

5.2. ABUSO DE DIREITO NA DESPEDIDA ARBITRÁRIA*

Fernando Schnell

Especialista em Direito do Trabalho**

A Incidência do Artigo 187 do Código Civil na Despedida Arbitrária Como Forma de Efetivação do Direito à Segurança no Emprego Previsto no Inciso I do Artigo 7º da Constituição Federal

1 INTRODUÇÃO

Pelo presente notificamos que, a partir da data da entrega deste, não mais serão utilizados os seus serviços pela nossa empresa e, por isso, vimos avisá-lo nos termos e para os efeitos do disposto no art. 487 da Consolidação das Leis do Trabalho. Pedimos a devolução do presente com seu 'ciente'. Atenciosamente, ...

E pronto, está despedido o empregado. Simples assim.

Basta ao empregador dar o aviso-prévio ao trabalhador e ele está "no olho da rua", tornando-se automaticamente mais um desempregado faminto no país do fracassado *Fome Zero*.

A falta de estabilidade no emprego gera problemas cruciais no mundo do trabalho. Podendo ser dispensado de um dia para outro, sem motivação, o empregado suporta qualquer tratamento ofensivo à dignidade da pessoa humana. A instabilidade no emprego e a necessidade de sobrevivência geram terreno fértil à ocorrência de violações a direitos básicos da personalidade, contribuindo para a precarização e desvalorização social do trabalho.

Além disso, a insegurança no emprego gera outros problemas vinculados ao acesso à justiça. O instituto da prescrição, por exemplo, não consegue ter fundamento lógico, pois é natural que o empregado não ingresse com ação trabalhista no curso do contrato de trabalho, sob risco iminente de ser dispensado no dia do recebimento da citação do empregador, como réu no processo. E assim, as parcelas vão sendo "fulminadas" pela prescrição, devido à "inércia" do titular do direito, que, por óbvio, não é voluntária. Dessa forma, a Justiça do Trabalho virou a "justiça dos desempregados" e não dos trabalhadores em atividade. Como referem estudiosos da área, o juiz do trabalho trata do cadáver, não mais do organismo vivo.

No entanto, **o ordenamento jurídico atual oferece ferramentas para modificar essa situação: a aplicação da teoria do abuso de direito (art. 187 do Código Civil de 2002) na despedida arbitrária.**

Iremos expor, a seguir, a teoria civilista do abuso de direito e defender sua aplicação no direito do trabalho.

Neste preâmbulo, ainda, é pertinente a transcrição do seguinte aresto jurisprudencial, oriundo do Tribunal do Trabalho da 9ª Região (Paraná), que inspirou este estudo:

DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. DIREITO POTESTATIVO. ABUSO DE DIREITO. O direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho – que, na verdade, existe para as duas partes – não deve ser compreendido como direito absoluto, que se exerça sem quaisquer limites. Com a nova ordem

* Artigo elaborado com base no Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização apresentado como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho, pelo Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, Rio Grande do Sul – obtenção da única nota máxima da 7ª edição do Curso (2008/2009).

** O autor é graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e tem atuação profissional junto ao Tribunal do Trabalho da 4ª Região (assessoria a juízes e desembargadores).

constitucional, o valor social do trabalho, os princípios da dignidade humana e da valorização do trabalho humano não permitem que, a pretexto de exercitar a liberdade de iniciativa, o empregador aja com abuso de direito. Não se trata de afirmar que o art. 7º, I da Carta de 88 tenha criado mais uma hipótese de estabilidade no emprego. A ruptura unilateral do contrato de trabalho é permitida, desde que se faça em moldes capazes de acomodar todas as normas e princípios constitucionalmente conformadores. Se não há motivo real e sério para a dispensa, conclui-se que ela ocorreu em abuso de direito. Recurso provido para declarar a nulidade da dispensa, por abuso de direito¹.

2 ABUSO DE DIREITO NA DESPEDIDA ARBITRÁRIA. EXPOSIÇÃO DA TEORIA CIVILISTA DO ABUSO DE DIREITO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

2.1 A TEORIA CIVILISTA DO ABUSO DE DIREITO

2.1.1 Raízes Históricas. Direito Romano. Idade Média. França no Século XIX

A moderna teoria do abuso de direito surgiu em meados do século XIX e foi desenvolvida pela doutrina francesa. Raymond Saleille, Louis Josserand, Julien Bonnecase e os irmãos Henri, Jean e León Mazeaud estão entre os maiores defensores da teoria que buscou superar o excesso de individualismo e liberalismo instaurados após o advento do Código Napoleônico de 1804. Tais autores filiaram-se à corrente subjetiva, influenciados pela teoria dos atos emulativos (*aemulatio*) criada na Idade Média (aproximadamente no século VI d.C.) e fundada na ética cristã, segundo a qual o abuso no exercício de um direito tinha como pressuposto a *intenção* de causar prejuízo a terceiro. Em oposição a eles, a corrente objetivista pregava que apenas a falta de *utilidade* no exercício do direito, em favor de seu titular, caracterizava o excesso, ou seja, quando havia desvio da finalidade para a qual foi criado o direito. Representam essa corrente, com alguns traços distintos, as teorias criadas por René Savatier e Georges Ripert, que prevêm limites calcados nos costumes e nos princípios morais para o exercício de direitos.

No entanto, Vicente de Paulo Saraiva salienta que “os romanos perceberam a necessidade de se coibir o *abuso* do direito, mas não formularam textos taxativos nesse sentido”, atribuindo, por isso, à *aemulatio*, do período medieval, a origem da teoria em exame. Saraiva destaca alguns aforismos romanos em que já se manifestava a noção de abuso de direito:

hâctenus fácere licet, quátenus nihil in alienum immittat (somente é lícito fazer algo em seu próprio terreno, na mesma medida em que não invada o do vizinho), Ulpiano, Digesta, 8, 5, 8, 5; (...) *éxpedít enim rei públicae, ne quis sua re male utatur* (pois é do interesse da República que ninguém use mal de sua própria coisa), Justiniano, Institutas, 1, 8, 2.²

Desse modo, verifica-se que a noção de abuso de direito está enraizada na ciência jurídica desde as suas origens, no direito romano, desenvolvendo-se na Idade Média – período em que a sociedade vivia em permanentes conflitos internos, com brigas e rixas entre vizinhos, senhores feudais e servos, Estado e Igreja, multiplicando-se o exercício abusivo de direitos no intuito exclusivo de lesar terceiros – e renascendo em solo francês, no século XIX, como resposta ao individualismo exacerbado resultante da vitória da burguesia na Revolução Francesa.

2.1.2 Definição da Teoria e seu Alcance

O art. 187 do Código Civil de 2002 é qualificado, por Judith Martins-Costa, como cláusula geral. Diversamente dos princípios de direito – diretrizes gerais axiológicas que norteiam o ordenamento jurídico – e dos conceitos indeterminados – expressões da lei que precisam ser preenchidas quanto ao seu significado – as cláusulas gerais são assim definidas pela Prof^a Judith:

¹ TRT-PR-05154-2002-003-09-00-8-ACO-11311-2004, Relatora: Juíza do Trabalho Marlene Fuverki Suguimatsu, publicado no DJPR em 11-6-2004. Disponível em <<http://www.trt9.jus.br>>. Acesso em 10-7-2008.

² SARAIVA, Vicente de Paulo. *O abuso do direito*. Disponível em <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_agosto_2001/0508SaraivaAbuso.pdf>. Acesso em 02-9-2008.

Do ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato para que, à vista dos casos concretos, crie, complementemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. Como isso se dá por meio de uma exposição fundamentada, os elementos extra-sistemáticos são ressistemizados.

Diferentemente de outras normas, formadas através da técnica da casuística, *cujo* critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez - sendo desenvolvido por via dos vários métodos de interpretação - , a cláusula geral introduz no âmbito normativo no qual se insere um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas consequências jurídicas, que não estão pré-determinadas. Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam seja dado ao juiz tão-somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual, criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências.³

A doutrinadora gaúcha, para distinguir e esclarecer os conceitos examinados, dá como exemplo de cláusula geral o art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor e, como exemplo de conceito indeterminado, o art. 51, IV, do mesmo diploma legal⁴.

Feitas tais distinções, a Prof^a Judith destaca que o art. 187 do CC/2002, **por ser cláusula geral, aplica-se a todo e qualquer ato ou negócio jurídico**, seja no âmbito das **relações obrigacionais do direito comum**, seja no contexto dos direitos reais, familiares ou sucessórios e, ainda, no direito comercial. Diz que o mencionado dispositivo legal prevê três balizas ou critérios materiais que orientam as "atuações humanas juridicamente relevantes" na ordem social, a saber: boa-fé, bons costumes e compatibilidade do direito a ser exercido com os fins econômicos e sociais.

Judith Martins-Costa prefere utilizar, ao invés da expressão *abuso de direito*, o termo *exercício jurídico disfuncional*, pois entende que as três balizas do texto legal servem para averiguação da disfuncionalidade do modo pelo qual os direitos subjetivos e as posições jurídicas são exercidos por seus titulares. Aponta que o exercício disfuncional de um direito não possui uma sanção específica, podendo ter, conforme o exame do caso concreto, três consequências distintas: a nulidade negocial, a responsabilidade civil ou a neutralização do direito. Nessa última hipótese, ocorrerá o esvaziamento da eficácia jurídica, ou seja, é como se nunca tivesse existido o exercício do direito.

A vantagem da posição teórica adotada pelo legislador é a eliminação do elemento subjetivo, próprio da teoria dos atos emulativos, já referida no item precedente, em que se atribuíam relevância à intenção em prejudicar terceiro. Deve-se destacar o entendimento contido no Enunciado 37, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2002, na interpretação do art. 187 do Código Civil: "A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico". Afastou-se, portanto, qualquer entendimento que aproximasse a teoria do abuso de direito adotada no CC/2002 com a teoria dos atos emulativos.

³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 303 e 330.

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

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

Acrescenta Judith Martins-Costa que a ilicitude prevista no art. 187 do CC/2002 está na *desmedida* do modo utilizado pelo titular do direito para a obtenção de um fim lícito ou no *descompasso* do exercício do direito diante da finalidade preconizada pela ordem jurídica, que busca a “integração de liberdades coexistentes” – ou seja, o direcionamento de condutas no exercício de liberdades, direitos, poderes, posições jurídicas e faculdades. Refere que o preceito legal em exame não está centrado na sanção ao dolo, mas está focado na “pertinência finalística e funcional” da conduta do agente. Na operacionalização da cláusula geral, destaca que os princípios jurídicos atuam em uma relação de conexão entre si – “ponderação condicionada” – e, por isso, reclamam um exame circunstanciado do caso concreto. Encerra suas observações quanto à matéria da seguinte maneira:

o ilícito resultante de um exercício jurídico inadmissível exige sempre a **ponderação** entre os elementos fáticos e jurídicos envolvidos, devendo o intérprete ter em conta as especificidades da dimensão fática bem como os princípios e regras que conformam a ‘lógica peculiar’ da relação jurídica em causa⁵. (grifo no original)

Fernando Augusto Cunha de Sá, por sua vez, relaciona as três possibilidades de conduta do titular de um direito subjetivo:

- a) tal comportamento conforma-se quer com a estrutura do direito subjetivo exercido, isto é, com a sua forma, quer com o valor normativo que lhe está inerente;
- b) o comportamento do titular é, logo em si mesmo, contrário ou disforme da própria estrutura jurídico-formal do direito subjetivo em causa;
- c) o comportamento preenche na sua materialidade, *in actu*, a forma do direito subjetivo que se pretende exercer, mas, do mesmo passo, rebela-se contra o sentido normativo interno de tal direito, isto é, contra o valor que lhe serve de fundamento jurídico⁶.

Na primeira hipótese, há um exercício regular e legítimo do direito; na segunda, ocorre tipicamente um ato ilícito; e, na terceira, evidencia-se situação de abuso de direito (ou exercício jurídico disfuncional).

Quanto ao alcance da teoria do abuso de direito, Cunha de Sá dá enorme contribuição ao presente estudo. Leciona que o exercício abusivo de um direito subjetivo está na “contrariedade entre o preenchimento da estrutura formal do direito subjetivo em questão, seja ele qual for, e o valor que juridicamente funda o sentido teleológico do mesmo direito”, cotejando, assim, a “materialidade concreta do comportamento” com a sua axiologia. E complementa:

Conseqüentemente, esta mesma discrepância ou oposição entre intenção normativa e forma qualificada pode ser encontrada ainda quando a qualificação em causa não seja a de direito subjetivo. Em toda e qualquer prerrogativa jurídica, é-nos dada uma estrutura que é axiologicamente fundada; se o sujeito viola o íntimo sentido da faculdade que lhe é reconhecida ou concedida, se o seu concreto comportamento é o oposto do valor que materialmente lhe preside e a orienta mas se mascara, na aparência, com o respeito dos limites lógico-formais da norma que a concede ou reconhece, se finge (ou se acoberta) os quadros estruturais de uma determinada faculdade, deparamo-nos com a mesma realidade dogmática que tecnicamente vem sendo individualizada como abuso do direito⁷.

Maria Amália Dias de Moraes, por sua vez, afirma, com respaldo na doutrina francesa, citando Alex Weill e Louis Josserand, que o exercício de todo direito subjetivo, seja a classe a que pertença, em seu espaço de coexistência de liberdades, deve respeitar os limites delineados pelos conceitos

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais. Notas sobre os critérios do artigo 187 do Código Civil*. São Paulo: Revista do Advogado, v. 96, 2008, p.58.

⁶ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 465-6.

⁷ *ibidem*, p. 615-7.

éticos-juridicizados, estabelecidos pelo legislador, para o exercício dos direitos e faculdades (balizas contempladas no art. 187 do CC/2002).

Utilizando-se da classificação de Heinrich Lehmann, a Prof^a Maria Amália assim divide os direitos subjetivos: a) modalidade de exercício por desfrute, dentre os quais estão inseridos os direitos absolutos (e.g., direito de propriedade), os direitos relativos (e.g., direito de crédito) e os direitos formativos ou constitutivos, também denominados direitos potestativos (e.g., denúncia e impugnação); b) modalidade de exercício por disposição (exercício do poder jurídico contido em um direito subjetivo através de um negócio jurídico). Em seguida, defende que “todo o direito, ainda que absoluto, é relativo quanto ao seu exercício”, pois deve nortear-se pelos limites gerais e especiais, encontrando-se, dentre os gerais, a proibição de exercício irregular, anormal ou abusivo do direito subjetivo. Em seguida, conclui com precisão:

A caracterização da **regularidade do exercício do direito** arrima-se na interpretação das normas que, em abstrato, desenham a figura e os contornos dos direitos e das faculdades, tendo em vista, ainda, **a função primordial do direito como estabilizador social e os ideais de justiça e eqüidade de que deve estar impregnada a regulação jurídica da vida de relações.**⁸ (grifou-se)

2.2 DIREITO COMPARADO

Uma exploração do direito alienígena revela que a teoria do abuso de direito, ao contrário do que possa parecer, não é “coisa de outro mundo” na comunidade jurídica internacional. Cabe transcrever alguns dispositivos legais que se destacam ao coibir o exercício disfuncional de direitos:

– Art. 334 do Código Civil de Portugal: Abuso do direito. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito;

– Art. 8º, § 1º, da Constituição de Portugal: Os cidadãos deverão sempre fazer uso deles [*direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses*] sem ofensa dos direitos de terceiros, nem lesão dos interesses da sociedade ou dos princípios da moral;

– Art. 281 do Código Civil da Grécia: O exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelo fim social ou econômico do mesmo direito;

– Art. 1.071 do Código Civil da Argentina: O exercício de um direito próprio ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode constituir como ilícito nenhum ato. A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Considerar-se-á tal o que contrarie os fins que aquela teve em mira ao reconhecê-los ou o que exceda os limites impostos pela boa-fé, a moral e os bons costumes;

– § 226 do Código Civil da Alemanha (BGB): Proibição à chicana. Não é permitido o exercício de um direito que não tem outro fim senão causar dano a outrem;

– Art. 2º do Código Civil da Suíça: [B. Conteúdo das relações jurídicas; I. Procedimento de acordo com a boa-fé]. Todos têm, no exercício dos seus direitos e na execução das suas obrigações, de agir de acordo com a boa-fé. O abuso evidente de um direito não encontra proteção legal;

– Art. 135 do Código Civil da Polônia: O que no exercício de seu direito, intencionalmente ou por negligência, ocasiona dano a outro, que excede os limites fixados pela boa-fé e pelo fim para o qual esse direito lhe foi conferido está obrigado a repará-lo;

– Art. 2º do Código Civil do Peru: A lei não ampara o abuso de direito;

⁸ MORAES, Maria Amália Dias de. *Do abuso de direito - alguns aspectos*. Porto Alegre: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, nº 15, 1985, p. 30.

– Art. 1.912 do Código Civil do México: Quando ao exercitar um direito se causa dano a outrem haverá obrigação de indenizá-lo se se prova que o direito só se exercitou com o fim de causar dano, sem utilidade para o titular do direito;

– Art. 1.185 do Código Civil da Venezuela: O que com intenção ou por negligência causar dano a alguém, está obrigado a repará-lo. Deve igualmente reparação quem haja causado um dano a outro excedendo o exercício do seu direito, os limites fixados pela boa-fé e pelo objeto em vista do qual haja sido conferido o direito;

– Art. 2º do Código Civil da Turquia: Cada um está obrigado, no exercício de seus direitos e na execução de suas obrigações, a submeter-se às regras da boa-fé. O abuso de direito que prejudica a um terceiro não é protegido pela lei;

– Art. 148 do Código Civil da China: O exercício de um direito não pode ter por fim principal prejudicar a outro⁹.

Inácio de Carvalho Neto refere, ainda, que, embora a doutrina moderna do abuso de direito tenha nascido na França, não consta no Código Napoleônico, que prevê apenas a regra geral de responsabilidade civil: *Art. 1.382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer*¹⁰. No entanto, foi nesse país que a teoria do *abus des droits* floresceu e irradiou grande influência sobre todo o planeta.

2.3 DIREITO BRASILEIRO. PANORAMA JURÍDICO ANTERIOR E POSTERIOR AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No período anterior ao Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro não dispunha de norma expressa sobre o abuso de direito. A doutrina e a jurisprudência daquele período inseriam as diretrizes dessa teoria em nosso meio jurídico, influenciados pela forte tendência mundial quanto à matéria, pela via indireta da interpretação do art. 160, I, do Código Civil de 1916, ou seja, *a contrario sensu*, que assim dispunha:

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

A Prof^a Maria Amália Dias de Moraes, em artigo publicado em 1985, alertava para as restrições que a interpretação *a contrario* normalmente sofre, mas destacava que, mesmo assim, a posição majoritária da doutrina não hesitava em aplicar a teoria do abuso de direito, com base nos meios de interpretação e integração das normas jurídicas. Salientava, ainda, que os avanços da doutrina deviam-se à identidade do sentimento jurídico da comunidade nacional com os fundamentos éticos da teoria. Desde aquela época, reivindicava-se uma “configuração mais clara dos direitos subjetivos e a definição mais precisa dos limites e fins a que estão, ou devem estar, estes subordinados”¹¹. Proclamava-se, do legislador pátrio, a elaboração de um preceito de direito positivo, na Parte Geral do Código Civil, que se aplicasse a todos os ramos do direito, não ficando restrito a poucos institutos. Por fim, Maria Amália noticiava que, no Projeto de Código Civil em tramitação no Congresso Nacional àquela época, encontrava-se um preceito que previa a caracterização do abuso de direito como um ilícito absoluto, lançando um olhar promissor ao futuro.

Em outro estudo específico sobre a matéria, de 1999, Lúcio Flávio de Vasconcellos Naves refere que o autor do Projeto do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, manteve-se firme contra as

⁹ O valioso trabalho de pesquisa foi extraído de: CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 35-48.

¹⁰ Em vernáculo: Art. 1.382. Código Civil da França: Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano.

¹¹ *op. cit.*, p. 38.

inovações revolucionárias e socializantes daquele período. Afirma que Beviláqua lançou a cômoda desculpa de que as ideias centrais da teoria do *abus des droits* não haviam alcançado maturidade suficiente para ingressar no CC/1916. Vasconcellos Naves afirma que a “triste omissão” do legislador de 1916 resultou na recepção dos ideais do liberalismo e do individualismo jurídico, citando o mestre Orlando Gomes: “Não há, no Código, nenhum pensamento tendente à socialização, ou, pelo menos, a uma moderação daqueles princípios individualistas que, no século XIX, vigoraram tranquilamente”¹².

No entanto, com a entrada em vigor do Novo Código Civil – Lei 10.406, de 10-01-2002 –, com início de vigência em 12-01-2003, o cenário jurídico nacional sofreu profundas alterações. Dentre os princípios adotados pelo novo Estatuto Civil, destaca-se o princípio da socialidade, manifestado nos arts. 187, 421, 1.228, § 1º, e 2.035. Na exposição de motivos do Novo Código, explica o autor do Anteprojeto, Prof. Miguel Reale:

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente (*de 1916*); reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo.¹³

Portanto, diante dos novos rumos do direito privado em nosso país, estabelecidos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que adotou explicitamente o princípio do Estado Social, fundado na doutrina dos direitos fundamentais, e com a edição do Código Civil de 2002, não se pode mais reclamar da falta de instrumentos jurídicos eficazes para o controle do exercício regular dos direitos subjetivos em nossa sociedade. Eis o texto legal em comento:

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

2.4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO NA DESPEDIDA ARBITRÁRIA

2.4.1 A Problemática do Direito Potestativo

Há controvérsia doutrinária quanto à classificação do direito potestativo como um direito subjetivo. Se o leitor não tem dúvida e aceita essa classificação, remeto à leitura imediata do próximo item (o texto é pesado). Mas se há dúvida quanto à matéria, por favor prossiga normalmente a leitura, pois é essencial seu convencimento neste ponto para chegar à conclusão. Se não se convencer, abandone o texto.

Em nosso socorro, convocamos Pontes de Miranda (que trouxe consigo a densa doutrina germânica) e Agnelo Amorim Filho, autor do famoso artigo “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”. Bem acompanhado, prossigo.

Preleciona Pontes de Miranda:

Formação de direitos por direitos. Há direitos formados e direitos formativos. O direito do proprietário é direito formado, bastante em si, e recai sobre coisa. O direito do titular do pátrio poder é direito formado, bastante em si, e concerne à pessoa. Assim, também, o de autor da obra científica, ou literária, ou da invenção industrial. Há os direitos formativos que tendem à criação (direitos formativos criadores, ou

¹² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 48-9, *apud* NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Abuso no exercício do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 197.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 118.

geradores), à modificação (direitos formativos modificadores), ou à extinção de direitos (direitos formativos extintivos). Aos direitos formados chamou-se "direitos de governação (L. ENNECCERUS: *Beherrschungsrechte*), ou de senhoria (A. VON TUHR: *Herrschaftsrechte*). ERNST ZITELMANN dava aos direitos formativos o nome de "direitos de poder" ou de "potestade" (*Rechte des Könnens*), direitos potestativos. Em livro que noutros assuntos prestou tão preciosos serviços à ciência do direito, P. LANGHEINEKEN (*Anspruch und Einrede*, 2) incorreu na dupla falha de reduzir a faculdades os direitos formativos, e só aos direitos formados chamar direitos subjetivos, retirando àqueles o serem subjetivos, pôsto que formativos. Por sua vez, A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, I, 63, nota 24) escreveu que os direitos formativos não têm objeto, salvo se se quer conceber como objeto a pessoa, ou a coisa, contra quem ou sôbre a qual existe a possibilidade de se constituir o direito, ou o mesmo direito que há de ser modificado. Ora, o objeto do direito formativo – dito também direito de configuração ou constitutivo (*Gestaltungsrecht*) – é a formação geradora, ou modificadora, ou extintiva: direito à prática de ato, que gere, modifique, ou extinga;

São *direitos formativos extintivos* os que tendem a desfazer eficácia jurídica já produzida, ou relações jurídicas básicas (= desjuridicizá-las). Porém nem tôda faculdade de extinguir direito, pretensão ou ação é direito formativo extintivo. É preciso, para que tal direito ocorra, que a faculdade seja *conteúdo* de direito.¹⁴

Como exemplos de direitos formativos (direitos potestativos) extintivos, Pontes de Miranda enumera: alegação de compensação, pedido de desquite ou de divórcio, pedido de levantamento de depósito em consignação, **direito à resolução ou à resilição**, direito à rescisão, direito e ação de anulação e direito e ação de decretação de nulidade.

Na definição de direito subjetivo, Pontes acrescenta:

Todo direito subjetivo, como produto da incidência de regra jurídica, é limitação à esfera de atividade de outro, ou de outros possíveis sujeitos de direito (= outras pessoas). (...) O direito subjetivo não é faculdade, ainda que seja ela uma só; o direito subjetivo é que contém a faculdade. Porque o direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade. A faculdade é fática, é meio fático para a satisfação de interesses humanos; o direito subjetivo é jurídico, é meio jurídico para a satisfação desses interesses.¹⁵

Agnelo Amorim Filho traz a classificação de Chiovenda para os direitos subjetivos:

Segundo CHIOVENDA (Instituições, 1/35 e segs.), os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: A primeira compreende aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem eles, de CHIOVENDA, a denominação de "*direitos a uma prestação*", e como exemplos poderíamos citar todos aqueles que compõem as duas numerosas classes dos direitos reais e pessoais. Nessas duas classes há sempre um sujeito passivo obrigado a uma *prestação*, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade. A segunda grande categoria é a dos denominados "*direitos potestativos*", e compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas. Desenvolvendo a conceituação dos direitos potestativos, diz CHIOVENDA:

Esses poderes (que não se devem confundir com as simples manifestações de capacidade jurídica, como a faculdade de testar, de contratar e semelhantes, a que não corresponde nenhuma sujeição alheia), se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do Juiz. Têm todas de comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele. São poderes puramente ideais, criados e concebidos pela lei (...), e, pois, que se apresentam como um bem, não há excluí-los de entre os direitos, como realmente não os exclui o senso comum e o uso jurídico. É mera petição de princípio afirmar que não se pode imaginar um direito a que não corresponda uma obrigação. (Instituições, trad. port., 1/41, 42).¹⁶

¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – parte geral*. 4. ed. Tomo VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, p. 305-7.

¹⁵ *ibidem*, Tomo V, p. 232-3

¹⁶ AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2003/prescricaoedecadencianonovocodigocivil.htm>>. Acesso em: 02-9-2008.

Portanto, diante de tais ensinamentos, pode-se afirmar, com certeza e tranquilidade, que o direito potestativo é espécie de direito subjetivo, sendo também denominado de direito formativo, constitutivo ou de configuração, comportando a subdivisão em geradores, modificativos e extintivos.

2.4.2 A Função Social da Propriedade

Em seu estudo intitulado "A Função social no direito privado: uma contribuição da teoria do discurso para a solução de problemas de aplicação", Roberto José Ludwig, após analisar julgados do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul sobre a função social da propriedade, do contrato e da empresa, observa:

Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que **a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.**¹⁷ (grifou-se)

Ludwig considera o art. 187 do Código Civil de 2002 como um verdadeiro divisor de águas da doutrina brasileira para a conceituação da *função social* no direito privado. Apresenta duas correntes doutrinárias quanto à matéria: a) teoria interna, segundo a qual a função social já seria imanente ao próprio direito e seus limites, determinando uma visão ôntica do conceito de direito, ou seja, ontológica, relativa ao *ser*; b) teoria externa, que preconiza um sentido mais amplo à função social, permitindo que o direito sofra posteriormente restrições, resultantes de ponderações, em uma visão deôntica, ligada ao *dever-ser*, à moral. Para a teoria interna, fala-se em *limites* de um direito com conteúdo predeterminado; para a teoria externa, admitem-se *restrições*, não se pressupondo um conteúdo fechado do direito. No cotejo das teorias, o doutrinador entende que a teoria externa oferece solução mais adequada ao tema, pois protege o direito fundamental ao mesmo tempo em que preserva a importância de funções sociais. Explica que a proteção ao *conteúdo essencial* do direito fundamental – que é aquilo que resta do direito após uma ponderação – é garantida pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Roberto José Ludwig sintetiza o resultado de seu estudo afirmando que o princípio da dignidade humana precede a todos os outros princípios e preleciona:

No que tange especificamente à função social, portanto, para bem compreender o alcance desse conceito, sem agigantar-lhe o alcance (em prejuízo do núcleo dos direitos) e também sem amesquinhá-lo, impõe-se uma interpretação que, no caso concreto, opere com abertura a princípios de caráter universal e à ponderação em face de bens coletivos e interesses sociais em geral, sem no entanto negligenciar, na atividade ponderatória, a necessidade de proteger o núcleo duro dos direitos, especialmente a liberdade (entre as quais a contratual e a de iniciativa) e a propriedade.¹⁸

Sobre a função social da propriedade privada, especificamente, Maria Antonieta Lynch de Moraes tece precisas considerações sobre o tema. Diz a professora pernambucana que, além do poder de usar e dispor do bem, o proprietário desse bem tem obrigações e deveres de agir de determinada maneira, esperada pelo ordenamento jurídico, que é a função social da propriedade, atuando como "fonte da imposição de comportamentos positivos"¹⁹. Citando Isabel Vaz, a Prof^a Maria Antonieta destaca que a atual ordem constitucional marcou todos os tipos de propriedade com um traço de *relatividade*, pois, ao mesmo tempo em que estabelece garantias ao titular do direito de propriedade, impõe limitações de dimensões negativas e obrigações de agir positivas, citando como exemplo o art. 182 e seus parágrafos da Constituição Federal²⁰.

¹⁷ LUDWIG, Roberto José. *A Função social no direito privado: uma contribuição da teoria do discurso para a solução de problemas de aplicação*. Porto Alegre: Editora Revista da AJURIS, v. 34, n. 107, setembro 2007, p. 220-1.

¹⁸ *ibidem*, p. 235.

¹⁹ MORAES, Maria Antonieta Lynch. *Considerações acerca da disciplina da concorrência desleal e do direito patentário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 829, novembro 2004, p. 85.

O velho *jus abutendi* do direito romano não é mais admitido pelas ordens jurídicas atuais, não podendo mais o proprietário abusar de seu bem como melhor lhe aprouver. A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 trouxeram limitações expressas ao direito de propriedade:

Constituição Federal:

Art. 5º (...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua **função social**;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por **interesse social**, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; (grifou-se).

Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas **finalidades econômicas e sociais** e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou **interesse social**, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de **interesse social e econômico relevante**.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar **preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos**. (grifou-se).

2.5 A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL NA DESPEDIDA ARBITRÁRIA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO ASSEGURADO NO INCISO I DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Examinados as raízes históricas, a definição e o alcance da teoria civilista do abuso de direito, bem como o direito comparado e o panorama jurídico nacional anterior e posterior ao Código Civil de 2002, superada a problemática da classificação do direito potestativo como espécie de direito subjetivo e analisados o conceito e a forma de aplicação da função social da propriedade,

²⁰ **Art. 182, CF.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - (...)

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - (...)

§ 4º - (...)

chegamos, finalmente, ao clímax deste estudo: a aplicação da teoria do abuso de direito na despedida arbitrária.

Podemos constatar, em síntese, que o art. 187 do Código Civil de 2002 inseriu uma cláusula geral no ordenamento jurídico pátrio, segundo a qual o exercício disfuncional de um direito caracteriza-se pelo transbordamento dos limites éticos e morais definidos nesse preceito legal – boa-fé, bons costumes e finalidades sociais e econômicas do direito –, aplicando-se a todos os direitos e posições jurídicas que trafegam em nossa sociedade.

Diante dos sólidos ensinamentos de Pontes de Miranda e Agnelo Amorim Filho, com apoio na doutrina alemã e no mestre Chiovenda, podemos afirmar que o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho é um direito subjetivo da espécie *direito formativo* – também denominado de constitutivo, potestativo ou de configuração –, pertencente à subespécie *direito formativo extintivo*.

Portanto, é viável a aplicação da teoria do abuso de direito na despedida arbitrária.

O ordenamento jurídico-trabalhista considera a denúncia do contrato de trabalho como o exercício de um direito potestativo, definida por Martins Catharino como um “ato unilateral negativo, constitutivo, receptivo, irrevogável e irretroativo”²¹, que põe fim imediato à relação de emprego.

No entanto, o exercício desse direito potestativo não é absoluto, devendo observar os parâmetros éticos e sociais do direito atual. Nós não estamos mais vivendo em 1935 (quando ao menos havia estabilidade decenal, prevista pela Lei 62/1935 e recepcionada pela CLT em 1943) ou em 1960 (quando a estabilidade decenal começou a ser banida do país). Estamos em 2009, se não me engano ...

A Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor, de **11 de setembro** de 1990 (Lei 8.078) e o Código Civil de 2002 derrubaram, em conjunto, as torres gêmeas do liberalismo e individualismo exacerbados, até então reinantes no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil de 1916 colocava o direito de propriedade como algo absoluto e inatingível, atribuindo total importância à *autonomia da vontade*. Com a nova ordem constitucional, a partir de 1988 houve grande mudança de foco: o *interesse social* passou a nortear o direito de propriedade e o direito contratual.

Para o Direito do Trabalho, essa alteração de paradigma não deveria ter maiores repercussões, uma vez que o *interesse social* sempre norteou os valores e princípios preconizados por esse ramo jurídico especializado.

No entanto, parece que o direito civil e o direito constitucional passaram à frente, deixando o direito laboral comendo poeira.

Não é razoável a manutenção da prerrogativa autoritária e absoluta do empregador em promover a despedida arbitrária do empregado. Estamos em um Estado Democrático de Direito, em que a Constituição Federal estabelece, como o *primeiro direito fundamental social dos trabalhadores*, uma “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º, I). Portanto, é certo que o **direito à segurança no emprego** existe em nosso ordenamento jurídico.

O imortal Antônio Houaiss assim define o vocábulo arbitrário:

1 que não segue regras ou normas; que não tem fundamento lógico; que apenas depende da vontade ou arbítrio daquele que age

Ex.: era sem dúvida uma medida a.

2 Derivação: por extensão de sentido.

que se pode fazer ou deixar de fazer; facultativo, casual, eventual

Ex.: para a base de cálculo escolheram um número a.

3 Derivação: por extensão de sentido.

que é abusivo, despótico, violento

²¹ CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego*. 2. ed. Guanabara: Edições Trabalhistas S/A., 1965, p. 289.

4 Rubrica: filosofia.

não sujeito às leis da lógica, a uma razão ou norma moral de validade universal (diz-se de proposição, decisão ou atitude)

5 Rubrica: termo jurídico.

que procede do livre arbítrio de alguém e viola as normas legais

6 (d1916) Rubrica: lingüística.

m.q. **Imotivado**.²² (grifou-se)

Como se vê, a própria Constituição Federal denomina a denúncia vazia do contrato de trabalho de *despedida arbitrária ou sem justa causa*, demonstrando a clara reprovação do ato patronal imotivado. É pertinente a observação de José Alberto Couto Maciel:

Não é possível, pois, ao meu ver, que ainda se entenda que quando o texto constitucional em vigor quis proteger a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, estaria confirmando uma proteção efetuada mediante o pagamento de uma compensação indenizatória, ou seja, criando uma proteção em favor da demissão e não do emprego²³.

Podemos acrescentar: é pensar que se criou uma “taxa” para o livre exercício da despedida arbitrária. Paga-se o pedágio dos 40% do FGTS e despede-se o empregado com a consciência leve e tranquila. Será tão simples assim? Como aquele aviso-prévio lá na introdução deste trabalho?

Deve-se distinguir, neste momento, os conceitos de *despedida arbitrária* e *despedida abusiva*. Despedida arbitrária, também denominada aleatória, é aquela praticada sem motivação relevante que justifique o ato, decorrendo do livre arbítrio do empregador, de sua exclusiva vontade. A despedida abusiva, por sua vez, é aquela praticada com motivação discriminatória e que viola os direitos de personalidade do trabalhador, causando-lhe um dano em sua esfera íntima (dano moral). Arion Sayão Romita esclarece alguns pontos dessa distinção:

Se a dispensa se dá por justa causa, o empregado não pode pretender indenização alguma. Se a despedida é arbitrária ou sem justa causa, o obreiro tem direito à indenização compensatória. Se a despedida é abusiva, o empregado deve receber nova indenização, pois nesse caso, além de sofrer a perda do emprego (indenização compensatória), sofre dano adicional, que reclama reparação autônoma. (...) Configura-se a despedida abusiva apenas quando a rescisão contratual de iniciativa do empregador não se limita ao término do contrato, mas produz um dano ilícito adicional derivado não do ato resilitório em si, porém da carga de antijuridicidade complementar que o envolve. Por tal motivo, a indenização por despedida abusiva não lança âncora na teoria do abuso de direito nem na culpa aquiliana: encontra fundamento na responsabilidade contratual do empregador.²⁴

A responsabilidade contratual referida por Romita como fundamento jurídico para a indenização por despedida abusiva encontra amparo legal nos arts. 389 e 390 do Código Civil de 2002²⁵, que sanciona o empregador por um inadimplemento negativo, ou seja, ao praticar o ato resilitório excede os limites do instituto, causando danos à parte contrária²⁶.

Mas não é de despedida abusiva que estamos tratando, pois esta pressupõe a prática de um ilícito contratual (ou, para alguns, extracontratual). Para a aplicação da teoria do abuso de direito,

²² HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

²³ MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. São Paulo: LTr, 1994, p. 142.

²⁴ ROMITA, Arion Sayão. *Despedida arbitrária e discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 98.

²⁵ **Art. 389, CC/02**. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. **Art. 390, CC/02**. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

²⁶ Há entendimentos divergentes, que vêem na despedida abusiva a prática de um ilícito extracontratual, amparado no art. 927 do Código Civil de 2002; todavia, essa discussão não é pertinente ao objeto deste estudo.

pressupõe-se o exercício de um direito por seu próprio titular, mas que excede os limites éticos, econômicos e sociais do Direito.

O exercício regular do direito à rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo empregador revela-se pela motivação da despedida em razões de caráter disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme conceito já existente no art. 165 da CLT²⁷. Nessa conceituação, cabe destacar, novamente, o art. 4º da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho: “Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”. Zéu Palmeira Sobrinho²⁸ refere, ainda, que a dispensa socialmente justificada é aquela fundada em causa séria e real. **Do contrário, é abuso de direito. O exercício do direito potestativo na forma da despedida arbitrária extrapola manifestamente os limites impostos pelo seu fim social (art. 187 do Código Civil de 2002).** Essa é a síntese do que restou demonstrado até aqui, no manejo da teoria do abuso de direito e da função social do direito de propriedade.

É possível aplicar à despedida arbitrária, por analogia, o art. 4º da Lei 9.029/95, que prevê o esvaziamento da eficácia jurídica da despedida abusiva e discriminatória – também uma das consequências possíveis na aplicação da teoria do abuso de direito –, com caráter sancionador, nestes termos:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão²⁹ com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

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

Segundo a analogia, situações fáticas semelhantes devem ter idêntico tratamento legal. Nesse sentido, é valiosa a lição de Carlos Maximiliano sobre essa regra de hermenêutica:

Funda-se a analogia, não como se pensou outrora, na *vontade* presumida do legislador, e, sim, no princípio de verdadeira justiça, de *igualdade* jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes; neste sentido aquele processo tradicional constitui genuíno elemento sociológico da Aplicação do Direito. (...) O processo analógico, entretanto, não *cria* direito novo; *descobre* o já existente; *integra* a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador e ao outro, patenteado pela vida social. O magistrado que recorre à analogia, não age *livremente*; desenvolve preceitos *latentes*, que se acham no sistema jurídico em vigor. 'O Direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas; mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema' (Ferrara, vol. I, p. 231-2).³⁰ (grifos no original)

O “período de afastamento”, previsto no inciso II do art. 4º da Lei 9.029/95 poderia ficar limitado a doze meses, a exemplo das garantias de emprego em geral, pois seria inviável pretender-se uma reintegração *ad infinitum*.

Como já preconizava Martins Catharino, a respeito da rescisão unilateral do contrato de trabalho, “há-de ser garantida ao empregado, sujeito passivo, uma via para obter o controle de sua legalidade e do seu mérito, preferentemente por autoridade judiciária” (texto original)³¹ e acrescentava: “não se trata de abolir as despedidas, mas de impedir as arbitrárias”. Portanto, o

²⁷ **Art. 165, CLT.** Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

²⁸ PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Estabilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p. 53.

²⁹ Neste inciso, ao dizer “readmissão”, o legislador quis se referir à reintegração, como se infere do contexto da norma legal e da consequência jurídica nela prevista.

³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 210-4.

Poder Judiciário poderia ser provocado para efetuar o controle da regularidade das denúncias do contrato de trabalho.

Com efeito, uma sanção pecuniária ao empregador com as dimensões aqui propostas traria maior efetividade ao direito fundamental à segurança no emprego, pois criaria verdadeira inibição à despedida arbitrária.

3 CONCLUSÃO

Nos dias atuais, é notório que a legislação e a jurisprudência vêm reconhecendo inúmeras garantias de emprego (“estabilidades provisórias”), por diversos motivos – dirigente sindical, representante dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS, membro das comissões de conciliação prévia, dirigente de cooperativas de trabalhadores, empregado vítima de acidente do trabalho, cipeiro eleito pelos trabalhadores, gestante, portador de HIV, mulher vítima de violência doméstica (art. 9º da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha), dentre outros – como forma de coibir condutas abusivas. Essas garantias deflagram, a toda evidência, a falta de uma relação de emprego com maior estabilidade, atuando como paliativo de um mal maior. É o clamor da sociedade brasileira que se reflete no direito legislado e nos tribunais do país.

A **relativização do poder potestativo do empregador** é medida que se impõe urgentemente. Chega de repetirmos, como autômatos, que o direito de despedida arbitrária é um direito potestativo absoluto e ilimitado. Essa “cultura jurídica de potestade rescisória” causa enormes estragos sociais.

O medo cotidiano do trabalhador em perder o emprego e a sua fonte de sobrevivência conduz à deterioração do meio ambiente laboral, com violações a seus direitos básicos de personalidade, impedindo a concreção do princípio fundamental do Estado brasileiro, consagrado na Constituição Federal – a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Poderíamos cogitar na existência de um assédio moral em grande escala em todas as relações de emprego encontradas na atual sociedade brasileira, com a permanente ameaça do desemprego. Claro que não se está falando na perseguição e no terrorismo psicológico, inerentes ao assédio moral típico, mas na degradação de valores e bens valiosos de todo cidadão trabalhador.

Dessa forma, a aplicação da teoria do abuso de direito na despedida arbitrária, nos moldes acima preconizados, pretende, de alguma forma, minimizar o conflito histórico do capital *versus* trabalho, propondo a dispensa socialmente motivada como elemento garantidor de civilidade e paz social.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2003/prescricaoedecadencianonovocodigocivil.htm>>. Acesso em: 02-9-2008.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego*. 2. ed. Guanabara: Edições Trabalhistas S/A., 1965.

_____. *Em defesa da estabilidade: despedida versus estabilidade*. São Paulo: LTr, 1978.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LUDWIG, Roberto José. *A Função social no direito privado: uma contribuição da teoria do discurso para a solução de problemas de aplicação*. Porto Alegre: Editora Revista da AJURIS, v. 34, n. 107, p. 215-38, setembro 2007.

MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. São Paulo: LTr, 1994.

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

³¹ CATHARINO, José Martins. *Em defesa da estabilidade: despedida versus estabilidade*. São Paulo: LTr, 1978, p. 30.



◀ volta ao índice
▲ volta ao sumário

:: Ano VI | Número 100 | 1ª Quinzena de Julho de 2010 ::

_____. *O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais. Notas sobre os critérios do artigo 187 do Código Civil.* São Paulo: Revista do Advogado, v. 96, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado - parte geral.* 4. ed. Tomos V e VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

MORAES, Maria Amália Dias de. *Do abuso de direito - alguns aspectos.* Porto Alegre: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, nº 15, 1985.

MORAES, Maria Antonieta Lynch. *Considerações acerca da disciplina da concorrência desleal e do direito patentário.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 829, novembro 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil anotado e legislação extravagante.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Estabilidade.* São Paulo: LTr, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. *Despedida arbitrária e discriminatória.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito.* Coimbra: Almedina, 1997.

SARAIVA, Vicente de Paulo. *O abuso do direito.* Disponível em <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_agosto_2001/0508SaraivaAbuso.pdf>. Acesso em 02-9-2008.