

A APLICABILIDADE DA *SURRECTIO* NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

THE *SURRECTIO* APPLICABILITY IN THE BRAZILIAN LABOR LAW

Bernardo Schmidt Penna¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 Desdobramentos da boa-fé objetiva. 2 A *surrectio*. 3 O princípio da primazia da realidade no direito do trabalho e o princípio da condição mais benéfica ao empregado. 4 A participação do intérprete na aproximação dos institutos e na sua aplicação. 5 Hipóteses de caracterização da *surrectio* nos contratos e relações trabalhistas. 6 A *surrectio* nos tribunais trabalhistas. Considerações finais. Referências.

Resumo: A evolução do direito civil e, sobretudo, sua 'constitucionalização' fizeram com que alguns institutos ganhassem relevo e aplicabilidade nas relações interprivadas. Entre eles pode-se destacar a boa-fé objetiva. Mas a ampliação da aplicabilidade desses institutos podem se dar além das relações obrigacionais civis e invadir também a esfera do direito do trabalho. Um dos institutos civis capazes de fazer essa ligação é a *surrectio*, que começa a ser aceita pelos tribunais pátrios, inclusive de ordem trabalhista.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Constitucionalização. Relações interprivadas. *Surrectio*.

Abstract: The Civil Law evolution, especially its 'constitutional influence', stimulated some institutes to acquire more importance and applicability in private relationships. Among them, it is important to detach the objective good faith. However, the amplitude of the applicability of these institutes can reach not only civil relationships, but also the labor ones. One of the civil institutes capable to link these juridical areas is the *surrectio*, which has being accepted by the Courts, including labor ones.

Keywords: Objective good faith. Constitutional influence. Civil Relationships. *Surrectio*.

Considerações iniciais

Com a inexorável aproximação do direito civil contemporâneo com o texto constitucional, em fenômeno conhecido como 'constitucionalização do direito civil',² e o diálogo necessário e obrigatório entre suas fontes, sedimentaram-se no seio do direito civil brasileiro, tradicionalmente de concepção patrimonialista e individualista, alguns princípios e cláusulas gerais de matiz constitucional ligadas à ideia fundamental de solidariedade nas relações obrigacionais, notadamente a boa-fé objetiva, que pode ser vista tanto como um princípio³ quanto como uma cláusula geral.

No ensinamento de Judith Martins-Costa, tem-se que

a expressão boa-fé objetiva designa um critério de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela cooperação intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. (...) São instrumentais os deveres decorrentes da boa-fé porque direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento. (...) Constituem deveres instrumentais os deveres de proteção, de cuidado, previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa e o patrimônio da contraparte de não aguardar a situação do parceiro contratual; de evitar ou diminuir os riscos; de abstenção de condutas que possam por em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses deveres que podem anteceder o contrato.⁴ (*Comentários ao Novo Código Civil Vol V*, tomo II, p. 33,37-39. Forense, 2004)

¹ Mestre em Direito pela UNINCOR/MG. Professor de Direito Civil da UNESC – Cacoal/RO, advogado.

² "É direito civil-constitucional todo o direito civil – e não apenas aquele que recebe expressa indumentária constitucional –, desde que se imprima às disposições de natureza civil uma ótica de análise através da qual se pressupõe a incidência direta, e imediata, das regras e dos princípios constitucionais sobre todas as relações interprivadas." MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana* – estudos de direito civil-constitucional. Renovar, 2010, p. 29.

³ "em matéria de contrato, é na sua vertente objetiva que o princípio da boa-fé tem importância (...) como princípio jurídico segundo o qual as partes, no contrato ou na relação obrigacional, devem agir com lealdade e correção." NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. RT, 2001, p. 73.

⁴ *Comentários ao Novo Código Civil Vol V*, tomo II, Forense, 2004, p. 33,37-39.

Claus-Wilhen Canaris entende que “É característico para a cláusula geral o ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização”.⁵

Por seu turno, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber⁶ afirmam que a doutrina brasileira, inspirada nos doutrinadores alemães, vislumbra funcionalmente a boa-fé objetiva em uma tríplice função: função interpretativa, tendo a boa-fé como critério hermenêutico, lembrando do art. 113 do Código Civil, que dispõe que os negócios jurídicos deverão ser interpretados conforme a boa-fé; função restritiva, aludindo ao art. 187 do mesmo diploma, que prescreve, *verbis*: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” E, por último, a função de criadora de deveres, aludindo ao art. 422 da Lei Civil: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé,” atuando como máxima de conduta ético-jurídica.

Do ponto de vista constitucional, essa mesma boa-fé decorre, segundo Gustavo Tepedino,⁷ de quatro princípios: Dignidade da pessoa humana; valor social da livre iniciativa; solidariedade social; Igualdade substancial.

Além da análise funcional do instituto, é possível ainda se vislumbrar seu desmembramento em hipóteses que irão, cada uma a sua maneira, ilustrar a boa-fé objetiva em diferentes situações, como é o caso da *surrectio*, objeto deste estudo.

Ademais, há tempos consagrada nos tribunais de justiça estaduais e nos tribunais superiores não trabalhistas, já possui também posicionamento assente no Tribunal Superior do Trabalho que considera que a boa-fé objetiva, mesmo em se tratando de um instituto próprio do Direito Civil, deve permear todas as relações contratuais, inclusive as referentes a contratos trabalhistas, o que também será objeto do presente artigo.

1 Desdobramentos da boa-fé objetiva

Pode-se vislumbrar a boa-fé objetiva de diversas formas e representações, mantendo, entretanto, a ideia central do respeito às normas éticas de conduta pautadas, sobretudo, na solidariedade e cooperação no âmago das relações obrigacionais.

São exemplos, ainda que de maneira não exaustiva, com efeito: o *venire contra factum proprium*⁸, o *tu quoque*,⁹ o *duty to mitigate the own loss*,¹⁰ a *supressio*¹¹ e a *surrectio*. Já salta aos olhos, de antemão, a terminologia alienígena. Vale lembrar que se trata de institutos originários do direito comparado, absorvidos pela doutrina pátria e também em sede jurisprudencial, posto não positivados de maneira direta ou explícita em nosso ordenamento.

2 A *surrectio*

⁵ CANARIS, Claus Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 142.

⁶ A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: *Obrigações – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Renovar, 2005, p. 35-37.

⁷ TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil Interpretado* – conforme a constituição da república. Vol II. Renovar, 2006, p. 17.

⁸ “A locução ‘*venire contra factum proprium*’ traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente.” CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Almedina, 1984, p. 743

⁹ “Ocorre o *Tu Quoque* quando alguém viola uma determinada norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação, com o fito de beneficiar-se.” FARIAS, Cristiano Chaves *et al.* *Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB*. 10. ed. Juspodivm, 2012, p. 695.

¹⁰ “Ou dever de mitigar o próprio prejuízo (...) isto significa que o contratante credor deve adotar as medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado.” FARIAS, Cristiano Chaves *et al.* *Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 2. ed. Juspodivm, 2012, p. 197.

¹¹ “*Supressio* (*Verwirkung*) significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito, pelo seu não exercício com o passar dos tempos”. TARTUCE, Flávio. *Teoria Geral do Contrato e Contrato em Espécie*. Método, 2006, p. 110. *Supressio* e *surrectio* são tidas como as duas faces da mesma moeda.

Originária do direito alemão, a *surrectio* (erwirkung) não encontra posituação expressa no ordenamento brasileiro. No entanto, já foi amplamente absorvida pela doutrina doméstica e aceita pelos tribunais brasileiros quando se trata de direito das obrigações. No direito do trabalho a presença do instituto ainda é tímida.

A falta de posituação, no entanto, não inibe sua utilização sempre que necessária. Vale trazer a análise de Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Garbellini Carnio, que assim expõem:

o direito é visto, geralmente, como um mero instrumento técnico, de controle do comportamento, da conduta humana, sem concebê-lo também como tendo o ônus de se justificar, de fundamentar o que se apresenta como válido, para além da simples referência a normas postas, porque é uma visão tecnicista do direito a que predomina.¹²

François Geny, citado por Jorge Júnior, defende que “a ordem jurídica de um determinado país nunca se encontra plenamente satisfeita apenas pelas disposições das suas leis escritas”.¹³

No tocante ao instituto em apreço, traz-se a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, em que se tem a *surrectio* como o “exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do convencionado ou do ordenamento implicando em nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro”.¹⁴

Luciano de Camargo Penteado, em monografia sobre tema correlato, informa que

a *surrectio* verifica-se nos casos em que o decurso do tempo permite inferir o surgimento de uma posição jurídica, pela regra da boa-fé. Normalmente, é figura correlata à *suppressio*. A surreição consistiria no surgimento de uma posição jurídica pelo comportamento materialmente nela contido, sem a correlata titularidade. Como efeito deste comportamento, haveria, por força da necessidade de manter um equilíbrio nas relações sociais, o surgimento de uma pretensão. Deste modo, por exemplo, se ocorre distribuição de lucros diversa da prevista no contrato social, por longo tempo, esta deve prevalecer em homenagem à tutela da boa-fé objetiva. Trata-se do surgimento do direito a esta distribuição – *surrectio* – por conta da sua existência na efetividade social.¹⁵

Colhe-se, por derradeiro, para ilustração do acima aludido e demonstração de sua aplicação pelos tribunais pátrios, aresto de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná à guisa de ilustração concernente à verificação da *surrectio*:

TJ-PR - 9359331 PR 935933-1 (Acórdão) (TJ-PR) Data de publicação: 03/10/2012

(...) Para caracterização da *surrectio* exige-se o exercício obrigacional diverso do convencionado, de modo habitual e uniforme, por certo período de tempo, de modo a caracterizar a concordância do credor com a forma diversa de pagamento.

Resta investigar se, além da absorção do instituto em sede de direito obrigacional civil, como no caso acima, há também sua aceitação nos contratos laborais ou pelo menos a possibilidade de sua assimilação em institutos análogos ou complementares, próprios do direito do trabalho.

3 O princípio da primazia da realidade no direito do trabalho e o princípio da condição mais benéfica ao empregado

Ensina, em obra de referência, Robert Alexy que princípios devem ser entendidos como mandados de otimização.¹⁶ Com isso, vê-se os princípios como ordem que devem ser, ao máximo, aplicadas. Devem permear o ordenamento. Quanto mais for possível sua aplicação, melhor.

¹² *Teoria Política do Direito*. 2.ed. RT, 2013, p. 231-232.

¹³ JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. Saraiva, 2004, p. 13.

¹⁴ *Op cit*, p. 194.

¹⁵ Disponível em: <http://www.cantareira.br/thesis/figuras-parcelares-da-boa-fe-objetiva-e-venire-contra-factum-proprium/> consulta em 10-10-13.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001.

Canotilho, por seu turno, entende os princípios como “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.¹⁷ Já na lição de Humberto Ávila, os princípios “são normas-do-que-deve-ser: seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas”.¹⁸ E arremata:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹⁹

Dois princípios do direito do trabalho servem como paradigmas análogos para aproximação de decisões em casos em que se opere a *surrectio*. São eles o princípio da primazia da realidade e o da condição mais benéfica ao empregado.

Sérgio Pinto Martins considera a condição mais benéfica ao trabalhador um desmembramento do princípio geral da proteção, informando que “deve ser entendida como o fato de que vantagens já conquistadas, que são mais benéficas ao trabalhador, não podem ser modificadas para pior”.²⁰ E continua o desembargador do TRT paulista, se referindo ao Enunciado 51 do Tribunal Superior do Trabalho, quando da mudança de uma condição já estabelecida: “uma cláusula menos favorável aos trabalhadores só tem validade em relação aos novos obreiros admitidos na empresa e não aos antigos, aos quais essa cláusula [nova] não se aplica”.²¹

Por seu turno, Maurício Godinho Delgado ensina que, nesse caso, “não se trata de contraponto entre normas, mas cláusulas contratuais (sejam tácitas ou expressas, seriam oriundas do próprio pacto ou do regulamento de empresa) (...) O que o princípio abrange são as cláusulas contratuais, ou qualquer dispositivo que tenha, no direito do trabalho, essa natureza”.²²

Já no que concerne ao princípio da primazia da realidade cabe a definição de Américo Plá Rodríguez, para quem “o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”.²³

Diante do exposto, nota-se que, mesmo que venha a se encaixar ainda em institutos não declinados aqui, há terreno bastante fértil para a aproximação e a aplicabilidade da *surrectio* na seara trabalhista.

4 A participação do intérprete na aproximação dos institutos e na sua aplicação

Cumpra destacar o papel fundamental do intérprete na aproximação desses institutos visando a uma decisão mais justa e com base argumentativa e jurídica sustentável.

Preleciona Eros Grau que “a interpretação, pois, consubstancia uma operação de mediação que consiste em transformar uma expressão em uma outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica”.²⁴ Para Peter Haberle, “a interpretação é um processo aberto. Não é pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas”.²⁵

Deve, no entanto, haver um respeito não só à hierarquia das fontes, já que a boa-fé objetiva, como corolário do princípio da solidariedade, tem assento constitucional, mas também à hierarquia dos valores, por se posicionar como valor fundamental em nosso ordenamento.

O respeito hierárquico à constituição, como norma maior, não se encontra apenas no respeito às técnicas de produção normativa, mas na necessidade de que o conteúdo da norma esteja de acordo com os

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. 2003, p. 1255.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. Malheiros, 2006, p. 72. *Idem*, p. 78-79.

²⁰ *Direito do Trabalho*. 12. Ed. Atlas, 2000, p. 76-77.

²¹ *Idem*, p. 77.

²² *Curso de Direito do Trabalho*. 11.ed. LTr, 2012, p. 197.

²³ *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 3.ed. LTr, 2000, p. 39.

²⁴ *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. Malheiros, 2005, p. 207.

²⁵ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Safe, 1997, p. 80.

valores presentes na própria constituição.²⁶ A decisão judicial no caso concreto também se submete a essa análise.

Marcelo Borges de Mattos Medina reforça o acima exposto, ao dizer que “na medida em que tenham que fazer escolhas, portanto, exercem os magistrados uma atividade criativa. A criação do direito, iniciada pelo legislador, só se completa em juízo”.²⁷ Para Haberle,²⁸ a nova hermenêutica consegue contornar a lógica da subsunção.

Karl Engisch defende que

as leis são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes não descobrem e fundamentam suas decisões tão somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador.²⁹

Pode-se apontar como a teoria mais moderna de apoio ao poder criativo do intérprete o ‘pós-positivismo’, que para Luis Roberto Barroso significa

a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sob o fundamento da dignidade da pessoa humana.³⁰

Já Paulo Bonavides, ao analisar o pós-positivismo, afirma que “as constituições promulgadas [no século XX] acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.³¹

Guerra Filho e Carnio, apresentando um paradigma, consignam que “é preciso, então, implicar mais o sujeito encarregado da interpretação e aplicação das normas nesse processo, com sua vivência do drama que tem diante de si”.³²

Resta, portanto, alargado não só o poder do intérprete, mas também sua função em termos interpretativos e decisórios, evidenciando sua possibilidade/necessidade de associar institutos semelhantes ou complementares, sobretudo na busca da efetividade de valores constitucionais.

Pietro Perlingieri reconhece a aproximação do direito do trabalho com as normas constitucionais, ao afirmar que

a confirmação da importância da normativa fundamental nas concretas relações jurídicas se deduz da análise de significativas orientações jurisprudenciais e doutrinárias, que se encontram não apenas no setor mais vivo e dinâmico do ordenamento, como o direito do trabalho, o qual, mesmo podendo usufruir de uma moderna legislação especial, que concretiza a força incentivadora da contratação coletiva, fez um amplo uso das normas constitucionais.³³

Assim, avulta a possibilidade não só do encaixe em termos de contratações coletivas, como também na esfera individual, como se pretende demonstrar neste estudo.

5 Hipóteses de caracterização da *surrectio* nos contratos e relações trabalhistas

²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Renovar, 2008, p. 324.

²⁷ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e Realidade – A Influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*. Renovar, 2011, p. 76-77.

²⁸ *Op cit.*, p. 30.

²⁹ *Op cit.*, p. 207.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Renovar, 2003, p. 291.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Malheiros, 2003, p. 264.

³² *Op cit.*, p. 232.

³³ *Op cit.*, p. 582-583.

As relações trabalhistas nem sempre terão como origem a forma materializada de um contrato, sendo possível se vislumbrar uma criação tácita de vínculo sem prejuízo dos efeitos jurídicos decorrentes.

Mauro Mascaro Nascimento aduz que, para essa doutrina, “tanto o contrato como a relação de emprego podem dar origem ao vínculo entre empregado e empregador”.³⁴ Como tal diferenciação é irrelevante para o objeto ora em estudo, se tratará das duas formas indiscriminadamente.

É possível, com efeito, se visualizar hipóteses próprias dos contratos e relações trabalhistas em que se aplicaria a ocorrência da *surrectio*. Anote-se, por oportuno, que se trata de circunstâncias não exaustivas, podendo (e devendo) ser ampliadas conforme os fatos.

Consigne-se também que serão levadas em conta hipóteses tanto de criação da expectativa, com relação ao comportamento do empregador frente à cláusula contratual, bem como ao dispositivo legal.

Pense-se no caso de uma empresa que, a despeito do preceito legal, desconsidera o prazo fatal do quinto dia útil mensal para realização do pagamento, fazendo-o todos os meses, desde sua fundação, no último dia do mês trabalhado. É patente a expectativa criada e o surgimento do direito da outra parte (empregados) em contar com os vencimentos até tal data. Caso, por ventura, não seja pago até o último dia, restará em atraso, em virtude da eficácia da *surrectio*.

Imagine-se, por outra banda, uma empresa em que seja contratualmente obrigatória a anotação diária do ponto em livro ou relógio próprio. Um determinado funcionário dessa empresa, há cinco anos, não “bate” devidamente seu ponto, não tendo sido nunca admoestado, seja informalmente seja formalmente. No entanto, depois desse longo prazo de inação do empregador, este decide advertir formalmente o empregado. Ora, sua constante omissão quanto ao comportamento reiterado do empregador, certamente fez nascer a sua “dispensa” da anotação de seu ponto, verificada *in casu* indiscutivelmente a *surrectio* quanto a essa exigência contratual.

De outro ponto, é cediço que as férias serão conferidas de acordo com a conveniência do empregador. Ocorre que, em certa empresa, durante dez anos uma funcionária pode escolher o período de férias que melhor lhe aprouvesse em cada ocasião. De repente, o empregador decidiu arbitrar o período de férias dessa funcionária, traíndo o comportamento reiterado que vinha impondo àquela relação. Mais uma vez se demonstra a presença da *surrectio*. Nesse caso houve, inclusive, desconsideração pelo empregador de dispositivo legal, situação, porém, cabível em sede de autonomia privada.

Uma quarta empresa, ainda a título de exemplo, concede a seus funcionários há alguns anos a possibilidade de escolher um dia de “folga” em uma tarde durante a semana para que possam ser exercidas, fora do estabelecimento empresarial, questões de interesse direto dessa empresa. Todavia, a empresa decide, repentinamente, suprimir tal liberalidade, frustrando a confiança dos empregados que já tinham como certo aquele dia de “folga”. Mostra-se imperativa a caracterização da *surrectio* nesse caso, materializando-se como um novo direito contratual desses empregados conforme o comportamento reiterado da empresa.

6 A *surrectio* nos tribunais trabalhistas

Sem a devida (e acima referida) aproximação da *surrectio* com outros institutos e princípios do direito do trabalho, pode-se afirmar que é bastante tímida sua presença em decisões dos tribunais laborais brasileiros.

Seguem alguns desses poucos julgados, a título de ilustração e de demonstração de sua aplicabilidade hodierna, mas também de sua potencialidade.

Com efeito, traz-se primeiro o pacífico entendimento do Tribunal Superior do Trabalho no tocante à aplicabilidade da cláusula de boa-fé objetiva em todas as formas de contrato, inclusive contratos de trabalho:

TST - EMBARGO EM RECURSO DE REVISTA E-RR 80007120035100004 8000-71.2003.5.10.0004 (TST) Data de publicação: 07/06/2013

(...) a boa-fé objetiva, prevista expressamente no artigo 422 do Código Civil, que deve ser observada em qualquer tipo de contrato, segundo a qual os contratantes devem agir com probidade,

³⁴ *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27.ed. LTr, 2001, p. 146.

honestidade e lealdade nas relações sociais e jurídicas. E, ainda, a interpretação racional da vontade das partes, em que a alteração da forma de cumprimento do contrato laboral, quando esse é colocado em prática, constitui forma de consentimento tácito quanto à modificação de determinada estipulação contratual

Em outra ocasião, o mesmo tribunal decidiu se valendo expressamente do uso da *surrectio* e seu entendimento em sede doutrinária para fundamentar o *decisum*. *Verbis*:

TST. Processo: AIRR - 138040-80.1997.5.04.0017 **Data de Julgamento:** 19/08/2009, **Relator Ministro:** Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 28/08/2009.

(...) a liberalidade do empregador e a habitualidade da prática permitem concluir que a condição mais benéfica se incorporou no contrato de trabalho. E mais, uma vez adquirido o direito trabalhista, torna-se indisponível e somente substituível, no plano individual, por outro que implique melhoria da condição social dos trabalhadores (artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal).

Por outro enfoque, no Direito Civil, que pressupõe a igualdade de condições entre os contratantes, com a introdução do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais (artigo 422 do Código Civil), passou-se a tutelar a confiança entre os contratantes. Assim, a prática reiterada por um contratante durante período de tempo razoável, sem que haja previsão legal a impedir a constituição do direito, por criar a justa expectativa na parte contrária, tem o condão de ampliar o conteúdo obrigacional. A esse fenômeno, a doutrina tem denominado *surrectio*.

Embora de maneira discreta, é possível se detectar a possibilidade de aplicação do instituto da *surrectio*, sobretudo quando em cotejo com outros institutos do direito do trabalho.

Considerações finais

Através da importância e do alcance da boa-fé objetiva e de seus eventuais desdobramentos em todas as relações interprivadas, foi possível se demonstrar a viabilidade da aplicação da *surrectio* nos contratos e relações de trabalho, mesmo que de maneira análoga ou complementar a institutos já consagrados.

Mesmo que, embora de maneira ainda tímida, os tribunais pátrios, incluindo o Tribunal Superior do Trabalho já caminhem por esta trilha, podendo-se prever uma maior aplicação da *surrectio* em decisões futuras, sobretudo em situações como essas elencadas no corpo do trabalho.

Tem-se em Chaves e Rosenvald que “a boa-fé significa a mais próxima tradução da confiança, que é o esteio de todas as formas de convivência em sociedade”.³⁵ Assim, e diante do exposto, vislumbra-se um horizonte favorável à manutenção de situação mais benéfica ao empregado abrigada pelo judiciário, livrando-o de possível arbitrariedade patronal na condução do contrato ou relação de trabalho, bem como afastando o que já fora adquirido de humores extemporâneos ou intervenções maléficas ou desleais.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

³⁵ *Conratos... op cit.* p. 204.

- CANARIS, Claus Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves *et al.* *Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- _____. *Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria Política do Direito*. 2.ed. São Paulo: RT, 2013.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.
- JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000.
- MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e Realidade – A Influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODRIGUEZ, Americo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 3.ed. São Paulo: LTr, 2000.
- TARTUCE, Flávio. *Teoria Geral do Contrato e Contrato em Espécie*. São Paulo: Método, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. *et al.* *Comentários ao Novo Código Civil Vol V, tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. (coord.) *Obrigações – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Recebido em 14 de maio de 2014

Aceito em 02 de dezembro de 2014