

**THAIS POLIANA DE ANDRADE**

**O CONTRATO DE TRABALHO A PRAZO DETERMINADO E SUAS FUNÇÕES  
ECONÔMICA E SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CURITIBA  
OUTUBRO 2002**

**THAIS POLIANA DE ANDRADE**

**O CONTRATO DE TRABALHO A PRAZO DETERMINADO E SUAS FUNÇÕES  
ECONÔMICA E SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Aldacy Rachid Coutinho.

**CURITIBA  
OUTUBRO 2002**

## TERMO DE APROVAÇÃO

THAÍS POLIANA DE ANDRADE

CONTRATO DE TRABALHO A PRAZO DEERMNADO E SUAS FUNÇÕES  
ECONÔMICA E SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientadora:

  
Prof. Drª. Aldacy Raonid Coutinho

Examinadores:

  
Prof. Dr. Wilson Ramos Filho

  
Prof. Dr. George Bueno Gomm

Curitiba, 25 de novembro de 2002.

*“A liberdade contratual do Direito converte-se em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o Direito, é liberdade, volve-se, na ordem dos fatos sociais, em servidão.”*

(Gustav Radbruch – Filosofia do Direito, 6ª ed., Ed. Armínio Amado, Coimbra, 1979, p. 288.)

## RESUMO

A contratualidade juslaboralista há muito vem demonstrando sinais de crise e de inaptidão na satisfação dos valores pregados pelo novo ordenamento jurídico-constitucional, especialmente pelo caráter solidarístico da Carta Constitucional de 1988, e funcionalização social dos contratos, esposado pelo novo Código Civil, vigente a partir de janeiro próximo. Tal inadequação encontra-se agravada pela insistência doutrinária em vincular a relação de emprego a moldes contratuais nos quais se vêem refletidos elementos da denominada contratualidade clássica, como a valorização da autonomia da vontade, da liberdade contratual e da estrita vinculatividade ao contratado, em detrimento da função social desempenhada não só pelo contrato, mas fundamentalmente pelo trabalho. Um sinal característico desta situação, que foi tomado como objeto de análise da presente monografia acadêmica, refere-se ao tratamento doutrinário e jurisprudencial dispensado ao empregado acidentado no trabalho, sujeito a um contrato de trabalho com limitação temporal, excluindo-se deste a garantia provisória no emprego, prevista no art. 188 da Lei 8.213/91. Assim, procurar-se-á soluções possíveis na busca de nova adequação do contrato de trabalho às exigências do novo ordenamento jurídico constitucional.

## SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO .....	1
2.	A CONTRATUALIDADE CLÁSSICA.....	3
2.1.	CONCEPÇÕES DO CONTRATO .....	4
2.2.	AUTONOMIA DA VONTADE .....	7
2.3.	LIBERDADE CONTRATUAL .....	10
3.	CONCEPÇÃO PÓS-MODERNA NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS .....	14
3.1.	SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO .....	15
3.2.	FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDARIEDADE.....	18
4.	DA CONTRATUALIDADE NO DIREITO DO TRABALHO.....	21
4.1.	TEORIAS CONTRATUALISTAS.....	23
4.2.	TEORIAS ANTICONTRATUALISTAS.....	25
4.3.	CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO .....	27
4.4.	OPÇÃO DO LEGISLADOR NA CLT .....	28
4.5.	CONCEPÇÃO DOMINANTE NA DOCTRINA JUSLABORALISTA .....	30
5.	NOVAS PERSPECTIVAS PARA O CONTRATO DE TRABALHO.....	34
5.1.	SUPERAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE .....	35
5.2.	CONTRATO POR COMPORTAMENTO CONCLUDENTE .....	37
6.	CONCEITO E TIPICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO A PRAZO DETERMINADO .....	42
6.1.	HIPÓTESES LEGAIS DE CABIMENTO.....	45
6.2.	DA FUNÇÃO ECONÔMICA E DA ADEQUAÇÃO À SUA FUNÇÃO SOCIAL.....	48
6.3.	ACIDENTADO NO TRABALHO .....	49
7.	CONCLUSÃO.....	60
8.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa acadêmica encontra-se centrada no estudo de um dos mais ricos temas atinentes ao Direito do Trabalho, qual seja a *contratualidade*, visto que o contrato de trabalho constitui-se como base dos demais institutos jurídicos oriundos deste ramo do Direito.

Isto porque configurada a existência de um contrato de trabalho no mundo jurídico, inúmeras conseqüências passam a decorrer diretamente deste fato. Assim, pode-se afirmar que a formação de um vínculo empregatício, concretizada através da figura do contrato de trabalho, enseja numa multiplicidade de outras relações jurídicas, que não se restringem às figuras do empregado e empregador.

Desta forma, buscar-se-á a demonstração de que a teoria contratual no referido campo do Direito encontra uma série de peculiaridades e especificidades, distinguindo-a da noção contratual advinda do Direito Civil. Em razão disto, não apenas a estrutura dogmática do direito positivo do trabalho, mas também os processos hermenêuticos, tiveram de adequar-se à realidade social em que se inserem os contratos de trabalho.

Na busca desta compreensão, parte-se de um resgate às origens da contratualidade clássica, enfatizando os papéis desenvolvidos pela autonomia da vontade e liberdade de contratar na construção de um direito contratual.

Contudo, também será analisado o processo de superação do modelo contratual chamado *clássico*, ainda no campo da teoria geral dos contratos, além dos fatores sociais e jurídicos que motivaram tal transformação.

Diante deste cenário, serão trabalhados os elementos de inserção da prestação de serviços subordinados, procurando-se estabelecer a sua natureza jurídica, quando então serão estudadas as teorias contratualistas clássicas e as anticontratualistas.

Parte da pesquisa também se ocupa com o tratamento dispensado pela doutrina justralhista ao contrato de trabalho, especialmente questionando-se a compatibilidade deste entendimento com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, enquanto justificadores da própria ordem econômica.

Atentando-se a esta inadequação da interpretação concedida aos contratos de trabalho à nova realidade jurídico-constitucional, a pesquisa procurará uma nova visão para a contratualidade trabalhista, como forma de possibilitar o resgate de seu valor como instrumento de efetivação dos direitos sociais.

Considerando a amplitude do assunto, a monografia acadêmica em questão restringirá seu objeto de análise a uma modalidade específica de contrato individual de trabalho, denominada *contrato de trabalho a prazo determinado*, que se distingue fundamentalmente da regra geral da contratualidade trabalhista, caracterizada pela continuidade do vínculo entre os contratantes, justamente pela prefixação do seu termo final.

Inicialmente, serão abordadas questões atinentes à origem do referido contrato e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro. Superada esta fase preliminar, passarão a ser analisadas as funções desta modalidade contratual na sociedade, partindo-se do ponto de vista econômico para o social.

Por fim, o presente trabalho acadêmico atenderá a uma preocupação com o posicionamento que a doutrina e jurisprudência trabalhistas vêm adotando frente às funções sociais do contrato de trabalho a prazo determinado, exemplificando tal preocupação com o tratamento dispensado aos casos de acidentes de trabalho ocorridos na vigência da contratação a prazo.

## 2. A CONTRATUALIDADE CLÁSSICA

A compreensão da denominada contratualidade clássica, cujo modelo apresenta-se hoje em franca crise, implica em um resgate das origens de sua formação, analisando-se o substrato jurídico e filosófico de sua consolidação, e, especialmente, o papel desempenhado pela vontade nos contratos.

No séc. XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito, sendo que a concepção de vínculo contratual estava centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, e sua única fonte, legitimando o nascimento de direito e obrigações. Este período coincidiu com o liberalismo na economia, e o voluntarismo no Direito, servindo a estes interesses esta nova visão contratual que surgia.

Assim, a teoria contratual, dita clássica, refletiu as categorias vindas do modelo codificador do Code Napoléon, assentando-se sobre a base filosófica jusnaturalista, em especial no princípio voluntarista. E foi este modelo de codificação, individualista, liberal e centrado na vontade, que inspirou a elaboração do Código Civil pátrio.

Seguindo os ensinamento de Paulo Nalin, pode-se constatar ainda uma influência do contratualismo, inspirado em Hobbes e Rousseau, segundo o qual afirmaram-se os direitos individuais, não apenas contra o Estado, mas frente a todo o sistema de corporação. As idéias de igualdade e liberdade, enquanto direitos (subjetivos) naturais ganham peso, uma vez que somente podia contratar quem as detinha.<sup>1</sup>

A filosofia, principalmente nos pensamentos de Kant, pregava que o elemento volitivo estaria no centro de todas as relações jurídicas privadas, pois a vontade individual seria a única fonte de obrigações. A importância desta concepção será tratada com mais vagar quando abordado o tema da autonomia da vontade.

Segundo estas concepções manifestadas no período liberal do séc. XIX, para se preservar essa liberdade, que permitiria a igualdade entre as partes, o Estado somente realizaria a fiscalização dos atos praticados pelos indivíduos com a finalidade de assegurar os direitos subjetivos plenos. Ou seja, a função das leis referentes aos contratos era de apenas proteger a vontade, como fonte criadora, assegurando a realização dos efeitos pretendidos pelos contraentes. Resguardava-

se uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, desconsiderando-se por completo a situação econômica e social das partes.

Cláudia Lima Marques bem assevera os elementos básicos que caracterizavam a concepção tradicional de contrato como sendo a vontade do indivíduo livre, definindo direitos e obrigações reconhecidas pelo Direito.<sup>2</sup>

Ressalte-se que estas noções de individualismo e subjetivismo acabam arraigando-se à consciência coletiva, estando até hoje preservadas no próprio ordenamento jurídico brasileiro, elencadas como direitos fundamentais da liberdade e igualdade.<sup>3</sup>

Além destes fundamentos jurídicos e filosóficos, que tornaram propício o desenvolvimento de uma teoria contratual, nos moldes que se consolidaram clássicos, ainda no período de codificação pós-revolucionista, o contrato tinha um relevante papel histórico-econômico.

Enquanto instrumento de circulação de riquezas, o contrato era capaz de permitir o acesso da burguesia ascendente ao real imobiliário. Assim, consagrava-se o dogma da vontade, tendo o contrato como seu instrumento de consolidação. E esta justiça contratual fundava-se justamente no livre exercício da vontade individual.

Partindo-se destes entendimentos preliminares, contextualizando-se historicamente o momento consolidador desta denominada concepção clássica da contratualidade, pode-se analisar o conceito de contrato, sob a ótica tratada neste capítulo.

## 2.1. CONCEPÇÕES DO CONTRATO

Não obstante o papel de destaque ocupado pelo Contrato nos mais diversos ramos do Direito, tanto público, quanto privado, a sua conceituação apresenta uma grande dificuldade, haja vista a multiplicidade de sentidos em que esta expressão é utilizada. A doutrina pátria, bem como a oriunda do direito comparado, trazem uma rica pluralidade conceitual no que tange a esta figura jurídica.

---

<sup>1</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 106.

<sup>2</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 30: “Em outras palavras, na teoria do direito, a concepção clássica do contrato está diretamente ligada à doutrina da autonomia da vontade e aos seu reflexo mais importante, qual seja, o dogma da liberdade contratual.”

<sup>3</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato...*, p. 107.

Como bem observa Enzo Roppo, em primeiro plano, poder-se-ia afirmar que o contrato seria um conceito jurídico, elaborado com a intenção de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir uma série de princípios e regras de Direito em uma disciplina jurídica complexa.<sup>4</sup>

Contudo, ainda que o contrato seja compreendido como um conceito jurídico, ele sempre refletirá uma realidade exterior, de interesses, de relações e de situações econômicas e sociais, onde cumpre uma função instrumental.

Ciente desta inserção material do contrato, bem como da variedade de perspectivas conceituais, Joaquim de Souza Ribeiro afirma que o contrato pode ser concebido segundo três categorias distintas, considerando as suas relações com as partes, com o mercado, e a sociedade.<sup>5</sup> A clareza do referido autor, bem como a didática de sua exposição tornam necessário analisar brevemente o seu pensamento.

À primeira categoria, o referido autor português denomina de plano da interação, pois implica na compreensão do contrato segundo as discussões a respeito das relações de poder das partes, refletidas nas suas expectativas geradas na conclusão do mesmo. Assim, parte-se de uma visão do contrato sob a perspectiva do interesse dos seus contraentes.

Em segundo lugar, haveria o plano da instituição, onde se considerariam as conexões do contrato com o mercado, e as imposições que ele imprimiria na própria conceituação e estruturação jurídica do contrato.<sup>6</sup>

Por fim, o contrato ainda poderia ser entendido no plano da sociedade, em que são tematizadas as exigências do sistema social nele colocadas.

Souza Ribeiro conclui no sentido de que embora o contrato possa, ainda que no âmbito puramente teórico, ser analisado segundo estes três aspectos, na realidade os seus elementos não se encontram assim isolados. Ao contrário, pois há permanentemente a interferência de um plano em outro, onde os seus componentes se misturam, formando novas exigências concretas aos contratos. Assim, existe

---

<sup>4</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 07.

<sup>5</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato*, p. 11.

<sup>6</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema...*, p. 12: "Quando se analisa a relação do contrato com o mercado, está, pois, em jogo uma certa constituição econômica que estabelece os pressupostos estruturais deste e regula o seu modo de funcionamento."

apenas uma certa prevalência de sentido em cada um destes sistemas, e não uma exclusividade de aspectos relativos às partes, ao mercado e à sociedade.

Destarte, para se conhecer verdadeiramente este conceito jurídico é indispensável analisar-se a realidade econômica e social que lhe serve de substrato, pois é esse conjunto de situações, interesses e relações que constitui a substância real de qualquer contrato.

Este entendimento também é manifestado por Enzo Roppo, que o resume na idéia de operação econômica, entendida como a aquisição ou troca de bens e serviços, que permite a circulação de riquezas ou a sua potencial transferência.

Ressalte-se que o referido autor brilhantemente constata esta íntima relação entre contrato e mercado, pois que muitas vezes o termo contrato é justamente empregado como sinônimo de operação econômica, tratando-se da sua materialidade, afora de toda formalização legal.

Desta forma, e ainda na esteira da concepção clássica, mesmo que se trate da expressão contrato apenas enquanto conceito jurídico, ele não poderia ser considerado um fim em si mesmo, mas sempre em vista à operação econômica da qual ele representa como sua veste exterior. Neste caso, o contrato seria a formalização jurídica da operação econômica, onde significa que esta deve ser regulada pelo Direito.

Deste entendimento liberal decorre que o Direito dos contratos corresponderia ao conjunto de regras e princípios escolhidos para disciplinar o complexo das operações econômicas. Ou seja, tanto o contrato, quanto o direito dos contratos lhe seriam instrumentais, pois elas, enquanto compreendidas como atos de transferência de riqueza, são anteriores à idéia de contrato (categoria lógica de sua formalização jurídica).

O contrato representaria uma captura das operações econômicas por parte do Direito, que se manifestou historicamente, de modo orientado e cada vez mais complexo, no intuito de atraí-las para o domínio legal, submetendo às suas regras vinculativas.

A disciplina legal dos contratos constitui uma intervenção positiva e deliberada do legislador, objetivando fornecer às operações econômicas um processamento conforme os interesses que pretendem tutelar.

Justamente por esta característica, de gerência legislativa, o contrato reflete o modelo de organização econômica de cada momento histórico em que ele prevalece, pois ele muda, bem como a sua disciplina, função e estrutura, segundo o contexto econômico-social em que está inserido. O contrato, então, não pode ser visto apenas como instrumento técnico-jurídico da circulação de bens, embora também o seja, mas sim com um significado mais amplo, enquanto símbolo de uma determinada ordem social, adquirindo um acentuado valor ideológico e político.

Como dito, o contrato e o direito dos contratos assumem papéis e funções reais de acordo com as várias formas de organização em cada período histórico. Mas as doutrinas e teorias elaboradas em torno deles muitas vezes não traduzem fielmente as suas funções e papéis realmente assumidos, disfarçando-os em termos de transmitir uma imagem intencionalmente deformada da realidade. Esse caráter ideológico do contrato se manifesta principalmente nas idéias de liberdade de contratar e de autonomia da vontade.

Entendido o sentido do conceito jurídico de contrato, segundo o enfoque dado pela visão clássica-liberal, importa analisar os elementos que o compunham.

## **2.2. AUTONOMIA DA VONTADE**

O contrato, como concebido ainda no seio da teoria clássica, fundava-se na idéia da autonomia da vontade, visto que era entendido como sendo um acordo de vontades livremente manifestadas, por partes juridicamente igualitárias.

Tal concepção possuía razões históricas que a justificavam, principalmente considerando que o contrato foi o instrumento utilizado pela burguesia para ascender aos bens imóveis, antes reservados aos nobres. Em outras palavras, o reconhecimento da autonomia da vontade, e da igualdade entre os contratantes insurgia-se como absolutamente necessária à época.

Assim, o vínculo contratual estava centrado na idéia de valor da vontade, como seu elemento principal, e única fonte, legitimando o nascimento de direitos e obrigações<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Neste sentido: COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função Social do Contrato Individual do Trabalho*, in *Transformações do Direito do Trabalho – Estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira*, coord. COUTINHO, Aldacy Rachid, GUNTHER, Luiz Eduardo e DALLEGRAVE

Na doutrina civilista verifica-se a presença de diversas expressões, como autonomia da vontade, autonomia privada, autodeterminação, etc, as quais inclusive muitas vezes são usadas como sinônimos.

Retornando às lições de Joaquim de Souza Ribeiro, tal promiscuidade lingüística deve ser evitada, considerando tratarem-se de conceitos distintos.<sup>8</sup> Contudo, este entendimento não é unânime, mas ao contrário, pois, como dito, muitos autores, como Paulo Luiz Neto Lobo por exemplo, sustentam a absoluta indistinção entre autonomia privada e a autonomia da vontade, afirmando-se que desde Kant, esta confundiu-se com a própria noção de liberdade.<sup>9</sup>

Entretanto, entende-se que a postura do doutrinador português encontra maior rigor científico, ao diferenciar os conceitos de autodeterminação, autonomia da vontade e autonomia privada.

Desta forma, a autodeterminação envolveria um plano bastante amplo, e que é pré-jurídico, consistindo no poder individual de gerir a vida de acordo com os interesses pessoais, com os valores próprios da pessoa.

Ou seja, a autodeterminação é uma forma de expressão de dignidade e individualidade do titular de direitos e interesses individuais, face ao Estado e em livre competição com os outros.

Embora seja um conceito mais amplo, abrangendo esferas não jurídicas, a autodeterminação aflora, externamente, da autonomia privada, principalmente no que se refere às relações intersubjetivas, configurando esta um meio para o seu fim. Já a noção de autonomia da vontade, como bem destaca Cláudia Lima Marques, está estritamente ligada à idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas ou imperativas.<sup>10</sup>

A autonomia da vontade inspirava-se na filosofia de Kant, segundo a qual a dignidade da pessoa não se compadeceria com a submissão de leis outras que não aquelas que se dê a si mesma. Desta forma, a vontade da parte contratante iria

---

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato Individual de Trabalho – Uma Visão Estrutural*, p. 30: “A concepção individualista adentra as codificações elaboradas no séc. XIX, com a construção da autonomia da vontade, segundo a qual, todo homem é livre e, na medida de sua liberdade, dispõe autonomamente dos seus interesses, tendo assegurada a faculdade de governar sua vontade para estabelecer acordos e obrigações que, nessa dimensão, devem ser adimplidos, em respeito à palavra dada.”

<sup>8</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema...*, p. 41.

<sup>9</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, p. 10.

<sup>10</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p. 32.

determinar a quais regras, criadas por ela própria e reconhecidas pelo ordenamento jurídico, estaria ela subordinada.

Contudo, o conceito de autonomia da vontade já foi superado inclusive pela doutrina contratualista clássica, que trabalha com a noção de autonomia privada. Isto porque essa concepção da autonomia da vontade estava adequada com o liberalismo econômico. E justamente pela revisão a que foram submetidos o liberalismo e as concepções voluntaristas do negócio jurídico que se passou a falar em autonomia privada.

Neste sentido, Fernando Noronha expressa bem que o princípio da autonomia privada é a expressão que tende a substituir aquela do princípio da autonomia da vontade.<sup>11</sup>

A autonomia privada seria composta por dois elementos extrajurídicos: um filosófico, oriundo da tradição cristã sobre o imanente valor da pessoa humana, sintonizada no personalismo ético kantiano; e um econômico, fundado no sistema da livre empresa. A conjugação destes fatores auxilia na conceituação da autonomia privada como liberdade das pessoas regularem, através de contratos, os seus interesses jurídicos.

Assim, a autonomia privada seria o processo que permite a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos seus próprios sujeitos, segundo lhe reconhece o ordenamento jurídico. Em outras palavras, através dela a parte se vincula aos efeitos da regra por si mesma criada, posto que assim lhe assegura e reconhece o Direito. Mas com a tomada de decisão, o sujeito livre se autolimita, pois não pode agir de modo diferente daquilo a que se obrigou, pois assumiu livremente o compromisso que agora o limita.

Porém, a concepção radicalmente voluntarista está em crise, pois atualmente reconhece-se que nas obrigações contratuais o fundamento não é a vontade das partes, mas saber que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de autoregulamentarem os seus interesses e relações, na esfera privada. A vontade das partes não justifica os termos de sua tutela jurídica.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 112.

<sup>12</sup> BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 97.

Isto porque não é possível uma repartição igual de todos os poderes de ação e decisão, pois isto é irreal e inatingível na prática. A liberdade será sempre um bem com valor distinto para os sujeitos, e acordo com a capacidade para a exercitar.

Destarte, só há que se falar em autonomia privada quando a autodeterminação de um sujeito encontra a autodeterminação de outro. Oferecer autonomia a quem não pode exercê-la com sentido não é prestar um tributo à sua liberdade, mas antes deixar os seus legítimos interesses à mercê dos titulares dos interesses contrários.

Deste modo, haverá sempre uma relação de tensão entre o princípio da autonomia privada, enquanto autodeterminação de cada um, segundo a sua vontade, e o princípio da liberdade contratual, como conformação em comum da relação jurídica. Porque a autonomia exige que todos os sujeitos afetados pelos efeitos vinculativos do ato sejam chamados a manifestar a sua vontade, dando corpo a uma estrutura bilateral que caracteriza o contrato.

Não obstante as críticas que a concepção de autonomia da vontade possa trazer, importa destacar que a mesma ocupa papel referencial na teoria clássica contratual, a qual se atem no momento.

Assim, prosseguindo neste mote, o campo onde a autonomia privada possui maior relevância refere-se ao contratual, razão pela qual tem-se que a liberdade contratual é uma componente sua, além de ser a mais importante forma de manifestação.

### **2.3. LIBERDADE CONTRATUAL**

Além da autonomia da vontade, a concepção clássica do contrato, até aqui tratada, funda-se em dois outros princípios básicos, a saber, a liberdade contratual e a vinculatividade do contrato.

A liberdade contratual é o somatório de várias liberdades: a liberdade de contratar ou deixar de contratar, a de eleger as pessoas com quem se contratar, a de determinar o contrato a ser celebrado e de negociar o seu conteúdo.

Já a obrigatoriedade, ou vinculatividade, consiste na vinculação das partes contraentes ao estipulado no contrato.

A conjunção destes dois princípios formam o colorário do princípio da autonomia da vontade, anteriormente abordado, segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente, haja assumido.

Em respeito ao princípio da autonomia da vontade é que se reconheceria às partes a liberdade contratual, e acrescentava-se que era em nome, e em consequência desta que elas se obrigavam a cumprir o estipulado.

Segundo o princípio da liberdade contratual, a conclusão de qualquer contrato deveria ser uma operação absolutamente livre para os seus contraentes; e os limites a essa liberdade seriam exclusivamente negativos, com puras proibições.

Não se admitiria que a liberdade de contratar fosse submetida a vínculos positivos, de forma que impusessem a seus sujeitos, ainda que contra a sua vontade, certas prescrições. Para garantir esse ambiente de império da vontade, os poderes públicos deveriam abster-se das eventuais ingerências. Inclusive os limites negativos deveriam ser tolerados em estreita medida.

Assim, maiores ainda são as resistências às tentativas de se introduzirem limites, ainda que negativos, destinados a proteger sujeitos, cuja inferioridade contratual decorria de causas econômicas e sociais.

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da igualdade da justiça substancial, pois as partes já seriam livres e iguais, ainda que apenas formalmente, estando em idênticas condições para convencionarem.

A base deste dogma estaria no direito natural, uma vez que a liberdade de contratar seria uma das liberdades naturais do homem, a qual somente poderia ser restringida pela vontade do próprio homem.

Contudo, a real origem deste reconhecimento pelo ordenamento jurídico encontra outro fundamento, que não o direito natural. A liberdade contratual seria necessária, uma vez que o contrato é um instrumento posto à disposição pelo Direito para a livre movimentação das riquezas na sociedade.<sup>13</sup>

Essa idéia de liberdade contratual preencheu três funções à época do liberalismo: permitia que os indivíduos agissem de maneira autônoma e livre no

---

<sup>13</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p. 35: "Assim nota-se uma dupla função econômica do contrato: instrumentalizar a livre circulação das riquezas na sociedade e ao mesmo tempo indicar o valor de mercado de cada objeto cedido (troca de valores)."

mercado; assegurava a cada contraente a maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que assim quisesse, apenas adstrito ao princípio da *pacta sunt servanda*; e ainda, uma função protetora, visto que o indivíduo era livre para se auto-obrigar, mas também para se defender contra a imputação de outras obrigações para as quais não tinha manifestado a sua vontade.<sup>14</sup>

Esta visão contratual pressupõe que os contratantes estejam em posição de igualdade perante não só o Direito, mas também face à sociedade, de forma que discutiriam livremente as cláusulas de seu acordo de vontades. Ou seja, seriam contratos paritários.

Essa ideologia contratual foi típica do séc. XIX, e defendia que a liberdade de contratar significava a restituição a todos os indivíduos da possibilidade abstrata de se autodeterminar. Assim, a liberdade contratual asseguraria a justiça entre os contratantes, em virtude da igualdade em que supostamente se encontravam. Contudo, essa “igualdade” jurídica seria apenas formal, pois na realidade a sociedade é dividida em classes, entre as quais há gravíssimas desigualdades decorrentes da força econômica e social de cada um dos contraentes.

Então, o princípio ideológico da liberdade contratual confronta-se diretamente com estas desigualdades reais. A disparidade das condições econômico-sociais existentes determina a disparidade do poder contratual entre as partes fortes, que possuem condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, e as partes fracas, constrangidas a suportar a vontade alheia.

Outro ponto no qual a ideologia da liberdade contratual falseia a realidade diz respeito a afirmação de que o seu mecanismo realiza o interesse da sociedade como um todo. Considerando que o seu real papel configura-se como um instrumento para operar no modo de produção capitalista, ela realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista.

---

<sup>14</sup> Também neste sentido, cumpre citar: COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função Social...*, p. 31: “A liberdade contratual, de escolha de celebrar ou não o contrato, de eleição do sujeito com quem negociar, de discussão e acordo sobre o conteúdo e cláusulas do contrato, é, então, modelo adequado à exaltação individualista da pessoa, dentro de uma concepção voluntarista. Dentro desta perspectiva, o contrato, endeusamento do individualismo, enquanto manifestação da liberdade e autonomia da vontade, juridiciza as operações econômicas, inicialmente no âmbito do direito privado. O princípio da liberdade contratual traduz e encobre o liberalismo econômico e as relações de força mercantil.”

As características e elementos do contrato, apontados pela teoria clássica, encontram um grande distanciamento com a realidade social em que se inserem, tornando indispensável uma revisão das concepções até então defendidas.

Insurgia-se então necessária uma concepção social para esta figura, segundo a qual não importa apenas o momento da manifestação de vontade, mas principalmente os efeitos que este contrato possui na sociedade.

### 3. CONCEPÇÃO PÓS-MODERNA NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

A história mostrou que o exercício absoluto da autonomia da vontade entrou em processo autofágico, pois a liberdade contratual não dava mais conta de explicar o fenômeno da falta de igualdade material.

Sob o modelo do Code, a liberdade contratual era compreendida em tríplice enfoque: a possibilidade de contratar ou não; a escolha do outro contratante; e a eleição do conteúdo do contrato. Destarte, não havia liberdade contratual sem a presença destas três características.

A agilidade das relações contratuais levou a um processo de massificação dos contratos, onde não havia mais espaço para o exercício desta ampla liberdade contratual. Surgiram, então, os contratos de adesão, os quais são celebrados sem a liberdade contratual material, o que levou ao caos o ordenamento jurídico.

Os contratos atuais demandam maior fluidez das relações, levando a criação de novos tipos contratuais concretos, mas que não encontram reflexo no modelo contratual clássico.

Atento a esta nova realidade, Paulo Nalin se preocupa em elencar um rol de quatro novos modelos de contrato, onde observou que a liberdade contratual se encontrava em um plano restrito.<sup>15</sup>

O primeiro deles seria o Contrato Coativo ou Obrigatório, onde a ordem jurídica importa a contratação em decorrência de um outro contrato preexistente (ex. seguro obrigatório). Haveria também o Contrato Necessário, que se revelaria na relação de oferta permanente de determinados sujeitos contratuais, sem que possam recusar-se à contratação de quem quer que seja (ex. concessionárias de serviços públicos). Ainda, o Contrato-Tipo, que decorreria da contratação freqüente entre certas categorias de contratantes, levando a uma padronização de relações. E o Contrato de Adesão, onde há predominância exclusiva de uma só vontade, unilateralmente declarada, que dita as regras da contratação para uma coletividade indeterminada, pretensa a aderir ao contrato.

Desta forma, pode-se verificar que esta nova realidade foi um duro golpe na moldura clássica do contrato, uma vez que se esvazia o papel da vontade, enquanto

---

<sup>15</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato...*, p. 114.

elemento nuclear, para ceder lugar a comportamentos automáticos ou socialmente típicos que ocupam o posto da manifestação volitiva.

Assim, pode-se constatar a existência de um contrato “em crise”, fruto da pós-modernidade, que tenta conciliar os valores do novo ordenamento constitucional, com a funcionalização social, e com as necessidades do mercado.<sup>16</sup>

Os fundamentos trazidos como certos ao contrato, pela teoria clássica, em especial a autonomia da vontade e a ampla liberdade contratual, não encontravam mais reflexo, seja na realidade das relações sociais, seja no ordenamento jurídico pátrio vigente, posterior a Constituição Federal de 1988.

Então, para se chegar a um novo modelo, ao qual a doutrina civilista mais atual denomina de conceito pós-moderno de contrato<sup>17</sup>, importa verificar como o contrato se conforma nos sistemas constitucional e infraconstitucional vigentes, e tudo isto em ponto de conexão com as políticas econômicas, sob pena de não se conseguir nem mesmo decifrar o conteúdo que a contemporaneidade lhe reserva.

### 3.1. SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO

O ordenamento constitucional vigente elege outros princípios fundamentais a serem resguardados pelos institutos jurídicos, em especial a busca pela justiça social, a dignidade da pessoa humana e a funcionalização dos direitos reconhecidos e protegidos pelo sistema.

Contudo, a existência de princípios contemporâneos que mitigam os princípios clássicos baseados no dogma da vontade, não significa a supressão do exercício da liberdade, pois a livre iniciativa está prevista constitucionalmente, como um dos fundamentos que regem a ordem econômica.<sup>18</sup>

E é neste contexto, de poder de livre manifestação e regulamentação de interesses, que se insere a atual noção de autonomia privada. Paulo Neto Lobo, por

---

<sup>16</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato...*, p. 117.

<sup>17</sup> A nova conceituação foi proposta por Paulo Nalin, em sua tese de doutorado, a qual possui grande repercussão acadêmica, visto a sua preocupação com a nova realidade do direito dos contratos, em consonância com o regramento constitucional.

<sup>18</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato...*, p. 162: “A livre iniciativa é exercida em nosso regime político por meio da liberdade individual atribuída aos sujeitos, assim reconhecidos pelo Direito, para que, dentro de certos limites, façam a gestão de seus interesses.”

sinal, entende a autonomia privada justamente como sendo a projeção jurídica do princípio econômico da livre iniciativa.<sup>19</sup>

Há muito a doutrina brasileira tem sustentado que a autonomia privada deveria ser restringida, para que se pudesse restabelecer o equilíbrio entre os sujeitos envolvidos na relação obrigacional. Assim, em alguns ramos do Direito, a moldura do princípio da liberdade contratual apresenta-se de forma distinta, com menor extensão, no intuito de proteger o contratante econômica, técnica ou culturalmente mais fraco.

Neste sentido, recomendou-se a técnica legislativa da criação de leis especiais protetivas, levando-se em conta o princípio da igualdade material, pois a lei reconhece a diversidade das situações fáticas que impedem a contratação no campo da absoluta igualdade.

Tal processo levou a uma possível identificação da existência de dois princípios distintos da autonomia privada: o conservador, extraído do Código Civil, e um moderado, mais condizente com a ordem constitucional e que foi albergado pelas legislações especiais.

Não obstante esta visível dicotomia, o desafio a ser encarado pelos intérpretes do Direito reside justamente numa formulação única do princípio da autonomia privada, remodelando-se com as novas perspectivas da funcionalização dos institutos jurídicos. Ou seja, manter-se válida a lição de que a autonomia privada, enquanto possibilidade legal de auto-regulamentação de interesses jurídicos. Porém, não como dogma da autonomia da vontade, mas em perspectiva coletiva.

O princípio da autonomia privada, entendido no modelo clássico, nada mais era que a moldura jurídica de um instrumento a serviço do indivíduo, para que ele atingisse a escolha desejada, manifestada posteriormente no contrato. Mas esta concepção clássica via a sua derrocada com a massificação dos contratos, onde não prevaleceria mais o princípio da eleição dos elementos “quando, como e com quem contratar”, restando apenas o simples impulso da iniciativa da parte que deseja contratar.

---

<sup>19</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. *Condições...*, p. 10.

Tanto Cláudia Lima Marques quanto Paulo Nalin, apontam que o modelo de um novo perfil para os contratos, é aquele que percorre a liberdade associativa. Isto porque o ato associativo é fruto específico da manifestação da vontade dos sujeitos, decorrendo do exercício da autonomia privada, com efeitos restritivos à sua própria liberdade em favor da coletividade que compõe.

Ou seja, o contrato deve conter uma concepção social, segundo a qual não importa apenas o momento da manifestação da vontade, mas sobretudo, os efeitos que este contrato possuirá na realidade. Neste sentido, também já se manifestou Regina Maria Macedo Nery Ferrari, ao reconhecer que as limitações à liberdade já se expressam na maioria das relações jurídicas, mesmo as essencialmente de direito privado, pois com a nova ótica constitucional passou-se a considerar como interessado não apenas os que delam participam, entendendo-as como relações sociais que interessam a própria Sociedade.<sup>20</sup>

Então, leva-se em consideração os reflexos coletivos deste acordo, os quais transbordam os limites das pessoas dos contraentes, razão pela as condições sociais e econômicas das partes tanto importam, que devem ser levadas em consideração.

O que se procura com este novo modelo é a superação do individualismo, tão marcante na doutrina clássica do contrato, substituindo-o por uma solidariedade social, caracterizada neste compromisso que o contrato firmado entre as partes possui com a coletividade, obrigatoriamente amparando-se no princípio da boa-fé objetiva.

A idéia de uma relação contratual solidária pressupõe a concorrência, e não a oposição, dos interesses envolvidos, com propósito de um fim comum e de cooperação entre as partes. Importa ser ela entendida sempre voltada à verticalização dos interesses do homem, na busca da superação das desigualdades, configurando como indissociáveis a solidariedade e a igualdade.

Para chegar-se a sua compreensão, torna-se imperiosa a leitura da teoria obrigacional e a interpretação dos contratos à luz da Carta Constitucional.

---

<sup>20</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito ao Trabalho*, p. 31.

### 3.2. FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDARIEDADE

Nos modelos codicísticos clássicos, o contrato desempenhava uma função vinculada ao princípio da autonomia da vontade, servindo como instrumento para a atribuição da propriedade. Assim, qualquer preocupação funcional ou coletiva passava à margem da noção contratual.

Entretanto, tal panorama teórico sofreu um grande impacto com a Constituição de 1988, que, com seu perfil social, impôs uma nova noção de funcionalização dos institutos jurídicos, principalmente da propriedade privada, condicionando-os à busca do cumprimento de suas funções sociais.<sup>21</sup>

Buscando-se um sentido para esta nova realidade, Paulo Nalin afirma que funcionalizar implica atribuir-se uma utilidade ou um papel social, tendente à redução das desigualdades e a proteção da dignidade da pessoa humana. A compreensão deste procedimento de funcionalização dos institutos, e dentre eles, o contrato, exige a busca do “não-individual”, da justiça social voltada para o coletivo.

Neste processo, a solidariedade social acaba condicionando a autonomia privada e a liberdade contratual, mas não sob a forma de limitação, mas de remodelação dos elementos do contrato. Ou seja, haveria um papel coletivo e, portanto, não-individual, inserido no contrato contemporâneo, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles particulares, importando em igualar os sujeitos de direito, de forma que a liberdade de cada um dos contratantes seja igual para todos.

Considerando justamente a indeterminação do conteúdo e conceito desta funcionalização dos contratos, tem-se como válida a proposta do referido autor, que procura sistematizar algumas idéias, como a divisão da função social em intrínseca e extrínseca<sup>22</sup>, na busca pela solução desta imprecisão nas suas bases conceituais.

Assim, a noção intrínseca da função social refere-se à observância de princípios novos ou reformulados, como a igualdade material e a boa-fé objetiva, pelos contratantes, como decorrência da cláusula constitucional de solidariedade. Porém, essa conceituação não leva em consideração o princípio da relatividade dos

---

<sup>21</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato...*, p. 217: “Funcionalizar, na perspectiva da Carta de 1988, significa oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência.”

<sup>22</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato...*, p. 226.

contratos, segundo o qual as pactuações não produzem efeitos para além das partes contratantes.

Já o perfil extrínseco da função social, entendido como fim da coletividade, implica numa ruptura com este princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com as repercussões desta contratação nas relações sociais, pois o contrato também interessaria a titulares outros, além dos contratantes.

Hoje, com a aprovação do novo Código Civil, a funcionalização dos contratos ganhou contornos legais, trazidos pelo seu art. 421, que condiciona a liberdade de contratar em razão e limites da função social do contrato. Por se tratar de cláusula geral, incumbirá ao intérprete determinar o sentido e a função do princípio máximo do contrato moderno, que é a liberdade contratual<sup>23</sup>.

Não obstante a sua inclusão no ordenamento jurídico através de texto legal expresso, há que se considerar que a funcionalização do contrato é um fenómeno que já nasceu com a Carta de 1988, estampada no art. 170, caput, ao limitar a livre iniciativa à justiça social.

Desta forma, tem-se que poderia ser dispensável a lei infraconstitucional nova, para que o contrato fosse sempre interpretado de modo socialmente funcionalizado, por meio do sistema solidarístico introduzido pela Constituição de 1988. Contudo, o legislador, talvez por ter consciência da dificuldade de efetivação das normas constitucionais, principalmente as de cunho programático, julgou por bem incluir tal previsão também no Código Civil, não deixando qualquer dúvida quanto a sua imposição.

Ultrapassada a discussão referente a necessidade, ou não, da inclusão da função social do contrato no novo modelo codificado, o que importa é analisar as possíveis conseqüências advindas do descumprimento desta funcionalização.

Para tanto, torna-se necessária a compreensão da função social enquanto requisito de existência ou de validade do contrato. Isto porque as conseqüências irão divergir conforme a opção adotada. Em se considerando a funcionalização do instituto como pressuposto de existência, o contrato celebrado em desrespeito à sua função social, atendendo-se apenas os interesses egoísticos das partes, sequer existiria no mundo jurídico, sendo, portando, considerado inexistente. Contudo, em

---

<sup>23</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato...*, p. 230.

se entendendo ser um requisito de validade, ter-se-á que o acordo de vontades existiu, mas encontra-se eivado pela nulidade.

Esta diferenciação encontrará maior relevância quando tratar-se do contrato de trabalho, cujo sistema das nulidade diverge do regime civilista ordinário.

As idéias trazidas até o presente momento, revelam o percurso caminhado pela teoria dos contratos, deste a consolidação da concepção clássica da contratualidade, até as discussões quanto ao futuro desta figura jurídica, cuja formulação exige um completo re-estudo de seus componentes.

Por hora, pode-se afirmar que a relação contratual contemporânea não mais tem como única função a circulação de riquezas, e o atendimento exclusivo dos interesses individuais das partes contratante, estando permeada por novos conceitos, como a solidariedade contratual e a própria função social do contrato.

Assim, tem-se que no atual ordenamento jurídico a função econômica se insere no âmbito da livre iniciativa, sendo que esta apenas surge como legalizada quando cumprida a explícita função social, que leva a dignificação dos sujeitos contratantes.

#### 4. DA CONTRATUALIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

A busca pela natureza jurídica da relação de emprego percorreu um longo caminho até se consolidar no entendimento que se tem como dominante hoje na doutrina juslaboralista. Assim, a compreensão desta figura jurídica exigiu o resgate às suas origens, fundadas na contratualidade clássica, o que tornou necessário o estudo dos elementos fundantes do contrato, enquanto categoria genérica, realizado no capítulo anterior.

Sem embargo, pode-se afirmar que o contrato de trabalho constitui o núcleo central do Direito do Trabalho. Tal entendimento se justifica, na medida que é através desta relação contratual que se desencadeia a sua aplicação normativa.<sup>24</sup>

Considerando este relevante papel desempenhado pelo contrato, ao definir o âmbito de atuação das normas de Direito do Trabalho, entende-se a preocupação, não apenas acadêmica, em se discutir as bases deste instituto jurídico.

Historicamente, pode-se verificar que a construção de um conceito para o contrato de trabalho partiu de uma tendência civilista, ao subordinar a nova categoria jurídica emergente às figuras clássicas do contratualismo civil.

Com o liberalismo, o trabalhador deixou de ser considerado como “coisa” a ser locada, para ser “pessoa”, enquanto homem livre que utiliza os frutos do trabalho de seus semelhantes, permitindo a circulação de mercadorias e riquezas.

Assim, o trabalhador, justamente por ser livre e senhor de sua vontade, poderia livremente acordar as condições da sua prestação de serviços. Contudo, esta visão liberal deixou de considerar a disparidade econômica existente entre os trabalhadores e os patrões, não considerando também que estas mesmas diferenças não deixavam outra alternativa ao empregado que não a submissão à vontade do empregador.

Portanto, o contrato de trabalho não encontrava adequação aos elementos fundantes do conceito clássico de contrato, em especial no que tange à autonomia

---

<sup>24</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*, p. 247: “É através do contrato de trabalho (sem adjetivação, subentendendo-se sempre individual) que se concretizam, se materializam, tornando-se reais e eficazes, as medidas das outras fontes normativas do direito do trabalho, desde a Constituição até o regulamento de empresa.”

da vontade e a ampla liberdade contratual, o que levou a um afastamento da origem civil.

As diferenças econômicas e sociais entre empregados e empregadores acabava por completo com qualquer ilusão de igualdade entre as partes contratantes, o que prejudicava de sobremaneira o reconhecimento da consubstanciação dos elementos típicos de um contrato civil.

Como já visto, segundo a doutrina clássica, o contrato seria sempre justo, porque foi fruto do querer das partes, resultando na livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contraentes. Assim, teoricamente, o equilíbrio das prestações seria presumido, de forma que deveria ser reconhecida, aos contratantes, uma ampla liberdade de contratar.<sup>25</sup>

Contudo, nas relações de emprego esta liberdade, no querer ou não contratar, de com quem contratar, e no conteúdo do próprio contrato, não se encontrava presente, pois a vontade do trabalhador não era livremente manifestada, pois o empregado tem de optar entre a dura lei do patrão e o desemprego, com todas as suas conseqüências.<sup>26</sup>

Todos estes fatores, além de outros de razões econômicas, acarretavam a inaptidão do contrato civil para reger a relação de emprego. Ademais, a gritante desigualdade real existente entre o empregado e o empregador fez com que o Estado passasse a determinar os padrões mínimos para a relação de trabalho, originando o que ficou conhecido como “dirigismo contratual”. Ou seja, no intuito de resguardar os interesses do próprio capital, o Estado passou a interferir fortemente nas relações de trabalho, estabelecendo as regras básicas do direito contratual trabalhista.

Procurava-se, com a imposição de normas, restaurar o equilíbrio entre as partes, necessário a uma concepção contratual do instituto. Em outras palavras, a lei protegeria a parte mais frágil, no caso o empregado, como forma de garantir a

---

<sup>25</sup> Os motivos da despreocupação da contratualidade clássica com a desigualdade real entre as partes foram bem observados por Cesarino Jr, na obra “*Direito Social: Teoria Geral do Direito Social, Direito Contratual do Trabalho, Direito Protetorista do Trabalho*”, p. 108: “O individualismo nasceu como uma justa reação contra a prepotência do Estado e proclamou a defesa dos direitos do homem contra a tirania do poder real ou feudal. Mas, por ocasião do advento da grande indústria, o individualismo não previu que o homem, libertado do poder onipotente do Estado, cairia sob a prepotência de seu próprio semelhante, convertido em empresa industrial de grande potência econômica.”

<sup>26</sup> BESSONE, Darci. *Do Contrato*, p. 39.

manutenção da liberdade contratual e da autonomia privada, as quais pressupõem a igualdade das partes contratantes.<sup>27</sup>

Não obstante a importância do desenvolvimento histórico na formação do contrato de trabalho, o referido tema não se constitui objeto de análise no presente estudo, razão pela qual o assunto não será abordado no momento, restando apenas consignada tal observação.

Destarte, diante da impossibilidade de adequação ao modelo civilista, anteriormente descrita, o contrato de trabalho tornou-se autônomo, vez que a presença de normas protetivas ao contratante hipossuficiente o diferenciava da tradicional figura contratual do Direito Civil.

No caminho trilhado até a sua autonomia do direito civil, a busca pela definição da natureza da relação de trabalho deu origem a duas grandes teorias: uma contratualista, segundo a qual a sua natureza era assimilada a de um contrato; e outra, dita anticontratualista, a qual não encontrava na vontade das partes a essência da referida relação.

#### **4.1. TEORIAS CONTRATUALISTAS**

Embora as teorias tradicionais a cerca da natureza da relação de emprego já estejam superadas, um breve apanhado de seus principais pontos auxilia na compreensão do conceito atual do contrato de trabalho.

As teorias contratualistas foram as primeiras a surgir, ainda que fundadas na ótica civilista.

A mais antiga delas, denominada teoria do arrendamento ou da locação, vem desde o direito romano, e incluiu o contrato de trabalho como uma espécie de locação (*locatio operarum*). O empregador seria o locatário, enquanto que o empregado o locador de serviços. Desta corrente, foram adeptos os civilistas do séc. XIX, embora ela ainda tenha sido defendida por Planiol, como bem recorda Evaristo

---

<sup>27</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. *Direito do Trabalho: a passagem do regime despótico para o regime hegemônico*, p. 14: "As forças do capital procuram preservar a contratualidade do trabalho, enquanto manifestação da autonomia privada, expressada pela vontade livre do trabalhador. Com isso, a apropriação do trabalho se dá com um caráter de liberdade, superando-se os períodos de escravidão e servidão. Essa ideologia da função contratual permite dissimular o fato de que a relação de

de Moraes Filho, segundo o qual a coisa locada seria a força de trabalho que reside em cada pessoa, e que pode ser utilizada por outrem, como a de uma máquina ou de um cavalo.<sup>28</sup> O Código napoleônico também adotou tal posição, ao inserir o contrato de trabalho entre as figuras contratuais de arrendamento. O mesmo ocorreu com a redação original do Código Civil Brasileiro de 1916, que tratava da locação de serviços. Inegável o desajuste desta teoria, principalmente considerando os fins sociais do trabalho humano, o qual não pode se prestar a locação, como se objeto fosse.<sup>29</sup>

Ainda no século XIX, outra vertente civilista surgiu, considerando o contrato de trabalho como uma forma de compra e venda, pois que o trabalhador venderia sua força de trabalho ao empregador, a um determinado preço, chamado salário. A crítica a tal entendimento pode ser verificada nas palavras de José Antonio Capilla Bolaños, asseverando que a essência da compra e venda consiste que a coisa vendida se separa por completo do vendedor, passando as mãos do comprador, o que não ocorre no contrato de trabalho.<sup>30</sup> Ainda que possível esta vinculação, a mesma possui o malefício de “coisificar” o trabalhador, pois sua força de trabalho não poderia ser alienada independentemente de sua pessoa.

No início do século passado, houve ainda uma tentativa de se buscar uma origem contratual civil na relação de emprego, tratando-a como um contrato de sociedade, no qual ambas as partes, empregado e empregador, prestam esforços em comum, objetivando dividir o benefício que daí advém.

Esta teoria reconhece no contrato de trabalho vários elementos que levariam a sua assimilação ao contrato de sociedade<sup>31</sup>, como a existência de um suposto

---

emprego não é apenas uma relação puramente obrigacional, mas sim uma relação de poder, onde o trabalhador encontra-se subordinado aos interesses da empresa.”

<sup>28</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução...*, p. 306.

<sup>29</sup> Embora também discorde com a teoria do arrendamento, Bolaños reconhece uma importância histórica à mesmas: BOLAÑOS, José Antonio Capilla. *Curso Elemental de Derecho del Trabajo*, p. 72: “Lo cierto es que el hecho de haber surgido el contrato de trabajo como un desarrollo perfeccionado del arrendamiento de servicios, explica circunstancias y rasgos esenciales de su naturaleza.”

<sup>30</sup> BOLAÑOS, José Antonio Capilla. *Curso...*, p. 72: “Sin embargo, no cuesta demasiado esfuerzo refutar esta doctrina, ya que la esencia de la compraventa consiste en que la cosa vendida se separa por completo del vendedor, pasando a manos del comprador. Pero el esfuerzo que el trabajador presta es inseparable de su propia persona, lo cual establece una diferencia esencial entre ambas figuras.”

<sup>31</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 306.

interesse comum em direção à produção, a associação de atos sucessivos dos participantes da relação de emprego, etc.

Por óbvio também merece crítica tal teoria, pois que a *affectio societatis* presente num contrato de sociedade é muito diversa da relação estabelecida entre patrão e empregado, sendo inclusive diversos os fins buscados por ambos (lucro e desenvolvimento da atividade o empregador; salário e dignidade o empregado).<sup>32</sup>

Por fim, a doutrina aponta ainda a teoria do mandato, originária de autores franceses do séc. XIX, a qual pretende aproximar o contrato de trabalho à espécie de mandato, tomando como base o caráter fiduciário existente entre empregado e empregador. Assim, o trabalhador subordinado atuaria como mandatário de seu empregador. Todavia, o referido entendimento também é passível de crítica, pois ainda que haja *fidúcia* no vínculo de emprego, ela não transfere necessariamente poderes do empregador ao empregado, não se consumando o mandato.

Apesar de todos estes esforços doutrinários, ainda não se chegara a uma teoria que atendesse às peculiaridades da relação de emprego, o que levou, já na primeira metade do séc. XX, a manifestação de uma tendência em afastar-se totalmente do direito civil, e conseqüentemente, da teoria contratual vigente na época. Assim, surgiram as teorias ditas anticontratalistas.

## 4.2. TEORIAS ANTICONTRATUALISTAS

As teorias anticontratalistas vieram em contraponto ao entendimento até então dominante, o qual procurava aproximar a relação de emprego à algum

---

<sup>32</sup> Esta teoria ainda encontra outro empecilho, qual seja, a vedação da repartição de prejuízos com o empregado, como ocorre entre sócios de uma sociedade. A inadequação desta posição é bem fundamentada por BOLANÓS, José Antonio Capilla. *Curso...*, p. 74: "Juridicamente no tiene posibilidades de aceptación tal asimilación, porque la característica esencial del contrato de sociedad es constituir una personalidad jurídica *independiente* de la individual de sus miembros. (...) De otro lado, debemos considerar la cuestión básica de que, la comunidad que se forma entre los componentes de una sociedad se encuentra totalmente ligada a las vicisitudes económicas favorables o adversas, mientras que en el contrato del trabajo, aunque se pudiese tener en cuenta a los efectos de la equiparación, la posible participación obrera en los beneficios de la empresa, es lo cierto que, en ningún caso, puede considerarse ésta afectada por las pérdidas que el negocio pudiera suponer." No mesmo sentido: CHACON, G. Bayon e BOTIJA, E. Perez. *Manuel de Derecho del Trabajo*, p. 286: "Lo esencial en el contrato de sociedad es que los socios participen en las ganancias, pero también en las pérdidas; en el contrato de trabajo, el riesgo y ventura corresponden solo al empresario."

contrato de Direito Civil (locação, compra e venda, sociedade, etc.). Como dito, o objetivo era imprimir autonomia científica a este instituto jurídico.

O elemento comum a estas correntes doutrinárias consistia no fato que elas não apontavam a vontade das partes como o cerne da relação de emprego. Para justificar este entendimento, surgiram inúmeros posicionamentos.

O primeiro deles foi a teoria da relação do trabalho, a qual partia do princípio de que a vontade, e a liberdade, não tinham prevalência na constituição e desenvolvimento do trabalho subordinado, pois a prestação material de serviços, ou seja, a prática de atos de emprego no mundo físico e social, é que seria a fonte das relações jurídicas do trabalho, e não a vontade.

Desta forma, a natureza do trabalho seria uma relação jurídica objetiva, estabelecida entre um trabalhador e um empregador, independentemente do ato de sua origem<sup>33</sup>. Esta teoria teve marcante influência nas legislações latino-americanas, em especial no México e Argentina.

Outra teoria de caráter nitidamente anticontratuálista é a denominada institucionalista. Para seus defensores, as relações entre empregados e empregadores somente poderia ser entendida quando inserida numa comunidade econômica, constituída pela empresa. Desta forma, o empregado submeter-se-ia a uma situação estatutária, consumada, e nada criaria ou constituiria quando ingressa nesta empresa.<sup>34</sup> Esta teoria apresenta como objetivo central a eliminação do papel da vontade nesta relação jurídica específica, pois que a mesma seria irrelevante, ao considerar que o ingresso do trabalhador na empresa determinaria o nascimento da relação de emprego, independentemente a sua vontade.

Não obstante ser necessário reconhecer-se o esforço destas teorias, não se pode admitir que o empregado seja um ser autômato, o qual age sem nenhuma expressão de vontade, o que releva uma inaptidão destas correntes para justificar a real natureza da relação de emprego. Ademais, as referidas teorias anticontratuálistas constituem uma concepção autoritária, onde a liberdade e a vontade dos trabalhadores não possuem relevância.

---

<sup>33</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso...*, p. 311.

<sup>34</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Relação de Trabalho e Contrato de Trabalho*, in *Curso de Direito do Trabalho – Estudos em Memória de Célio Goyatá*, p. 228.

### 4.3. CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO

Segundo o raciocínio até então desenvolvido, reconhece-se um caráter fortemente contratual na relação de emprego, o qual lhe confere a natureza jurídica de um contrato. Isto porque a vontade não pode ser suprimida, com pretendem as teorias anticontratalistas, sendo a sua presença essencial à configuração do vínculo jurídico que se estabelece entre empregado e empregador, sendo inclusive este o aspecto basilar que separa o trabalho livre dos servis, sob o ponto de vista jurídico.<sup>35</sup> Mas isto não significa que se admita a autonomia da vontade, pois ela é entendida aqui como expressão íntima do querer, limitada à inserção em uma dada situação jurídica.

Assim, como bem assevera Aldacy Rachid Coutinho, não aceitar a contratualidade seria negar a personalidade e a própria liberdade.<sup>36</sup>

Desta modo, ainda que com limitada autonomia e liberdade, não há como se negar a natureza contratual do vínculo empregatício, pois mesmo que seu papel não seja o central, a vontade existe, ao menos como impulso, coadunando-se no consentir na celebração do contrato, além de poder fixar seu conteúdo, para além dos limites legais.

Contudo, isto não significa que seja um contrato semelhante às figuras tradicionais do Direito Civil, tratando-se, na verdade, de uma relação jurídica distinta<sup>37</sup>, marcada pela circunstância de que sua obrigação de fazer, que é seu objeto, se concretiza de uma forma subordinada à vontade e interesse de outrem<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Relação...*, p. 225.

<sup>36</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função Social...*, p. 34.

<sup>37</sup> POZZO, Juan D. *Derecho del Trabajo*, p. 504: "Como ha podido verse, el contrato de trabajo tiene relaciones y algunas semejanzas con vários institutos del derecho civil, la locación de servicios, la locación de obra, la sociedad, la compraventa, el mandato, etc., pero pese a sus semejanzas que podrían llevar a una asimilación entre dichos institutos, el hecho verdadero es que resulta imposible aplicar al contrato de trabajo las normas referentes a la locación, a la compraventa, a la sociedad o al mandato. Es que, pese a su origen civilista y a sus analogías con otros contratos en los cuales predomina el contenido patrimonial de las obligaciones, en el contrato de trabajo, sin que podamos desconocerle un carácter patrimonial, predomina en cambio el elemento personal, ya que debe reconocerse con Lotmar, que el objeto de la prestación del trabajador, su fuerza de trabajo, no es algo que pertenezca a su patrimonio. Debemos pues necesariamente concebir al contrato de trabajo, como formando una categoría o especie autónoma entre los contratos de carácter patrimonial y personal a la vez."

<sup>38</sup> Para Maurício Godinho Delgado, em seu recentíssimo *Curso de Direito do Trabalho*, p. 310, a principal característica do contrato de trabalho seria justamente uma ausência de conteúdo específico, pois qualquer obrigação de fazer, lícita, nele pode estar contida, desde que realizada em estado de subordinação, com personalidade, não eventualidade e onerosamente.

Embora a doutrina dominante do Direito do Trabalho, bem como a própria Consolidação das Leis do Trabalho, assim também reconheçam seu caráter contratual, vê-se que suas concepções não se apresentam em consonância com o novo modelo jurídico imposto pela Constituição Federal de 1988, bem como com a nova teoria contratual geral trazida no novo Código Civil, que entra em vigor em janeiro/2003.

Desta forma, insurge-se como necessária uma re-análise dos conceitos e fundamentos até então vinculados ao contrato de trabalho, no intuito de atingir uma visão adequada ao novo sistema legal.

#### **4.4. OPÇÃO DO LEGISLADOR NA CLT**

Antes de analisar-se o conceito legal do contrato de trabalho, cumpre ainda realizar alguns esclarecimentos quanto a nomenclatura adotada no presente trabalho. Embora o tema não mais suscite tanta polêmica, como o fazia até algumas décadas atrás, muitos autores<sup>39</sup> ainda preferem a expressão “contrato de emprego”. Isto porque o trabalho prestado de forma subordinada criaria uma relação jurídica especial, que não é a relação de trabalho, genericamente considerada, mas sim uma relação de emprego, de forma que o nome do contrato deveria corresponder ao nome da relação jurídica a que dá origem.

Não obstante tecnicamente estar correta tal observação, tem-se que a praxe e a aceitação universal da expressão “contrato de trabalho” colocaram à margem das preocupações mais importantes do Direito do Trabalho a discussão da nomenclatura, razão pela qual o presente trabalho utiliza, alternativamente, como sinônimas tanto as expressões contrato de trabalho e contrato de emprego.

Ainda, fala-se em contrato de trabalho no sentido de representar o contrato individual de trabalho, posto ser este o objeto da pesquisa, razão pela qual não serão abordados aspectos dos contratos coletivos de trabalho.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Como José Martins Catharino, por exemplo.

<sup>40</sup> Mozart Victor Russomano aponta com correção que o conceito de contrato de trabalho parte da circunstância de que o mundo contratual trabalhista está dividido em dois hemisférios: o das relações contratuais individuais, e das relações contratuais coletivas. Ou seja, contrato de trabalho não é apenas o individualmente celebrado, mas também o realizado através de convenção ou acordo coletivo.

Superados estes esclarecimentos, prepara-se para o estudo do tratamento dispensado pelo direito positivo ao contrato de trabalho individual.

Assim, a Consolidação das Leis do Trabalho trouxe, em seu artigo 442, a seguinte definição para o contrato de trabalho: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Como se depreende do próprio texto legal, não se observou a melhor técnica de construção de definições, pois o referido conceito não revela os elementos integrantes do contrato de trabalho, além de produzir um círculo vicioso de afirmações, ao definir que contrato de trabalho corresponde à relação de emprego, a que por sua vez corresponderá ao contrato de trabalho.<sup>41</sup> Como bem observa Orlando Gomes, o conceito é tecnicamente insustentável, pois dizer que o contrato corresponde à relação jurídica que o informa importa redundância, visto que todo contrato é o aspecto subjetivo da relação, com ela se confundindo. Conseqüentemente, a dissociação entre as duas idéias é uma pura abstração do espírito. Portanto, a correspondência é logicamente necessária, tendo sido redundantemente albergada pelo legislador.<sup>42</sup>

Na realidade, o consolidador apenas promoveu um “acordo teórico”<sup>43</sup> entre as correntes contratualistas e anticontratualistas existentes na época da elaboração da CLT, revelando a um só tempo tanto a noção de contrato, como de relação de emprego.

Justamente por esta imprecisão conceitual do texto legal, a doutrina trabalhista apressou-se em elaborar seus próprios conceitos de contrato de trabalho, cuja análise importa no presente momento.

---

<sup>41</sup> MARANHÃO, Délio. Instituições..., p. 230: “Há, nessa definição, um misto de contratualidade e institucionalismo. Na verdade, giram em torno de um círculo vicioso, ela nada esclarece a respeito daquilo que pretende explicar.”

<sup>42</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 119.

<sup>43</sup> expressão utilizada por DELGADO, Maurício Godinho. *Curso...*, p. 478.

#### 4.5. CONCEPÇÃO DOMINANTE NA DOUTRINA JUSLABORALISTA

Apesar de alguma divergência entre os maiores e mais renomados autores trabalhistas, o conceito de contrato de trabalho apresenta-se praticamente como um tema uniforme. Assim, acolhe-se uma postura contratualista a partir da autonomia da vontade, sedimentando a existência jurídica de uma relação obrigacional como decorrência de um contrato individual de trabalho.<sup>44</sup>

Tecnicamente, contrato de trabalho é definido como um acordo de vontades, pelo qual uma parte coloca à disposição de outra seus serviços pessoais, não eventuais e subordinados, mediante contraprestação de natureza salarial.

Analisando este conceito, obtido do senso comum do juslaboralistas pesquisados, pode-se ainda verificar uma série de características também apontadas pelo autores trabalhistas.

Assim, segundo o entendimento dominante, o contrato de trabalho seria um ato jurídico bilateral, que dependeria da livre manifestação da vontade de ambas as partes, para que sua celebração fosse válida e pudesse surtir todos os efeitos práticos garantidos pela ordem jurídica.<sup>45</sup>

Portanto, seria um contrato de direito privado,<sup>46</sup> pois a grande presença de normas cogentes no Direito do Trabalho não situaria esse contrato no Direito Público ou em um *tertius genus*, Direito Social, dado que tal circunstância não altera a natureza fundamental da relação jurídica firmada no pacto.

A conseqüência deste entendimento é que “as partes contratuais estariam em posição de igualdade jurídica formal. A preservação do contrato de trabalho na área do Direito Privado traduz, assim, o reconhecimento da ênfase à liberdade no conteúdo próprio da relação sócio-jurídica empregatícia, uma vez que a vontade do

---

<sup>44</sup> RACHID, Aldacy Rachid. *Função Social...*, p.33.

<sup>45</sup> MORAIS FILHO, Evaristo de. *Introdução...*, p. 249.

<sup>46</sup> Este entendimento também é manifestado pela doutrina estrangeira, como a alemã, por exemplo, como se observa nas palavras de KAUFMANN, Otto, KESSLER, Francis, KÖHLER, Peter. *Le Droit Social en Allemagne*, p. 61: “Le contrat de travail est considéré comme un contrat synallagmatique, como une forme du contrat de services soumis au droit privé, en vertu duquel l’une des parties contractantes s’engage à accomplir un travail et l’autre à payer la rémunération convenue.” Assim também em BOLANÓS, Jose Antonio Capilla. *Curso...*, p. 75: “Las notas características de este contrato de trabajo autónomo, pudiéramos resumirlas en las siguientes: Es un contrato bilateral, un contrato oneroso, sinalagmático, consensual, conmutativo, no solemne ni formal y un contrato de tracto sucesivo.”

sujeito contratual é a projeção jurídica, no âmbito de uma relação jurídica bilateral, da idéia mais ampla de liberdade.”<sup>47</sup>

Ainda, ele inserir-se-ia no universo dos contratos de atividade, com prestações de trato sucessivo. Ou seja, perpetuaria uma relação de débito e crédito, de forma que não se exauriria numa só operação, mas se realiza paulatinamente através da continuidade de operações de prestação e contraprestação.

Seria sinalagmático, pois as partes se obrigam reciprocamente, com prestações livremente assumidas desde o início; e comutativo, haja vista que deveria haver uma equivalência entre a prestação de trabalho e a contraprestação salarial.<sup>48</sup> E, consensual, na medida que não se trata de um negócio jurídico solene nem formal.<sup>49</sup>

Por fim, seria concluído *intuito personae* quanto ao empregado, que deve prestar o serviço de forma pessoal, visto que a pessoalidade é um dos requisitos legais expressos para o reconhecimento do vínculo empregatício; e oneroso, pois é prestado mediante o pagamento de salário. Dele ainda podem surgir inúmeros outros contratos acessórios.

Alguns autores ainda definem o contrato de trabalho como um contrato por adesão, pois nele estaria reduzida a fase de negociações pré-contratuais, visto que o empregado adere às condições oferecidas pelo empregador, de forma que as cláusulas essenciais são estabelecidas de antemão por uma das partes para todos que vierem com ela contratar.<sup>50</sup>

Ou seja, empregado e empregador não negociariam livremente as condições de realização do trabalho, posto que o trabalhador, diante da própria necessidade de

---

<sup>47</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Relação...*, p. 238.

<sup>48</sup> A crítica que pode ser feita aos autores trabalhistas inicia-se na própria definição do contrato de trabalho como “comutativo”, pois que as prestações nunca serão equivalentes, pois é da diferença entre a prestação de trabalho e a contraprestação do salário que o empregador obtém o seu lucro (mais-valia).

<sup>49</sup> Esta seria a principal característica do contrato de trabalho para RUSSOMANO, Mozart Victor, *Curso...*, p. 94: “a grande característica do contrato de trabalho é, precisamente, a ausência de formalismos, a extraordinária simplicidade de sua celebração, no seu feitiço ordinário. (...) Quando, na lei nacional, se encontram requisitos formais exigidos, taxativamente, em matéria de contratação trabalhista, podemos estar certos de que isso decorre da necessidade, em certos casos determinados, de se dar efetiva proteção ao trabalhador. É o caso típico do contrato de aprendizagem, revestido de numerosos requisitos essenciais à sua legitimidade, para se impedir que, sob o rótulo de aprendizagem, sejam contratados trabalhadores menores, sem nenhuma oportunidade efetiva de aperfeiçoamento profissional.”

<sup>50</sup> Apenas para exemplificar, assim se posicionam *Evaristo de Moraes Filho, José Affonso Dallegrave Neto e Élon Gottschalk*.

subsistência, aceitaria as condições impostas pelo patrão, que organiza a atividade econômica, sem que pudesse regatear.

Assim, o contrato de trabalho, para estes autores, enquadra-se perfeitamente a um contrato de adesão, cujas cláusulas são preestabelecidas por um dos sujeitos, unilateralmente, que é economicamente mais forte, sem que o outro contratante, mais fraco, possa discutir ou modificar o contrato.

Contudo, esta posição também é fortemente rechaçada, inclusive por Russomano<sup>51</sup>, que bem lembra que alguns empregados, principalmente os mais qualificados, discutem as cláusulas de seu contrato, antes de firma-lo, inclusive impondo algumas condições de trabalho. Portanto, se isto é possível, não se pode qualificar o contrato de trabalho como sendo de adesão.

Com correção observa ainda Aldacy Rachid Coutinho, que o contrato de trabalho mais se aproxima de um “contrato dirigido”, visto sua disciplina jurídica e pela negociação coletiva, do que a um contrato de adesão. Desta forma, mais que a manifestação unilateral e impositiva do empregador, o contrato de trabalho reflete um conteúdo de acordo com as normas ditadas pela legislação, às quais o empregador também deve aderir em bloco. Ou seja, ambos os sujeitos têm suas vontades limitadas aos ditames legais, e não apenas o trabalhador.<sup>52</sup>

Por fim, cumpre ainda destacar que a conceituação aqui trazida não reflete um posicionamento unânime na doutrina trabalhista, contudo é o entendimento até então cristalizado pelos autores de maior renome. Pode-se inclusive verificar uma razão histórica para tanto, haja vista que tais estudos coadunam-se com a legislação constante da Consolidação das Leis do Trabalho, advinda do período getulista, mostrando-se principalmente inspirados pelos ideais liberais recepcionados pelo Código Civil de 1916, ainda em vigor.

Não obstante já surjam muitas vozes postulando uma reforma nesta concepção, que também pode ser chamada de “clássica” do contrato de trabalho, a

---

<sup>51</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 98.

<sup>52</sup> RACHID, Aldacy Rachid. *Função Social...*, p. 38: “A intervenção estatal, procedida em nome do interesse público, limita o poder do empregador e restringe a manifestação da vontade criadora dos sujeitos contratantes, reconhecendo nas contingências sociais e econômicas do trabalhador uma condição de desigualdade substancial que merece proteção jurídica, tanto no momento da pactuação, quanto também na execução. (...) Tanto que somente poderiam ambas as partes contratantes pactuar livremente além do conteúdo mínimo e dentro dos patamares máximos previstos pelas normas jurídicas e, ainda, alterar cláusulas contratuais se, e somente se, por livre manifestação de vontade bilateral e desde que não prejudiciais ao empregado.”

mudança de toda uma mentalidade consolidada não se opera instantaneamente, mas ao contrário, sendo necessário um processo gradativo de reconhecimento da inadequação desta conceituação de contrato de trabalho à nova realidade jurídica, com o advento da Carta Constitucional e do novo Código Civil.

## 5. NOVAS PERSPECTIVAS PARA O CONTRATO DE TRABALHO

Novamente seguindo os ensinamentos de Aldacy Rachid Coutinho, tem-se que uma análise mais apurada do tema pode permitir um novo enfoque ao contrato de trabalho, desvinculando-o do individualismo tão impregnado nas considerações até então apontadas pelos juslaboralistas ditos “clássicos”, possibilitando uma redenção da contratualidade.

Isto porque o Direito do Trabalho já traz em si uma nova concepção de contrato, sustentada na autonomia privada, mediante a qual a condição social e econômica das pessoas envolvidas o dimensiona para uma postura jurídica promotora de uma igualdade, recusando a vontade como elemento nuclear, na busca de se atingir uma finalidade coletiva. Tal conclusão decorre do fato que o direito do trabalho jamais teve uma real perspectiva individualista, pois que inclusive nasceu como um direito de classe, onde se previa a restrição da manifestação da vontade individual ante às disposições coletivas.<sup>53</sup>

Contudo, para se atingir tal meta, imprescindível também deixar-se para trás o pressuposto de que os contratos, incluindo o de trabalho, possuem como função precípua a circulação de riquezas simplesmente, assumindo um comprometimento com a idéia de função social a ser desempenhada pelo contrato de emprego.

Assim, importa a superação da noção de contrato como sinônimo de operação econômica,<sup>54</sup> para empregar a expressão de Enzo Roppo, e de que ele não poderia ser considerado um fim em si mesmo, mas sempre em vista, em função da operação econômica da qual ele representa como sua veste exterior.

A adoção deste entendimento como ponto de partida pode levar à descoberta de um verdadeiro mundo novo para a contratualidade no Direito do Trabalho, permitindo uma melhor adequação de suas concepções à atual realidade constitucional, na superação do individualismo rumo à solidariedade contratual.

---

<sup>53</sup> RACHID, Aldacy Rachid. *Função Social...*, p.33.

<sup>54</sup> ROPPO, Enzo. *Do Contrato...*, p. 09.

## 5.1. SUPERAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

As incursões teóricas até aqui realizadas fornecem fortes indícios para a segura afirmação de que a autonomia da vontade deve ser superada num novo pensar, no que tange ao contrato de trabalho.

Saliente-se que esta preocupação a muito já vem sendo manifestada por autores civilistas, cujas obras buscam justamente um novo modelo contratual, mais adequado à realidade atual.

O enfoque a ser dado principia-se no reconhecimento que o contrato de trabalho configura-se como espécie distinta de contrato, razão pela qual as tentativas de enquadrá-los dentro das concepções civilistas se mostram inadequadas.

Isto porque a própria prestação de serviços subordinados, objeto do contrato, não comporta o entendimento de simples manifestação de vontade, posto que o trabalho em si não representa um interesse isolado de uma das partes. Ao contrário, pois que o trabalho ocupa relevante papel, não só jurídico, mas principalmente social<sup>55</sup>. Ou seja, por sua própria natureza, o contrato de trabalho exige a superação da autonomia da vontade em prol de um interesse coletivo maior. E é justamente a passagem para esta concepção que se constitui no problema objeto da presente monografia.

Saliente-se que este referido papel social inclusive foi reconhecido pela Carta Constitucional, que relaciona diretamente a dignidade da pessoa humana, que é princípio reitor da sociedade, albergado em seu art. 1º, III,<sup>56</sup> ao princípio da valorização do trabalho humano, previsto no art. 170, caput<sup>57</sup>. Assim, somente pela

---

<sup>55</sup> NASCIMENTO, Marilza Geralda do. *O Trabalho como Valor: um Clássico Debate e o Contexto da Realidade Contemporânea*, p. 12: “No sistema capitalista e na sociedade contemporânea, o trabalho é concebido como valor econômico, social e humano, sendo que as suas formas degradantes e precárias, como a falta do trabalho, são o antivalor e frustam a vocação do valor de se realizar a história.”

<sup>56</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.”

<sup>57</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

realização do direito ao trabalho, constante do art. 6º. do texto constitucional<sup>58</sup>, é que se terá preenchido o conteúdo reclamado pelos princípios basilares do ordenamento jurídico-constitucional.

Diferentemente do que se pudesse pensar num primeiro momento, o princípio da dignidade da pessoa humana não está apenas relacionado às liberdades públicas, mas a todos os direitos fundamentais, em especial, ao direito ao trabalho, principalmente consubstanciado na figura jurídica do contrato de trabalho.<sup>59</sup>

Assim o ordenamento econômico, segundo o atual modelo constitucional, não está voltado exclusivamente para o indivíduo, e sim para a coletividade. Destarte, a garantia do livre exercício da atividade econômica somente subsistirá quando a economia for capaz de solucionar a questão do emprego, pois o direito a um trabalho remunerado é essencial à dignidade humana.<sup>60</sup>

Em outras palavras, ainda que se considerasse que a principal função do contrato de trabalho fosse a circulação de riquezas, que não o é, este papel somente seria cumprido quando garantidas as condições mínimas de prestação de serviços digno.

Com isto, pode-se concluir que o cerne da contratualidade no Direito do Trabalho está muito além da simples autonomia da vontade, pois sua razão de ser implica no cumprimento de uma função social, qual seja, de permitir a concretização da dignidade humana, princípio fundamental do próprio Estado brasileiro.

Por estes motivos, ainda que o estudo da contratualidade trabalhista parta da concepção de vontade, manifestada sem vícios, como elemento formador do contrato de trabalho, posto que a sua ausência poderia levar a conclusão da existência de trabalho servil, a sua interpretação não corresponde mais ao dogma típico do individualismo, pois que inerente o interesse coletivo, entendido como sinônimo de social.

---

<sup>58</sup> “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.”

<sup>59</sup> NASCIMENTO, Marilza Geralda do. *O Trabalho...*, p. 11: “Na sociedade derivada do sistema capitalista, o trabalho, portanto, é valor fundante da dignidade humana, compreendido este valor como fundado. A Constituição da República de 1988 veio corroborar tal assertiva no art. 1º, em que o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana forma erigidos a princípios fundamentais e nos artigos 6º e 7º, em que o trabalho é reconhecido como direito social. Além disso, dispõe que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, prevendo a busca do pleno emprego e que a ordem social tem como base o primado do trabalho.”

<sup>60</sup> LEDUR, José Felipe. *A Realização do Direito ao Trabalho*, p. 99.

Isto porque o poder da autonomia da vontade foi superado pela autonomia privada, entendida como àquela reconhecida pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, as partes estabelecem suas obrigações não apenas segundo o seu absoluto querer, mas sim de acordo com o que o sistema jurídico lhe reconhece. Considerando que o ápice deste sistema encontra-se na Constituição Federal, e que esta vincula diretamente a liberdade econômica ao trabalho, e este à dignidade humana, conclui-se que somente há que se falar em autonomia privada quando respeitado o papel social desempenhado pelo contrato de trabalho.

Neste sentido, pode-se considerar que o contrato de trabalho parte da autonomia privada, visto que o regramento legal reconhece às partes o poder de escolha entre contratar ou não, dentro dos limites do conteúdo mínimo garantido ao trabalhador.

Uma vez entendida a questão da vontade no contrato de trabalho, cabe ainda analisar as suas formas de expressão na formação do vínculo empregatício. Ou seja, este querer das partes, tido como necessário na formação do vínculo empregatício, pode se manifestar de diversos modos, seja expresso (verbal ou escrito), seja tácito.

A análise desta dita manifestação, que como dito pode inclusive ser tácita,<sup>61</sup> pode auxiliar no reconhecimento de um contrato de trabalho, o que levará a inserção desta situação jurídica dentro de um ordenamento jurídico próprio, regido pelos princípios e metas anteriormente descritos, nunca perdendo de vista a necessidade do cumprimento de sua função social, como certificação de validade da própria atividade econômica conexa ao trabalho prestado.

## **5.2. CONTRATO POR COMPORTAMENTO CONCLUDENTE**

Como dito, a própria legislação ordinária pátria conceitua o contrato de trabalho como sendo um acordo de vontades. Contudo, a realidade mostra que este acordo geralmente não se consubstancia na forma escrita, muitas vezes não sendo sequer expresso.

---

<sup>61</sup> CLT, “Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

Atento a esta concretude o legislador consolidador preocupou-se em reconhecer expressamente a possibilidade de celebração de um contrato de trabalho de forma tácita.<sup>62</sup> Contudo, a interpretação que a doutrina trabalhista majoritária dispensou a esta disposição celetária não corresponde, talvez, a seu real sentido.

Isto porque parte-se do raciocínio que o vínculo obrigacional estabelecido entre empregado e empregador, perceptível no mundo dos fatos, é fruto do contrato de trabalho. Novamente a necessidade de moldar-se o contrato de trabalho às categorias contratuais civilistas superou a natureza extraordinária do mesmo.

Em outras palavras, da celebração do contrato é que, supostamente, faz surgir a relação de emprego, entendida como o vínculo jurídico estabelecido entre o trabalhador subordinado e o tomador da prestação destes serviços. E diante de tal concepção, tornou-se imperioso o reconhecimento da consumação do contrato, ainda que através de uma manifestação de vontade tácita.

Tal entendimento doutrinário pode ser aferido pela obra do ilustre autor Délio Maranhão, onde afirma-se que relação jurídica de trabalho é aquela que resulta de um contrato de trabalho; denominando-se de “relação de emprego” quando se trata de um contrato de trabalho subordinado.<sup>63</sup>

Entretanto, crê-se que haveria mais acerto quando se perfilha aos ensinamentos de Emílio Betti, e sua teoria sobre o comportamento concludente, posto que permitiria caminhar-se um passo à frente na superação da autonomia da vontade nos contratos de trabalho, possibilitando a sua configuração mesmo nos casos em que, aparentemente, não existiu vontade de contratar.<sup>64</sup> A mesma preocupação também já foi demonstrada, ainda que de forma mais tímida, por alguns juslaboralistas nacionais, como Russomano e Amauri Mascaro Nascimento, quando tratam do acordo tácito de vontades.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> CLT, Art. 442.

<sup>63</sup> MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 227.

<sup>64</sup> Também neste sentido, COUTINHO, Aldacy Rachid. *Subordinação Jurídica*, p. 02: “A configuração de um contrato de trabalho e, portanto, da existência de trabalho subordinado, independe de qualquer manifestação volitiva das partes, da denominação ou da formalização de um pacto, mas das condições reais da prestação de trabalho, máxime diante da informalidade que gravita em torno dos vínculos estabelecidos.”

<sup>65</sup> Embora não utilize a expressão “comportamento concludente”, Russomano transmite a mesma idéia quando afirma que o contrato de trabalho pode surgir do simples fato concreto da prestação de serviços, uma vez reunidas as características essenciais na definição legal de empregado. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 94: “Nessa eventualidade, o contrato nasce,

Segundo o mestre italiano, tem-se que comportamento concludente corresponde àquele que, embora não seja deliberadamente destinado a dar notícia de um determinado conteúdo preceptivo, pode adquirir um significado e valor de declaração, na medida que torna reconhecível, segundo a experiência comum, a tomada de uma posição em relação a algum interesse que afeta a esfera jurídica alheia.

Ou seja, o comportamento qualifica-se como concludente quando impõe uma conclusão lógica, que não se fundamenta na consciência do agente, mas sobre o espírito da coerência que deve informar qualquer comportamento entre membros da sociedade, e sobre a auto-responsabilidade que se liga, por uma exigência social, ao ônus de reconhecimento.<sup>66</sup>

Ressalte-se que não se trata de inferir da atitude exterior a existência de uma vontade meramente interna, mas sim de se extrair da conduta, inserida num dado conjunto de circunstâncias, o significado objetivo do próprio negócio jurídico, o qual não está explícito, mas sendo aferido de uma forma indireta.

Como se pode verificar, esta lição de Emílio Betti, que prevê a formação do negócio jurídico através de uma declaração de vontade implícita - mas existente, ainda que apenas na forma de impulso para o próprio comportamento - manifestada pelo comportamento tido como concludente, aplica-se com perfeição à contratualidade trabalhista.

Considerando a expressa previsão do art. 442 da CLT, que permite a formação do contrato de trabalho de forma tácita, basta que o trabalhador se comporte como se empregado fosse, prestando serviços de forma habitual, pessoal e subordinada, ainda que assim não tenha assentido expressamente, e que o receptor deste serviço não lhe oponha resistência, mas ao contrário, lhe remunerando pela prestação de serviços recebida, tem-se formado o vínculo empregatício. Ou seja, nasce o próprio contrato de trabalho.

Avançando nesta linha de raciocínio, trilhando ainda a doutrina italiana, ousa-se inclusive afirmar que a configuração do contrato de trabalho pode se consumir

---

espontaneamente, dos acontecimentos cotidianos e produz todos os seus efeitos jurídicos. A lei nacional, mesmo sendo redundante, talvez por isso mesmo, pôs tônica forte na possibilidade da contratação tácita, em matéria trabalhista, lançando a afirmativa sucessivamente, nos arts. 442 e 443 da Consolidação."

<sup>66</sup> BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 269.

ainda que o empregador nada faça, apenas recebendo passivamente, e sem resistência, a prestação de serviços do empregado.<sup>67</sup>

Pois que o empregador, tendo a concreta possibilidade, o interesse e o dever de falar, e em particular, de contradizer, omite-se conscientemente de fazê-lo perante aqueles a quem deveria, de declarar a sua oposição, no caso, o trabalhador, faz uma declaração silenciosa de consentimento.<sup>68</sup>

Saliente-se, que este entendimento exige, ainda, uma nova compreensão de subordinação, pois como explicar que o trabalhador se comportaria como empregado subordinado se o empregador mantém-se no silêncio, não emanando ordens diretas sobre o mesmo?

Todavia, tal aparente empecilho ao reconhecimento de vínculo empregatício, ainda que através da conduta omissiva do receptor do serviço prestado, é superado por uma concepção, que já vem se afirmando inclusive em nossos tribunais<sup>69</sup>, de subordinação objetiva, superando-se os limites impostos pela subordinação subjetiva, que nem sempre é aferível.

Desta forma, nas palavras de Aldacy Rachid Coutinho, para além da subordinação subjetiva, consolidada na situação de não-poder, é possível acolher critérios objetivos de comprovação de subordinação, inclusive de ordem técnica ou econômica, como a integração em um serviço organizado ou a participação em uma empresa de outrem que se apropria da mais-valia.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Em tal sentido, já se manifestou NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*, p. 142: "O ajuste tácito é caracterizado pela inexistência de palavras escritas ou verbais, sendo depreendido em decorrência de um comportamento. Será a prestação de serviços de alguém, sem oposição de outrem para que é dirigida, o comportamento do qual são tiradas as conclusões indicativas de que há um vínculo de emprego. (...) Há uma frase popular que ajuda a compreender o que é o ajuste tácito: quem cala consente. Se alguém aproveita o trabalho de outrem, está, ainda que silenciando, beneficiando-se com o seu serviço e obrigando-se como empregador."

<sup>68</sup> O autor italiano - BETTI, Emílio. *Teoria...*, p. 274 - inova mais uma vez a teoria da formação do negócio jurídico, ao admitir a sua formação através do que ele denomina de conduta omissiva. Assim, a declaração de sua vontade se manifestaria pelo silêncio, entendido como não oposição à conduta praticada pela outra parte.

<sup>69</sup> Neste sentido já se manifestou o TRT 9ª Região, em Recurso Ordinário n. 5.979/1999 – Ac. 11.154/2000, da 2ª T, Rel. Juíza Ana Carolina Zaina, p. DJPR de 26.05.2000: "VINCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO PARA AFERIÇÃO. Sendo o Direito do Trabalho dinâmico, deve obrigatoriamente acompanhar a evolução social. Portanto, em lides que envolvam questão acerca da existência de vínculo empregatício, a subordinação não pode ser aferida exclusivamente com base no critério tradicional, qual seja, ao poder de mando corresponde o dever de obediência (ângulo subjetivo). Mostrando-se inquestionável que ocorre a participação integrativa da função do trabalhador na atividade a que se propõe o réu, sendo aquela essencial à consecução dos fins por este almejados, a subordinação, sob o prisma objetivo, também é insofismável."

<sup>70</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. *Subordinação...*, p. 04.

Assim, tem-se que satisfeitas todas as condições necessárias ao reconhecimento da formação de um contrato de trabalho por comportamento concludente das partes, e inclusive pelo silêncio consciencioso do empregador. E, como afirmado no início, este entendimento está em plena conformidade com a legislação positivada, visto que o art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho permite a formação do vínculo empregatício de modo tácito.

Com isto, permite-se ao operador do Direito o uso de um eficiente instrumento para a aferição da consubstanciação de um contrato de trabalho numa dada situação posta, superando-se a máxima de que o vínculo empregatício exige a comprovação expressa do *animus contrahendi*,<sup>71</sup> tão corriqueiramente, e infelizmente, invocada pela jurisprudência trabalhista, inclusive pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, crê-se serem estes os novos rumos a serem seguidos pela contratualidade no Direito do Trabalho, objetivando sempre a efetivação dos princípios constitucionais do pleno emprego e dignidade da pessoal humana, através de uma visão funcionalizada socialmente dos contratos de trabalho.

Uma vez verificado que a crise da contratualidade também afetou o conceito clássico de contrato de trabalho, exigindo a superação do modelo posto na busca de uma adequação ao novo ordenamento jurídico-constitucional, cumpre ainda analisar a inserção dos contratos de trabalho a prazo determinado no que se tem até o momento dito, que por ser uma categoria tão excepcional na contratualidade trabalhista, merece um estudo um pouco mais apurado de sua estrutura.

---

<sup>71</sup> Neste sentido, TST, em Recurso de Revista n. 28.184/91, Acórdão 2.964/92, da 2ª T, Relator Ministro Ney Doyle: "Para a comprovação de pacto laboral figuram como pressupostos, entre outros, o "animus contrahendi" e o pagamento de salários. I - inocorrendo estes elementos necessários a configuração da relação empregatícia, o enquadramento jurídico dos fatos deve ser reformado para concluir-se pela inexistência de contrato de trabalho entre as partes."

## 6. CONCEITO E TIPICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO A PRAZO DETERMINADO

O conceito e a extensão de contrato de trabalho certamente são dos pontos mais nevrálgicos do Direito do Trabalho, o que é justificável, visto que é a partir de sua configuração que as partes inserir-se-ão no regime jurídico especial que disciplina este instituto jurídico.

Contudo, o tema não se encerra nestes aspectos, pois são ainda inúmeros os demais elementos permeadores ao contrato de trabalho, razão pela qual o estudo completo desta figura jurídica seria impossível na presente monografia. Assim, fez-se imperioso limitar-se o objeto de análise a uma categoria especial, qual seja o contrato de trabalho com determinação de prazo.

O contrato de trabalho pode comportar uma série de classificações, mas certamente a mais relevante delas refere-se à duração de sua vigência. Neste sentido, a própria legislação pátria dividiu-o em contratos a prazo indeterminado e contratos a prazo determinado.<sup>72</sup>

Embora a distinção entre ambos não constitui, é certo, elemento essencial ao negócio jurídico, visto que a aposição de condição ou termo não altera a estrutura típica da relação jurídica, a sua separação importa, porque não se aplicam aos dois as mesmas regras jurídicas em determinadas situações.<sup>73</sup>

Assim, pode-se afirmar que contrato de trabalho por prazo indeterminado é aquele em que as partes, ao celebra-lo, não estipulam a sua duração, nem prefixam o seu termo extintivo. Já o contrato de trabalho a prazo determinado, ao contrário, é aquele em que os contratantes limitam a sua duração, predeterminam o seu fim,

---

<sup>72</sup> Art. 443 da CLT: "O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado." - A simples denominação demonstra a falta de preocupação do legislador com o rigor técnico, pois obviamente um contrato a prazo sempre terá uma limitação temporal, pois que o próprio nome assim já informa, por ser *a prazo*. Da mesma forma, o contrato, impropriamente denominado de a prazo indeterminado, na verdade não é um contrato *a prazo*, visto que não possui uma delimitação temporal de vigência. Em relação à denominação, com maior acerto tratam os autores espanhóis ao dividirem o contrato de trabalho em *contratos indefinidos e por tiempo determinado*. Neste sentido: BOLANÓS, José Antonio Capilla. *Curso...*, p. 100: "He aquí que ante tan elemental consideración, los contratos de trabajo, atendiendo al criterio de su duración, se dividen en *contratos indefinidos y por tiempo determinado*, fórmula esta última que, únicamente, puede ser utilizada en los supuestos y condiciones que la Ley determina, porque el principio general es el del carácter indefinido de la relación laboral."

<sup>73</sup> Esta preocupação foi demonstrada por Orlando Gomes e Elson Gottschalk, em *Curso de Direito do Trabalho*, p. 171.

sendo que esta limitação pode ser fixada por unidade de tempo ou pela natureza do serviço a ser prestado pelo empregado. Na primeira hipótese, o tempo extintivo é certo, como também o é o evento, sendo que na segunda possibilidade de limitação da duração, apenas o evento é certo, pois o empregado sabe que o contrato se extinguirá, mas ignora o quando.<sup>74</sup>

Desta simples conceituação, conclui-se que o contrato de trabalho a prazo é figura excepcional no ordenamento jurídico. Isto porque, como já abordado na conceituação do contrato de trabalho, uma de suas principais características encerra-se justamente em ser um contrato a trato sucessivo, no sentido que suas obrigações não são cumpridas de uma só vez, ao contrário, sucedendo-se em prestações e contraprestações.

Neste sentido, Milton Vasques Thibau de Almeida assevera que o princípio da continuidade da relação de emprego é que dá fundamento à própria existência científica do Direito do Trabalho, outorgando aos seus contratos a característica da indeterminação do tempo de duração.<sup>75</sup> Embora a afirmação do juslaboralista peque pelo exagero, certamente a ausência de uma prefixação do termo final constitui característica geral dos contratos de emprego.

Sendo assim, justifica-se a conclusão anterior, de que o contrato de trabalho com fixação de tempo de duração, então denominado contrato a prazo determinado, constitui exceção ao princípio da continuidade da relação de emprego, pois nele as partes inserem-se um termo ou condição para o seu término. Embora muitos autores não aceitem tratar-se de condição<sup>76</sup>, pois que a predeterminação do prazo decorreriam de fatores sócio-econômicos, tal discussão não será objeto de análise no momento.

Mas esta condição de excepcionalidade não foi sempre a marca dos contratos a prazo, pois quando a relação de emprego era ainda regida pelo Direito Civil, entendia-se que o contrato de trabalho deveria ter um prazo, à semelhança dos contratos comuns. Ademais, era preciso proteger a liberdade do trabalhador, de

---

<sup>74</sup> Ou nas palavras de MARTINS, Sérgio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 57, amparado no art. 443, §1º da CLT: "Contrato de trabalho a prazo determinado é o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada."

<sup>75</sup> ALMEIDA, Milton Vasques Thibau. *O Contrato de Experiência*, in *Curso de Direito do Trabalho – Estudos em Memória de Célio Goyatá*. Cood. **BARROS**, Alice Monteiro de, p. 466.

<sup>76</sup> Assim se posiciona Milton Vasques Thibau de Almeida.

forma que se proibiu a contratação “por toda a vida”. Com a autonomia do Direito do Trabalho, houve uma mudança de rota, pois percebeu-se que o contrato poderia não ter prazo, e que essa forma era mais benéfica ao trabalhador, pois não só permitia sua integração na empresa, mas também servia de suporte para a aquisição de vários direitos. Em razão disto, o contrato a prazo passou a ser a exceção, pois que menos benéfico ao trabalhador.<sup>77</sup>

Amauri Mascaro Nascimento traz uma definição simplista, mas bastante didática, ao tratar das modalidades do contrato de trabalho em relação ao prazo de duração, afirmando que uma relação de emprego pode se dar com prazo determinado ou não, e que a diferença pode depender da verificação da existência de ajuste ou não, já na contratação, do termo final. Se houve ajuste quanto à data ou condição de seu término, será denominado de contrato a prazo determinado, o que é uma exceção, pois a contratação indeterminada é a regra geral.<sup>78</sup>

Na verdade, o contrato de trabalho é um só, como também são os mesmo os seus componentes, seja um contrato com limitação temporal ou não. A diferença reside no acréscimo de um acessório ao modelo dito padrão, qual seja a determinação de um tempo certo para a sua vigência.

Contudo, justamente por se tratar de uma exceção, o mesmo não pode ser ajustado em qualquer situação, bastando assim o querer das partes, pois exige-se uma adequação às hipóteses legais de cabimento. Além disto, há que estar presente uma manifestação expressa do acréscimo desta condição especial que delimita o prazo.

Assim, crê-se concluir com razão o juslaboralista Amauri Mascaro Nascimento, quando afirma que o contrato a prazo é aquele em que as partes, na admissão do empregado, fixaram expressamente o seu termo final, sendo que se elas nada dispuseram, o contrato será considerado por prazo indeterminado, visto que é a forma comum, presumível sempre que existir alguma dúvida.<sup>79</sup> É a aplicação do brocardo jurídico de que o ordinário se presume, e o extraordinário deve ser provado.

---

<sup>77</sup> RENAULT, Luiz Otávio Linhares e VIANA, Márcio Túlio. *O que há de novo em Direito do Trabalho*, p. 379.

<sup>78</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*, p. 203.

<sup>79</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Introdução...*, p. 203.

Como visto, o contrato de trabalho a prazo determinado, não obstante possua a mesma natureza do contrato de trabalho indeterminado, possui ainda uma condição acessória, que lhe impinge a característica da limitação temporal.

Contudo, esta necessidade de expressa previsão da condição especial não afeta o entendimento de que o contrato de trabalho configura-se como um negócio jurídico por comportamento concludente, pois este cumpre a sua função de identificar a existência de uma relação empregatícia, mas não serve de resposta para esta condição acessória, a qual exige manifestação expressa das partes.

E nem poderia ser de outro modo, pois justamente por ser uma espécie excepcional na regra geral da contratualidade trabalhista, fundada na presunção da indeterminação temporal, a determinação do prazo somente existirá quando assim ficar determinado entre as partes.

Deste modo, esta modalidade especial demonstra de forma ainda mais marcante a expressão da autonomia privada, visto que reconhece às partes a faculdade de celebrarem um contrato de trabalho diverso do modelo típico, ainda que restritamente nas hipóteses legais permitidas. Ou seja, transparecem as duas características da autonomia privada, quais sejam, do reconhecimento da manifestação da vontade das partes, e a sua limitação pelo ordenamento jurídico.

## **6.1. HIPÓTESES LEGAIS DE CABIMENTO**

Como dito, os contratos com prefixação de prazo de duração constituem exceção à contratualidade trabalhista, pois rompem com o princípio da continuidade, que é dos principais nuances característicos do contrato de trabalho.

Ademais, os mesmos mostraram-se menos favoráveis aos trabalhadores, pois que lhes impede adquirir vários direitos, como a indenização da multa fundiária ao seu término e o aviso prévio.

A conjugação destes dois fatores fez com que o legislador restringisse as hipóteses de utilização desta modalidade contratual, especialmente considerando o seu forte caráter atrativo para o empregador, o qual se desincumbe de ônus pecuniários, tornando mais lucrativa a sua atividade.

Assim, estabeleceu-se expressamente que o contrato de trabalho a prazo determinado somente seria válido em se tratando de serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; em atividades empresariais de caráter transitório e para o contrato de experiência.<sup>80</sup>

Na primeira hipótese legal de cabimento – serviço transitório – o legislador contemplou os serviços de breve duração, de caráter transitório. Ou seja, o contrato a prazo pode ser empregado quando se tratar de prestação de serviços que se limita no tempo, ainda que a atividade da empresa não seja também provisória.

Em segundo lugar, autorizou-se o seu emprego nos casos em que a própria atividade empresarial é transitória, com existência limitada no tempo pelos fins a que se destina.

Por último, a contratação a prazo pode ainda ocorrer no contrato de experiência, hipótese esta mais utilizada e discutida de contratos a prazo determinado.

O contrato de experiência foi criado para cumprir uma dupla finalidade, tanto para com o empregador, quanto para o empregado. Ao empregador, ele lhe permite avaliar as aptidões técnicas do trabalhador, como ele se relaciona na estrutura da empresa e com os colegas de trabalho. Para o empregado, possibilita-lhe mensurar a conveniência das condições de trabalho postas pela empresa de acordo com seus interesses.<sup>81</sup>

Em relação à natureza desta espécie de contrato a prazo determinado, trata-se de tema controvertido na doutrina, onde pode-se identificar duas correntes.

Para alguns autores, o contrato de experiência é um contrato autônomo, preliminar, completamente separado do contrato que o seguirá.<sup>82</sup>

Enquanto para outros, o período de experiência é visto como uma cláusula de contrato de trabalho por prazo indeterminado, pois quando o empregado é admitido, a relação jurídica se desenvolverá sem prefixação do seu termo final, porém durante algum tempo ela estará sob condição suspensiva, para que o empregado demonstre aptidão, quando então pode ser desligado a qualquer tempo sem maiores ônus para o empregador. Esta condição para outros autores é resolutiva, sendo que o contrato

---

<sup>80</sup> Texto do art. 443, §2º da CLT.

<sup>81</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato...*, p. 138.

<sup>82</sup> Por exemplo, Sérgio Pinto Martins, Amauri Mascaro Nascimento e outros.

produziria deste logo todos os efeitos trabalhistas, porém uma vez desfavorável a experiência, o contrato resolve-se de pleno direito.<sup>83</sup>

Embora a discussão tenha suas razões, importa ressaltar que a lei lhe concedeu tratamento jurídico de contrato de trabalho a prazo determinado, motivo pelo qual, independentemente da natureza que se julgue ter, sua disciplina estará contida nos artigos 443 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

Além destas hipóteses previstas no § 2º. do artigo 443 da CLT, são ainda considerados contratos de trabalho a prazo determinado o contrato de técnico estrangeiro (Decreto-lei 691/69); de atleta profissional de futebol (artigo 3º. da Lei 6354/76); contrato de artistas (artigo 9º. da Lei 6533); contrato de aprendizagem (Decreto 31546/52); contrato de obra certa (Lei 2959/58) e o contrato de safra (artigo 14 da Lei 5889/73).

Por fim, a Lei 9601/98 introduziu uma modalidade especial de contrato de trabalho a prazo determinado, a ser pactuado mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, onde o empregador não é obrigado a justificar o motivo da contratação, não se aplicando o § 2º. do 443 da CLT. O objetivo foi o fomento de emprego, utilizando uma redução dos depósitos fundiários para apenas 2% como atrativo. O legislador brasileiro aparentemente não considerou o fracasso da tentativa espanhola que a partir de 1984 facilitou a contratação a prazo determinado no intuito de amenizar o desemprego, vendo-se novamente, a partir de 1997, obrigada a retornar ao modelo típico da contratação a tempo indefinido.<sup>84</sup>

Contudo, este é o panorama atual das possibilidades de contratação a tempo definido, segundo lhe permite o ordenamento jurídico.

---

<sup>83</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação...*, p. 206.

<sup>84</sup> BRAVO-FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y; DAL-RE, Fernando Valdés e BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Las Reformas Del Derecho Del Trabajo Español en el Gobierno Popular*, p. 09: "La reforma operada en el Estatuto de los Trabajadores por el RDL 5/2001 se ha centrado en três núcleos reguladores fundamentales: la prorroga del llamado contrato para el fomento de la contratación indefinida, la evitación de abusos en la contratación de duración determinada y la regulación del contrato a tiempo parcial, pero ha obviado introducir câmbios en la regulación del despido y su indemnización."

## 6.2. DA FUNÇÃO ECONÔMICA E DA ADEQUAÇÃO À SUA FUNÇÃO SOCIAL

As hipótese legais de cabimento do contrato a prazo determinado deixam transparecer a preocupação do legislador com o cumprimento da função econômica desta modalidade contratual.

Por ser mais vantajosa economicamente ao empregador, o qual é dispensado de uma série de encargos, como o pagamento de indenização no término do contrato, ou mesmo do aviso prévio, a contratação a prazo permite uma maior produção de riquezas em curto espaço de tempo, da mesma forma que exime o empregador da sobrecarga de pessoal após a cessação do acréscimo de serviço.

Amauri Mascaro Nascimento, quando aborda o conceito de serviços transitórios, justificadores do contrato a termo, é enfático ao afirmar que a contratação a prazo não é pertinente ao tipo de atividade do trabalhador, sendo medida em função das necessidades da empresa. Ou seja, esta contratação especial é permitida não para o atendimento do interesses do trabalhador, mas para possibilitar que o empregador, segundo as necessidades do empreendimento que desenvolve, possa evitar a sobrecarga pessoal.<sup>85</sup>

Destarte, verifica-se que os juslaboralistas preocupam-se em analisar a contratação a termo apenas em relação à função econômica existente, de resolver uma necessidade de serviço transitória, estando à margem de qualquer preocupação com a função social deste instituto, sem a qual não poderia encontrar amparo no ordenamento jurídico-constitucional.

Todavia, como já dito, o contrato a termo não se distingue, seja em natureza ou substância, do contrato a tempo indefinido, visto que seu discernimento deve-se a existência de condição acessória que lhe impinge uma limitação temporal. Assim sendo, tem-se que também há que se respeitar o fundamento constitucional que vinculou o trabalho, e a busca do pleno emprego como justificadores da própria razão de ser da ordem econômica.

Portanto, ainda que efetivamente haja uma utilidade econômica, que é inegável, a contratação a prazo deve amparar-se na valorização e dignificação do trabalho humano, limitando-se seu uso às estritas hipóteses legais de cabimento,

---

<sup>85</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação...*, p. 208.

como forma de garantir a busca pelo pleno emprego, entendido não apenas como emprego para todos, mas emprego estável, que garanta uma vida digna ao trabalhador, conforme preceitua a Carta Constitucional.

Além do respeito às causas justificadoras de sua adoção, há ainda que se reestruturar o entendimento que vem sendo concedido aos contratos com limitação temporal em algumas situações específicas, como a do acidentado no trabalho por exemplo.

### **6.3. ACIDENTADO NO TRABALHO**

Antes de analisar-se os reflexos do acidente de trabalho na contratação a prazo determinado, mister realizar um breve resgate à sua conceituação, bem como à responsabilidade do empregador nos casos de ocorrência.

Segundo a definição legal, entende-se como acidente de trabalho aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho<sup>86</sup>. Também são consideradas acidentes de trabalho as doenças profissionais<sup>87</sup>, assim entendidas as produzidas ou desencadeadas pelo exercício profissional peculiar a determinadas atividades, constantes do anexo II do Decreto 2.172/97; e as doenças do trabalho<sup>88</sup>, que são aquelas adquiridas ou desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacionem diretamente.

Há ainda os chamados acidentes de trabalho por equiparação<sup>89</sup>, que são aqueles ligados ao trabalho e, embora não tenham sido sua causa única, contribuíram diretamente para a morte do empregado, perda ou redução de sua capacidade laboral, ou tenham produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação. O mesmo tratamento jurídico recebe o acidente sofrido pelo empregado no local e horário de trabalho, em conseqüência de atos praticados por terceiros, companheiros de trabalho, caso fortuito ou de força maior, ou ainda, as

---

<sup>86</sup> Definição dada pela Lei 8.213/91, em seu artigo 19.

<sup>87</sup> Art. 20, I da Lei 8.213/91.

<sup>88</sup> Segundo previsão do art. 20, II da citada lei.

<sup>89</sup> Art. 21 da lei de planos de benefícios da Previdência Social.

doenças provenientes de contaminação acidental do empregado no exercício regular de sua atividade.<sup>90</sup>

Existem casos que são considerados também acidentes de trabalho, não obstante tenham se dado fora do local e horário de trabalho. Ocorrem quando o empregado executava ordem ou realizava serviços para a empresa; encontrava-se em viagem a trabalho; ou os sucedidos no percurso da residência para o local de trabalho e deste para aquela.<sup>91</sup>

Desta forma, na ocorrência de qualquer uma destas circunstância ora citadas, está-se diante de um acidente de trabalho.

O pleno entendimento do conceito de acidente de trabalho importa muito no presente momento, pois caso a sua ocorrência cause um afastamento do empregado acidentado por período superior a 15 (quinze) dias, ingressando na licença previdenciária, e percebendo auxílio-doença acidentário, o mesmo passa a ser detentor de estabilidade provisória, com base no disposto no art. 118 da Lei 8.213/91: “Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.”

Assim, o empregado acidentado, nestas condições, não pode ter seu contrato de trabalho rescindido sem justa causa, nos 12 meses subseqüentes ao término do auxílio-doença acidentário, haja vista que a lei lhe garantiu o emprego.<sup>92</sup>

A intenção do legislador, com tamanha preocupação com a situação do empregado acidentado, visa garantir não apenas a sua integridade física, mas também assegurar-se o emprego como forma de permitir aportes financeiros para seu sustento, e também evitar dispensas discriminatórias de um trabalhador que pode ter que suportar seqüelas do infortúnio ocorrido no trabalho, ou em razão

---

<sup>90</sup> Art. 21, incisos II e III da referida lei.

<sup>91</sup> Art. 21, inciso IV e seus parágrafos da citada lei.

<sup>92</sup> Há polêmica na doutrina quanto a se tratar de “garantia de emprego” ou “estabilidade”. Para Sérgio Pinto Martins (*Curso de Direito do Trabalho*, p. 152) “garantia de emprego” é o nome mais apropriado para o que se chama de “estabilidade provisória” e ela consistiria no direito do empregado continuar no emprego, mesmo à revelia do empregador, desde que inexistia uma cláusula objetiva a determinar a sua despedida. Tem assim o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em contrário. Já Amauri Mascaro Nascimento prefere a expressão “estabilidade especial”, posto que “garantia do emprego”, para ele, possui uma conotação mais ampla.

deste. Novamente ouviu-se o apelo do constituinte, com a satisfação dos princípios constitucionais do pleno emprego e da dignidade da pessoa humana.

Compreendido o conceito e as hipóteses de ocorrência de acidente de trabalho, importa, ainda, analisar brevemente a responsabilidade do empregador face ao empregado acidentado.

Embora o tema da responsabilidade nos acidentes de trabalho não seja o objeto do presente trabalho acadêmico, um breve estudo da mesma auxilia na verificação da preocupação do ordenamento jurídico em garantir uma proteção efetiva ao empregado acidentado, em respeito aos princípios da proteção e da dignidade da pessoa humana, que regem, ou ao menos deveriam reger, todo o Direito do Trabalho.

Como bem asseveram os autores civilistas, ao tratarem da responsabilidade civil, a legislação pátria disciplinadora da indenização por acidente está subordinada à teoria do risco.<sup>93</sup> Assim, na ocorrência de um acidente, o empregado tem direito de ser indenizado por qualquer dano à sua pessoa sofrido no trabalho ou por ocasião dele, bastando a prova da existência do acidente e da relação de emprego.<sup>94</sup>

Esta responsabilização apenas não surgirá quando o evento tiver como causa o dolo do próprio acidentado ou a sua desobediência às ordens expressas do empregador. Ressalte-se que até mesmo a força maior somente eximirá o empregador quando não tiver sido agravada pelas instalações do estabelecimento ou pela natureza do serviço.<sup>95</sup>

O empregado, então, será indenizado com base na teoria do risco, e o valor da indenização terá como parâmetros a lesão ocorrida e seus efeitos, bem como em função da incapacidade total ou parcial para o trabalho.

Por estas razões, a própria Constituição Federal, bem como a legislação infraconstitucional, obrigam o empregador a manter seguro de indenização para acidentes de trabalho. Atualmente, o seguro obrigatório está centralizado na

---

<sup>93</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, p. 95.

<sup>94</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 276: "Em ocorrendo o acidente, o empregado tem direito a ser indenizado por qualquer dano à sua pessoa ocorrido no trabalho ou por ocasião dele. O empregado terá de provar, simplesmente, a ocorrência do acidente e a relação de emprego."

<sup>95</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 262: "Ainda em casos de força maior, poderá surgir a responsabilidade do patrão, se os efeitos do acontecimento oriundo da força maior são agravados por fatos ou circunstâncias do próprio trabalho, de maneira tal que exista uma conexão estreita entre o acidente e a execução do mesmo trabalho."

Previdência Social, de forma que basta a comprovação da causa e a atividade laborativa para que o empregado, que é segurado obrigatório, faça jus à indenização.

Desta forma, a fonte de custeio para o benefício acidentário é de responsabilidade exclusiva do empregador, através do pagamento mensal do seguro de acidente de trabalho, que é o seguro de acidentes pessoais compulsório, cujo prêmio é pago pelo empregador, e a indenização está a cargo do Instituto Nacional da Seguridade Social.

Contudo, a Emenda Constitucional n. 20/98 extinguiu o monopólio do setor público, remetendo à lei ordinária a organização do sistema, permitindo ao setor privado atender concorrentemente a cobertura do risco de acidente de trabalho.

No intuito de indenizar, objetivamente, o empregado acidentado, a lei já define uma série de benefícios, os quais constituem a denominada indenização tarifária. Destarte, a legislação prevê várias formas de prestações pecuniárias decorrentes de acidente de trabalho, como o auxílio doença acidentário, auxílio acidente, aposentadoria por invalidez acidentária, pensão por morte e abono anual.

Esta responsabilização objetiva não exclui, ainda, a possibilidade de indenização de direito comum fundada na responsabilidade subjetiva por parte do empregador, quando este agir com culpa ou dolo no acidente de trabalho de seu empregado. Ressalte-se que os valores percebidos do INSS, a título de benefícios decorrentes do seguro obrigatório pago pelo empregador, também não abatem o montante da verba devida pelo direito comum.

As questões até então aventadas, em especial da responsabilização objetiva do empregador e da estabilidade provisória no emprego, demonstram a preocupação do sistema jurídico em proteger o empregado nas situações de acidentes de trabalho, como forma de lhe garantir tanto uma indenização justa pelos danos sofridos, como também o próprio posto de trabalho, quando de seu restabelecimento, ao prever expressamente a vedação da dispensa do trabalhador por doze meses após o término do afastamento previdenciário.

Ressalte-se que tais previsões não constituem um “favor” da lei ao trabalhador, mas simplesmente a execução dos fins sociais previstos na Constituição Federal, a qual vinculou o trabalho à dignidade da pessoa humana, como justificadores da própria ordem econômica. Ou seja, a própria atividade

econômica desenvolvida pelo empregador somente estará justificada quando propiciar o respeito ao trabalho digno, demonstrando a evidente superação do individualismo em prol do social, pregado pelo novo ordenamento jurídico.<sup>96</sup>

Superados estes esclarecimentos prévios, pode-se partir para o estudo do tratamento concedido aos acidentes de trabalhos ocorridos na vigência de um contrato de trabalho a prazo determinado.

Isto porque é justamente no acidente de trabalho que se encontra o exemplo maior da inadequação, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, à função social do contrato de trabalho a prazo determinado, sendo, portanto, o ponto inicial, elencado no presente trabalho acadêmico, da busca de um novo pensar na contratualidade trabalhista.

É assustadora a unanimidade dos juslaboralistas ao afirmarem a exclusão da garantia de emprego prevista na Lei 8.213/91, em seu artigo 118, ao contrato de trabalho a prazo determinado. O fundamento desta posição demonstra quão arraigada encontra-se ainda a autonomia da vontade na teoria contratual trabalhista.

Segundo o entendimento consolidado na doutrina nacional o empregado acidentado, da mesma forma que a empregada gestante, sujeito a contrato a termo não faria jus à garantia de emprego em razão de ter ciência, deste a contratação, do término do contrato em determinada data ou ocasião, de forma que nada poderia alterar a pactuação celebrada.

Contudo, é intuitiva a inadequação deste posicionamento à nova visão contratual, pautada na funcionalização do instituto e na solidariedade, razão pela qual crê-se não só ser possível, mas indispensável, a reavaliação do tratamento dispensado ao contrato de trabalho a prazo determinado, em especial nas hipóteses em que a situação jurídica sofre uma transformação ao longo da contratualidade, não correspondendo mais àquela do momento da celebração do contrato.

Isto porque não reconhecer o direito à garantia de emprego para o empregado acidentado, sujeito a um contrato de trabalho limitado temporalmente, sob o argumento que desde o início da contratação o mesmo já se encontrava ciente

---

<sup>96</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 720: "A Constituição Federal declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a

do término da relação, é permitir que a função econômica do contrato, a qual existe, sem dúvida, como já tratado, sobreponha-se à função social, que é a condição de validade dos negócios jurídicos no novo sistema jurídico-constitucional.

Cientes desta necessidade de modificação no pensar, buscando sempre a superação do dogma da autonomia da vontade, importa construir-se mecanismos de interpretação capazes de permitir o reconhecimento da garantia de emprego inclusive ao empregado acidentado sujeito a contrato de trabalho a prazo determinado.

Destaque-se, ainda, que tal pretensão não se funda apenas em uma perspectiva de direito a construir, mas sim na utilização dos instrumentos legais já disponíveis no ordenamento jurídico. Para tanto, basta apenas um esforço hermenêutico das leis em vigor, no intuito de reconhecer o direito à garantia no emprego mesmo para o empregado subordinado cujo contrato encontre-se temporalmente limitado.

Assim, a afirmação de que o empregado contratado a prazo determinado, que venha a sofrer um acidente de trabalho ao longo da contratualidade, é possuidor da estabilidade provisória no emprego, encontra um rol de argumentos jurídico-positivos, os quais serão abordados na seqüência.

Primeiramente, há que se combater o argumento utilizado contra tal reconhecimento, qual seja, que no momento da contratação o empregado já era sabedor da temporalidade de seu vínculo empregatício, sendo que teria livremente manifestado sua vontade ao acordar com tal condição acessória ao contrato de trabalho.

Ora, tal construção nada mais é que o retorno ao dogma da autonomia da vontade, pois funda-se na *pacta sunt servanda*. O raciocínio desenvolvido pelos que assim entendem parte do princípio da igualdade das partes, que implicaria na liberdade contratual, expressado no velho brocardo: "o contratado não é caro". É o resgate do voluntarismo, visto que reconhece poder supremo à vontade das partes ao se vincularem ao contrato. Assim, os contratantes estariam sujeitos aos efeitos do contrato, pois o mesmo seria fruto do livre querer.

Contudo, equivocam-se ao esquecer que a autonomia da vontade jamais deveria vigorar no Direito do Trabalho, o qual funda-se em interesses coletivos maiores para se proteger os individuais. Na realidade, deve trabalhar com a noção de autonomia privada, limitada ao que lhe reconhece o ordenamento jurídico.

Ademais, cumpre ressaltar que a própria contratualidade civilista, a qual permite o exercício da vontade das partes sem tantas restrições como ocorre na trabalhista – em virtude da desigualdade das partes – há muito mitigou o conceito da estrita vinculatividade ao acordado, reconhecendo a alteração do tratamento jurídico quando a situação concreta no momento da execução do contrato difere a do momento da celebração. Tratam-se das teorias da imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*<sup>97</sup>, as quais hoje são largamente invocadas na revisão das condições contratuais pactuadas.

Ora, se tal entendimento já vem sendo há muito esposado pelo Direito Civil, mais ainda deve sê-lo pelo Direito do Trabalho.

Assim, o primeiro argumento a sustentar o cabimento da garantia de emprego ao acidentado, ainda que contratado a prazo, encerra-se justamente na necessidade de revisão do contrato, pois quando a vontade das partes foi declarada, existia uma dada situação fática, a qual se altera com a ocorrência do acidente de trabalho. E não poderia ser em sentido diverso, inclusive porque a responsabilidade do empregador na infortunística laborativa repousa na responsabilidade objetiva, ou seja, na teoria do risco.

Ainda, este reconhecimento de estabilidade provisória coaduna-se ao modelo contratual emoldurado na Constituição Federal, visto que permitir a manutenção do posto de trabalho, ainda que provisoriamente, consiste em garantir-se também a proteção à dignidade da pessoa do trabalhador e a efetivação do pleno emprego, princípios justificadores da própria ordem econômica, e portanto, da livre iniciativa.

---

<sup>97</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, p. 10: “Acentua-se, contudo, modernamente, um movimento de revisão do contrato pelo juiz; conforme as circunstâncias, pode este, fundando-se em superiores princípios do Direito, boa-fé, comum intenção das partes, amparo do fraco contra o forte, interesse coletivo, afastar aquela regra, até agora tradicional e imperativa. Uma de suas aplicações é a cláusula *rebus sic stantibus*, abreviação da fórmula “*contractus qui habend tractum sucessivum et dependentium de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*” (nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação).”

Destarte, o contrato de trabalho estaria cumprindo a sua função social, constitucionalmente prevista, em superação à mera circulação de riquezas, visto que esta estaria justificada por aquela.

Outro argumento, ainda, funda-se na ausência de vedação legal expressa da extensão da garantia de emprego ao acidentado no trabalho aos contratos a prazo determinado. E como ensina a máxima, “o que não é proibido, é permitido”.

Em relação a tal argumento, cumpre acrescentar que o art. 118 da Lei 8.213/91, que prevê a garantia no emprego ora discutida, não dispõe de forma alguma qualquer exceção aos contratos a prazo, sendo que tal interpretação restritiva originou-se da própria doutrina, infiltrando-se ao Judiciário.

Novamente rompe-se com outro princípio geral do Direito, consistente no fato de que as garantias devem sempre ser interpretadas extensivamente, e não restritivamente. E não se pode esquecer ainda do princípio maior do Direito do Trabalho, qual seja, a proteção do trabalhador.

Como se observa, o entendimento unânime da doutrina, de recusa ao reconhecimento da estabilidade provisória para os contratos a prazo, inverte por completo as bases da Ciência Jurídica, no intuito de primar pela supremacia da vontade das partes, declarada na celebração do contrato.

Assim, são vários os argumentos que podem ser levantados em defesa do posicionamento ora aventado, além dos até agora apontados.

Tanto no âmbito administrativo, quanto judicial, a solução da questão poderia ser facilmente resolvida, bastando, para tanto, uma interpretação mais adequada dos instrumentos legais disponíveis.

Exemplo disto encontra-se no art. 8º da CLT, ao estabelecer que na falta de disposição legal ou contratual a respeito, a questão poderá ser decidida pela jurisprudência, analogia, equidade, além de outros princípios e normas gerais do direito, principalmente os do Direito do Trabalho. Prevê, sobre tudo, que tal solução deverá ser pautada sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> Art. 8º da CLT: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

Considerando a riqueza do referido texto celetário, importa analisa-lo com mais vagar, posto que o mesmo pode ser um importante instrumento de defesa nos direitos do trabalhador, em especial no caso em tela, de reconhecimento da estabilidade provisória ao empregado acidentado no trabalho sujeito a contrato a prazo determinado.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o referido dispositivo celetário serve de solução às hipótese em que existe lacuna, seja por falta de previsão legal ou contratual. Embora entenda-se não ser este o caso, posto que existe sim previsão legal para a estabilidade provisória também nos contratos a prazo, visto que o art. 118 da Lei 8.213/91 não exclui tal situação, prevendo genericamente a garantia no emprego para o empregado afastado por auxílio-doença acidentário por mais de 15 dias, não fazendo distinções quanto à modalidade contratual, este entendimento não retira a importância deste texto do art. 8º da CLT.

Isto porque o mesmo serve de amparo inclusive nos casos em que se interprete que a ausência de previsão expressa na lei previdenciária excluiria tal garantia no emprego para os empregados contratado a prazo, haja vista que então estar-se-ia diante de uma hipótese de falta de disposições legais ou contratuais, justificando a invocação do citado art. 8º para a solução da questão.

Superada a polêmica da real possibilidade de aplicação do dispositivo legal em discussão, cabe ainda analisar as formas de atuação do mesmo.

Diante da ausência de regramento específico, o impasse deve ser resolvido pela aplicação de analogia, jurisprudência, equidade e outros princípios gerais de direito. No presente momento, tem-se que o instrumento mais eficaz certamente será lançar-se mão da invocação dos princípios gerais do direito, e mesmo dos constitucionais, inclusive como já destacado anteriormente, em especial do princípio da proteção ao trabalhador, da busca do pleno emprego, da valorização do trabalho humano e na dignidade, como forma de se reconhecer a necessidade de garantia do emprego, ainda que provisória, ao empregado acidentado no trabalho, afastado pelo auxílio-doença acidentário, sujeito à contratação temporalmente limitada.

Saliente-se que tal entendimento encontra-se em plena consonância com a parte final do dispositivo celetário, onde previu-se que a solução a ser encontrada deve ser de forma que nenhum interesse particular prevaleça sobre o interesse público.

Considerando que a justificativa dos autores que defendem a exclusão da garantia de emprego em questão ampara-se na autonomia da vontade, do empregado que aderiu livremente à condição acessória do contrato que o limitada temporalmente, bem como na alegação de que não seria justo com o empregador fazê-lo assumir um empregado por prazo superior ao da necessidade de seu empreendimento, o qual foi por isso contratado, seria impingir-lhe um excesso desnecessário, e oneroso, de mão-de-obra, nada mais é que a primazia da função econômica do contrato, e da prevalência do interesse privado.

Contudo, a manutenção do posto de trabalho, nesta situação, surge por exigência da função social do contrato, e portanto de interesse público constitucionalmente consagrado, o qual tem que prevalecer sobre o mero interesse mercadológico do empregador.

Por fim, ainda seria possível a invocação do parágrafo único do mesmo art. 8º da Consolidação, o qual prevê a aplicação do direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não lhe for incompatível.<sup>99</sup> Isto porque o Direito Civil há muito já superou o dogma da autonomia da vontade, e por conseguinte, da absoluta vinculatividade dos contratos, admitindo a revisão contratual com base na teoria da imprevisão e da cláusula rebus sic stantibus, como já analisado anteriormente.

Diante de todos estes argumentos tem-se como imperativa a necessidade de revisão do tratamento doutrinário e jurisprudencial concedido aos contratos de trabalho, em especial ao contrato a prazo, o qual configura-se como exceção ao regime legal, razão pela qual merece atenção especial, principalmente no intuito de se evitar discrepâncias entre a sua função econômica e a social.

Para tanto, elegeu-se como primeiro passo a revisão da questão da garantia de emprego ao empregado acidentado, sujeito a contrato a prazo, de forma que a sua extensão possa permitir o cumprimento deste imperativo social e solidarístico trazido pela Constituição Federal.

Assim, assumindo este comprometimento com a consecução dos fins contratuais constitucionalmente previstos, tem-se que estaria cumprida a função

---

<sup>99</sup> Parágrafo único: "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não foi incompatível com os princípios fundamentais deste."

social do contrato de trabalho, inclusive do contrato a prazo, pois não se permitiria os abusos praticados em nome do interesse privado do empregador.

## 7. CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa acadêmica, em especial com o resgate histórico às bases da contratualidade clássica, procurou-se demonstrar a vinculação ainda existente do contrato de trabalho ao modelo contratual clássico, fundado no individualismo e voluntarismo, o que se deixa transparecer pelas lições dos doutrinadores juslaboralistas mais renomados.

Contudo, verificou-se também que esta situação é inaceitável, considerando a própria natureza social e coletivista do Direito do Trabalho, a qual impõe a superação do individualismo em prol do interesse público e coletivo.

Ademais, o novo ordenamento jurídico-constitucional vinculou diretamente a dignidade da pessoa, a valorização do trabalho e a busca do pleno emprego como justificadores da livre iniciativa, demonstrando a evidente preocupação com o cumprimento da função social do contrato de trabalho, em sobreposição à mera função econômica.

Ressalte-se que não se está pregando o afastamento da relação de emprego da realidade econômica, até porque a mesma desempenha um papel fundamental nesta, principalmente considerando a íntima relação de retro-alimentação existente entre capital e trabalho. Na realidade, o que se propugna é a legitimação da função econômica do contrato através do cumprimento de sua função social.

O objeto de análise escolhido para a constatação da referida inadequação foi o tratamento dispensado pela doutrina, e também jurisprudência, ao acidente de trabalho ocorrido da vigência de um contrato com limitação temporal, onde primou-se pela autonomia da vontade, ao excluir esta situação da estabilidade provisória legalmente prevista.

Assim, conclui-se por ser indispensável um novo pensar na contratualidade trabalhista, na busca de sua funcionalização, como forma de redimir o instituto jurídico em questão, retornando à sua precípua função social desempenhada na coletividade.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA**, Milton Vasques Thibau de. O Contrato de Experiência in Curso de Direito do Trabalho – Estudos em Memória de Célio Goyatá. Cood. **BARROS**, Alice Monteiro de. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. v.1.
- BESSONE**, Darci. Do Contrato. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BETTI**, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. Tomo I.
- BOLANÓS**, Jose Antonio Capilla. Curso Elementar de Derecho Del Trabajo. Lãs Palmas: La Caso Del Abogado, 1989.
- BRAVO-FERRER**, Miguel Rodríguez-Piñero y; **DAL-RÉ**, Fernando Valdés e **BAAMONDE**, Maria Emilia Casas. Las Reformas Del Derecho Del Trabajo Espanõl en el Gobierno Popular. Revista Trabalhista, abr.jun.02, v.2.
- CARINCI**, Franco; **TAMAJO**, Raffaele de Luca; **TOSI**, Paolo; **TREU**, Tiziano. Diritto del Lavoro. 3. ed. Torino: UTET, 1992, v. 2.
- CASTRO**, Guilherme Couto de. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CATHARINO**, José Martins. Compendio de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1.
- CESARINO JÚNIOR**, Antônio Ferreira; **CARDONE**, Marly Antonieta. Direito Social: Teoria Geral do Direito Social, Direito Contratual do Trabalho, Direito Protetionista do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. 1.
- CHACON**, G. Bayon; **BOTIJA**, E. Perez. Manual de Derecho del Trabajo. 6. ed. Madrid: D. Marcial Pons, 1965. v. 1.
- COUTINHO**, Aldacy Rachid. Função Social do Contrato Individual de Trabalho in Transformações do Direito do Trabalho – Estudos em Homenagem ao Professor

- Doutor João Régis Fassbender Teixeira. Coord. **COUTINHO**, Aldacy Rachid; **DALLEGRAVE NETO**, José Affonso e **GUNTHER**, Luiz Eduardo. Curitiba: Juruá, 2000.
- COUTINHO**, Aldacy Rachid. Direito do Trabalho: a passagem do regime despótico para o regime hegemônico, in Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho – Temas Atuais. Coord. **COUTINHO**, Aldacy Rachid e **WALDRAFF**, Célio Horst. Curitiba: Juruá, 2000.
- COUTINHO**, Aldacy Rachid. O Ato Médico e os Direitos Trabalhistas, in Ato Médico – Aspectos Éticos e Legais. Coord. **LUZ**, Newton Wierthorn da; **OLIVEIRA NETO**, Francisco José Rodrigues; **THOMAZ**, João Batista. Rio de Janeiro: Ed. Rúbio, 2002.
- COUTINHO**, Aldacy Rachid. Subordinação Jurídica. Texto Inédito.
- DELGADO**, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.
- DELGADO**, Maurício Godinho. Relação de Trabalho e Contrato de Trabalho, in Curso de Direito do Trabalho – Estudos em Memória de Célio Goyatá Coord. **BARROS**, Alice Monteiro de 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. v.1.
- DALLEGRAVE NETO**, José Affonso. Contrato Individual de Trabalho – Uma Visão Estrutural. São Paulo: LTr, 1998.
- DALLEGRAVE NETO**, José Affonso; **VIANNA**, Cláudia Salles Vilela. Rescisão do Contrato de Trabalho – Doutrina e Prática. São Paulo: LTr, 2001.
- FERRARI**, Regina Maria Macedo Nery. Direito ao Trabalho in Estudos de Direito do Trabalho. Coord. **COELHO**, Anna Maria de Toledo. Curitiba: Juruá, 1992.
- GOMES**, Orlando; **GOTTSCHALK**, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- KAUFMANN**, Otto; **KESSLER**, Francis e **KÖHLER**, Peter A. Le Droit Social en Allemagne. Paris: Lamy S/A, 1991.
- LEDUR**, José Felipe. A Realização do Direito ao Trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- LIMA**, Alvino. Culpa e Risco, 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- LOBO**, Paulo Luiz Neto. Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MARQUES**, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MARTINS**, Sérgio Pinto Martins. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Dialética, 1999.
- MONTEIRO**, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.5.
- MORAES FILHO**, Evaristo de; **MORAES**, Antônio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.
- NALIN**, Paulo. Do Contrato: Conceito Pós-Moderno - Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.
- NASCIMENTO**, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 25. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- NASCIMENTO**, Marilza Geralda do. O Trabalho como Valor: um Clássico Debate e o Contexto da Realidade Contemporânea. Revista Trabalhista, abr.jun.02, v.2.
- NORONHA**, Fernando. O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NUNES**, Antônio José Avelãs. Noção e Objecto da Economia Política. Coimbra: Almedina, 1996.

- PEREIRA**, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- POZZO**, Juan. Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1948. Tomo I.
- RIBEIRO**, Joaquim de Souza. O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual. Coimbra: Almedina, 1999.
- RODRIGUES**, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- RODRIGUES**, Sílvio. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. IV.
- ROPPO**, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988.
- RUSSOMANO**, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997.
- SILVA**, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- SILVA**, Reinaldo Pereira e. O Mercado de Trabalho Humano: A Globalização Econômica, as Políticas Neoliberais e a Flexibilidade dos Direitos Sociais no Brasil. São Paulo: LTr, 1998.
- SÜSSEKIND**, Arnaldo; **MARANHÃO**, Délio; **VIANNA**, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. v.1.
- VIANA**, Márcio Túlio; **RENAULT**, Luiz Otávio Linhares. O Que há de Novo em Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997.
- VIANNA**, Cláudia Salles Vilela. Manual Prático das Relações Trabalhistas. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998.