concluir, ao contrário, que são fruto de uma crise pela qual ninguém tem responsabilidade não é algo que dependa de uma percepção, de um sentimento ou de uma intuição, como o é no caso sofrimento. A questão da justiça ou da injustiça implica antes de tudo a questão da responsabilidade pessoal: a responsabilidade de certos dirigentes e nossa responsabilidade pessoal estão ou não implicadas nessa adversidade? (DEJOURS, 2013, p. 20)

Na contramão dessas garantias democratizantes previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o discurso neoliberal prega que a destruição do direito ao trabalho é o caminho natural de um mundo globalizado e de seu desenvolvimento econômico. Nessa visão, o ato de dispensa do trabalhador seria um ato banal, ou nas palavras de Antonio Baylos e Joaquín Pérez Rey:

[...] as visões tão frequentes do ato de dispensa em que este se apresenta como um ato politicamente neutro derivado de

²⁰ Inclusive, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 1 e 8 da Agenda 2030 envolvem a erradicação da pobreza e o trabalho decente – e para alcançar esas metas, é essencial o trabalho conjunto do poder público e iniciativa privada.

exigências organizativas e objetivas sobre a atividade da pessoa que trabalha, ou como um ato derivado da racionalidade e do cálculo econômico da gestão empresarial, são perspectivas que se inscrevem em um projeto político de dominação social que não se compartilha. (GRAU; REY, 2009, p. 46)

Esta cultura neoliberal tem alterado drasticamente o significado social do ato de dispensa, em função de uma lógica que permeia o *mainstream*²¹ gerencial, tentando e conseguindo transmutar o modo como as empresas são vistas no meio social, deixando de serem vistas apenas como lugar de exploração, exploração esta que representa o símbolo extremo do capitalismo, para se tornarem um modelo a ser imitado (BENDASOLLI, 2009, p. 46), não só por outras organizações, mas também um modelo a ser internalizado pelos próprios trabalhadores. Tamanha a confusão entre indivíduo e empresa, que se passa a cogitar no que tem sido chamado de empresa cidadã:

Melhor ainda é o conceito que, diz Forrester, nem o surrealismo ousou inventar, o da “empresa cidadã”, aquela que recebe todo tipo de subvenção, isenções de taxas, possibilidades de contratos vantajosos para que, com civismo, ofereça empregos.

Benevolente, ela aceita. Não emprega ninguém. Desloca-se, ou ameaça fazê-lo, se tudo não correr conforme sua vontade. Ninguém pergunta qual a operação miraculosa pela qual a miséria do desemprego se traduz em vantagens para as empresas e sem nenhum resultado para o país onde se dão ao desfrute de se instalar. Por que a estupidez complacente de governos que não enxergam que empresas não são cívicas (pertencem à esfera privada, isto é, ao mercado), não são agentes de caridade e não empregam porque não precisam dos empregos para ter lucros? CHAUI, 1999, p. 52

Seguindo o texto acima de Marilena Chauí, escrito em 1999, a autora aponta, em uma nota de rodapé, que já naquela época a empresa automobilística Ford havia recusado condições impostas pelo governo estadual do Rio Grande do Sul, obtendo do governo federal todo tipo de isenção para se instalar na Bahia e, gradualmente, fechar suas portas em São Paulo. Alerta Chauí: “tão logo um outro país ofereça melhores condições de lucro, ela se deslocará, deixando um rastro de desemprego pelo Brasil”. CHAUI, 1999, p. 52

Mais de vinte anos após seus escritos, a tese de Marilena Chauí se comprova com uma precisão assustadora, com o anúncio em janeiro de 2021 que

²¹ *Mainstream* é um conceito que expressa uma tendência ou moda principal e dominante. Segundo o dicionário Michalis, significa: corrente em voga, tendência atual. MICHAELIS, 2022

a empresa Ford encerraria sua produção de veículos no Brasil, fechando três polos industriais que empregam mais de cinco mil trabalhadores diretos, o que prejudicará milhares de outros empregos indiretos. G1, 2021

Esse modelo de gestão empresarial tem influenciado a visão de mundo dos indivíduos, ao reformular a cultura e a sociedade com seu discurso organizacional, no qual a cooperação e a solidariedade, essenciais no sistema de interdependência das relações humanas, são relegadas a discussões como ir bem numa dinâmica de grupo ou como construir uma equipe, ou time, de sucesso, criando um incessante estímulo à competição, como se esta fosse a essência do ser humano.

A apologia à mobilidade e à mudança constantes faz com que a dispensa não seja um problema, mas apenas um desafio de adaptabilidade e reinvenção de si mesmo, do sujeito que trabalha, que deve estar sempre aberto à mudança e ao risco próprios do empreendedorismo.

No mesmo sentido, Gaulejac, em seu livro *Gestão como doença social*, afirma que o paradigma utilitarista transformou a sociedade em uma máquina de produção e o homem em agente a serviço da produção, fazendo com que a economia se torne a finalidade exclusiva da sociedade, contribuindo para a transformação do humano em recurso, em um processo de reificação do homem. Considera esta realidade um contrassenso, pois entende que o desenvolvimento empresarial só tem sentido se contribuir para a melhoria da sociedade e, portanto, do bem-estar individual e coletivo e, definitivamente, se estiver a serviço da vida humana. (GAULEJAC, 2007, p. 75).

Assim como em uma empresa, a produtividade e a eficiência humanas passam a ser medidas mensuráveis, e o que se esperava apenas dos recursos maquínicos passa a ser esperado dos recursos humanos, que devem reger-se pelo princípio do zero atraso, zero falha, zero papel, da assertividade e da qualidade total, não sendo mais normal ser limitado. O ideal de perfeição não é mais um horizonte, é uma norma a ser aplicada.

Nesse ideal, que coloca as empresas como um modelo a ser seguido, o discurso que predomina é aquele que prega o empreendedorismo e uma suposta liberdade entre as partes do contrato de trabalho, criando figuras como o trabalhador hipersuficiente, trazida ao artigo 444 da CLT pela Lei 13.467/17; o trabalho intermitente verificado no §3º do artigo 443 da CLT; a estranha regulação

do exercício do trabalho autônomo prevista no artigo 442-B da CLT; a possibilidade de terceirização de atividades fim trazida pela lei 13.429/17, a possibilidade de dispensa coletiva de trabalhadores sem a necessidade de negociação com o sindicato profissional conforme artigo 477-A da CLT; o elástico da jornada em regime de tempo parcial de 25 horas semanais para até 32 horas semanais, sem a necessidade de pagamento de horas extras, conforme artigo 58-A da CLT; o parcelamento do gozo de férias previsto pelo artigo 134, §1º da CLT; a possibilidade de concessão de intervalo intrajornada, para refeição e descanso, inferior ao mínimo de 01 (uma) hora, nos termos do artigo 611-A da CLT.

Todas estas mudanças são alguns poucos exemplos das recentes alterações havidas na regulação das relações de trabalho, feitas sob o argumento da necessidade da aceleração da economia e geração de empregos, aliado ao espírito da modernização e da flexibilidade.

Márcia Espanhol Bernardo compara o discurso empresarial de flexibilização àquele feito pelo personagem de *Lampedusa*²² que, ao proclamar e defender mudanças nas relações entre capital e trabalho, em verdade pretende apenas que estas permaneçam como sempre foram. “Trata-se de um discurso flexível que visa a negar a dura realidade imposta aos trabalhadores” (BERNARDO, 2009, p. 183)

Assim como o personagem literário, o capitalista contemporâneo tem feito coro ao discurso de liberdade da classe trabalhadora, para manter sua exploração, ou até mesmo acentuá-la, diante dos privilégios do empreendedorismo de si mesmo. Esse cinismo faz parte de uma estratégia eficiente para sustentar o discurso neoliberal, que defende a redução de direitos trabalhistas essenciais como única saída para os novos desafios no mundo do trabalho, conforme muito bem analisa Gustavo Seferian:

Como podemos notar, o cinismo mostra-se disseminado no âmbito do neoliberalismo trabalhista. Em verdade, não poderia ser outra a consequência, principalmente quando constatamos o momento em que o discurso cínico torna-se hegemônico enquanto representação da ideologia: com a queda do socialismo real em parte significativa do globo, o capital não mais precisa promover uma falsa aparência de “civildade”, “progresso” ou “humanidade”,

22 No livro *Il Gattopardo de Lampedusa*, romance que se passa na Sicília do século XIX, o aristocrata Tancredi Falconeri se junta ao movimento de luta contra a sociedade que lhe proporcionava sua posição social privilegiada com o único objetivo de mantê-la. (LAMPEDUSA, 1999)

tornando explícitos seus reais intuitos – máxima e necessária exploração da força de trabalho, maleável a todo custo visando sua expansão – e o seu modus operandi – propalando pela mídia um discurso de eficiência, lucro e concorrência [...] MACHADO, 2012, p. 159

Embora possa se reconhecer algo de novo neste movimento do capital, é certo que referidas mudanças fazem parte de uma antiga e permanente estratégia de aumento da mais valia pela redução de direitos.

Mas, para além do controle dos corpos, o capital passou a buscar a canalização das pulsões e mobilização do espírito dos trabalhadores, em um processo de convencimento de sua dominação, fazendo com que o trabalho se tornasse um lugar de realização de si mesmo (GAULEJAC, 2007, p. 115). As exigências autoritárias, embora existentes, deram lugar à lógica de desejo do próprio trabalhador em sair-se bem e ter sucesso, de ser livre para trabalhar 24 horas por dia, principalmente com o advento dos meios telemáticos de comunicação. São alienados da construção de si mesmos, para mirarem no sucesso profissional e financeiro, e na ascensão na carreira (GAULEJAC, 2007, p. 157). A lógica do *mainstream* gerencial coloca o trabalho como faceta essencial e necessária para a construção de um sujeito de sucesso.

Portanto, a exaltação das individualidades do trabalhador tende a arrefecer as subjetividades coletivas, a começar pela sindical, fortemente atacada pelas propostas reformistas das últimas décadas, dificultando uma identidade de classe que dê sentido amplo e coletivo ao ato de dispensa.

A dispensa passa a ser insignificante, ou mesmo vista como resultado individual de um fracasso, de uma readequação organizacional, ou mesmo de uma inaptidão competitiva acaba por relegar o trabalhador à informalidade e, por vezes, à miséria.

A prática forense revela um inconsciente coletivo perverso que banaliza as postulações que versem apenas sobre o inadimplemento de verbas rescisórias. Diz-se comumente nos corredores dos fóruns trabalhistas: “o processo é simples, pede apenas as verbas rescisórias!”. Observe-se, antes de mais nada, o verbo que declara onde o trabalhador é colocado na lógica capitalista, como alguém que chega ao juízo pedindo, e não exigindo, que seus direitos alimentares básicos sejam tutelados pelo Estado.

E a realidade é que grande parte dos processos trabalhistas versam sobre o não pagamento de verbas rescisórias e contratuais básicas. De acordo com dados do Tribunal Superior do Trabalho, no período entre os anos de 2018 e 2022, os principais pedidos em processos, respectivamente, foram multa de 40% do FGTS (385.392), horas extras (363.830), multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias (341.510), aviso prévio (319.518). TST, 2022

Não bastasse a dispensa e conseqüente retirada de sua fonte de subsistência, pela premência de suas necessidades básicas, o trabalhador se vê tensionado a negociar/parcelar suas verbas alimentares, que possuem prazo legal para pagamento, com o apoio de uma postura conciliatória da Justiça do Trabalho que, em não raras vezes, significa fazer com que o trabalhador receba muito menos do que tem direito, e ainda com a inserção de cláusulas abusivas de quitação geral do contrato de trabalho que, em verdade, consiste em uma aberração jurídica criada para promover a vedação do acesso à justiça.

O que se espera do Direito do Trabalho, por meio da postulação judicial, é que este sirva para a garantia efetiva de direitos dos trabalhadores, e não apenas para indenizar, por meio de compensação pecuniária, uma violação de direito pretérita, de contrato de trabalho extinto, muitas vezes fulminada pela prescrição.

Antonio Baylos e Joaquín Pérez Rey consideram a dispensa um ato de força, um fenômeno de violência inserido nos poderes empregatícios, por entenderem que a dispensa, por meio da privação do trabalho, expulsa o trabalhador de uma esfera social para colocá-lo, em muitos casos, em um sistema de precariedade como regra de vida, que repercutirá em seus vínculos afetivos, familiares e sociais (GRAU; REY, 2009, p. 43). Violência esta que deve ser vista como problema que afeta a democracia, pela violação ao princípio da igualdade material entre todos os cidadãos.

Este culto à empresa, que passa a ser um referencial comportamental e de novos valores, interfere diretamente na subjetividade do indivíduo trabalhador que, apesar de influenciar-se pela retórica organizacional e flexível do empreendedorismo de si mesmo, sofre a violenta realidade da dispensa irrestrita que o relega à precariedade.

2.3. O IMPACTO SUBJETIVO DA PERDA DO POSTO DE TRABALHO

Bendassolli, ao definir o que é a subjetividade, a considera como uma prática linguística decorrente da maneira como se aprende a ser sujeito no mundo, sendo importante o sistema global de crenças de uma sociedade para a construção dessa subjetividade individual (BENDASOLLI, 2009, p. 94).

Sabe-se que o reconhecimento do ser humano como sujeito, indivíduo, não é um dado inerente à sua existência. A exemplo disso, a história nos mostra que a escravidão é a negativa da condição humana ao ser escravizado, que é subjugado às vontades e desmandos de seu senhor/dono, dificultando a construção e inviabilizando a realização de sua subjetividade humana, com o apoio e legitimação social destes não-lugares. Ou seja, o sistema global de crenças adotado pela sociedade escravagista negava a construção da subjetividade individual a uma parcela de seres humanos.

Importante considerar que a construção da subjetividade e o reconhecimento do ser como indivíduo leva em conta a perspectiva do ser consigo mesmo, e este com a sociedade. Contudo, a narrativa da subjetividade do ser escravizado se dá apenas, em grande parte, pela análise reducionista do ser com a sociedade, pois a negação da subjetividade do indivíduo pela sociedade escravocrata acabou, inclusive, dificultando a construção de uma história narrada na perspectiva do ser escravizado consigo mesmo, fazendo com que a perspectiva seja quase sempre imprópria.

Bendassolli segue sua análise pela sociedade de classes do século XIX, demonstrando o quanto o trabalho foi importante para a construção da subjetividade dos indivíduos daquela época, frisando que, embora o trabalho não fosse a única faceta subjetiva do ser, o conjunto de crenças culturais considerava verdadeira a estreita ligação entre o trabalho e o próprio caráter pessoal. Exemplifica ainda que a ética protestante considerava que o ser humano era tão somente o que era por sua posição dentro de classes, redes, associações, etc. que tinham como epicentro o trabalho. (BENDASOLLI, 2009, p. 95)

Pontua que as linguagens de construção da subjetividade se ampliaram, fazendo com que o trabalho seja apenas uma faceta, não essencial, da

identificação do ser humano como sujeito, não devendo o desemprego ser visto como um empobrecimento da subjetividade. (BENDASOLLI, 2009, 96)

Contudo, é verdade que a perda do trabalho tem forte significado subjetivo para o reconhecimento do trabalhador consigo mesmo e perante seus pares.

As dispensas representam rupturas para os trabalhadores atingidos, traumatismos, perdas das quais nem sempre se tem consciência, traumas estes às vezes encobertos por imperativos econômicos, financeiros, ou por ideais de modernização das relações de trabalho (GAULEJAC, 2007, p. 199), ou seja, representam a quebra de contratos implícitos, que pressupõem a continuidade da prestação de serviços.

Em estudo realizado pela equipe de medicina do trabalho de Grenoble, na França (COMMAILLE, 1999), os médicos Achard, Chastel e Dell'accio observaram o aparecimento de perturbações em trabalhadores que vivem a ameaça da perda do emprego, no qual constataram que “os assalariados se sentem traídos, destruídos” manifestando sintomas psicológicos como a desmotivação – “não suportamos mais” -, o ceticismo – “não cremos mais” -, a desvalorização – “somos demasiadamente caros” -, a denigração (sic) dos dirigentes – “eles mentem para nós” -, a perda da auto-estima e de identidade profissional – “somos demais”, acrescentando ainda perturbações somáticas e psicossomáticas, que os médicos classificam em cinco categorias:

Perturbações psíquicas: crises de angústia, fobias, estados de pânico, insônia;

Perturbações digestivas: úlceras gástricas, câibras epigástricas, rectocolites ulcero-hemorrágicas;

Perturbações dermatológicas: psoríase, eczemas, crises de urticária;

Perturbações cardiovasculares: infartos do miocárdio;

Perturbações comportamentais: enxaquecas, tabagismo, violências físicas, alcoolismo, suicídios, etc. COMMAILLE, 1999, p. 8

Nessa pesquisa ainda identificou-se que os trabalhadores não dispensados, os chamados sobreviventes, desenvolvem patologias similares daqueles que foram dispensados, com assunção de discursos de culpabilidade e

desvalorização de si e de seu trabalho – “somos demais, custamos demasiadamente caros”.

Segundo Gaulejac (GAULEJAC, 2007), há autores que estabelecem relações entre o processo da perda de um emprego com o processo de luto, sobretudo quando a perda é vista como fracasso pessoal ou exclusão não merecida. Acentua que essa postura é tanto mais frequente quanto mais o ambiente enaltece o mérito pessoal, legitimando um mundo de competição permanente, que glorifica os ganhadores e estigmatiza os perdedores.

Nesse aspecto, importante mencionar que a dispensa imotivada quase sempre assume um caráter de dispensa não merecida, especialmente porque o empregador sequer informa ao trabalhador a razão de seu desligamento. O rompimento abrupto da relação havida, a incerteza, o inconformismo e até mesmo revolta pelo evento imotivado, são os sentimentos que aproximam a sensação do luto ao da perda do emprego.

Apesar dessa lógica gerencialista ter reificado as relações sociais dentro das empresas, mesmo naquelas em que o trabalhador é chamado de colaborador, há que se insistir nos valores basilares da Organização Internacional do Trabalho, reconhecidos pela Declaração da Filadélfia, de que o trabalho deve ser fonte de dignidade e que o trabalho não é uma mercadoria. Portanto, o trabalhador também não pode ser considerado uma mercadoria, mas “o produto de uma história da qual ele procura se tornar sujeito” (GAULEJAC, 2007).

Segundo Marx, o homem se aliena em sua mão de obra, para se reencontrar consigo mesmo ao final de sua jornada de trabalho obrigatório. Contudo, dialogando com a assertiva de Marx, Valdete Souto Severo entende que somos enquanto trabalhamos, e por esta razão a perda do lugar de trabalho significa a perda de referências, contatos, amizades, ambiente, rotina, representa perder parte de si mesmo. (SEVERO, 2011, p. 12)

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira considera que a condição de desemprego é um grave obstáculo ao exercício da democracia, uma vez que as próprias instituições políticas capitalistas se estabilizam em torno do trabalho: “A insegurança no emprego determinada pelo pretense direito potestativo de rescisão fragiliza sobretudo a livre manifestação político-ideológica dos trabalhadores.” (Oliveira, 2020, p. 195).

E o que é pior, a atual leitura do Direito do Trabalho que permite a livre dispensa, por um suposto poder potestativo do empregador, implode o conceito democrático acima mencionado, pelo simples pagamento da indenização de 40% sobre as parcelas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Nesse sentido, permitir que o ambiente laboral e o próprio contrato de trabalho sejam espaços democráticos é um desafio que pressupõe a desconstrução de uma lógica compensatória que monetiza o princípio protetor do Direito do Trabalho, e inviabiliza o direito ao trabalho.

2.4. A LÓGICA COMPENSATÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

O judiciário trabalhista lida com questões de direitos humanos fundamentais no contrato mais importante, denso e populoso da sociedade capitalista, o contrato de trabalho. Evidentemente, referido contrato é inerente ao capitalismo, não se buscando aqui qualquer interpretação de mudança ou superação do modelo produtivo vigente. O que se busca é a leitura mais adequada possível à Constituição Federal de 1988, por considerar enviesada, predatória e anticapitalista, a atual sistemática majoritária.

Entende-se, ainda que pareça óbvio, que o Direito do Trabalho não é um direito das relações de trabalho. Ele tem um centro de proteção, e este centro de proteção, como o próprio nome indica, é o trabalho e não o capital. Assim, como o Direito do Consumidor não é um direito das relações de consumo, e não há qualquer espanto ou ojeriza em se dizer que o Código de Defesa do Consumidor é protecionista, deve-se assumir o caráter protecionista do Direito do Trabalho para questionar a lógica que tem sido permitida com a possibilidade da despedida imotivada.

A Justiça do trabalho tem se dedicado, em grande parte, a resolver conflitos que envolvem trabalhadores desempregados, pois durante a vigência do vínculo de emprego o medo de retaliação impede a judicialização das demandas. Nesse sentido, Augusto César Leite de Carvalho aponta que:

No vínculo laboral, o empregador permanece dissimuladamente isento de qualquer queixa ou ação judicial enquanto protagoniza o

conflito, precisamente quando é ele quem o promove. A lei laboral, na prática, incide depois de exaurir-se o conflito, sem incomodá-los antes. Sob a dimensão pragmática, a indenidade que realmente existe é a que protege o empregador da ação judicial. Há uma inversão de valores que denuncia a ineficácia do processo como instrumento e, por conseguinte, da norma de direito material substantivo. CARVALHO, 2013, p. 195

Jorge Luiz Souto Maior relata, em artigo de sua autoria, angústia por não saber responder a um questionamento feito por seu aluno, que disse:

[...] meu irmão trabalha em uma empresa e cumpre várias horas extras chega a trabalhar em finais de semana inteiros e às vezes até de madrugada e não recebe as horas extras; além disso, o local onde trabalha é bastante barulhento e ele está ficando meio surdo. O que ele deve fazer? MAIOR, 2005

Compartilha o autor seu conflito interno diante da pergunta de seu aluno:

Sinceramente, não soube responder. Foi dessas horas em que um nó para na garganta e a gente fica sem fala. Esta é, sem dúvida, uma situação constrangedora, sobretudo, quando os olhares estão voltados para você. A sensação que tinha era de que tudo que eu havia dito até aquele dia não valia nada, pois, sem tentar tapar o sol com a peneira, com respostas vazias de conteúdo prático do tipo, 'ele pode procurar o sindicato, 'pode entrar com uma reclamação trabalhista', no fundo eu bem sabia, e isto é de domínio comum, que àquele trabalhador restaria apenas continuar trabalhando em horas extras, sem recebê-las e correr o efetivo risco de ficar surdo, com prejuízo à sua saúde e ao seu convívio social, se quisesse manter sua fonte de sobrevivência. MAIOR, 2005

O Direito do Trabalho que se apresenta nas ruas é aquele que tolera toda e qualquer violação de direito, inclusive direitos de personalidade, até a extinção do contrato de trabalho, e somente a partir de então o trabalhador se sente seguro²³ para procurar no poder judiciário a reparação pecuniária de seus direitos violados, sem a ameaça da perda de sua subsistência e de sua família.

Contudo, nem sempre o dinheiro repara o sofrimento vivido, o dinheiro não cura a doença profissional incapacitante adquirida, não evita a doença psicológica instaurada pelo assédio sexual no trabalho, o dinheiro não traz de volta a vida que se deixou de viver pelas horas extenuantes de trabalho. Ou seja, o Direito do Trabalho, nos moldes atualmente aplicados, tende a não cumprir seu papel de proteção social.

23 Esta segurança é relativa, na medida em que se tornam cada vez mais comuns as chamadas "listas negras", por meio das quais os empregadores divulgam entre si, de forma velada, os nomes dos empregados que ajuizaram ações trabalhistas contra eles, prejudicando a recolocação no mercado de trabalho.

A lógica de compensação pecuniária não atende à finalidade do Direito do Trabalho, principalmente se considerarmos que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), estabeleceu na Declaração da Filadélfia, dentre seus princípios, que o trabalho não é uma mercadoria. Se não é mercadoria não se deve buscar a mera compensação pecuniária, mas sim a realização da igualdade material durante a vigência do contrato de trabalho, sendo vedada a instrumentalização humana. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Ainda nesta perspectiva, já se apontou – com razão, no nosso sentir, para o fato de que o desempenho das funções sociais em geral encontra-se vinculado a uma recíproca sujeição, de tal sorte que a dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoísta disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (pelo menos em muitas situações, convém acrescentar) o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro. SARLET, 2004, p. 51

Portanto, não há proteção se o trabalhador pode ser despedido sem qualquer argumento, simplesmente porque é a manifestação da vontade do empregador. Não é possível que se exija o respeito à jornada de trabalho, que o local de trabalho seja saudável, que o salário seja pago sem atrasos ou parcelamentos, que não haja descontos salariais ilegais, ou seja, não é possível exercer o Direito do Trabalho na realidade concreta da relação de trabalho se há sempre a possibilidade da despedida imotivada, admitida pela doutrina e pela jurisprudência.

Mas essa lógica não está arraigada apenas na postulação judicial que busca indenização pecuniária de direitos violados, pois a própria legislação trabalhista também a adota, uma vez que, embora não se admita atualmente que as jornadas de trabalho sejam extenuantes, se o forem, as horas extraordinárias são pagas; não deve haver trabalho insalubre ou perigoso, mas se houver, os adicionais de insalubridade e periculosidade fazem sua compensação; o trabalhador deve gozar de repouso semanal remunerado, mas se não gozar, o pagamento será dobrado. Verifica-se que, embora referidas compensações se deem por previsão legal expressa, a lei adota uma lógica contraditória àquela traçada pela OIT, que entende não ser o trabalho uma mercadoria. MELO, 2014, p.

Se o trabalho não é mercadoria, não deve a legislação, a doutrina a jurisprudência tratá-lo como tal, permitindo que a compensação pecuniária compre qualquer violação de direitos ou até mesmo que esta compensação seja revestida pelo manto legislativo, sob pena de contradizer a base principiológica do Direito do Trabalho.

É sob este prisma, de subversão da lógica compensatória do Direito do Trabalho e retomada da proteção do trabalho, que se pretende estudar a boa-fé na extinção dos contratos de trabalho e, para tanto, se faz necessária a análise das modalidades de cessação contratual e suas reais motivações.

3. CESSAÇÃO CONTRATUAL

Assim como nos demais negócios jurídicos, o contrato de trabalho nasce com a celebração do contrato, cumpre-se de acordo com o pactuado pela prestação de serviços e pela contraprestação pecuniária, invariavelmente sofre alterações ao longo do tempo e, por fim, extingue-se.

Para o Direito do Trabalho, a terminação do contrato de emprego assume grande importância por contrariar interesses sociais coletivos, sendo indesejável para o atingimento das finalidades deste ramo do direito. Maurício Godinho Delgado entende que essa preocupação se acentua no modelo de sociedade capitalista em que o contrato de emprego está inserido:

É que este fato transcende o interesse individual das partes, uma vez que tem reflexos no âmago da estrutura e dinâmica sociais: afinal, o desemprego não pode e não deve interessar à sociedade, ao menos em contextos de convivência e afirmação democráticas. Em uma Democracia, todos os indivíduos são sujeitos de direitos, e a todos deve ser assegurada a dignidade, independentemente de sua riqueza pessoal ou familiar. Assim, o trabalho com garantias mínimas – que no mundo capitalista tem se traduzido no emprego, ao menos para os despossuídos de poder socioeconômico – torna-se, na prática, o grande instrumento de alcance do plano social da dignidade humana. Ou seja, torna-se o instrumento basilar de afirmação pessoal, profissional, moral e econômica do indivíduo no universo da comunidade em que se insere. DELGADO, 2018, p. 1304

Se faz ainda mais problemática a dispensa desmotivada por vontade do empregador, por simples exercício de um suposto poder potestativo, poder este quase absoluto, por desconsiderar importantes aspectos sociais que envolvem a extinção do contrato de trabalho, bem como por envolver direitos humanos fundamentais do trabalhador. Este é o ponto central deste estudo, principalmente se considerada a ponderação de Antonio Baylos e Joaquín Pérez Rey, já trazida no capítulo anterior, que entende ser a dispensa um ato de violência inserido nos poderes empregatícios, uma vez que esta expulsa o trabalhador de uma esfera social para colocá-lo, invariavelmente, em um sistema de precariedade. E, ainda que assim não seja, é certo que o caráter amedrontador desse tipo de cessação contratual inviabiliza a democracia durante a vigência dos contratos, pelo constante medo da dispensa como punição a qualquer ato reivindicatório.

Contudo, antes de aprofundar o estudo na modalidade de extinção do contrato de trabalho que interessa à presente pesquisa, a dispensa imotivada, há que se conhecer as demais modalidades com o intuito de trazer ao leitor um panorama de onde o problema está inserido.

Délio Maranhão, bem como grande parte da doutrina justrabalhista, aponta a existência das hipóteses de rescisão contratual, resolução contratual e de rescisão contratual, indicando ainda um quarto grupo inominado de ruptura do contrato laboral. MARANHÃO, 1981, p. 521

Existem três tipos de extinção contratual que assumem a denominação de rescisão, sendo aquelas que envolvem atos lícitos de vontade das partes. O primeiro é a rescisão por ato de vontade do trabalhador, mais conhecido como demissão ou pedido de demissão. O segundo tipo é a rescisão por ato de vontade do empregador, denominado dispensa ou dispensa sem justa causa ou, ainda, dispensa imotivada. O terceiro é a rescisão bilateral do contrato, ou distrato, inserido pela Lei 13.467/17 na CLT, mais especificamente no artigo 484-A, prevendo a possibilidade de acordo entre empregado e empregador. Neste terceiro ainda se inserem as rupturas por adesão do empregado a PDV ou PDIs, consubstanciadas no artigo 477-B da CLT, também incluído pela reforma trabalhista de 2017.

A modalidade de resolução contratual compreende toda ruptura resultante de descumprimento faltoso de qualquer uma das partes ou outra forma de impossibilite a execução do contrato, estando enquadradas nesse grupo quatro tipos de extinção do contrato. O primeiro seria a extinção contratual por infração do trabalhador, ou dispensa por justa causa. O segundo seria a resolução contratual por ato faltoso do empregador, chamada de despedida indireta. O terceiro seria a resolução por culpa recíproca. E o quarto tipo seria a resolução contratual por implemento de condição resolutiva²⁴.

A rescisão contratual, de acordo com esta classificação, compreenderia à extinção contratual em razão de nulidade, tendo como exemplos os contratos

24 Maurício Godinho Delgado esclarece que resolução contratual por implemento de condição resolutiva é raríssima, senão inviável, no Direito brasileiro, porque a única situação apresentada pela CLT, artigo 475 §2º, não é aplicável, uma vez que a indenização rescisória ali liberada era prevista no *caput* do artigo 477 da CLT, não recepcionado pelo artigo 7º, I, da Constituição, e art. 10, II, de seu ADCT.

firmados por entidades estatais sem a realização de concurso público (Súmula 363 do TST), ou ainda contratos com objeto ilícito (a exemplo da OJ 199, SDI-I do TST).

No quarto grupo, inominado, de modalidades de extinção do contrato de trabalho, estariam as demais hipóteses que, por algum motivo, não se enquadram nos gêneros acima explicitados como, por exemplo, término contratual em razão de aposentadoria compulsória do empregado; extinção da empresa ou estabelecimento por motivo de força maior (art. 502 da CLT) ou em decorrência do falecimento do empregador, se pessoa natural, (art. 485 da CLT); ou ainda da morte do trabalhador; ou mesmo da falência (Art. 449, §2º da CLT).

Embora a classificação entre rescisão, resolução e rescisão seja a mais comum na literatura jurídica, é certo que não há convergência quanto à conceituação de cada modalidade acima apontada. Neste sentido, Homero Batista Mateus da Silva observa:

Muita energia foi empreendida para diferenciar rescisão, rescisão e resolução de contrato de trabalho, mas a separação dos termos enfrenta obstáculos na transposição dos conceitos civis para a dinâmica trabalhista e, aos poucos, foi perdendo fôlego. SILVA, 2009, p. 233

Razão assiste à crítica de Homero Batista, tanto que o mais comum é que se empregue termos genéricos para tratar a grande maioria das modalidades de extinção contratual, de forma a evitar que a linguagem cause empecilhos na compreensão do objetivo em discussão.

Além da dificuldade de classificação das modalidades de extinção do contrato de trabalho nas categorias acima, Jólia Lucena aponta que tais expressões não explicitam a distinção mais densa que deve preponderar entre as formas de cessação contratual, por entender que a distinção deve tocar nitidamente nos motivos de fundo que consubstanciam a causa de extinção, adotando a seguinte categorização:

- a) causa normal (como exceção à regra da continuidade) e
- b) causas atípicas (onde figuram todas as modalidades de extinção contratual onde rege o princípio da continuidade), sendo estas últimas subdivididas em:
 - b.1) objetivas (as quais independem da vontade das partes, tais como: morte, força maior, fato do príncipe e decorrentes de nulidades), e

b.2) subjetivas (decorrentes da vontade de uma ou ambas as partes, direta ou indiretamente) MELO, 2014, p. 83

As chamadas causas normais de extinção do contrato de trabalho compreendem aquelas ocorridas pela execução plena do pacto contratual, pelo atingimento de seu termo final, como ocorre nos contratos a prazo com termo final prefixado. Já o modo anormal de extinção do contrato seria aquele ocorrido antes do esgotamento pleno dos efeitos contratuais, como acontece no rompimento antecipado dos contratos a prazo, bem como ocorre em qualquer extinção de contrato por tempo indeterminado. DELGADO, 2018, p. 1332

Com base nesta classificação, que toca especificamente nos motivos que embasam a causa de extinção, pretende-se desenvolver a análise das causas de extinção contratual atípicas subjetivas decorrentes da vontade livre do empregador. Para esse fim, importa distinguir o ato de vontade vinculado do ato de vontade livre.

3.1. CESSAÇÃO CONTRATUAL POR ATO DE VONTADE VINCULADO

Em paralelo à classificação mais tradicional, as cessações contratuais por ato de vontade vinculado corresponderiam às resoluções contratuais; ou seja, modalidades de ruptura do contrato de trabalho fundadas em descumprimento faltoso do pacto por qualquer das partes, ou por ambas, ocorrendo tanto em contratos por prazo determinado quanto em contratos por prazo indeterminado. DELGADO, 2018, p. 1336

É imprescindível, nesta modalidade, a existência do ato faltoso vinculado a uma causa fundante, com previsão legal ainda que genérica, e da vontade da parte lesada em extinguir o vínculo contratual, não bastando apenas o cometimento do ato faltoso. MELO, 2014, p. 97

No ordenamento jurídico brasileiro vigoram três hipóteses de cessação contratual por ato de vontade vinculado, a dispensa por justa causa prevista no artigo 482 da CLT, a despedida indireta ou rescisão indireta prevista no artigo 483 da CLT, e a cessação por culpa recíproca prevista no artigo 484 da CLT.

3.1.1. Atos faltosos do empregado

A cessação contratual por ato faltoso do empregado, ou a dispensa por justa causa, prevista no artigo 482 da CLT, representa a punição máxima aplicada pelo empregador ao empregado, em razão de falta grave por esse cometida, como exercício do poder disciplinar.

Evaristo Moraes Filho entende a justa causa como “todo ato doloso ou culposamente grave, que faça desaparecer a confiança e a boa-fé que deve entre elas existir, tornando assim impossível o prosseguimento da relação de emprego”. MORAES FILHO, 1996, p. 105

Como consequência, grande parte da literatura e da jurisprudência entendem que a dispensa por justa causa representa “a rescisão do contrato sem ônus (pagamento de indenização ou percentual sobre os depósitos de FGTS, 13º salário e férias, estes dois proporcionais)” CARRION, 1995, p. 362

A interpretação de serem indevidas, na modalidade de justa causa, as verbas proporcionalmente adquiridas pelo efetivo trabalho do empregado, corrobora com a tese de violência do ato de dispensa do trabalhador. Além de ser dispensado sem ter direito a aviso prévio, para procurar novo emprego e reorganizar seu sustento e de sua família, além de não receber a indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS, depósitos estes que ficarão retidos em sua conta vinculada, a doutrina e jurisprudência ainda permitem que a dispensa seja duplamente punitiva e, portanto, violenta e imoral.

É evidente que o trabalhador adquiriu mês a mês o direito ao recebimento das proporcionalidades de férias, acrescidas do terço constitucional, verbas de caráter eminentemente salarial, não havendo no artigo 133 da CLT qualquer hipótese de perda do direito de férias atrelada à modalidade de ruptura contratual. SEVERO, 2011, p. 21

Nesse sentido, em relação às férias, o artigo 4º, parágrafo 1, da Convenção nº 132 da OIT estabelece que:

"Toda pessoa que tenha completado, no curso de um ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas

no Artigo 3 acima terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas”.

Assim também restou decidido durante a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, pela aprovação do Enunciado 21:

21. FÉRIAS. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 132 DA OIT.

I – A época das férias será fixada pelo empregador após consulta ao empregado, salvo manifestação em contrário exteriorizada em acordo ou convenção coletiva;

II – As férias poderão ser fracionadas por negociação coletiva, desde que um dos períodos não seja inferior a duas semanas;

III – Qualquer que seja a causa de extinção do contrato de trabalho serão devidas férias proporcionais.

Ou seja, é certo que não há qualquer impedimento à percepção da proporcionalidade de férias, em razão da modalidade de extinção contratual.

Também é certo que o parágrafo único do artigo 146 da CLT, se lido à luz do que preceitua a Convenção 132 da OIT acima transcrita, pode ser considerado como não recepcionado pela Constituição Federal, que considera plenamente aplicável referida convenção, por força do §2º do artigo 5º.

Com relação ao 13º salário proporcional, há que se considerar que a Lei 4.090/1962 não traz qualquer impedimento ao pagamento da verba a trabalhadores dispensados por justa causa e, se interpretada a norma sob o prisma constitucional, e se considerado que referida verba salarial foi adquirida mês a mês pelo efetivo trabalho, é certo que seria devida sua proporcionalidade. SEVERO, 2011, p. 21

Portanto, o que se extrai do desrespeito diuturno ao pagamento do décimo terceiro salário e das férias proporcionais, na modalidade de dispensa por justa causa, é que não há problema no arcabouço jurídico, mas um problema de compreensão do fenômeno por parte do mundo jurídico.

O que ocorre é a legitimação da violência no ato da dispensa, legitimação esta que incentiva maus empregadores a utilizarem esta modalidade de extinção contratual como forma de redução de custos.

3.1.2. Atos faltosos do empregador

A cessação contratual por ato faltoso do empregador, conhecida como despedida indireta ou rescisão indireta, prevista no artigo 483 da CLT, se analisada exclusivamente por sua semântica, deveria representar o inverso da dispensa por justa trazida no tópico anterior.

Contudo, diverge essa modalidade daquela ocorrida por ato faltoso do empregado, em razão da impossibilidade de autotutela do empregado e da ausência de qualquer penalidade ao comitente do ato faltoso.

Quando o empregado comunica a seu empregador que irá romper o contrato de trabalho em razão de ato faltoso desse, aquele deve recorrer ao judiciário pedindo que confirme sua decisão e, caso seja confirmada, nenhuma penalidade é aplicável ao empregador, que só então pagará exatamente as mesmas verbas rescisórias devidas caso tivesse dispensado o trabalhador sem justa causa.

Mas não é só! Caso o empregado tenha negada sua pretensão de despedida indireta em juízo, o que nem sempre ocorre por falta do direito subjetivo, mas, por exemplo, por falta de provas, ainda correrá o risco de ser condenado ao pagamento de custas e honorários sucumbenciais, tese fortalecida com o advento da Lei 13.467/17.

3.1.3. Culpa recíproca

A cessação contratual por culpa recíproca, prevista no artigo 484 da CLT, é possível quando concorrem atos faltosos de ambas as partes; quando empregado e empregador incorrem nas hipóteses previstas nos artigos 482 e 483, respectivamente. O reconhecimento da culpa recíproca se dá, invariavelmente, por decisão judicial em processo trabalhista.

O reflexo pecuniário sobre as verbas rescisórias incide para reduzir à metade o valor da indenização que seria devida ao empregado, caso o rompimento

do vínculo empregatício ocorresse por culpa exclusiva do empregador, nos termos da súmula 14 do TST²⁵ e §2º do artigo 18 da Lei 8.036/90²⁶.

Seja a cessação contratual por culpa recíproca, ou por ato faltoso do empregador, e mesmo do empregado, todas as modalidades estão vinculadas à previsão legal do ato faltoso, não bastando a vontade das partes em romper o contrato. Esta vinculação torna as cessações contratuais plenamente justificáveis, pois, uma vez levada à apreciação do poder judiciário, cada parte poderá defender os motivos que embasaram sua decisão. A justificabilidade, porém, é extremamente dificultada nas cessações contratuais por ato de vontade livre.

3.2. CESSAÇÃO CONTRATUAL POR ATO DE VONTADE LIVRE

Em paralelo à classificação mais tradicional, as cessações contratuais por ato de vontade livre corresponderiam às resilições contratuais. Jólia Lucena adota a classificação das cessações contratuais por ato de vontade livre, diferenciando-as das cessações por ato de vontade vinculado, para identificar aquelas como sendo livres de qualquer vinculação legal, tendo a vontade das partes como único elemento fundante para o rompimento contratual. MELO, 2014, p. 96

Por ausência de normas rígidas para a cessação do contrato de trabalho nessa modalidade, dificilmente consegue-se identificar, ainda que judicialmente, os reais motivos que ensejaram o rompimento contratual, abrindo espaço para possíveis violações de direitos humanos fundamentais.

Esclarece Jólia Lucena que a ausência do elemento vinculativo legal não implica a desnecessidade de motivação, pois a motivação é o que permite a

25 Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais.

26 § 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros. - § 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

verificação da não discriminação no ato da dispensa, permite a garantia do cumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, permitindo até mesmo identificar se o pedido de despedida indireta não se trata de um pedido de demissão disfarçado. MELO, 2014, p. 102-103

Ou seja, embora não haja vinculação legal para motivar a cessação contratual, permanecendo apenas o ato volitivo, é certo que referida vontade não pode violar valores éticos e morais, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, princípio sobre o qual serão feitas considerações em capítulo específico.

3.2.1. Ato de vontade livre das partes

A cessação contratual por ato de vontade livre das partes corresponde ao distrato, ou resilição bilateral, ou vulgarmente conhecido como acordo, diante da classificação tradicional. Nessa modalidade, ainda que ausente qualquer motivo vinculativo legal que justifique o rompimento contratual, no que diz respeito à sua causa fundante, as partes decidem de comum acordo encerrar o vínculo laboral.

A lei 13.467/17 incluiu o artigo 484-A na CLT para regulamentar os requisitos formais da extinção contratual por acordo entre empregado e empregador, hipótese em que são devidos, pela metade, o aviso prévio indenizado, a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e a integralidade das demais verbas. Ainda, o trabalhador poderá movimentar a conta vinculada do FGTS limitado a 80% do valor dos depósitos. Por fim, esta modalidade não autoriza o ingresso no programa de seguro-desemprego.

Carlos Alberto Barata da Silva entende que, desejando as partes o rompimento do contrato, há que se presumir a existência de lesão aos direitos do trabalhador, afirmando que esta modalidade de cessação contratual sempre acoberta “transação lesiva aos interesses do empregado” SILVA, 1978, p. 437. Uma vez adotada a lógica que possibilita a dispensa do empregado por denúncia vazia do contrato, não haveria óbices para o rompimento contratual por iniciativa unilateral do empregador.

Portanto, o que se verifica é que este instituto decorre da legalização da fraude diuturnamente praticada antes da edição da lei 13.467/17 que, embora tenha assumido o *satus* de lei ordinária, não deixou de ser imoral e lesiva ao trabalhador.

3.2.2. Ato de vontade livre do empregado

A cessação contratual por ato de vontade livre do empregado corresponde ao pedido de demissão. Não deve haver qualquer limitação para que o empregado exerça seu direito de ruptura do contrato de trabalho por sua vontade livre pois, apesar do princípio da continuidade que rege os contratos de emprego, a liberdade do empregado deve prevalecer, sob pena de configuração de trabalho forçado. Neste sentido, vejamos o entendimento de Arnaldo Süssekind:

Do lado do empregado o fenômeno tem outra dimensão. Quando se demite, o ato significa a recuperação de sua liberdade pessoal. É o exercício de direito legítimo de afastar-se do emprego, pois a vinculação sem possibilidade de demissão equivaleria a uma nova forma de escravatura. SÜSSEKIND, 2000, p. 357

Portanto, o empregado que decide demitir-se por ato de vontade livre, sem qualquer justificativa legal para tanto, apenas exerce seu direito de liberdade, devendo somente avisar previamente seu empregador de forma a possibilitá-lo a readequação empresarial necessária para a saída do trabalhador, e até mesmo a busca e treinamento de trabalhador substituto.

3.2.3. Ato de vontade livre do empregador

A cessação contratual por ato de vontade livre do empregador equivale à dispensa sem justa causa. Considerando que a cessação do contrato de emprego por ato de vontade livre consiste no ato em que a parte, ou ambas, rompe a relação jurídica existente tendo o elemento volitivo como único fundamento para o rompimento contratual, é certo que vige atualmente no Brasil a ampla possibilidade de exercício do ato de vontade livre pelo empregador, baseado na autonomia da vontade e no exercício de um suposto poder potestativo, quase absoluto.

Contudo, entende-se que a cessação do contrato de emprego pelo empregador não deveria ser livre, mas vinculada a elementos como o princípio da dignidade da pessoa humana, da continuidade do vínculo empregatício, da proteção, da razoabilidade e da boa-fé objetiva. MELO, 2014, p. 105

Esta vinculação não se relaciona, necessariamente, a um sistema de estabilidade no emprego, mas diz respeito à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa prevista no artigo 7º, I, da Constituição Federal.

Importante mencionar neste ponto que a Constituição Federal sequer menciona a possibilidade de dispensa imotivada, se limitando a conceituar a dispensa sem justa causa e a dispensa arbitrária, assunto que será tratado mais adiante.

Um dos motivos que induzem à interpretação de possibilidade irrestrita da cessação contratual por ato de vontade livre do empregador, é a confusão recorrente entre os termos de dispensa arbitrária e dispensa sem justa causa, tidas como sinônimas, chegando inclusive a igualá-las à dispensa imotivada. Portanto, sua diferenciação é condição necessária ao presente estudo.

3.2.3.1. Dispensas sem justa causa e arbitrárias

O artigo 7º, I, da Constituição Federal prevê como direito do trabalhador a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar”.

Em razão de ter o texto constitucional vinculado a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa à edição de lei complementar, não havendo até o momento referida regulamentação legal, grande parte da doutrina e jurisprudência optou pela adoção do poder de dispensa irrestrito, acabando por inviabilizar a aplicação do texto constitucional. E isso ocorre apesar da previsão do artigo 5º, §1º que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

Como justificativa para a opção do reconhecimento de um poder irrestrito de dispensa, há quem considere as dispensas arbitrárias como sinônimas das

dispensas sem justa causa, defendendo que ambas já foram reguladas pela Lei 8.036/90, que trata do FGTS.

Entretanto, é princípio basilar da hermenêutica jurídica que a lei não contém palavras inúteis. Quisesse o texto constitucional considerar a dispensa arbitrária como sinônima da dispensa sem justa causa, não teria feito sua distinção expressa, como consta no artigo 7º, inciso I.

A respeito da necessidade de lei complementar que regulamente indenização compensatória pela despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, I, da CF), mais adiante, o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁷ remete a interpretação à lei que cria o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, hoje regulamentado pela Lei n. 8.036/90, a qual dispõe em seu artigo 18, §1º²⁸, exclusivamente sobre a indenização por dispensa sem justa causa. Ou seja, verifica-se que a Lei do FGTS estabelece indenização apenas nos casos de dispensa sem justa causa, sendo omissa com relação às dispensas arbitrárias. CARVALHO, 2019, p. 468-469

Verifica-se, portanto, que a Lei do FGTS serve apenas para regular as dispensas sem justa causa, deixando as dispensas arbitrárias reguladas exclusivamente pelo texto constitucional sendo, por este, vedadas.

Nesse ponto, faz-se necessária a distinção entre os termos. Enquanto a dispensa sem justa causa é toda aquela realizada por motivo desatrelado das hipóteses previstas no artigo 482 da CLT para dispensa por justa causa, a dispensa arbitrária consiste naquela não fundada em motivo de ordem disciplinar, técnica,

27 Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, “caput” e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966.

28 Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais. § 1º. Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

econômica ou financeira²⁹. Leonardo Vieira Wandelli compartilha deste entendimento e explica:

[...] nem toda despedida sem justa causa é arbitrária e também nem toda despedida não arbitrária é por justa causa. Isto porque uma parte das despedidas não arbitrárias, por serem fundadas em motivo financeiro, técnico ou econômico, se refere a despedidas sem justa causa. Assim, por exemplo, uma despedida fundada em motivo econômico não é arbitrária, mas é sem justa causa. WANDELLI, 2004, p. 321

Para que se possa distinguir as dispensas sem justa causa e arbitrárias entre si, bem como das demais modalidades de dispensa, é certo que a motivação é pressuposto dessa análise. Não há como fazer valer o texto constitucional sem saber os reais motivos que ensejaram a dispensa. Também não é crível que se aceite a ficção jurídica de que a dispensa imotivada seria um ato realmente sem motivos lógicos para sua concretização. O que ocorre, na grande maioria das dispensas imotivadas, é a ocultação das razões que motivaram o ato.

3.2.3.2. Dispensas imotivadas

Embora a doutrina e a jurisprudência tratem como sinônimas as dispensas sem justa causa, arbitrárias e imotivadas, é certo que o texto constitucional sequer menciona a possibilidade de dispensa imotivada. Não haveria maneira minimamente lógica de classificar a modalidade de dispensa, e examinar sua legalidade, sem que houvesse motivação formal. Neste sentido, a constituição se limitou a proteger o trabalho das dispensas sem justa causa e arbitrárias pelo texto expresso no inciso I, do art. 7º da CF.

Manter a interpretação de que o empregador pode romper o contrato de trabalho sem dizer ao trabalhador o motivo que ensejou sua dispensa, pode

29 Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Parágrafo único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado.

acobertar inúmeras lesões a direitos humanos fundamentais e inviabilizar o acesso do trabalhador ao judiciário para reivindicar a reparação da lesão sofrida.

Essa lógica fere o princípio da boa-fé objetiva e contraditório, uma vez que o empregador, se acionado judicialmente, terá toda oportunidade de preparar a sua defesa e instrução processual, em termo probatórios, enquanto o trabalhador sequer sabe quais as reais razões que ensejaram sua dispensa imotivada.

Até mesmo Arion Sayão Romita, jurista neoliberal, expõe firmemente a incongruência do termo dispensa imotivada:

Errônea é a expressão despedida imotivada. Não há despedida imotivada, despedida sem motivo: o empregador sempre sabe por que despede o empregado. A análise do ato voluntário permite a identificação de quatro fases: 1ª – concepção: ideia prática de um fim julgado possível; 2ª – deliberação: enumeração e comparação dos motivos pró e contra; 3ª – volição: determinação tomada num ou noutro sentido; 4ª – execução: ação resultante da decisão tomada. Os motivos são cotejados na segunda fase do ato voluntário. Portanto, qualquer ato voluntário obedece a motivos, é motivado, já o ato irracional é imotivado (ato do insano, do animal inferior). A despedida – ato voluntário do empregador, animal racional – é sempre motivada. Despedida imotivada é uma *contradictio in terminis*. (ROMITA, 1994, p. 4)

Em termos práticos, no cotidiano do âmbito judiciário, admitir que o ato de dispensa não tenha qualquer motivo para sua ocorrência equivale a compactuar com uma prestação jurisdicional meramente formal ou, em outras palavras, um faz-de-conta, em inaceitável desrespeito ao comando constitucional.

Apesar de existir norma garantindo ao empregador o direito de romper o contrato de trabalho sem justa causa, é certo que esse direito não pode ignorar outros que estejam com ele em conflito nesta relação de interesses. Ou seja, o direito de cessação contratual não pode ser exercido de forma abusiva pelo empregador, sob pena de violar previsão expressa do artigo 187 do Código Civil, que prevê mecanismos específicos para coibir tal abusividade, como a boa-fé, os bons costumes e a função social e econômica do direito.

Assim, não havendo sequer previsão normativa para cessação contratual de forma imotivada, entende-se haver patente abuso de direito nas dispensas em que não há a externalização dos motivos que ensejaram o rompimento.

3.2.3.3. Dispensas discriminatórias

Raros os relatos de dispensas explicitamente discriminatórias, pois estas quase sempre são veladas e possibilitadas pela falaciosa dispensa imotivada, fazendo com que, inclusive em juízo, seja muito difícil, em termos probatórios, o reconhecimento dessa modalidade de dispensa.

A interpretação que vem permitindo ao empregador a dispensa de seus empregados por denúncia vazia não é salvo-conduto para a prática de atos ilícitos e discriminatórios, tanto que a discriminação na relação de emprego é repudiada em âmbito internacional, constitucional e legal.

O Direito Internacional combate a discriminação em instrumentos dos quais o Brasil é signatário, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³⁰, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966³¹, na Convenção da ONU de 1979³², no Pacto de San José da Costa Rica³³, no Protocolo San Salvador³⁴, na Convenção 111 da OIT³⁵, dentre outros.

No âmbito constitucional, o princípio da não discriminação busca proteger os direitos de personalidade do trabalhador, assim como os direitos de

30 Artigo 7º-Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

31 Artigo 2. §2. Os Estados Membros no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

32 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

33 Artigo 24 - Igualdade perante a lei -Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

34 Os Estados-Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

35 Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação

todo cidadão, citando-se as previsões do artigo 3º, IV³⁶; 5º, *caput*³⁷, XLI³⁸; XLII³⁹; e artigo 7º, XXX⁴⁰ e XXXI⁴¹.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 9.029/95 introduziu a proibição expressa de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Para viabilizar o texto legal, adotaram-se duas formas de proteger a relação de emprego. A primeira busca inibir a prática da dispensa discriminatória pela imposição de indenização pecuniária, prevendo em seu artigo 4º a faculdade do trabalhador de optar pela percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida de juros legais. A segunda, também prevista no artigo 4º, objetiva a real vedação da despedida fundada em motivo discriminatório, assegurando ao empregado a possibilidade de restabelecimento do vínculo empregatício. O reconhecimento da dispensa por motivo discriminatório ocorre, via de regra, por meio de decisão judicial.

Contudo, apesar dos avanços na proteção contra a discriminação no ambiente de trabalho, em especial no ato de dispensa do trabalhador, é certo que ainda prevalece a interpretação de validade da dispensa imotivada, equiparada às dispensas sem justa causa e arbitrárias, deixando descobertos casos em que a discriminação é latente, uma vez que a Lei 9.029/95 não é capaz de operacionalizar um mecanismo democrático de análise do possível caráter discriminatório das dispensas. Nesse sentido, Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Álvares De La Rosa afirmam que:

de muito pouco serviria, certamente, a proclamação formal de direitos e liberdades, se o texto constitucional não houvesse previsto um sistema específico, reforçado e efetivo, de garantia ou

36 promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

37 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

38 XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

39 XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

40 XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

41 XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

tutela para os mesmos, indo além dos mecanismos comuns de proteção aos direitos previstos no ordenamento jurídico. (Palomeque Lópes; Álvares de La Rosa, 2006, p. 125)

O advento de referida lei traz tão somente o condão de legalidade, por haver sistema jurídico suficiente para dar legitimidade ao direito sem que sequer houvesse legislação específica.

Atento aos princípios de não discriminação no ambiente de trabalho, e à par da deficiente paridade de armas processual relativa ao tema, diante da reiterada jurisprudência, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 443 para reconhecer presunção de discriminação, quando da dispensa, favorável ao empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Nesta hipótese, se invalidado judicialmente o ato, o empregado passa a ter direito à reintegração no emprego.

Contudo, a súmula 443 do TST não abrange todos os direitos descobertos pela sistemática atualmente adotada no ato de dispensa do trabalhador. Ousa dizer que o desrespeito aos direitos de personalidade do trabalhador, quando da extinção contratual, é violação voluntariamente institucionalizada.

3.3. EXEMPLOS DE MOTIVAÇÕES ENCOBERTAS PELA DISPENSA IMOTIVADA

Não se pretende neste estudo esgotar todas as hipóteses de violação de direitos quando da dispensa de trabalhadores, possibilitada pela desnecessidade de motivação formal do rompimento contratual trabalhista. Seguindo a escolha generalista feita pela lei 9.029/95, no mesmo sentido, entende-se que um rol taxativo jamais daria conta de todas as possibilidades do caso concreto.

Entretanto, é importante trazer à luz exemplos de motivações antijurídicas que diuturnamente vem sendo encobertas e permitidas pelas dispensas sem motivação expressa, para demonstrar o quão perigosa é a hermenêutica atualmente possibilitada pela doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, considera-se de grande relevância a discussão a respeito das dispensas praticadas como retaliação ao ajuizamento de ação trabalhista, bem como em razão de maternidade, gênero, idade, saúde, raça e até mesmo dispensas ocorridas com o único fim de obstar o implemento de garantias ou direitos.

Não menos importantes, poderia elencar outras inúmeras hipóteses, como dispensas ocorridas em razão do estado civil, nacionalidade ou obesidade, o que não se fará por não ser este o objetivo da análise que se pretende com esta pesquisa.

3.3.1. Dispensa retaliativa

Durante a vigência do contrato de trabalho, qualquer reivindicação por parte do empregado, administrativa ou judicial, é invariavelmente acompanhada pelo medo de represálias, que podem se apresentar disfarçadas de rebaixamento salarial, sanções disciplinares, alterações no contrato de trabalho, transferências e, até mesmo, a dispensa retaliativa.

O Ministro do TST, Augusto César Leite de Carvalho, em estudo comparado ao sistema de garantias espanhol, adota tese no sentido de que o trabalhador possui garantia de exercer livremente seus direitos fundamentais, como cidadão-trabalhador, sem sofrer represálias por parte de seu empregador, e nomeia tal garantia como garantia de indenidade. CARVALHO, 2013, p. 112

A respeito da garantia de indenidade, embora estivesse se referindo ao sistema jurídico espanhol, Álvarez Alonso traz considerações plenamente aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro:

[...] é justo reconhecer que a proteção da esfera individual da pessoa do trabalhador se há reforçado pelo reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho. Como é sabido, segundo uma doutrina constitucional consolidada e que pode ser extraída hoje de diversos preceitos da legislação laboral, os poderes do empresário não podem ser utilizados para punir ou reprimir o exercício de direitos fundamentais pelos trabalhadores, de sorte que aqueles atos ou decisões empresariais que constituem uma represália contra o exercício de um direito fundamental devem ser declarados nulos, repondo-se a situação ao momento anterior à materialização do comportamento lesivo. ÁLVAREZ ALONSO, 2005, p. 14

Retoma-se, portanto, assunto já abordado neste estudo, reconhecendo que a lei laboral incide majoritariamente quando encerrado o vínculo contratual, e qualquer tentativa de inverter esta lógica corre grande risco de ser punida, o que vai de encontro aos princípios que norteiam o direito do trabalho. A este respeito, Leonardo Wandelli traz:

O fato notório de que a maior parte dos demandantes na Justiça do Trabalho são desempregados que, muitas vezes, tiveram parte de seus direitos sistematicamente sonegados ao longo dos anos, mas vêm-se obrigados a abandoná-los à prescrição, sob pena de perder o emprego, põe as partes em desigualdade e esvazia materialmente a garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF). WANDELLI, 2004, p. 420

Mas não apenas a postulação judicial deve ser protegida, pois esta só é possível se acompanhada da livre produção de provas, o que inclui a oitiva de testemunhas que, eventualmente, ainda estejam trabalhando para a empresa Reclamada. Portanto, o direito de dispensa deve ser limitado nessas situações, de forma a proibir práticas retaliativas, por força dos art. 1º, III; art. 3º, IV; art. 5º, XXXV; XLI art. 7º, XXXIII da CF/88.

E não há que se falar em pretensa estabilidade no emprego ao trabalhador que ajuíza ação trabalhista contra seu empregador, isso seria estimular a litigância desarrazoada. O que se propõe minimamente é o respeito aos limites impostos pelo fim social do trabalho e pela boa-fé objetiva que norteia todos os contratos, inclusive o de emprego.

3.3.2. Maternidade

Não é sem motivo que houve a edição da súmula 244 do TST⁴² garantindo a estabilidade provisória à empregada gestante, pois, somado ao interesse social do bem estar do nascituro, é sabido que as mulheres grávidas e

42 Súmula nº 244 do TST - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

aquelas que tiveram seus filhos recentemente, são alvos constantes de dispensas imotivadas, pois, por uma questão biológica, passam por período de necessidades específicas, que podem ir de encontro ao interesse produtivo do empregador.

De acordo com pesquisa publicada pela Fundação Getúlio Vargas, “pelo menos metade das brasileiras foram demitidas no período de até dois anos depois da licença-maternidade.”⁴³ Assim, questiona se a garantia de emprego de até cinco meses após o parto seria suficiente para proteger o emprego por ocasião da maternidade, ou, em outras palavras, se existe proteção de fato à trabalhadora que, transcorrido o período de estabilidade, é dispensada em razão da maternidade.

Considerando a pesquisa apontada, entende que a garantia de emprego atualmente vigente não tem sido suficiente para proteger as trabalhadoras-mães da cessação abusiva de seus contratos de trabalho, sendo que a obrigatoriedade de motivação expressa quando da extinção do contratual, pela aplicação das obrigações impostas pela boa-fé objetiva, certamente supriria esta lacuna, coibindo as dispensas em razão da maternidade.

3.3.3. Gênero

As mulheres não sofrem apenas com a descoberta de uma gestação e o conseqüente medo da perda do emprego, mas também por questões salariais pois, mesmo com uma leve queda na desigualdade salarial entre 2012 e 2018, as mulheres ainda ganham, em média, 20,5% menos que os homens no Brasil, de acordo com estudo feito pelo IBGE IBGE, 2021.

Embora esteja havendo uma evolução lenta nesse aspecto, é certo que estamos longe de dar como resolvida a equidade de gêneros prevista constitucionalmente. No mundo corporativo, as mulheres ainda possuem grande dificuldade, se comparadas aos homens, de ascensão a posições hierárquicas de destaque, barreiras invisíveis chamadas de teto de vidro. STEIL, 1997

Mas não são apenas as mulheres que sofrem com as questões de gênero no ambiente de trabalho, assim como elas, a comunidade LGBT (Lésbicas,

43 Disponível em. <<https://www.brasildefato.com.br/2017/08/16/dispensa-maternidade-or-50-das-maes-sao-demitidas-ate-dois-anos-apos-licenca-diz-fgv/>> Acesso em 14 de outubro de 2017.

Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) também vive o medo da perda do emprego, em razão de sua condição sexual.

A ausência de motivação da dispensa, aceita pela leitura neoliberal que se aplica no direito ao trabalho, contribui para a discriminação e invisibilização destes grupos, tanto que Agnaldo Garcia e Eloisio Souza consideram incipiente o estudo sobre homossexualidade no ambiente de trabalho brasileiro (Garcia; Souza, 2010). Evidentemente que o respeito ao contraditório e à ampla defesa e à boa-fé objetiva, quando da dispensa, traria à luz grande parte da discriminação de gênero ainda presente em nossa sociedade, o que possibilitaria o dimensionamento do problema que afeta direitos de personalidade diuturnamente aviltados.

3.3.4. Idade

O envelhecimento da população brasileira tem se acelerado e modificado a pirâmide etária da força de trabalho, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, 2018. Outros fatores importantes que contribuíram para essa modificação foram a reforma de previdência, que aumentou o tempo necessário para a aposentadoria, e o aumento da expectativa de vida.

Lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso, categoriza como idoso todo aquele que tenha a partir de 60 anos de idade, enquanto a Organização Mundial da Saúde (OMS) diferencia a categorização de idoso de acordo com o nível socioeconômico do país. Em países em desenvolvimento, as pessoas são consideradas idosas a partir dos 60 anos de idade, enquanto que em países desenvolvidos a idade limítrofe é de 65 anos. Contudo, muitas empresas adotam políticas de dispensa logo quando os trabalhadores atingem os 50 ou 55 anos de idade, de forma a evitar a caracterização da dispensa discriminatória, embora o seja. ROMITA, 2008, p. 116

A discriminação em relação aos idosos é chamada de ageísmo⁴⁴ e, no ambiente de trabalho, geralmente decorre de estereótipos depreciativos associando a idade avançada à diminuição da produtividade, falta de agilidade, ausência de domínio de novas tecnologias, resistência à mudanças e altos salários.

44 O termo decorre da tradução informal de “ageism” que, em inglês, significa preconceito de idade.

Contudo, tal prática deve ser coibida pela sociedade, e não apenas pelo judiciário, por ser discriminatória, por previsão expressa do artigo 1º da lei 9.029/95, e do próprio Estatuto do Idoso⁴⁵.

A descartabilidade do trabalhador idoso também é outro exemplo de violação de direito que poderia ser combatida pelo simples respeito à boa-fé objetiva quando da extinção dos contratos de trabalho.

3.3.5. Saúde

Talvez a saúde, ou sua ausência, seja o ponto nevrálgico das dispensas violadoras de direitos fundamentais. O trabalho, na prática, ainda é considerado como mercadoria e, portanto, descartável, só servindo enquanto o trabalhador é plenamente produtivo. A qualquer indício de problema de saúde, seja ela uma doença comum, doença ocupacional, acidente de trabalho, HIV e/ou doenças graves que suscitem estigma e preconceito social, sabe-se que em muitos casos o contrato de trabalho encontra-se vulnerável, pela imprestabilidade produtiva do trabalhador.

Quanto à presunção de ser discriminatória a dispensa de trabalhador portador do vírus HIV, ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, é certo que pode-se considerar um grande passo para a valoração e aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva contratual nas extinções dos contratos de trabalho. Contudo, ainda não é ideal, haja vista que, caso não comprove o trabalhador a ciência do empregador sobre seu estado de saúde, invariavelmente prevalecerá o poder potestativo da dispensa. Portanto, o dever de informação e transparência expressa dos reais motivos que ensejaram a dispensa, se faz necessário.

3.3.6. Cor da pele, raça, etnia

⁴⁵ artigo 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo exigir.

O preconceito racial, a aversão ao diferente, e a ignorância quanto à riqueza da diversidade étnica, geram, constantemente, a prática de atos de ódio, e/ou indiferença.

De difícil identificação, e tão enraizado na cultura social, em razão da longa história de dominação do ser humano, estas questões chegam a ser invisíveis a quem não sente na pele o que é ser negro, índio ou pardo, em uma sociedade racista, em que o trabalho iniciou-se pela escravização de etnias não brancas.

Pelo menos 30% dos casos de discriminação racial ocorrem nos ambientes de trabalho, consoante aponta a “SOS Racismo”. Outro dado que preocupa é o baixíssimo índice de punição dos agressores, pois em apenas 20% dos casos os responsáveis receberam algum tipo de condenação. “O mais difícil é provar o racismo e encontrar alguém que aceite testemunhar porque as pessoas se sentem pressionadas ou intimidadas”, como indica o “Levantamento da Organização Não Governamental (ONG) SOS Racismo”, de Belo Horizonte. Já a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Normas de Discriminação Racial da ONU, ratificada pelo Brasil, em seu artigo primeiro, estabelece que “discriminação Racial significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, ascendência, origem étnica ou nacional com a finalidade ou o efeito de impedir ou dificultar o reconhecimento e/ou exercício, em bases de igualdade, aos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou qualquer outra área da vida pública”.⁴⁶

Mais uma vez a dispensa imotivada é o principal aliado para encobrir a vontade subjetiva que ensejou a dispensa do trabalhador, pois os preconceitos são quase sempre velados.

3.3.7. Dispensa obstativa de direito/garantia

De difícil configuração e comprovação jurídica, a dispensa obstativa de direitos ou garantias, sejam elas normativas ou legais, não é menos recorrente no mundo laboral. Em muitos casos, os trabalhadores são dispensados de suas atividades laborais quando começam a surgir os primeiros sintomas de uma doença ocupacional, ou logo após a ocorrência de um acidente de trabalho, em ambos os casos para obstar a garantia de emprego prevista no artigo 118 da Lei 8.213/91, ou mesmo a garantia de emprego normativa, para algumas categorias profissionais.

46 Recurso Ordinário. Processo nº TRT1-RO- 0000770-67.2011.5.01.0482. 1ª Turma. Juiz Relator: André Corrêa Figueira. Acórdão publicado em 02 de fevereiro de 2013.

Há ainda casos que o trabalhador é dispensado meses antes da obtenção de garantia de emprego normativa pré-aposentadoria. A este respeito, há que se lembrar que o TST consagrou seu entendimento quanto às dispensas obstativas pela edição da súmula 26, que trazia em seu bojo: “Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa”. Ainda que referida súmula tenha sido cancelada, é certo que persistem as razões que ensejaram sua edição.

São inúmeros os casos em que a dispensa ocorre com o fito de obstar o adimplemento de garantia ou direito. Mas, vale mencionar a tentativa de obstar o adimplemento da estabilidade provisória de membro da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), estabilidade esta fundada nos arts. 165 da CLT e 10, II, a, do ADCT, hipótese em que a dispensa ocorre logo após a ciência, pelo empregador, da candidatura do trabalhador à eleição. Nestes casos, há que se considerar que o artigo 129 do Código Civil não beneficia o empregador de seus atos maliciosos, senão vejamos:

Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

Ou seja, ainda que tenha havido o cancelamento da súmula 26 do TST, que direcionava a jurisprudência ao caminho do reconhecimento de dispensas obstativas, é certo que a boa-fé, que deve permear os contratos de trabalho, é defendida inclusive no âmbito civilista, conforme artigo 129 acima transcrito, não sendo permitida em nosso ordenamento jurídico a perpetuação de tais práticas.

Verifica-se, portanto, que, em todos os exemplos mencionados neste tópico, a hermenêutica adotada atualmente não é capaz de fazer valer o texto constitucional e coibir as dispensas arbitrárias, permitindo ou fechando os olhos para aberrações jurídicas como a dispensa imotivada, não fazendo valer sequer o texto da lei 9.029/95 que, sem mecanismos que permitam sua aplicação prática, acaba não possuindo efetividade jurídica.

Evidentemente, a defesa da motivação das dispensas sem justa causa implica em limitação da autonomia privada, o que não representa a criação de novos direitos. O pseudodireito vigente é o da dispensa imotivada, este sim, sem

qualquer fundamentação jurídica, tem se mantido há décadas na prática jurídica brasileira.

O que se espera é que os direitos humanos fundamentais do trabalhador-cidadão sejam respeitados, e que a ruptura do contrato de trabalho se dê por motivos justiciáveis, o que só é possível com a formalização expressa das razões que ensejaram a dispensa do trabalhador. O que se espera é que haja lisura no ato da dispensa e que nenhuma motivação torpe seja escamoteada, o que se espera é que haja boa-fé objetiva, e sobre esta cabe um olhar mais atento.

4. BOA-FÉ

Pontes de Miranda reconhece que pesquisar a boa-fé é trabalho difícil, em função de seu caráter reconhecidamente abrangente PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 193. A complexidade jurídica, imersa na cultura social do observador, torna a definição do conceito de boa-fé tarefa ainda mais árdua, conforme observa Antônio Menezes Cordeiro:

[...] em vão se procuraria, nas páginas que seguem, uma definição lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riqueza reais da noção. A boa-fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica.” MENEZES CORDEIRO, 1953

Apesar da complexidade da investigação a respeito da boa-fé, pretende-se passar por suas classificações, sua aplicabilidade ao direito brasileiro, suas funções específicas e deveres dela decorrentes, de forma a identificar sua aplicabilidade às extinções contratuais trabalhistas.

Estudiosos como Menezes Cordeiro consideram como fato que esta tenha se originado de uma noção mais vasta e antiga, e menos precisa, a *fides* RUBINSTEIN, 2004, p. 587.

Verifica-se que, para o Direito Romano, a origem latina da expressão boa-fé – *bona fides* – traduzia significado de lealdade, confiança e sinceridade, representando não apenas um princípio jurídico, mas a essência norteadora das relações sociais:

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

Portanto, tem-se que o significado de boa-fé é impreciso, e se molda de acordo com os elementos morais subjetivos da sociedade em que está inserido, ocorrendo sua caracterização “diante das circunstâncias do caso concreto e das convicções historicamente dominantes” SLAWINSKI, 2002, p. 146

Não é pertinente, neste estudo, a discussão exaustiva a respeito de todas as conceituações do tema, pretendendo trazer os conceitos

predominantemente aceitos pela doutrina para identificar os deveres obrigacionais decorrentes e sua aplicabilidade ao direito do trabalho, especialmente quando da extinção contratual.

Assim, apesar de não buscar esgotar todas as definições possíveis do instituto, far-se-á a distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, como forma de delimitar o objeto de pesquisa, por ser esta bipartição a mais aceita na atual doutrina.

Não negando a bipartição dos conceitos, Flávio Tartuce pondera que:

[...] dentro do conceito de boa-fé objetiva reside a boa-fé subjetiva, já que uma atuação presume, inexoravelmente, uma boa intenção. Portanto, toda vez que há previsão da boa-fé objetiva, também está prevista a subjetiva, pela relação de mutualismo que os conceitos mantêm. TARTUCE, 2005, p. 5

Portanto, ainda que a boa-fé objetiva pressuponha a subjetiva, estando englobada por aquela, pode se defender que possuem conceituações de fato distintas, merecendo maior destaque quanto às especificidades dessa distinção, o que se fará a seguir.

4.1. DIFERENÇA ENTRE BOA-FÉ SUBJETIVA E BOA-FÉ OBJETIVA

Com o fito de estabelecer a existência de obrigações contratuais cogentes, nos textos que seguirão este estudo, há que se distinguir os conceitos de boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, embora sejam conceitos “resultantes de uma fonte ética comum”. FRITZ, 2011, p. 102

A boa-fé subjetiva é referida no Código Civil, de forma corrente, em matéria possessória, em direito de família, ou mesmo quando se trata de negócios jurídicos. Esta diz respeito a um estado de consciência, a boa-fé crença, na qual a parte inocente ignora o vício que macula sua posse, ou que impediria o casamento, ou mesmo que conspurcava o negócio jurídico ou o liame obrigacional, e pensa que sua conduta é legítima. MENEZES CORDEIRO, 1953, p. 45

Embora a boa-fé subjetiva diga respeito ao estado psicológico do agente, é certo que não pode ser examinada apenas por um modo negativo (o não saber), podendo a lei estabelecer regras que condicionem sua caracterização. O que também não significa dizer que a lei vá mudar o fato da existência ou não do estado

psicológico/da boa-fé, apenas poderá declará-lo insuficiente, ficando sua eficácia sujeita à excusabilidade do erro. GUIMARÃES, 1938, p. 102

A boa-fé subjetiva é mencionada em várias regulamentações do Código Civil, nomeadamente nos artigos 1.561 (casamento putativo), 1.201 (possuidor de boa-fé), 1.202 (possuidor de má-fé), 1.214 e ss. (efeitos da posse de boa-fé e de má-fé), 1.238 (usucapião extraordinária), 1.242 (usucapião ordinária), 1.260 (usucapião sobre bem móvel), 1.268 (tradição de bem móvel), 309 (pagamento a credor putativo), 879 (boa-fé no pagamento indevido), 294 (cessionário de boa-fé), 686 (revogação de mandato), 689 (mandato *post-mortem*), 906 (portador de boa-fé), lembrando ainda da extinta previsão do Código Civil de 2002, em seu artigo 255, sobre a anulação dos atos de um cônjuge por falta da outorga indispensável. MARTINS, 2000, p. 231

Já a boa-fé objetiva traduz-se como regra de conduta, impondo a todos os sujeitos da relação jurídica o dever de comportar-se de forma proba, leal e confiável. Segundo explica Carlos Alberto Bittar, as partes contratantes agem de boa-fé quando pautam sua atuação em consonância com a lealdade e a confiança recíprocas, de forma a atingir os objetivos do contrato firmado entre elas:

Cumpra a cada qual respeitar a posição do outro contratante e operar com fidelidade e com probidade, a fim de que alcance os objetivos pretendidos com o contrato, agindo consoante padrões éticos normais à contratação pretendida. Presente tanto na formação, na conclusão e na extinção, o princípio impregna de moralidade a atividade negocial, na defesa de valores básicos da convivência humana e de direitos ínsitos na personalidade. Com isso, o comportamento da parte deve, em todos os diferentes momentos do relacionamento, desde a aproximação à consecução de todas as obrigações, estar imbuído de espírito de lealdade, respeitando cada um o outro contratante e procurando, com a sua ação, corresponder às expectativas e aos interesses do outro contratante. BITTAR, 1994, p. 457⁴⁷

Há referências à boa-fé objetiva nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil.⁴⁸

47 No mesmo sentido: [...] Segundo esse princípio, na interpretação do contrato, é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e na execução dos contratos. Daí estar ligado ao *princípio da probidade*. BITTAR, 1994, p. 458

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

Art. 187, CC. 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.

Por ser em sua essência um conceito aberto, a boa-fé objetiva não pode ser delimitada ou conceituada, devendo ser analisada à luz do caso concreto sob influência da doutrina e jurisprudência. Neste sentido, adverte Menezes Cordeiro:

“Sendo uma criação do Direito, a boa-fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria, nas páginas que segue, uma definição lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas do gênero seriam inaptas face ao alcance e riqueza reais da noção. A boa-fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sóciojurídica” MENEZES CORDEIRO, 1953, p. 2

Tanto a boa-fé subjetiva quanto a boa-fé objetiva não alcançam de fato a vontade psicológica do sujeito, uma vez que a análise jurídica não consegue penetrar em aspecto tão íntimo. O que cabe ao direito é a análise da conduta do agente, para verificar se este procedeu conforme os valores da boa-fé.

4.2. BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

Durante o Brasil Império e nos primeiros cem anos da República não havia qualquer normativa expressa que mencionasse a existência de uma cláusula geral de boa-fé. RUBINSTEIN, 2004, p. 582

A boa-fé é instituto originado no direito civil, tendo seu primeiro aparecimento no ordenamento jurídico interno brasileiro no Código Comercial de 1850, prevendo em seu artigo 131 a necessidade de interpretação dos contratos com base na “inteligência simples e adequada, que fosse mais conforme a boa-fé” REIS, 2021, p. 13

Já o Código Civil brasileiro de 1916, o qual seguiu inspirações formalmente germânicas e materialmente francesas, negligenciou⁴⁹ a boa-fé objetiva:

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

49 José Fernando Simão, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber defendem que a boa-fé como cláusula geral, que impõe o comportamento ético, somente foi introduzida com o Código de Defesa do Consumidor. (Tepedino; Schreiber, 2003, p. 139) Já Diógenes Faria de Carvalho e Paulo Guimarães Pereira entendem que o Código Civil de 1916 mencionava a boa-fé

No entanto o Código Civil dos Franceses sob uma ótica hodierna teve seu dispositivo negligenciado em razão das ideias liberalistas da autonomia da vontade, do medo da sua transformação em um dogma absoluto, ou da aplicação arbitrária dos juízes, como acontecia no antigo regime. A boa-fé volta a aparecer no Código Civil Alemão no fim do século XIX, mas sempre com projeção muitíssimo limitada no restante do mundo, ante o positivismo jurídico dominante. REIS, 2021, p. 10

Nesse período, o ordenamento jurídico primava pela autonomia privada, e que o cidadão pudesse exercer suas liberdades individuais com total autonomia para regular suas relações contratuais, buscando afastar qualquer intervenção do Estado. REIS, 2021, p. 1 Nesse prisma patrimonialista, considera-se que o Código Civil brasileiro de 1916, “feito por homens identificados com a ideologia dominante, traduziu o sistema normativo de um regime capitalista colonial” AMARAL, 2008, p. 132

Com o processo de redemocratização, e a conseqüente ruptura com o modelo ditatorial militar, a Constituição Federal de 1988 inverte a lógica privatista do direito, para enaltecer os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República.

Em seguida, neste mesmo viés, o Código de Defesa do Consumidor inova ao trazer expressamente em seu texto a obrigação de observância da boa-fé nas relações de consumo.⁵⁰

E, acompanhando esta linha garantista, o Código Civil de 2002 passa a dispor em seu artigo 422 que: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

objetiva em seu artigo 1.443: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.” (Carvalho; Pereira, 2003, p. 2890)

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

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Neste ponto, verifica-se falha do legislador ao não prever a obrigatoriedade de respeito a mencionados princípios em todas as fases contratuais. (Gagliano; Pamplona Filho, 2009, p. 113). Essa omissão não deve ser interpretada de forma a tornar desnecessária a incidência boa-fé objetiva nas fases pré e pós-contratuais, em razão da lealdade e do dever de informação que se espera dos sujeitos contratantes, bem como em razão do preceito constitucional de segurança jurídica que ampara a boa-fé.⁵¹

Contudo, embora não haja no artigo 422 do Código Civil previsão expressa que obrigue os contratantes a agirem de boa-fé quando da extinção contratual, é certo que, se interpretado conjuntamente com o artigo 472, o qual prevê que “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”, conclui-se que a boa-fé passa a ser cláusula implícita e impositiva a toda forma de extinção contratual.

Importante pontuar que o Código Civil de 2002, idealizado por Miguel Reale, está baseado em três princípios fundamentais. O princípio da socialidade, que se distancia do caráter individualista da codificação anterior, para que o “nós” prevaleça sobre o “eu”, atribuindo função social aos contratos. O princípio da eticidade, fazendo com que a codificação atual esteja preocupada precipuamente com a ética e a boa-fé, sobretudo com a boa-fé objetiva, aquela que existe no plano da conduta de lealdade dos participantes negociais. E, por fim, o princípio da operabilidade, atribuindo maior simplicidade aos institutos jurídicos e, portanto, maior efetividade, por meio do sistema de cláusulas gerais e conceitos indeterminados. REALE, 1999, p. 7-12

Os princípios da sociabilidade, eticidade e operabilidade que baseiam o Código Civil de 2002 são aplicáveis a todos os contratos, inclusive aos contratos de trabalho, mesmo quando de sua extinção, uma vez que a função social do trabalho deve prevalecer sobre a autonomia privada da livre dispensa, devendo haver lealdade ao não escamotear motivos ilícitos para a extinção contratual, e concedendo efetividade plena ao artigo art. 7º, I, da CF/88.

51 Neste mesmo sentido, verifica-se o enunciado trazido pela III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal de 2004: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”

4.3. BOA-FÉ COMO CLÁUSULA GERAL

Cientes de sua incapacidade regulatória a respeito de todas as situações fáticas em que o sujeito de direito possa estar envolvido, as Constituições e legislações ordinárias se utilizam de cláusulas gerais, as quais se equiparam a normas jurídicas e são plenamente aplicáveis aos casos concretos.

Buscando conceituar o que seriam as cláusulas gerais, André Osório Gondinho muito bem esclarece:

Deve-se entender por cláusula geral um tipo especial de norma jurídica que, por sua natureza, encontra-se carecida de preenchimento de seu conteúdo, a ser efetuado com valorações provenientes de seu aplicador, ou seja, a cláusula geral não fornece critérios necessários para sua concreção, podendo estes, fundamentalmente, serem determinados apenas com a consideração do caso concreto. A cláusula geral, portanto, não é meramente direito material, mas “standing points” ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto. GONDINHO, 2000, p. 5

Portanto, as cláusulas gerais constituem técnica jurídica que abre o sistema normativo na intenção de conferir ao juiz a possibilidade de preencher o sentido da lei, de acordo com o caso concreto, norteando-se pelos princípios constitucionais, diferentemente do sistema fechado de simples subsunção do fato à norma, apontando Judith Martins-Costa:

O que caracteriza enquanto técnica é, fundamentalmente, ou o emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da “fatispecie” ou a conferência de um mandato – ao juiz para, a partir dele, sejam concretizadas as consequências normativas visadas. MARTINS-COSTA, 1999, p. 298

Judith Martins-Costa analisa que a boa-fé objetiva, ao apresentar-se como cláusula geral, traduz um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. MARTINS-COSTA, 2015, p. 411

Entretanto, segundo Judith Martins-Costa, “Não constitui paradoxo afirmar, como assinalei acima, que as cláusulas gerais não são gerais. Também não são genéricas, nem ambíguas, nem obscuras”. MARTINS-COSTA, 1999, p. 304

Ao contrário, a boa-fé objetiva atua no caso concreto norteadada por funções principiológicas específicas, que serão abordadas à frente, analisando-se como a boa-fé é aplicada aos contratos de emprego.

4.5. BOA-FÉ APLICADA AOS CONTRATOS DE EMPREGO

A boa-fé como fato, analisado geralmente em decorrência de suas consequências materiais, se manifesta como crença ou como comportamento leal; ou seja, como boa-fé subjetiva ou objetiva, nesta ordem. A boa-fé, como princípio, cuida de suas repercussões jurídicas, com o reconhecimento de direitos e o estabelecimento de obrigações.

O princípio da boa-fé objetiva constitui um princípio jurídico geral, atuando em diversos ramos do direito. Contudo, possui incidência peculiar nas relações de trabalho pois, diferentemente das relações comerciais, em que geralmente há um intercâmbio simples de prestações materiais, nas relações laborais há uma relação pessoal que se prolonga no tempo, exigindo que as partes ajam com lealdade e transparência, próprios da boa-fé objetiva. RODRIGUEZ, 1978, p. 178

Como visto, a boa-fé no Direito brasileiro surgiu com a positivação no Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, no Código Civil de 2002. E, embora a boa-fé ainda não tenha sido positivada de modo expresso no Direito do Trabalho, é certo que a jurisprudência e a doutrina juslaboral aceitam sua aplicação nos contratos de emprego. Defendendo sua aplicabilidade ao Direito do Trabalho, Estêvão Mallet explica que: “a exigência da boa-fé permeia os contratos em geral, tanto os de direito civil como os de natureza trabalhista ou que constitui princípio presente em todos os atos da vida civil.” MALLETT, 2012, p. 181

O dever de agir de boa-fé impõe ao trabalhador a obrigação de reservar ao empregador todo o tempo a que se comprometeu, evitando o trabalho para terceiros durante o horário de trabalho; o impedimento de revelar segredos de fabricação ou segredos comerciais; a impossibilidade de fazer concorrência desleal com seu empregador; dentre outras obrigações verificáveis na análise do caso

concreto. Já com relação ao empregador, o princípio da boa-fé impõe que, no exercício de sua autoridade, este deva agir com lealdade e correção. RODRIGUEZ, 1978, p. 180

Tamanha a importância da boa-fé objetiva para o Direito do Trabalho, que o instituto do aviso prévio dela decorre diretamente, conforme menciona João Augusto da Palma:

Aí, vamos encontrar o direito se vinculando à realidade. Surge o aviso prévio como um direito trabalhista que foi gerado inspirado no Princípio da Boa-Fé. As partes não podem romper o contrato sem que haja uma prévia comunicação anunciando o fim do contrato. Este dever de comunicar é das duas partes: ao empregado que ficará desempregado carecendo de recursos para o seu sustento e da sua família e ao empregador que precisará buscar um substituto para continuar suas atividades (econômicas ou não).

Desemprego e decréscimo da produção são questões de ordem social e econômica e até mobilizam o governo.

Portanto, o aviso-prévio é uma obrigação recíproca entre empregado e empregador e que antecipa a realidade, fazendo-se necessária uma relação de extrema boa-fé, respeito, que deve haver entre os parceiros contratuais, haja vista que as relações jurídicas precisam caracterizar-se por absoluta lealdade, do contrário haverá prática fraudulenta, abusiva, desonesta, ilícita e imoral. PALMA, 2011, p. 10

Ou seja, ainda que não houvesse previsão legal expressa para a necessidade de comunicação prévia da ruptura contratual, é certo que permaneceria a obrigação gerada pelo instituto da boa-fé objetiva que rege os contratos, inclusive os contratos de trabalho.

Segundo Larissa Matos,

[...] a boa-fé entra como elemento essencial, pois, apesar de a gestão empresarial encontrar fundamento jurídico no direito à livre iniciativa (art.170, caput, CF/88), ela não é absoluta e, assim, encontra limites nos direitos fundamentais e na boa fé, que controlam o seu exercício para evitar abusos (art.187, CC). Tanto os direitos do empregador como os direitos do empregado (art.7º, CF/88) estão protegidos por normas constitucionais, não podendo haver prevalência de um em detrimento do outro. MATOS, 2022, p. 94

Portanto, embora aplicável referido princípio ao Direito do Trabalho, não se pode dizer o mesmo quando o assunto é a dispensa imotivada, conceito este necessariamente conflitante com o da boa-fé objetiva. Se houvesse de fato

aplicação da boa-fé quando da extinção contratual, é certo que esta seria minimamente motivada, conforme conclusão de Leonardo Vieira Wandelli:

No direito do trabalho, o princípio da boa-fé é reiteradamente admitido, mas na prática segue silenciado. A boa-fé representa valores essenciais à circulação no sistema capitalista e condição inafastável da produção de valor no processo produtivo. Propicia, não obstante, importantes critérios de dizibilidade da injustiça na despedida, atualmente obliterados no contexto brasileiro. Seu silenciamento confirma o grau acentuado de banalização da despedida injusta. WANDELLI, 2004, p. 458

Dessa forma, ainda que silenciadas as obrigações decorrentes da boa-fé objetiva aplicáveis ao contrato de trabalho, inclusive quando da extinção contratual, importante mencionar que referidas obrigações decorrem de funções específicas deste importante princípio.

Buscando definir o conceito de princípios, Américo Plá Rodriguez os entende como sendo linhas norteadoras que informam algumas normas e inspiram uma série de soluções, podendo servir para permitir e fundamentar a aprovação de novas normas, direcionar a interpretação daquelas vigentes e direcionar as hipóteses não previstas. RODRIGUEZ, 1978, p. 16 Segue descrevendo os princípios como enunciados básicos que abrangem uma série indefinida de hipóteses; mencionando ainda a existência de princípios gerais e próprios, bem com aqueles que são comuns a mais de uma área do Direito. Afirma, por fim, que os princípios devem ter ligação entre si, pois compõem o rosto de determinado ramo autônomo do Direito. RODRIGUEZ, 1978, p. 17

Entende-se, portanto, que relegar a base principiológica a uma função normativa subsidiária, empobreceria o ordenamento jurídico e o levaria à desatualização constante, diante da velocidade em que a lei é mudada para acompanhar a realidade.

Neste sentido, a função normativa dos princípios passou por três períodos distintos.

No primeiro, os princípios não eram considerados como normas jurídicas, mas figuras metajurídicas ou axiomas, verdades de origem divina. NEGREIROS, 1998, p. 139-140

O segundo período compreende os princípios por meio de um pensamento lógico dedutivo ou indutivo, de caráter positivista fechado, levando às

conclusões de que “o juiz não pode criar direito e o juiz não pode se recusar a decidir.” Os princípios apenas garantiam a integridade do sistema, incidindo em caso de lacuna legislativa. NEGREIROS, 1998, p. 141-143

No terceiro período adota-se um sistema jurídico aberto, deslocando seu eixo do Direito Civil para o Direito Constitucional, fazendo com que os princípios sejam aplicados com força normativa primária, período este chamado de pós-positivista, em que os princípios passam a incidir imediatamente sobre as relações jurídicas. No pós-positivismo, os princípios são reconhecidos como valores fundamentais do ordenamento jurídico, fazendo com que os princípios constitucionais condicionem a aplicação das regras infraconstitucionais. NEGREIROS, 1998, p. 146 E ainda, conforme já mencionado em capítulo anterior, os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), valem como lei e, por criarem o direito subjetivo de seu titular, o cidadão, possuem eficácia positiva e podem ser exigidos judicialmente.

Assim, o princípio da boa-fé, na atual fase pós-positivista, possui funções específicas como: integradora da capacidade, sanadora de vícios, supridora de nulidades, interpretativa da lei e da vontade das partes, moralizadora do Direito e das condutas humanas, bem como limitadora de direito e geradora de deveres SILVEIRA, 1941, p. 7.

Judith Martins-Costa identifica que a boa-fé cumpre três principais funções: 1. A boa-fé como comando hermenêutico e integrativo do contrato (CC/2002 art. 113); 2. A boa-fé como baliza ao exercício das posições jurídicas, criando limitações aos direitos subjetivos (CC/2002 art. 187); e 3. A boa-fé como standard de comportamento, impondo deveres anexos à cláusula geral (CC/2002, arts. 421 a 425). MARTINS-COSTA, 2015

A respeito dessa classificação, cabe uma análise mais detida das funções da boa-fé de maneira a identificar como ela se comporta diante das situações de fato e de direito, objeto deste estudo.

4.5.1. Função interpretativa/integrativa

Pela interpretação do positivismo jurídico, entendia-se que as leis deveriam formar arcabouço completo, fechado, que abarcasse todas as situações de fato em que o sujeito de direito fosse parte. O juízo estaria vinculado, necessariamente, à aplicação das leis codificadas na análise dos casos concretos, não havendo espaço para que se cogitasse a hipótese de lacunas no ordenamento jurídico.

Entretanto, permitir tamanha rigidez interpretativa faz com o direito não consiga acompanhar a realidade e acabe tornando-se obsoleto em uma velocidade cada vez mais rápida. Neste sentido, atualmente entende-se que a boa-fé objetiva atua como cláusula geral, abstrata e aberta exercendo função hermenêutica integrativa, para suprir lacunas do sistema jurídico, segundo preceitua Judith Martins-Costa. A autora ainda explica que nem todas as hipóteses fáticas estão previstas em lei ou mesmo nos contratos firmados entre as partes, atuando a boa-fé objetiva para preencher a lacuna existente, por meio de sua função hermenêutica integrativa. MARTINS-COSTA, 1999, p. 428

Consubstanciando a boa-fé como comando hermenêutico e integrativo do contrato, tem-se que o artigo 113 do Código Civil prevê que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Ou seja, não se trata de uma faculdade, mas um dever, a interpretação segundo o instituto da boa-fé objetiva.

Referido artigo diz respeito à forma como o magistrado deve interpretar a conduta das partes em litígio, analisando o respeito à boa-fé exigida nas relações obrigacionais. ARRUDA ALVIM, 2009 É também pela boa-fé que o intérprete do direito obrigacional exercerá sua função integrativa, corrigindo eventuais imperfeições contratuais dissonantes com preceitos de ordem pública, como sua função social e a própria boa-fé. RODOVALHO, 2011

Nesse sentido, ainda que a proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no inciso I, artigo 7º da CF, não tenha sido regulamentada por lei específica, verifica-se que a interpretação exigida pelo princípio da boa-fé objetiva indica o dever de motivação da dispensa sem justa causa, ainda que em juízo, como ferramenta apta à garantia de referido preceito constitucional.

Portanto, a legitimação das dispensas imotivadas, em juízo, não ocorre por estrito cumprimento do dever legal, uma vez que o ordenamento jurídico

garante que o ônus da prova deva recair sobre o empregador, na medida em que se espera que as partes ajam de acordo com a boa-fé objetiva, fazendo com que os motivos que levaram à rescisão contratual devam ser socialmente justificáveis, não podendo ser sonegados do trabalhador ou mesmo do Poder judiciário.

Importante ainda mencionar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que permite ao juiz a atribuição de tal ônus à parte com maior aptidão probatória, nos termos do §1º do artigo 373 do CPC.

O devido processo legal e sua interpretação enquanto processo justo, ético e moral, com garantia de contraditório e ampla defesa e, principalmente, respeitada a boa-fé objetiva, não permite que a dispensa imotivada faça parte de um suposto poder potestativo/absoluto do empregador, ainda mais quando esta legitimação possa encobrir lesão a direito humano fundamental. A busca da verdade real deve se sobrepor aos poderes empregatícios de ruptura contratual, especialmente diante da suspeita de discriminação ou arbitrariedade.

Este, de fato, não faz parte do entendimento majoritário da jurisprudência. Contudo, entende-se que a jurisprudência majoritária tem considerado que o ordenamento jurídico vigente a respeito do tema não passa de mera retórica, postura com a qual não se compactua.

Portanto, nas palavras de John D. French, em seu livro “Afogados em leis”, verifica-se que a jurisprudência trabalhista, ainda hoje, carrega ranços de “piada e tapeação”, expressão utilizada pelo autor ao analisar o papel exercido pela legislação trabalhista e pelo sistema voltado à sua administração no jogo político do populismo, e como os empresários e o Estado se furtaram a conferir efetividade aos direitos laborais. FRENCH, 2001, p. 19

Neste sentido, é certa a existência de um sistema de proteção contra a dispensa arbitrária que não vem sendo respeitado na prática empresarial das relações contratuais, e nem mesmo na atuação daqueles que interpretam o direito.

4.5.2. Limitação dos direitos subjetivos

A boa-fé objetiva também atua como fator limitador dos direitos subjetivos, na medida em que proíbe que o exercício de direito, ainda que legítimo,

atinja bem jurídico alheio. Ou seja, mesmo sendo detentor de um direito subjetivo, não pode o indivíduo exercê-lo de forma a prejudicar a outrem, sob pena de cometer abuso de direito. BARACAT, 2003, p. 186

O Código Civil de 2002, editado sob a égide da Constituição de 1988, rompe com o paradigma anterior que enaltecia a autonomia da vontade e as liberdades individuais, para equilibrar referidos institutos com o princípio da boa-fé objetiva. Pois, conforme já mencionado em capítulo anterior, a livre iniciativa foi posta no texto constitucional ao lado da valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, CF/88), de modo a assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

Portanto, há um rompimento e superação do Estado Liberal para adoção de um Estado Social, que constitucionalizou os direitos fundamentais dos cidadãos, relativizando princípios de ordem liberal, para dar efetividade àqueles, conforme explica Antônio Carlos de Paula Oliveira: “Em suma, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares afigura-se como nítida limitação à autonomia da vontade e à liberdade contratual. ” OLIVEIRA, 2011, p. 52. E acrescenta o autor:

Já a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares veio como forma de frear o ímpeto das ideias enraizadas da autonomia da vontade e da liberdade contratual. Sim, porque, em nome de se preservar essas duas garantias, cogitou-se possibilidade de celebração de negócios jurídicos com plena liberdade de ajuste, mesmo que isso implicasse, algumas vezes, violação de direitos fundamentais. Hoje, essa ideia não resiste. OLIVEIRA, 2011, p. 51

Dessa forma, a respeito da boa-fé como baliza ao exercício das posições jurídicas, verifica-se que o artigo 187 do Código Civil traz o entendimento de que “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”.

Não se trata da ilicitude do direito ou do exercício deste propriamente dito, mas da forma abusiva como esse direito pode vir a ser exercido por seu titular. Assim, em respeito à boa-fé, o titular do direito deve agir de forma objetivamente reta, leal e proba. RODOVALHO, 2011

A boa-fé objetiva não pretende tolher o empregador de seu direito fundamental de liberdade, livre-iniciativa, ou mesmo impedir a autonomia de sua vontade, mas sim de limitar estes direitos pois, conforme entendimento de Virgílio Afonso da Silva já trazido em tópico anterior, nenhum direito é irrestringível.

O exercício abusivo de direito legítimo não merece guarida na boa-fé objetiva, ainda mais quando este direito confronta o valor social do trabalho, e a dignidade/sobrevivência do trabalhador. Portanto, o direito amplo, irrestrito e absoluto da dispensa livre, não deve existir no Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, ainda mais se considerarmos a tese de Antonio Baylos e Joaquín Pérez Rey, que consideram a dispensa um ato de violência inserido nos poderes empregatícios, como problema que afeta inclusive a democracia, pela violação ao princípio da igualdade material entre os cidadãos.

4.5.3. Criação de deveres anexos

Karina Nunes Fritz, ao analisar as funções da boa-fé objetiva, denomina como função complementadora a criação de deveres anexos mais específicos que a cláusula geral, os quais tutelam as obrigações que permeiam o contrato FRITZ, 2011, p. 198. A criação de deveres anexos, com aplicação específica ao caso concreto, confere maior efetividade ao princípio da boa-fé, contribuindo para o cumprimento do contrato.

Seguindo os novos paradigmas constitucionais, de garantia expressa dos direitos fundamentais do cidadão, a legislação infraconstitucional também buscou adequar o desequilíbrio econômico entre as partes contratantes, compensando-os com garantias materiais, tendo como exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu em seu artigo 6º direitos básicos da parte tutelada, direitos estes que, invariavelmente, decorrem do princípio da boa-fé:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a **informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a **modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais** ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a **inversão do ônus da prova**, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (grifou-se)

Da mesma forma, o Código Civil traz a criação de deveres anexos à boa-fé, em decorrência do standard de comportamento estabelecido pelo artigo 422 e seguintes, o qual determina que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, traduzindo objetivamente o comportamento exigido pelo novo espírito, pós constituinte, que se espera dos contratantes. Assim, exige-se que as partes ajam de forma leal, sem esconder aquilo que é essencial ao partícipe da relação contratual, sem induzi-lo a erro, tudo em razão do *standard* jurídico da boa-fé.

Ou seja, enquanto o Código de Defesa do Consumidor traz o dever de informação adequada e clara de forma expressa, o Código Civil, embora não o traga expressamente, se interpretado à luz do princípio constitucional de dignidade da pessoa humana, também institui o mesmo dever de informação. Agir com probidade, lealdade e boa-fé, para os termos do artigo 422, também significa não escamotear informações essenciais ao outro contratante e, portanto, informá-lo de maneira adequada e clara.

Portanto, esses deveres não decorrem da literalidade do artigo 422 do CC, mas de sua interpretação à luz da Constituição Federal, com a finalidade de tornar efetivos os direitos fundamentais:

A primeira característica marcante dos deveres de consideração, como bem observa Krebs, é sua não dedutibilidade da literalidade do dispositivo legal consagrador da boa-fé objetiva, o que vale tanto para o § 242 do BGB, como para o art. 422 do CC/2002. Na realidade, o único dever resultante de uma interpretação literal dos dispositivos é o dever de lealdade. Esse, contudo, é apenas um dos deveres de consideração. Dita peculiaridade, antes de revelar uma deficiência da norma, apresentou-se, ao contrário, como uma grande vantagem, pois permitiu ao julgador alemão ir criando ao longo do tempo, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, os atualmente conhecidos deveres de consideração. FRITZ, 2011, p. 203

Embora seja de grande importância o artigo 422 do CC, viu-se que este não esgota todos os deveres acessórios da boa-fé, extraído-se deste apenas o

dever de lealdade, sendo que os demais são “resultado da forma de trabalhar a técnica legislativa escolhida pelo legislador para positivizar o princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico, ou seja, é resultado da operatividade da cláusula geral”. FRITZ, 2011, p. 203 Dessa forma, apenas na análise do caso concreto será possível decidir à respeito da aplicação do dever acessório.

Menezes Cordeiro 1953, p. 604 classifica os deveres anexos da boa-fé entre deveres acessórios de proteção, de esclarecimento e de lealdade.

Segundo os deveres acessórios de proteção, as partes integrantes da relação contratual devem evitar causar danos mútuos, sejam eles pessoais ou patrimoniais.

De acordo com os deveres acessórios de esclarecimento, obrigam-se as partes contratantes a informarem-se mutuamente de todos os aspectos relativos ao vínculo contratual e de eventuais ocorrências que possam interferir na execução deste.

Por fim, de acordo com a classificação de Menezes Cordeiro MENEZES CORDEIRO, 1953, p. 605, pelos deveres acessórios de lealdade, obrigam-se as partes a absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar as relações de contraprestação por elas estabelecidas.

Sob este prisma obrigacional, a boa-fé objetiva passou a exigir das partes contratantes deveres que independem de suas vontades, e se fazem imperativos porque são anexos ao contrato, ainda que não expressos.

Referidas obrigações são tão intrínsecas ao contrato e vinculam as partes de tal forma que, mesmo cumpridas as obrigações principais e extinto o negócio jurídico, permanecem os deveres acessórios decorrentes da boa-fé. Ou seja, ainda que encerrada a relação contratual, não estão as partes livres para agirem contra os ditames da boa-fé objetiva. FRITZ, 2011, p. 199

Por serem os deveres acessórios da boa-fé obrigações derivadas da leitura constitucional de referido instituto, estes acabam sendo irradiados e exigíveis em todo o sistema jurídico, inclusive nas relações de trabalho. E mesmo diante da impossibilidade de enumeração exaustiva dos deveres acessórios à boa-fé

objetiva, para o presente estudo é importante a identificação daqueles mais presentes no contrato de trabalho, sendo os deveres de sigilo, informação e lealdade.

4.5.3.1. O dever de sigilo

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

O dever de sigilo, como anexo à boa-fé objetiva e realizador da dignidade da pessoa humana, vai de encontro ao direito constitucional de liberdade de expressão, sendo que a análise da prevalência e/ou limitação de cada um deles, dependerá da análise do caso concreto, conforme aponta Dirley da Cunha Júnior:

É necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, num esforço de harmonização, de modo que não acarrete o sacrifício definitivo de algum deles. Isso significa que a restrição de um direito fundamental só é possível in concreto, atendendo-se a regra da máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais. Não há a mínima possibilidade de se limitar um direito fundamental em abstrato. Vale dizer, os limites aos direitos fundamentais não podem ocorrer em nível abstrato, mas unicamente em nível concreto. JÚNIOR, 2009, p. 604

Embora a análise da limitação dos direitos fundamentais em conflito não prescindia do estudo do caso concreto, é certo que as informações sigilosas obtidas por ambas as partes em razão do contrato de trabalho, seja nas negociações preliminares ou durante a execução deste, devem permanecer resguardadas, em respeito à confiança depositada pela parte contratante.

Tamanha a imperatividade do dever de sigilo entre as partes contratante que, “ainda que não haja estipulação neste sentido, é forçoso convir que a boa-fé objetiva impõe que se observe o dever de sigilo ou confidencialidade entre ambas.” (Gagliano; Pamplona Filho, 2009, p. 76)

É vedado ao empregador prestar informações a terceiros relacionadas aos motivos que ensejaram a ruptura contratual, não podendo fazer anotações na CTPS do trabalhador a este respeito, não podendo ainda prestar informações desabonadoras a respeito do trabalhador, mesmo após a ruptura contratual.

Como já mencionado em capítulo anterior, são proibidas as chamadas listas sujas⁵², por meio das quais os empregadores divulgam entre si, de forma velada, os nomes dos empregados que ajuizaram ações trabalhistas contra eles, prejudicando a recolocação no mercado de trabalho. Esta proibição se impõe em razão da boa-fé objetiva, que deve ser observada mesmo após a extinção contratual.

Em contrapartida, o dever de sigilo também se impõe ao trabalhador, sendo que o artigo 482, g, da CLT o traz de forma expressa ao estabelecer que a violação do segredo de empresa pelo empregado pode ser motivação para sua dispensa por justa causa.

⁵² Embora referidas listas também sejam conhecidas como listas negras, como no julgado a seguir transcrito, optou-se pelo termo listas sujas de forma a não reforçar comportamentos e falas racistas tão difundidas ao longo da história. "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. RECLAMADA. AÇÃO DE PROTESTO JUDICIAL. (...) 1 - Delimitação do acórdão recorrido: "Com efeito, há muito sedimentou-se o entendimento de que, em face do disposto no art. 8º, III, da CF/88, o Sindicato possui legitimação extraordinária para atuar como substituto processual na defesa ampla e irrestrita dos direitos e interesses da categoria que representa, atuando em nome próprio, na defesa de direito alheio, sendo despicienda a autorização dos substituídos. [...] Trata-se aqui de legitimação ampla, não se restringindo unicamente aos empregados associados à entidade sindical, como, aliás, sinaliza o próprio texto constitucional em comento. Assim, em se tratando de interpretação de disposição constitucional afirmada pela própria Suprema Corte, no papel de guardião da Constituição, art. 102, descabe conjecturar acerca de interpretação de normas infraconstitucionais colidentes com a palavra da Corte Constitucional sobre o tema. [...] Nessa linha de entendimento, tenho que a substituição processual para pleito de direitos individuais homogêneos, é uma forma de facilitar o acesso dos trabalhadores à Justiça por meio da tutela coletiva, **considerando que muitos empregados que têm os seus direitos trabalhistas desrespeitados deixam de ingressar na Justiça do Trabalho durante a vigência do contrato de trabalho, com receio de sofrer represália, como a perda do emprego ou mesmo vir a fazer parte de "listas negras"**. Em sendo assim, com respaldo, inclusive, na Lei n. 8.078/90, supletivamente aplicável em sua parte processual à processualística laboral, por força do art. 769 da CLT, há legitimidade do sindicato para postular os direitos perseguidos na presente ação. Por outro lado, não há falar, no presente caso, em defesa de interesses heterogêneos, pois o direito postulado possui origem comum, qual seja, o fato de os substituídos laborarem para a ré em condições que, segundo o sindicato, lhes garante o direito às parcelas pleiteadas. Logo, é individual homogêneo o interesse vindicado e não heterogêneo, como quer fazer crer a reclamada. Rejeito, portanto, a preliminar." (...) 3 - Agravo de instrumento a que se nega provimento" (AIRR-641-61.2018.5.14.0092, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhães Arruda, DEJT 02/12/2022).

Desse dever se extrai que, mesmo após a extinção contratual, o empregado não pode divulgar informações sigilosas de seu ex-empregador, obtidas em razão do contrato de trabalho, o que se denomina como cláusula de não-concorrência, a qual, embora não haja previsão legal, é plenamente aceita e aplicável no ordenamento jurídico brasileiro.

É certo que a cláusula de não-concorrência não pode proibir que o ex-empregado trabalhe, inclusive para os concorrentes, em respeito ao princípio da liberdade ao trabalho, devendo a limitação recair apenas sobre os segredos de seu ex-empregador. Importante ainda destacar que as cláusulas de não-concorrência devem respeitar os limites de razoabilidade, fixando um limite temporal e geográfico, estabelecendo ainda uma indenização compensatória.

4.5.3.2. O dever de informação/transparência

Entre os direitos humanos fundamentais, tem-se o direito à informação previsto no art. 5º, XIV, da Constituição Federal, o qual irradia sua exigibilidade a todo o ordenamento jurídico e se amolda às especificidades de cada ramo do direito, diante do caso concreto, por seu caráter generalista principiológico.

Nesse sentido, no direito consumerista, cujas premissas básicas, por tutelar parte hipossuficiente, se alinham com o Direito do Trabalho, o dever de informação, adequada e clara, possui previsão expressa no art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Tamanha a preocupação em garantir a efetividade a este direito, que o artigo 38 de referido código inverte o ônus probatório, para estabelecer que a prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe ao seu patrocinador.

E ainda, o artigo 43 do CDC garante à parte hipossuficiente da relação consumerista o acesso a informações e dados pessoais e de consumo arquivados em seu nome. Não devendo, portanto, os contratantes utilizarem, em benefício próprio, de informações privilegiadas a respeito da outra parte, e nem mesmo sequer escamoteá-las.

A imposição do direito à informação abrange, inclusive, a obrigatoriedade de que nenhuma das partes omita dolosamente fatos ou qualidades relativas ao negócio jurídico a ser celebrado, por previsão expressa do artigo 147 do Código Civil. Ou seja, entende-se que as partes devam se certificar que o outro contratante esteja sendo bem-informado das tratativas essenciais ao contrato, devendo as partes serem transparentes nas relações, daí porque o dever de informação também pode ser chamado como dever de transparência.

Dessa maneira, o direito à informação, por ser anexo à boa-fé, é plenamente aplicável ao Direito do Trabalho, na mesma medida e intensidade que se aplica aos demais ramos jurídicos. E, assim como nas relações de consumo, na seara trabalhista a preocupação com a qualidade da informação possui grande importância, haja vista a hipossuficiência do trabalhador.

O empregador, desde a fase preliminar, tem o dever de informar ao empregado a respeito das normas e procedimentos internos da empresa e esclarecer todas as informações necessárias à execução de seu trabalho. Durante a execução do contrato de trabalho cabe ao empregador discriminar todas as parcelas pagas ao empregado, de maneira a certificar-se de estar bem informando ao trabalhador a respeito da contraprestação de seu serviço. DELGADO, 2018, p. 726

Mas não apenas o empregador tem o dever de informar ao empregado, pois ambos os contratantes devem agir de acordo com os preceitos da boa-fé objetiva. Em cumprimento ao objetivo principal do contrato de trabalho, cita-se o dever do empregado em informar a seu empregador a respeito da execução de suas atividades laborais. DELGADO, 2018, p. 727

Ademais, o dever de informação aparece na Lei Geral de Proteção de Dados, aplicada a seara trabalhista (art.8º, § 1º, CLT), notadamente como um direito do titular de dados (art.9º, LGPD). Assim, o trabalhador tem direito de saber informações sobre o tratamento de seus dados feito pela a empresa.

Também neste sentido, “aspectos da intimidade e a vida privada do trabalhador não poderão ser omitidos quando da admissão, sob pena de causar um dano ao próprio trabalhador ou a terceiros”. BARACAT, 2003, p. 233 Evidentemente que, embora o empregador tenha o direito a informar-se a respeito de aspectos da

vida íntima do trabalhador, este somente pode fazê-lo com fim específico e não discriminatório. Como exemplo, não poderia o pretense empregador questionar a trabalhadora a respeito de seu estado gravídico, se a vaga para a qual se candidatou não tem potencial gerador de riscos à saúde do nascituro ou da gestante, o que se depreende da interpretação do art. 2º, inciso I, da Lei 9.029/95. Em contrapartida, a empregada gestante tem o dever de informar a seu empregador de seu estado gravídico, em respeito à boa-fé objetiva, para que não haja qualquer risco laboral no desenvolvimento das atividades habituais, cabendo ao empregador readaptar a trabalhadora, se o caso, em atividades compatíveis com sua condição gestacional.

Incidindo a boa-fé objetiva nas fases preliminares e na execução do contrato de trabalho, é certo que quando da extinção contratual esta também deve estar presente, por força do artigo 472 do Código Civil, já mencionado.

Embora seja dever das partes, e não apenas de uma delas, agirem de boa-fé em todas as fases do contrato de trabalho, é certo que quando do pedido de demissão do empregado, como explicitado em tópico anterior, não há que se falar em qualquer limitação para que este exerça seu direito de ruptura contratual, pois a liberdade do empregado deve prevalecer, sob pena de configuração de trabalho forçado. Nestes casos, o boa-fé objetiva exige que haja aviso prévio ao empregador, de forma a viabilizar a readequação produtiva.

E ainda que se queira aplicar ao empregador a mesma lógica utilizada à liberdade do empregado em romper o vínculo empregatício, é certo que esta liberdade encontra óbice na boa-fé objetiva, para além do simples aviso prévio.

O direito do trabalhador de acesso à informação dos reais motivos que ensejaram a ruptura contratual servirá como instrumento realizador da previsão constitucional de proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa, na medida em que tanto referida proteção quanto o direito à informação estão ambos previstos no título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, não há como garantir o cumprimento da proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no inciso I, artigo 7º da CF, sem que antes se tenha garantido o direito à informação previsto no art. 5º, XIV. Neste mesmo sentido, Eduardo Milleó Baracat:

[...] contraria a boa-fé objetiva, a dispensa que tem por objetivo discriminar o empregado que ajuizou ação trabalhista (direito fundamental previsto nos arts. 5º XXXV e 7º, XXIX), determinando-se a reintegração ou indenização compensatória; ou ainda, a despedida de empregado por ter praticado ato de greve. BARACAT, 2003

Importante reiterar que sequer existe previsão legal ou constitucional que recepcione a despedida imotivada, pois esta não respeita o dever de informação, anexo da boa-fé objetiva. Assim, o dever de motivação das dispensas sem justa causa é plenamente aplicável ao ordenamento jurídico interno brasileiro.

E ainda, o dever de motivação da dispensa não se impõe apenas para reexame do Poder Judiciário, mas também e principalmente como controle imediato do próprio trabalhador, como ocorre nos casos de dispensa por justa causa, fundada nas hipóteses do artigo 482 da CLT, em que a prática jurídica já reconhece o dever de informação como condição formal para a validade do ato, como anota Jorge Luiz Souto Maior a respeito do aviso prévio como instrumento realizador do dever de motivação: “[...] o empregado, cuja relação de emprego foi regularmente cessada por ato motivado do empregador, tem o direito de ser previamente avisado da intenção do empregador, com a apresentação dos motivos determinantes”. MAIOR, 2008

4.5.3.3. O dever de lealdade

O dever de lealdade possui previsão expressa no artigo 422 do Código Civil, ao estabelecer que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, uma vez que o conceito de boa-fé objetiva passa pela definição de lealdade, nas palavras de Alice Monteiro de Barros: “A boa-fé, a que nos referimos, é vista aqui sob o prisma objetivo, alusiva ao dever recíproco de se comportar com lealdade, é assegurada desde as fases preparatórias do contrato” BARROS, 2009, p. 515

O dever de lealdade expressa a necessária confiança que as partes contratantes depositam uma na outra, principalmente nas relações de trabalho em que a prestação ocorre de forma pessoal e se prolonga no tempo, exigindo uma

postura ética e transparente. Por seu caráter abstrato e generalista, o dever de lealdade age como norteador de toda conduta nas relações de emprego, pois espera-se que as partes a todo momento estejam seguindo os princípios da boa-fé, honestidade e, portanto, lealdade, sem frustrar ou tentar prejudicar as finalidades do contrato.

O empregado deve demonstrar lealdade ao não concorrer com seu empregador, conduta expressamente vedada pela previsão da alínea c, do art. 482 da CLT, não realizando trabalhos enquanto esteja de licença médica, bem como informando o empregador de circunstâncias e fatos que possam impactar o efetivo desempenho das suas funções.

Em contrapartida, o empregador demonstra agir com lealdade ao não violar a intimidade do empregado, ao não discriminar o trabalhador que se candidata a vaga de emprego, ao não dispensar empregados de forma arbitrária ou discriminatória devendo, inclusive, utilizar-se de boa-fé objetiva informando ao trabalhador o real motivo de sua dispensa.

Partindo do pressuposto de inexistência de ato humano imotivado, é certo que o dever de lealdade exige que o trabalhador seja informado dos reais motivos que levaram à extinção contratual.

4.6 A boa-fé como parâmetro quando das extinções contratuais

A partir do exposto, notadamente em relação aos deveres anexos, verifica-se que a boa-fé indica parâmetros objetivos para análise da abusividade da dispensa, sendo o principal o acesso à informação, que obriga a externalização dos reais motivos que ensejaram a ruptura contratual, considerando ainda que o direito à informação está previsto no título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais.

A boa-fé objetiva, portanto, se aplica à extinção dos contratos de trabalho, e possibilita a realização dos demais direitos fundamentais durante a vigência do contrato de trabalho, e tende a mitigar a lógica compensatória do Direito do Trabalho, contribuindo com a realização do fim último do Direito do Trabalho, a proteção, pelo respeito à eficácia imediata do inciso I, artigo 7º da CF.

Trata-se, portanto, de um parâmetro essencial de controle de abuso do direito, na medida em que impõe deveres ao empregador de justificar o ato de dispensa, o que se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88).

CONCLUSÃO

Existe uma relação intrínseca entre o Direito do Trabalho e os Direitos Humanos fundamentais, por ser a proteção da dignidade do ser humano o núcleo de ambos.

Entretanto, o Direito do Trabalho exerce um papel dicotômico, pois garante a manutenção do sistema capitalista de produção, por meio de uma lógica compensatória que subverte o papel de proteção da dignidade do ser humano envolvido na relação de trabalho. Enquanto age como mero direito reparatório, mediando a relação entre trabalhadores, donos do capital e o Estado, também se vê diante das imposições dos direitos humanos fundamentais.

Nesse modelo de organização social, o trabalho é uma necessidade e não uma opção, tornando essencial a intervenção do Direito do Trabalho, de forma a evitar abusos na relação entre as partes dessa relação.

A interpretação banalizada que se tem dado aos dispositivos legais e constitucionais plenamente aplicáveis, não tem dado conta de garantir a efetiva proteção do trabalhador contra a dispensa imotivada e sem justa causa.

Essa ausência de amparo efetivo faz com que a hipossuficiência do trabalhador não seja compensada, uma vez que se distancia da efetividade do direito tutelado, e o substitui, legitimando sua violação, por mera indenização pecuniária.

Importante pontuar que o Direito do Trabalho, como o próprio nome sugere, embora exerça papel balizador de controle social, tem seu núcleo na proteção do trabalho e não do capital, devendo se ocupar em dar efetividade aos preceitos constitucionais e seus princípios, de forma a garantir dignidade ao cidadão trabalhador, ainda que em detrimento do capital e da autonomia da vontade.

A tutela do trabalho somente será efetiva, para que os direitos laborais sejam respeitados na vigência do contrato de trabalho, se a cessação contratual não for uma ameaça iminente a qualquer reivindicação, estado de doença ou qualquer outro motivo que possa ser encoberto pela dispensa imotivada.

De forma a identificar a motivação que dá origem a cada modalidade de extinção contratual, categorizou-se da seguinte forma: a) por ato de vontade vinculado (ato faltoso do empregado, ato faltoso do empregador e culpa recíproca), e b) por ato de vontade livre (ato de vontade livre das partes, ato de vontade livre do empregado e ato de vontade livre do empregador).

Parte da inefetividade do art. 7º, I, da CF/88, se dá ainda pela confusão entre os termos dispensa arbitrária, dispensa sem justa causa e dispensa imotivada, correntemente tidas como sinônimas.

Verificou-se neste estudo que a dispensa sem justa causa é toda aquela realizada por motivo desatrelado das hipóteses previstas no artigo 482 da CLT para dispensa por justa causa, enquanto a dispensa arbitrária consiste naquela não fundada em motivo de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira, por definição do artigo 165 da CLT. Já a dispensa imotivada pressupõe não haver qualquer motivo para o rompimento contratual, não havendo sequer previsão normativa para sua configuração como fenômeno jurídico, devendo ser expurgada da prática contratual.

Analisou-se ainda que a contribuição da Lei 9.029/95 e da súmula 443 do TST quanto à vedação das dispensas de caráter discriminatório, não é suficiente para coibir as ilegalidades possibilitadas pela hermenêutica que admite a livre dispensa, sendo necessário um novo enfoque jurídico sobre o tema, enfoque este instrumentalizado pelos parâmetros da boa-fé objetiva.

Afunilando o estudo no ato de vontade livre do empregador como motivador da extinção contratual, verifica-se que a lógica predominante tem escolhido o respeito à autonomia da vontade em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais a este correlatos, como a boa-fé, princípio este basilar inclusive às mais primevas relações de trocas comerciais.

A boa-fé garante que, minimamente, as partes sejam transparentes entre si em suas relações, sendo o que se espera em uma relação em que a força de trabalho, que se confunde com o próprio trabalhador, é vendida em troca de meios materiais de subsistência.

Instrumentalizado e autorizado o mecanismo de dispensas imotivadas e sem justa causa, estas acabam por viabilizar as dispensas retaliativas, arbitrárias e discriminatórias sem maiores questionamentos, mesmo que estas sejam proibidas constitucionalmente.

Referida norma constitucional possui eficácia plena e imediata, independente de regulamentação complementar, sendo que esta, por sua vez, serve apenas para adicionar sanções decorrentes do desrespeito à Constituição, sanções estas que, até o momento, se limitam ao pagamento da indenização sobre os depósitos recolhidos sobre o FGTS.

A motivação da cessação contratual trabalhista é pressuposto da proteção que se espera do Direito do Trabalho, pois somente esta informação tornará verificável a existência de fraudes e inibirá a prática de cessações contratuais não permitidas pelo ordenamento jurídico.

Inúmeras são as motivações encobertas pelo atual sistema de cessação contratual trabalhista, sendo silenciosamente autorizadas as dispensas retaliativas, decorrentes do estado gravídico da empregada, em razão do gênero, ou de avançada idade do trabalhador, decorrentes de assédio moral, fundadas em orientação sexual, estado de saúde, diferenças étnicas, dentre outros abusos de direito.

Sendo a motivação necessária para coerência do sistema de cessações contratuais, e validação de sua legalidade, o princípio da boa-fé objetiva se impõe para definir a instrumentalizar como o intérprete da lei deve agir diante dessas situações, quais os limites se apresentam à autonomia da vontade quando da extinção contratual, e quais os deveres devem ser observados nestas ocasiões; sendo que a lealdade, a transparência e a informação de quais os motivos reais ensejaram a extinção contratual são essenciais para efetividade da proteção ao trabalho e, portanto, à todas as demais garantias fundamentais dele decorrentes.

Conclui-se que o princípio da boa-fé, embora de origem civilista, se aplica aos contratos de trabalho, e contribui para realizar o princípio da proteção, ao viabilizar a garantia dos demais direitos trabalhistas durante a vigência do contrato de trabalho.

Assim, diante da inquestionável incidência das normas de direitos humanos no contrato de emprego; diante do valor social do trabalho, fundamento do Estado Democrático de Direito e elemento central de controle dos atos do empregador, diante da eficácia social do contrato, que tem impactos não só para o indivíduo como para a coletividade e poder público; e diante da relevância social e subjetiva do emprego, não se pode banalizar os atos de dispensa, cujos atos são parametrizados pela boa-fé e seus deveres anexos.

Nesse sentido, a boa-fé deve ser utilizada como parâmetro de controle para verificação de eventual abusividade na dispensa, conferindo eficácia ao disposto do art. 7º, I, da CF/88. Dessa forma, a boa-fé impõe o dever de lealdade e informação, impondo-se a necessidade externalização documental dos motivos que ensejaram o rompimento contratual de forma a coibir a dispensa imotivada.

Não há o que temer ao se externalizar a motivação causadora da extinção contratual, se esta for legítima!

REFERÊNCIAS

Achard, M. -O., Chastel, V., e Dell'Accio, P. **Perte d'emploi et santé, Le Concours medical**. 1998.

— **L'Histoire en heritage**. Desclée de Brouwer. Paris, 1999.

ALVARENGA, D. Portal G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/31/desemprego-fica-em-142percent-no-trimestre-terminado-em-janeiro-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 17 maio 2021.

ÁLVAREZ ALONSO, D. **La Garantía de Indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales**. Albacete: Bomarzo, 2005.

AMARAL, F. P. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, E. G. L. D. **Princípios de direito do trabalho e seus fundamentos teóricos-filosóficos**: problematizando, refutando e deslocando o seu objeto. São Paulo: LTr, 2008.

ANTUNES, R. **Os Sentidos do Trabalho**. São Paulo: Boitempo, 1999.

ANTUNES, R. **O privilégio da servidão**. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARAÚJO, E. M. C. D. Um novo perfil de empresa como fator de prevenção do assédio moral. In: SILVA, A. D. **Direitos humanos**: essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007., p. 218-228.

ARRUDA ALVIM, J. M. D. **Comentários ao Código Civil Brasileiro - do direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARACAT, E. M. **A boa fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

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

BARROS, A. M. D. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2009.

BATTAGLIA, F. **Filosofia do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1958.

BITTAR, C. A. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 1, 1994.

CARRION, V. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARVALHO, A. C. L. D. **Garantia de indenidade no Brasil**: o livre exercício do direito fundamental de ação sem o temor de represaria patronal. São Paulo: LTr, 2013.

CARVALHO, A. X. D. A falácia da despedida imotivada no Brasil. **R. Fac. Dir. Univ. São Paulo**, v. 114, p. 451-478, 2019.

CARVALHO, D. F. D.; PEREIRA, P. G. **A boa-fé objetiva como parâmetro da análise dos contratos administrativos. Fórum de contratação e gestão pública. Ano 2**. São Paulo: Fórum, v. 23, 2003.

CESARINO JUNIOR, A. F. **Natureza jurídica do contrato individual do trabalho**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F.º, 1938.

CHAUÍ, M. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1995.

CHAUÍ, M. Introdução. In: LAFARGUE, P. **O Direito à Preguiça**. São Paulo: Hucitec UNEP, 1999.

COMMAILLE, J. Vie Publique, 01 janeiro 1999. Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/004000965.pdf>.

DEJOURS, C. **A banalização da injustiça social**. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

FRENCH, J. D. **Afogados em leis**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

FRITZ, K. N. **Boa-fé objetiva na fesa pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

G1. **Portal G1**, 03 fevereiro 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/01/12/ford-fecha-fabricas-no-brasil-veja-perguntas-e-respostas.ghtml>.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, A.; SOUZA, E. M. D. Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, dezembro. 2010.

GONDINHO, A. P. D. R. O. **Codificação e cláusulas gerais**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, 2000.

GRAU, A. B.; REY, J. P. **A dispensa ou a violência do poder privado**. Tradução de Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009.

GUIMARÃES, O. M. **A boa fé no Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 86.

HOBSBAWM, E. J. **Mundos do trabalho**: novos estudos sobre a história operária. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005.

IBGE. **Indicadores IBGE : pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua**. Riode Janeiro. 2021.

IBGE. Desocupação fica estável em 21 das 27 UFs no terceiro trimestre de 2022, 17 novembro 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/35502-desocupacao-fica-estavel-em-21-das-27-ufs-no-terceiro-trimestre-de-2022>.

IBGE, I. B. D. G. E. E. **Projeções da população do Brasil e unidades da Federação por sexo e idade: 2010-2060**. [S.l.]. 2018.

JÚNIOR, D. D. C. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

MACHADO, G. S. S. **A ideologia do contrato de trabalho**: contribuição à leitura marxista da relação jurídica laboral. São Paulo: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-03102012-091123/pt-br.php>. Acesso em: 2021.

MAIOR, J. L. S. A seita secreta para a efetivação dos direitos sociais. **Revista LTr**, São Paulo, outubro 2005., p. 1170

MAIOR, J. L. S. Proteções jurídicas em face da cessação da relação de emprego. In: MAIOR, J. L. S.; CORREIA, M. O. **Curso de direito do trabalho: direito individual do trabalho**. São Paulo: LT, 2008., p. 239-300.

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

MARANHÃO, D. Extinção do Contrato de Trabalho. In: SÜSSENKIND, A. **Instituições de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981., p. 521 e seguintes.

MARTINS, F. A. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

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

MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MATOS, L. **Direito digital do trabalho: a proteção de dado e o monitoramento corporal no contexto das relações de trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

MEIRELES, E. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

MELO, J. L. D. R. **Abuso do Direito nas Dispensas sem Justa Causa e Arbitrárias**. Curitiba: Juruá, 2014.

MENEZES CORDEIRO, A. M. D. R. E. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1953. p. 1406.

MICHAELIS. Moderno dicionário inglês, 17 dezembro 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno/mainstream/>.

MORAES FILHO, E. **A justa causa na rescisão do contrato de trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.

NEGREIROS, T. P. D. A. T. D. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

OIT. Organização Internacional do Trabalho, 02 fevereiro 2021. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm#:~:text=Formalizado%20pela%20OIT%20em%201999,fundamental%20para%20a%20supera%C3%A7%C3%A3o%20da>.

OLIVEIRA, A. C. D. P. **Revista Pessoal de Empregado**. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, P. E. V. D. Direito do Trabalho e cidadania. **Revista de Estudos sobre área de Direito** , 2010.

OLIVEIRA, P. E. V. D. **O Direito do Trabalho no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 12 dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org>.

PALMA, J. A. D. **Como praticar os novos avisos prévios**. São Paulo: LTr, 2011.

PALOMEQUE LÓPES, M. C.; ÁLVARES DE LA ROSA, M. **Derecho del trabajo**. 14. ed. Madri: Ramón Areces, 2006.

PAMPLONA FILHO, R.; GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2009.

PONTES DE MIRANDA, F. **Tratado de Direito Privado**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. T. XXXII e XXXV, 1972.

PRONI, T. T. D. R. W.; PRONI, M. W. Discriminação de gênero em grandes empresas no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis , v. 26, n. 1, fevereiro. 2018.

REALE, M. **O projeto do novo Código Civil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, J. E. D. A. Âmbito Jurídico, 06 abril 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/boa-fe-objetiva-historicidade-e-contornos-atuais-no-direito-contratual/>.

RODOVALHO, T. **Abuso de Direito e Direitos Subjstivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUEZ, A. P. **Princípios de direito do trabalho**: tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, A. S. **Despedida arbitrária e discriminatória**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RUBINSTEIN, F. **A bona fides como origem da boa-fé objetiva do Direito brasileiro**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 99, 2004.

RUBINSTEIN, F. **A bona fides como origem da boa-fé objetiva do Direito brasileiro**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 99, 2004.

SANSEVERINO, L. R. **Corso di diritto del lavoro**. Padova: Cedam, 1937.

SARLET, I. W. Princípio da proibição de retrocesso nos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1988. In: (ORG.), M. E. R. **Justiça social**: uma questão de direito. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

SEVERO, V. S. **O dever de motivação da despedida**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SILVA, C. A. B. D. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

SILVA, H. B. M. D. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**: contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVEIRA, A. **A bôa fé no Direito Civil**. São Paulo: Typ. Paulista, 1941.

SLAWINSKI, C. B. A. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen, 2002.

STEIL, A. V. Organizações, gênero e posição hierárquica - compreendendo o fenômeno do teto de vidro. **RAUSP Management Journal**, São Paulo, 1997., p. 62-69

SÜSSEKIND, A. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

TARTUCE, F. O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual. Apontamentos em relação ao novo código civil e visão do projeto nº 6.960/02.

Flávio Tartuce, 12 dezembro 2005. Disponível em:
<http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/artigo-boafe-TARTUCE.doc>.

TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. **Os efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 6, 2003.

TST. **Tribunal Superior do Trabalho**, 13 dezembro 2022. Disponível em:
<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>.

WANDELLI, L. V. **Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2004.