

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

MARISA PINHO SOUSA BUBNIAK DORSDT

**DO DEVER DE CONTRAPRESTAÇÃO AO ACÚMULO DE FUNÇÕES
COMO CONSECUTÁRIO DA INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NO
CONTRATO DE TRABALHO**

PORTO ALEGRE

2021

MARISA PINHO SOUSA BUBNIAK DORSDT

**DO DEVER DE CONTRAPRESTAÇÃO AO ACÚMULO DE FUNÇÕES
COMO CONSECUTÁRIO DA INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NO
CONTRATO DE TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Do Amaral Dorneles De Dorneles

PORTO ALEGRE

2021

MARISA PINHO SOUSA BUBNIAK DORSDT

**DO DEVER DE CONTRAPRESTAÇÃO AO ACÚMULO DE FUNÇÕES
COMO CONSECUTÁRIO DA INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NO
CONTRATO DE TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: ____ de _____ de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Professor

Professor

Dorsdt, Marisa Pinho Souza Bubniak
DO DEVER DE CONTRAPRESTAÇÃO AO ACÚMULO DE FUNÇÕES
COMO CONSECUTÁRIO DA INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NO
CONTRATO DE TRABALHO / Marisa Pinho Souza Bubniak
Dorsdt. -- 2021.

68 f.

Orientador: Leandro Do Amaral Dorneles De Dorneles.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Acúmulo de Funções. 2. Jus Variandi. 3. Boa-fé
Objetiva. I. De Dorneles, Leandro Do Amaral Dorneles,
orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que, por meio de seu corpo docente e tradição de excelência, fez com que as Ciências Jurídicas e Sociais me instigassem desde o primeiro momento em que ali pisei.

Ao meu marido, Thágor, pelo imensurável apoio no decorrer de toda a minha trajetória acadêmica e, principalmente, durante a conclusão deste trabalho. Jamais encontrarei palavras hábeis a descrever a gratidão por viver os meus sonhos como se seus fossem e por acreditar fielmente nas minhas ideias. Sou muito grata, também, pela leveza trazida a todos esses anos conciliando trabalho e faculdade. É uma honra e uma felicidade imensurável viver a vida ao seu lado.

Aos meus bebês, Renato e Aurora, por serem a força que me motiva a tentar ser melhor, pelas gargalhadas que abraçam a alma, pelos olhares que acolhem. Por vocês, tudo, e nada menos que isso.

Aos meus pais, Raquel e Cláudio, por terem incentivado tanto, desde sempre, o meu interesse pelos estudos, e por terem apoiado a minha vinda de Goiás para o Rio Grande do Sul. Sem vocês, essa trajetória não teria sido possível.

Por fim, ao doutor Luiz Sérgio Nogara e à doutora Silvana Martini Gomes, sócios do Nogara & Gomes Advogados Associados, por todos os ensinamentos ao longo destes anos de trabalho, bem como pelo apoio à minha vida acadêmica. A vivência profissional foi fundamental para o meu amadurecimento enquanto operadora do Direito.

RESUMO

O presente trabalho objetiva instigar a reflexão acerca do fenômeno denominado Acúmulo de Funções, assim compreendida a hipótese em que o empregador submete o empregado à realização de atividades desvinculadas do cargo para o qual foi contratado, de maneira cumulativa com as incumbências decorrentes da função primígena. Objetiva-se refutar o entendimento jurisprudencial de que o teor do parágrafo único do art. 456 da CLT autorizaria o empregador a exigir do empregado quaisquer atividades compatíveis com seus predicativos pessoais. Por meio de método indutivo, utilizando-se de consulta à doutrina e à jurisprudência, propõe-se que a corrente jurisprudencial mencionada vai de encontro com a atual compreensão do alcance do poder diretivo, segundo a qual o jus variandi é limitado pelo próprio contrato de trabalho. Ocorre que, sendo tácita a grande maioria das cláusulas do contrato de trabalho e tratando-se de modalidade de contrato de adesão, é imprescindível que o exame do alcance do consentimento do empregado seja embasado nos parâmetros de legitimidade da expectativa fornecidos pelo instituto da boa-fé objetiva, considerando-se aspectos concretos como os usos do ramo negocial, a escolaridade do trabalhador, como se deu a dinâmica de prospecção, bem como as demais circunstâncias normativas e fáticas do caso. Sustenta-se, portanto, que a verificação, de acordo com critérios oriundos da boa-fé objetiva, de que as tarefas acumuladas são dissonantes daquilo com o que o empregado consentiu na ocasião de sua contratação enseja o dever de contraprestação por meio de acréscimo salarial.

Palavras-chave: acúmulo de funções. Jus variandi. Boa-fé objetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PODER DIRETIVO	10
1.2 FUNDAMENTOS	14
1.2.2 Teoria Acontratualista ou Paracontratualista	18
1.2.3 Teoria Contratualista	19
1.2.4 Teoria Eclética ou Sincrética	20
1.2.5 A CLT e a Doutrina Brasileira	20
1.2.6 Fundamentos Constitucionais	23
1.3 LIMITES	25
2 BOA-FÉ OBJETIVA	32
2.2 DO CAMPO DE ATUAÇÃO: RELAÇÃO OBRIGACIONAL.....	36
2.3 DISTINÇÃO E INTERDEPENDÊNCIA PRINCÍPIOLÓGICA: BOA-FÉ, CONFIANÇA, AUTONOMIA PRIVADA E AUTORRESPONSABILIDADE	38
2.3.1 Autonomia Privada	39
2.3.2 Autonomia Privada e Confiança	39
2.3.3 Confiança e Boa-Fé.....	40
2.3.4 Autorresponsabilidade	41
2.4 DAS FUNÇÕES DA BOA-FÉ.....	42
2.4.1 Funções Interpretativa e Integrativa	43
2.4.2 Função Criadora de Deveres Jurídicos	44
2.4.2.1 Deveres de Prestação	45
2.4.2.2 Deveres Anexos	47
2.4.2.3 Deveres de Proteção (Laterais)	47
2.4.3 Função Corretora ou Limitadora ao Exercício de Direitos Subjetivos	48
3 ACÚMULO DE FUNÇÕES	51
3.1 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS	52
3.2 ACÚMULO DE FUNÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA	55
3.3 PROPOSIÇÃO	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva instigar a reflexão acerca do fenômeno denominado Acúmulo de Funções, assim compreendida a hipótese em que o empregador submete o empregado à realização de atividades desvinculadas do cargo para o qual foi contratado, de maneira cumulativa com as incumbências decorrentes da função primígena.

Trata-se de tópico frequente em reclamações trabalhistas, cuja apreciação em decisões judiciais habitualmente deixa de contemplar a totalidade dos aspectos determinantes para o deslinde da questão. Observa-se que, como regra geral, os julgadores buscam aferir se as tarefas acumuladas têm maior complexidade ou são melhor remuneradas do que aquelas inerentes ao cargo original, ou se tais atividades são compatíveis com predicativos pessoais dos empregados reclamantes, com vistas a aplicar a hipótese prevista no parágrafo único do art. 456 da CLT, segundo o qual “à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal”. Predomina o entendimento de que, sendo o salário pago proporcionalmente à jornada de trabalho e não por tarefa realizada, o empregado estaria submetido às determinações do empregador, que, fazendo uso de seu poder diretivo, direcionaria a energia produtiva do trabalhador conforme as necessidades de seu empreendimento. Assim sendo, apenas atividades de maior complexidade ou melhor remuneradas estariam dissonantes da obrigação assumida pelo empregado no contrato de trabalho.

Neste estudo, sugere-se que a perquirição da compatibilidade das tarefas acumuladas com a função para a qual foi contratado o empregado perpassa pela compreensão dos limites do *jus variandi* do empregador. Aferidos tais limites, verifica-se que o exame das tarefas englobadas pela função contratada demanda a utilização de critérios advindos da incidência da boa-fé objetiva nas relações contratuais. Por fim, propõe-se que a verificação, de acordo com critérios oriundos da boa-fé objetiva, de que as tarefas acumuladas são dissonantes daquilo com o que o empregado consentiu na ocasião de sua contratação enseja o dever de contraprestação por meio de acréscimo salarial.

A proposição em questão será amparada por duas grandes premissas, referentes ao poder diretivo e à boa-fé objetiva, a serem pormenorizadas em capítulos próprios.

A primeira premissa é a de que o estudo acerca do poder diretivo revela que seu alcance não é tão amplo quanto pressupõem os adeptos do entendimento mencionado. Nesse ínterim, o primeiro capítulo do presente trabalho propõe-se a esmiuçar o fenômeno do poder

diretivo, estabelecendo sua definição, seus fundamentos e traçando seus limites. Objetiva-se, assim, traçar a primeira grande premissa para a proposição ora sustentada, qual seja, a de que o poder diretivo limita-se pela própria atividade laboral, estando compreendidos no contrato de trabalho em si os limites para o exercício da prerrogativa em questão.

Após, passa-se ao exame da segunda premissa, qual seja, a de que a boa-fé, enquanto princípio jurídico informador do direito privado como um todo e cláusula geral a ser observada nos contratos, permite aferir (i) qual a intenção consubstanciada no acordo; (ii) se o ajustado está de acordo com o Ordenamento jurídico; (iii) como, em vista do acordado, as partes deveriam ter se comportado e (iv) a quais deveres e obrigações estavam adstritas, bem como quais não foram observados, e por quais razões. A partir da análise da definição do instituto jurídico, da delimitação de seu campo de atuação, da menção à interdependência principiológica em relação aos demais informadores do Direito Privado como um todo e, por fim, das funções da boa-fé objetiva, restarão bem esclarecidos os parâmetros a serem observados no *iter interpretativo* dos contratos, bem como os deveres que emergem da incidência da boa-fé, além das condutas vedadas em decorrência de sua incidência enquanto corretora do exercício jurídico, direcionando-o e ajustando-o aos padrões de licitude.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se à análise do fenômeno do Acúmulo de Funções propriamente dito. Partindo da menção às normas incidentes nas hipóteses de alterações contratuais trabalhistas, constatar-se-á que inexistente previsão expressa acerca do Acúmulo de Funções. Há, tão somente, a presunção advinda do parágrafo único do art. 456 da CLT. Propõe-se que o dispositivo em questão faz uso de expressão semanticamente vaga - “condição pessoal” -, com a qual se afere a compatibilidade das tarefas, cuja adequação a uma perspectiva atual dos limites do poder diretivo demanda a aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Sustenta-se, em suma, a imprescindibilidade de aferição de quais eram as expectativas legítimas concernentes ao desempenho da função em análise, isto é, deve-se perquirir, dadas as circunstâncias em que se deu a contratação, qual o específico todo unitário de atividades que o empregado obrigou-se a realizar. Por meio dessa exposição, espera-se poder demonstrar que a constatação de incompatibilidade das tarefas acumuladas com os critérios da boa-fé objetiva acerca do que é englobado pelo consentimento excede os limites do contrato de trabalho, sendo devida a contraprestação por meio de acréscimo salarial.

1 PODER DIRETIVO

O direito do trabalho tem como objeto o trabalho subordinado, o qual, de seu turno, é apontado como o aspecto determinante de uma relação jurídica de origem contratual, estabelecida entre dois sujeitos mediante a prestação, por parte de um deles, de energia destinada à utilização pelo outro, que assume os riscos do empreendimento e remunera essa prestação de trabalho¹.

Maria do Rosário Palma Ramalho destaca que o vínculo de emprego pode ser objetivamente delimitado como sendo a atividade laboral, sendo esta juridicamente qualificada como (i) uma prestação de fato objetiva, da qual a (ii) relevância se estabelece *in se* e não pelo resultado que produza e (iii) cujo conteúdo é heterodeterminado, por haver necessidade de concretização pelo empregador².

A doutrinadora portuguesa esclarece, ainda, que o contrato de trabalho é formado por dois binômios essenciais, consubstanciados nas zonas obrigacional e laboral³. A zona obrigacional é delimitada pelo binômio atividade laborativa/remuneração e diz respeito às prestações principais das partes, bem como à relação que essas prestações estabelecem na respectiva troca. Trata-se da zona que confirma a natureza creditícia e patrimonial desse contrato, porquanto envolve uma operação de troca entre dois bens jurídicos com valor econômico. A zona obrigacional evidencia, também, a essência conflitual do contrato de trabalho, uma vez que os interesses subjacentes às prestações principais das partes são opostos, bem como o seu caráter sinalagmático, porque as prestações principais são correspectivas, e de execução continuada, pois a atividade de trabalho se desenvolve ao longo do tempo e a obrigação retributiva envolve uma prestação periódica.

A zona laboral, por sua vez, revela a riqueza e a complexidade do contrato de trabalho pela forma como interfere na zona obrigacional, posto que esta, apreciada isoladamente, corresponde à parcela de seu conteúdo que é comum a outras figuras negociais. A zona laboral é integrada pelo binômio subordinação jurídica/poderes laborais e evidencia a posição desnivelada que as partes assumem no vínculo⁴.

¹NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 77

²RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 427

³Ibidem, p. 467

⁴Ibidem, p. 468.

O elemento da subordinação desempenha dupla e incindível função no contrato de trabalho: de uma parte, é a moldura condicionadora do desenvolvimento do vínculo laboral. De outra, a subordinação é o critério verdadeiramente delimitador do contrato em relação a figuras próximas. Aduz Ramalho que

A subordinação do trabalhador reconduz-se à sua disponibilidade para acatar as determinações do empregador/credor relativas ao modo de cumprimento da prestação principal e às exigências decorrentes da organização do empregador na qual o trabalhador se integra; esta subordinação manifesta-se no dever de obediência do trabalhador .

É nessa conjuntura que se evidencia a relevância do poder diretivo: além de ser, juntamente à subordinação, a pedra de toque de caracterização do contrato de trabalho, diferenciando-o dos demais contratos de direito privado⁵, é por meio de seu exercício que o empregador dá uma destinação concreta à energia de trabalho (físico e intelectual) que o empregado é contratualmente obrigado a colocar e conservar à disposição da empresa de que ele depende⁶.

A doutrina aponta a existência de facetas do poder intraempresarial que têm alcançado amplitude, consistência e identidade próprias, a ponto de justificarem sua designação como modalidades específicas do poder empregatício, quais sejam, os poderes diretivo e disciplinar⁷. Nesse contexto, o poder diretivo é apontado como gênero da espécie poder empregatício, este caracterizado como o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego⁸.

1.1 CONCEITO

Em uma unidade econômica de produção ou troca de bens e serviços, o empregador é a pessoa detentora do negócio ou exploradora da atividade e que coincide com aquela que lhe colhe os resultados. Em tratando-se a empresa de unidade técnico-econômica de produção ou troca de bens ou serviços, há duas ordens básicas de considerações a serem destacadas: externamente, a empresa realiza fins; internamente, organiza-se e opera. Nessa senda, o

⁵ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 200, p. 78.

⁶ Ibidem, p. 76.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e as inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed ., São Paulo: LTr, 2019, p. 791.

⁸ Ibidem, p. 790.

empregador é quem detém, ultima ratio, o poder de direção, o qual imprime sentido integrativo aos meios conducentes da atividade-trabalho, direcionando o empregado à consecução integrada dos fins da organização. A direção, que qualifica a pessoa como empregador, é um poder, mas um poder função, isto é, que se acha adstrito a um campo certo de misteres e que tem por objeto o cumprimento de determinados fins, de natureza técnica⁹.

O poder diretivo é a faculdade que tem o empregador de determinar as normas, de caráter prevalentemente técnico, às quais o trabalhador deve subordinar-se no cumprimento de sua obrigação¹⁰.

Consoante leciona Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, consiste a empresa em uma soma de atividades, que se distribuem por um sistema racional e organizado de desenvolvimento. Em razão disso, a substância da vida empresária não se explica sem previsão, a qual consiste na garantia dos meios com que conta ou de que necessita a empresa para manter a regular marcha de seus negócios e de sua atividade. Tendo em vista que quem torna possível a consecução integrada dos fins empresariais são os empregados, por meio de seu trabalho, a segurança imprescindível à atividade empresarial se dá por meio do poder diretivo, o qual imprime sentido integrativo aos meios conducentes da atividade-trabalho. Por meio do exercício do poder diretivo, objetiva-se a garantia da regularidade, a continuidade e a segurança dessa atividade para os fins intercalares e últimos da empresa¹¹.

O poder diretivo estende-se, pois, a todos os atos de previsão que, sobre o trabalho de outrem, impliquem em garantia dos meios de manter-se a regular atividade do processo produtivo ou de troca de bens e serviços, isto é, engloba todas as ações que se fundam em uma situação de previsão da observância de um constante tráfico de prestações e contraprestações, na segurança quanto à regular marcha da atividade empresarial¹².

Maurício Godinho Delgado define o poder diretivo como o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador, as quais são dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no

⁹ VILHENA Paulo Roberto Emílio de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 254.

¹⁰ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 200, p. 76.

¹¹ VILHENA. Paulo Roberto Emílio de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 258.

¹² Ibidem, p. 259.

estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços¹³.

Orlando Gomes e Élon Gottschalk caracterizam o poder de comando como o *aspecto ativo da subordinação jurídica*, da qual o aspecto passivo seria o dever de obediência. Aduzem os autores que as atividades do empregado consistem em possibilitar que as suas energias convoladas no contrato de trabalho sejam conduzidas, no caso a caso, segundo os fins desejados pelo empregador. Assim, ao poder de comando do empregador corresponde o dever específico do empregado de obedecer¹⁴. Isso porque o trabalhador não se obriga apenas a prestar determinada atividade de trabalho, mas também a desenvolver essa atividade sob a autoridade do empregador, ou seja, colocando-se numa situação de dependência perante o credor¹⁵.

[...] em qualquer regime econômico, é fundamental que as unidades produtoras, seja qual for seu porte, se organizem hierarquicamente, com vistas à realização de seus objetivos. O que implica, evidentemente, a inevitável submissão de cada trabalhador, enquanto dura o trabalho, à hierarquia da unidade produtora à qual preste serviços. Ou seja: o que implica o sacrifício de parte da liberdade ou autonomia de cada trabalhador, que deve colocar-se e, realmente, se coloca, durante a prestação de serviços, sob a dependência jurídica do respectivo empregador [...].(PEREIRA, 1991, p. 9)

Nesse ínterim, Sérgio Pinto Martins leciona que, como o empregado é um trabalhador subordinado, está sujeito ao poder de direção do empregador, que é a forma como ele define como serão desenvolvidas as atividades do empregado em decorrência do contrato de trabalho. Destarte, para o autor, o poder de direção englobaria não apenas o poder de organizar, como também de controlar e disciplinar o trabalho, de acordo com os fins do empreendimento¹⁶.

O poder de direção fixa o conteúdo concreto da atividade laboral, permite ao empregador orientar o trabalhador quanto ao modo de sua execução. Trata-se do poder através do qual o empregador atribui uma função concreta ao trabalhador no âmbito da atividade para a qual foi contratado e adequa a prestação deste aos seus próprios interesses ao

¹³DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e as inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 792.

¹⁴GOTTSCHALK, Elson. GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 133.

¹⁵RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 444.

¹⁶MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 193.

longo da execução do contrato¹⁷. O poder disciplinar, de seu turno, permite ao empregador estabelecer regras de disciplina na empresa que, sem terem uma relação direta com a atividade laboral, se justificam pela dinâmica da organização (faceta prescritiva), bem como permite aplicar sanções disciplinares ao trabalhador em caso de descumprimento (faceta sancionatória/punitiva)¹⁸.

É através do poder de direção que o empregador fixa as regras que serão adotadas na empresa para o fim de organizar, estruturar e viabilizar as regras gerais e especiais do empreendimento, adequando os fatores de produção – capital e trabalho – e dando um caráter específico à mão de obra de cada trabalhador, adequando-as de acordo com as finalidades almejadas pela empresa¹⁹.

Para Nascimento, o poder de direção representa uma consequência natural da relação de emprego, através da qual o empregado se sujeita ao cumprimento de ordens emanadas pelo empregador, a quem compete dirigir a atividade laborativa do empregado com vistas à realização dos seus negócios.

O poder diretivo compreende, portanto, a faculdade de que dispõe o empregador para exercer todas as atividades gerais, relacionadas à prestação de serviços dos empregados. É por intermédio do poder diretivo que se estabelece a faculdade que tem o empregador de estabelecer as normas para o funcionamento da empresa, estipular o objeto da prestação de serviços e a regulamentação das condições de trabalho e editar as normas fiscalizatórias relativas à execução do trabalho ou ao comportamento dos empregados no local de trabalho²⁰.

1.2 FUNDAMENTOS

Pode-se dividir a análise dos fundamentos do poder de direção do empregador em legal e doutrinária. Por meio da análise legal, busca-se aferir as normas jurídicas que conferem amparo supedâneo ao seu reconhecimento. A análise doutrinária perquire a efetiva fundamentação do

¹⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 450.

¹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 446.

¹⁹ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p.71.

²⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O poder empregatício no contrato de trabalho**. Jus.com.br, [S.l], 2010.

poder de direção, que lhe confira substrato e permita sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio²¹.

No que concerne ao amparo legal, a abordagem feita pela legislação trabalhista é implícita. O art. 2º da CLT dispõe que o empregador dirige a prestação pessoal de serviços, pois assume os riscos da atividade econômica. No mesmo sentido, o art. 3º da CLT refere que o empregado trabalha sob dependência do empregador. Em face desses dispositivos é que a doutrina vem conferindo ao empregador o direito de intervir na esfera jurídica do empregado para comandar sua prestação de serviços, isto é, dirigir, fiscalizar e subordinar o seu trabalho com vistas a atingir os seus objetivos²².

A aferição do fundamento doutrinário, de seu turno, exige que seja adotada como premissa maior uma das teorias quanto à natureza jurídica da relação empregatícia, por meio das quais a doutrina busca aferir se a relação de emprego é ou não contratual²³. De pronto, é mister esclarecer que a origem do impasse em questão remete ao momento em que, superada a concepção do trabalho como bem sujeito à apropriação e da relação de emprego como do tipo locativo, o trabalho humano assumiu a condição de manifestação da personalidade do trabalhador, passando a ser inconcebível a separação entre o trabalhador (sujeito) e o trabalho por ele prestado (objeto)²⁴. Passou-se, então, ao cenário a que Catharino refere-se como decadência da concepção absoluta do contrato²⁵, em face do qual foram desenvolvidas as teorias (i) anticontratalista; (ii) paracontratalista ou acontratalista; (iii) contratualista e (iv) eclética ou sincrética.

1.2.1 Teorias Anticontratalistas

Surgidas no âmbito dos países em que foram instaurados regimes totalitários no curso do século XX, as teorias anticontratalistas consideram irrelevante a vontade do empregado,

²¹NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 81.

²²NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 77.

²³CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1972, p. 222.

²⁴ Ibidem., p. 181.

²⁵ Ibidem., p. 223.

seja por conceberem como fundamental o fato-trabalho, seja por terem como exclusivamente pessoal, sem ser obrigacional e patrimonial, a relação em causa²⁶.

Buscava-se corroborar, por intermédio de tais teorias, que a relação de hierarquia e disciplina existente entre Estado e cidadão transbordaria para uma das mais importantes facetas da vida do indivíduo: o trabalho. Integrar-se a uma empresa, cumprindo os comandos patronais, era, em certo sentido, extensão da obediência e da lealdade devidas ao *Führer* ou ao *Duce*²⁷.

Consoante esclarece Catharino, a corrente anticontratalista assenta-se na concepção comunitária da organização empresária do trabalho, dando prevalência ao fato-trabalho e ao dever de fidelidade do trabalhador. Hitler era o Führer, condutor do povo alemão, ao qual cidadão, por questão de honra, devia obediência absoluta. Na condição de empregado, o cidadão devia tal lealdade ao chefe condutor da empresa, que, por sua vez, dirigiria sua produção para o pangermanismo²⁸.

Trata-se de corrente que, em certa medida, nulifica a relevância da vontade e da liberdade na relação de emprego, sob a premissa máxima de que a empresa seria uma comunidade de trabalho em que o empregado se inseriria para o fim de simplesmente cumprir os objetivos visados pelo empreendimento. Nessa comunidade, não existiria espaço para discussão das condições contratuais, tampouco a possibilidade de o empregado expressar a sua autonomia de vontade²⁹.

A tese anticontratalista pode ser dividida em duas grandes correntes: fatural (pessoalista antipatrimonial) e institucional pura.

Para os adeptos da acepção fática, era o início da prestação de serviços enseja o ingresso do trabalhador na “comunidade” empresarial, ocorrendo, a partir daí, o atrelamento

²⁶ Ibidem., p. 225.

²⁷ FERNANDEZ, Leandro. O direito diretivo: a necessária revisão da dogmática acerca dos poderes do empregador à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Trabalho** . v. 146, p. 75 – 111, Abr - Jun 2012.

²⁸ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1972., p. 225.

²⁹ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 34.

daquele aos poderes patronais. Em face disso, o patrão assumia o status de credor da lealdade e obediência de seus empregados a partir do momento de início da execução do trabalho contratado³⁰.

A teoria da relação de emprego funda-se na noção segundo a qual a “prestação material dos serviços, a prática de atos de emprego no mundo físico e social é que seriam a fonte das relações jurídicas de trabalho – e não a vontade das partes, em especial do obreiro”, de modo que a “relação empregatícia seria uma *situação jurídica objetiva*, cristalizada entre trabalhador e empregador”³¹.

De seu turno, as teorias institucionalistas remetem ao advento do nazismo na Alemanha e têm como essencial a prevalência do bem comum em detrimento dos interesses individuais. A empresa seria uma comunidade de trabalho na qual o empregado se incorpora para cumprir os fins objetivados pela produção nacional. Nessa comunidade, não haveria de se cogitar uma soma de particulares relações contratuais entre os interessados, mas tão somente uma relação de trabalho que, em essência, seria unitária, sem margem para a autonomia da vontade e constituída pela mera ocupação do trabalho humano pelo empregador³².

A empresa seria uma “instituição pessoa”, com atividade normativa interna, exercida através da emissão de instituições regras. O trabalhador, ao ingressar no grupo empresarial, estaria a ele se vinculando pela relação institucional de emprego. Não haveria interesses contrapostos entre empregado e empregador, e sim o interesse comum da instituição pessoa, que prevalece em relação aos interesses individuais de seus membros³³.

Destarte, seria a empresa uma instituição que decorreria da organização do trabalho para a obtenção de utilidades. Pressuporia a hierarquia e a colaboração entre seus membros, ao passo que quem a dirige estaria naturalmente investido do poder de dar ordens sobre os

³⁰ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles, SIQUEIRA, Rodrigo Espiúcia dos Anjos. A natureza jurídica da relação de emprego à luz da reforma trabalhista no Brasil. Encontro Nacional do CONPEDI, 2019, Goiânia. Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II. Florianópolis: Conpedi, 2019, p. 186.

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e as inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 316-317

³² NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 34.

³³ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1972, p. 227.

serviços e de impor a disciplina no ambiente de trabalho. Esse poder não seria advindo do livre contrato entre as partes celebrado, mas da natureza da instituição³⁴.

Consoante salienta Nascimento³⁵, as teses anticontratalistas constituem concepção justificadora de situação assimétrica e despótica de poder, em detrimento de uma concepção explicativa dessa situação. Dissimula-se a presença da liberdade na relação empregatícia e nega-se o caráter dialético do poder nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação uniformes. Assim sendo, não exprime com fidelidade a fundamentação do poder de direção do empregador, porquanto a liberdade em assentir e pactuar se constitui em condição sine qua non da relação de emprego.

1.2.2 Teoria Acontratualista ou Paracontratualista

Os adeptos das teorias acontratualistas ou paracontratualistas não têm posição frontal ou perpendicular contra o contrato, tampouco afirmam sua existência. Trata-se de corrente que não nega a voluntariedade da relação de emprego, aduzindo tratar-se de verdadeiro ato bilateral, contudo a relação de emprego far-se-ia perfeita independentemente de contrato, sendo bastante a verificação da vontade do empregado de integrar-se à empresa e da concordância do empregador com essa integração³⁶.

Dentre as teses componentes da teoria em análise, destaca-se a concepção do “ato-condição”. Mencionando a lição de Duguit, Catharino refere que, em relação ao objeto, os fatos jurídicos poderiam ser distinguidos entre “ato-regra”, “ato-condição” e “ato-subjetivo”. O ato-condição estaria situado entre o ato-regra e o ato-subjetivo, este entendido como o contrato. O ato-regra seria normativo, criador de uma situação jurídica impessoal e objetiva; o ato-condição seria objetivo mas algo de subjetivo, na medida em que funciona como requisito ou condição de aplicação a um indivíduo de uma situação legal pré-existente; e o ato subjetivo criaria uma situação jurídica particular para as pessoas que nele intervêm, ou seja, o contrato, com diversidade de objeto e de fim.

Nessa senda, a teoria acontratualista ou paracontratualista concebe como imprescindível ao surgimento da relação de emprego o elemento objetivo do ingresso do

³⁴NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 85.

³⁵Ibidem

³⁶CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1972, p. 228.

empregado na atividade econômica do empregador, ao passo que o ato volitivo de relação de emprego assume pouca relevância.

1.2.3 Teoria Contratualista

Por outro lado, a tese contratualista reputa essencial a vontade das partes para a formação do vínculo empregatício, sendo os direitos e obrigações dos contratantes exigíveis nos limites e termos avençados. Essa corrente preleciona que a natureza jurídica da relação de emprego decorre de um contrato e o seu fundamento reside em uma única tese: a vontade das partes é causa única e insubstituível que pode constituir o vínculo jurídico. Trata-se de um contrato, pois a sua formação depende exclusivamente da manifestação da vontade das partes contratantes e a sua execução e efeitos decorrem do que foi pactuado³⁷.

É a teoria predominante atualmente na doutrina e na jurisprudência e considera ser a relação de trabalho uma “relação contratual que tem por objeto uma obrigação de fazer (obligatio faciendi) prestada por uma pessoa humana com não eventualidade, onerosamente, de modo subordinado e em caráter de pessoalidade (intuitu personae) no que tange ao prestador de trabalho”³⁸.

Para a teoria contratual, o poder de direção do empregador tem fundamento no contrato de trabalho, ajuste de vontades por meio do qual o empregado, de livre e espontânea vontade, se coloca em estado de sujeição e aceita a direção da sua prestação pessoal de serviços por parte do empregador. Por conseguinte, desde a celebração do contrato, o empregado tem ciência de que ficará sujeito ao cumprimento de ordens do empregador e, ainda, que este é quem lhe dirigirá a prestação pessoal de serviços³⁹.

Nesse ínterim, destaca Arion Sayão Romita que o objeto do direito do trabalho é o trabalho subordinado, o qual é apontado como o aspecto fundamental de uma relação jurídica de origem contratual, estabelecida entre dois sujeitos mediante a prestação, por parte de um deles, de energia destinada à utilização pelo outro, que assume os riscos do empreendimento e remunera tal prestação de trabalho. Em decorrência do contrato de trabalho, o empregado se

³⁷ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 32.

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e as inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 315.

³⁹ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 86.

obriga a prestar a própria atividade em favor do empregador em posição de dependência e mediante retribuição⁴⁰.

1.2.4 Teoria Eclética ou Sincrética

Trata-se de corrente que atribui natureza eclética à relação de emprego, bifurcando-se nas teorias do institucionalismo impuro (ou moderado) e do contrato realidade.

Os adeptos do institucionalismo impuro não negam o aspecto contratual do início da relação de emprego, todavia aduzem que a situação concreta é cada vez mais estatutária, de sorte que prevaleceria o direito institucional em detrimento do contratual. O contrato seria tão somente o meio de acesso à instituição empresa, sendo a relação de emprego contratual na forma, mas, na substância, seria institucional. Não obstante tal corrente remeta ao conceito do “ato-condição” da teoria paracontratualista, sua categorização enquanto teoria eclética se dá em razão da abordagem referente à relevância da vontade dos sujeitos sujeitos na configuração da relação de emprego⁴¹.

De seu turno, a teoria do contrato realidade distingue o contrato como acordo de vontades da relação de trabalho como conjunto de direitos e obrigações derivados da prestação de um serviço pessoal⁴². Essa teoria só admite a caracterização do contrato de trabalho quando, começada a sua execução, com a prestação de serviços, a subordinação passa a existir. Sem a dinamização contratual, posterior à criação vinculativa, inexisteriam empregado e empregador.

1.2.5 A CLT e a Doutrina Brasileira

Não obstante a existência de contundentes⁴³ apontamentos quanto à insuficiência da teoria contratual para a definição da natureza jurídica da relação de emprego e a existência de

⁴⁰ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 92.

⁴¹ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles, SIQUEIRA, Rodrigo Espíucia dos Anjos. **A natureza jurídica da relação de emprego à luz da reforma trabalhista no brasil**. Encontro Nacional do CONPEDI, 2019, Goiânia. Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II. Florianópolis: Conpedi, 2019, p. 189.

⁴² CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, p. 234.

⁴³ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles, SIQUEIRA, Rodrigo Espíucia dos Anjos. **A natureza jurídica da relação de emprego à luz da reforma trabalhista no brasil**. Encontro Nacional do CONPEDI, 2019, Goiânia. Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II. Florianópolis: Conpedi, 2019, p. 199. “ Ibid.: “A relação empregatícia inaugura uma situação jurídica em que o trabalhador tem uma obrigação de fazer alguma coisa e, muitas vezes, de ser alguém em função do que faz (imaginemos o quanto uma obrigação de aparência, de postura e de resguardo repercutem na própria construção da identidade do

indícios de sincretismo teórico no texto da CLT, há muito a doutrina juslaboral declina sua adesão ao contratualismo⁴⁴.

Nesse ínterim, refere Garcia que o Direito do Trabalho constitui um ramo do Direito Privado, tendo como instituto central o contrato de trabalho. Este, de seu turno, é a fonte da relação de emprego, dando origem à relação jurídica em questão⁴⁵.

Cassar posiciona-se de forma categórica quanto à adoção da teoria contratual no ordenamento jurídico pátrio, suscitando que a discussão encontra-se superada, por dois fatores principais. A uma, porque o legislador demarcou a concepção contratualista ao denominar o Título IV da CLT “Do contrato individual de trabalho”. A duas, porque há muito a doutrina já consagra o contratualismo a teoria que melhor traduz juridicamente o fenômeno “relação de emprego”⁴⁶.

Considerando-se a predileção da doutrina nacional pela acepção contratual da relação de emprego, passa-se a especificar *como é perquirida a fundamentação do poder diretivo*, a partir da premissa de que *é o contrato de trabalho que lhe dá substrato no ordenamento jurídico pátrio*, posto que a doutrina aponta essa teoria como a que melhor traduz o fundamento jurídico do poder diretivo. O estudo do poder diretivo objetiva, portanto, investigar os elementos volitivos do contrato de trabalho que amparam o exercício do fenômeno em questão por parte do empregador.

Em suma, o pacto de vontades que dá origem à relação de emprego importa em um conjunto complexo de direitos e deveres interagentes de ambas as partes, em que se integra o poder diretivo⁴⁷. Com a identificação dos elementos que consubstanciam as obrigações assumidas quando da formação do contrato de trabalho, podem-se esclarecer não somente os fundamentos do exercício do poder diretivo, mas também os seus limites objetivos, assim entendidos aqueles que advêm dos deveres assumidos pelas partes quando da assunção do pacto que constitui o contrato de trabalho.

sujeito). A plena equalização destes fatores tão banais nas relações de trabalho dentro de uma roupagem estritamente contratual é, no mínimo, árdua”.

⁴⁴ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles, SIQUEIRA, Rodrigo Espiúcia dos Anjos. **A natureza jurídica da relação de emprego à luz da reforma trabalhista no Brasil**. Encontro Nacional do CONPEDI, 2019, Goiânia. Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II. Florianópolis: Conpedi, 2019, p. 192.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 193.

⁴⁶ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles, SIQUEIRA, Rodrigo Espiúcia dos Anjos. A natureza jurídica da relação de emprego à luz da reforma trabalhista no Brasil. Encontro Nacional do CONPEDI, 2019, Goiânia. Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II. Florianópolis: Conpedi, 2019, apud CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Método, 2016., p. 234).

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e as inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 646.

Objeto central do direito do trabalho, o trabalho subordinado constitui o aspecto fundamental de uma relação jurídica de origem contratual, estabelecida entre dois sujeitos mediante a prestação, por parte de um deles, de energia destinada à utilização pelo outro, que assume os riscos do empreendimento e remunera tal prestação de trabalho. No negócio jurídico em questão, o empregado se obriga a prestar a própria atividade em favor do empregador em posição de dependência e mediante retribuição⁴⁸.

Esclarece Ramalho que a posição de dependência que caracteriza a posição do trabalhador envolve uma componente de inserção organizacional - com a celebração do contrato de trabalho, o trabalhador se insere numa organização alheia, que tem regras próprias de funcionamento e que vai condicionar o desenvolvimento do seu vínculo. De outra sorte, da parte do empregador, há posição de domínio, que decorre da titularidade dos poderes de direção e de disciplina⁴⁹.

Nesse particular, leciona Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena que a expressão dependência jurídica equivale à subordinação jurídica, devendo ser tomada em dois sentidos: a) em sentido léxico, como figura metonímica, por não ter sentido diverso da subordinação jurídica, tratando-se tão somente do suporte fático desta; b) em sua acepção estritamente jurídica, não somente consiste na atuação de uma vontade (do empregador) na esfera jurídica de outrem (o empregado), assim como a *possibilidade jurídica* dessa atuação, conferida pela celebração do contrato de trabalho. Destarte, o negócio jurídico em estudo é caracterizado pela circunstância de que as partes anuem com um vínculo por meio do qual confere-se a uma delas - o empregador - o poder jurídico de intervir, a qualquer momento (*nos limites objetivos do contrato*), na esfera jurídica do empregado⁵⁰.

Em sendo o objeto do contrato de trabalho o trabalho subordinado, assim entendido o ato de pôr à disposição do outro a força ou energia de trabalho, ao empregador passa a ser conferido o direito de dirigir a prestação de trabalho, a fim de promover a sua incorporação na dinâmica da empresa. A subordinação pode ser concebida, pois, como uma *forma de conduta instrumentalmente voltada para um procedimento produtivo*. A integração da atividade se biparte em um fazer orientado ou em uma constante expectativa desse fazer, como objetivo de

⁴⁸ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 92.

⁴⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 30-32.

⁵⁰ VILHENA Paulo Roberto Emílio de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 517.

segurança na continuidade ou na regularidade de andamento do processo produtivo de bens e/ou serviços⁵¹.

Nessa senda, o poder diretivo situa-se como *consectário lógico dos termos do contrato de trabalho*, isto é, na anuência do empregado em desempenhar trabalho subordinado.

Destarte, pode-se dizer que o objeto do poder diretivo é, por um lado, a organização empresarial, assim entendida a determinação de sua estrutura e de funcionamento e, por outro lado, o comportamento do empregado, o qual compreende atividade e omissão de atividade. Quando o empregado trabalha, desincumbe-se de prestação obrigacional, a que corresponde outra do empregador, de lhe pagar remuneração. Note-se que, além da obrigação de trabalhar, assume também o empregado o dever de sujeição às ordens do empregador, por meio das quais se concretizam condições genericamente estabelecidas no contrato. A sujeição em comento consiste nos deveres básicos de diligência, de obediência. A finalidade a ser alcançada com o exercício do poder diretivo é a realização do interesse da empresa⁵².

1.2.6 Fundamentos Constitucionais

Consoante exposto alhures, os “poderes” empregatícios decorrem imediatamente do contrato de trabalho, já havendo sido suficientemente assinalado seu caráter essencial para a configuração deles. Isso posto, salienta-se que o contrato é, na sociedade contemporânea, do veículo por excelência do exercício da autonomia privada⁵³.

Em sendo o contrato de trabalho uma das manifestações da autonomia privada, a atuação do poder diretivo encontra fundamento, também, na livre iniciativa⁵⁴. Assim, é possível afirmar que o empresário atua em dois planos: um mais amplo e geral, no qual adota decisões relativas ao funcionamento da empresa como um todo ou em setores específicos; e

⁵¹ Ibidem., p. 520-521.

⁵² MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1985, p. 94.

⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, v. IV, t. 1, p.1. *apud* FERNANDEZ, Leandro. O Direito Diretivo: a necessária revisão dogmática dos poderes do empregador à luz dos direitos fundamentais. Revista de Direito do Trabalho, v. 146, p. 74-111, 2012: “referem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho que o contrato é a espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, consistindo, sem sombra de dúvidas, na força motriz das engrenagens socioeconômicas do mundo”. Gagliano, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. IV, t. 1, p. 1. E, adiante, asseveram que a “autonomia da vontade, nessa linha, vista do plano da bilateralidade do contrato, pode ser expressa pelo denominado consensualismo: o encontro das vontades livres e contrapostas faz surgir o consentimento, pedra fundamental do negócio jurídico contratual” (grifo no original).

⁵⁴ FERNANDEZ, Leandro. O Direito Diretivo: a necessária revisão dogmática dos poderes do empregador à luz dos direitos fundamentais. Revista de Direito do Trabalho, v. 146, p. 74-111, 2012, p. 14.

outro plano individual, em que o empresário traduz e especifica, segundo as possibilidades concretas, as referidas decisões organizacionais de plano geral.⁵⁵

O *valor social* da livre iniciativa⁵⁶ está consagrado no ordenamento constitucional pátrio no art. 1.º, IV, da CF/1988, como fundamento da República Federativa do Brasil, estando a livre iniciativa elencada como elemento fundamental da ordem econômica no art. 170, caput, da CF/1988.

A afirmação histórica do princípio da livre iniciativa se deu nos estágios iniciais do capitalismo, época em que era impositivo para a viabilidade do novo sistema econômico a garantia de não ingerência estatal na criação e desenvolvimento de atividades econômicas pelos particulares. A consolidação do capitalismo, com sua respectiva evolução estrutural de capitalismo atomista para o capitalismo de grupo, ensejou o desdobramento de outra vertente do princípio, pela qual assegurar a livre iniciativa passou a dizer respeito, também, à repressão a atos de abuso de poder econômico que impedissem o efetivo acesso dos particulares à atuação no mercado⁵⁷.

Nesse ínterim, a Constituição de 1988 condiciona a legitimidade do exercício da livre iniciativa à sua direção à realização da dignidade humana e à promoção de justiça social, finalidades a que inelutavelmente se vincula toda a atividade econômica nacional. Destarte, a “livre iniciativa indica a questão do acesso ao mercado tanto do capital quanto do trabalho, no sentido da promoção de uma sociedade livre e pluralista”.⁵⁸

Em face das considerações declinadas, verifica-se que os denominados poderes do empregador fundam-se no contrato de trabalho (numa perspectiva imediata, relativa a cada

⁵⁵ FERNÁNDEZ, Maria Dolores Santos. **El contrato de trabajo como límite al poder del empresario**. Albacete: Bomarzo, 2005, p. 62. *apud* FERNANDEZ, Leandro. O Direito Diretivo: a necessária revisão dogmática dos poderes do empregador à luz dos direitos fundamentais. Revista de Direito do Trabalho, v. 146, p. 74-111, 2012, *apud*. “*El empresario actúa en dos planos, uno más amplio y general en el que adopta decisiones relativas al funcionamiento de la empresa en su conjunto o de una parte de la misma, y otro plano individual en el que traduce y especifica, según las posibilidades, esas decisiones organizativas generales*”

⁵⁶ ROBERTO, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 184 *apud* FERNANDEZ, Leandro. O Direito Diretivo: a necessária revisão dogmática dos poderes do empregador à luz dos direitos fundamentais. Revista de Direito do Trabalho, v. 146, p. 74-111, 2012.

⁵⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002., p. 234-235. *Apud* FERNANDEZ, Leandro. O Direito Diretivo: a necessária revisão dogmática dos poderes do empregador à luz dos direitos fundamentais. Revista de Direito do Trabalho, v. 146, p. 74-111, 2012.

⁵⁸ FERNANDEZ, Leandro. O Direito Diretivo: a necessária revisão dogmática dos poderes do empregador à luz dos direitos fundamentais. Revista de Direito do Trabalho, v. 146, p. 74-111, 2012, *apud*. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 236.

específica relação de emprego) e na livre iniciativa (sob um ponto de vista amplo e complexo, relativo à coordenação dos fatores de produção e da prestação das atividades laborais).

1.3 LIMITES

Consoante aduzido anteriormente, em sendo o objeto do contrato de trabalho o trabalho subordinado, ao empregador passa a ser conferido o direito de dirigir a prestação de trabalho, a fim de promover a sua incorporação na dinâmica da empresa. A dinâmica do contrato de trabalho pressupõe que, se o trabalhador põe sua energia-trabalho à disposição de um terceiro, este, por sua vez, assume o direito de dirigir a tarefa que realizará o empregado ou operário e, mais adiante, o principal, em troca do pagamento de uma remuneração, assume a *faculdade de dispor sobre a forma de utilizar-se dessa energia de trabalho*⁵⁹.

Como decorrência de tal sistemática inerente ao contrato de trabalho, o poder de comando manifesta-se nas prerrogativas jurídicas básicas a que se referem Oliveira e Dorneles, quais sejam: a) poder de regulamentar a relação de emprego, cabendo ao empregador decidir acerca das prerrogativas inerentes à melhor execução do serviço; b) poder de dirigir a prestação pessoal de serviços, especificando, orientando e fiscalizando o cumprimento das tarefas; c) poder punitivo (disciplinar), pelo qual o empregador pune os empregados que desacatam suas ordens, podendo manifestar-se em advertências, suspensões disciplinares (art. 474 da CLT) e na dispensa por justa causa (art. 482 da CLT); poder de adequar a prestação de serviços às necessidades da atividade, constituindo o *jus variandi*, exceção à regra estabelecida pelo art. 468 da CLT, pelo qual pode o empregador determinar alterações circunstanciais na prestação de serviços, de forma a adequá-la às necessidades empresariais⁶⁰.

Ocorre que, não obstante a peculiaridade da relação de emprego implique, depois de firmado o contrato, a possibilidade de o empregador definir e alterar especificidades da prestação laboral, não lhe é dado unilateralmente criar regras contratuais: não é admissível,

⁵⁹ VILHENA Paulo Roberto Emílio de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 517-518.

⁶⁰ OLIVEIRA, Cínthia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 51

“numa relação jurídica de natureza contratual bilateral, que uma das partes se reserve o direito de ditar novas regras e a outra parte limite-se a observá-las”⁶¹.

O poder do empregador não é sobre a pessoa ou sobre toda a conduta do empregado, mas tão-só sobre a força produtiva empregada em face da manutenção de um negócio jurídico trabalhista, que o empregado coloca à disposição do empregador por meio de um contrato. Não é a sujeição de um homem, inferior, a outro, superior; mas é a carência de detalhamento quanto ao modo e tempo de execução das tarefas que vêm a ser completadas pelo empregador. São esses os comandos que devem ser acolhidos pelo empregado exclusivamente na direção das/atividades [...]⁶². (COUTINHO, 1999, p. 89)

Nesse ínterim, aduzem Orlando Gomes e Elson Gottschalk que o empregador deve usar dos poderes diretivos dentro da ordem jurídica, pela qual esse poder estaria limitado nos seguintes sentidos: pela lei, pelas fontes de produção profissional mista, pelo próprio contrato de trabalho e pela finalidade do direito de direção⁶³.

No mesmo sentido é a lição de Ramalho⁶⁴, para quem, em termos positivos, o poder diretivo limita-se pela própria atividade laboral: tratando-se de um poder de concretização e adequação da prestação de trabalho às necessidades do respectivo credor, nele estão compreendidos todos os atos necessários e convenientes para esse efeito.

Ainda, lecionam Oliveira e Dorneles que o poder de comando sofre limitações internas (ou intrínsecas), externas (ou extrínsecas) e voluntárias. Os limites internos dizem respeito à necessidade empresarial, na medida em que as prerrogativas conferidas pelo poder diretivo objetivam tornar útil a prestação de serviços ao empreendimento. Os limites externos, de seu turno, são determinados pelos princípios e direitos fundamentais laborais, em razão da inseparabilidade entre o prestador (trabalhador) e a prestação (energia laboral a ser concretizada pelo comando patronal) que caracteriza o contrato de trabalho. Há, ainda, os limites voluntários, que dizem respeito aos limites eventualmente estabelecidos pelo próprio contrato⁶⁵.

Do exposto, depreende-se que o contrato de trabalho se constitui como circunstância limitadora do poder diretivo do empregador, na medida em que incide, sobre as condições

⁶¹ MEIRELES, Edilton. Abuso do direito na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2004. p. 90-93 *apud* FERNANDEZ, Leandro. **O Direito Diretivo**: a necessária revisão dogmática dos poderes do empregador à luz dos direitos fundamentais. Revista de Direito do Trabalho, v. 146, p. 74-111, 2012.

⁶² COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999, p. 89.

⁶³ GOTTSCHALK, Elson. GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 71.

⁶⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 608.

⁶⁵ DE OLIVEIRA, Cínthia Machado, DE DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 50.

nele fixadas, o princípio da *força obrigatória dos contratos* (pacta sunt servanda), tornando impositiva a fiel observância das condições aplicadas, consoante positiva o art. 468 da CLT⁶⁶.

Ocorre que, em face das peculiaridades decorrentes da incidência das prerrogativas patronais no contrato de trabalho, poder-se-ia considerar a existência de uma aparente contradição: como poderia a força obrigatória dos contratos constituir-se como limite ao exercício do poder diretivo, se a incidência de tal princípio é excetuada pelo próprio *jus variandi*, nos termos das consabidas exceções aplicáveis à regra estabelecida pelo art. 468 da CLT?

Nesse particular, é mister esclarecer que o *jus variandi* possibilita que o empregador determine, de forma unilateral, mudanças contratuais que possam vir a ser prejudiciais ao empregado, concernentes ao conteúdo, ao modo, ao tempo e ao lugar da atividade a ser exercida pelo empregado⁶⁷. Assim, por meio do *jus variandi*, pode o empregador, unilateralmente, proceder à mudança do horário de trabalho, alterando, inclusive, o turno da prestação de serviços. Outrossim, é facultada a alteração do local da prestação de serviços, nos termos estabelecidos no art. 469 da CLT.

Esclarece Viana que “o campo do *jus variandi* é o espaço em branco entre as cláusulas, onde nada se previu especificamente. Ali o empregador se movimenta, preenchendo os vazios de acordo com a sua própria vontade”. Deve-se considerar, todavia, que, assim como ocorre com o poder diretivo geral, o *jus variandi* tem fonte no contrato: é contratado, embora realize-se através da vontade de um só, exatamente por se situar num campo em que a outra vontade não se expressou de antemão⁶⁸.

É justamente por ter sua fonte - e, conseqüentemente, sua legitimidade - no contrato de trabalho que a contradição referida alhures é apenas aparente. O poder diretivo do empregador encontra limites claros em sua finalidade de direcionar o empregado ao cumprimento das obrigações que derivam do contrato de trabalho e que estão relacionadas com a prestação de serviços dele decorrente. Em razão disso, o exercício do poder diretivo e do *jus variandi* somente pode se referir ao trabalho e às suas circunstâncias, isto é, à prestação de trabalho do empregado e aos seus elementos acessórios⁶⁹.

⁶⁶ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 99.

⁶⁷ ENGEL, Ricardo José. **O jus variandi no contrato individual de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 107

⁶⁸ VIANA, Marcio Túlio. **Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador**. São Paulo: LTr, 1996, p.256.

⁶⁹ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade

Nesse ínterim, o poder diretivo estende-se a todos aqueles atos de previsão que, sobre o trabalho de outrem, impliquem em garantia dos meios de manter-se a regular atividade do processo produtivo ou de troca de bens e serviços. Exclui-se a direção, portanto, onde se encontra a *alea*, isto é, na esfera jurídica pessoal que não tenha integrado ou de que não participe, em termos de previsão, na atividade empresária. Desde que se encontre um mínimo de integração de atividade pessoal na atividade empresária, ainda que em nível de expectativa, está-se diante de esferas jurídicas - a do prestador de serviços e a do respectivo credor -, cujo vínculo se arma fundado em uma situação de previsão na observância de um constante tráfico de prestações e contraprestações.

Destarte, o que torna admissível o exercício das prerrogativas conferidas ao empregador é a sua fundamentação na finalidade de conferir segurança ao regular andamento de sua atividade. Esse elemento básico, a finalidade dos poderes (o de comando, o de organização, o de controle, o de previsão e o de coordenação) que exterioriza a imagem jurídica do empregador, resume-se na segurança, e não na confiança, do regular andamento de sua atividade.

Em sendo indissociáveis a atividade e o poder diretivo, o exercício do poder de mando vai até o limite daquela atividade, a desprendida pelo trabalhador, isto é, a ordem jurídica confere ao empregador poderes consecutórios (o disciplinar), que, porém, somente pode acionar ele em função do rompimento daquela segurança e por motivos que a lei tonaliza como justos⁷⁰.

Ainda, em se tratando de poder conferido ao empregador pela ordem jurídica para viabilizar a boa organização do trabalho na empresa, o poder diretivo deve ser exercido com vistas à sua finalidade, de sorte que o seu exercício não se justifica para fins persecutórios ou de mero capricho⁷¹. Nesse aspecto é que reside a ausência de contradição entre as prerrogativas do jus variandi e a força vinculante dos contratos: o exercício do jus variandi constitui objeto de anuência intrínseco ao contrato de trabalho, na medida em que seu objeto é o desempenho da atividade laboral de forma subordinada.

Ao anuir com a prestação de serviços de forma subordinada, o empregado consente com a submissão às determinações patronais que tenham como objeto a segurança na regular

Católica de São Paulo, São Paulo, 2008., p. 99, apud SANSEVERINO, Rita. Corso di Diritto del Lavoro. Padova, 1937.

⁷⁰ VILHENA Paulo Roberto Emílio de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 261.

⁷¹ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 98.

marcha da atividade empresária - e é exatamente esse o limite do poder diretivo e do jus variandi, isto é, a legitimidade do seu exercício é condicionada à efetiva necessidade para o fim de conferir segurança à atividade empresarial.

Não há de se cogitar, por conseguinte, que o poder diretivo legitime quaisquer condutas e imposições unilaterais advindas do empregador, posto que este não se utiliza de outro homem, o trabalhador (empregado), mas de sua atividade - o objeto do contrato é o trabalho e não o trabalhador⁷². Nesse aspecto, alude Somita que o vínculo que une o trabalhador à empresa é a atividade, que se exterioriza na prestação de trabalho. É sobre a atividade do trabalhador que se exerce o poder de conformação ou pré-ordenação do empregador⁷³.

Por ser credor de trabalho, o empregador tem a faculdade de interferir na atividade do empregado. É certo que, ao celebrar o contrato de trabalho, o empregador tem em vista a peculiar habilitação do empregado e, portanto, visa mais ao trabalho do que à pessoa do obreiro. Por outro lado, é certo que a energia produtiva do empregado não se dissocia da pessoa dele, é atributo inerente e indissociável da personalidade do trabalhador. Por essa razão, assumem especial relevo as qualidades pessoais do trabalhador, no plano do contrato de emprego. Na verdade, a relação de trabalho envolve obrigação patrimonial de prestação pessoal. A relação imediata é com o trabalho, mas a relação mediata é com a pessoa do trabalhador.

A subordinação não constitui, portanto, um status do trabalhador. A noção de status envolve caráter de permanência e identifica a posição social do membro do grupo, de sorte que sua concepção é condicionada à inserção em ordenamento jurídico empresarial superior ao dos indivíduos que o compõem. No contrato de trabalho, porém, o objeto não é o trabalhador, mas a sua atividade. É sob essa atividade é que recai o poder do empregador, não como poder de disposição, mas como *direito patrimonial do credor de trabalho*. Assim sendo, a subordinação não é manifestação de um vínculo de hierarquia, tampouco corresponde a sujeição ou submissão pessoal, conceitos tais que correspondem a uma etapa histórica já ultrapassada e remete a lutas políticas que incluíam a condição do trabalhador como objeto de locatio, portanto equiparado a coisa. O trabalhador, como pessoa, não pode ser confundido com a atividade, esta, sim, objeto da relação jurídica.

Resta evidente, portanto, que, (i) em sendo a força obrigatória dos contratos o fundamento e o limite do exercício do poder diretivo e (ii) sendo a atividade laboral - e não a

⁷² VILHENA Paulo Roberto Emílio de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 259-260.

⁷³ ROMITA, Arion Sayão. Conceito Objetivo de Subordinação. **Arquivos do Ministério Da Justiça**, nº 148, outubro/dezembro 1978, p. 85.

sujeição pessoal - o objeto do pacto em questão, o poder diretivo sofre limitações de ordem temporal e espacial, porquanto tem os seus contornos definidos apenas durante e no âmbito da prestação de serviços do empregado. Isso porque o poder diretivo do empregador deve ser exercido visando a um objetivo específico, com o qual as ordens devem estar em consonância, isto é: devem estar relacionadas com as obrigações de trabalho, no local, no âmbito, horário e na execução da prestação de serviços⁷⁴.

Insta ressaltar, ainda, que as limitações ao poder diretivo do empregador têm natureza constitucional, previstas no art. 5º da Constituição Federal de 1988, pelo qual não pode o empregador, em relação ao seu empregado: discriminá-lo (incisos I e VIII); obrigá-lo a fazer ou a não fazer algo não previsto em lei (inciso II); submetê-lo a tratamento desumano ou degradante (inciso III); provocar-lhe dano material, moral ou à sua imagem; violar sua liberdade de consciência ou de crença (inciso VI); violar sua intimidade ou sua vida privada (inciso X); obstar seu acesso à justiça (inciso XXXIV e XXXV); privá-lo de sua liberdade ou de seus bens (inciso LIV), dentre outros. Importa ressaltar, ademais, que a Constituição, em seus arts. 7º a 9º, sujeita o empregador a uma série de obrigações positivas e negativas, como a de pagar salário mínimo e não discriminar pessoas com deficiência⁷⁵.

A atuação do poder diretivo do empregador fica limitada, então, à observância das normas constitucionais que garantem ao trabalhador os seus direitos fundamentais e que possuem repercussão nas suas relações jurídicas da esfera privada. Considerando-se que o contrato de trabalho é uma relação jurídica privada, não há dúvidas de que deve ser alcançado pela ordem constitucional, razão pela qual as condições contratuais e, conseqüentemente, os direitos do trabalhador devem estar de acordo com os direitos fundamentais previstos no texto constitucional⁷⁶.

Resta evidente, pois, que deve o empregador, no uso do poder de direção, conformar-se às leis, as sentenças normativas, às convenções coletivas e outros regulamentos profissionais, e ao contrato de trabalho. Em decorrência disso, é vedado que dê ao empregado ordem contrária às prescrições sobre a regulamentação do trabalho em geral, ou às exigências de ordem pública ou dos bons costumes, como seriam as ordens que atentassem contra a moralidade, as convicções religiosas, a liberdade de opinião ou que atinjam a sua integridade

⁷⁴ VIANA, Marcio Túlio. **Direito de resistência**: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996, p. 140.

⁷⁵ Ibidem, p. 110.

⁷⁶ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 97.

física. Por outro lado, fica o empregador adstrito às obrigações do contrato de trabalho e, sobretudo, por aquelas que se relacionem com a qualificação profissional e com o montante da remuneração⁷⁷.

Ademais, é impositivo que o empregador aja de maneira coerente às disposições por ele criadas no regulamento da empresa. Isso porque, a partir do momento em que o empregado adere ao regulamento da empresa, as suas cláusulas passam a integrar-se ao contrato de trabalho. O regulamento é fonte reveladora e criadora de normas trabalhistas no âmbito privado da empresa, auto-limitando o poder diretivo do empregador⁷⁸.

Diante do exposto, parece acertada a conclusão de Edilton Meireles, no sentido de que “poder” do empregador, em verdade, “não passa de uma faculdade jurídica, cuja legitimação decorre do contrato”. Assim, partindo da teoria contratualista da relação de emprego, coerentemente conclui Edilton Meireles que “os poderes regulamentador, hierárquico e o disciplinar inexistem fora dos ditames contratuais”.

⁷⁷ GOTTSCHALK, Elson. GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 71.

⁷⁸ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 98.

2 BOA-FÉ OBJETIVA

A ideia de boa-fé no Direito tem sua origem na fides romana, a qual era definida como “ter palavra”, “ser uma pessoa de palavra”. A comunicação intersubjetiva era, assim, pautada na crença, na fé depositada no próximo, a qual vinculava os sujeitos envolvidos⁷⁹. A esse respeito, refere Humberto Theodoro Júnior que, historicamente, o direito contratual romano era caracterizado pela dicotomia existente entre contratos de direito estrito e contratos “de boa fé” (consensuais). Enquanto que aqueles eram formais (do direito civil, ou quiritário), estes não dependiam de forma ou solenidade para a produção de eficácia⁸⁰.

Disso depreende-se que, desde seu princípio, a boa-fé é atrelada à ideia de tutela da confiança, de alguém que confiou em algo. A crença em questão pode ser de índole subjetiva, quando referente ao estado psicológico da pessoa que confiou em determinada situação aparente; ou objetiva, quando acredita-se que a contraparte agiria de acordo com os padrões de conduta exigíveis do homem comum.

No presente trabalho, tratar-se-á da acepção objetiva da boa-fé, que lhe confere a natureza de princípio jurídico e de cláusula geral incidentes nos contratos⁸¹. Ocorre que as duas espécies - objetiva e subjetiva - de boa-fé têm a tutela da confiança como ponto em comum, razão pela qual faz-se necessária a distinção entre os dois institutos, visando a evitar a sua confusão.

Consiste a boa-fé subjetiva no estado anímico que se reconhece à pessoa e que constitui fato relevante para preenchimento do suporte fático de certas normas jurídicas. Trata-se a boa-fé subjetiva do estado psicológico da pessoa caracterizado pela ausência de conhecimento sobre determinado fato, ou simplesmente a falta de intenção de prejudicar outrem⁸².

Pela expressão boa-fé subjetiva, trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o direito, na medida em que crê na legalidade da situação; ou de indicar a situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou - legitimamente - na aparência de certo ato. É denominada boa-fé “subjetiva” justamente em razão de a sua aplicação exigir que o intérprete considere a intenção do sujeito

⁷⁹ PESSOA, Valton Doria. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do *Venire contra Factum Proprium* nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 27.

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Contratos*. In: Doutrina 4. TUNBERCHLAK, James. (Coord). Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997, p.248.

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 282-283.

⁸² MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 130.

da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Em face de tais circunstâncias, a acepção subjetiva é habitualmente expressada como “agir de boa-fé”, em antítese a “agir de má-fé”, a qual é, igualmente, vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem⁸³.

De seu turno, a expressão boa-fé objetiva aponta a um modelo ou instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um standart comportamental⁸⁴.

A boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual. É por direcionar a valores que a boa-fé objetiva, como um princípio jurídico que também é, conduz o agente - como todo princípio jurídico prescritivo - a um “estado ideal de coisas”, sendo esse “estado ideal” a ação proba, correta, leal (Código Civil, art. 422), em vista do adimplemento satisfativo, fim que polariza toda e qualquer relação contratual. Uma conduta pautada por essa finalidade há de ser seguida por ambos os participantes do vínculo, em atenção aos fins do contrato e ao que determina o programa contratual sujeitando-os à recíproca cooperação a fim de alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato⁸⁵.

Trata-se a boa-fé objetiva, por conseguinte, de padrões de comportamento socialmente estabelecidos que se impõem aos contratantes, desde a fase pré-negocial, até a fase pós-contratual. Em se tratando de norma de conteúdo principiológico, a boa-fé objetiva viabiliza, pela abertura semântica do conceito, a formulação de regras de conduta com o objetivo de proteger aquele que teve sua confiança lesada em determinada relação jurídica contratual, pelo comportamento desonesto e desleal da contraparte. O elo de confiança em questão, intrínseco à boa-fé objetiva, impõe aos sujeitos que praticaram determinado negócio jurídico um dever de conduta. Assim sendo, inexistente interesse em se investigar o *animus* na análise da boa-fé objetiva - a intenção do sujeito quando pratica determinado ato, no esforço de identificar o estado de ignorância do sujeito que teve sua conduta lesada. Esse comportamento, que também viola a confiança de outrem, está tutelado pelo instituto da boa-fé subjetiva⁸⁶.

Delineada a distinção entre as duas espécies de boa-fé, passa-se à pormenorização do conceito da boa-fé objetiva, objeto de estudo do presente trabalho.

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 279-281.

⁸⁴ Ibidem. p. 42

⁸⁵ Ibidem, p. 282-283.

⁸⁶ PESSOA, Valton Doria. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do Venire contra Factum Proprium nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 28-30.

2.1 DEFINIÇÃO

O princípio da boa-fé corresponde a um dos mais essenciais do direito das obrigações e do direito privado em geral⁸⁷, encontrando-se positivado no atual Código Civil, o qual elenca expressamente o princípio em análise como metro para aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos (art. 187); como cânone de interpretação dos negócios (art. 113); e como cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração (art. 422)⁸⁸.

O desenvolvimento do princípio da boa-fé no direito brasileiro se dá sob marcada influência doutrinária germânica, a partir da interpretação e concreção da cláusula geral prevista no §242 do seu Código Civil de 1900 (BGB). Determina a referida norma que os contraentes devem comportar-se de acordo com a boa-fé e os usos do tráfico. O comportamento em consonância com a boa-fé adquire, então, o sentido de dever de conduta compreensivo de uma atuação com lealdade e respeito do contratante⁸⁹.

Em que pese o princípio da boa-fé objetiva não fosse objeto de previsão expressa no Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 inseriu, em seu artigo 422, a sua previsão enquanto cláusula geral a ser observada nos contratos. Importante referir, no ponto, a existência de distinção entre os princípios jurídicos e as cláusulas gerais, na medida em que a função dos princípios é estabelecer fins a serem atingidos, enquanto a das cláusulas gerais é flanquear o ingresso dos princípios jurídicos no ordenamento legal - consoante refere Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo. É possível, por conseguinte, que a cláusula geral remeta a um princípio jurídico e ao valor que este aspira, o que ocorre no caso do artigo 422 do Código Civil⁹⁰.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, a menção expressa ao princípio da boa-fé se dá apenas em uma breve passagem concernente às Comissões de Representantes dos

⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 128.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, JUDITH. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45.

⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 130.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.274.

Empregados, todavia a sua aplicabilidade aos Contratos de Trabalho é viabilizada pelo teor do artigo 8º, o qual permite importar o princípio da boa-fé como Princípio Geral de Direito.

Há, contudo, relevante dificuldade técnica em definir aprioristicamente o que seja a boa-fé objetiva, na medida em que a locução “boa-fé” constitui expressão semanticamente vaga e, como tal, carece de concretização, sendo a tarefa de concretizar sempre, e necessariamente, contextual. Nesse aspecto, leciona Judith Martins-Costa (2018, p. 43):

Por mais que seja manifesto um significado genérico do sintagma boa-fé - por todos compreensível, mas de pouco auxílio, justamente por conta da elevada genericidade -, especificar o conteúdo de um comportamento pautado por esse modelo jurídico nos variados casos concretos é tarefa de difícil realização. O conteúdo específico da boa-fé, em cada caso, está indissolúvelmente ligado às circunstâncias, aos fatores vitais determinantes do contexto da sua aplicação. Por isso é impossível apresentar uma definição apriorística e bem-acabada do que seja a boa-fé objetiva. O conceito de boa-fé parece mais interessar por sua função que por sua definição.

Nesse ínterim, salienta Miragem (2017) que o significado do que seja o comportamento conforme a boa-fé resulta da sedimentação e sistematização do entendimento que o juiz e a doutrina estabelecem, sendo o limite para a adaptação da norma sob a perspectiva da boa-fé ela mesma, isto é, o mínimo de significado advindo de sua interpretação gramatical. Isso porque, mesmo que se reconheça a pluralidade de sentidos possíveis de ser atribuídos pela atividade interpretativa, nada lhe pode retirar um mínimo de significado que se depreende de sua interpretação gramatical; o significado elementar das palavras que a compõem⁹¹.

Não obstante a aludida inviabilidade de definição apriorística do que seja a boa-fé objetiva, é possível indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes - valendo a expressão, então, como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional⁹².

O agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, **consideradas a finalidade e a utilidade do negócio** em vista do qual se vinculam, vincularam ou cogitam vincular-se, bem como o **específico campo de atuação** em que situada a relação obrigacional⁹³.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 132.

⁹² MARTINS-COSTA, JUDITH. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 44-45

⁹³ Ibidem, p. 43

Para Karl Larenz, a incidência de tal princípio determina que “cada um deve guardar fidelidade com a palavra dada e não frustrar a confiança ou abusar dela, já que esta forma a base indispensável de todas as relações humanas”⁹⁴.

Na lição de Bruno Miragem, o princípio da boa-fé objetiva implica a exigência, nas relações jurídicas, do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro⁹⁵.

No âmbito do Direito do Trabalho, Américo Plá Rodriguez afirma que a boa-fé “é um princípio jurídico fundamental, isto é, algo que devemos admitir como premissa de todo ordenamento jurídico. Informa sua totalidade e aflora de maneira expressa em múltiplas e diferentes normas, ainda que nem sempre se mencione de forma explícita”, e, ainda, que “tem no Direito do Trabalho um sentido muito especial, em virtude do componente pessoal que existe neste ramo jurídico”, na medida em que o contrato de trabalho cria direitos e obrigações tanto de ordem patrimonial como pessoal, dando origem a “uma relação estável e continuada, na qual se exige a confiança recíproca em múltiplos planos, em direções opostas e, sobretudo, por um período prolongado no tempo”. Para o autor, trata-se a boa-fé de um dever de agir de acordo com padrões sociais, um standard jurídico, de honestidade, lealdade e probidade esperado do homem médio⁹⁶.

Para Baracat (2003), trata-se a boa-fé objetiva de um dever de conduta dos contraentes, fundado na confiança, colaboração, honestidade, lealdade, de acordo com determinados padrões. Consiste, assim, em um modelo de conduta social, arquétipo jurídico que deverá ser apreciado subjetivamente, conforme a realidade concreta e, principalmente, considerando-se os interesses do indivíduo entendido como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado⁹⁷.

2.2 DO CAMPO DE ATUAÇÃO: RELAÇÃO OBRIGACIONAL

As consequências da inserção e operabilidade da boa-fé objetiva enquanto instituto jurídico estão fortemente ligadas à concepção dinâmica da relação obrigacional⁹⁸. Nessa

⁹⁴ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Ed. Revista Derecho Privado, 1958, p. 142

⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 130.

⁹⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª edição - São Paulo: LTR, 2000, p.179.

⁹⁷ BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 13.

⁹⁸ MARTINS-COSTA, JUDITH. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 216.

conjuntura, constitui alicerce da conceituação da boa-fé objetiva a compreensão da atual aceção do vínculo obrigacional no qual o princípio jurídico em análise se insere. De pronto, importa esclarecer que o presente trabalho não tem a pretensão de esmiuçar o tópico referente às diversas concepções da relação obrigacional, mas tão somente delinear os elementos essenciais que caracterizam a noção de obrigação como um processo, hoje vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

A orientação clássica sobre a estrutura da relação obrigacional determinava o reconhecimento de dois momentos decisivos, quais sejam, a celebração e a extinção da obrigação. O exame de sua eficácia era centrado, pois, no dever de prestação ao qual se vincularam originalmente as partes. Atualmente, porém, a partir da influência do direito comparado (em especial o direito alemão), a formação e a estrutura da relação obrigacional passam a ser reconhecidas como espécie de fenômenos dinâmicos, os quais passam por uma sucessão de fases, o que se consagra pela expressão de obrigação como um processo, ou simplesmente a visão de um processo obrigacional⁹⁹.

Entende-se como processo uma sucessão de atos entre si relacionados e dirigidos a uma finalidade, que os polariza ou atrai. Por meio da expressão obrigação como processo, sublinha-se o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. Trata-se, em suma, do conjunto de atividades necessárias para a satisfação do interesse do credor, do conjunto de atos interligados que se dirigem ao adimplemento, finalidade precípua da própria existência do vínculo, sendo a ele inerente. O fim da relação obrigacional é a satisfação da totalidade dos interesses envolvidos na relação¹⁰⁰.

Mencionando a lição de Judith Martins-Costa, explica Baracat (2003) que a concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta - diversamente da aceção estática, segundo a qual o vínculo obrigacional estabelecer-se-ia exclusivamente entre credor e devedor, individualizados em razão do exercício da autonomia privada - põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva. Assim é que, além dos deveres que nascem do contrato e da lei (deveres principais de prestação), surgem, com o vínculo obrigacional, outros deveres, denominados

⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42-43.

¹⁰⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 20.

instrumentais ou funcionais, decorrentes de princípios e *standards*, ou de exigências do tráfico jurídico-social viabilizadas pela boa-fé objetiva¹⁰¹.

Nessa senda, passa-se a reconhecer a relevância, para a formação do vínculo obrigacional, não apenas do momento de constituição formal, com a celebração, mas também da fase prévia de negociação e tratativas, a fase pré-negocial, especialmente tomando em consideração as obrigações que tenham por fontes negócios jurídicos (contratos). Ademais, avança-se no reconhecimento de efeitos da relação obrigacional, os quais poderão ultrapassar o momento da sua extinção, por intermédio do cumprimento ou não do dever de prestação - a fase pós-negocial (ou pós-contratual)¹⁰².

No que concerne à estrutura da relação obrigacional, a noção de obrigação como processo enseja o reconhecimento, ao lado do dever principal de prestação ao qual se comprometem os sujeitos da relação obrigacional, de deveres secundários e deveres laterais ou anexos, os quais podem advir ou de disposição específica presente no título da obrigação de lei, ou diretamente da incidência da boa-fé objetiva. Todos esses deveres constituem uma unidade funcional, um sistema, que direciona o curso do comportamento das partes para o adimplemento. A satisfação do interesse útil do credor é o fim esperado do comportamento das partes¹⁰³.

2.3 DISTINÇÃO E INTERDEPENDÊNCIA PRINCIPOLÓGICA: BOA-FÉ, CONFIANÇA, AUTONOMIA PRIVADA E AUTORRESPONSABILIDADE

Consoante mencionado alhures, o princípio da boa-fé ocupa papel de centralidade no Direito das Obrigações. Ocorre que, em se tratando de instituto jurídico - e, conseqüentemente, de estrutura normativa complexa -, a sua aplicação não prescinde de referência aos demais princípios reitores das relações negociais de Direito Privado, quais sejam, autonomia privada, confiança e autorresponsabilidade. Por meio da menção aos enunciados referidos, pode-se determinar concretamente o teor e a extensão da boa-fé¹⁰⁴.

¹⁰¹ BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2003. 115 p. ISBN 8536104481. E-book.

¹⁰² MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42-43.

¹⁰³ Ibidem, p. 42-43.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, JUDITH. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 248.

2.3.1 Autonomia Privada

Trata-se de expressão habitualmente confundida com a noção de autonomia da vontade, cujo núcleo está no querer, ao passo que a autonomia privada denota poder de autorregulamentação de interesses privados¹⁰⁵.

Em suma, é possível definir a autonomia privada como fonte de poder normativo, pelo qual se formam e são criados os negócios jurídicos, atos pelos quais os particulares exercitam sua liberdade de decisão e de escolha na regulação dos próprios interesses, constituindo o fundamento da ação jurídico-privada¹⁰⁶. /

Deve-se considerar, todavia, que o exercício da autonomia privada se dá em uma ordem jurídica voltada a assegurar também a proteção das expectativas geradas no alter pelos atos dos particulares. Nesse ínterim, assevera Martins-Costa (2018, p. 249) que “autonomia não é átomo. É a aptidão a dar-se regras numa ordem social juridicamente conformada, isto é, numa ordem de relações jurídicas”. É justamente por atuarem em uma ordem social juridicamente conformada que, no vasto campo dos negócios jurídicos - bem como o dos atos pré ou pós negociais -, os princípios da autonomia privada, boa-fé, confiança e autorresponsabilidade estão sempre em *interdependência escalonada*.

Traduz-se, nessa interdependência, um aspecto da díade autonomia/heteronomia: os particulares se dão normas (autonomia), mas (i) assumem responsabilidade por seus atos, nos limites predispostos pela ordem jurídica (autorresponsabilidade); e (ii) o dar-se as próprias normas é conformado pelo direcionamento de condutas (boa-fé) e pela proteção das expectativas suscitadas no alter, destinatário da declaração negocial, pelo ato de autonomia (proteção à confiança legitimamente gerada pelo ato de autonomia privada).¹⁰⁷

2.3.2 Autonomia Privada e Confiança

A autonomia privada, princípio fundamental do Direito das Obrigações, constitui meio conferido pela ordem jurídica aos particulares de autorregulamentação de interesses, consubstanciando a tutela aos bens jurídicos de autodeterminação e da liberdade de iniciativa econômica. Para tanto, o instrumento técnico por excelência é o negócio jurídico, por meio do qual os particulares criam, modificam e extinguem relações jurídicas. A autonomia privada é exercida, por conseguinte, por intermédio das declarações negociais, que atuam (i) como

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, JUDITH. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 248.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 248.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 249.

regulamento de autonomia dos privados, isto é, ato de determinação de deveres e (ii) como ato de comunicação acerca da própria conduta, e como tal acontecimento ou fato gerador de expectativas legítimas socialmente averiguáveis¹⁰⁸.

Assim é que o ato de autonomia - cuja origem reside no poder de autorregulamentação dos próprios interesses e na garantia (constitucionalmente assentada) da liberdade de iniciativa - é também um *ato gerador de expectativas legítimas*, do que decorre a necessária e inafastável contrapartida de autorresponsabilidade. (p. 251)

Consideradas tais circunstâncias, verifica-se que, nas relações que nascem de negócios jurídicos, não há oposição entre os princípios da autonomia privada e da confiança. Sua atuação se dá de forma conjunta:

(...) à declaração negocial é atribuído um valor autônomo, desligado da vontade como ato psicológico, porém não mais um valor objetivo e geral, como nas formulações objetivistas da Teoria da Declaração, mas sim aquele que o declaratório podia retirar da reclamação, segundo os critérios da boa-fé, finalidade do negócio, as práticas eventualmente seguidas pelas partes, os usos do setor econômico em que inserido o negócio, bem como das demais circunstâncias (normativas e fáticas do caso)¹⁰⁹. (grifei)

Nessa conjuntura, deve-se aferir se, em vista da particular relação de confiança efetivamente ocorrida, o confiante poderia, legitimamente, ter confiado nas expectativas que lhe haviam sido acenadas pelo agente produtor da confiança. Isso porque a confiança de que se trata não é qualquer crença, mas aquela qualificada como legítima, resultando da conjugação de fatores objetivos e subjetivos¹¹⁰.

2.3.3 Confiança e Boa-Fé

Consoante já mencionado, há evidente e intensa ligação entre boa-fé e confiança, bem como uma comum raiz, a fides, que está no núcleo de ambos os institutos. A ligação em comento é, por vezes, de superposição, na medida em que a boa-fé abrange a tutela das expectativas legítimas, sobrepondo-se ao princípio da confiança. Entretanto, essa ligação pode ser, também, de diferenciação funcional, atinente ao objeto ou ao seu comportamento imediatamente protegidos, ou pelo princípio da boa-fé, ou pelo princípio da confiança¹¹¹.

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, JUDITH. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 250.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 251-252

¹¹⁰ Ibidem, p. 252.

¹¹¹ Ibidem, p. 254.

A aproximação, e mesmo a superposição entre a confiança e a boa-fé se dá, primariamente, na vedação ao exercício deslealmente contraditório de posições jurídicas (Código Civil, art. 187). Impõe-se um dever de coerência, consistente em manter-se a palavra dada ou o comportamento manifestado, agindo de acordo com os fins do contrato, e corresponder à expectativa legitimamente criada pelos próprios atos, obstando-se, assim, surpresas desleais, porquanto a contradição, a instabilidade comportamental e a inconstância afetam um vínculo que o ordenamento jurídico pretende dotar de estabilidade¹¹².

Deve-se atentar, porém, para o fato de que a confiança ora referida é uma *fides* adjetivada como legítima, na medida em que legitimada por uma situação de confiança, derivada da lei, do negócio, dos usos ou do comportamento alheio. Tal situação de confiança deve ter força suficiente para suscitar um investimento de confiança e deve ser *racionalmente apreensível*. Disso depreende-se que o que a boa-fé tutela não é qualquer expectativa, mas apenas a confiança investida em virtude de razões que, racionalmente aferíveis, foram objeto de investimento de confiança pelo destinatário do ato ou comportamento ou omissão aptos a gerar essa confiança qualificada. Nessas hipóteses, por força da boa-fé objetiva em sua conexão com as situações de confiança, originam-se deveres tendentes a evitar nos parceiros negociais representações injustificadas, bem como a prevenir danos ocasionáveis pela especial aproximação que os interessados mantiveram¹¹³.

De seu turno, a zona residual de distinção entre boa-fé e confiança é de índole eminentemente funcional. Ao passo que o princípio da confiança tem por escopo imediato assegurar expectativas, a função por excelência da boa-fé como *stantard* jurídico é propiciar o direcionamento de comportamentos no tráfico negocial. Destarte, ao papel negativo da boa-fé - isto é, aquele segundo o qual é vedada a violação da legítima expectativa, causando danos injustos ao parceiro - é acrescido um papel ativo ou dinâmico de direção e coordenação da interação social, segundo o qual deve-se agir positivamente em vista ao fim do contrato, colaborando para que o adimplemento seja atingido¹¹⁴.

2.3.4 Autorresponsabilidade

¹¹² MARTINS-COSTA, JUDITH. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 254.

¹¹³ *Ibidem*, p. 256.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 256-257.

Enquanto princípio do Direito das Obrigações, a responsabilidade constitui contrapartida necessária ao reconhecimento da autonomia privada e determina, em suma, que todo agir comunicativo implica uma autovinculação, isto é, uma exigência de fidelidade à pretensão que lhe é inerente¹¹⁵.

Por meio das normas de imputação de responsabilidade, objetiva-se desonerar o tráfego social do lento processo de formação da confiança e dos riscos que lhe são intrínsecos. Trata-se de normas de atribuição e distribuição dos riscos ligados à frustração injustificada de expectativas legítimas¹¹⁶.

2.4 DAS FUNÇÕES DA BOA-FÉ

O estabelecimento das funções da boa-fé objetiva foi proposto pela primeira vez por Franz Wieacker (1977), ao realizar a análise do parágrafo 242 do BGB alemão. Para o jurista, somente por meio de uma classificação precisa seria possível extrair todo o seu conteúdo, diante da generalidade dessa cláusula geral, permitindo, assim, sua aplicação em harmonia com as demais normas já inseridas no ordenamento jurídico¹¹⁷.

Nesse ínterim, Wieacker identificou a tríplice função da boa-fé objetiva, sugerindo a sua classificação (i) como “concreción de un plan legal de ordenación (oficium iudicis); (ii) como máxima de conduta ético-jurídica - inadmissibilidade de uma conduta contrária à boa-fé; e (iii) como “médio de ruptura ético-jurica del Derecho legal”¹¹⁸.

Na doutrina nacional, prevalece uma compreensão própria da tríplice função da boa-fé objetiva. Passa-se a delinear a classificação proposta por Judith Martins-Costa (2018), segundo a qual atua a boa-fé como (i) cânone-hermenêutico-integrativo, exercendo sua função hermenêutica; (ii) norma criadora de deveres jurídicos, exercendo o que a doutrina denomina de função interpretativa e integrativa e (iii) limitadora ao exercício de direitos subjetivos, exercendo a função corretora.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, JUDITH. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 256-257.

¹¹⁶ Ibidem, p. 257.

¹¹⁷ PESSOA, Valton Doria. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do Venire contra Factum Proprium nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 64.

¹¹⁸ WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fé. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1977, p. 52., apud PESSOA, Valton Doria. **A incidência da boa-fé objetiva e do venire contra factum proprium nas relações de trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 65

2.4.1 Funções Interpretativa e Integrativa

Nas hipóteses de inexistência de consenso acerca da significação e do alcance do conteúdo de um contrato, há de ser iniciado um processo técnico-jurídico de determinação do significado do texto contratual. Trata-se do primeiro passo do *iter interpretativo*, do qual depende a própria qualificação da previsão normativa expressa no contrato, bem como a qualificação dos atos ou fatos componentes do contexto normativo e, conseqüentemente, a produção da norma para o caso¹¹⁹. Outrossim, a incapacidade antecipatória sobre todas as situações havidas na relação entre os contratantes pode dar causa à necessidade de integração do contrato, seja pela própria vontade das partes - através de nova convenção ou modificação do negócio original -, seja pela intervenção judicial. Nessas situações, a boa-fé será critério para integração do negócio, considerando os efeitos dela emergentes, consistentes nos deveres de cooperação e respeito aos interesses legítimos da contraparte¹²⁰.

Afere-se, em suma, (i) qual a intenção consubstanciada no acordo; (ii) se o ajustado está de acordo com o Ordenamento jurídico; (iii) como, em vista do acordado, as partes deveriam ter se comportado e (iv) a quais deveres e obrigações estavam adstritas, bem como quais não foram observados, e por quais razões. Em atuação conjunta com outros cânones hermenêuticos, o princípio da boa-fé auxilia a obter tais respostas¹²¹.

A função hermenêutica-integrativa da boa-fé objetiva importa, em suma, na tradução do comportamento das partes de acordo com a finalidade e função social da relação jurídica, não vista apenas de forma a priorizar uma das partes, mas sim como um sistema de cooperação e atribuição de direitos e deveres para ambas, com o intuito de se atingir a uma finalidade comum¹²².

A atuação da boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo se dá diante da necessidade de qualificar comportamentos que, embora não previstos, são essenciais à própria

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, JUDITH. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 488.

¹²⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil**: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 136.

¹²¹ Martins-Costa (2018, p. 491) adverte que “não seria tecnicamente adequado promover a interpretação de um negócio jurídico apenas com base na boa-fé, isoladamente tida como critério único e onivalente. Com instituto jurídico que é, também nas suas funções hermenêuticas a boa-fé supõe a articulação de uma estrutura normativa que engloba regras legais e contratuais, standards e modelos doutrinários e, igualmente, modelos deduzidos de julgamentos precedentes que com o caso guardem relação de identidade ou de semelhança. Ademais, há de conjugar aos cânones gerais dos arts. 112 e 113 do Código Civil às diretrizes deduzidas da principiologia contratual explícita e implícita, às regras atinentes aos tipos contratuais especificamente considerados e aos riscos que lhe são próprios”.

¹²² PESSOA, Valton Doria. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do Venire contra Factum Proprium nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 67.

salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto¹²³.

Alude Baracat que a função interpretativa-integrativa da boa-fé espalha seus efeitos para as demais funções, de sorte que, na criação de deveres jurídicos e na limitação ao exercício de direitos subjetivos, haverá sempre a operação interpretativa-integrativa, na medida em que irá, por meio da boa-fé, integrar no contrato deveres jurídicos não previstos contratual ou legalmente, como também, pelo processo interpretativo-integrativo, limitar o exercício de direitos subjetivos¹²⁴.

2.4.2 Função Criadora de Deveres Jurídicos

O princípio da boa-fé objetiva dá origem, na relação contratual, inclusive trabalhista, a deveres às partes (empregado e empregador), cuja fonte não é a previsão contratual nem legal. Tais deveres consubstanciam o entendimento de que a relação obrigacional deve ser enfocada como um processo complexo, que tem em vista a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes¹²⁵.

Bruno Miragem menciona que a função jurígena da boa-fé é caracterizada pelo estabelecimento de eficácia jurídica vinculativa das partes de modo independente de sua previsão expressa na lei ou no título da obrigação. Para o professor, a função jurígena da boa-fé dá causa à nova compreensão da própria relação obrigacional, segundo a qual a obrigação de ser vista como fenômeno estático, e passa a ser entendida como algo dinâmico, mediante seu desdobramento das fases, cada qual marcada pela existência de deveres de colaboração, lealdade e respeito à contraparte, tendente ao adimplemento¹²⁶.

Em razão da incidência da boa-fé, os deveres de conduta das partes são exigidos antes mesmo da formalização de determinada relação, estendendo-se para além de sua execução e extinção. Outrossim, a incidência da boa-fé resulta na multiplicação de deveres das partes, devendo ser observados não apenas os principais deveres de prestação, como também deveres anexos e laterais, que não dizem respeito diretamente à prestação, mas com a satisfação de interesses globais das partes, como os deveres de cuidado, previdência, segurança,

¹²³ BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2003. 115 p. ISBN 8536104481. E-book.p. 66

¹²⁴ Ibidem, p. 66

¹²⁵ Ibidem, p. 80.

¹²⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 133.

cooperação, informação, ou mesmo os deveres de proteção e cuidado relativos à pessoa e ao patrimônio da outra parte¹²⁷.

Consoante leciona Judith Martins-Costa, os negócios jurídicos são caracterizados pela existência de um complexo de deveres e de interesses: (i) deveres de prestação, principais e secundários; (ii) deveres anexos ou instrumentais aos deveres de prestação e (iii) deveres de proteção contra danos que possam advir do negócio jurídico. Tais ordens de deveres correspondem a dois distintos interesses, quais sejam, os interesses à prestação e à proteção¹²⁸.

Deve-se atentar, contudo, para a circunstância de que a boa-fé não é fonte de quaisquer deveres, ao alvedrio do intérprete. Os deveres de prestação decorrem da lei ou da vontade - a boa-fé tem, relativamente aos interesses de prestação, posição instrumental (criando deveres anexos ou instrumentais ao prestar, mas não o próprio prestar). De outra sorte, quanto aos interesses de proteção, o princípio da boa-fé figura como fonte direta dos deveres que promovem o seu resguardo¹²⁹.

Em face das diferenças quanto aos interesses de proteção que fundamentam cada qual dos deveres incidentes nos negócios jurídicos, faz-se necessário breve esclarecimento às suas respectivas definições.

2.4.2.1 Deveres de Prestação

Os deveres de prestação originam-se da manifestação negocial ou da pontual fixação legislativa e são aqueles que conformam o praestare, elemento estruturante de toda e qualquer relação obrigacional (obrigação principal), estando consubstanciados num dare, facere ou num non-facere. Sua função é a de concretizar o escopo da relação obrigacional em causa, sendo esses os deveres que identificam o tipo do contrato. Os deveres de prestação são subdivididos em deveres principais ou primários e deveres secundários¹³⁰.

¹²⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil**: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 133.

¹²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 239.

¹²⁹ Ibidem, p. 248.

¹³⁰ Ibidem, p. 240.

Fernando Noronha define os deveres primários como sendo aqueles relacionados à realização da prestação principal¹³¹. Para Edilton Meireles, os deveres principais são aqueles encontrados no núcleo da relação jurídica obrigacional e que definem o tipo contratual¹³².

De seu turno, os deveres de prestação secundários ou acidentais se subdividem em (i) deveres de prestação secundários meramente acessórios da obrigação principal, os quais se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar sua perfeita realização; e (ii) deveres secundários com prestação autônoma, que se apresentam como um sucedâneo da obrigação principal ou de maneira coexistente com o dever principal¹³³.

Valton Doria Pessoa pontua que os deveres secundários englobam, de um lado, os deveres acessórios da obrigação principal - que não guardam autonomia perante esta e que estão destinados a preparar o cumprimento ou assegurar a sua execução -, e, de outro, os deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares da obrigação principal, também chamados de deveres secundários com prestação autônoma¹³⁴.

Por oportuno, a fim de solidificar o entendimento de que há independência dos deveres secundários de prestação autônoma perante a obrigação principal, ressalta-se que, no âmbito trabalhista, a jurisprudência nacional tem o entendimento consolidado de que caracteriza obrigação secundária autônoma do empregador a manutenção do plano de assistência médica particular, mesmo em caso de suspensão contratual, hipótese em que se suprimem as obrigações principais de prestar o trabalho e pagar o salário¹³⁵.

Sinale-se que os deveres secundários são encontrados ao longo de toda a relação jurídica, seja antes da celebração do contrato, durante a sua execução ou mesmo após a sua extinção¹³⁶.

¹³¹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 160.

¹³² MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 59.

¹³³ MARTINS-COSTA, JUDITH. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 241.

¹³⁴ PESSOA, Valton Doria. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do *Venire contra Factum Proprium* nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 68.

¹³⁵ SÚMULA Nº 440 DO TST. AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À MANUTENÇÃO DE PLANO DE SAÚDE OU DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspensão o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez.

¹³⁶ BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2003. 115 p. ISBN 8536104481. E-book, p. 80.

2.4.2.2 Deveres Anexos

Trata-se de deveres que não atinem ao que prestar, mas ao como prestar. São ditos anexos porque sua ligação é de anexidade e/ou instrumentalidade ao dever principal de prestação. Sua incidência pode advir de previsão legal ou não, mas seu fundamento último sempre estará na boa-fé - seja por integração contratual diretamente apoiada no texto legal, seja pela integração por via da concreção do princípio da boa-fé¹³⁷.

Os deveres anexos têm vinculação imediata aos deveres principal e secundário. Fazem-se necessários para viabilizar o adimplemento satisfativo, o que se dá por via das funções hermenêutica e integrativa da boa-fé¹³⁸.

2.4.2.3 Deveres de Proteção (Laterais)

Trata-se de dimensão jurígena do princípio da boa-fé que não é referente aos interesses de prestação, mas aos interesses de proteção, implementados por deveres de proteção. Tais deveres diferem-se dos deveres de prestação, bem como aqueles que lhe são anexos e instrumentais, em decorrência do interesse que visam a assegurar - os deveres de proteção têm o escopo de implementar uma ordem de proteção entre as partes, não se voltando, pois, *praestare*. Em suma, o interesse que tutelam não é o de prestar, mas o do interesse da parte à integridade de sua esfera jurídica, a fim de que da relação obrigacional, e independentemente da realização da prestação, não resultem danos injustos para a contraparte¹³⁹.

Os deveres jurídicos laterais determinam a obediência a modelos de comportamento pré-estabelecidos, que sequer estão relacionados à obrigação principal, decorrendo de um mandamento legal, ou de um comportamento previamente estabelecido pela sociedade¹⁴⁰.

Na seara trabalhista, a doutrina exemplifica alguns dos deveres jurídicos laterais oriundos dessa função da boa-fé objetiva, quais sejam, os deveres de cuidado, previdência, proteção e segurança com o patrimônio da contraparte, inclusive contra danos morais. São relevantes, ainda, os deveres de comunicação e informação, compreendendo os avisos e esclarecimentos que ambas as partes devem prestar para a correta e melhor execução do

¹³⁷ MARTINS-COSTA, JUDITH. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 242.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 242-243.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 243-244.

¹⁴⁰ PESSOA, Valton Doria. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do Venire contra Factum Proprium nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 72.

contrato em todas as suas fases¹⁴¹. Nesse ínterim, Edilton Meireles pontua como primordiais os deveres de prestar contas na relação empregatícia, deveres de omissão e segredo e os deveres de lealdade, colaboração e cooperação. Afirma, ademais, que o dever de colaborar assume a seguinte conotação:

O dever de colaborar, assim, assume, em face da boa-fé objetiva, não só um caráter negativo (se abster de qualquer ação contrária aos interesses do co-contratante), como, também, um conteúdo positivo, pois o contratante deve adotar um comportamento tendente à execução do contrato da melhor maneira possível para todas as partes interessadas. Antes de travar uma “luta” contra o co-contratante, deve-se ter como aliado ou parceiro. Colaborar, portanto, não é só trabalhar com o outro, senão trabalhar cuidando dos interesses legítimos desse outro¹⁴².

2.4.3 Função Corretora ou Limitadora ao Exercício de Direitos Subjetivos

Para Judith Martins-Costa, a atuação da boa-fé por meio da função corretora ocorre em duas distintas vertentes: a boa-fé auxilia a corrigir o exercício jurídico, direcionando-o e ajustando-o aos padrões de licitude (Código Civil, art. 187, *a contrario*); e pauta a correção do próprio conteúdo contratual, nas hipóteses de abusividade e de desequilíbrio contratual, neste último caso atuando por meio de institutos especificamente previstos em lei.

Por meio da função em análise, a boa-fé exerce um controle sobre o exercício dos direitos, a fim de que qualquer conduta que afronte os limites socialmente pré-estabelecidos configure uma conduta ilícita, na forma do art. 187 do Código Civil¹⁴³.

Alude Bruno Miragem que a função limitativa da boa-fé tem por efeito delimitar o exercício do direito subjetivo e demais prerrogativas jurídicas - faculdades, poderes jurídicos, posições jurídicas e direitos potestativos. Em razão disso, a boa-fé é um dos critérios para identificação do abuso do direito, categoria autônoma desenvolvida pela doutrina e jurisprudência, cuja incorporação, pela lei, se dá, como espécie de ato ilícito, no art. 187 do Código Civil¹⁴⁴.

Pontua Eduardo Milléo Baracat que a função corretora consiste em desdobramento da teoria do abuso de direito: o exercício do direito deve, à luz da boa-fé, sofrer limitações, quando exercido abusivamente. Destarte, a função limitadora tem por escopo restringir o

¹⁴¹ PESSOA, Valton Doria. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do *Venire contra Factum Proprium* nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 73.

¹⁴² MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 64

¹⁴³ PESSOA, Valton Doria. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do *Venire contra Factum Proprium* nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 73.

¹⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 134.

exercício dos direitos, a fim de evitar o seu abuso, o qual caracteriza conduta contrária à boa-fé¹⁴⁵.

No ponto, oportuno mencionar que as figuras do abuso de direito e da boa-fé se aproximam não apenas em decorrência da vinculação feita pelo art. 187 do Código Civil, que aponta a boa-fé como critério para a caracterização do abuso de direito, como também pelo fato de que a boa-fé atua para orientar e cravar as demarcações e limites no exercício do direito¹⁴⁶.

Trata-se o abuso de direito de atuação humana que se dá estritamente conforme às normas imediatamente aplicáveis, todavia apresenta-se ilícita por contrariedade ao sistema, na sua globalidade, por atingir vetores tidos por fundamentais à ordem jurídica, como a lealdade, confiança, a finalidade e a utilidade, em se tratando de relações obrigacionais¹⁴⁷.

O art. 187 do Código Civil qualifica como ilícito o ato cometido pelo 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. Disso depreende-se que a noção legalmente estabelecida de ilicitude civil recobre a contrariedade ao Direito em qualquer de suas formas. Ilicitude é, por conseguinte, a lesão a interesse juridicamente protegido.

No art. 186 do Código Civil, é acolhida a ilicitude subjetiva, assim entendida a lesão derivada de ato (doloso ou culposo, voluntário, negligente ou imprudente, comissivo ou omissivo) que viola direito e causa dano a outrem. Consoante mencionado alhures, o ordenamento jurídico tutela, igualmente, a lesão proveniente da chamada ilicitude objetiva - porque independente do elemento subjetivo (culpa ou dolo) -, a qual usualmente se configura no momento do exercício de posições jurídico-subjetivas, quando tido, este, como inadmissível ou disfuncional, segundo certas balizas que o enunciado legal pontua, dentre as quais encontra-se o princípio da boa-fé¹⁴⁸.

Tratando da ilicitude objetiva, Baracat menciona a lição de Fernando Noronha, segundo o qual somente haveria abuso de direito quando haja manifesta desproporção entre as vantagens auferidas pelo titular do direito e os sacrifícios infligidos à outra parte. Em sendo demasiadamente vago o critério de “manifesta desproporção”, seria pertinente o seu aperfeiçoamento, conferindo-lhe uma coesão sistêmica, por meio da inserção do princípio da

¹⁴⁵ BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2003. 115 p. ISBN 8536104481. E-book.p. 67

¹⁴⁶ PESSOA, Valtom Dória. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do *Venire contra Factum Proprium* nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 74.

¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 669.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 667.

boa-fé no quadro principiológico, não apenas constitucional, mas também dos princípios gerais de Direito e de Direito do Trabalho. Incumbiria ao intérprete, assim, verificar a existência de abuso de direito através do cotejo entre as vantagens obtidas pelo titular do direito e o sacrifício imposto à contraparte, levando em consideração o princípio da boa-fé, que reenviará a análise do caso concreto à luz dos princípios constitucionais, gerais de direito e trabalhistas¹⁴⁹.

Assim, por exemplo, o juiz do trabalho ao apreciar uma alteração contratual, conforme o art. 468 da CLT, deverá investigar se o empregador não ultrapassou o seu *jus variandi*, o que fará pelo reenvio do caso concreto aos princípios referidos. Note-se que a regra do art. 468 da CLT trata-se de nítido conceito jurídico indeterminado, em que da expressão “desde que não resulte, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado” denota-se, claramente, uma vagueza, que permite “uma informação de extensão larga e compreensão escassa”, cabendo ao julgador preenchê-la, identificando se, no caso em concreto, a alteração contratual acarretou, diretamente ou indiretamente, prejuízos ao empregado, o que deverá fazer buscando, no sistema jurídico, a melhor solução.

Para se aplicar a teoria finalista no âmbito do art. 468 da CLT, e, por via de consequência, também a boa-fé objetiva, deve-se observar, na esteira da lição de Fernando Noronha, que o ato dito de abuso de direito não precisa ser ilícito, pois prescindível a caracterização do dolo ou da culpa, necessário apenas que seja antijurídico - que já engloba a noção de ilicitude, no sentido de contrário ao direito, à sua finalidade e à função social do contrato.¹⁵⁰

A boa-fé objetiva atua, pois, como diretriz restritiva de direitos que, embora aparentemente lícitos, quando exercidos são contrários ao direito e merecem censura, pois são abusivos e contrários à boa-fé¹⁵¹.

¹⁴⁹ BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2003. 115 p. ISBN 8536104481, E-book.p. 67

¹⁵⁰ Ibidem, p. 67

¹⁵¹ PESSOA, Valton Dória. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do *Venire contra Factum Proprium* nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 75.

3 ACÚMULO DE FUNÇÕES

Estabelecidos a definição e os limites do poder diretivo e esclarecido o papel da boa-fé objetiva como princípio jurídico informador do direito privado como um todo e cláusula geral a ser observada nos contratos, passa-se à análise da questão que o presente trabalho se propõe a debater, qual seja, a incompatibilidade do acúmulo de funções com a boa-fé objetiva, do que decorre o dever de contraprestação pelo empregador, consubstanciado em acréscimo salarial.

Para tanto, faz-se necessário pontuar, ainda que brevemente, algumas diferenças relevantes entre fenômenos afins relacionados ao aumento de produtividade e à alteração de função.

“Acúmulo de função” e “desvio de função” são figuras próximas que estão relacionadas a mecanismos institucionais de retribuição da atividade laboral, com implicação no contrato de trabalho individual. Entretanto, no desvio de função, o empregado realiza outra tarefa, diferente daquela originalmente contratada. Assim sendo, a alteração decorrente de desvio de função é resolvida pelos mecanismos de equiparação salarial ou isonomia salarial, caso cumpridos os requisitos legais para tanto. De outra sorte, na figura do “acúmulo de função”, o empregado realiza a função originalmente contratada de forma concomitante a outra (ou outras), acrescentadas pelo empregador ao rol de responsabilidades do empregado, com ou sem seu consentimento, com fundamento em seu poder diretivo (art. 2º da CLT). Não há figura legal direta que solucione essa questão, à luz do parágrafo único do art. 456 da CLT¹⁵².

O enfrentamento da questão do acúmulo de função pela doutrina nacional se dá de forma pontual, sempre fazendo relação com o poder diretivo do empregador na adequação das tarefas do empregado, a bem de servir a empresa no desempenho de atividades e alcance dos objetivos do empregador¹⁵³. Não obstante, trata-se de questão recorrente na realidade forense, sendo habitual o ajuizamento de reclamações trabalhistas que narram o acúmulo de funções e pleiteiam acréscimo salarial em decorrência do fenômeno em questão. Da análise do fenômeno pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho resulta jurisprudência majoritária no sentido de que o acúmulo de funções não configuraria

¹⁵²COUTINHO FILHO, Gabriel. **Acúmulo de função do empregado**: fundamentos para uma proposição de alteração legislativa. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 62.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 80.

alteração contratual lesiva ao empregado, por estar autorizado pelo parágrafo único do artigo 456 da CLT, em razão do jus variandi atribuído ao empregador.

Ocorre que uma análise pormenorizada do parágrafo único do artigo 456 da CLT, orientada pela incidência da boa-fé objetiva no contrato de trabalho, revela que o jus variandi atribuído ao empregador não lhe autoriza a alterar a carga ocupacional do empregado de forma puramente potestativa. Nos tópicos seguintes, serão estabelecidas as premissas para, ao final, discorrer sobre a proposição central do presente trabalho, atinente ao dever de contraprestação pelo acúmulo de funções como consectário da incidência da boa-fé objetiva no contrato de trabalho.

3.1 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

Vige, no Direito Civil, o princípio geral da inalterabilidade dos contratos, segundo o qual as convenções firmadas pelas partes não podem ser alteradas unilateralmente durante a sua vigência, obedecendo à máxima *pacta sunt servanda*. A aplicabilidade de tal princípio no âmbito trabalhista se dá por meio de sua adequação aos demais princípios informadores do Direito do Trabalho, principalmente ao princípio da proteção. Nesse ínterim, salienta Délio Maranhão que, no Direito do Trabalho, o princípio da força obrigatória dos contratos se apresenta como uma forma de proteção do empregado contra o arbítrio do empregador¹⁵⁴. Para o autor, no âmbito justralhista, o princípio da força obrigatória dos contratos sofre o influxo de tendências opostas, que se equilibram a fim de proteger o empregado e, ao mesmo tempo, adaptá-lo à realidade econômica e à função social do contrato de emprego¹⁵⁵.

Da adequação do *pacta sunt servanda* aos princípios próprios do Direito do Trabalho deriva o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, positivado no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual dispõe que “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

Verificam-se dois desdobramentos da referida adequação. A uma, destaca-se a flexibilização da ideia de inalterabilidade em benefício do empregado, permitindo-se e incentivando-se as alterações contratuais promovidas nessas condições. A duas, o

¹⁵⁴ SUSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v.1. p. 533.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 535.

enrijecimento da ideia de inalterabilidade em prejuízo do empregado, a ponto de ser proibida, inclusive, quando promovida bilateralmente, com sua expressa concordância. Para Nélio Reis, tais particularidades decorrem da necessidade de traçar limites precisos ao vínculo de subordinação, protegendo-se o empregado contra uma excessiva intensificação do trabalho imposto pelo empregador. Sinale-se, porém, que o prejuízo direto ou indireto que enseja a nulidade da alteração contratual deve ser certo - mesmo que seus efeitos ainda não tenham sido produzidos, configurando-se hipótese de prejuízo futuro -, não havendo de se cogitar nulidade em caso de prejuízo eventual¹⁵⁶.

As alterações contratuais objetivas são classificadas pela doutrina em qualitativas, quantitativas e circunstanciais. Diante do enfoque do presente trabalho, serão analisadas apenas as alterações contratuais qualitativas, atinentes à natureza da prestação do empregado, isto é, à sua função.

Para a adequada compreensão da temática, é essencial a distinção conceitual entre função e tarefa. Trata-se a função do conjunto de atividades, atribuições e poderes que, integrados entre si, formam um todo unitário no contexto da divisão do trabalho dentro da empresa. Tarefa, por sua vez, consiste em uma atividade laborativa específica dentro do conjunto que forma a divisão do trabalho dentro da empresa¹⁵⁷. A posição de centralidade de tal distinção no estudo das alterações qualitativas do contrato empregatício se faz presente em razão do fato de que o simples exercício de algumas tarefas componentes de uma outra função não traduz, automaticamente, a ocorrência de uma efetiva alteração funcional no tocante ao empregado. Para a configuração da alteração funcional objetiva, é imprescindível que haja uma concentração significativa do conjunto de tarefas integrantes da função enfocada¹⁵⁸.

Considerando-se a multiplicidade de atividades realizadas pelo empregado na jornada de trabalho e a habitual dissonância entre a denominação formal do cargo para o qual foi contratado e a função efetivamente realizada, é pertinente a menção às regras propostas por Maurício Godinho Delgado para a aferição da função para a qual foi o empregado contratado. A primeira regra é de que a função prevista no contrato prevalece sobre a qualificação profissional do empregado. Já a segunda regra, decorrente do princípio da primazia da realidade sobre a forma, determina que a função efetivamente desempenhada pelo empregado na prática contratual cotidiana deve prevalecer sobre a função expressa no contrato. De seu

¹⁵⁶ SUSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v.1. p. 548

¹⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e as inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 1219.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 1221.

turno, a terceira regra decorre das disposições do artigo 456 da CLT e informa que, não havendo evidência clara sobre a função contratada, deve prevalecer a função compatível com a qualificação profissional do empregado. Para o autor, as regras referidas devem atuar de forma alternativa ou sucessiva, sendo que a incidência de cada qual se dará apenas se nenhuma das anteriores tiver sido satisfatoriamente observada¹⁵⁹.

Cynthia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles qualificam as alterações que envolvem especificamente a função do empregado como (i) cumulativas, subdivididas entre verticais e horizontais e (ii) não cumulativas, subdivididas entre eventuais, temporárias e definitivas¹⁶⁰.

Verificam-se as alterações contratuais não cumulativas nas hipóteses em que há mera alteração de uma função para outra, podendo ser tanto horizontal quanto vertical. Considerando-se que as alterações horizontais não acarretam acréscimo de responsabilidade ao empregado em relação à estrutura da empresa, Cynthia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles pontuam que, em regra, tais alterações contratuais são lícitas, porquanto não causam prejuízos aos empregados. No mesmo sentido é o entendimento de Maurício Godinho Delgado, que sustenta que, respeitada a qualificação profissional do empregado (na hipótese de ter sido esta o parâmetro funcional contratado) e ausentes efetivos prejuízos qualitativos, quantitativos e circunstanciais, será lícita a alteração funcional perpetrada¹⁶¹.

De seu turno, as alterações funcionais não cumulativas verticais são divididas entre ascendentes e descendentes. As ascendentes são referentes às promoções e progressões. Cynthia Machado de Oliveira e Leandro Dorneles de Dorneles¹⁶² advertem que as promoções não estão entre as prerrogativas inerentes ao jus variandi do empregador, razão pela qual devem observar os limites do art. 468 da CLT, garantindo-se ao trabalhador o direito de recusa, em razão do suposto acréscimo de responsabilidade inerente à nova função. Já as progressões encontram-se previstas nos planos de cargos e salários, os quais já estão agregados aos contratos desde o início, sendo a bilateralidade intrínseca a tal hipótese de

¹⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e as inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 1220.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Cynthia Machado de, DE DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 205-207.

¹⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e as inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed., São Paulo: LTr, 2019., p. 1222.

¹⁶² OLIVEIRA, Cynthia Machado de, DE DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 205.

alteração funcional. Por sua vez, as alterações funcionais não cumulativas verticais descendentes são, como regra geral, vedadas pelo artigo 468 da CLT, exceto nos casos expressamente previstos em lei.

As alterações funcionais cumulativas podem ser eventuais, temporárias ou definitivas. Salientam Cíntia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles que, sendo decorrentes do jus variandi excepcional do empregador, as alterações eventuais e temporárias independem da concordância do empregado. Não obstante, no caso das alterações cumulativas temporárias, o empregado possui direito a um acréscimo salarial. Nesse ínterim, os autores mencionam a hipótese de que a substituição temporária de colega ocorra em acúmulo de funções - isto é, com o substituto exercendo, concomitantemente, a sua função e a do substituído. A fim de preservar o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, seria justificável, na hipótese aludida, a percepção de acréscimo salarial pelo empregado¹⁶³.

Por fim, as alterações funcionais cumulativas definitivas, objeto principal do presente estudo, são aquelas em que o empregado continua a exercer as funções inicialmente contratadas, agregando todas ou parte significativa das tarefas e dos poderes inerentes a outra função.

3.2 ACÚMULO DE FUNÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA

Realizada pesquisa jurisprudencial nos sítios de internet oficiais do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e do Tribunal Superior do Trabalho, verificamos que a jurisprudência brasileira não possui posicionamento uníssono quanto ao tema do acúmulo de funções, dividindo-se em dois sentidos bem claros a esse respeito.

O primeiro conjunto de decisões estabelece o entendimento de impossibilidade jurídica de reconhecimento do acúmulo de funções, em razão da ausência de norma que determine a obrigação do empregador de pagamento de adicional a esse título. As decisões que comungam de tal entendimento habitualmente destacam que o salário não constitui contraprestação a tarefas pontuais, mas ao tempo à disposição do empregador, o qual, utilizando-se de seu jus variandi, possuiria a prerrogativa de exigir quaisquer tarefas compatíveis com a condição pessoal do empregado, a teor do parágrafo único do art. 456 da CLT. O indeferimento de acréscimo salarial pelo acúmulo de funções é frequentemente fundamentado, também, na circunstância de não haver verificação de que a tarefa acumulada

¹⁶³ DE OLIVEIRA, Cíntia Machado, DE DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 207.

seja de “maior complexidade” ou seja “melhor remunerada” do que as atribuições do cargo primígeno.

Nesse ínterim, transcrevem-se ementas de julgados do TRT da 4ª Região que elencam os principais argumentos caracterizadores da vertente jurisprudencial em análise:

ACÚMULO DE FUNÇÕES. O acréscimo salarial justifica-se quando as tarefas acrescidas fazem parte de cargo ou profissão remunerada com salário superior. Em sendo provada essa hipótese, confugira-se acúmulo de funções. (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020658-91.2019.5.04.0018 ROT, em 15/07/2021, Desembargador Clovis Fernando Schuch Santos)

EMENTA ACRÉSCIMO SALARIAL. ACÚMULO DE FUNÇÕES. ART. 456 DA CLT. Para que seja reconhecido o direito ao acréscimo salarial pelo acúmulo de funções, é necessária a demonstração de execução de tarefas que demandem maior especialização ou exijam maior complexidade, bem como que tais atividades sejam estranhas à função contratada e que haja diferenciação de salários entre a função originalmente exercida e aquela acumulada, e, ainda, que as tarefas sejam acrescidas no curso do contrato de trabalho, o que não é o caso dos autos. Recurso ordinário do reclamante a que se nega provimento. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0020371-29.2020.5.04.0751 ROT, em 30/06/2021, Desembargador Fabiano Holz Beserra - Relator)

EMENTA ACÚMULO DE FUNÇÕES. ACRÉSCIMO SALARIAL . O acréscimo salarial pelo acúmulo de funções é exigível quando o empregador, durante o período da relação contratual, passa a exigir do empregado atividades diferentes e mais complexas do que as inicialmente pactuadas e conjuntamente a esta, pelo mesmo salário, e exigindo deste maior qualificação e responsabilidade. Não é o simples acréscimo de atribuições que demonstra o acúmulo de funções, pois estas atribuições novas podem se referir à função originalmente contratada. Caso em que a prova constituída não dá conta de alteração ou desvio do conteúdo ocupacional do trabalhador a ensejar o provimento da pretensão em exame. Recurso do reclamante a que se nega provimento no aspecto. (TRT da 4ª Região, 10ª Turma, 0021287-21.2017.5.04.0023 ROT, em 28/10/2020, Desembargador Janney Camargo Bina)

Outrossim, é possível verificar a reprodução dessa vertente em julgados do TST:

"I - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. INTERPOSIÇÃO POSTERIOR À LEI 13.015/2014. ACÚMULO DAS FUNÇÕES DE MOTORISTA E COBRADOR. REQUISITOS DO ART. 896, § 1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. Em processos em que se discute a possibilidade de acúmulo das funções de motorista e

cobrador, esta Corte tem dirimido a questão conforme o art. 456, parágrafo único da CLT, o qual dispõe que à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. Assim, tem-se decidido pela possibilidade do exercício da dupla função de motorista de ônibus e cobrador. Recurso de revista conhecido e provido. (...) (RR-576-21.2014.5.03.0025, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 24/09/2021).

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA RECONHECIDA. Considerando a existência de controvérsia acerca da interpretação do artigo 456, parágrafo único, da CLT, para fins de reconhecer a existência, ou não, de acúmulo de funções, verifica-se a transcendência jurídica, nos termos do artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT. ACÚMULO DE FUNÇÃO. TÉCNICO DE ENFERMAGEM. MOTORISTA DE AMBULANCIA. ACÚMULO DE FUNÇÃO NÃO CONFIGURADO. ARTIGO 456, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. PROVIMENTO. O Artigo 456, parágrafo único, adCT dispõe que, à falta de prova ou de cláusula expressa a tal respeito, entende-se que o empregado se obriga a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. A realização de tarefas de função diversa daquela para a qual o empregado foi contratado, na hipótese de ausência de especificação das atividades inerentes a uma função, seja no contrato de trabalho ou em norma coletiva, não implica o reconhecimento automático de alteração no contrato de trabalho. Conforme já mencionado, o parágrafo único do artigo 456 da CLT, em casos tais, dispõe que o empregado está obrigado a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. O acúmulo de funções fica evidenciado quando há o exercício de função diversa, totalizando um conjunto de atividades que não tem compatibilidade ou conexão com aquelas para as quais o empregado foi contratado, ensejando o pagamento de diferenças salariais, que pode ser postulado com base na isonomia e na ideia de contraprestação ao serviço prestado. No caso, o Tribunal Regional firmou entendimento de que não cabe a aplicação do artigo 456 da CLT, por considerar que a função de motorista de ambulância tem natureza diversa da função de técnico de enfermagem. Infere-se, do acórdão recorrido, que a questão não foi dirimida sob o enfoque de alteração contratual lesiva, em que a autora teria sido contratada para a função de técnico de enfermagem e somente depois lhe foi exigido que conduzisse a ambulância. O Tribunal Regional deixou expresso que a autora foi admitida como técnica de enfermagem, exercendo, concomitantemente, a função de motorista de ambulância. Ficou consignada, ainda, a confissão da autora no sentido de que dirigir ambulância fazia parte de suas funções, podendo-se extrair que as atividades eram realizadas, concorrentemente, desde o princípio da relação empregatícia. Tem-se, portanto, que não se evidencia que as atividades de motorista de ambulância estejam totalmente desvirtuadas daquelas desempenhadas pelos

técnicos de enfermagem da reclamada, tampouco fora da condição pessoal da autora, haja vista ter sempre, no período do contrato, exercido tal mister. Nesse contexto, tem-se que a situação dos autos, ao contrário do que entendeu o Tribunal Regional, insere-se ao disposto no artigo 456, parágrafo único, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-11311-60.2016.5.15.0009, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 17/09/2021).

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. (...) 3. ACÚMULO DE FUNÇÕES. DIFERENÇAS SALARIAIS. Dispõe o art. 456, parágrafo único, da CLT que, "à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal". A jurisprudência desta Corte está posta no sentido de que a comercialização de produtos de outras empresas do grupo econômico do reclamado é compatível com o rol de atribuições do bancário. Assim, não há empecilho a que, ainda que não discriminadas expressamente no contrato de trabalho, sejam remuneradas pelo salário fixo ajustado. Precedentes. Óbice do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula 333/TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (...) (RRAg-101390-75.2016.5.01.0009, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 27/08/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. DOENÇA PROFISSIONAL. GARANTIA DE EMPREGO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. SÚMULA 126 DO TST. (...) ACÚMULO DE FUNÇÃO . NÃO OCORRÊNCIA . A Corte Regional consignou que as funções exercidas pelo Reclamante eram realizadas dentro da jornada de trabalho e não lhe exigiam maiores conhecimentos, pois se tratavam de tarefas compatíveis com a sua condição pessoal. Verifica-se que a decisão regional está em conformidade com a jurisprudência atual e notória desta Corte Superior, no sentido de que o exercício de atividades diversas, compatíveis com a condição pessoal do trabalhador, não enseja o pagamento de acréscimo salarial por acúmulo de funções e são remuneradas pelo salário todas as tarefas desempenhadas dentro da jornada de trabalho. Incidência da Súmula 333 do TST. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido" (AIRR-11674-03.2017.5.15.0077, 8ª Turma, Relator Desembargador Convocado Joao Pedro Silvestrin, DEJT 23/08/2021).

Por sua vez, a corrente que admite o acúmulo de funções e determina o dever de contraprestação por acréscimo salarial fundamenta-se, em geral, nos argumentos de (i) enriquecimento sem causa do empregador em decorrência de fruição de prestação do trabalhador qualitativamente diversa do originariamente contratado e (ii) desequilíbrio do

caráter sinalagmático do contrato de trabalho. Pertinente, no ponto, a transcrição de ementas de julgados do TST que consubstanciam o entendimento ora analisado:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ACÚMULO DE FUNÇÕES. ACRÉSCIMO SALARIAL. O desempenho, pelo trabalhador, de atribuições de cargo de maior complexidade ao seu ou de atividades não correlacionadas com a inicialmente contratada exige acréscimo de remuneração, pois, exercendo tais funções, com carga ocupacional quantitativamente e qualitativamente superior à do cargo primitivo, o referido acúmulo enseja reparação salarial correspondente. O contrato de trabalho é marcado pelo Princípio da Equivalência das Prestações, diante do seu caráter sinalagmático, o que significa dizer reciprocidade entre o quanto ajustado e o que representa a sua efetiva execução. Trata-se de característica importante nos contratos de trato sucessivo para que não se distanciem daquilo que foi objeto de ajuste e provoquem ônus excessivo para um dos contratantes, em especial o empregado, que se vincula a relação subordinada ao seu empregador. A regra contida no artigo 460 Consolidado objetiva assegurar o Princípio da Equivalência Salarial e, se são ampliadas as atribuições de determinado cargo, sem que tenha havido a correspondente contraprestação, há de se restabelecer o equilíbrio do contrato, com recomposição do salário, sob pena de ser efetivada alteração contratual ilícita. No presente caso, ficou registrado ter havido um incremento das atribuições do autor, que ocupante da função de Gerente, também passou a executar as inerentes a de Chefe de Produção, no curso da relação laboral, razão pela qual a Corte de origem reconheceu como devido o acréscimo remuneratório. Destarte, irretocável a decisão regional que, em consonância com a jurisprudência firmada por esta Corte, reconheceu a possibilidade de deferimento do acréscimo salarial decorrente do acúmulo de funções. Agravo conhecido e não provido. (TST - Ag-ED-AIRR: 4097420155090001, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 06/06/2018, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/06/2018)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N . °13.015/2014. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. (...) ACÚMULO DE FUNÇÕES . DIFERENÇAS SALARIAIS. Extrai-se do acórdão regional que, embora tenha sido contratado para desempenhar a função de "vendedor", o reclamante também desenvolvia tarefa inerente à função de "auxiliar de marketing". O Tribunal Regional consignou ainda que o quadro de auxiliares de marketing da reclamada era insuficiente para atender as necessidades da empresa, motivo pelo qual essas atribuições também eram repassadas aos vendedores. Anotou ainda que a própria reclamada admite que em algum momento o reclamante realizou atividades

relacionadas ao auxiliar de marketing. Nesse contexto, o direito ao acréscimo salarial encontra fundamento jurídico na interpretação sistemática dos artigos 444 e 456, parágrafo único, da CLT, e também do seu art. 460 e do art. 884 do Código Civil, pois não pode se admitir o enriquecimento sem causa do empregador que, ao atribuir funções excedentes àquelas originalmente contratadas, se beneficia do trabalho sem qualquer contrapartida. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (AIRR-1123-49.2015.5.08.0005, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 24/09/2021).

3.3 PROPOSIÇÃO

A análise dos argumentos que fundamentam os posicionamentos jurisprudenciais mencionados revela que prevalece a compreensão de que, ao longo da jornada de trabalho, o empregado permanece à disposição do empregador, o qual, utilizando-se de seu *jus variandi*, pode determinar a realização de tarefas desvinculadas da carga ocupacional da função originalmente contratada, de forma cumulativa às atividades decorrentes do cargo primígeno. Mesmo as decisões que reconhecem o dever de contraprestação por meio de acréscimo salarial parecem partir da premissa de que as tarefas acumuladas com aptidão para ensejar o *plus* salarial são aquelas de maior complexidade, que originam carga ocupacional qualitativamente superior à original.

Nessa conjuntura, verifica-se que a jurisprudência brasileira, como regra geral, embasa-se em concepção equivocada do poder diretivo e de seus respectivos limites, estabelecendo a subordinação como forma de sujeição pessoal. Isso porque a expressão “condição pessoal”, constante do parágrafo único do art. 456 da CLT, é semanticamente vaga e, na incumbência de conferir-lhe significado concreto, as decisões analisam predicados eminentemente pessoais dos reclamantes - como sua formação profissional, suas aptidões -, deixando de aferir ponto primordial para o deslinde da controvérsia, qual seja: o objeto do seu consentimento quando da formação do contrato de trabalho.

É indiscutível que, em face das peculiaridades da relação de emprego, é facultada ao empregador, depois de firmado o contrato, a possibilidade de definir e alterar especificidades da prestação laboral. Todavia, consoante explanado no Capítulo I do presente trabalho - especificamente no tópico referente aos limites do poder diretivo -, o *jus variandi* não viabiliza que o empregador crie unilateralmente regras contratuais. Isso porque é

inadmissível, numa relação jurídica de natureza contratual bilateral, que uma das partes se reserve o direito de ditar novas regras e a outra parte limite-se a observá-las¹⁶⁴.

Nesse aspecto, refere Coutinho que o poder do empregador não incide sobre a pessoa ou sobre toda a conduta do empregado, mas tão somente sobre a *força produtiva empregada em razão da manutenção de um negócio jurídico trabalhista*, a qual o empregado coloca à disposição do empregador por meio de um contrato. Não se trata da sujeição de um homem em posição de inferioridade em relação a outro, mas de faculdades conferidas ao empregador estritamente em decorrência da carência de detalhamento quanto ao modo e tempo de execução das tarefas, circunstâncias tais que vêm a ser completadas pelo empregador no decorrer do contrato¹⁶⁵.

Em se tratando o jus variandi de poder de concretização e adequação da prestação de trabalho às necessidades do respectivo credor, o poder diretivo limita-se pela própria atividade laboral, estando compreendidos no contrato de trabalho em si os limites para o exercício da prerrogativa em questão¹⁶⁶.

É pertinente reiterar, no particular, que o jus variandi tem sua fonte - e, conseqüentemente, sua legitimidade - no contrato de trabalho. Ao anuir com a prestação de serviços de forma subordinada, o empregado consente com a submissão às determinações patronais que tenham como objeto a segurança na regular marcha da atividade empresária. Destarte, o exercício do jus variandi constitui objeto de anuência intrínseco ao contrato de trabalho, na medida em que seu objeto é o desempenho da atividade laboral de forma subordinada¹⁶⁷.

Sendo o alcance do poder diretivo limitado pelo contrato de trabalho, a aferição da legitimidade da imposição de novas tarefas agregadas ao cargo primígeno perpassa pela análise de qual foi o objeto do consentimento nas tratativas contratuais. Em lugar de perquirir se as novas tarefas impostas são compatíveis com os predicados pessoais do reclamante, é imprescindível que a investigação perpassasse pelos questionamentos de (i) qual a função a que o trabalhador anuiu realizar e (ii) quais as tarefas inerentes a essa função.

¹⁶⁴ MEIRELES, Edilton. Abuso do direito na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2004. p. 90-93 *apud* FERNANDEZ, Leandro. O direito diretivo: a necessária revisão da dogmática acerca dos poderes do empregador à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Trabalho** . v. 146, p. 75 – 111, Abr - Jun 2012.

¹⁶⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999, p. 89.

¹⁶⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 6

¹⁶⁷ VILHENA Paulo Roberto Emílio de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 259-260.

É consabido que, como regra geral, a resposta aos questionamentos mencionados não se encontra expressa em cláusulas contratuais escritas, seja porque é habitual que o contrato de trabalho seja tácito, seja porque, mesmo nas hipóteses de contratos formais, as previsões contidas nas cláusulas ali consignadas são comumente dotadas de genericidade, justamente para evitar um engessamento incompatível com as peculiaridades do contrato de emprego.

Não obstante tais circunstâncias, o parágrafo único do art. 456 da CLT estabelece que, ausente estipulação contratual ou prova da função para a qual o empregado foi efetivamente contratado, haverá presunção de que o empregado se obrigou ao exercício de qualquer atividade compatível com a sua condição pessoal. Entretanto, a mencionada presunção é dificilmente ultrapassada, porquanto são raros os contratos de trabalho formalizados com objeto razoavelmente definido. Ademais, a realização da prova, pelo empregado, é geralmente precária, especialmente acerca dessa condição específica do contrato¹⁶⁸.

Nessa conjuntura, a adequação da expressão “condição pessoal”, com a qual se afere a compatibilidade das tarefas, a uma perspectiva atual dos limites do poder diretivo demanda a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, especificamente por meio de sua função hermenêutica. Isso porque, tendo em vista que as tratativas contratuais no âmbito empregatício são habitualmente tácitas no que se refere aos meandros da função a ser realizada, resta aferir quais as expectativas legítimas concernentes ao desempenho da função em análise.

Deve-se perquirir, dadas as circunstâncias em que se deu a contratação, qual o específico todo unitário de atividades que o empregado obrigou-se a realizar. Considerando-se que a atuação de boa-fé se dá conjuntamente aos demais cânones hermenêuticos, tem particular relevância a aferição do valor que o interlocutor poderia retirar da declaração. Nesse aspecto, leciona Judith Martins-Costa¹⁶⁹:

No que tange, portanto, às relações que nascem de negócios jurídicos, não há oposição entre os princípios da autonomia privada e da confiança. Ambos atuam conjugadamente: à declaração negocial é atribuído um valor autônomo, desligado da vontade como ato psicológico, porém não mais um valor objetivo e geral, como nas formulações objetivistas da Teoria da Declaração, mas sim aquele que o declaratório podia retirar da reclamação, segundo os critérios da boa-fé, finalidade do negócio, as

¹⁶⁸ COUTINHO FILHO, Gabriel. **Acúmulo de função do empregado**: fundamentos para uma proposição de alteração legislativa. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p.120

¹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 251-252.

práticas eventualmente seguidas pelas partes, os usos do setor econômico em que inserido o negócio, bem como das demais circunstâncias (normativas e fáticas do caso).

(...)

No negócio jurídico, expresso em declarações negociais e em comportamentos concludentes, confiança e autonomia privada se unem de modo dinâmico, de tal sorte a provocar, por suas forças mutuamente implicadas, uma potencialização de suas respectivas eficácias jurídicas. É que, se por um lado a confiança é um dos fundamentos dos negócios jurídicos, por outro a constituição de uma relação de confiança se realça quando vinculada a uma declaração negocial. A manifestação negocial, assim, constitui a confiança legítima, ao mesmo tempo em que o negócio jurídico se fundamenta na confiança gerada pela declaração.

Assim, a aferição da legitimidade da expectativa - de acordo com a qual se dá o comportamento consonante à boa-fé objetiva - se dá por meio da verificação de se, em vista da *particular relação de confiança* efetivamente ocorrida, poderia o confiante, legitimamente, ter confiado nas expectativas que lhe haviam sido acenadas pelo agente produtor da confiança. A qualificação da expectativa como legítima resulta, pois, da conjugação de fatores objetivos e subjetivos¹⁷⁰.

Posto isso, na investigação acerca do alcance do consentimento relativamente à função a ser desempenhada, é primordial que seja levada em consideração qual a denominação do cargo enunciado pelo agente prospector da contratação do empregado e, tendo em vista os usos do ramo negocial em análise, quais as atividades lhe são tidas como intrinsecamente correlatas.

A título de exemplo, cita-se a hipótese de contratação de um atendente de loja de sapatos. Acaso o preposto responsável pela contratação não faça nenhum alerta em sentido contrário durante a fase das tratativas, o indivíduo que consente em realizar a função em comento pode ter como legítima a expectativa de ser incumbido de tarefas como o atendimento de clientes, a finalização das vendas, a organização das prateleiras, a alimentação de sistemas internos referentes às vendas. De outra sorte, não há como conceber que seu consentimento recaia sobre a realização de tarefas como a limpeza das dependências da loja (como banheiro e cozinha), ou mesmo a organização de estoque, para as quais há, inclusive, cargos próprios. Destarte, mesmo que as mencionadas atividades de limpeza do estabelecimento e organização de estoque venham a ser compatíveis com a “condição

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 253.

peçoal” - entendida como correspondência a predicativos individuais, como escolaridade, por exemplo -, é descabida a hipótese de que o empregado tenha anuído com o seu desempenho quando da conclusão das tratativas negociais. Tratar-se-ia de condição puramente potestativa e dissonante dos limites impostos ao poder diretivo pelo ordenamento jurídico.

O estabelecimento de critérios objetivos para a verificação da correlação das atividades com a função contratada pode se dar por intermédio da aplicação da função jurígena da boa-fé objetiva. Reitere-se que, além dos deveres principais de prestação - aqueles relacionados à realização da prestação principal, que definem o tipo contratual -, há deveres secundários e anexos, cuja atuação conjunta se dá com o fim de otimizar o adimplemento satisfatório, fim da relação obrigacional. Tais deveres, mesmo que não sejam diretamente correlatos ao dever principal, consubstanciam atividades que o empregado tem de realizar para conferir adimplemento ótimo à sua atividade-fim. Essas, sim, estão dentro dos limites objetivos do contrato.

Em razão disso é que, no exemplo anteriormente aludido, a tarefa de organização de prateleiras estaria compreendida no alcance do consentimento do desempenho da função de atendente de loja. Nesta, pode-se dizer que a atividade-fim é o atendimento de clientes e a respectiva realização das vendas de sapato. A organização de prateleiras constitui um dever de prestação secundário acessório da obrigação principal, na medida em que se destina a preparar o cumprimento ou assegurar sua perfeita realização - as vendas serão melhor sucedidas se a apresentação dos produtos estiver atrativa. Por sua vez, a alimentação de sistemas internos com informações referentes às vendas constitui dever secundário de prestação autônoma, porquanto se apresenta como um sucedâneo da obrigação principal, impondo-se de maneira coexistente com o dever principal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema em análise no presente trabalho foi advindo da inquietação que me foi provocada pelas inúmeras decisões judiciais com as quais tive contato desde o fim de 2018, quando comecei a estagiar em escritório de advocacia atuante na seara trabalhista, em prol de reclamantes. De forma quase uníssona, os julgadores fundamentam o indeferimento do reconhecimento do acúmulo de funções em argumentos como a ausência de maior complexidade das tarefas cumuladas, ou a ausência de melhor remuneração das atividades em questão, ou a compatibilidade de tais incumbências com predicativos pessoais dos reclamantes.

Não obstante a ausência de disposição legal expressa mencionando o dever de contraprestação nas hipóteses de acúmulo de funções, a formação jurídica que me foi proporcionada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul viabilizou a compreensão de que o Direito deve ser interpretado como um todo, de forma coordenada e sistemática, em consonância com os preceitos constitucionais.

É o chamado 'diálogo das fontes' (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, *Recueil des Cours*, 251, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.

Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós-moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours*, II, p. 60 e 251 e ss.).

O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'.

'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte

prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato - solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).¹⁷¹

Destarte, seja pela Teoria do Diálogo das Fontes, seja por previsão expressa do art. 8º da CLT, a boa-fé objetiva, enquanto cláusula geral positivada no art. 422 do Código Civil, incide no âmbito dos contratos de trabalho.

Nessa conjuntura, e tendo em vista o descabimento da perspectiva de que o poder diretivo implicaria submissão pessoal do empregado ao empregador, a hipótese de que o contrato de trabalho ensejaria anuência ao desempenho de quaisquer tarefas, ao alvedrio do empregador, configura cláusula puramente potestativa, vedada pelo art. 122 do Código Civil, e dissonante dos imperativos de ação proba, correta e leal, que decorrem da prescrição do art. 422 do Código Civil.

Sendo tácita a grande maioria das cláusulas do contrato de trabalho e tratando-se de modalidade de contrato de adesão, é imprescindível que o exame do alcance do consentimento do empregado seja embasado nos parâmetros de legitimidade da expectativa fornecidos pelo instituto da boa-fé objetiva, considerando-se aspectos concretos como os usos do ramo negocial, a escolaridade do trabalhador, como se deu a dinâmica de prospecção, bem como as demais circunstâncias normativas e fáticas do caso.

¹⁷¹ BENJAMIN, Antonio Hermann V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima; . **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89/90.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O poder empregatício no contrato de trabalho**. Jus.com.br, [S.l], 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17462/o-poder-em-pregaticio-no-contrato-de-trabalho>. Acesso em: 12 nov. 2021
- BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2003. 115 p. ISBN 8536104481
- BENJAMIN, Antonio Hermann V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Método, 2016.
- CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1972.
- COUTINHO FILHO, Gabriel. **Acúmulo de função do empregado: fundamentos para uma proposição de alteração legislativa**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999
- COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006
- COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.
- DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles, SIQUEIRA, Rodrigo Espiúcia dos Anjos. A natureza jurídica da relação de emprego à luz da reforma trabalhista no brasil. Encontro Nacional do CONPEDI, 2019, Goiânia. **Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II**. Florianópolis: Conpedi, 2019.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e as inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed., São Paulo: LTr, 2019.
- ENGEL, Ricardo José. **O jus variandi no contrato individual de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.
- FERNANDEZ, Leandro. O direito diretivo: a necessária revisão da dogmática acerca dos poderes do empregador à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Trabalho** . v. 146, p. 75 – 111, Abr - Jun 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOTTSCHALK, Elson. GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Ed. Revista Derecho Privado, 1958.

MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1985.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, JUDITH. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PESSOA, Valton Doria. **A Incidência da Boa-fé Objetiva e do *Venire contra Factum Proprium* nas Relações de Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª edição - São Paulo: LTR, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. Conceito Objetivo de Subordinação. **Arquivos do Ministério Da Justiça**, nº 148, outubro/dezembro 1978.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos. In: Doutrina 4. TUNBERCHLAK, James. (Coord). Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997, p.248.

VIANA, Marcio Túlio. **Direito de resistência**: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996.

VILHENA Paulo Roberto Emílio de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3. ed., São Paulo: LTr, 2005.

21.