

THAIS POLIANA DE ANDRADE

NOVAS PERSPECTIVAS PARA A CONTRATUALIDADE

NO DIREITO DO TRABALHO

Reflexos do Novo Ordenamento Jurídico Constitucional

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Aldacy Rachid Coutinho.

CURITIBA

2005

THAIS POLIANA DE ANDRADE

NOVAS PERSPECTIVAS PARA A CONTRATUALIDADE

NO DIREITO DO TRABALHO

Reflexos do Novo Ordenamento Jurídico Constitucional

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

De acordo:

Prof.^a Dr.^a Aldacy Rachid Coutinho
Orientadora

THAIS POLIANA DE ANDRADE

NOVAS PERSPECTIVAS PARA A CONTRATUALIDADE

NO DIREITO DO TRABALHO

Reflexos do Novo Ordenamento Jurídico Constitucional

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Aldacy Rachid Coutinho
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Curitiba, de agosto de 2005.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não existiria sem a participação de algumas pessoas especiais às quais não se pode deixar de prestar homenagens.

Primeiramente aos professores desta Universidade que sempre estimularam seus alunos a ir além, a não se convencer pela primeira lida, pela opinião posta sem reflexão. Aqueles que utilizando a criatividade, contornando a dificuldade imposta pela escassez de recursos destinados à Universidade Pública, apresentavam o Direito como algo concreto, ao alcance da mão e, por isto mesmo, como responsabilidade de todos.

É preciso agradecer, de modo especial, à Prof.^a Dr.^a Aldacy Rachid Coutinho, orientadora do presente trabalho, modelo de jurista preocupado com o Direito e professora comprometida com o magistério, cuja paixão pelo Direito do Trabalho é impossível de não se contagiar.

Agradecimento especial aos amigos Sérgio Luiz da Rocha Pombo, José Affonso Dallegrave Neto, Arion Mazurkevic e Ricardo Tadeu da Fonseca, bem como ao Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior, os quais contribuíram com o empréstimo de livros e sugestões ao trabalho.

Aos colegas de escritório que fizeram o possível para aliviar a atividade advocatícia, permitindo dedicação à pesquisa.

Por fim, de modo muito especial, aos meus pais, primeiros e maiores professores, e a Marcelo, pela paciência, compreensão e apoio incondicional.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NA MODERNIDADE	7
1. EVOLUÇÃO CONSTRUTIVA DA FIGURA DOS CONTRATOS	7
1.1. BURGUESIA E CONTRATUALIDADE.....	11
2. A CONTRATUALIDADE CLÁSSICA NA MODERNIDADE	19
2.1. FUNÇÕES DO CONTRATO CLÁSSICO NA ECONOMIA DE TROCA.....	21
2.2. O SUJEITO DE DIREITO E SUA CONSTITUIÇÃO NA MODERNIDADE.....	26
2.3. AUTONOMIA DA VONTADE	35
2.4. LIBERDADE CONTRATUAL, VINCULATIVIDADE E RELATIVIDADE DO CONTRATO	40
CAPÍTULO II - REFLEXOS DA CRISE DA MODERNIDADE.....	44
1. AS PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS DA MODERNIDADE	44
1.1. MODELO CODIFICADOR E AS NOVAS FORMAS DE LEGISLAR	48
1.2. CRISE NAS BASES TEÓRICAS DA CONTRATUALIDADE CLÁSSICA	53
1.3. REFLEXOS NOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS.....	58
CAPÍTULO III – AUTÓPSIA DE UM CONTRATO DE TRABALHO.....	66
1. CONTRATO DE TRABALHO ENQUANTO FILHO DA MODERNIDADE.....	66
1.1. TEORIAS CONTRATUALISTAS CLÁSSICAS	77
1.2. TEORIAS ANTICONTRATUALISTAS.....	83
1.3. TEORIA DA COMPRA E VENDA DE ÓSCAR CORREAS	84
1.4. TEORIA (A)CONTRATUALISTA DE MARIO DE LA CUEVA.....	86
2. CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO	89
2.1. OPÇÃO DO LEGISLADOR NA CLT	91
2.2. CONCEPÇÃO DOMINANTE NA DOUTRINA JUSLABORALISTA	93
2.3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONTRATO DE TRABALHO.....	95

CAPÍTULO IV – REVISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	101
1. REPENSANDO O CONTRATO DE TRABALHO	101
1.1. SUPERAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE	108
1.2. CONTRATO POR COMPORTAMENTO CONCLUDENTE.....	118
1.3. RESGATE DO SUJEITO TRABALHADOR.....	124
1.4. OXIGENANDO OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONTRATO DE TRABALHO	130
2. FUNÇÃO SOCIAL	135
2.1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EMPRESA	140
2.2. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.....	143
2.3. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO.....	149
3. BOA-FÉ OBJETIVA.....	154
3.1. ORIGENS DA BOA-FÉ OBJETIVA	159
3.2. FUNÇÕES DA BOA-FÉ.....	163
3.3. BOA-FÉ E AS FASES DO CONTRATO DE TRABALHO.....	175
CONCLUSÃO.....	185
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	188

RESUMO

A teoria geral dos contratos há muito vem demonstrando sinais de crise e de inaptidão na satisfação dos valores sociais. Esta situação não é diferente na contratualidade trabalhista, cujo modelo abstrato de contrato de trabalho, ancorado na suposta manifestação livre da vontade do trabalhador, encontra-se cada vez mais afastado da realidade concreta das relações de trabalho. Objetivando resgatar o instituto jurídico da contratualidade juslaboralista, atualmente em descrédito com o avanço de teorias anticontratualistas que identificam a relação jurídica estabelecida entre empregado e empregador com um ato existencial e não um contrato propriamente dito, a presente pesquisa acadêmica regressará no tempo, buscando a formação da contratualidade clássica no intuito de se compreender em que medida o contrato de trabalho perdeu seu caráter ontologicamente social, para se transformar em um dos principais instrumentos de circulação e acumulação de riquezas. Nesta jornada, serão analisados os reflexos impostos pela crise da modernidade na teoria geral dos contratos e, especificamente, no contrato de trabalho. Com o advento do novo ordenamento jurídico-constitucional vislumbra-se a necessidade de adequar o contrato de trabalho às exigências de cumprimento de sua função social, reconhecendo-se, desta forma, o potencial emancipatório e dignificante que este contrato desempenha na sociedade. A adequação do contrato à sua função social exige, por outro lado, que as partes contratantes mantenham seus comportamentos adstritos à boa-fé, reconhecendo que a autonomia privada somente está legitimada constitucionalmente quando exercida em razão do solidarismo, em prol do bem comum.

INTRODUÇÃO

“Hoje, mais do que nunca, deve o estudioso afeiçoar-se a perguntas sem respostas.” (FACHIN, Luis Edson. Teoria Crítica do Direito Civil).

A figura jurídica dos contratos pode ser considerada um dos principais pilares do direito, adquirindo relevo especial nas relações privadas. O contrato é o instrumento por excelência do tráfego jurídico, revelando as peculiaridades e valores primordiais da sociedade em que se encontra regulado. Justamente em razão deste profundo enraizamento social, o contrato torna-se um excelente objeto de estudo, permitindo, a partir de sua análise, a compreensão da própria sociedade que lhe serve de substrato.¹

A consideração do contrato como algo “real” somente é possível quando se adotam duas premissas: o direito não é mero fruto da razão abstrata, mas resultado de um movimento contínuo em sua construção histórica; o direito não é neutro e sim permeado por imbricações ideológicas e contingenciais relativas ao período em que a sociedade vivencia. A adoção destes pressupostos permite superar-se a visão do direito como fenômeno abstrato, reconhecendo, desde a partida, seu caráter concreto e inapelavelmente social.

O direito existe para ser aplicado, vivido na sociedade que lhe deu origem, o que exige uma constante adequação entre o sistema jurídico e a realidade social. Contudo, tal flexibilidade e abertura não são conquistas fáceis de obter, especialmente porque o modelo jurídico atual vem sofrendo os reflexos da crise generalizada que afetou o projeto da modernidade.

Durante mais de dois séculos² o direito foi considerado fruto da racionalidade humana, represado em Códigos pretensamente completos e que regulavam a totalidade das situações fáticas através de previsões abstratas. Entretanto, este

¹ As relações instrumentais do contrato e seu potencial instrumental para estudo da sociedade são analisados com profundidade em ROPPO, Enzo. *O Contrato*, como se verá no desenvolvimento do presente trabalho.

² A necessidade de contextualização histórica remete aos séculos XVIII e XIX, fundamentais na formação do direito clássico.

modelo de completude ruiu lentamente à medida que atravessava os umbrais do século XX, reconhecendo-se a falência de pretensões universais e imutáveis.

A inadequação entre o direito posto e a realidade social revelou-se de sobremaneira na figura jurídica dos contratos, pois enquanto sua formatação jurídica pressupunha a igualdade das partes e a livre negociação das condições a serem pactuadas, a concretude demonstrava a ausência de igualdade substancial e a debilidade de determinados sujeitos, pretensamente livres e iguais.

O descompasso entre as previsões legais abstratas e a realidade a qual deveria regular ensejou um processo denominado por Enzo Roppo como *fuga do contrato*, desencadeando a criação de novas figuras destoantes do modelo contratual clássico.³ Acentuou-se também o descrédito no direito por parte da sociedade, a qual não se reconhecia mais nas instituições formais que pretensamente a regulavam.⁴

Este quadro, ainda que superficialmente desenhado, demonstra a crise do direito moderno e, por reflexo, de seu instrumento primordial, o contrato. Diante de tal circunstância, percebe-se que duas possibilidades se põem frente ao operador do direito: negar as mudanças que se impõem diariamente e sustentar a manutenção dos dogmas jurídicos repetidos há mais de duzentos anos; assumir a necessidade de luta pela adequação do modelo jurídico ao contexto social.

Entretanto, a opção combativa, na qual o presente trabalho se esforçará para integrar em suas fileiras, somente é viável quando, primeiramente, vêm-se reconhecidos os obstáculos que precisam ser superados. Portanto, não seria possível repensar qualquer instituto jurídico sem antes buscar as origens do problema.

Imbuído desta mentalidade o presente trabalho objetivará o estudo de um dos mais ricos temas atinentes ao direito do trabalho, qual seja *a contratualidade*, visto que o contrato de trabalho constitui a base dos demais institutos jurídicos oriundos deste ramo do direito.⁵

³ Este fenômeno de fuga da contratualidade também é presenciado no direito do trabalho, onde vem ganhando espaço teorias sobre ausência de natureza contratual da relação que vincula empregado e empregador. Neste sentido, vide BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*.

⁴ Cada dia mais se percebe a formação de códigos de conduta paralelos ao direito oficial.

⁵ É a partir do reconhecimento da existência de um contrato de trabalho que se assegura a aplicação das normativas laborais.

O contrato individual de trabalho, cerne da pesquisa que se propõe, ocupa papel de destaque no centro da crise de legitimidade desencadeada principalmente no transcorrer do século passado. Primeiramente porque se trata de modalidade especial de contrato e como tal sofrerá todas as inflexões dos desajustes da contratualidade em geral. Em segundo, porque seu objeto – trabalho – tornou-se bem escasso na sociedade atual⁶, embora mantenha intocada sua centralidade social.

Ao longo da pesquisa que originou o presente trabalho pôde-se perceber que a identificação dos pontos nevralgicos da contratualidade laboral somente era possível quando “puxa-se o fio do novelo”, em busca das origens dos conceitos jurídicos que hoje se encontram inadequados à realidade concreta.⁷ Desta forma, o estudo será iniciado com o resgate da formação dos contratos na modernidade, compreendendo os fatores sociais, políticos, econômicos e filosóficos que lhe serviram de substrato.

O capítulo primeiro partirá de uma breve menção às tentativas, levadas a cabo pela doutrina civilista, de identificar indícios da existência de contratos já na Antigüidade. Contudo, a conclusão a que se chegará permite constatar que somente é possível identificar a presença deste instituto jurídico, ao menos com os contornos conhecidos no direito clássico, a partir da modernidade. Isto porque a consolidação do direito liberal e dos contratos – como um de seus principais instrumentos – apenas foi possível com a ascensão da burguesia ao poder, no período pós-revoluções do século XVIII. Justamente por estas razões este capítulo introdutório se aterá ao estudo da trajetória deste homem burguês, compreendendo suas necessidades e anseios que resultaram no projeto da modernidade (especialmente o liberalismo econômico e voluntarismo jurídico). Nesta perspectiva será possível entender o apego ao contrato e à propriedade, cujos reflexos até hoje se encontram no inconsciente coletivo e constituem a maior dificuldade em concretizar possibilidades jurídicas supra individuais e não-patrimoniais.

⁶ Segundo dados obtidos do IBGE (www.ibge.gov.br), o índice de desemprego no mês de maio/2005 correspondeu a 10,2%, sendo que entre a população ocupada 40,5% são empregados com carteira assinada, 15,7% dos trabalhadores encontram-se na informalidade absoluta e 19% trabalham por conta própria.

⁷ Tratam-se da autonomia da vontade, do sujeito abstrato de direito, do absolutismo dos direitos subjetivos, etc.

Revisitados os momentos históricos da consolidação da teoria clássica dos contratos, o estudo então se dirigirá à análise da formação, características e elementos constitutivos do contrato, em sua acepção liberal. A construção dos conceitos de sujeito de direito, autonomia da vontade, liberdade contratual, obrigatoriedade ao pactuado será analisada dentro da inserção instrumental que possuíram naquele determinado período histórico. Portanto, tratam-se de institutos mundanos, históricos, que precisam assim ser reconhecidos para evitar qualquer suposto caráter de imanência.

O segundo capítulo apresentará as fraturas deste sistema jurídico pretensamente completo, apontando as suas falhas e inadequações à realidade concreta. A tão propalada “crise da modernidade” atingirá fortemente o direito, não sendo diferente com os contratos. Passam a ser exigidas novas formas de legislar, permeáveis aos pluralismos sociais, bem como a mitigação dos princípios da contratualidade clássica. Urge também o reconhecimento da pessoa concreta, de “carne e osso”, ao redor da qual deveria se legitimar o ordenamento jurídico. Todas estas questões se apresentam frente a um direito imobilizado pelo sistema fechado, o que impôs, ainda que lentamente, a abertura gradual do direito para valores éticos e sociais.⁸

Após o resgate de todas estas considerações relativas à teoria geral dos contratos a pesquisa poderá voltar seus olhos a uma modalidade especial de contrato – o contrato de trabalho. O terceiro capítulo, então, será destinado ao estudo das origens desta nova realidade jurídica, historicamente recente⁹, analisando como a mesma se construiu no sistema jurídico.

O surgimento do fenômeno social “trabalho livre” será objeto, ainda no século XIX, de acirradas discussões doutrinárias quanto a sua natureza jurídica, ensejando a construção de teorias contratualistas clássicas e teorias anticontratualistas. As peculiaridades da relação jurídica estabelecida entre empregado e empregador impossibilitavam seu enquadramento em qualquer teoria de origem civilista e ensejaram sua autonomia do direito comum.

⁸ Os horrores causados pelas grandes guerras mundiais do século XX demonstraram a impossibilidade de afastamento do direito da ética e dos valores sociais. O direito sem valoração ética torna-se instrumento de justificação de qualquer ideologia, inclusive de origem fascista.

⁹ É preciso lembrar que até o final do século XIX permanecia institucionalizada a escravidão no Brasil. Considerando a ampla utilização do trabalho escravo, não havia como se cogitar qualquer preocupação com o contrato de trabalho.

A positivação do contrato de trabalho nas legislações ordinárias arrefece o embate, consolidando-se a teoria contratual, mas não nos moldes propostos pelas primeiras teorias contratuais clássicas. O contrato de trabalho exigia tratamento jurídico diferenciado, adequado à realidade social que regulava.¹⁰

Já na segunda metade do século XX, quando a questão parecia resolvida, entra novamente em voga a discussão sobre a propalada natureza contratual desta especial relação jurídica, estimulada pelas deficiências da contratualidade clássica. Contudo, a presente pesquisa não trilhará tal caminho, mantendo-se aliada à contratualidade, pretendendo-se uma revitalização do contrato de trabalho a partir do reconhecimento de seu potencial emancipatório e dignificante do trabalhador.

Assim, o último capítulo da presente dissertação analisará a inadequação da contratualidade trabalhista fundada na vontade, especialmente considerando o advento da Constituição Federal de 1988, cujo caráter solidarista exige a superação da consideração do trabalho como mero fator de produção. O apelo ao abandono do voluntarismo e da abstração torna-se ainda mais flagrante com o Código Civil de 2002, ao limitar a liberdade contratual ao cumprimento da função social do contrato, impondo às partes contratantes o dever de agirem de acordo com a boa-fé.

O estudo então passará a discutir formas de resgatar o sujeito trabalhador concreto para o centro do direito, perquirindo ainda as possibilidades de aplicação destes novos institutos jurídicos – função social e boa-fé – ao contrato de trabalho.

Saliente-se que presente trabalho não pretenderá esgotar o tema, quanto menos oferecer soluções instantâneas para o contrato de trabalho, pois isto sequer seria possível. Ao contrário, busca-se apenas ser mais uma voz no discurso revisionista que vem se avolumando, especialmente em razão das contribuições oriundas de pesquisas acadêmicas desta mesma Universidade. Para tanto, a pesquisa procurará resgatar a contratualidade no direito do trabalho, adequando-a ao seu caráter ontologicamente social, ainda que tal pretensão exija abandonar a

¹⁰ As diferenças substanciais entre empregado e empregador, bem como a impossibilidade do empregado de “não trabalhar”, exigiam a criação de normas específicas para esta realidade social.

segurança dos conceitos já construídos e dominados, preocupando-se primordialmente com as perguntas sem respostas.¹¹

¹¹ Este mote é pregado por FACHIN, Luis Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 196: “Parece fundamental, todavia, abandonar-se a postura da segurança dos conceitos, uma vez que, em uma certa medida, as explicações segmentadas conduzem a uma banalização da complexidade dos problemas. Hoje, mais do que nunca, deve o estudioso afeiçoar-se a perguntas sem respostas.”

CAPÍTULO I – FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NA MODERNIDADE

“Hominum causa, omne ius constitutum sit.”¹² (HERMOGENIANO. Digesto. Livro I, título V).

1. EVOLUÇÃO CONSTRUTIVA DA FIGURA DOS CONTRATOS

O estudo da figura dos contratos, sob a premissa de que o direito é um fenômeno social e humano¹³ e se encontra em constante construção, não poderia ser iniciado sem o questionamento acerca de suas origens.¹⁴ Com base nesta preocupação, os mais diversos doutrinadores embrenham-se na história da humanidade em busca de indícios que denunciassem a existência de contratos rudimentares desde a Antigüidade. Embora as conclusões obtidas pelos referidos estudiosos pesquisados tenham caráter meramente ilustrativo, pois o real nascedouro do instituto dos contratos encontra-se em outro momento histórico, mais recente, não deixa de ser interessante analisá-las, ainda que com cunho meramente informativo.

Para Arnaldo Rizzardo, “desde o momento histórico do aparecimento do homem há indícios da existência do contrato, no sentido amplo, ou, pelo menos, do direito, em sua forma mais primitiva, segundo o vetusto princípio romano ‘ubi societatis, ibi jus.’¹⁵ Assim, com o agrupamento dos seres humanos em tribos,

¹² Tradução livre: por causa dos homens, todo o direito seja constituído.

¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, p. 17: “O direito não é um fenômeno da Natureza, mas sim um fenômeno humano. (...) Sendo um fenômeno humano, o direito não é um fenômeno do homem isolado, é um fenômeno social: há uma ligação necessária e constante entre direito e sociedade.”

¹⁴ A historicidade do direito e seu caráter ideológico são bem observados por COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil*, p. 68: “De qualquer sorte, as profundas mudanças dos conceitos jurídicos vêm vislumbradas pelo rompimento com o caráter absoluto do direito, compreendendo o fenômeno jurídico como mutável ideologicamente e permeável às contingências políticas, sociais e econômicas, bem como condicionado historicamente, não se restringindo de forma alguma à expressão legislativa.” No mesmo sentido, ARRONE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*, p. 38: “A noção de historicidade inerente ao Direito remete, assim, à noção de sua alteridade e abertura, no intuito de permanecer instrumental apto a responder os dilemas nascidos em sistema tão móvel quanto o social.”

¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 06.

presumia-se a verificação de uma concordância em um determinado comportamento, acatando-se certas regras de convivência.

Os hebreus, por exemplo, poderiam ter conhecido o instituto do contrato antes da fundação de Roma, o que pode ser exemplificado nos relatos de Tobias e Gabelo. De acordo com a história, na época do cativeiro de Nínive, Tobias deu emprestado a Gabelo dez talentos de prata, sendo redigido um quirógrafo que ficou em poder do credor para constar a transação.

No antigo Egito também seriam identificáveis formas rudimentares de contratos, onde se disciplinava, por exemplo, o casamento, exigindo a sua inscrição no registro público para estabelecer a filiação. Aracy Klabin destaca que “os egípcios admitiam a prova dos contratos só por escrito. Surgiu primeiro uma espécie de documento, chamado pelos gregos de ‘documentos de casa’. (...) Depois apareceu o documento do escriba, precursor da escritura pública.”¹⁶ Também havia contratos relativos à transação da propriedade, o que era feito em três atos: o primeiro era o ato para o dinheiro, onde se realizava o acordo entre o comprador e o vendedor sobre o objeto do negócio e as formas de pagamento. O segundo era a declaração do vendedor de entregar em um certo prazo o título da propriedade e o juramento de caráter religioso, realizado perante o sacerdote e o comprador. Por fim, o terceiro ato era a entrega da coisa, a passagem da posse do objeto vendido ao domínio do comprador.

Embora a Grécia antiga não seja identificada por esplendor no direito, como o foi nas letras e artes, conheciam-se algumas formas de relações jurídicas¹⁷, especialmente ligadas ao casamento e a bens materiais. O casamento era estabelecido por um contrato, onde se proibia a poligamia.

Em Roma foi onde o direito mais floresceu, sendo que as origens concretas das obrigações e dos contratos é identificada com a Tábua VI da *Lex duodecim tabularum*, do ano de 303 a.C. Apesar de não dispuserem os romanos de uma

¹⁶ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*, p. 54 e 55.

¹⁷ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*, p. 184: “o direito das obrigações na Grécia não se desenvolveu como em Roma. A ciência jurídica teve de esperar os tempos de Roma, pois só lá a ciência do direito atingiu pleno desenvolvimento. Atenas foi incapaz de criar uma verdadeira teoria jurídica. Contudo, a Grécia concebeu todas as principais instituições que logo Roma desenvolveu e aperfeiçoou e quem sabe copiou. Existiam o mútuo, o comodato, o depósito, o arrendamento, a empreitada, a sociedade, a responsabilidade por perdas e danos, etc.”

noção genérica e abstrata do contrato, eles conheciam certas figuras contratuais, com contornos bem definidos.

Ulpiano ensinava a existência de três formas contratuais: a convenção, o pacto e o contrato propriamente dito. A convenção era um termo geral que abrangia o pacto (*pactum*) e o contrato (*contractus*). Era o gênero que abarcava toda a espécie de acordos de vontade, quer resultassem ou não em obrigações civis. O pacto, por sua vez, representava as convenções não sancionadas pelo direito civil, e por isto eram despidas de ação com força obrigatória. O contrato referia-se às convenções previstas e reconhecidas pelo direito civil, dotadas de força obrigatória e providas de ação.

Segundo Darcy Bessone, “a distinção deitava raízes no direito mais antigo, pelo qual o simples acordo de vontades não era suficiente para gerar obrigações dotadas de eficácia civil.”¹⁸ Assim, os contratos pertenciam ao campo das obrigações civis e os pactos enquadravam-se entre as obrigações naturais.¹⁹

Apesar do direito romano ter sido resgatado pelos canonistas medievais²⁰, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações, Orlando Gomes destaca que “não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina *contrato*, pois, segundo Bonfante, era um especial vínculo jurídico (*vinculum juris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes.”²¹

Ainda no entendimento de Orlando Gomes, “a moderna concepção do contrato como um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se preendem se esclarece à luz da ideologia individualista

¹⁸ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*, p. 09.

¹⁹ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*, p. 200: “Os atos são principalmente e talvez exclusivamente redigidos pelo sistema do formalismo. Para praticar ato válido, para dispor de bens *causa mortis* – por testamento, para alienar um escravo *inter vivos*, não basta a manifestação de vontade, é necessário, como em todas as legislações primitivas, recorrer a formas legais, empregar gestos e palavras determinadas na lei.”

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 19: “Os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão, interpretavam as normas de direito romano animados de uma inspiração mais elevada. No tocante ao contrato, raciocinavam que seu descumprimento era uma quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía *peccatum*, faltar ao obrigado atraía as penas eternas.”

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 07.

dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção”.²²

Assim, verifica-se que, ainda que se busquem sinais da existência de contratos nas civilizações antigas, apenas é possível falar-se em contrato, ao menos com os contornos que se consolidaram no direito clássico, a partir da era moderna.

A construção da figura dos contratos e do direito contratual, entretanto, não teria sido possível sem o desenvolvimento da classe social burguesa e sua ascensão ao poder político e econômico nos séculos XVIII e XIX, o que torna necessário um resgate histórico para permitir a plena compreensão da inserção destas figuras jurídicas.²³

Uma breve análise das formações burguesas, portanto, interessa no momento ao presente trabalho porque estas contribuíram para a construção e consolidação do direito moderno, cujo principal fruto foi o contrato clássico.²⁴ Ademais, o modelo jurídico daí resultante enraizou-se profundamente nas instituições sociais e jurídicas até os dias atuais. Assim, para se compreender o fracasso do sistema jurídico tradicional e sua inaptidão para atender a sociedade de hoje, é preciso refazer a trilha percorrida pela história dos vencedores,²⁵ no caso a burguesia, analisando-se as forças que atuaram na formação do direito clássico.

²² GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 07.

²³ A necessidade de contextualização histórica, como pressuposto da compreensão do direito atual, é bem destacada por PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 82: “Por outro lado, este quadro de princípios, que fundamenta e retrata sinteticamente o direito civil actual, *não brotou por espontânea geração* no solo da vida social de hoje. Trata-se de um *produto histórico*, em cuja gestação concorrem opções fundamentais sobre a organização econômica e social e mesmo sobre a concepção do homem. Opções, cuja gestação, por sua vez, é determinada pelos dados sociológicos, culturais e históricos que condicionam toda a organização da sociedade em cada momento e em cada lugar.”

²⁴ ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 33: “Os conceitos pandectistas são esteriótipos representacionais dos valores liberais burgueses, congelados na imagem codificada que se propõe a ser um sistema autônomo e invulnerável, com pretensão de validade eterna, tal qual era o ideário do liberalismo clássico, em larga medida retomado pelo reacionário compromisso dos neoliberais com o mercado.”

²⁵ A imposição do projeto burguês através do direito é bem observada por CORREAS, Óscar. *Teoría del Derecho*, p. 227: “Nadie duda de que el derecho, como fenómeno discursivo que es, proviene de la ideología de alguien: del poderoso, de quien puede imponerlo.”

1.1. BURGUESIA E CONTRATUALIDADE

Não apenas hoje, mas ao longo de grande parte da história da humanidade, muito se falou e se ouviu a respeito do homem burguês e da própria burguesia. Contudo, na maioria das vezes, isto é feito sem se preocupar com o significado da expressão, a qual é empregada com os mais diversos sentidos. Deste modo, para melhor compreender o que seja este homem burguês, torna-se interessante buscar suas origens.

Relatos históricos indicam que a expressão “burguês” teria sido utilizada pela primeira vez no ano de 1007, designando os habitantes de uma nova cidade, formada ao redor das fortificações medievais – burgos –, o que representava, no século XI, um fato novo, pois em geral vivia-se sobre um domínio – compreendida como unidade rural de terra. Segundo Régine Pernoud, o termo surge para determinar um novo homem, um estado de fato que não existia antes, e a novidade encontrava-se no fato de que os burgueses não eram camponeses, não tendo como atividade o cultivo da terra; o que mais lhe interessa era a faculdade de circular livremente.²⁶

O mesmo é observado por Leandro Konder quando afirma que o homem burguês é uma figura pioneira, um tipo humano que ao surgir introduz uma inovação significativa na história.²⁷ Portanto, durante o “predomínio do sistema feudal, enquanto sistema produtivo, da nobreza como classe social, da crença religiosa como aglutinante ideológico da sociedade, havia incipidamente – nas sociedades européias – pessoas não pertencentes exatamente nem a classe dos servos nem a nobreza: era gente que vivia nas cidades, comerciantes sobre tudo.”²⁸

Juan Ramón Capella analisa que esta nova situação constitui a modernidade nascente, construindo-se no plano das idéias através de dois grandes movimentos: um inicial, que foi o Renascimento, o qual correspondeu no plano político, de uma maneira geral, à construção dos grandes estados absolutistas; e um segundo movimento posterior, mais avançado, que estabelece a hegemonia cultural da burguesia, a Ilustração, centrado no século XVIII, conhecido também como século

²⁶ PERNOUD, Régine. *A Burguesia*, p. 29.

²⁷ KONDER, Leandro. *Os Sofrimentos do Homem Burguês*, p. 14.

²⁸ Tradução livre: CAPELLA, Juan Ramos. *Fruta Proibida*, p. 99.

das luzes. Através desses grandes movimentos históricos uma nova classe social, a burguesia, entra na história.²⁹

Esclareça-se que isto não significa que os burgueses não possuíssem existência física anteriormente. Porém eles careciam de uma existência histórica, já que não eram vistos por aqueles que contavam com a autoridade – aristocracia – nem como oponentes ou adversários, nem tampouco como semelhantes, mas como algo inferior. E é o surgimento deste novo personagem social na história que interessa no momento, visto que o mesmo desempenhará um papel fundamental na construção do direito moderno, especialmente no que tange aos contratos e obrigações.³⁰

Para Reginé Pernoud, se a partir do seu aparecimento o burguês é aquele que habita a cidade, conclui-se que burguês é sinônimo também de comerciante³¹, pois seu poder vinha do comércio e permitia seu enriquecimento. Mas a referida autora ressalva que “burguês é aquele que compra para revender, e não aquele que vende o produto de seu trabalho.”³² Portanto, a figura do sujeito trabalhador não participou do período histórico de formação do direito na economia de troca enquanto ator principal, pois atuará apenas posteriormente, como fator de produção, como mercadoria a ser adquirida no comércio jurídico.

Com o desenvolvimento social desta classe, o termo burguês começa a designar aquele que possui bens imóveis na cidade, a ponto de, a partir do século XVIII, o termo burguês significar possidente.³³ Além das preocupações com os negócios, era preciso também que a burguesia adquirisse legitimidade e *status* na ordem feudal. Mas isto somente seria possível, na época, se ela obtivesse esta legitimidade a partir dos próprios padrões feudais, onde o elemento da propriedade imobiliária desempenhava papel principal. Contudo, a estratificação social da época impedia a aquisição deste *status*, relegando a burguesia à margem da sociedade detentora de direitos.

²⁹ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 99.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 135: “A burguesia recobrir-se-á com a vestimenta da classe ascendente, acreditando que a realidade primeira, a evidência fundamental, é o indivíduo e suas amplas possibilidades criativas. Constrói-se a idéia de liberdade jurídica sobre a idéia de liberdade comercial e a idéia da igualdade como a de idêntica posição dos sujeitos de direito perante um mesmo comando jurídico, qual deverá ser então necessariamente claro, certo, preciso.”

³¹ PERNOUD, Régine. *A Burguesia*, p. 40.

³² PERNOUD, Régine. *A Burguesia*, p. 41.

³³ PERNOUD, Régine. *A Burguesia*, p. 35.

No início das formações burguesas, verifica-se um grande anseio dos comerciantes, dispersos e que se moviam com dificuldades na sociedade feudal rigidamente hierarquizada, por esta legitimação. Eles precisavam ter espaço para tomar suas iniciativas e enriquecer, comprando e vendendo mercadorias. Leandro Konder destaca que eles queriam que o dinheiro e os bens móveis fossem reconhecidos pela sociedade como valores mais importantes do que os privilégios do “sangue azul”.³⁴

Entretanto uma alteração social tão profunda não se opera repentinamente e, portanto, insurgia como absolutamente necessário o acesso dos burgueses à propriedade imóvel. Mas as relações que se baseavam na compra e venda eram incompatíveis com a idéia feudal de vassalagem, sendo que o parcelamento do direito a terra dificultava, de outra parte, que ela fosse objeto de relações de troca, portanto, considerada mercadoria.

Por causa de sua importância sócio-econômica, era fundamental a liberação da terra dos múltiplos ônus que incidiam sobre ela, para que plenos poderes proprietários fossem atribuídos a um só indivíduo. Isto seria o elemento de libertação dos burgueses em face dos privilégios da nobreza e do clero. Em outras palavras, era necessário o reconhecimento da liberdade e da igualdade entre os indivíduos, pois somente assim seria possível transformar a propriedade imobiliária em mercadoria, sujeita à livre circulação.

Diante deste cenário, verifica-se que já se encontravam presentes as condições necessárias para a eclosão das revoluções burguesas do século XVIII, principalmente no que se refere aos ideais revolucionários adotados.

Não bastava, contudo, o reconhecimento da igualdade e liberdade formais, pois para comprar e vender, ou seja, praticar o comércio propriamente dito, era preciso ainda haver controles, para que a atividade fosse mantida por regulamentos. Isto mais tarde vai contribuir para a centralização do Estado e consolidação do direito, permitindo que as regras aplicáveis ao comércio jurídico viessem de uma única fonte oficial e perene.³⁵

³⁴ KONDER, Leandro. *Os Sofrimentos do Homem Burguês*, p. 11.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 135: “Nesse quadro, impunha-se a remodelação dos instrumentos jurídicos no sentido de sua simplificação (...). E simplificar identifica-se com sistematizar, ordenar.”

O mercado também teve um papel fundamental na formação e desenvolvimento da burguesia, principalmente na sua posterior ascensão ao poder. Hespanha bem observa que o “mercado é uma forma de organizar a circulação dos bens; não é a única, nem foi a primeira a ser conhecida. Em épocas anteriores, a circulação por todos os membros da comunidade dos bens necessários à vida fez-se autoritariamente: era o *pater*, ou o sacerdote, ou o chefe, quem distribuí a cada um a parte que lhe havia competir no produto social.”³⁶ Portanto, o indivíduo não desempenhava nenhum papel ativo, sendo apenas destinatário em um processo que lhe era estranho. Neste sistema, as coisas eram consideradas por seu valor de uso, não se cogitando com seu eventual valor de troca.

Diferentemente deste modelo, na economia de mercado cada um produz por si e para si, circulando os bens de acordo com a vontade dos sujeitos produtores que decidem trocar no mercado os excedentes de sua produção. O indivíduo, então, surge como um começo absoluto³⁷, pois os bens só circulam porque ele quer. Esta alteração de posição cria, ainda que de forma inconsciente, uma nova estrutura mental nos indivíduos que será determinante para a formação do homem burguês, pois como já dito, o mercado é uma das características de sua consolidação.

O mercado também exigia regulamentação, como forma de garantir segurança nas relações comerciais. Assim, as relações de troca, no fundo, refletiam-se na esfera jurídica sob a forma de contratos – pactuações formais de vontade reconhecidas pelo direito. Entretanto, para esta pactuação, exigiam-se certas qualidades dos contraentes, como a igualdade entre as partes e a liberdade de manifestar o seu querer, cuja construção será analisada com mais vagar no decorrer deste trabalho.

Não obstante estas necessidades, na ordem feudal as regras jurídicas surgiam da atribuição de poderes conforme o *status* ocupado pelo indivíduo, o que impedia a aplicação de regras uniformes, afastando a tão desejada segurança jurídica.

Não se pode esquecer que o sistema econômico que surgia, o capitalismo, pressupunha a previsão e o cálculo para o êxito de seus empreendimentos, pois o comerciante precisava saber de antemão quais as regras jurídicas que iriam

³⁶ HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática Social, Ideologia e Direito*, p. 05.

³⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática Social, Ideologia e Direito*, p. 07.

disciplinar o seu negócio, para então calcular o seu lucro.³⁸ Mas isto não encontrava resposta no ordenamento jurídico medieval, onde o pluralismo reinava. Portanto, era preciso formarem-se estruturas sociais, políticas, econômicas e jurídicas novas, adaptadas às necessidades do mercado que se desenvolvia, e, conseqüentemente, aos interesses e aspirações da burguesia que o controlava.

Na verdade, para a concretização do projeto burguês, era necessária a centralização de um poder e de um direito, mas que estes atendessem às necessidades da classe burguesa. Ehrhardt Soares, citado por Jorge Reis Novais, observa que o problema que se põe à organização política do mundo burguês é o de “reivindicar uma sociedade autônoma, isto é, separada do controle de Estado, mas ao mesmo tempo, sem se comprometer, ir gradualmente conseguindo que o Estado se proponha a garantir essa autonomia e, para isso, venha mais tarde ou mais cedo a surgir com um mandatário dessa mesma sociedade.”³⁹

A retrospectiva histórica demonstra que a classe social em consolidação na época conseguiria adequar estes interesses, que, como dito, pareciam inicialmente contraditórios. O projeto de autonomia e auto-regulação da vida econômica era reivindicação específica da burguesia como classe e como público, a qual convergia num programa revolucionário de racionalização integral do Estado segundo os interesses da sociedade.

O processo de racionalização do Estado foi indissociável de sua limitação jurídica. Nessa passagem histórica, Jorge Reis Novais destaca que, conseqüentemente, o monarca, que até então se identificava com o Estado, passa a ser um dos órgãos da pessoa jurídica Estado, ao mesmo tempo que os seus anteriores direitos senhoriais se convertem em faculdades orgânicas, definidas e limitadas pela Constituição.⁴⁰

Com as revoluções dos séculos XVIII e XIX, a burguesia teve a sua grande chance de ascender ao poder, quando então poderia adequar o Estado às suas vontades. Pietro Barcellona destaca que o momento revolucionário foi bem

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 181: “Expandem-se, nesse quadro, uma ideologia apta a satisfazer as aspirações da classe ascendente, pela qual a lógica, o sistema e o conceptualismo que caracterizam o racionalismo jurídico não são mais do que, em última análise, a regra do jogo necessária para colocar em forma intelectual o mito das classes modernas, O mito jusracionalista da sistematização se transforma em ideologia e o direito será o seu veículo.”

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 56.

⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 34.

aproveitado por ela, pois garantiu a vitória da burguesia sobre as antigas classes aristocráticas e a construção de uma nova ordem na sociedade nascida da revolução.⁴¹ Considerando não ser possível um aprofundamento histórico no momento, em razão da limitação imposta pelo presente trabalho acadêmico, resta apenas a indicação de que o burguês se apropriou de dois dos ideais revolucionários – a liberdade e igualdade – para constituir sua forma estatal, no intuito exclusivo de satisfazer as suas necessidades prementes. Foi o nascimento do Estado liberal, que inclusive utilizou a estrutura deixada pelos governos absolutistas.

O Estado liberal se construiu em torno do pressuposto de uma ideal separação entre Estado e sociedade, o que se designou, segundo Jorge Reis Novais, de ideologia das três separações.⁴² Primeiro, seria a separação entre política e economia, pela qual o Estado deve se limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica entregue à auto-regulação do mercado. Em segundo haveria a separação entre o Estado e a moral, na qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação do Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo. Por fim, a separação entre o Estado e a sociedade civil, sendo esta última o local onde coexistem as esferas morais e econômicas dos indivíduos, pois o Estado teria como tarefa apenas garantir uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas regras próprias.

Na verdade, o contexto histórico do advento do Estado liberal tinha seus contornos definidos pelos interesses da burguesia ascendente, para quem, mais do que um conceito filosófico, o Estado de direito era um conceito de luta política dirigida simultaneamente contra a imprevisibilidade reinante no Estado absolutista e as barreiras sociais deixadas pela sociedade estamental. Nas palavras de Jorge Reis Novais, é para “garantir um núcleo de direitos fundamentais interpretados e integrados à luz dos valores supremos da iniciativa privada, da segurança da propriedade e das exigências de calculabilidade requeridas pelo funcionamento do sistema capitalista que se orienta o projeto de racionalização do Estado levado à cabo pela burguesia.”⁴³

⁴¹ Tradução livre: BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*, p. 138.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 51.

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 68.

Além disto, a formação do Estado liberal foi fruto de uma conjunção de fatores políticos, sociais, econômicos, jurídicos e filosóficos.

No plano filosófico, a burguesia prontamente se aliou aos iluministas, criando os alicerces da formação de um poder centralizado, baseado num modelo jusnaturalista que refletisse e garantisse seus ideais. As concepções filosóficas da Ilustração auxiliam no desenho do indivíduo totalmente centrado e unificado, dotado de capacidades da razão – o sujeito individual –, cuja construção também será analisada em momento oportuno.⁴⁴

Apenas para se definir um marco histórico, pode-se afirmar que com a Revolução Francesa, inspirada pelos ideais iluministas, o indivíduo se liberta assim dos vínculos sociais de dependência hierárquica e política, e pode, por sua vez, liberar a propriedade de qualquer determinação pessoal. O objetivo era transformá-la em propriedade econômica. Portanto era necessário abolir definitivamente qualquer vínculo pessoal com a propriedade, e fazê-la um objeto de direito, mercadoria para o mercado, *res* que possa ser livremente posta em circulação e alienada.⁴⁵ Jorge Reis Novaes⁴⁶ é preciso ao descrever esta realidade:

A perspectivização material do Estado de Direito liberal assenta, portanto, não só na limitação da forma de agir do Estado, mas, sobretudo, na limitação de seu próprio querer por valores cuja plena realização só pode ser garantida com a instauração de uma nova ordem – uma ordem que, fundada sobre as idéias do homem e da livre esfera dos seus direitos naturais, conduz à sistemática compreensão dos fins do Estado.

Esta concepção corresponde ao sentido da oposição originária da burguesia ao Estado absoluto, erigindo-se esta como titular efetivo do poder, e os valores em que se funda constituem então a base do novo consenso social.

Como já dito, a burguesia se aproveitou de dois ideais revolucionários que bem são utilizados para seus fins de ascensão política e econômica. A liberdade vai

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 230 e 231: “O cidadão havia, pois, se degenerado, convertendo-se no burguês. (...) fundamentalmente um ‘homem de negócios’, fonte de iniciativas e centro de responsabilidades em torno do qual se edificam todas as relações sociais – poderá afirmar a sua capacidade de expandir-se externamente e correr o risco do sucesso.”

⁴⁵ Tradução livre: BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*, p. 47.

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 102.

se materializar como o fim dos laços pessoais. A criação da figura do direito subjetivo vai servir de garantia à liberdade do homem diante do Estado. Ademais, a economia de troca pressupõe ampla liberdade. Por isso, era preciso expressar a limitação do poder estatal, burocratizante e limitador da autonomia. A igualdade deveria ser formal, equivalendo indivíduo e sujeito; e se todos são sujeitos de direito, todos são iguais.

A construção da figura jurídica do sujeito de direito será analisada com mais vagar ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, contudo, resta desde já a observação do papel histórico desenvolvido.

Estes ideais constituirão a base do projeto burguês, refletindo-se de sobremaneira no direito nascente neste período de consolidação da modernidade.

Uma vez compreendidos os atores responsáveis pela construção do direito moderno, é preciso ainda analisar como se procedeu a consolidação dos institutos jurídicos utilizados como instrumentais para a consecução do projeto de modernidade.

2. A CONTRATUALIDADE CLÁSSICA NA MODERNIDADE

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

Como visto, para que a classe burguesa em ascensão pudesse adquirir propriedade imóvel era necessário transformar, primeiramente, o real imobiliário em mercadoria, mas também era preciso reconhecer ao indivíduo a capacidade de negociar trocas⁴⁷, reconhecidas e legitimadas pelo direito. Porém, isto somente seria possível através da utilização da figura jurídica do contrato⁴⁸, fundado na vontade das partes que se encontram em negociação no comércio jurídico.

Nos séculos XVIII e XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do direito⁴⁹, 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 direitos e obrigações. Este período coincidiu com o liberalismo na economia e o voluntarismo no direito, servindo a estes interesses a visão contratual que surgia.⁵⁰

⁴⁷ A liberdade exigida pelo projeto burguês se refletirá no direito privado, construída como princípio jurídico, como se observa em CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 130: “En este orden de ideas, la voluntad de la que hablan los tratadistas de derecho civil tiene algo de libertad cristiana y mucho de la *liberté* burguesa. Del aporte cristiano recoge la idea según la cual el individuo es libre de hacer o no hacer, de querer o no querer, de cambiar o no cambiar, o de hacerlo según la que se le antoja. Del aporte burgués, el derecho civil recoge la idea de privacidad que es respetada por el orden público.”

⁴⁸ CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 131: “ Esto llevó a dos resultados fundamentales; 1) la voluntad es libre, y, por tanto, creadora de contratos válidos cuando expresada sin interferencias; y 2) la voluntad debe ser respetada por la ley, esto es, lo que se dio en llamar *autonomía de la voluntad*.”

⁴⁹ A ocupação deste papel da vontade no direito moderno deve-se especialmente à teoria do direito subjetivo de Savigny. Neste sentido, vide CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, tomo I*, p. 149: “Na Ciência do Direito da actualidade, as concepções de direito subjectivo têm, como referência inicial, a construção de SAVIGNY. Para SAVIGNY, o direito subjectivo seria um *poder da vontade*. Tal poder deveria ser entendido como reconhecimento, ao sujeito titular do direito, de um âmbito da liberdade independente de qualquer vontade estranha. (...) *Todo o sistema de Direito civil* de SAVIGNY assentava na vontade humana, base dos direitos, das relações jurídicas e de diversos institutos como, por exemplo, a posse.”

⁵⁰ ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 97: “O liberalismo é, portanto, o disfarce do domínio de uma classe, do açambarcamento do poder pela burguesia capitalista: é a doutrina de uma sociedade burguesa, que impõe seus interesses, seus valores, suas crenças.”

A teoria contratual clássica refletiu as categorias vindas do modelo codificador do *Code Napoléon*, assentando-se sobre a base filosófica jusnaturalista, em especial no princípio voluntarista.⁵¹ Foi este modelo de codificação, individualista, liberal e centrado na vontade, que inspirou a elaboração do Código Civil pátrio de 1916.⁵²

Seguindo os ensinamentos de Paulo Nalin, pode-se constatar ainda uma influência do contratualismo, inspirado em Hobbes e Rousseau, onde se afirmaram os direitos individuais, não apenas contra o Estado, mas frente a todo o sistema de corporação. Portanto, “as idéias de igualdade e liberdade, enquanto direitos (subjetivos) naturais, ganham peso, uma vez que somente podia contratar quem as detinha.”⁵³

A filosofia emergente nesse período histórico, 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.⁵⁴ A importância desta concepção será tratada com mais vagar quando abordado o tema da autonomia da vontade.

Na esteira destas concepções manifestadas no período liberal dos séculos XVIII e 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. Portanto, a função das leis referentes aos contratos era de apenas proteger a vontade, como fonte criadora, garantindo 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.

⁵¹ O direito liberal clássico também influenciou o Código Civil alemão (1900), mas com este modelo de codificação já refletia algumas perspectivas diferentes (especialmente no que tange à adoção da boa-fé objetiva nos negócios jurídicos) ele será abordado posteriormente no presente trabalho.

⁵² Ao se referir ao Código Civil brasileiro de 1916, afirma-se em FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 18: “Produto do positivismo, foi um Código com os valores do século XIX moldado por uma suposta neutralidade valorativa.”

⁵³ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 106.

⁵⁴ PEGORARO, Olinto A. *Ética é Justiça*, p. 62: “A liberdade é o supremo direito humano, fundadora de todos os outros. Os direitos humanos pertencem ao homem como tal, isto é, o ser racional finito que todos somos, independentemente de considerações que caracterizam, identificam e determinam as pessoas como a cor, a raça, o sexo, a religião, a consciência política ou a condição econômico-social.”

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.⁵⁵

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.⁵⁶

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, servindo o contrato enquanto seu instrumento, sendo que a 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 iniciar a análise dos contornos do contrato atribuídos pela teoria clássica.

2.1. FUNÇÕES DO CONTRATO CLÁSSICO NA ECONOMIA DE TROCA

Não obstante o papel de destaque ocupado pelo contrato nos mais diversos ramos do direito, tanto público, quanto privado, a sua conceituação representa 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.

⁵⁵ 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 ao seu reflexo mais importante, qual seja, o dogma da liberdade contratual.”

⁵⁶ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 107.

No campo dogmático, pode-se observar que a doutrina nacional conceitua o contrato como um negócio jurídico bilateral, cuja formação exige a presença de pelo menos duas partes.⁵⁷

Entendimento semelhante também é esposado pela doutrina portuguesa, como se observa, por exemplo, nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida, para quem o “Contrato será então o facto humano, voluntário e lícito, formado por duas ou mais declarações concordantes que produzem efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada.”⁵⁸

Contudo, ultrapassando o campo estritamente dogmático, verifica-se que a conceituação desta figura jurídica apresenta outros elementos que tornam complexa sua plena compreensão.

Pressupondo, desde logo, que os institutos jurídicos somente podem ser compreendidos na medida de seu posicionamento sócio-econômico, temporal e local, bem como que as categorias jurídicas são utilizadas sempre com uma função ideológica, conclui-se não ser possível compreender o contrato apenas com os elementos trazidos pela dogmática jurídica.

Assim, conclui-se que a figura jurídica do contrato desempenhou um importante papel na formação da economia de troca, ao instrumentalizar a circulação de riquezas. A conceituação deste instituto no direito moderno releva a utilização do próprio direito na satisfação dos interesses de burguesia.

Nesta perspectiva, fundamentais as observações trazidas pelo doutrinador italiano Enzo Roppo, quando sustenta que 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.⁵⁹ Portanto, ainda que o contrato seja compreendido como um conceito jurídico, ele sempre refletirá uma realidade

⁵⁷ Apenas a título ilustrativo, cita-se o conceito de contrato trazido por RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, p. 10: “O contrato é o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos”.

⁵⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, p. 28.

⁵⁹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 07.

exterior, de interesses, de relações e de situações econômicas e sociais, onde cumpre uma função instrumental.⁶⁰

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.⁶¹ A clareza do referido autor português torna necessário analisar brevemente o seu pensamento.

À primeira categoria, Joaquim de Souza Ribeiro denomina de plano da interação, pois implica a 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.⁶² 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.⁶³ 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 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.

⁶⁰ A instrumentalidade resta patente na noção de valoração econômica, enquanto inerente ao próprio contrato. Neste sentido, vide as lições do mestre italiano GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*, p. 218: “Il rapporto giuridico, che il contratto costituisce, regola o estingue, deve essere patrimoniale: deve, cioè, avere ad oggetto cose o prestazioni personali suscettibili di valutazione economica (...). Si tratta, in sostanza, di un requisito che discende dal fatto che il contratto è un modo di acquisto della proprietà o degli altri diritto sui beni oppure è una fonte di obbligazioni o, infine, l'una e l'altra cosa insieme, como il contratto di vendita che trasferisce la proprietà di un bene dal venditore al compratore ed è, al tempo stesso, fonte della obbligazioni del compratore di pagare il prezzo al venditore.”

⁶¹ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato*, p. 11.

⁶² RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato*, 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.”

⁶³ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato*, p. 12: “De tudo resulta que cada um daqueles planos indica apenas uma prevalecente direcção de sentido, que não exclui, antes requer, uma integração reflexiva das outras dimensões funcionais e dos seus princípios conformadores.”

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.”⁶⁴

Ressalte-se que Roppo brilhantemente constata esta íntima relação entre contrato e mercado, pois muitas vezes o termo contrato é justamente empregado como sinônimo de operação econômica, “entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda formalização legal, de toda mediação operada pelo direito ou pela ciência jurídica.”⁶⁵

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.

A partir deste entendimento liberal conclui-se que o direito dos contratos corresponderia ao conjunto de regras e princípios escolhidos para disciplinar o complexo das operações econômicas. Assim, 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 pretende tutelar. Justamente por esta característica, de

⁶⁴ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 13.

⁶⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 08.

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 significado mais amplo, enquanto símbolo de uma determinada ordem social, adquirindo um acentuado valor ideológico e político.

Assim, não se pode ignorar ou atribuir importância menor ao fato de que o papel do contrato, e conseqüentemente da vontade, era central na ideologia moderna, e exigia que todo o direito, e sobre tudo o direito privado, o tome como fundamento.⁶⁶

Entretanto, esta sobrevalorização do contrato e do papel da vontade implicava certas reformas no direito das obrigações, pois trazia, de um lado, a proscrição do formalismo na constituição das obrigações, bastando o mero acordo de vontades para a validade do contrato, da mesma forma que implicava na extinção de certos limites éticos, como a antiga vedação da usura, por exemplo.

Estas reformas garantiam estabilidade ao contrato e, portanto, ao direito. Mas não é só o direito das obrigações que vai ser encarado à luz dos ideais individualistas e contratualistas. A idéia de contrato extravasa do seu lugar de origem e expande-se pelo direito de família⁶⁷, como exemplifica Hespanha, com o caso do casamento que passa a ser visto como puro contrato.

No direito das coisas, os principais valores que se afirmam são o individualismo e a liberdade. Os poderes proprietários, divididos no regime feudal, unificam-se, e a propriedade passa a ser considerada como um direito natural. Isto se reflete inclusive na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, onde a propriedade é prevista como um direito inviolável e sagrado.⁶⁸

⁶⁶ HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática Social, Ideologia e Direito*, p. 15.

⁶⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática Social, Ideologia e Direito*, p. 17.

⁶⁸ A consideração da propriedade privada como um direito absoluto e inerente ao homem é traduzida por VELAZQUÉZ, Victor Hugo Tejerina. *A Função Social da Propriedade no Novo Código Civil*, p. 40: "O precedente mediato deve ser procurado no Art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 que considera como direitos naturais e imprescritíveis do homem a liberdade, a propriedade, a segurança e o direito de resistência contra toda forma de opressão."

Em suma, Enzo Roppo afirma com precisão que o contrato torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento de sua legitimação.⁶⁹

Neste contexto, a liberdade de contratar significava a abolição dos vínculos de grupo, de corporação, que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que impediam a plena expansão de sua iniciativa, das suas potencialidades produtivas. Significa, portanto, restituição ao indivíduo da abstrata possibilidade de determinar por si só o seu próprio destino no mundo do tráfego das relações jurídicas.⁷⁰

O contrato serviu de instrumento que permitiu um deslocamento significativo da disponibilidade de recursos econômicos das classes que eram tradicionalmente os seus titulares (nobreza), e cujo papel político e econômico aparecia agora em declínio, para a burguesia, que era chamada pela história a fundar a sua hegemonia sobre aquela riqueza.

Esta categoria geral dos contratos acabou sendo introduzida no direito moderno através da codificação civil francesa (*Code Napoléon – 1804*), e foi o fruto da procura de um equilíbrio entre a pretensão da classe burguesa de apropriação dos recursos e as exigências da classe fundiária de defesa da propriedade.

Como se observa, o contrato desempenhou significativo papel no período de ascensão da burguesia, pois o mesmo, fundado nas noções de igualdade e liberdade, permitiu o acesso do homem burguês ao real imobiliário, consolidando o sonho dourado da classe que viria a se constituir como dominante.

2.2. O SUJEITO DE DIREITO E SUA CONSTITUIÇÃO NA MODERNIDADE

Como já explanado nos tópicos anteriores, a formação do contrato clássico encontra-se inserida em determinado contexto histórico que lhe serve de substrato. A burguesia ascendente, para ter acesso ao real imobiliário, necessitava de um instrumento capaz de fazer a riqueza circular no mercado. Contudo, tal construção negocial somente seria possível após reconhecer-se no homem uma aptidão natural de ser o senhor de sua vontade e de criar direitos e obrigações a partir dela.

⁶⁹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 28.

⁷⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 37.

Ademais, o direito que queria a burguesia era único e universal, claro e simples, além de abstrato e sistemático. As soluções jurídicas deveriam ser constituídas por figuras genéricas, referidas a princípios jurídicos ainda mais gerais.

Considerando que o apelo a um direito único, certo, claro e universal repassava a ideologia burguesa, tem-se que o mesmo somente poderia advir de uma fonte perene e necessária como a natureza. Neste contexto, o direito natural vai contribuir de sobremaneira aos ideais burgueses, especialmente quanto ao fenômeno da racionalização das relações jurídicas.⁷¹ Como frisa Hespanha, “é com o recurso a estes princípios de direito natural que vai continuar a tarefa de unificação dos direitos europeus.”⁷²

Conseqüentemente, o fenômeno da positivação que se seguiu deveria corresponder ao modo de realizar a mais perfeita combinação dos direitos naturais dos indivíduos, não devendo criá-los, nem extingui-los, mas apenas regular a utilização daqueles concedidos por uma ordem natural anterior.

Neste contexto, inserem-se também as codificações que vieram a atender ao desejo de um direito simples, racional e sem contradições. A codificação responde antes de tudo ao ideal burguês de perdurar. O código é o arquétipo da norma permanente, não destinada a ser facilmente trocada, tendo-se em vista seu caráter geral e de âmbitos normativos supostamente completos.⁷³

Segundo Giovanni Tarello, “as codificações modernas, frutos de uma vontade inovadora e essencialmente racionalizadora, apresentam-se de imediato com a roupagem dos sistemas teóricos feitos para sistematizar o direito antigo (...) mediante racionalização formal.”⁷⁴ Desta forma, é possível compreender porque, no período de consolidação do sujeito de direito, enquanto instituto jurídico, o

⁷¹ As relações entre os interesses burgueses e o jusnaturalismo emergente encontram-se bem demonstradas em WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, p. 313: “A ideologia do jusnaturalismo originou aqui, desde cedo, uma paixão burguesa pela liberdade; já, pelo contrário, se atrasou até às vésperas da revolução a influência política sobre o direito e sobre a estrutura constitucional de uma monarquia dominada pelos juristas conservadores, pela grande nobreza e pelo alto clero.”

⁷² HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática Social, Ideologia e Direito*, p. 28.

⁷³ Tradução livre: CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 138. Esclareça-se apenas que embora o referido autor adote a expressão “geral”, enquanto característica do modelo codificado, trata-se na verdade da noção de abstração típica do sistema fechado do código, visto que o mesmo se acreditava como completo, dando conta de todas as situações concretas que se pusessem por frente ao direito.

⁷⁴ Tradução livre: TARELLO, Giovanni. *Ideologias del siglo XVIII sobre la condificación y estructura de los códigos*, p. 45.

movimento de codificação adquiriu notável importância, pois o código passou também a ser, na esfera do direito privado, a garantia das liberdades civis, assegurando autonomia ao indivíduo contra a ingerência do poder estatal.

Segundo Orlando de Carvalho, “o direito da Revolução Francesa aperfeiçoou ao seu individualismo o sistema das Institutas – *personae, res e actiones* – e construiu o *Code Civil* na atual feição antropocêntrica, naquele jeito de biografia humana que foi depois tradicional neste domínio: do homem e dos seus direitos partia para o modo de realização de direitos.”⁷⁵

O movimento de codificação atendia ainda a uma necessidade de leis simples, claras e poucas, o que garantia um direito certo. Mas isto encontrava uma série de obstáculos na época. Em primeiro lugar havia a pluralidade de *status* dos indivíduos, reunidos em classes distintas. O segundo problema era a pluralidade de modos de usufruto dos bens que eram tipificados pelo direito. E o terceiro era a extrema variedade de bens que deveriam ser objeto da repressão coercitiva.

Quando há diferentes tipos de sujeitos jurídicos, exigem-se diferentes tipos de regras, o que faz com que seu número se multiplique pelo número de categorias de sujeitos. Para resolver isto surgiu a ideologia igualitarista, de influência revolucionária, que pregava a igualdade perante a lei.

Para Tarello, esta igualdade foi, na verdade, mais do que apenas uma ideologia política, sendo um instrumento técnico de simplificação dos sistemas jurídicos. A partir de então os códigos modernos assumiram a estrutura de sistema de normas de sujeito único, e transportaram as diferenças para o campo da capacidade de atuar e de produzir efeitos jurídicos mediante a vontade. Nas palavras do citado autor, “todos são iguais como sujeitos, mas alguns não têm ou não têm sem a ajuda de outro (...) a capacidade de atuar.”⁷⁶

Saliente-se que este movimento de igualdade formal foi bastante amplo na época das revoluções burguesas, as quais, segundo Avelãs Nunes, “vieram a por termo ao estatuto de servidão, proclamando que todos os indivíduos (incluindo trabalhadores) são *seres livres, sujeitos de direitos e deveres*.”⁷⁷

⁷⁵ CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil – teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*, p. 32.

⁷⁶ Tradução livre: TARELLO, Giovanni. *Ideologia del siglo XVIII sobre la condificación y estructura de los códigos*, p. 51.

⁷⁷ NUNES, Antonio José Avelãs. *Noção e Objecto da Economia Política*, p. 10.

Este processo de formação da figura jurídica do sujeito de direito ganhou relevo no início da idade moderna com a preocupação em construir um sistema onde o indivíduo fosse o criador e o executor do direito, fundado no poder dos homens se auto-regerem. Portanto, a sociedade moderna é marcada pela instituição do homem como sujeito singular, livre e igual, responsável por si mesmo,⁷⁸ o que somente seria possível através da construção de um sujeito abstrato, assim definido na legislação emergente.⁷⁹

Em outras palavras, buscava-se uma concepção do homem como um abstrato sujeito de direito, por efeito do processo de abstração do próprio direito moderno nascente, a qual correspondia à idéia do homem livre e igual – pressuposto do processo de aquisição e circulação de direitos.⁸⁰ Maurice Godelier esclarece que quando todos os indivíduos são livres, não mantendo uns com os outros “relações (políticas, religiosas, econômicas) de dependência pessoal, apenas a propriedade ou a ausência de propriedade das diferentes condições objectivas da produção determinam as condições sociais da produção, o lugar dos indivíduos no processo de trabalho e o seu lugar em relação às condições e resultados desse processo.”⁸¹

Francisco Amaral⁸² traz um preciso resumo das influências religiosas, filosóficas e políticas da modernidade sobre a formação do sujeito de direito:

Contribuem para o desenvolvimento deste princípio a Reforma, o Iluminismo e a Revolução Francesa. A Reforma Protestante com a crença de que a salvação é puramente individual, proclamando a soberania do indivíduo e do seu pensamento.

⁷⁸ Sobre a autonomia do sujeito de direito, vide também PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 83: “Esta autonomia da pessoa na modelação imediata de sua vida quotidiana liga-se umbilicalmente a uma concepção humanista ou personalista do Homem como sujeito da História: uma concepção que o reconhece como *actor* capaz de decidir o curso dos acontecimentos, com liberdade relativa num quadro de relativo indeterminismo, e de se manifestar contra a injustiça e os erros, em qualquer forma de organização social, recusando vê-lo como um acidente de um frio e inexorável movimento, determinado rigorosamente por uma infra-estrutura.”

⁷⁹ Neste sentido, vide também RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*, p. 5: “O ser humano, personificado como sujeito de direito, titular de direitos virtuais, abstratos, no gozo de sua capacidade de fato e autonomia da vontade tem a capacidade de se obrigar.”

⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 16: “A observação desse fenômeno pode ter como ponto de partida a compreensão clássica do sujeito no contrato social e na Declaração dos direitos do homem. Ali está em exposição o produto mais acabado da razão humana, que se encerra em si mesmo: o sujeito hipoteticamente livre e senhor de sua circunstância goza de formal dignidade jurídica.”

⁸¹ GODELIER, Maurice. *Trabalho*, p. 34.

⁸² AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, p. 119.

O Iluminismo como filosofia do homem novo, o burguês, que luta pelo progresso contra o obscurantismo e os privilégios da aristocracia e do clero. E a Revolução Francesa, abolindo o regime feudal e consagrando os princípios da igualdade, da liberdade individual e da propriedade privada.

Desta forma o direito dos séculos XVIII e XIX estabeleceu uma categoria jurídica abstrata, sem vinculação com a realidade concreta, a qual designou por pessoa natural, em cujo enquadramento encontra a condição necessária para que o ser humano seja considerado sujeito de direito. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “em termos dogmáticos, uma pessoa é um centro de imputação de normas jurídicas. Nesse sentido, pode ou não haver coincidência entre a pessoa para efeitos de direito e a pessoa enquanto indivíduo da espécie *homo sapiens*.”⁸³

De acordo com as lições de Jussara Meirelles⁸⁴, a formulação da idéia de pessoa como sujeito de direito teve origem no período do jusnaturalismo e do iluminismo, os quais colocaram o sujeito como centro da organização social.⁸⁵ Com vistas à segurança jurídica o sistema passou a outorgar um título a um sujeito sobre um certo objeto, passando a pessoa a ser entendida como o senhor proprietário.⁸⁶

Neste sistema, em construção na época, a pessoa é o sujeito de direito, entendido enquanto ente capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, sendo a personalidade um atributo reconhecido pelo ordenamento jurídico. O sujeito abstrato de direito torna-se então o pólo das relações jurídicas, carregando consigo um patrimônio.

⁸³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo I, p. 202.

⁸⁴ MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*, p. 94.

⁸⁵ Neste sentido, vide também WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, p. 288: “O jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais. A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e aos Estado; também para estes devem ser formuladas leis com imutabilidade das deduções matemáticas.”

⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto. *O direito de propriedade e a Constituição de 1988: algumas considerações críticas*, p. 69: “A propriedade dos bens é vista como uma manifestação interna do indivíduo. A propriedade é absoluta porque corresponde à natural vocação do indivíduo de conservar e fortalecer o que é seu. (...) A propriedade liberal é a emanção das potencialidades subjetivas, constituindo instrumento da soberania individual.”

O enquadramento da pessoa humana pelo direito moderno, através da categoria abstrata do sujeito de direito, é bem definida por Jussara Meirelles⁸⁷, quando destaca:

Em um sistema assente na estrutura formal a relação jurídica, as pessoas são consideradas sujeitos, não porque reconhecidas a sua natureza humana e dignidade, mas na medida em que a lei lhes atribui faculdades ou obrigações de agir, delimitando o exercício de poderes ou exigindo o cumprimento de deveres. (...) O sujeito virtual é reconhecido por ter nome de família e registro, é absolutamente livre para auto-regulamentar seus próprios interesses, sendo a ele possível, por exemplo, contratar ou não, conforme seja-lhe mais conveniente, escolher a pessoa do outro contratante e até mesmo determinar o conteúdo contratual. Esse sujeito conceitual tem, igualmente, família constituída a partir do casamento; e tem bens suficientes para honrar os compromissos assumidos ou, eventualmente, responder pelos danos causados a outrem.

No mesmo sentido, Karl Larenz⁸⁸ também destaca que a vinculação entre pessoa e sujeito de direito ocorre somente quando reconhecida a sua personalidade e sua propriedade:

El individuo solo puede existir socialmente como personalidad cuando le sea reconocida por los demás no solo su esfera de la personalidad y de la propiedad, sino cuando, además, pueda en principio reglamentar por si mismo sus cuestiones personales y, en tanto con ello quede afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter jurídicamente obligatorio mediante un concierto libremente establecido.

Segundo bem destaca Pietro Barcellona, na modernidade nascente, o giro que se pretendia provocar era a ruptura com o passado, partindo do problema da existência social a partir do indivíduo. Consistia, portanto, em assumir uma antropologia individualista para pôr em marcha uma nova constituição social.⁸⁹

⁸⁷ MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*, p. 89, 91 e 92.

⁸⁸ LARENZ, Karl. *Derecho de las Obligaciones*, p. 65.

⁸⁹ Tradução livre: BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*, p. 43.

O sujeito que, partindo desta antropologia individualista, devia construir a nova ordem, devia também ser pensado como um *a priori* a respeito da individualidade empírica e da reação vital naturalista do homem. Com isto, para Barcellona, entende-se o profundo significado revolucionário da idéia de sujeito abstrato, do fato de conseguir pensar a subjetividade como abstração, já que só a abstração pode fundar a ordem.⁹⁰ Isto se justificava, pois a subjetividade abstrata era necessária para liberar as relações entre os indivíduos das determinações específicas das relações pessoais, para então poder representá-las como relações objetivadas entre esferas de liberdade abstratas.

No plano proprietário significava que era preciso abolir a propriedade-relação que definia a forma de dependência entre o senhor e o servo, pois com isto o feudo se convertia em fundo rústico, o que não significava mera troca de denominação, como destaca Barcellona, pois a terra passava às regras do mercado, e portanto do capital.⁹¹

O conceito de propriedade livre seria, com efeito, uma separação não só dos vínculos feudais, mas também da pessoa, ou melhor, de sua inerência à pessoa e de sua quase projeção desta. A terra se converte em *res* e como tal torna-se disponível não só para o poder do sistema que a transforma, primeiro, em objeto de intercâmbio, em valor de troca, e logo em princípio introduzido na produção ilimitada de mercadorias características da época moderna.⁹²

A propriedade, centro de toda a transformação econômica, política e social que decorre daí, foi reificada mediante a mercantilização, constituindo-se como uma objetividade separada do indivíduo, governando as relações entre os homens e transformando-as em relações entre sujeitos abstratos de direito.

A propriedade que se libera, acaba por se transformar em um poderoso meio pelo qual é possível generalizar a qualificação do sujeito jurídico como sujeito abstratamente proprietário, tornando a sociedade em uma sociedade de proprietários livres e iguais, o que finalmente atenderia às aspirações burguesas de liberdade e igualdade, bandeiras do movimento revolucionário.

⁹⁰ Tradução livre: BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*, p. 45.

⁹¹ Tradução livre: BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*, p. 48.

⁹² Tradução livre: BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*, p. 140.

A propriedade imóvel, que foi a raiz da propriedade privada moderna, adaptou-se logo a este movimento, transformando-se em mercadoria, de maneira que o poder do proprietário se manifesta como puro poder da propriedade privada e do capital.

Esta influência da propriedade privada na constituição burguesa do sujeito livre e igual é tão destacada para Barcellona que ele chega a afirmar que na época moderna, o sujeito se apresenta com a qualidade de proprietário; o sujeito moderno é o sujeito da propriedade moderna.⁹³

Entretanto, o princípio da circulação privada de riqueza não poderia constituir-se se não existisse antes o reconhecimento de uma propriedade privada da própria riqueza. Por isto, nesta fase fundadora do Estado moderno, a garantia jurídica vinha dada aos proprietários como classe e a propriedade se apresentava como algo dos que pertenciam a esta classe, como qualidade sua. A legitimação da classe proprietária e a forma de circulação de riqueza são na realidade os pressupostos de uma nova ordem social.⁹⁴

A idéia de propriedade privada é a consagração do indivíduo possessivo, que em seu momento inicial vem representado pelo burguês e no curso do processo da modernidade acaba sendo absorvido pelo sistema, convertendo-se em lógica objetiva da propriedade privada, de apropriação privada do mundo social. E, por isto, acaba determinando o próprio fim deste projeto burguês de homens livres e iguais.

Este resgate às origens da formação do sujeito de direito permite entender sua conceituação dogmática consolidada pela Teoria Geral do Direito Civil, cuja crítica em momento oportuno, por sua vez, permitirá resgatar-se a pessoa humana, recolocando-a no centro do sistema jurídico.

Por hora, basta analisar-se o resultado desta construção histórica, definindo o sujeito de direito como “quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres.”⁹⁵ Portanto, ele detém uma qualidade especial que permite participar destas relações, chamada personalidade jurídica⁹⁶, definindo então a pessoa como sendo o homem com personalidade. Para Pontes de Miranda, “ser sujeito de direito

⁹³ Tradução livre: BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*, p. 90.

⁹⁴ Tradução livre: BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*, p. 115.

⁹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, p. 213.

⁹⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 191: “Sujeitos de direito são entes suscetíveis de serem titulares de direitos e obrigações, de serem titulares de relações jurídicas.”

é estar na posição de titular de direito, (...) é entrar no suporte fático e viver nas relações jurídicas, como um dos termos delas.”⁹⁷

Igual precisão técnica é encontrada nas lições de Manuel A. Domingues de Andrade⁹⁸ ao definir que “sujeito de direito (...) é toda a entidade que seja de facto sujeito de relações jurídicas (sujeito activo, sujeito passivo ou ambas as coisas)”, sendo que todo sujeito de direito é necessariamente pessoa em sentido jurídico.

Assim, para o renomado autor português, “sujeitos da relação jurídica são os pontos terminais da linha em que figuramos a relação jurídica; são os supostos desta relação; as pessoas entre as quais ela se estabeleceu.”⁹⁹ Como se observa sujeito de direito é o titular do direito subjetivo¹⁰⁰ e o onerado com o correspondente dever ou sujeição.¹⁰¹

O conceito deste sujeito abstrato de direito, cuja construção foi iniciada no direito pós-revolucionista e consolidado nos códigos civis do século XIX e primeiras décadas do século XX, releva uma despreocupação com a realidade concreta e com o homem real.

A redução produzida na ordem jurídica da caracterização da pessoa como sujeito de direito, especialmente sob o aspecto patrimonial, afasta este instituto jurídico do sujeito concreto, humano. Jussara Meirelles alerta que é preciso atentar

⁹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral, tomo I*, p. 153.

⁹⁸ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica. Sujeitos e Objetos*, p. 19.

⁹⁹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica. Sujeitos e Objetos*, p. 19.

¹⁰⁰ A expressão “direito subjetivo” é adotada aqui em seu sentido amplo, abrangendo tanto o direito subjetivo propriamente dito, cuja contra-face é o dever jurídico, e o direito potestativo, correspondente da sujeição. A distinção entre direito subjetivo propriamente dito e direito potestativo é expressado em WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*, p. 334: “A esse ‘direito subjetivo’, em sentido amplo, do titular ativo, corresponde, ao titular passivo: a) um dever jurídico de fazer algo ou de abster-se, ou b) um estado de sujeição ao exercício do direito, pelo titular ativo, que lhe atinge a esfera jurídica. Destas duas modalidades se extraem os conceitos de direito subjetivo propriamente dito – sentido estrito – e direito potestativo. No primeiro caso, o titular ativo depende da prestação – ação ou abstenção – alheia para satisfazer-se, dotando-lhe, o ordenamento, de vias coativas para obtê-lo em caso de descumprimento. No segundo, porém, o titular ativo simplesmente exerce seu direito, constituindo, modificando ou extinguindo a relação jurídica. Ou seja, o titular ativo não depende de qualquer ação ou omissão do titular passivo da relação, mas depende apenas de sua própria vontade para a produção do efeito jurídico. Desta forma, o titular passivo de uma relação correlata a um direito subjetivo tem a possibilidade de cumprir ou não o seu dever, sujeitando-se à sanção ou mesmo ao cumprimento por vias coativas. Já o titular passivo de uma relação correlata a um direito potestativo nada pode ou precisa fazer para violar seu estado de sujeição e frustrar a produção dos efeitos jurídicos decorrentes do exercício do titular ativo.”

¹⁰¹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica. Sujeitos e Objetos*, p. 19, define sujeito de direito como sendo “os destinatários do lado activo e do lado passivo da relação – e destinatários que efectivamente recebem e detêm ou suportam o que lhes é destinado. Normalmente, são os titulares ou portadores dos interesses contrapostos, cujo conflito a lei regula pela prevalência de um e pelo sacrifício de outro.”

que “o ser humano não tem uma personalidade, ele é a expressão viva de sua própria personalidade”.¹⁰²

Com igual preocupação, nas palavras de Carbonnier, a construção dogmática contida no *Code* ignorou “o homem concreto, o homem de carne, sujeito a debilidades, presa de necessidades, esmagado por forças econômicas, sacrificando nas aras do proprietarismo girondino a verdadeira tutela do quarto estado rompente (os interesses da multidão dos *sans-cullotes*).”¹⁰³

A desvinculação entre o instituto jurídico e a realidade permaneceu praticamente inquestionada até a segunda metade do século XX, quando os movimentos surgidos no período pós segunda guerra mundial começaram a exigir a revisão da abstração do direito. Mas isto somente será abordado nos capítulos seguintes, sendo que no momento este conceito clássico do sujeito de direito será adotado na análise da construção da teoria contratual moderna.

2.3. AUTONOMIA DA VONTADE

O direito positivo deveria ser o modo realizador da combinação entre os direitos naturais dos indivíduos, e como destaca Hespanha, ele não criava direitos nem os extinguiu; apenas regulava a utilização daqueles concedidos por uma ordem que lhe é anterior (ordem natural).¹⁰⁴

Este pensamento estava presente em vários autores dos séculos XVIII e XIX, onde se entendia que o exercício dos direitos de cada um seria apenas limitado pelos direitos individuais dos outros, sendo que nesta esfera de absoluta igualdade, o exercício de um direito com um fim prejudicial ao bem comum seria legítimo.

Tal idéia partia da premissa de que a vontade era a primeira manifestação da liberdade natural do homem, onde se acreditava que a livre conjugação de vontades se encaminharia para a obtenção de uma ordem natural melhor.

¹⁰² MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*, p. 94.

¹⁰³ CARBONNIER, citado por CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil – teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*, p. 34.

¹⁰⁴ HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática Social, Ideologia e Direito*, p. 30.

Trata-se da primazia da autonomia da vontade¹⁰⁵, que foi acolhida na legislação liberal, fruto dos ideais revolucionários burgueses. Isto porque, como já destacado anteriormente, a plena circulação de bens somente seria possível quando as partes negociantes fossem formalmente livres e iguais, e portanto sua declaração de vontade seria suficiente para esta relação fática produzir efeitos jurídicos.

A análise do conceito de autonomia da vontade, e como ele se desenvolveu historicamente, mostra a existência de uma profunda ligação deste com os conceitos de sujeito jurídico e de propriedade. Isto porque quando uma pessoa passa a dispor de um bem ela se afirma como exclusiva titular de um poder de produzir efeitos jurídicos.¹⁰⁶

A implantação do projeto burguês, e posteriormente do modo de produção capitalista, exigiam uma universalização destes conceitos, pois apenas se todos passassem a ser sujeitos jurídicos é que se poderia ter capacidade negocial. Do ponto de vista filosófico, isto exigia a afirmação da liberdade das pessoas ante os vínculos que os prendiam à terra e aos senhores.

Segundo Ana Prata, é “neste momento que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autônomo e operativo; e é este conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico.”¹⁰⁷ Assim, o negócio jurídico passa a ser mais que um mero instrumento de troca, sendo efeito jurídico da vontade livre.

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

¹⁰⁵ 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. O preciosismo da doutrina portuguesa observou com correção que tal promiscuidade lingüística deve ser evitada, considerando tratarem-se de conceitos distintos (RIBEIRO, Joaquim de Souza, *O Problema do Contrato*, p. 40 e 41). Contudo, este entendimento não é unânime, pois muitos autores 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 (LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, p. 10). No presente trabalho, pressupõe-se a existência de diferenciação entre autonomia da vontade e autonomia privada, diferença esta que decorre de verdadeira evolução do direito, tratando-se de institutos jurídicos que se sucederam historicamente. Tal fato foi bem observado por Fernando Noronha, quando alega que o princípio da autonomia privada é a expressão que tende a substituir aquela do princípio da autonomia da vontade (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 112).

¹⁰⁶ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 07.

¹⁰⁷ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 07.

figura do sujeito de direito, tratada anteriormente, representou um dos pilares desta construção jurídica, pois assegurava ao indivíduo o poder de assumir obrigações.

Nas lições de Pontes de Miranda, a autonomia da vontade ou autogoverno é “o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades.”¹⁰⁸ Portanto, “a autonomia da vontade não é mais do que o nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático, suficiente para tornar jurídicos atos humanos, a vontade.”¹⁰⁹

Em outras palavras, a autonomia da vontade consistiria na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, mediante a declaração de vontade.¹¹⁰

Tal concepção possuía razões históricas que a justificavam, principalmente considerando que o contrato foi o instrumento utilizado pela burguesia para acessar os 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.¹¹¹

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. Contudo, tal conclusão não foi obtida de imediato, forjando-se artificialmente uma doutrina de liberdade e autonomia. O instituto da autonomia da vontade desenvolveu-se durante séculos, desabrochando em pleno vigor no momento histórico da ascensão burguesa.

O antecedente imediato da autonomia da vontade¹¹² reside no individualismo, doutrina pela qual se concede à pessoa humana a qualidade de ser a fonte e a

¹⁰⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Geral – Tomo III*, p. 55.

¹⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Geral – Tomo III*, p. 55.

¹¹⁰ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine Generali del Diritto Civile*, p. 113: “Se il negozio deve produrre i suoi effetti nella sfera giuridica dell’agente, bisogna che egli abbia la capacità d’agire; se il negozio dispone di un diritto dell’agente occorre inoltre che lo stesso abbia quello specifico potere d’agire che è il potere di disporre.”

¹¹¹ Neste sentido, também NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 109: “O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo para que a classe em ascensão (burguesia) tivesse, à sua disposição, um meio legal de obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário.”

¹¹² SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine Generali del Diritto Civile*, p. 117: “La volontà costituisce la sostanza o, come anche si dice, il contenuto del negozio. E’ questo elemento che fa del negozio una categoria distinta, e più precisamente la massima categoria degli atti giuridici privati.”

causa final de todo o direito, encontrando-se em posição de primazia em relação à sociedade.

Retrocedendo na história, é possível ainda identificar-se antecedentes da autonomia da vontade já no direito romano, onde a *lex privata* consistia em declaração solene com valor de norma jurídica, baseada em um acordo entre o declarante e o destinatário. Contudo, o instituto jurídico não trazia ainda os contornos que se desenvolveram posteriormente no início da idade moderna.

Posteriormente com os glosadores, especialmente Bartolo de Saxoferrato, “firma-se o princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado, reconhecido aos particulares o poder de escolher a lei aplicável aos contratos.”¹¹³

Com a escola do direito natural substituiu-se a idéia de origem divina do direito pelas liberdades naturais, de forma que o contrato, por exemplo, seria a manifestação da vontade humana e a liberdade contratual, uma das liberdades naturais.

Porém, a influência mais definitiva na construção histórica da autonomia da vontade reside na filosofia de Kant, enquanto imperativo categórico de ordem moral. Segundo esta base teórica, 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 determinar a quais regras, criadas por ela própria e reconhecidas pelo ordenamento jurídico, estaria ela subordinada.¹¹⁴

Por fim, não se pode ignorar ainda o substrato econômico que também foi marcante na consolidação da autonomia da vontade. O liberalismo econômico utilizou o contrato como instrumento de trocas que deve ser preservado como produto da liberdade e da autonomia das partes. A relação entre autonomia da vontade e liberalismo econômico encontra-se precisamente resumida nas palavras de Francisco Amaral:

¹¹³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, p. 345.

¹¹⁴ Um acurado resumo deste substrato filosófico da autonomia da vontade pode ser extraído de NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 106 - 107: “Neste momento, ganha força a opinião de Kant, que coloca o elemento volitivo no centro de todas as relações jurídicas privadas. Não era o Estado o grande fomentador das relações contratuais, mas o próprio homem, revestido do direito subjetivo absoluto, pois natural, de liberdade, sempre tendo como pressuposto formal a igualdade de seus pares.”

A autonomia da vontade traduz, portanto, um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado da circulação de bens por meio de troca, e de que o instrumento jurídico próprio é o negócio jurídico. Essa autonomia significa, conseqüentemente, que o sujeito é livre para contratar, escolher com quem contratar e estabelecer o conteúdo do contrato. A autonomia privada teria, assim, como fundamento prático, a propriedade particular e, como função, a livre circulação dos bens, o que pressupõe também, a igualdade formal dos sujeitos, isto é, a igualdade de todos perante a lei. A autonomia privada revela-se, portanto, como produto e como instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positivação jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica. Seu fundamento ideológico é, portanto, o liberalismo como doutrina que, entre outras formulações, faz da liberdade o princípio orientador da criação jurídica no âmbito do direito privado, pelo menos no seu campo maior que é o direito das obrigações.

Este império da vontade apenas veio a encontrar duas limitações na época das codificações: a idéia de ordem pública e dos bons costumes.

Nas palavras de Sílvio Rodrigues, a idéia de ordem pública é constituída por “aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar.”¹¹⁵ Os bons costumes são compreendidos como as regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social e que constituem o substrato ideológico inspirador do sistema jurídico.¹¹⁶

Ainda em relação a estes limites da autonomia da vontade, Enzo Roppo traz um conceito mais completo de ordem pública, entendendo-a como “complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase de sua evolução histórica, e que, por isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica.”¹¹⁷ Assim, o contrato estaria limitado a respeitar a organização daquela sociedade em que se originou, assegurando a manutenção da administração pública.

¹¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, p. 17.

¹¹⁶ LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, p. 75: “choque contra las buenas costumbres, es decir, contra las reglas Morales reconocidas por la comunidad jurídica (...). Tratase también aquí de un límite immanente de la libertad contractual que resulta de la ingerencia del derecho en la moral objetiva y en realidad se explica por sí mismo.”

¹¹⁷ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 179.

No que tange aos limites contratuais impostos pelos bons costumes, o citado autor italiano esclarece que seriam “aquelas regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é, portanto, considerada moralmente reprovável.”¹¹⁸

Por fim, apenas importa esclarecer que estes dois limites à autonomia da vontade caracterizam-se pela relatividade histórica, não podendo ser considerados abstratamente, fora do contexto político, social e cultural.

2.4. LIBERDADE CONTRATUAL, VINCULATIVIDADE E RELATIVIDADE DO CONTRATO

Além da autonomia da vontade¹¹⁹, a concepção clássica do contrato funda-se em três outros princípios básicos, a saber: a liberdade contratual, a vinculatividade e a relatividade do contrato.

A liberdade contratual é o somatório de várias liberdades:¹²⁰ 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.¹²¹ Portanto, não se confunde com a obrigatoriedade ou vinculatividade, a qual consiste na

¹¹⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 185.

¹¹⁹ A autonomia da vontade referida neste capítulo não se confunde com a autonomia privada, como já destacado anteriormente. Trata-se de evolução de conceitos, de forma que no momento, enquanto o presente trabalho aborda a contratualidade clássica, o termo a ser adotado será a autonomia da vontade. Contudo, quando analisadas as primeiras limitações impostas pelo Estado a este espaço de liberdade privada, então o instituto que passará a ser analisado será o da autonomia privada.

¹²⁰ GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*, p. 220: “È una libertà o autonomia del privato che si manifesta sotto un duplice aspetto, negativo il primo, positivo il secondo, che occorrerà esaminare separatamente: a) libertà o autonomia contrattuale significa, in senso negativo, che nessuno può essere spogliato dei propri beni o essere costretto ad eseguire prestazioni a favore di altri contro o, comunque, indipendentemente dalla propria volontà. (...) b) libertà o autonomia contrattuale significa, in senso positivo, che i privati possono, con un proprio atto di volontà, costituire o regolare o estinguere rapporti patrimoniali: che essi possono, cioè, disporre dei propri beni e possono obbligarsi ad eseguire prestazioni a favore di altri.”

¹²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, p. 11.

vinculação das partes contraentes ao estipulado no contrato. É a regra de que o contrato é lei entre as partes.¹²²

Uma vez celebrado o contrato com todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, ele deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos - *pacta sunt servanda*, entendida na expressão quem diz contrato diz justo.¹²³

Para Orlando Gomes, “essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico. O princípio da intangibilidade do conteúdo significa a impossibilidade de revisão pelo juiz, ou de libertação por ato seu. As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes.”¹²⁴

A conjunção destes dois princípios forma o corolário do princípio da autonomia da vontade, anteriormente abordado, no 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 acrescentando-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 aos seus sujeitos, ainda que contra a sua vontade, certas prescrições. Para garantir esse ambiente de império da vontade, os

¹²² FIGUEIREDO, Ivanildo. *Efeitos do Contrato*, p. 166: “Uma vez aperfeiçoado e concluído o vínculo contratual, o contrato passa a produzir os efeitos dele esperados pelas partes, devendo cada contratante assumir e executar as obrigações respectivas. Desse instante em diante, a força vinculante do contrato impõe a necessária observância das cláusulas e condições estipuladas, que definem o conteúdo das prestações que devem ser cumpridas por cada parte contratante, como se lei material fosse.”

¹²³ MORAES, Maria Antonieta Lynch. *Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva*, p. 211: “Do princípio da autonomia da vontade decorre naturalmente o princípio da força obrigatória daquilo que o consenso dos contratantes estipular. Este princípio é bem antigo podendo ser encontrado expresso no Direito Romano pelo brocardo *pacta sunt servanda*. (...) Pelo princípio entende-se que os pactos obrigam os contratantes quaisquer que sejam as circunstâncias em que tenham que ser cumpridos. O princípio da obrigatoriedade tem como expressão maior a regra de que o contrato é lei entre as partes vinculando-as ao que pactuaram como se essa obrigação fosse oriunda de um dispositivo legal.”

¹²⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 38.

poderes públicos deveriam abster-se das eventuais ingerências, e 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.

Enquanto tipo idealizado, o contrato apenas surtiria efeitos entre os contratantes, sendo que esta característica restou denominada como relatividade dos efeitos do contrato. E nem poderia ser de forma distinta, pois considerando que o contrato seria um acordo de vontades entre as partes contratantes, através do qual estas manifestam seu querer íntimo, não seria possível que o resultado desta pactuação atingisse terceiros que não manifestaram vontade alguma e não participaram desta negociação.

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para questões como igualdade e 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.¹²⁵

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

¹²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 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).”

auto-obrigar, mas também para se defender contra a imputação de outras obrigações para as quais não tinha manifestado a sua vontade.¹²⁶

Esta visão contratual pressupõe que os contratantes estejam em posição de igualdade perante não só o direito, mas também ante a sociedade, de forma que discutiriam livremente as cláusulas de seu acordo de vontades. Tratar-se-ia, portanto, de contratos paritários.

Essa ideologia contratual foi típica do direito liberal clássico 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.

Para contornar isto os códigos modernos assumiram a estrutura de sistema de normas de sujeito único, e transportaram as diferenças para o campo da capacidade de atuar e de produzir efeitos jurídicos mediante a vontade, como já visto anteriormente.

¹²⁶ Também neste sentido, cumpre citar: COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função Social do Contrato Individual de Trabalho*, 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.”

CAPÍTULO II - REFLEXOS DA CRISE DA MODERNIDADE

“Esta instabilidade abre a porta à mudança.” (ARNAUD, André-Jean. O direito traído pela filosofia).

1. AS PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS DA MODERNIDADE

A crise da modernidade¹²⁷ configura verdadeiro lugar-comum, pois é propalada nos mais diversos ramos das ciências (econômicas, jurídicas, sociais, filosóficas, etc.). É inegável que o projeto burguês de modernidade mostrou-se logo deficitário, não atendendo aos anseios dos demais membros da sociedade.¹²⁸

Sergio Paulo Rouanet acrescenta que a crise da modernidade é, em verdade, uma crise de civilização, pois o que está abalado “é o projeto moderno de civilização, elaborado pela Ilustração europeia a partir de motivos da cultura judeo-clássica-cristã e aprofundado nos dois séculos subseqüentes por movimentos como o liberal-capitalismo e o socialismo.”¹²⁹

¹²⁷ A expressão “crise” é invocada nos mais diversos significados, sendo que nem todas as acepções são negativistas, como se observa em ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*, p. 181: “Crise é ao mesmo tempo uma vivência e um enunciado. O acontecimento, etimologicamente, remete a algo que provém de outra parte e ameaça desequilibrar o sistema estabelecido. É este desconhecido que obriga a reexaminar a racionalidade do conjunto dos conhecimentos admitidos. (...) Esta instabilidade abre a porta à mudança.” Constatação semelhante é obtida em BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *A Responsabilidade Civil e a Hermenêutica Contemporânea: Um Nova Teoria Contratual?* p. 250: “A tendência de projetar as características de uma época como características perenes torna o conceito de crise um conceito recorrente. É que, não tarda, os contextos sociais, renovando-se, indispõem-se com as categorias de pensamento próprias de outras épocas, surgindo paradoxos e perplexidades.” A possibilidade de repensar o direito a partir dos momentos críticos também é destacado por CORTHIANO JÚNIOR, Eroulths. *A propósito do Novo Código Civil Brasileiro*, p. 11: “A expressão crise é aqui utilizada como significativa de *mudança paradigmática*, em que o estresse da modificação permite a criação do novo a partir das experiências do antigo. A crise é, então, ideológica, e não significa necessariamente que se chegou ao pior, mas que se chegou ao ponto em que é necessário repensar estruturas e sistemas.”

¹²⁸ O direito foi utilizado como instrumento pela burguesia, não atendendo aos anseios do restante da população, como observa MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso de Direito e o Ato Ilícito*, p. 07: “Dada, porém, a origem desse direito, que é expressão definitiva do triunfo da burguesia sobre a nobreza, as classes economicamente débeis ficaram desprotegidas e entregues à discreção do capital, que as explora e tiraniza, porque, embora a lei reconheça a todos o mesmo poder de ação, a organização social só a uma classe privilegiada fornece os elementos e atribui os meios para dispor desse poder.”

¹²⁹ ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*, p. 09.

O projeto da modernidade apoiava-se em três grandes pressupostos, a saber, universalidade, individualidade e autonomia, sendo que a crise deflagrada reside justamente no não-cumprimento destas promessas.

A universalidade significava que as pessoas seriam consideradas enquanto seres humanos, independentemente de origens nacionais, culturais ou étnicas, afinal, todos eram livres e iguais, o que assegurava o livre comércio entre as nações, especialmente com os países periféricos. A individualidade defendia a valorização do indivíduo em si mesmo considerado, e não apenas enquanto membro de determinada coletividade ou casta, o que foi fundamental na luta burguesa pelo fim dos privilégios da nobreza e do clero. A autonomia pretendia garantir que os homens são aptos a pensarem e decidirem por si próprios, com liberdade para agirem nas relações públicas e privadas.

Contudo, nenhuma destas promessas foi concretizada, e como afirma Rouanet, “esse projeto civilizatório está fazendo água por todas as juntas.”¹³⁰ O universalismo jamais foi atingindo e a primeira metade do século XX foi palco de particularismos, como nacionalismos exacerbados e xenofobia, por exemplo.¹³¹ A individualidade subjugou-se à abstração e à generalização causadas pela formação de uma sociedade de consumo, preponderantemente massificada.¹³² Por fim, a autonomia mostrou-se uma falácia, pois jamais existiu concretamente igualdade e liberdade entre todos os integrantes da sociedade.¹³³

¹³⁰ ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*, p. 09.

¹³¹ Neste sentido, vide ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*, p. 20: “O cosmopolitismo da Ilustração cedeu lugar aos nacionalistas mais estridentes, em parte justificados pela doutrina liberal da autodeterminação dos povos.”

¹³² ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*, p. 16 e 22: “Por outro lado, o individualismo degenerou facilmente, no século XVIII, numa apologia insensata do interesse pessoal, ignorando-se a utilidade coletiva, e do prazer hedonístico, quaisquer que fossem suas conseqüências. Além disso, o caráter atomístico desse individualismo levou a desconhecer que todo indivíduo é social e que o *telos* da individualização crescente só pode ser alcançado socialmente. (...) Que passa, hoje em dia, com o individualismo nas sociedades ocidentais? Há uma combinação de hiperindividualismo e de antiindividualismo. O primeiro se manifesta num egocentrismo radical, num frenesi de hedonismo, num delírio consumista, na busca exclusiva da própria vantagem, na apatia mais completa com relação às grandes questões de interesse comum. O segundo se manifesta na necessidade de raízes, na tentativa de reinserção comunitária, na procura de uma identidade grupal, qualquer que ela seja. Nos dois casos, o resultado é a asfixia da individualidade.”

¹³³ ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*, p. 26: “A autonomia política advogada pela Ilustração e institucionalizada pelo liberalismo só se tornará plenamente concreta quando seus titulares tiverem condições econômicas para usá-la de fato, não somente enquanto fim em si mas enquanto meio, promovendo através dela as transformações sociais necessárias para que todos possam ser livres.”

Outro fator de contribuição para a crise generalizada instalada no século XX foi a descrença com o sistema econômico. A falibilidade da livre negociação, sem freios ou limites, torna-se patente ao se vislumbrar ser incapaz de satisfazer a um grupo de pessoas excluídas, cujo número é incalculável. Para Ricardo Lorenzetti, “este é um dos problemas fundamentais da conformação econômica atual: produzem-se riquezas e bens, porém uma grande parte da população não pode delas usufruir.”¹³⁴

O capitalismo e o contratualismo revelam-se como geradores de desemprego, exploração e exclusão. Por outro lado, o socialismo concreto também fracassou nas promessas de eliminar a injustiça social.¹³⁵

Ao discorrer sobre os efeitos do capitalismo e modernidade na vida das pessoas, humanas e concretas, Enrique Dussel¹³⁶ é enfático, demonstrando, através de uma narrativa dura e verdadeira, a crise instalada no sistema:

A vida humana, a qualidade por excelência, foi imolada à quantidade. O capitalismo, mediação de exploração e acumulação (efeito do sistema-mundo), depois se transforma num sistema formal independente que, desde sua própria lógica auto-referencial e autopoietica, pode destruir a vida humana em todo planeta. (...) O segundo limite absoluto da modernidade é a destruição da própria humanidade. (...) Aumenta assim a proporção de sujeitos necessitados não solventes – tanto na periferia quanto no centro. É a pobreza, a pobreza como limite absoluto do capital. Hoje constatamos que a miséria cresce em todo o planeta. Trata-se da lei da modernidade.

O direito moderno foi estruturado para o sujeito proprietário, mas a realidade que ele precisava regular era composta em grande parte por excluídos, aos quais de nada valia igualdade e liberdade formais, pois sem a propriedade de bens, tais

¹³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, p. 86.

¹³⁵ ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*, p. 31: “Restava aos socialistas demonstrar que surgida a oportunidade poderiam implantar uma verdadeira autonomia política. Sabemos que o contrário se deu. Não houve substituição de uma liberdade burguesa, formal, por uma liberdade proletária, rica de substância: o que ocorreu foi simplesmente a substituição da liberdade *tout court* pela tirania *sans phase*. Os direitos humanos (que no entanto eram reconhecidos pela Constituição soviética) foram violados metodicamente, da liberdade religiosa à liberdade de ir e vir. A democracia se limitava ao direito de escolher representantes oficialmente aprovados, cuja independência de julgamento podia ser avaliada pelos aplausos obedientes durante os discursos do secretário-geral e pelas decisões unânimes do Soviète Supremo.”

¹³⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 63 e 66.

sujeitos concretos não poderiam ingressar no comércio jurídico. Tal realidade foi bem apreendida por Ricardo Lorenzetti quando afirma¹³⁷:

No Direito clássico, a propriedade, o trabalho, o contrato ou a responsabilidade foram instrumentados pelos setores sociais com amplo acesso a esses bens, por esta razão se pensa no indivíduo “já instalado e bem”. A propriedade se ocupava prevalentemente dos problemas de quem é proprietário: o uso da coisa e a exclusão de terceiros que pudessem afetar esse uso. O contrato protegia quem já fosse contratante. Os principais institutos se referiam às obrigações das partes, aos modos de extinção e à responsabilidade por descumprimento. O Direito do Trabalho, ramo desvinculado da locação de serviços, ocupou-se sempre do trabalhador que já possuía um emprego: “o trabalhador”. Suas regulamentações visavam aos horários de trabalho, atribuições de tarefas, acidentes de trabalho, salubridade, remuneração. Um de seus capítulos mais relevantes foi o da proteção contra a despedida arbitrária. O Direito Processual contemplou quem já era litigante. O autor e o réu são suas principais figuras, suas normas dizem respeito ao litígio, à contestação, à prova, à extinção do processo. À garantia do “devido processo” fazem jus aqueles que estão submetidos à justiça.

Como se observa, existe um abismo que separa o direito da sociedade concreta¹³⁸, importando a exclusão de grandes grupos de pessoas, as quais não se configuram como proprietários, contratantes, empregados ou litigantes. Porém, estas exclusões permanecem ocultas, mascaradas pelo direito abstrato e supostamente ao acesso de todos.

Contudo, chegou-se a um ponto que ignorar a inaptidão do direito clássico para responder aos anseios da sociedade, dos excluídos e marginalizados, representava o próprio colapso do sistema. Paralelamente às instituições formais, constituíam-se redes informais, paraestatais, aplicando-se regras de conduta estranhas às legislações positivadas. Fachin esclarece que “a complexidade contemporânea imprimiu ao direito feições antes impensáveis, revelou rupturas e

¹³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, p. 87.

¹³⁸ ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*, p. 24: “O Direito, como revela a própria jurisprudência, deve acompanhar a sociedade para o qual se dirige, como instrumental não só de segurança, como também de justiça, conteúdo material do Estado, positivado na Constituição, de modo vinculante ao operador do Direito.”

inexatidões, e mostrou, especialmente, a fratura de um projeto de racionalidade que se queira completo e único.”¹³⁹

A pobreza e a vitimização demonstraram a completa falência do projeto burguês moderno, exigindo alterações no sistema posto,¹⁴⁰ sob pena de eclosão social. Embora o direito, talvez pelo seu dogmatismo e afastamento social, ignorasse os clamores populares por décadas, foi inevitável sua contaminação pela crise social.¹⁴¹

1.1. MODELO CODIFICADOR E AS NOVAS FORMAS DE LEGISLAR

O apogeu das codificações foi atingido no século XIX, cujo modelo jurídico encontrava-se adequado à sociedade burguesa-capitalista que se consolidava como dominante. Este modelo caracterizava-se pela pretensa completude que permitia ao sistema fechar-se em si mesmo, preocupado com a pureza do direito.¹⁴²

A Escola da Exegese resgatou o princípio da completude da antiga tradição romana, construindo assim o monopólio estatal da produção legislativa, “de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações.”¹⁴³ Justamente porque o sistema era completo e continha soluções para todas as questões, ao juiz não era dado espaço para a aplicação flexível do

¹³⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 189.

¹⁴⁰ As inflexões da crise ensejam o repensar do modelo posto, sendo, sob esta ótica, identificada positivamente. Nesta perspectiva, aduz ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*, p. 09: “Hão que ser repensadas as categorias fundamentais do Direito Civil – a família, o contrato e as titularidades – visto ter se exaurido o fôlego da teoria clássica, aportada em uma Jurisprudência dos Conceitos, fantasiosa e egocentrista, na resolução dos problemas oriundos das controvérsias contemporâneas nas relações interpretativas.”

¹⁴¹ O direito está no mundo e por isto a crise nas demais áreas humanas sempre lhe afetará. Neste sentido, vide FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 251: “O debate jurídico, como se vê, não está dissociado das condições materiais de funcionamento do Estado e da sociedade. Os temas que permeiam o discurso jurídico não estão, por isso, afastados das questões relevantes.”

¹⁴² A preocupação com a pureza do direito implicava na adoção de um sistema jurídico fechado, segundo destaca TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 01: “Por um lado, pode-se dizer que a completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heterônomas, forjando-se um modelo de sistema fechado, auto-suficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhes diziam respeito.”

¹⁴³ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 02.

direito.¹⁴⁴ As razões para a construção deste modelo já foram analisadas nos primeiros capítulos do trabalho as quais se remete para evitar repetições.¹⁴⁵

Outra característica deste modelo era a exata separação entre os âmbitos público e privado, cabendo ao Código Civil à disciplina exaustiva de todas as relações privadas¹⁴⁶, enquanto que à Constituição restariam apenas matérias relativas à estruturação do Estado, direitos políticos e liberdades públicas. Como se observa, relegou-se à norma constitucional o papel de integração subsidiária, cuja aplicação somente seria necessária quando ausente regra ordinária específica. Para Tepedino, “trata-se, em uma palavra, de verdadeira subversão hermenêutica.”¹⁴⁷

Este sistema perpetuou-se, com gradativa decadência, até a primeira metade do século XX, quando as graves consequências sociais resultantes das grandes guerras mundiais, agravadas pelo desenvolvimento predatório do capitalismo industrial, exigiram mudanças, obrigando o Estado a intervir na economia e no direito, como será analisado na sequência do presente trabalho, ficando aqui apenas a menção ao fenômeno do dirigismo estatal que começava a tomar forma.

A intervenção estatal é realizada de várias formas, mas no direito esta faceta se manifestou principalmente pela criação de legislações especiais, microssistemas destinados a regular situações em que existia um sujeito hipossuficiente e carecedor

¹⁴⁴ A limitação do papel da jurisprudência, nesta época, é destacada por PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*, p. 53: “É por isso que se atribui ao julgador um papel tão limitado, cuja atividade não passaria de uma subsunção. Cabe-lhe tão-somente enquadrar o caso concreto em conceitos dados pela ciência jurídica, pois de modo algum ele poderia competir com o legislador, aplicando o Direito em atenção a princípios não-inscritos.”

¹⁴⁵ O projeto burguês e o capitalismo que se desenvolvia exigiam regras claras e vindas de uma única fonte, pois somente assim assegurava-se a previsibilidade e o cálculo necessários ao comércio jurídico.

¹⁴⁶ A obsessão da completa regulação do direito afetou a cultura jurídica, cujos reflexos até hoje são sentidos, como destaca TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 02: “Insculpiu-se na cultura jurídica, como consequência, a convicção de que sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito.”

¹⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 03.

de proteções que impedia a aplicação das regras civis ordinárias.¹⁴⁸ As Constituições do pós-guerra, caracterizadas pela normalização de aspectos sociais e econômicos e não mais apenas da esfera política, também adquiriram relevo ocupando o espaço de vértice do sistema jurídico.¹⁴⁹

Considerando então que até o início do século XX as Constituições preocuparam-se especialmente com os poderes constituídos, cabia uma pequena margem de ação aos operadores do direito no âmbito constitucional e de seu controle. Como visto, esta situação foi alterada no período do pós-guerra, quando os direitos fundamentais passaram a ser considerados como pressupostos das liberdades individuais, sendo que o controle judicial de constitucionalidade das leis adquiriu uma dimensão de maior relevo. Assim, vislumbrou-se uma nova postura constitucional, através da normatização dos princípios, criando uma rede de proteção às liberdades individuais e coletivas perante as flutuações políticas das maiorias.¹⁵⁰

¹⁴⁸ A criação de normas especiais, apartadas do Código, altera o modelo de completude até então vigente, tornando o Código o centro do sistema, mas não a sua totalidade. Neste sentido, vide TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 04: “O Código se transforma em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferam as leis especiais, incumbidas de disciplinar novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador. Constituíram, por isso mesmo, o direito especial.” No mesmo sentido, CORTHIANO JÚNIOR, Eroulths. *A propósito do Novo Código Civil Brasileiro*, p. 12: “O direito – em especial o direito civil – vai ser encontrado em variada legislação extracodificada, ocasionando, em certa medida, uma perda da sistematização encontrada no sistema codificado. A descodificação, assim, visualiza-se nos chamados microssistemas, e o Código deixa de ser a única fonte do direito.”

¹⁴⁹ Paralelamente ao processo de descodificação do direito, vislumbra-se um movimento conhecido na doutrina por constitucionalização do direito civil, como bem observa CORTHIANO JÚNIOR, Eroulths. *A propósito do Novo Código Civil Brasileiro*, p. 12: “Não bastasse isso, a atenuação da fronteira entre os espaços público e privado do existir, com a conseqüente relativização da separação entre o direito público e o direito privado, vai acarretar a constitucionalização do direito civil. A constitucionalização decorre do fato da *inserção do direito civil no Estado social*, acarretando a migração dos tradicionais institutos do direito civil (família, propriedade e contrato) para o texto constitucional e a necessidade de se visitar (diga-se: interpretar, aplicar, operacionalizar) o direito civil à luz dos valores constitucionais. Se a descodificação culminou com a perda da sistematização do direito codificado – que tinha no Código seu principal e talvez único instrumento –, a constitucionalização ressystematiza o direito, agora a partir dos valores eleitos no grande pacto comunitário que é a Constituição.”

¹⁵⁰ Neste contexto, o controle judicial de constitucionalidade adquire revelo, como salienta ALEX Y, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 23: “A lo largo de su praxis jurisprudencial de más de treinta años, ha ido introduciendo cada vez más precisiones dentro del amplio campo de posibilidades que outorga el texto constitucional. Lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.”

O ordenamento jurídico privado, através de um sistema codificado¹⁵¹, lentamente viu restringida sua esfera de atuação, agigantando o abismo que separavam as normas abstratas do Código Civil da realidade concreta que deveria regular, ensejando no fenômeno conhecido como descodificação do direito civil.¹⁵²

O apelo que se fazia então era a um direito mais próximo da realidade, capaz de se amoldar às peculiaridades da vida concreta, e não fundado em máximas abstratas sem qualquer reflexo social.¹⁵³ O atendimento a estas necessidades somente poderia ser efetivado através de uma nova técnica legislativa¹⁵⁴, capaz de captar a pluralidade social e inseri-la no ordenamento jurídico.¹⁵⁵

Consolidam-se, assim, novas formas de legislar, adotando-se as denominadas cláusulas gerais, entendidas como técnica legislativa que utiliza em seu enunciado uma linguagem intencionalmente aberta, caracterizando-se pela

¹⁵¹ SALDANHA, Nelson. *Sobre o "Direito Civil Constitucional"*, p. 91: "A crise do Classicismo e do racionalismo é correlata da crise dos códigos, bem como da tendência a rever delimitações e a refazer o traçado dos conceitos fundamentais da ciência. Aos poucos desconfia-se do *esprit de géométrie*, das certezas ditas (impropriamente) 'dogmáticas', da onipotência do método, da autonomia do jurista e do jurídico dentro da vida social."

¹⁵² TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 05: "Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um *polissistema*, caracterizado por um conjunto crescente de leis tidas como centros de gravidade autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de *microssistemas*."

¹⁵³ A aproximação entre direito e realidade somente é possível a partir do reconhecimento da historicidade dos institutos e da necessidade de desempenharem uma função social, segundo destaca MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 30: "A fim de superar estes condicionamentos [mito da auto-suficiência e da plenitude lógica dos códigos] é preciso ter presentes três indicações, quais sejam a convicção da historicidade ou relatividade dos conceitos jurídicos, a ultrapassagem do 'significado constitucional' dos códigos civis e a relevância assumida pelos elementos de matriz publicística – em especial a *função social* de certos institutos e modelos – no âmbito do direito privado."

¹⁵⁴ CORTHIANO JÚNIOR, Eroulths. *A propósito do Novo Código Civil Brasileiro*, p. 13: "A falsa segurança da sociedade liberal-burguesa não vai resistir às novas demandas, ao novo papel do Estado e, mesmo, aos avanços tecnocientíficos. Quando o direito deixa de apresentar as respostas que se esperava que ele apresentasse, surgem novas técnicas legislativas que espelham uma sociedade em constante mutação. A técnica da subsunção é substituída (ou, ao menos, complementada) pela legislação por meio de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais. Uma linguagem mais aberta na legislação permite que as respostas aos problemas da realidade sejam *progressivamente construídas pela jurisprudência*. Intencionalmente imprecisas, as novas formas de legislar dão maior mobilidade ao sistema, permitindo que as soluções aos problemas se aproximem da justiça, da equidade e dos valores constitucionalmente eleitos pela coletividade. O desafio de construir um novo direito se impõe, agora verdadeiramente, ao operador."

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 29: "Compreender a noção de sistema aberto – ou, melhor dito, do sistema de auto-refêrência relativa – é fundamental para a tarefa de aplicação do direito, em especial do direito das obrigações, campo no qual a vida econômica da sociedade civil adquire formas concretas, numa permanente e incessante dinamicidade."

ampla extensão do seu campo semântico.¹⁵⁶ Nas palavras de Judith Martins-Costa¹⁵⁷:

É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.

O conteúdo da cláusula geral é dirigido ao juiz, conferindo ao mesmo um mandado (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, “mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterado no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização desses elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.”¹⁵⁸

Assim, o modelo aberto substanciado pelas cláusulas gerais não pretende fornecer respostas prévias a todos os problemas da realidade¹⁵⁹, “uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência.”¹⁶⁰ Contudo isto

¹⁵⁶ A técnica legislativa confere flexibilidade ao sistema jurídico, permitindo adequado à pluralidade de relações existentes na realidade, como destaca MATTIETTO, Leonardo. *O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos*, p. 173: “A grande vantagem da cláusula geral sobre o casuismo está em, graças à sua generalidade e abertura, tornar possível regular um vasto número de situações, que talvez sequer pudessem ser já previstas ao tempo da edição da lei respectiva, enquanto a técnica casuística enseja o risco de uma regulação fragmentária e provisória da matéria abrangida.”

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 274.

¹⁵⁸ MOTA, Maurício Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 194.

¹⁵⁹ Permite-se a superação da obsessão da completude, reconhecendo soluções específicas para o caso concreto através da construção jurisprudencial. O desempenho deste papel pelas cláusulas gerais é tema central da obra de MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 341: “As cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que ‘abre’ o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a ‘adequação valorativa’, e como mobilidade interna, vale dizer a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema.”

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 299.

não significa discricionariedade, pois estabelecem critérios objetivamente válidos para esta valoração judicial.¹⁶¹

A adoção de cláusulas gerais pelo atual Código Civil brasileiro marca definitivamente esta alteração no sistema jurídico, cuja exigência foi fruto da crise da modernidade pela qual o direito também foi afetado.¹⁶²

As breves menções à referida técnica legislativa importam no momento apenas para demonstrar os reflexos da citada crise na esfera jurídica, pois o tema será resgatado posteriormente quando estudadas as cláusulas gerais da boa-fé e da função social.

1.2. CRISE NAS BASES TEÓRICAS DA CONTRATUALIDADE CLÁSSICA

A figura do contrato encontrou seu ápice, mas ao mesmo tempo o início de seu declínio¹⁶³, na sociedade moderna, de economia capitalista e direito liberal.¹⁶⁴ Contudo, as características e elementos do contrato apontados pela teoria clássica encontraram um grande distanciamento com a realidade social em que se inserem.

¹⁶¹ A técnica de aplicação exigida pelas cláusulas gerais não se compatibilizaria com o estabelecimento de critérios pessoais do julgador, como defende MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 313: “O critério para a aplicação das normas vagas nesta acepção será constituído por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado. Não se trata de utilizar as ‘regras comuns de experiência’ (CPC, art. 335), mas de utilizar valorações tipizantes das regras sociais, porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costume).”

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 350: “É preciso, agora, que a doutrina e a jurisprudência as reconheçam e apontem as suas potencialidades, não as tomando como fórmulas vazias, preceitos destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegético.”

¹⁶³ Este fato é reconhecido em NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente*, p. 17: “O contrato, que tem o modelo liberal como seu paradigma, cujo princípio máximo é a autonomia da vontade, reflete, na verdade, um momento histórico que não corresponde mais à realidade atual. Essa concepção tradicional do contrato, que tem na vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações, formando lei entre as partes, sobrepondo-se à própria lei, bem como a visão do Estado ausente, apenas garantidor das regras do jogo, estipuladas pela vontade dos contratantes, já há muito vêm tendo seus pilares contestados e secundados pela nova realidade social que se impõe.”

¹⁶⁴ CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 137: “Uno de los puntos centrales del *aggiornamento*, sería precisamente una cierta y observable decadencia del contrato, la cual consistiría en que la voluntad es cada vez menos determinante en los contratos.”

A história mostrou que o exercício absoluto da autonomia da vontade entrou em processo autofágico, pois a liberdade contratual não supria a falta de igualdade material.¹⁶⁵

Desde o fim do século XIX, a crise do voluntarismo refletia em clamores sociais expressados, por exemplo, no aparecimento de doutrinas socialistas que exigiam normas de tutela específica para a classe operária.¹⁶⁶ No Brasil, os problemas sociais que surgiram com a revolução industrial deram origem a primeira grande intervenção estatal nas relações privadas, com a Consolidação das Leis do Trabalho.¹⁶⁷

Paralelamente, o movimento da Igreja Católica, através de suas encíclicas (*Rerum Novarum* - 1891), também pregava mudança de uma moral individual para uma ética social, considerando que o dever do Estado seria a proteção do bem comum e dos cidadãos, principalmente os materialmente mais fracos.

No campo jurídico, Jhering propunha o exame dos fins substanciais do direito e de sua finalidade prática, integrando elementos sociais à ciência jurídica.¹⁶⁸ O reflexo de sua teoria iniciou o que se denominou de “Jurisprudência de Interesses”¹⁶⁹, pela qual os magistrados poderiam aplicar juízos de valor contidos na lei, atendendo às necessidades do caso concreto.

¹⁶⁵ ARRONE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*, p. 35: “A manutenção da Teoria Geral do Direito Civil, nos moldes orientados pela Pandectista, é uma patologia a ser criticamente tratada se aquela não se legitima mais no sistema jurídico, ferindo a própria instrumentalidade do Direito, reduzindo-o a uma leitura conceitual, calcada em arquétipos oitocentistas, não condizente com a realidade social hodierna e tampouco com os valores e princípios constitucionais positivados.”

¹⁶⁶ LEWICKI, Bruno. *Panorama da boa-fé objetiva*, p. 65: “O primeiro terreno que demandou a intervenção estatal foi justamente o das relações de trabalho. No rastro de uma série de tratados internacionais que traçavam diretrizes sobre a matéria, e com o já citado processo de industrialização ganhando fôlego, não houve como prolongar a era da plena liberdade contratual nesta área. O impulso definitivo foi dado por Getúlio Vargas, que ‘concedeu’ ao trabalhador brasileiro uma intensa legislação laboral.”

¹⁶⁷ Este marco intervencionista é trazido por MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 71.

¹⁶⁸ Para Jhering, não é a vontade ou o poder que formam a substância do direito, mas sim o seu aproveitamento. O conceito de direito subjetivo respeita à segurança jurídica do aproveitamento dos bens, pois direitos seriam interesses reflexamente protegidos. Neste sentido, vide CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, tomo I*, p. 152: “O direito subjectivo é, assim, encetado por outra via. Em vez de se captar através do seu funcionamento, procura-se o seu escopo. (...) A referência a *interesses*, que a partir de Jhering, penetraria em profundidade no pensamento jurídico continental, deve ser explicitada. Em *sentido objectivo*, o interesse traduz a virtualidade que determinados bens têm para a satisfação de certas necessidades; em *sentido subjectivo*, o interesse exprime uma relação de apetência que se estabelece entre o sujeito carente e certas realidades aptas a satisfazê-lo.”

¹⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 71.

Esta ebulição social altera de sobremaneira a noção de contrato. Em primeiro lugar, o descrédito na suposição da igualdade formal como garantia de equilíbrio para os contratantes, acarretou a conseqüente necessidade do estabelecimento de proteções especiais a certas categorias de pessoas, como forma de compensar juridicamente suas debilidades concretas.¹⁷⁰

A discrepância entre a igualdade formal e a material afetava a idéia de liberdade de contratar, a qual se fundava na igualdade das partes contratantes. O desequilíbrio real obrigava a criação de tratamentos jurídicos distintos, o que apenas era possível com a intervenção estatal. Porém, tal intromissão estatal encerrava uma limitação da liberdade de contratar, principalmente em relação à determinação do conteúdo do contrato.

O Estado passou a ditar normas impondo não só o conteúdo de certos contratos, mas também proibindo a inserção de algumas cláusulas, fenômeno que ficou conhecido no mundo jurídico como dirigismo contratual, como já adiantado no tópico anterior. O Estado intervencionista passa então a dirigir a economia e organizar a produção, provocando restrições à liberdade e levando à falência do individualismo.

Este processo social, político e jurídico foi bem observado, embora de forma excessivamente otimista em relação à realidade concreta, por Francisco Amaral¹⁷¹, quando afirma:

(...) sob o ponto de vista filosófico, constata-se facilmente que ao individualismo se contrapõem as tendências sociais da idade contemporânea. O homem é um ser social, vive necessariamente em grupo, do que advém inevitáveis restrições e condicionamentos na sua capacidade de agir. (...) O princípio da autonomia privada encontra sua razão de ser na expressão mais pura do liberalismo econômico, na época em que o Estado tinha uma função mais política o que econômica ou social. Era o Estado de direito, organizado juridicamente para garantir o respeito aos direitos individuais que encontravam nesse princípio o instrumento de sua plena realização. Com a revolução industrial e tecnológica, e os problemas sociais dela decorrentes, com guerras mundiais de permeio, surge o Estado social, intervencionista, para

¹⁷⁰ LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Boa-Fé Contratual*, p. 32: "O liberalismo não conseguiu consolidar suas intenções: liberdade sem tradução econômica resulta ineficaz, sendo, em verdade, apenas a garantia dada ao homem de, livremente, morrer de fome ou viver na miséria."

¹⁷¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, p. 351 a 353.

orientar a vida econômica, protegendo os mais desfavorecidos e promovendo iguais oportunidades de acesso a bens e vantagens da sociedade contemporânea. No campo do direito privado, dá-se a socialização do direito civil, o que representa o primado dos interesses sociais sobre os individuais e, conseqüentemente, a redução do âmbito de atuação soberana da pessoa no campo do direito.

A complexidade da vida social exigiu a criação de novas técnicas de contratação, que para Orlando Gomes tratavam-se de “novas figuras que têm aparecido na área da autonomia privada, mas tão esquisitas que se duvida de seu caráter contratual.”¹⁷²

A agilidade das relações contratuais levou a um processo de massificação dos contratos¹⁷³, onde não havia mais espaço para o exercício da ampla liberdade contratual. Os contratos atuais demandam uma maior fluidez das relações, levando a elaboração de novos tipos contratuais concretos, mas que não encontram reflexo no modelo contratual clássico.

Dentre estes novos contratos o principal exemplo certamente seria o contrato de adesão, celebrado sem a liberdade contratual material, pois há a predominância de uma só vontade, unilateralmente declarada, que dita as regras da contratação para uma coletividade indeterminada pretensa a aderir ao contrato.

Há ainda o contrato coativo ou obrigatório, onde a ordem jurídica impõe a contratação, cujo principal exemplo é o seguro obrigatório; e o contrato necessário,

¹⁷² GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 33.

¹⁷³ O processo de massificação dos contratos nada mais é que um reflexo da massificação da própria sociedade, composta por indivíduos atomizados, sem concreção real. Este processo foi descrito de forma muito precisa em BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*, p. 127 e 134: “Este sistema parece presentarse como una potencia supra individual, pero ni holística ni estatal, y sin embargo produce una extraña contradicción: el individuo está al mismo tiempo sobredeterminado e indeterminado. Cada uno de nosotros está clasificado, encuadrado, sistematizado (es imposible pensar en una determinación tan rica y plural del individuo), y sin embargo si suprimimos determinaciones, roles, *status*, etc., no queda nada, ninguna cualidad consigue definir al hombre. El hombre, como se ha dicho tal vez con cierto énfasis, es ya un vacío, un lugar vacío. Ciertamente han sido suprimidos lugares y espacios de la identidad originaria del individuo creativo. (...) La hipótesis es que el individualismo de masas, que aparentemente conduce a la negación de la forma de la subjetividad jurídica, es sin embargo una consecuencia del desarrollo de los principios organizativos inherentes a la concepción originaria del individualismo posesivo propietario de la moderna ideología burguesa. En realidad, el individualismo indeterminado y de masas con el que hoy nos enfrentamos es el heredero de un individualismo hiperdeterminado, o sea, del individualismo posesivo. Históricamente, el individualismo posesivo, que está en la base del pensamiento de Hobbes e Locke, desempeño una función de ruptura del viejo orden, de gran apertura hacia la experiencia, hasta entonces inédita, de la libertad de los modernos, pero también condenó al hombre a convertirse luego en un apéndice de la *res*, es decir, de la propiedad.”

que se revelaria na relação de permanente estado de oferta contratual de determinados sujeitos contratuais, sem que possam recusar-se à contratação de quem quer que seja, cujo exemplo reside nas concessionárias de serviços públicos.

A especificidade destas modalidades contratuais configurou-se como objeto de estudo de doutrinadores alemães na segunda metade do século XX, como se pode observar dos escritos de Karl Larenz¹⁷⁴:

El suministro de los bienes vitales a la generalidad al través de una sola empresa, que para un determinado territorio goza de un monopolio de hecho o de derecho, es un deber público que ha de ser cumplido en interés de todos. A todo participante ha de serle ofrecida la posibilidad de tomar parte en tales prestaciones de suministro en idénticas condiciones. (...) En todos los casos el deber de concluir el contrato es el hecho correlativo necesario de la dependencia de hecho de los sujetos del tráfico de la prestación de suministro precisamente de una empresa determinada, y, con ello, la ausencia de los presupuestos de una auténtica libertad de contratar.

Paulo Nalin bem observa que esta nova realidade foi “um duro golpe na moldura clássica do contrato, uma vez que esvazia o papel da vontade, enquanto elemento nuclear, para ceder lugar a comportamentos automáticos ou socialmente típicos que ocupam o posto de manifestação volitiva.”¹⁷⁵

Assim, constata-se a existência de um contrato em crise¹⁷⁶, fruto da pós-modernidade, que tenta conciliar os valores do novo ordenamento constitucional, com a funcionalização social, e com as necessidades do mercado.¹⁷⁷

¹⁷⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, p. 67 e 68.

¹⁷⁵ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 118.

¹⁷⁶ MATTIETTO, Leonardo. *O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos*, p. 175: “A diminuição da intensidade da autonomia privada, diante do dirigismo estatal e da prática cada vez mais freqüente dos contratos de adesão, operou o enfraquecimento da ideologia do contrato como fruto da liberdade individual. Embora já se tenha afirmado o declínio e até mesmo a morte do contrato, na realidade há a sua transformação para atender a novas realidades e desafios vividos pela sociedade.”

¹⁷⁷ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 117.

1.3. REFLEXOS NOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS

Este quadro que se põe frente ao direito obriga-o a revisar os princípios e elementos do contrato clássico.¹⁷⁸ Embora ainda não seja possível descrever como seria um novo contrato, já é possível, entretanto, identificar algumas alterações produzidas na contratualidade clássica.

É preciso observar que a teoria contratual clássica encontrava-se em plena consonância com o voluntarismo e o liberalismo, assentando os dogmas jurídicos que a compunha, analisados nos itens anteriores. Nas palavras de Fernando Noronha:¹⁷⁹

Acreditava-se na irredutível oposição entre o indivíduo e a sociedade (o Estado seria um mal necessário, cujas atividades era necessário restringir-se ao mínimo); o princípio moral da autonomia da vontade (a vontade humana seria o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações, etc.); princípio da liberdade econômica (*laissez faire, laissez passer*) e finalmente, a concepção formalista, meramente teórica, da igualdade e da liberdade política.

A própria forma de legislar também foi afetada, pois o modelo codificador, que se pretendia completo, fechado e duradouro, foi substituído paulatinamente por microssistemas, com a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais, como exposto anteriormente.

No âmbito da contratualidade, a crise instaurada afetou profundamente os fundamentos do contrato clássico. O princípio que sofreu maior abalo destas novas realidades certamente foi a autonomia da vontade, acarretando um reposicionamento do elemento volitivo nas contratações.

¹⁷⁸ A recusa em revisar os institutos jurídicos implica em fadar o direito a sempre estar voltado ao passado, sem atender às expectativas do presente. Neste sentido, vide ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*, p. 30: “O resultado de tal tratamento do Direito Civil é a construção de uma dogmática alheia à sociedade e ao próprio sistema jurídico, pois se mantém com os olhos voltados para o século passado, com uma idéia de sistema não mais vigente, centrado na codificação e na defesa dos interesses liberais burgueses, em prejuízo do sujeito intersubjetivamente considerado, que fica à margem, enquanto o centro protetivo do ordenamento é ocupado pela patrimonialidade.”

¹⁷⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 64.

A autonomia da vontade foi o sustentáculo da acepção clássica do contrato, pois ela garantia a sujeição das partes apenas a obrigações estabelecidas por sua própria vontade. Contudo, este princípio sempre se mostrou mais utópico que factível, visto que a evolução contratual substituiu a noção de autonomia da vontade pela autonomia privada.

Por autonomia privada entende-se a liberdade de contratar dentro dos parâmetros trazidos pelo ordenamento jurídico. É, portanto, uma autonomia restrita às molduras jurídicas de um determinado sistema.

Esta mudança de conceituação foi bem observada por Fernando Noronha ao destacar que “atualmente, reconhece-se que nas obrigações contratuais o fundamental não é vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de autoregulamentarem os seus interesses e relações, na esfera privada.”¹⁸⁰

Com o advento da Constituição Federal¹⁸¹, cujos princípios reitores mitigam aqueles clássicos baseados no dogma da vontade, tornou-se imperiosa a remodelação da própria autonomia privada dentro de uma perspectiva coletiva. A manifestação de vontade dos sujeitos decorre do exercício de uma autonomia privada com efeitos restritivos à sua própria liberdade em favor da coletividade que compõem.¹⁸²

O deslocamento do foco constitucional exige uma profunda alteração no contrato, abandonando sua veste de instrumento de egoísmo individual, para servir de meio concreto para se atender às necessidades humanas. O contrato, então, passa a ser considerado um importante instrumento da paz social, do bem comum e da justiça distributiva.¹⁸³

¹⁸⁰ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 112.

¹⁸¹ ARRONE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*, p. 44: “(...) até finalmente o marco (formal) da promulgação da CF/88, que resultou na definitiva derrocada do sistema liberal burguês e de sua volátil teoria de base – conceitualista –, a legislação civil há de ser relida em consonância com o sentido teleológico a que se alinha o sistema na concretização dos valores que recebe, ou retirada do mesmo, por sua incompatibilidade formal e material.”

¹⁸² Neste sentido bem observa DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*, p. 203: “O papel da sociedade não poderia pois, em nenhum caso, reduzir-se a fazer cumprir passivamente os contratos: esse papel é também o de determinar em que condições os contratos são executórios e, se for o caso, restaurá-los sob sua forma normal. O entendimento das partes não pode tornar justa uma causa que, por si mesma, não o é, e há regras de justiça cuja violação a justiça social deve prevenir, mesmo que tal violação tenha sido consentida pelos interessados.”

¹⁸³ Para Nalin, o contrato, após a Constituição Federal de 1988, torna-se um instrumento de desenvolvimento humano – vide NALIN. Paulo. *Ética e Boa-fé no adimplemento contratual*, p. 200.

A obrigatoriedade dos contratos também é profundamente alterada nesta nova perspectiva. A mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários que revelaram injustiças na aplicação do princípio em termos absolutos. Isto se tornou patente após a 1ª. Guerra Mundial, quando se observaram situações contratuais que por força das circunstâncias se tornaram insustentáveis, pois acarretavam onerosidade excessiva para um dos contratantes.

Paralelamente, justamente em decorrência dos efeitos do conflito mundial, doutrina e jurisprudência alemãs e francesas esforçaram-se a definir critérios jurídicos para a solução da crise contratual que se alastrava nos referidos países.

O *Code Civil* estabelecia que o contrato tinha força de lei entre os contratantes, configurando a própria consolidação do princípio da obrigatoriedade do pactuado, sendo que o devedor somente se liberaria da obrigação em casos especificamente determinados, em especial quando o objeto individualmente determinado da prestação pereça sem culpa do mesmo, em consequência de força maior.¹⁸⁴

Entretanto, inúmeros contratos estavam sendo descumpridos em razão da grave crise econômica e social, sendo que tal demanda concreta não encontrava amparo na legislação francesa. O caso concreto identificado como marco desta alteração de entendimento da obrigatoriedade dos contratos consiste no fato do Conselho de Estado francês, no pós-guerra, ter admitido a revisão do conteúdo de contratos de concessão de serviços públicos desde que novas circunstâncias, fora de toda previsão, houvessem determinado para sua execução uma onerosidade excessiva que levasse à ruína do devedor.¹⁸⁵

A solução então encontrada na França consistiu na adoção da teoria da imprevisão, enquanto exceção ao princípio da obrigatoriedade dos contratos,

¹⁸⁴ LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento del Contrato*, p. 111 a 116 esmiúça a disposição do Código Civil francês quando a vinculatividade ao contratado.

¹⁸⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil: Tramitação, Função Social do Contrato, Boa-fé Objetiva, Teoria da Imprevisão e em Especial Onerosidade Excessiva*, p. 15: “Em verdade, e como é amplamente reconhecido, a teoria da imprevisão foi elaborada e acolhida pelo Conselho de Estado da França, no correr da primeira guerra mundial (1914 a 1918). Nasceu com o julgado de 30 de março de 1916, exarado na questão Bordeaux, como prefeririam os escritores franceses (questão entre a Compagnie Générale d’Éclairage de Bordeaux e a Cidade de Bordeaux). Nesta questão discutiu-se sobre contrato administrativo de serviço público (concessão de obra pública), em que se admitiu a revisão dos preços, pela alta do carvão, causada pelos transtornos da guerra.”

permitindo a revisão contratual quando “l'économie du contrat se trouve bouleversée par une situation de force majeure”.¹⁸⁶

Idêntica situação encontrava-se a Alemanha, pois o BGB (*Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch*) não solucionava eficazmente os problemas oriundos da impossibilidade de prestação, de forma que restou à jurisprudência obter sentenças justas e adequadas ao problema da vinculatividade do contrato, através do uso concreto da boa-fé e equidade na revisão contratual.

Segundo Karl Larenz, partiu-se do pressuposto que a “subsistência de uma relação contratual depende, segundo seu sentido, da persistência das circunstâncias existentes na conclusão do contrato que eram devidamente pressupostas e cuja variação não era previsível para as partes contratantes.”¹⁸⁷

Desta forma, a variação das circunstâncias deveria ser considerada quando se põe em perigo a finalidade essencial do contrato, como ocorre por exemplo, quando destruída a relação de equivalência entre prestação e contraprestação. Com isto, a doutrina fez ressurgir a antiga proposição do direito canônico¹⁸⁸, a chamada cláusula *rebus sic stantibus*.¹⁸⁹

A doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* desenvolveu um importante papel no direito natural do século XVIII, como se observa nas obras de Grócio e Puffendorf, mas por causa de sua generalidade e indeterminação acabou por cair em descrédito na literatura jurídica ao fim do referido século, somente aparecendo novamente pouco antes da Primeira Guerra Mundial.¹⁹⁰ A partir de então, teve pleno

¹⁸⁶ PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique*, citado por LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento del Contrato*, p. 114.

¹⁸⁷ Tradução Livre: LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento del Contrato*, p. 27.

¹⁸⁸ MORAES, Maria Antonieta Lynch de. *Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva*, p. 211: “A cláusula que foi absorvida pelo Direito Canônico, adotada pelos pós-glosadores e esquecida com o liberalismo, ressurgiu após a 1ª Grande Guerra em decorrência de acontecimentos imprevistos que repercutiam na esfera contratual forçando mudanças.”

¹⁸⁹ A solução de casos em que a alteração de circunstâncias traz consigo excessiva onerosidade de uma das prestações que integram o contrato exigiu grande esforço da doutrina e jurisprudência européias, como se depreende, por exemplo, nas obras *La guerra y los contratos*, 1940, de Castrillo e *La cláusula rebus sic stantibus en el Derecho privado*, 1946, de Díaz Cruz, citados por RODRÍGUEZ, Carlos R. Fernández in *Estúdio Preliminar* da obra *Base Del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, de Karl Larenz.

¹⁹⁰ Sobre a evolução da cláusula *rebus sic stantibus* vide LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento del Contrato*, p. 27 a 29.

desenvolvimento ao permitir a revisão de contratual, cujas obrigações tornaram-se desequilibradas, mitigando o corolário da estrita vinculatividade ao contratado.¹⁹¹

Gustavo Tepedino¹⁹² demonstra a atualidade da revisão contratual, especialmente nas relações de consumo e nas obrigações pactuadas em *quantum* periódico fixo, revelando a necessidade de revisão do princípio da vinculatividade ao contratado:

A revisão contratual torna-se assim, no âmbito das relações de consumo, instrumento importante de intervenção do juiz na realidade contratual, evitando que as situações de crise econômica inesperadas possam levar o devedor ao inadimplemento, quando não à insolvência. (...) certo é que outras avenças, pactuadas em *quantum* periódico fixo, devem ser revistas sempre que a sua manutenção possa consagrar o enriquecimento sem causa do devedor, em detrimento do credor, no curso de negócio a trato sucessivo ou à execução diferida; mormente quando se trata de retribuição por prestação de serviços ou resultado do trabalho físico ou intelectual do credor, hipóteses em que o locupletamento significaria a exploração gratuita de valores indisponíveis, constitucionalmente tutelados. Para tanto, deve-se fazer uso dos princípios gerais do ordenamento, coibindo o enriquecimento sem causa, o abuso de direito, a má fé dos contratantes, a excessiva onerosidade das prestações, como forma de temperar o dano normativo, revisitando-o na medida em que se transforma o cenário econômico e a realidade social.

Embora o tema da revisão contratual seja instigante, especialmente na atualidade porque o novo Código Civil positivou a possibilidade de revisão contratual nas hipóteses de onerosidade excessiva em seu artigo 478¹⁹³, o presente estudo não se aterá ao mesmo no momento, visto que se encontra além dos limites da

¹⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 295: “O renascimento da cláusula *rebus sic stantibus* é o exemplo mais saliente desta idéia de igualdade real que, sob a designação de tratamento equitativo, acaba sendo suscitada nos contratos de execução diferida ou de trato sucessivo. (...) Desproporções geradas pelos efeitos do contrato demonstram que a paridade surge como um valor a ser seguido, o que permite uma ingerência na equação econômico-financeira daquela relação jurídico-obrigacional.”

¹⁹² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, p. 108 e 109.

¹⁹³ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

dissertação, constando apenas a importância do seu papel desempenhado no momento de crise e reanálise do contrato.

Por fim, a relatividade dos efeitos dos contratos também passa por uma remodelagem, compreendendo-se que não mais importa apenas os efeitos da manifestação de vontades das partes contratantes em suas esferas individuais.¹⁹⁴

As novas estruturas jurídicas necessitam adequar-se à compreensão de que se deve buscar uma solidariedade social, implicando na atuação de cada indivíduo com vistas a produzir um reflexo positivo sobre a coletividade. Nas palavras de José Ascensão, “a pessoa deve agir, não apenas com os outros, mas para os outros”.¹⁹⁵

Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari, ao tratar das relações jurídicas, afirma-se que com a nova ótica constitucional “passou-se a considerar como interessado não apenas os que dela participam, entendendo-as como relações sociais que interessam à própria sociedade.”¹⁹⁶

Igual preocupação com a remodelação do princípio da relatividade dos contratos é demonstrada por Fernando Noronha¹⁹⁷ ao afirmar que o contrato se configura como um fato social:

Efetivamente, se um contrato deve ser considerado como fato social, como temos insistido, então sua real existência há de impor-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes. Assim, é que não só a violação de contrato por terceiro pode gerar responsabilidade civil deste (...), como também terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados.

Como se observa, neste novo modelo contratual, passou-se a levar em consideração os reflexos coletivos do contrato, os quais transbordam os limites das pessoas dos contratantes. Procura-se da busca em humanizar e socializar o direito,

¹⁹⁴ A preocupação com a ampliação dos efeitos dos contratos também é demonstrada na doutrina portuguesa, como se observa nos escritos de ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contrato I. Conceito, Fontes, Formação*, p. 15: “Ora, em comparação com outros direitos (por exemplo, o francês, o inglês e o norte-americano), em que o contrato se contém dentro dos limites estreitos do acordo gerador de obrigações, o contrato é, quer no direito alemão quer no direito português, uma instituição muito mais ampla cujos efeitos se podem também estender para o domínio dos direitos pessoais, familiares, sociais, reais e da propriedade intelectual.”

¹⁹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*, p. 15.

¹⁹⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito ao Trabalho*, p. 31.

¹⁹⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 119.

sendo este o verdadeiro dever do sistema jurídico, como observa Orlando de Carvalho¹⁹⁸:

Restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como uma teoria de direito civil. (...) Sem prejuízo das exigências sociais de uma economia salubre e dos limites que a defesa dos verdadeiros interesses da personalidade jurídica concreta impõem ao modelo clássico *homo liber*, sem compromisso, em suma, com qualquer forma de liberalismo econômico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico, urge repor-se o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civili*, não simplesmente como actor que aí privilegiadamente intervém, mas, sobretudo, como móbil que privilegiadamente explica a característica técnica da regulamentação.

Logo, o que se procura é a superação do individualismo, substituindo-o por uma solidariedade social caracterizada neste compromisso que o contrato, firmado entre as partes, possui com a coletividade. A ideia de relação contratual solidária também pressupõe a concorrência, e não a oposição, dos interesses envolvidos, com o propósito de um fim comum e de cooperação entre as partes.

Concluindo este processo de alteração de fundamentação dos princípios contratuais, importa apenas destacar a lição de Paulo Nalin, ao considerar que “a valorização do homem moderno se dá no âmbito social, em que a norma jurídica o compreende incluso em plúrimas relações jurídicas. Não mais se tolera o homem para si, como núcleo absoluto dos favores legais, mas sim o homem pelo homem.”¹⁹⁹

As observações realizadas até o momento demonstram que a evolução da figura dos contratos, ainda inserida na teoria geral contratual, percorreu um longo caminho para superar a formatação tradicional clássica construída ao longo dos séculos XVIII e XIX, para finalmente despontar com um instrumento social já na metade final do século XX e início do século XXI.

A análise do contrato, enquanto categoria geral e abstrata, impôs-se necessária para somente então se partir para a pesquisa de uma modalidade

¹⁹⁸ CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil – teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*, p. 93 e 94.

¹⁹⁹ NALIN, Paulo. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*, p. 194.

contratual especial, qual seja, o contrato de trabalho, verdadeiro núcleo do presente estudo. O resgate às origens da formação contratual era indispensável para se tentar compreender em que ponto da história o contrato de trabalho desgarrou-se de sua finalidade ontologicamente social, para se tornar um dos mais importantes instrumentos de acumulação de riqueza individual.

Assim, procurar-se-á refazer a trilha da história com o objetivo de encontrar o elo perdido, sempre na perspectiva de recuperar a natureza e função social do contrato de trabalho.

CAPÍTULO III – AUTÓPSIA DE UM CONTRATO DE TRABALHO

*"We cannot think what we cannot think;
so what we cannot think we cannot say
either."*²⁰⁰

(WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*).

1. CONTRATO DE TRABALHO ENQUANTO FILHO DA MODERNIDADE

Sem embargo pode-se afirmar que o contrato de trabalho constitui o núcleo central do direito do trabalho, na medida que é através desta relação contratual que desencadeia a sua aplicação normativa.²⁰¹

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.

A busca pela natureza jurídica da relação existente entre empregado e empregador seguiu diversos caminhos até se consolidar no entendimento que se tem como dominante hoje na doutrina juslaboralista.²⁰² Assim, a compreensão desta figura jurídica exigiu o resgate da teoria geral dos contratos, fundada na contratualidade clássica, o que tornou necessário o estudo dos elementos fundantes do contrato enquanto categoria genérica, realizado nos capítulos anteriores.

O repasse pela teoria contratual clássica, especialmente no que tange aos seus elementos (sujeito abstrato, autonomia da vontade, liberdade contratual,

²⁰⁰ Tradução livre: o que não podemos pensar não podemos pensar; então o que não podemos pensar não podemos dizer também.

²⁰¹ Esta premissa é amplamente reconhecida no direito do trabalho, como se verifica na obra de 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."

²⁰² A definição da natureza jurídica de um instituto sempre gera controvérsia. Neste sentido, vide CUEVA, Mario de la. *Derecho del Trabajo Mexicano, tomo primero*, p. 459: "La determinación de la naturaleza jurídica de trabajo cada día es más controvertida: hasta hace unos años, la doctrina extranjera y nacional daba por supuesto que la relación de trabajo era naturaleza contractual." Embora se refira a meados do século XX, continuam muito atuais as palavras de La Cueva, principalmente considerando que hoje existe forte tendência doutrinária em se afastar a relação de emprego da contratualidade.

vinculatividade e relatividade dos contratos), permite ao operador do direito questionar-se em que medida o contrato de trabalho encontrar-se-ia inserido em tal regramento geral.

Historicamente pode-se verificar que a figura do trabalhador livre é recente, não se podendo falar neste ator social anteriormente aos séculos XVII e XVIII. Portanto, também não se poderia cogitar em contrato de trabalho antes da afirmação de seu sujeito.²⁰³

Ao alvorecer da modernidade, com a liberação da terra de seus vínculos sociais e o crescimento das cidades, fortaleceram as massas trabalhadoras oriundas do campesinato e artesanato, das quais a burguesia necessitava para pressionar a nobreza na concretização de seu projeto social. Uma vez implantado o referido projeto, as forças burguesas aproveitaram-se da mão-de-obra recém liberta para o trabalho nas primeiras fábricas.²⁰⁴

Mario de la Cueva²⁰⁵ resgata estes momentos iniciais do sujeito trabalhador e sua aglutinação nas cidades:

En los siglos XVII y XVIII se acentuó la descomposición del régimen: los hombres de aquellos tiempos, imbuidos del ideal liberal, no podían tolerar el monopolio del trabajo; la burguesía necesitaba manos libres para triunfar en su lucha con la nobleza; el derecho natural proclamó el derecho absoluto a todos los trabajos y contraria al principio de libertad toda organización que impidiera o estorbara el libre ejercicio de aquel derecho. (...) La lucha entre la burguesía y el artesano fué una concurrencia económica en la cual la primera necesariamente triunfo. (...) El artesano

²⁰³ As recentes origens históricas do contrato de trabalho são reconhecidas em GODELIER, Maurice. *Trabalho*, p. 13: “No entanto, a noção de ‘trabalho em geral’, ou seja, o conceito generalizado de trabalho, não se constitui realmente senão no século XVIII, quando Adam Smith, rompendo com as posições de Quesnay e dos fisiocratas (que consideravam a agricultura como a única forma criadora de riqueza), realizou ‘um enorme progresso... ao rejeitar qualquer determinação particular da actividade criadora para só considerar o trabalho puro e simplesmente, quer dizer: nem o trabalho de manufactura, nem o trabalho comercial, nem o trabalho agrícola, mas tanto um como o outro’. (...) Não quer dizer que antes do modo de produção capitalista os homens não entravam em relações com a natureza e, entre eles, em relações a que hoje em dia chamamos trabalho. Ele quer dizer que essas actividades nunca se apresentaram aos indivíduos sob a forma abstracta do trabalho em geral e, ainda menos, sob a forma de trabalho abstracto, produtor de valor de troca. É por esta razão que raramente existem, em línguas de povos antigos ou contemporâneos que não desenvolveram espontaneamente relações de produção capitalistas, os termos correspondentes às nossas noções abstractas de trabalho ou de trabalhar.”

²⁰⁴ GODELIER, Maurice. *Trabalho*, p. 37: “A burguesia, no decurso dos séculos, se transformou de ordem feudal, com interesses locais, em classe capitalista que domina a economia nacional e o mercado mundial.”

²⁰⁵ CUEVA, Mario de la. *Derecho del Trabajo Mexicano, tomo primero*, p. 10 e 18.

fué buscar ocupación, como uno más, en las fábricas de la burguesía; así se fueran dividiendo los hombres de la ciudad en poseedores y desposeídos, en capitalistas y proletarios. Con la aparición del proletariado dió principio una nueva etapa en la lucha social.

Diante da nova realidade social que emergia, a tendência originária foi enquadrar as relações jurídicas de trabalho que se formavam nos modelos civis já dominados pelos operadores do direito, como se verá na sequência.²⁰⁶ Contudo, a construção de um conceito autônomo para o contrato de trabalho somente foi possível a partir do abandono de qualquer tendência em subordinar a nova categoria jurídica emergente às figuras clássicas do contratualismo civil (arrendamento, compra e venda, etc.).

Por outro lado, também não se poderia falar em relação de trabalho *stricto sensu*, como hoje a conhecemos, em período anterior à modernidade madura. Portanto, em nada adiantaria procurar as origens do contrato de trabalho nos períodos da Antigüidade clássica ou medieval. As formas de trabalho anteriormente existentes, bem como os regimes que as regulavam (escravidão, servidão, locação de serviços) não se assemelham à relação jurídica estabelecida entre empregado e empregador, substanciada num contrato de trabalho.

Partindo desta premissa conclui-se desde logo que o contrato de trabalho é um instituto jurídico recente, consolidando-se no direito pátrio apenas no século XX, com o reconhecimento de sua autonomia em relação aos contratos civis clássicos. Porém, para compreender como se procedeu esta inserção será preciso retornar-se ao século XVIII, período das revoluções burguesas e do liberalismo, já analisado no primeiro capítulo do presente trabalho.

²⁰⁶ GUERRERO, Euquerio. *Manual de Derecho del Trabajo*, p. 21: "Las características apuntadas explican el que, al nacimiento del Derecho Laboral, los juristas entendieron sus instituciones dentro de aquellas doctrinas e inclusive, en materia de terminología, recurrieron también a los nombres ya usuales entre los juristas para designar a las instituciones nacientes. Vieron que, entre el trabajador y su patrón, hay un acuerdo de voluntades para que uno preste un servicio y el otro lo dirija y le pague una retribución. Este acuerdo constituye lo que tradicionalmente se ha designado como un convenio y como el convenio, dentro del Derecho Civil, se traduce en uno o varios contratos, en el Derecho del Trabajo se designó con el nombre de contrato de trabajo al convenio celebrado entre el patrón y su trabajador."

Com o liberalismo o trabalhador deixou de ser considerado como "coisa" a ser locada para ser "pessoa", enquanto homem livre²⁰⁷ que utiliza os frutos do trabalho de seus semelhantes, permitindo a circulação de mercadorias e riquezas. Portanto foi reconhecido como autêntico sujeito de direito, nos moldes estudados nos capítulos anteriores.²⁰⁸

Refazendo o raciocínio clássico, pode-se perceber facilmente a existência de um obstáculo à tese do trabalhador absolutamente livre para contratar. Como dito, o sujeito de direito, livre e igual, somente é assim reconhecido quando for proprietário²⁰⁹, pois sem propriedade não pode haver liberdade já que então será a necessidade que moveria a ação humana e não a vontade. Porém, apenas com o trabalho o trabalhador poderia adquirir bens.²¹⁰ Assim se o trabalho garante a propriedade e esta assegura a liberdade, o trabalho então deixa de ser uma opção e passa a ser considerado um dever.²¹¹

²⁰⁷ O conceito trabalhador enquanto homem livre tornou-se tão abstrato que se admitia a servidão mediante contrato, segundo depreende-se de SUÁREZ, citado por OLEA, Manoel Alonso. *Da Escravidão ao Contrato de Trabalho*, p. 34: "também é admissível a servidão aceita mediante contrato, pelo mesmo fato de que o homem é dono da sua liberdade, podendo, a tal título, aliená-la ou vendê-la." O mesmo é defendido por LOCKE, citado igualmente por OLEA, Manoel Alonso, *Obra Citada*, p. 58: "Sem embargo, também na sociedade civil um homem livre 'pode se tornar servidor de outro, vendendo-lhe, por tempo limitado, os serviços que se compromete a prestar em troca dos salários que deve receber."

²⁰⁸ No campo do direito, o marco histórico do reconhecimento da liberdade do trabalho é apontado como sendo o Decreto 2-17 de março de 1791 (França), cujo artigo afirmava: "A partir de primeiro de abril, todo homem é livre para dedicar-se ao trabalho, profissão, arte ou ofício que estime conveniente, mas está obrigado a prover-se de permissão, a pagar os impostos de acordo com as tarifas seguintes e a conformar-se aos regulamentos de polícia que existam ou se expeçam no futuro." (Tradução livre da versão espanhola, trazida em CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 10).

²⁰⁹ A vinculação entre propriedade e liberdade é bem destacada em GODELIER, Maurice. *Trabalho*, p. 57: "Ninguém podia então imaginar a verdadeira liberdade sem propriedade dos meios de produção e do produto."

²¹⁰ OLEA, Manoel Alonso. *Da Escravidão ao Contrato de Trabalho*, p. 118: "De onde se conclui que, como 'o poder viver está condicionado pelo trabalho' cada um tem que trabalhar ou fazer, dentro da sua esfera todo o possível para a sua manutenção."

²¹¹ Neste sentido, vide também BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 112: "É o caso do trabalhador no sistema capitalista. Não produz e não dispõe de meios necessários para a subsistência própria e de sua família. Necessita, portanto, trabalhar para obtê-los. O trabalhador, assim, não tem opção, não lhe é dada a faculdade de optar entre trabalhar e não trabalhar, ou, na absoluta maioria das vezes, entre este ou aquele emprego. Quando da contratação, por outro lado, também não é dado ao trabalhador discutir o salário, que normalmente, é o salário mínimo ou piso salarial. A vontade não emana do trabalhador."

Para contornar esta profunda contrariedade, o direito clássico fez do trabalhador proprietário de sua força de trabalho.²¹² Desta forma, a mercadoria que ele oferece no comércio jurídico é a sua própria força de trabalho.²¹³ Assim o trabalhador, justamente por ser livre e senhor de sua vontade, poderia livremente acordar as condições da sua prestação de serviços.²¹⁴

Contudo, esta visão liberal deixou de considerar a disparidade econômica existente entre os trabalhadores e os tomadores de seus serviços, não considerando também que estas mesmas diferenças não deixavam outra alternativa ao empregado que não a submissão à vontade do empregador.²¹⁵ Assim, nas palavras de Segadas Vianna, “acentuava-se, rapidamente, a afirmação de *Ripert* de que ‘a experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores.’”²¹⁶

Portanto a relação de trabalho – pessoal e subordinado – não encontrava adequação aos elementos fundantes do conceito clássico de contrato, em especial no que tange à autonomia da vontade e a ampla liberdade contratual, o que levou a um afastamento da teoria geral civil.

Segadas Vianna²¹⁷ descreve em detalhes a crise social gerada pelo abandono dos trabalhadores à livre negociação de sua prestação de serviços:

²¹² O trabalhador assalariado entra no processo de produção enquanto vendedor do uso de sua força de trabalho, como observa GODELIER, Maurice. *Trabalho*, p. 39: “[surge] uma classe de indivíduos livres na sua pessoa, mas privados das condições de produção e obrigados, por este único motivo, a vender aos primeiros o uso de sua força de trabalho, única mercadoria que têm para vender.”

²¹³ A noção de venda de força de trabalho fica patente ao se verificar o conceito de arrendamento trazido por DOMAT, citado por OLEA, Manoel Alonso. *Da Escravidão ao Contrato de Trabalho*, p. 31: “um contrato através do qual uma pessoa cede a outra o uso e gozo de uma coisa ou de seu trabalho por tempo determinado e por preço certo.”

²¹⁴ O falseamento da realidade é bem destacado na obra de BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 142: “Vende-se a ilusão da liberdade do trabalhador para decidir sua própria sorte, como forma de legitimar juridicamente a relação meramente mercantil de compra e venda de trabalho.”

²¹⁵ LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Boa-Fé Contratual*, p. 32: “Em pouco tempo, ratificou-se a instrução do filósofo grego Protágoras de que o único fundamento das leis é o poder dos mais fortes: os trabalhadores, afastados dos meios de produção, passaram a laborar em condições de precariedade inumanas; o comércio, monopolizado por poucos, aumentou as diferenças entre as classes sociais; a falta de limites à titularidade da propriedade privada consolidou os grandes latifúndios e desencadeou o êxodo rural.”

²¹⁶ VIANNA, José de Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 34: “Entregue a sua própria fraqueza, abandonado pelo Estado que o largava a sua própria sorte, apenas lhe afirmando que era livre, o operário não passava de um simples meio de produção.”

²¹⁷ VIANNA, José de Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 36.

No seu inframundo repululava a população operária: era toda uma ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação; inteiramente afastada das magistraturas do Estado; vivendo em mansardas escuras, carecidas dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva; oprimida pela deficiência dos salários; angustiada pela instabilidade do emprego; atormentada pela insegurança do futuro, próprio e da prole; estropiada pelos acidentes sem reparação; abatida pela miséria sem socorro; torturada na desesperança da invalidez e da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo. (...) Diante dessa situação, o Estado liberal portava-se como mero espectador, porque inspirado na fórmula “laissez aller, laissez faire”, que *Gournay* erigiu como lema característico do sistema, sua função seria apenas garantir a ordem social e política, com a força organizada, com os tribunais distribuindo justiça e dado aos particulares ampla liberdade de ação econômica. Vivia-se com o Estado liberal a época do mais alto florescimento de uma ditadura – a do capitalismo – que em nome da Igualdade e da Liberdade tornava-se senhor supremo de toda a sociedade trabalhadora. (...) O direito entrara em crise porque não podia mais atender aos fenômenos econômicos e sociais da época.

As diferenças econômicas e sociais entre empregados e empregadores acabavam 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, o qual pressupunha paridade entre os contraentes.²¹⁸

Como já visto, segundo a doutrina clássica, o contrato seria sempre justo²¹⁹ porque foi fruto do querer das partes, resultando na livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contraentes. Assim, no plano teórico, o equilíbrio das

²¹⁸ CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 15: “La consecuencia de la ley fue que en nombre del interés particular de cada individuo y del general de la Nación, se dejara al trabajador, totalmente aislado, frente a su patrono.”

²¹⁹ O critério clássico de justiça era a igualdade formal, como observa KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*, p. 458: “Já houve uma época em que a segurança foi eleita para o centro do projeto social global, juntamente com a igualdade. Assim sendo, o critério para a justiça era tratar a todos de modo exatamente igual, é bem verdade que uma igualdade aritmética na terminologia aristotélica, assim como dar aos atores do tráfico a possibilidade de prever o mais precisamente possível as consequências de seus atos. E todo o ordenamento jurídico, isto é sua estrutura, foi adaptada para cumprir tal função.”

prestações seria presumido, reconhecendo-se aos contratantes uma ampla liberdade de contratar.²²⁰

Entretanto, nas relações de trabalho, sentido estrito, esta liberdade ampla (querer ou não contratar, com quem contratar, qual o conteúdo do próprio contrato) não se encontrava presente já que a vontade do trabalhador não era livremente manifestada. Como bem definiu Darcy Bessone, “o empregado tem de optar entre a dura lei do patrão e o desemprego, com todas as suas conseqüências.”²²¹

Igual preocupação é demonstrada por Eduardo Baracat, ao criticar a inclusão do contrato de trabalho na categoria abstrata do negócio jurídico, sustentando com veemência a ausência de vontade manifestada pelo trabalhador ao pactuar um contrato de trabalho. Nas palavras do referido autor, “não existe vontade real do trabalhador, muito menos livre, quando este não tem a possibilidade de discutir o valor do salário quando da contratação, nem qualquer outra condição de trabalho”.²²²

Embora o presente trabalho não trilhe este mesmo caminho, na medida em que não nega a contratualidade nem a existência da vontade, como se verá adiante, urge reconhecer o acerto na crítica à inclusão do contrato de trabalho enquanto categoria indistinta de contrato privado.²²³

Karl Larenz²²⁴ já alertava para a inexistência de liberdade contratual ampla quando o indivíduo não pode opor-se ao contrato que lhe é imposto:

La libertad contractual comprende en particular la libertad de conclusión, es decir, la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con

²²⁰ Os motivos da despreocupação da contratualidade clássica com a desigualdade real entre as partes foram bem observados por CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira, *Direito Social: Teoria Geral do Direito Social, Direito Contratual do Trabalho, Direito Protecionista 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.”

²²¹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato*, p. 39.

²²² BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 107.

²²³ A ausência de negação da contratualidade no presente trabalho reside no fato de que o contrato de trabalho é entendido como um espaço de dignidade e emancipação para o sujeito trabalho, potencialidades estas que somente podem ser plenamente desenvolvidas quando se assegura o respeito à vontade deste sujeito concreto. Contudo, admitir a contratualidade não significa aceitar sua conceituação clássica, bem como também não resulta de mero conformismo com a legislação vigente.

²²⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, p. 66.

quién va a hacerlo, y la libertad de la configuración interna, o sea, la posibilidad para ambos os contratantes de establecer libremente el contenido del contrato. La libertad de configuración interna presupone la libertad de conclusión, Cuando ésta no existe, cuando por consiguiente no tiene el individuo siquiera la posibilidad de rechazar el contrato que se trata de imponérsele, entonces solo cabe para él una posibilidad, muy limitada, de influir sobre el contenido del contrato.

Idêntica preocupação é exposta pela doutrina portuguesa, como se depreende das palavras de Orlando de Carvalho²²⁵:

De qualquer forma, não se exclui que a referida composição espontânea de interesses seja ainda, muitas vezes, uma composição coactiva em benefício da classe dominante, que, através do monopólio do poder estadual, não apenas estabelece quais as zonas de interesses em que essa autocomposição é possível, mas se serve também dessa composição espontânea para manter uma ilusão de liberdade que lhe permita reproduzir as condições de exploração.

Todos estes fatores, além de outros de razões econômicas, acarretavam a inaptidão do contrato civil para reger a relação de emprego. Partindo dos estudos da economia política, Avelãs Nunes²²⁶ expõe a inaptidão do contrato clássico para regular o trabalho:

Em primeiro lugar, os trabalhadores não são livres para contratar (o que chama a atenção para a especificidade deste contrato, tão específico que, em regra, não é hoje celebrado entre o *indivíduo-trabalhador* e o *indivíduo-patrão*, mas entre o sindicato representativo dos trabalhadores e a associação representativa dos patrões), pela simples mas decisiva razão de que, sendo juridicamente livres de dispor contratualmente sua força de trabalho, os trabalhadores são também “livres de tudo – como sublinha Marx – completamente desprovidos das coisas necessárias à realização da sua potência de trabalho”. E esta última circunstância transforma aquela *liberdade de contratar* em *necessidade de contratar*: os trabalhadores são economicamente obrigados a trabalhar para sobreviver, ao contrário dos patrões,

²²⁵ CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil – a teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*, p. 11 e 12.

²²⁶ NUNES, Antonio José Avelãs. *Noção e Objeto da Economia Política*, p. 60.

que podem viver sem trabalhar. Não estão, pois, em *posição de igualdade* os dois permutantes deste tipo de “trocas” (sem dúvida as mais importantes no seio das sociedades capitalistas, as que constituem a essência do modo de produção capitalista).

Essa deformação do regime contratual, oriunda da desigualdade econômica, social e profissional das partes, ensejou uma tentativa de correção através do intervencionismo em suas cláusulas contratuais, processo este que foi denominado de dirigismo contratual.²²⁷

Nesta nova concepção, o Estado deveria, enquanto órgão supremo do direito²²⁸, tornar-se um instrumento de justiça, intervindo como representante dos interesses coletivos para conter e reprimir os interesses individuais privados²²⁹, mantendo, com isto, equilíbrio entre os diversos fatores de produção, segundo explicita Segadas Vianna²³⁰:

Começaria o Estado, dessa maneira, a limitar, a defrontar, a destruir a diferença entre classes e grupos, a fazer sobressair o interesse coletivo tornando relativo o direito individual, limitando o seu exercício quando ele contrariasse o interesse da

²²⁷ Sobre as origens do dirigismo contratual, vide também BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*: “A partir da Primeira Grande Guerra mundial problemas sociais e econômicos levam o Estado a intervir na economia, limitando os poderes dos particulares nas relações contratuais, o que ocasionou mudança na escala dos valores e dos modelos propostos pela burguesia liberal. As estruturas jurídicas dos códigos, dessa maneira, não podiam mais resolver o crescente surgimento de necessidades e problemas de novas classes e grupos particulares: a lei especial torna-se o instrumento mais adequado para preservar a ideologia dos códigos e, ao mesmo tempo, dar respostas às necessidades urgentes da realidade. (...) A CLT é dita como uma destas leis especiais, e que tem com fonte subsidiária o direito comum constante no Código Civil brasileiro, conforme expressamente previsto no art. 8º., parágrafo único, da Consolidação. Conforme essa concepção, o direito comum é um direito geral, enquanto o direito do trabalho, um direito especial.”

²²⁸ Trata-se da alteração do Estado Liberal para o Estado Social, como explica LÔBO, Paulo Netto. *Princípios Contratuais*, p. 12: “O Estado social, sob o ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.”

²²⁹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato*, p. 52: “Tornou-se evidente que é necessário criar um sistema de defesas e garantias, para impedir que os fracos sejam espoliados pelos fortes, assim como para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais. Todos, diz Ripert, apelam para o Estado, exigindo-lhe a ordem econômica. Premido por tão urgentes solicitações, o Estado passa a dirigir o contrato, não tanto segundo a vontade comum e provável dos contratantes, mas atentando, sobretudo, nas necessidades gerais da sociedade. Legisla em nome da ordem pública, cuja noção se alarga e enriquece. A lei deixa de ser a regra abstrata e permanente, para se tornar um regulamento temporário e detalhado.”

²³⁰ VIANNA, José de Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 39.

sociedade. (...) Passava o Estado a exercer sua verdadeira missão, como órgão de equilíbrio, como orientador da ação individual, em benefício do interesse coletivo, que era, em suma, o próprio interesse estatal. (...) Nesse aspecto intervencionista a ação do Estado faz-se sentir de maneiras diversas, seja regulamentando a iniciativa privada, seja fomentando-a e vigiando-a, seja substituindo-se a ela em benefício do interesse coletivo.

Como se observa, 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 emprego.²³¹ No intuito de resguardar os interesses do próprio capital²³², que necessitava da força de trabalho enquanto mercadoria a ser adquirida no comércio jurídico, o Estado passou a interferir fortemente no trabalho, estabelecendo as regras básicas do direito contratual trabalhista.²³³

A positivação do dirigismo contratual na legislação trabalhista pátria resta patente, por exemplo, no artigo 444 da CLT, onde se vedou a pactuação contrária às disposições de proteção do trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Procurava-se, com a imposição de normas, restaurar o equilíbrio entre as partes, necessário a uma concepção contratual do instituto, segundo explica Cesarino Junior²³⁴:

²³¹ CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 21: "Se caracteriza esta primera etapa porque el Estado, por acto de autoridad, interviene en la vida económica para reglamentar algunos aspectos del trabajo y sin que la clase trabajadora, que se encuentra desorganizada y cuya conciencia apenas empieza a despertar, participe en la formación de la legislación."

²³² A insuficiência do dirigismo contratual é destacado por COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil*, p. 81: "O dirigismo e a tipicidade contratual apresentam-se como um avanço no tratamento da contratualidade, mas ainda insuficiente na medida em que não rompem com o voluntarismo, senão tentam salvar a vontade como noção geral, acreditando à formação do contrato uma manifestação volitiva limitada segundo as possibilidades previstas no ordenamento jurídico." No mesmo sentido, CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 137: "Y lo que hace de un contrato algo más capitalista que antes, es precisamente que ahora hay menos espacio para la voluntad libre, lo cual significa que, en la sociedad contemporánea, hay más control de la equivalencia que en siglo pasado."

²³³ GODELIER, Maurice. *Trabalho*, p. 47: "A relativa melhoria das condições de trabalho e o aumento dos salários não eliminaram assim a exploração dos trabalhadores e podem até corresponder a uma exploração crescente, a uma maior desigualdade na redistribuição das riquezas, visto que o que mede esta exploração é a parte que cabe aos trabalhadores das riquezas que eles produzem."

²³⁴ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira, *Direito Social: Teoria Geral do Direito Social, Direito Contratual do Trabalho, Direito Protecionista do Trabalho*, p. 108 e 109.

As regras ditadas pelo dirigismo segundo *Tissembaum*, constituem “algo como os princípios gerais de direito que as partes não podem modificar, dado seu caráter de ordem pública, que se incorporam ao contrato apesar do silêncio das partes e adquirem o caráter de normas de direito privado social, tal como as considera *Francisco Consentini*”. Daí o erro de *Morin* ao confundir a liberdade contratual com o contrato em si mesmo. O que está em crise é a autonomia da vontade dentro da formação do contrato e isto porque a liberdade contratual, antes do dirigismo, em realidade não existia, pois não há liberdade sem igualdade entre as partes, ou como diz *Consentini*, de nada adianta afirmar “a igualdade de direito” entre as partes contratantes, existindo “desigualdade de fato”. E assim conclui, a nosso ver com a razão, o tantas vezes citado *Tissembaum*: “Em definitivo, não se pode afirmar que haja um atentado ou restrições pela lei, pelos decretos regulamentares ou pelas decisões judiciais à liberdade contratual, senão que, pelo contrário, suas disposições ou resoluções surgem com o propósito de defender a vontade, mas naturalmente, a do mais débil, a do que se encontra em inferioridade de condições, para manter com isto o justo equilíbrio potencial das partes,” ou ainda, conforme argumenta *Riva Sanseverino*, essa regulamentação abundante é que torna o contrato mais contratual.

Em outras palavras, a lei protegeria a parte mais frágil, no caso o empregado, como forma de garantir a manutenção da liberdade contratual e da autonomia privada, as quais pressupunham a igualdade das partes contratantes.²³⁵

Saliente-se que somente se pode falar em contrato de trabalho, entendido diferentemente de todas as relações de trabalho anteriormente conhecidas pela humanidade, justamente a partir do momento em que o Estado interfere no trabalho, estabelecendo regras específicas para esta relação jurídica. Portanto, o contrato de trabalho foi fruto do dirigismo estatal, fecundado e desenvolvido ainda no ventre da modernidade.

Destarte, diante da impossibilidade de adequação ao modelo civilista, anteriormente descrita, o contrato de trabalho surgiu como instituto autônomo, vez

²³⁵ 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 emprego não é apenas uma relação puramente obrigacional, mas sim uma relação de poder, onde o trabalhador encontra-se subordinado aos interesses da empresa.”

que a presença de normas protetivas ao contratante hipossuficiente o diferenciava da tradicional figura contratual do direito civil.²³⁶

No caminho trilhado até a sua construção, separada do direito civil, a busca pela definição da natureza desta prestação especial de serviços deu origem a duas grandes correntes: contratualista clássica, 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.

1.1. TEORIAS CONTRATUALISTAS CLÁSSICAS

O vínculo jurídico que unia o trabalhador livre ao tomador de seu serviço configurava um fenômeno novo, para o qual o direito ainda não dispunha de categorias especiais para classificá-lo. Diante da realidade nascente, a doutrina da época tratou de enquadrar a referida relação jurídica entre as modalidades dos contratos civis clássicos já conhecidos. Esta inclusão era justificada naquele momento histórico, pois como bem observa Mario de la Cueva, “es congruente la tesis con el estado de la ciencia jurídica del pasado: las únicas fuentes de las obligaciones eran la ley y el contrato y, en consecuencia, las obligaciones de trabajadores y patronos podían únicamente nacer de un contrato.”²³⁷

Afirmar tese distinta significaria uma revolução na teoria das fontes das obrigações, revolução esta que não encontraria amparo nos princípios jurídicos da época.²³⁸ Portanto, o problema posto aos mestres do direito consistia em determinar se o contrato de trabalho era uma forma de arrendamento, compra e venda, sociedade ou de mandato.

²³⁶ GUERRERO, Euquerio. *Manual de Derecho del Trabajo*, p. 21: “Pero esos esfuerzos, en los que se han acumulado grandes energías y largos capítulos en las obras de Derecho, resultaron un tanto infructuosos, puesto que nos encontramos en presencia de nuevos fenómenos, de nuevas instituciones que debemos analizar y estudiar con un espíritu amplio.”

²³⁷ CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 461.

²³⁸ MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 188 e 189: “Tal concepção unívoca de obrigação tinha por fontes a lei e o contrato. A primeira era concebida como um ato assecuratório da igualdade de todos, sendo, por natureza, geral e impessoal, fruto da vontade geral. (...) A concepção de vínculo contratual centrava-se na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única, para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual.”

Desta forma, as teorias contratualistas clássicas foram as primeiras a se consolidarem, mas ainda fundadas na ótica civilista.²³⁹ Embora tais estruturas teóricas já estejam superadas no atual contexto jurídico pátrio, um breve apanhado de seus principais pontos auxilia na compreensão do conceito de contrato de trabalho.

A primeira construção em busca da natureza jurídica da relação de emprego foi denominada teoria do arrendamento ou da locação, cujas origens vêm desde o direito romano. Nesta estrutura teórica, incluiu-se o contrato de trabalho como uma espécie de locação (*locatio operarum*), sendo que o empregador corresponderia ao locatário, enquanto que o empregado seria o locador de serviços. Desta corrente foram adeptos grandes civilistas do século XIX, a exemplo de Marcel Planiol, na obra *Traité Élémentaire de Droit Civil*, como destaca Mario de la Cueva²⁴⁰:

Entre los profesores de derecho civil, Marcel Planiol fue uno de sus más fervientes defensores: “Existe grave confusión respecto al nombre que debe aplicarse a este contrato. Los economistas se contentan casi siempre con denominaciones inútiles o falsas desde el punto de vista jurídico y es así que se han acostumbrado a llamarle *contrato de trabajo*, expresión que parece tener cierta virtud oculta, puesto que se la emplea continuamente en el mundo parlamentario, pero que, en derecho, no tiene más valor que la expresión simétrica, *contrato de casa*, aplicada al arrendamiento de cosas. (...) Este contrato es un arrendamiento, según lo demuestra un rápido análisis: la cosa arrendada es la fuerza de trabajo que reside en cada persona y que puede ser utilizada por otra como la de una máquina o la de un caballo; dicha fuerza puede ser dada en arrendamiento y es precisamente lo que ocurre cuando la remuneración del trabajo por medio del salario es proporcional al tiempo, de la misma manera que pasa en el arrendamiento de cosas.”

O mesmo é lembrado por Evaristo de Moraes Filho, citando Planiol ao afirmar que 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.”²⁴¹

²³⁹ GUERRERO, Euquerio. *Manual de Derecho del Trabajo*, p. 21: “Dijimos que los problemas de trabajo fueron resueltos, antes de ahora, dentro de los conceptos civilistas, considerando esa relación como un alquiler.”

²⁴⁰ CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 461.

²⁴¹ MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*, p. 306.

A teorização do contrato de trabalho enquanto modalidade de arrendamento ou locação foi introduzida no *Code*, que o inseriu entre as figuras contratuais de arrendamento.²⁴² O mesmo ocorreu com a redação original do Código Civil brasileiro de 1916, ao tratar da locação de serviços.

A equiparação do contrato de trabalho ao arrendamento sofreu inúmeras críticas. Mario de la Cueva destaca que a essência do arrendamento está na concessão do uso ou gozo de uma coisa que não se destrói com isto e deve ser devolvida ao término do arrendamento. Contudo, esta devolução não é possível no contrato de trabalho, pois a força de trabalho desenvolvida se consome no ato da prestação de serviços.²⁴³ Posteriormente, as reivindicações sociais e a democratização do direito no século XX revelaram o desajuste desta teoria contratual, visto que ao assimilar o contrato de trabalho à locação, equiparava o homem a *res* em total inadequação aos fins sociais do trabalho humano, o qual não pode se prestar a locação como se objeto fosse.²⁴⁴

Retornando ao século XIX, observa-se que outra vertente civilista adquiria relevo ao considerar o contrato de trabalho como uma forma de compra e venda, pela qual o trabalhador venderia sua força de trabalho ao empregador a um determinado preço, chamado salário.²⁴⁵

La Cueva²⁴⁶ destaca que o processualista italiano Francesco Carnelutti, na obra *Studi sulle Energie como Oggetto di Energie Elettrica*, foi o jurista que mais se

²⁴² CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 15: “El Código Napoleón reglamentó en el capítulo tercero, título octavo del libro tercero, el contrato llamado *arrendamiento de obra y de industria*. (...) Rasgo común a estos contratos fue que estuvieran regidos por las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos del Código Civil y que, puesto que la reglamentación figuraba en el capítulo sobre arrendamiento, se tendiera a aplicarles las normas que gobernaban a este contrato. Patrono y trabajador, o como se les nombraba, *arrendador y arrendatario de obra*, eran supuestos en un plano de igualdad; la relación de trabajo descansaba en el libre acuerdo de voluntades.”

²⁴³ Tradução livre: CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 462.

²⁴⁴ Embora também discorde com a teoria do arrendamento, Bolaños reconhece uma importância histórica à mesma: 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.”

²⁴⁵ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 82: “De acordo com esta teoria, o empregador adquire, ao celebrar o contrato de trabalho, o direito de dispor da força de trabalho do trabalhador, da mesma forma como se adquirisse um bem móvel ou imóvel. Observa-se, portanto, que na teoria contratualista pressupõe-se a idéia de propriedade privada, ou seja, o empregador, como proprietário, celebra um contrato de trabalho, por meio do qual adquire o direito de utilizar a força de trabalho do empregado, como qualquer outro fator de produção (matéria-prima, capital, elementos da natureza).”

²⁴⁶ CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 463.

esforçou na demonstração de que o contrato de trabalho poderia ser classificado como um contrato de compra e venda:

Carnelutti se ocupó accidentalmente del contrato de trabajo, pero ello no obstante, sus observaciones tienen extraordinario valor: si se analiza el contrato y se le compara con el contrato para la ministración de energía eléctrica, se encontrará una situación semejante: el hombre, en su persona física, no puede ser objeto de contratación, de tal manera que el único objeto posible de la prestación del trabajador, es su fuerza de trabajo, esto es, *energía*: “responder que el trabajador conserva su fuerza de trabajo y que solamente concede el goce, es confundir la energía con su fuente; lo que queda al trabajador es la fuente de su energía, esto es, su cuerpo mismo; la energía, empero, sale de él y no entra más.”

Esta teoria sofreu inúmeras críticas, sob aspectos distintos.²⁴⁷ José Antonio Capilla Bolaños aponta uma inconsistência estrutural na equiparação do contrato de trabalho à compra e venda, asseverando que a essência da compra e venda consiste exatamente na separação completa da coisa vendida e a pessoa do vendedor, de forma que o objeto da alienação passa às mãos do comprador.²⁴⁸ Entretanto, assim não ocorre no contrato de trabalho, pois permanece inseparável o objeto do contrato de seu sujeito

Não bastasse esta dificuldade inicial, acerca da ausência de separação entre o trabalho e a pessoa do trabalhador, a vinculação entre os contratos de trabalho e compra e venda ainda possui o malefício de “coisificar” o trabalhador, pois sua força de trabalho não poderia ser alienada independentemente de sua pessoa. Portanto,

²⁴⁷ As tentativas de enquadrar o contrato de trabalho como arrendamento ou compra e venda foram criticadas pelo jurista alemão Phillip Lotmar, na obra *Der Arbeitsvertrag*, citado por CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 462: “En el arrendamiento, como en la compraventa, la cosa se separa del arrendador o vendedor, para quedar bajo la posesión del arrendatario o comprador. En el contrato de trabajo, por el contrario, el trabajo permanece unido íntimamente a la persona que desempeña el servicio y lo único que se separa es el resultado o efecto del trabajo. Además, la prestación del arrendador o vendedor es siempre una parte de su patrimonio, en tanto en el contrato de trabajo no se promete sino fuerza personal, esto es, nada que pertenezca al patrimonio. El trabajador promete una actividad, lo que no es nunca el objeto de la prestación del arrendador o vendedor.”

²⁴⁸ BOLAÑOS, José Antonio Capilla. *Curso Elemental de Derecho del Trabajo*, 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.”

ao vender seu produto (força de trabalho), estar-se-ia vendendo a própria pessoa trabalhadora.²⁴⁹

Em outra derivação das correntes civilistas houve ainda uma tentativa de se tratar o contrato de trabalho como sendo um contrato de sociedade²⁵⁰, no qual ambas as partes, empregado e empregador, prestam esforços em comum, objetivando dividir o benefício que daí advém. Para Maurício Godinho Delgado, esta teoria reconhece no contrato de trabalho vários elementos que levariam a sua assimilação ao contrato de sociedade²⁵¹, como a existência de um suposto interesse comum em direção à produção, a associação de atos sucessivos dos participantes da relação de emprego, etc.

Não obstante, uma análise mais aprofundada sobre esta vinculação revela que a mesma também merece críticas, pois a *affectio societatis* presente num contrato de sociedade é muito diversa da relação estabelecida entre empregador e empregado, sendo inclusive diversos os fins buscados por ambos (lucro e desenvolvimento da atividade pelo empregador; salário e dignidade pelo empregado).²⁵²

Esta teoria ainda encontra outro empecilho, qual seja, a vedação da repartição de prejuízos com o empregado, como ocorre entre sócios de uma sociedade.²⁵³ A

²⁴⁹ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 82: “Essa teoria, embora influencie sobremodo a jurisprudência atual, sofreu severas críticas na medida em que é repugnante a idéia de que o trabalho, como expressão física, intelectual e até mesmo espiritual de uma pessoa, seja equiparada a uma mercadoria como qualquer outras. Assim, essa teoria também considera o ser humano como objeto, pois na medida em que é inafastável na contratualidade a distinção entre objeto/força de trabalho e sujeito/trabalhador – ainda que seja puramente ficção –, sendo possível a aquisição da força de trabalho, também o é a da pessoa do trabalhador.”

²⁵⁰ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 84: “Na teoria da sociedade ou comunitária de empresa, concebida tendo em vista a ideologia do catolicismo social, todos os membros são ligados por uma solidariedade orgânica, em que compartilham interesses comuns e complementares. O trabalho produtivo dos empregados e a boa gestão do empregador têm um mesmo fim: a procura do bem comum da empresa, sua prosperidade – da qual se beneficiarão tanto empregador quanto empregado –, como também o desenvolvimento em face da concorrência. Dirigentes e trabalhadores unem-se, em torno de uma comunidade de trabalho (*affectio societatis*), visando a um fim superior aos seus conflitos de classe.”

²⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 306.

²⁵² CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 466: “Chatelain y Valverde son los quienes principalmente defendieron la tesis de que el contrato de trabajo era un contrato de sociedad. (...) La doctrina de Chatelain fue objeto de diversas críticas: se dijo, en primer término, que, desde un punto de vista jurídico, no podía hablarse de contrato de sociedad entre trabajadores y patronos, porque la sociedad supone la creación de una nueva persona.”

²⁵³ 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.”

inadequação desta posição é bem fundamentada por José Antonio Capilla Bolaños²⁵⁴.

Jurídicamente 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 forman 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.

Em verdade, La Cueva²⁵⁵ destaca que mais do que uma explicação jurídica do contrato de trabalho, a teoria da sociedade era uma explicação econômica do fenômeno da produção. Ademais, esta teoria apresenta a vantagem de servir de base ao movimento em prol da participação dos trabalhadores nos resultados.

Por fim, a pesquisa doutrinária aponta ainda a teoria do mandato, de origem francesa no século XIX, a qual pretende aproximar o contrato de trabalho a 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. Ademais, o mandato pode ser gratuito, enquanto que o contrato de trabalho é inerentemente oneroso, dificultando a aproximação pretendida pela referida teoria.

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 século XX, a manifestação de uma tendência em se afastar totalmente do direito civil, e, conseqüentemente, da teoria contratual vigente na época. Assim, surgiram as teorias intituladas anticontratalistas.

²⁵⁴ BOLAÑOS, José Antonio Capilla, *Curso Elemental de Derecho del Trabajo*, p. 74.

²⁵⁵ CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 466.

1.2. TEORIAS ANTICONTRATUALISTAS

As teorias anticontratualistas vieram em contraponto ao entendimento até então dominante, o qual procurava aproximar a relação de emprego de algum contrato de direito civil (locação, compra e venda, sociedade, etc.). Como dito, o objetivo era imprimir autonomia científica a este instituto jurídico, afastando-o das modalidades já conhecidas e estudadas pelo direito comum.

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, de forma que se fugia do modelo contratual clássico, fundado na vontade. Para justificar este entendimento, surgiram inúmeros posicionamentos.

O primeiro deles consistiu na teoria da relação do trabalho, também denominada ato-condição, 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 é que seria a fonte das relações jurídicas do trabalho. Maurício Godinho Delgado destaca que a natureza do trabalho seria uma relação jurídica objetiva, estabelecida entre um trabalhador e um empregador, independentemente do ato de sua origem.²⁵⁶

Outra teoria de caráter nitidamente anticontratualista é a denominada institucionalista.²⁵⁷ Para seus defensores as relações entre empregados e empregadores somente poderiam ser entendidas quando inseridas numa comunidade econômica constituída pela empresa. Desta forma, o empregado

²⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 311.

²⁵⁷ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 85: "A teoria institucional, concebida de acordo com a teoria publicista da instituição social desenvolvida por *Maurice Hauriou*, e depois por *Paul Durand*, concede a empresa como uma sociedade organizada conforme uma ordem hierárquica. 'A instituição une as pessoas que se integram numa comunidade por um vínculo não interindividual, mas intersocial'. A empresa, esclarece *Marie-France Mialon*, representa uma ordem jurídica secundária análoga à família, as associações e aos sindicatos, sendo reconhecida pelo Estado, portanto, a empresa é autônoma, mas não independente. (...) De fato, se uma ordem jurídica secundária possui suas próprias finalidades e pode estabelecer suas próprias normas (convenções coletivas de trabalho, regulamento interno e cláusulas contratuais), estas não podem contrariar as normas estatais fixadas pela ordem jurídica principal. A teoria institucionalista, embora explique de que forma a empresa pode dispor de autonomia em sua gestão e, ao mesmo tempo, sofrer uma grande ingerência do Estado nas relações de trabalho (por intermédio, por exemplo, da Justiça do Trabalho, quando determina a reintegração de determinado empregado ou rever punições impostas pelo empregador ao empregado), não esclarece a forma de origem da relação empregatícia diversas da contratual."

submeter-se-ia a uma situação estatutária, consumada, e nada criaria ou constituiria quando ingressasse nesta empresa.²⁵⁸

Esta teoria apresenta como objetivo central a eliminação do papel da vontade nesta relação jurídica específica, pois 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 anticontratualistas constituem uma concepção autoritária, onde liberdade e vontade dos trabalhadores não possuem qualquer relevância.

Esclareça-se que ao criticar tal entendimento não significa reconhecer maior acerto das teorias contratualistas clássicas. Porém, entende-se que o elemento vontade não deva ser excluído da relação de emprego, da mesma forma que também não pode ser o seu centro. Portanto, o problema atual que desafia o juslaboralista consiste em recolocar a vontade em seu devido espaço.

1.3. TEORIA DA COMPRA E VENDA DE ÓSCAR CORREAS

Já na segunda metade do século XX houve um resgate da teoria contratualista do trabalho como sendo uma compra e venda, através dos estudos do autor argentino, radicado no México, Óscar Correias.

Em seu trabalho, o referido autor sustenta o enquadramento do contrato de trabalho como verdadeira compra e venda, mas não no sentido atribuído pelos tratadistas clássicos do século XIX e visto nos tópicos anteriores.

Sua tese se propõe, inicialmente, a explicar a vinculação costumeiramente realizada entre a venda de trabalho e a venda da própria pessoa, o que justificaria a

²⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Relação de Trabalho e Contrato de Trabalho*, p. 228.

imediate rejeição a qualquer tentativa de classificar o contrato de trabalho com uma relação jurídica de compra e venda.²⁵⁹

Correas afirma que é necessário entender com precisão que a possibilidade de separar o indivíduo e sua energia é um produto histórico.²⁶⁰ “É a específica *relação social de produção capitalista* que separa ambas as coisas.”²⁶¹ Desta forma, se o trabalho é uma mercadoria na sociedade, a possibilidade de que deixe de sê-lo está na transformação das relações sociais que permitem isto.

O autor ainda destaca que a força de trabalho pode ser valorada segundo seu uso, entendida como a propriedade que possui para satisfazer uma necessidade, no caso específico, a possibilidade de produzir valor; e pelo seu valor de troca, que é a soma das demais mercadorias aplicadas na sua produção (salário, benefícios, etc.)²⁶²:

Porque, precisamente, la fuerza de trabajo es una mercancía que, como cualquier otra, entra en la contabilidad patronal como costo de producción. A su vez, los sindicatos, en la propaganda pública que realizan para justificar sus solicitudes de aumentos salariales, publican largos enlistados señalando el precio de las mercancías que deben consumir, las cuales deben comprar con su salario.

Assim uma vez acertado o preço (salário) e apresentando-se o empregado ao trabalho, resta consumado o contrato de trabalho, como qualquer outra compra e venda que se aperfeiçoa pela tradição.²⁶³ Correas conclui seu raciocínio no seguinte sentido: “Si los contratos son intercambios de mercancías, si la compraventa es el cambio de una mercancía por dinero; si la fuerza de trabajo es una mercancía; si el salario es dinero; si entre obrero e patrón existe un intercambio; y si no es falsa

²⁵⁹ CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 155: “En suma, a la conciencia común, la idea de venta de trabajo se le aparece idéntica a la esclavitud. Sin embargo, esta ideología proviene de la confusión entre el individuo e su energía, los cuales son perfectamente separables.”

²⁶⁰ CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 155: “En efecto, que el hombre no es mercancía es una concepción de la burguesía triunfante en el siglo XVIII.”

²⁶¹ Tradução livre: CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 155:

²⁶² CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 157: “Y ésa es la razón de que se haya generado el concepto de *subordinación* como la piedra de toque diferenciadora entre un contrato de trabajo y cualquier otro contrato.”

²⁶³ CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 161: “Éste ha sido consumado con la aceptación del precio y de la fuerza de trabajo.”

alguna de las afirmaciones asentadas en este capítulo, entonces, el de trabajo es un *contrato de compraventa de fuerza de trabajo*.²⁶⁴

Os ensinamentos de Óscar Correas, especialmente por residirem na sociologia do direito e não na dogmática, possibilitam ao operador jurídico obter duas conclusões, ainda que provisórias: primeiramente, somente reconhecendo a função econômica exercida pelo contrato de trabalho na sociedade, enquanto mediador entre o capital e o trabalho, é que se pode entender a importância da concretização também de sua função social, na medida em que aquela somente estará legitimada quando esta for atendida em todas as suas potencialidades. Em segundo lugar, a separação entre o homem concreto e sua força de trabalho não é algo natural, e portanto não é insuperável. O direito somente atenderá às finalidades sociais a que se destina quando reconhecer o sujeito trabalhador em sua totalidade, pois sua força de trabalho constitui parte da subjetividade humana e como tal deve ser protegida, enquanto bem supremo do ordenamento jurídico.

Assim, ainda que o presente trabalho não adote o posicionamento de Correas, quanto ao contrato de trabalho ser uma relação de compra e venda, é inegável que a citada teoria expõe a entranhas da economia de mercado, entre as quais o contrato de trabalho encontra-se alojado como parte integrante deste sistema. Portanto, dominando a lógica deste sistema pode-se começar a pensar em formas de alterar a realidade.

1.4. TEORIA (A)CONTRATUALISTA DE MARIO DE LA CUEVA

Encerrando a análise das teorias acerca da natureza jurídica do contrato de trabalho, importa ainda tecerem-se alguns comentários à teoria do contrato realidade. A originalidade da teoria de Mario de la Cueva acerca da natureza jurídica da relação de emprego não permite enquadrá-la nas categorias anteriormente analisadas. Ademais, o referido autor mexicano desenvolveu seus estudos em meados do século XX, sendo que o distanciamento temporal das primeiras teorias possibilitou uma análise mais apurada do assunto.

²⁶⁴ CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 165.

La Cueva sustenta que a relação de trabalho deveria ser pensada como uma figura jurídica autônoma, sendo, portanto, inúteis os esforços realizados pelos mestres de direito civil para explicar a natureza desta relação. O referido autor inicia seus estudos afirmando que a existência de um contrato requer consentimento das partes e a existência de um objeto passível de se por na condição de objeto contratual, para somente então nascer a relação jurídica.

Contudo, o mesmo não ocorreria na relação de trabalho, pois os efeitos fundamentais do direito do trabalho principiam a se produzir a partir do instante em que o trabalhador inicia a prestação de serviços, de maneira que os efeitos jurídicos que derivam do direito do trabalho se produzem, não por simples acordo de vontades entre o trabalhador e o patrão, senão quando o obreiro cumpre, efetivamente, sua obrigação de prestar um serviço.²⁶⁵

Isto se justificaria na medida que “la esencia del derecho del trabajo está en la protección al hombre que trabaja, independientemente de la causa que haya determinado el nacimiento de la relación jurídica.”²⁶⁶ Portanto, haveria uma diferença essencial entre a relação de trabalho e os contratos de direito civil, pois nestes a produção de efeitos jurídicos e a aplicação do direito somente dependem do acordo de vontades, enquanto que na relação de trabalho seria necessário o cumprimento da obrigação do trabalhador.

Reconhecendo que o uso da expressão “contrato de trabalho” já havia se enraizado, La Cueva explica que existe, na verdade, um contrato realidade²⁶⁷, pois não é o acordo de vontades, mas a realidade da prestação de serviços que determina sua existência. Como se observa, sua teoria não seria “anticontratualista”, mas sim “acontratualista”, pois parte do pressuposto de que o conteúdo da relação de trabalho não tem sempre origem contratual.

A teoria do contrato realidade de Mario de la Cueva é constantemente invocada na tentativa de justificar a inexistência de natureza contratual na relação jurídica havida entre empregado e empregador. Contudo, esquece-se que na época em que esta teoria foi desenvolvida, a preocupação era distinguir o contrato de

²⁶⁵ Tradução livre: CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 471.

²⁶⁶ CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo primeiro, p. 472.

²⁶⁷ Embora a expressão “contrato realidade” seja sempre remetida a Mario de la Cueva, a mesma não foi criação do mestre mexicano, pois usada pela primeira vez pelo então Ministro da Suprema Corte de Justiça, Alfredo Inñárritu, como explica o próprio La Cueva, obra citada, p. 475.

trabalho dos demais contratos civis, os quais estavam inseridos na contratualidade clássica. Portanto, para justificar a inaptidão do contrato clássico para regular esta especial relação jurídica, a alternativa que restava era afastar-se da contratualidade em si.

Entretanto, hoje com o aporte teórico do comportamento concludente, que será analisado no próximo capítulo, pode-se resgatar a contratualidade no direito do trabalho, na medida em que este instrumental possibilita o reconhecimento da formação contratual mesmo nas situações em que aparentemente não houve manifestação de vontade, superando-se o problema do acordo de vontades até então existente.

Ademais, negar a contratualidade e todas as potencialidades que a mesma possui – especialmente o fato de valorizar o querer do trabalhador – corresponde a “jogar a toalha”, a assumir que a esperança na negociação foi perdida e que o trabalhador está fadado a ser um eterno autômato, que age por absoluta necessidade, sem qualquer consideração por sua subjetividade.

2. 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. Portanto, o presente estudo opta pela contratualidade, entendendo que a vontade não poderia ser suprimida, com pretendem as teorias anticontratualistas. A sua presença, embora recolocada, continua existindo na configuração do vínculo jurídico que se estabelece entre empregado e empregador, sendo inclusive este o aspecto basilar que separa o trabalho livre dos servís, sob o ponto de vista jurídico.²⁶⁸ 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 pessoalidade e a própria liberdade. A vontade livre é criadora de vínculos jurídicos e, por conseguinte, imperioso tomar o trabalhador como sujeito de direitos e em decorrência de sua livre manifestação, suplantar o trabalho como uma imposição de um sobre outro.”²⁶⁹

Deste 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 existe²⁷⁰ ao menos como impulso, coadunando-se em

²⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Relação de Trabalho e Contrato de Trabalho*, p. 225

²⁶⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função Social do Contrato Individual de Trabalho*, p. 34.

²⁷⁰ A existência da vontade, albergada através de um contrato, não é tema pacífico. Ao contrário, pois renomados doutrinadores, através de construções teóricas muito bem elaboradas, sustentam a inexistência de vontade individual. Neste sentido, vide CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 132 e 140: “Porque la voluntad no existe en realidad. Es solamente la forma e que se expresa el intercambio, como veremos más adelante. (...) Bien entendido que lo inexistente es la voluntad que al kantiano modo han imaginado los juristas. Los filósofos del derecho, presos de fetichismo de la mercancía, han construido una ideología en la que la verdadera voluntad ha sido mitificada. Donde parece existir una *voluntad subjetiva*, hay una *voluntad objetiva*: la de las mercancías.”

consentir na celebração do contrato, além de poder fixar seu conteúdo para além dos limites legais.²⁷¹

Contudo isto não significa que seja um contrato semelhante às figuras tradicionais do direito civil, tratando-se de uma relação jurídica distinta²⁷², marcada pela circunstância de que sua obrigação de fazer, seu objeto, concretiza-se de uma forma subordinada à vontade e interesse de outrem.

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 modelo jurídico imposto pela Constituição Federal de 1988, bem como à nova teoria contratual geral trazida pelo atual Código Civil. Não se atentou que “o projeto social global, portanto, gradualmente começa a mudar para nos dias atuais consagrar a dignidade da pessoa humana no seu centro.”²⁷³

Desta forma, insurge-se como necessária uma re-análise dos conceitos e fundamentos até então vinculados ao contrato de trabalho, no intuito de arejar sua base teórica em busca de uma visão mais adequada ao novo sistema legal.

²⁷¹ A existência ou não de vontade na formação de um contrato de trabalho é tema de acirrado debate no cenário atual do direito do trabalho. A exemplo, pode-se citar a obra de Eduardo Baracat (Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho), onde o referido autor impugna fortemente a classificação do contrato de trabalho enquanto negócio jurídico, sustentando a inexistência de qualquer vontade pessoal, seja do empregado ou empregador, na formação do pacto laboral. Contudo, o presente trabalho não trilhará tal caminho, não enquadrando o contrato de trabalho enquanto ato existencial. Pelo contrário, o norte buscado reside na revisão do contrato de trabalho, ainda inserido no campo das relações contratuais privadas.

²⁷² POZZO, Juan D. *Derecho del Trabajo*, p. 504: “Como ha podido verse, el contrato de trabajo tiene relaciones y algunas semejanzas con varios 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.”

²⁷³ KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*, p. 459.

2.1. 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 autores²⁷⁴ ainda preferem a expressão “contrato de emprego”. Isto porque o trabalho prestado de forma subordinada corresponderia a 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 relacionar-se ao nome da relação jurídica respectiva.

Não obstante tecnicamente estar correta esta 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.²⁷⁵

Por fim, deve-se ainda destacar que o estudo ora desenvolvido limita-se apenas à relação de trabalho em sentido estrito, ou seja, ao contrato de trabalho previsto na legislação celetária, de forma que não se tecerão questionamentos a respeito da relação de trabalho *lato sensu*, considerada enquanto qualquer prestação de serviços envolvendo trabalho humano.

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

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”.

²⁷⁴ Vide CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*.

²⁷⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 93: “o conceito de contrato de trabalho parte da circunstância de que o mundo contratual trabalhista – como temos dito – está dividido em dois hemisférios: o hemisfério das relações contratuais individuais e o hemisfério das relações contratuais coletivas.” O contrato de trabalho não é apenas o individualmente celebrado, mas também o realizado através de convenção ou acordo coletivo.

Como se depreende do próprio texto legal, poder-se-ia pensar, a princípio, não ter sido observada 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.²⁷⁶

Orlando Gomes faz severas críticas ao conceito legal de contrato de trabalho, afirmando que 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”.²⁷⁷ Conseqüentemente, a dissociação entre as duas idéias seria pura abstração do espírito, sendo que a correspondência é logicamente necessária, tendo sido redundantemente albergada pelo legislador.

Na esteira de críticas ao conceito positivado, Maurício Godinho Delgado sustenta que, na realidade, o consolidador apenas promoveu um “acordo teórico”²⁷⁸ entre as correntes contratualistas e anticontratualistas existentes na época da elaboração da Consolidação, revelando a um só tempo tanto a noção de contrato, como de relação de emprego.

Afastando-se da mera letra da lei, apoiando-se em contrapartida na exposição de motivos²⁷⁹ que antecede ao Decreto-lei 5.452/43, pode-se verificar que o consolidador não pecou inconscientemente ao equiparar em efeitos o contrato de trabalho e a relação de emprego. Pelo contrário, pois se trata de ato justificado, objetivando assegurar a aplicação dos dispositivos celetários mesmos nas situações concretas onde não se vislumbrasse a existência de um contrato formal de trabalho

²⁷⁶ MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*, 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.”

²⁷⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 119.

²⁷⁸ Expressão utilizada por DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 478.

²⁷⁹ Exposição de Motivos: “44. O que os objetantes não alcançaram foi o deliberado propósito de se reconhecer a correspondência e equivalência entre ‘relação de emprego’ e o ‘contrato individual do trabalho’, para os efeitos da legislação social, correspondência essa que a escola contratualista italiana nega, exigindo expressa pactuação. 45. Na concepção do projeto, admitido, como fundamento de contrato, o acordo tácito, é lógico que a ‘relação de emprego’ constitui o ato jurídico suficiente para provocar a objetivação das medidas tutelares que se contêm no direito do trabalho em vigor. 46. O conceito firmado na Consolidação é tanto mais justo e relevante quanto é o que se evidencia em face de contratos formalmente nulos ou substancialmente contrários à ordem pública dos preceitos da legislação de proteção ao trabalho.”

ou ainda nas situações em que o contrato formal encontrasse eivado de nulidade. Neste sentido, esclarece Délio Maranhão:

Acontece que o simples *fato* da prestação de trabalho subordinado, pela sua alta significação social e humana, não é, nem podia ser, indiferente ao direito do trabalho. Ainda que não exista contrato, ou que este seja nulo, daquela prestação de *fato* podem resultar conseqüências jurídicas. Mas nisto não vai nenhuma novidade e, neste sentido – de prestação de fato – é perfeitamente aceitável a noção de “relação de trabalho”, que traduz, como notam *Rivero* e *Savatier*, uma manifestação da tendência do direito de fazer efeitos jurídicos das situações de fato.

Como se observa o consolidador celetista privilegiou a relação de emprego ao invés do formalismo contratual. Portanto, embora seja criticada pela doutrina pátria²⁸⁰, a opção do legislador procurou garantir a aplicação dos direitos assegurados em seu corpo normativo ao maior número de situações concretas possíveis, lançando mão da teoria da relação de emprego em suplemento à contratual.

Infelizmente a intenção do consolidador não foi bem compreendida, estimulando a doutrina trabalhista a elaborar seus próprios conceitos de contrato de trabalho, cujos resultados infiltraram-se no inconsciente coletivo dos operadores do direito do trabalho por mais de cinco décadas.

2.2. CONCEPÇÃO DOMINANTE NA DOUTRINA JUSLABORALISTA

Apesar de alguma divergência entre os mais renomados autores trabalhistas, o conceito de contrato de trabalho apresenta-se praticamente como um tema

²⁸⁰ As críticas, indevidas, ao conceito consolidado de contrato de trabalho foram objeto de preocupação da doutrina vanguardista, como se observa em COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil*, p. 69: “Os juristas laborais preferiram, entretanto, socorrer-se da doutrina civilista de então, hoje considerada como ultrapassada por inadequada à realidade de uma sociedade de consumo e de tráfego de massa, passando despercebida a genialidade dos consolidadores, vista, por exemplo, pela não adoção da teoria dos defeitos dos negócios jurídicos para vícios de vontade, despersonalização do empregador como sujeito do contrato de trabalho e, em especial, por uma nova perspectiva para o contrato. Nesse trilhar os efeitos jurídicos são impositivos e equivalentes para as situações em que (a) há negociação, acordo com vontade declarada, e (b) há comportamento que, exteriormente observado, segundo os elementos previstos em lei, determine o nascimento de uma relação ou vínculo.”

uniforme.²⁸¹ Como bem observa Aldacy Rachid Coutinho, “a teoria juslaboralista acolhe 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.”²⁸²

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. Assim, segundo o entendimento dominante, verificado, por exemplo, das lições de Evaristo Moraes Filho, o contrato de trabalho seria um “ato jurídico bilateral, que depende da livre manifestação da vontade de ambas as partes, para que sua celebração seja válida e possa surtir todos os efeitos práticos garantidos pela ordem jurídica.”²⁸³ Seria, portanto, um contrato de direito privado²⁸⁴, 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 consequência deste entendimento é que as partes contratuais estariam em posição de igualdade jurídica formal. Maurício Godinho Delgado esclarece que “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

²⁸¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil*, p. 69 e 70: “Ainda que se tenha reconhecido, principalmente pelo direito do trabalho enquanto filho primogênito da modernidade, a necessidade de uma intervenção via regramento jurídico, com o escopo de reduzir as desigualdades reais que resultavam do tratamento formalmente isonômico, o eixo de construção da contratualidade laboral pela doutrina dominante ainda gravita em torno dos mesmos pilares do direito civil clássico, vontade/consenso, propriedade privada, liberdade e individualismo. É que a visão liberal/individualista não é inconciliável com certa restrição no tocante à liberdade contratual; ao contrário, tão-somente reforça a sua manutenção na medida em que, demonstrando uma aparência de revisão da concepção contratual clássica, perpetua seus dogmas (vontade e liberdade).”

²⁸² COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função Social do Contrato Individual de Trabalho*, p.33.

²⁸³ MORAIS FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*, p. 249.

²⁸⁴ 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 BOLANOS, Jose Antonio Capilla. *Curso Elemental de Derecho Del Trabajo*, 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.”

empregatícia, uma vez que a vontade do sujeito contratual é a projeção jurídica, no âmbito de uma relação jurídica bilateral, da idéia mais ampla de liberdade."²⁸⁵

O contrato de trabalho ainda inserir-se-ia no universo dos contratos de atividade, com prestações de trato sucessivo. Portanto, perpetuaria uma relação de débito e crédito, de forma que não se exaurindo numa só operação, mas se realiza paulatinamente através da continuidade de operações de prestação e contraprestação. Também seria comutativo, pois suas prestações (trabalho e salário) seriam equivalentes.

Como se observa, despendeu-se um grande esforço doutrinário na empreitada de classificar o contrato de trabalho sob as vestes da contratualidade privada abstrata, quando na verdade o mesmo se configura como uma relação jurídica única, não sujeita a enquadramentos forçados e apriorísticos.

2.3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONTRATO DE TRABALHO

Inseridos ainda no paradigma da modernidade clássica, os elementos constitutivos do contrato de trabalho são analisados de forma muito semelhante pela doutrina trabalhista majoritária.²⁸⁶ A caracterização da relação empregatícia é reconhecida como procedimento essencial ao direito do trabalho, visto que delimita seu espaço de aplicação²⁸⁷, sendo assim compreendida sempre que estiverem presentes os requisitos trazidos pelos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.²⁸⁸ Magano, por exemplo, conceitua o contrato de trabalho como sendo “negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a

²⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Relação de Trabalho e Contrato de Trabalho*, p. 238.

²⁸⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato Individual de Trabalho – Uma Visão Estrutural*, p. 61: “As doutrinas nacional e alienígena são pacíficas na fixação dos elementos caracterizadores da relação de emprego. O Direito pátrio apresenta-os nos artigos 2º e 3º da CLT.”

²⁸⁷ Neste sentido, vide DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 281.

²⁸⁸ “Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 1º. Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

“Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

prestar serviços não eventuais a outra pessoa ou entidade, sob a direção de qualquer das últimas.”²⁸⁹

Partindo-se desta conceituação, extraem-se os seguintes elementos constitutivos fáticos-jurídicos²⁹⁰ do contrato de trabalho: a prestação de serviços pessoais de uma pessoa física a um tomador, efetuada com não-eventualidade e sob subordinação deste tomador, mediante remuneração. Saliente-se que estes elementos encontram-se no plano dos fatos, sendo acolhidos pelo direito através da figura do contrato de trabalho.

Como se observa, o primeiro requisito do contrato de trabalho é a existência de pessoalidade, entendida como a prestação pessoal de serviços por parte de um trabalhador, o qual não pode se fazer substituir em suas atividades. Por isto, o contrato de trabalho é classificado como *intuito personae*, tendo caráter de infungibilidade²⁹¹ no que tange ao empregado. Nas palavras de Dallegrave Neto, “este caráter *intuito personae* é essencial não só em face da fidúcia que norteia o liame empregatício, mas, sobretudo, porque o empregador, quando celebra o contrato de trabalho, objetiva a prestação de serviços daquele determinado empregado.”²⁹²

Este requisito da pessoalidade não se estende ao tomador de serviços, pois a redação celetista adotou o princípio da despersonalização do empregador, na medida em que permite alterações subjetivas do contrato de trabalho, como ocorre, por exemplo, na sucessão de empregadores.²⁹³

O segundo elemento constitutivo fático-jurídico é a não-eventualidade que expressa a noção de permanência típica do contrato de trabalho, pois o mesmo caracteriza-se justamente por ser um contrato de trato sucessivo. Portanto, a prestação de serviços pessoais somente comporá o conteúdo do contrato de trabalho se a mesma tiver caráter de permanência, não se enquadrando como trabalho esporádico.

²⁸⁹ MAGANO, Octavio Bueno. *ABC do Direito do Trabalho*, p. 18.

²⁹⁰ Expressão adotada por DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 281.

²⁹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 285.

²⁹² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato Individual de Trabalho – Uma Visão Estrutural*, p. 61.

²⁹³ As alterações subjetivas do contrato de trabalho foram expressamente contempladas na legislação consolidada, segundo depreende-se dos artigos 10 e 448 da CLT.

A não-eventualidade é de difícil conceituação, pois afirmar que determinado trabalho é eventual ou não depende de pontos de referência, os quais não foram fornecidos pela legislação consolidada. Diante desta complexidade, a doutrina esforçou-se em desenvolver teorias no intuito de estabelecer parâmetros para a aferição do trabalho não-eventual.²⁹⁴

A primeira destas tentativas consiste na teoria da descontinuidade a qual sustenta que o trabalho descontínuo, ou seja, fracionado no tempo, não se configuraria como habitual. Para esta corrente, o trabalhador que presta serviços apenas em um ou poucos dias da semana não estaria inserido em uma relação de emprego, pois tal trabalho não seria contínuo, mas sim fracionado no tempo. Percebe-se desde logo que esta teoria foi prontamente rejeitada, considerando que o próprio texto consolidado adotou a expressão “não-eventual” e não a expressão “trabalho contínuo”.²⁹⁵

A teoria do evento procura justificar a não-eventualidade na permanência do serviço a ser desenvolvido pelo trabalhador. Assim, quando o prestador é contratado em razão de um determinado fato específico, causal e fortuito, cuja duração é breve e pontual, haveria eventualidade e, portanto, não se fala em contrato de trabalho. Esta teorização também não mereceu acolhida, já que a própria legislação permite a contratação a prazo determinado justamente por conta de serviços ou atividades transitórias.

A teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços sustenta como trabalho não-eventual aquele em que o trabalhador se fixa à determinada fonte de trabalho. Igualmente criticável tal concepção porque a exclusividade não se encontra entre os elementos fático-jurídicos do contrato de trabalho.

Haveria ainda a teoria dos fins do empreendimento que procura identificar a não-eventualidade na inserção do trabalhador em atividades normais da empresa, trabalhando para o atingimento do fim social desta. Maurício Godinho Delgado²⁹⁶

²⁹⁴ As teorias citadas na sequência do presente trabalho seguirão as lições trazidas por DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 288 a 292.

²⁹⁵ Inobstante a crítica feita por Maurício Godinho Delgado ao termo “continuidade” enquanto suposto elemento do contrato de trabalho, Dallegrave Neto adota a referida expressão ao tratar dos elementos caracterizadores da relação de emprego. Neste sentido, vide DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato Individual de Trabalho – Uma Visão Estrutural*, p. 61: “Por *serviço contínuo*, segundo elemento caracterizador da relação de emprego, se entenda aquele prestado de forma periódica, ou seja, com o compromisso de renovação em períodos regulares e predeterminados.”

²⁹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 290.

salienta que esta é a teoria mais aceita no momento, embora não chegue a fundamentar porque assim entende. O referido autor acertou o alvo, mesmo sem talvez o ter mirado, pois, como se verá na seqüência do presente estudo, a compreensão da não-eventualidade enquanto trabalho inserido na cadeia produtiva da empresa encontra-se adequada à boa-fé objetiva incidente no contrato de trabalho, não apenas enquanto critério hermenêutico, mas principalmente como criadora de deveres anexos ao contrato.

A subordinação configura-se como o terceiro elemento constitutivo do contrato de trabalho, e o mais proeminente, pois marca a diferença específica entre o contrato de trabalho e os demais contratos de prestação de serviços. Etimologicamente, subordinação traduz-se na idéia de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores.²⁹⁷

Como se observa, embora o texto celetário utilize a expressão “dependência”, o entendimento cristalizado em doutrina e jurisprudência consiste no fato de que o verdadeiro elemento constitutivo do qual se trata seria a subordinação jurídica.²⁹⁸ Portanto, a subordinação compreenderia um fenômeno jurídico, derivado do contrato de trabalho, pelo qual o empregado acolhe o direcionamento de seu empregador. Anteriormente a esta cristalização de entendimento, muito se questionou se a dependência referida na legislação não seria de natureza técnica²⁹⁹ ou econômica.³⁰⁰ Contudo, a equivocidade prática e teórica destas tentativas levou ao seu afastamento, ensejando a adoção, em seu lugar, do conceito de subordinação jurídica.

O último elemento trazido pela doutrina juslaboralista é a onerosidade, visto que a relação de trabalho seria “uma relação de essencial fundo econômico.”³⁰¹ Para Dallegrave, a onerosidade relaciona-se com a percepção de salário por parte do

²⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 296.

²⁹⁸ MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*, volume 1, p. 236: “Mas a subordinação do empregado é *jurídica*, porque resulta de um *contrato*: nele encontra seu fundamento e seus limites.”

²⁹⁹ A dependência técnica não se sustentou perante a realidade das grandes empresas e novas tecnologias, ultrapassando a visão de que o empregador seria o detentor do conhecimento necessário ao processo de produção.

³⁰⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de Emprego. Estrutura Legal e Supostos*, p. 468: “A doutrina francesa, fortemente sugestionada pela disparidade econômica das partes no contrato de trabalho, erige a subordinação econômica a um caráter de principalidade.” Esta corrente não floresceu, pois pode ocorrer do empregador não possuir qualquer dependência econômica de seu contrato de trabalho, o que afastaria então o critério econômico.

³⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 292.

empregado.³⁰² A inclusão da onerosidade entre os elementos constitutivos do contrato de trabalho é polêmica na doutrina, pois a mesma poderia ser compreendida como consequência do contrato e não seu elemento fundante. Contudo, o entendimento majoritário insere a onerosidade entre os elementos constitutivos, como se depreende das lições de Maurício Godinho Delgado³⁰³:

Embora os autores não tendam a colocar esse aspecto da relação empregatícia como parte componente de um dos seus elementos fático-jurídicos constitutivos (a onerosidade), o correto é situar exatamente nesse plano o chamado *animus contrahendi*. Essa expressão traduz, na verdade, a intenção do prestador de se vincular (ou não) a título oneroso e empregatício: inexistindo essa intenção, não há o plano subjetivo do elemento fático-jurídico da onerosidade.

Além destes componentes fático-jurídicos, apontam-se ainda os requisitos jurídico-formais do contrato de trabalho, nitidamente inspirados pela teoria geral dos contratos. Tais componentes técnicos consistem na celebração do contrato de trabalho por agente capaz, com objeto lícito e possível, além da formalização do contrato através de forma prescrita ou não defesa em lei.³⁰⁴

No direito do trabalho, a capacidade laborativa seria atingida aos 16 anos de idade, de forma que eventuais contratos de trabalho pactuados com menores estaria eivado de nulidade.³⁰⁵ A licitude do objeto³⁰⁶ - da prestação de serviços pactuada -

³⁰² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato Individual de Trabalho – Uma Visão Estrutural*, p. 62.

³⁰³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 295.

³⁰⁴ Neste sentido, vide AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*, p. 513: “Para que o negócio jurídico além de existir seja válido é preciso que os elementos referidos se juntem determinados atributos ou requisitos: a manifestação de vontade deve partir de agente capaz, o objeto deve ser lícito e possível e a forma deve ser prescrita ou não proibida em lei (CC, art. 82). Temos então um ato válido, o que pressupõe a sua existência.”

³⁰⁵ Apesar de se tratar de contrato nulo, reconhecem-se efeitos jurídicos a tal situação, sob pena de acarretar locupletamento ilícito do empregador. Neste sentido, vide BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 130 e 131. “O direito ao reconhecimento da relação de emprego não pode depender das restrições à capacidade do trabalhador, sob pena de se lhe negar a existência de um direito subjetivo que, a rigor, a lei sequer exclui expressamente, mas decorre de construção doutrinária e jurisprudencial, resultante da aplicação da teoria civilista das nulidades, calcada na abstração herdada da categoria negócio jurídico.”

³⁰⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*, p. 518: “O objeto é, em termos imediatos, a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, e em termos mediatos, aquilo sobre que incidem tais relações, vale dizer, coisas ou fatos que se pretende obter com a prática do ato, tudo isso conforme as disposições do sistema jurídico, ou seja, possibilidade legal e não contrariedade à lei.”

também seria requisito de validade jurídico-formal do contrato de trabalho.³⁰⁷ Assim, quando o objeto do trabalho contratado consistir em prestações ilícitas ou atentatórias aos bons costumes, o contrato de trabalho seria considerado inválido, ainda que livremente pactuado por agentes capazes. Por fim, o requisito da forma prescrita ou não defesa em lei seria reformulado em razão da possibilidade de pactuação inclusive tácita do contrato de trabalho.

Diante deste quadro, vislumbra-se que o contrato de trabalho, ao menos no entendimento consolidado em considerável parcela da doutrina e jurisprudência, ainda é compreendido como um negócio jurídico abstrato, formado a partir do encontro de vontades livres e assim reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Desta forma, quando um destes elementos fático-jurídicos ou jurídico-formais não se encontra presente de modo regular, não se reconhece a existência de um contrato de trabalho, por não preencher os requisitos legais.³⁰⁸

Não obstante já surjam muitas vozes postulando uma reforma desta concepção, que também pode ser chamada de clássica do contrato de trabalho, a mudança de toda uma mentalidade consolidada não se opera instantaneamente. Ao contrário, pois é necessário um processo gradativo de reconhecimento da inadequação desta conceituação de contrato de trabalho à nova realidade jurídica e às demandas sociais atuais, para somente então se abrirem as portas da dogmática clássica para as brisas que sopram do novo ordenamento jurídico-constitucional.

³⁰⁷ Novamente consiste em regra atenuada, pois um contrato nulo por ilicitude de objeto (ex. jogo do bicho) pode também gerar efeitos jurídicos reconhecidos. Neste sentido, vide BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 131 a 136.

³⁰⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*, p. 510: "Negócio jurídico inválido é o que não vale para o direito, por não preencher os requisitos legais, não se lhe reconhecendo o poder de produzir as relações jurídicas pretendidas."

CAPÍTULO IV – REVISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

“Existir é, pois, estar no mundo juntamente com os outros e com as coisas.” (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo).

1. REPENSANDO O CONTRATO DE TRABALHO

O questionar sobre os novos rumos do direito privado, especialmente em relação à teoria contratual, tornou-se imperioso com a Constituição Federal de 1988, que elencou a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e a justiça social como fundamentos do sistema jurídico e social. Pouco mais de uma década depois, com a entrada em vigor da Lei 10.406/2002 (novo Código Civil), os contornos sociais trazidos pelo texto constitucional ganharam conteúdo concreto.

Muito embora tenha sido discutido o interesse de uma nova codificação em pleno século XXI³⁰⁹, o presente trabalho parte da premissa de que o Código Civil atual, apesar de criticável em alguns aspectos³¹⁰, contribui de sobremaneira na concretização dos valores sociais, especialmente pautados na boa-fé objetiva e função social do contrato.

Ademais, sua construção, fundada em cláusulas gerais e princípios jurídicos indeterminados, permite a abertura do sistema jurídico, possibilitando o ingresso de valores sociais e éticos. Portanto, ao invés de ater-se às críticas, muitas vezes merecidas, ao novo modelo de codificação privada, o presente trabalho objetiva aproveitar-se das virtuosidades da nova legislação comum, aplicável subsidiariamente ao direito do trabalho naquilo que for compatível, como autoriza expressamente o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁰⁹ Fortes críticas ao movimento de nova codificação foram trazidas por TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 12: “Se o pluralismo ensejou a *desconstrução* do sistema fechado (o Código), das categorias e dos institutos jurídicos (basta pensar na propriedade e no negócio jurídico), inútil seria buscar recompor o sistema com um novo e unificado corpo legislativo, por melhor que fosse, sem que se altere, profunda e radicalmente, a cultura jurídica em cujo meio se pretenda inseri-lo.”

³¹⁰ As décadas de tramitação do projeto acarretaram o nascimento de um código não plenamente adequado ao seu tempo, o que pode ser observado, por exemplo, nas relações de família.

Esclareça-se ainda que o Código Civil atual colocou a última pá de cal sobre qualquer discussão individualista e puramente econômica do direito, pois trouxe artigos, de redação clara e aplicação imediata, onde se sobressai a preocupação social.³¹¹ A nova codificação também está auxiliando na superação das teorias de que as normas constitucionais de caráter social seriam meramente programáticas, sem aplicação imediata. Esta característica adveio do reconhecimento do abismo que separa a realidade concreta do mundo jurídico (dever ser) e da necessidade de aproximar o direito da vida social.

A alteração dos pressupostos torna-se evidente na estrutura do Código Civil, o qual possui como princípios norteadores, segundo Miguel Reale³¹², a eticidade, a operabilidade e a sociabilidade. A eticidade representa o reconhecimento das contribuições da ética para o direito³¹³, apesar de manter a separação entre estas duas esferas, tendo como exemplo concreto o equilíbrio econômico do contrato, que inspira todo o direito obrigacional.³¹⁴ A operabilidade se relaciona com o estabelecimento de soluções que visem facilitar a interpretação e a aplicação do direito pelo operador, reconhecendo-se que o direito foi feito para ser executado.

Por fim, e mais importante no presente estudo, a sociabilidade, significando o predomínio social sobre o individual. Tal característica da nova legislação constitui a consolidação do caráter social da nova geração em confronto com o caráter eminentemente individualista do Código de 1916.

³¹¹ Citam-se apenas exemplificativamente o disposto nos artigos 421 e 422 do Código Civil brasileiro de 2002, disciplinando a função social e a boa-fé contratual: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

³¹² REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*, p. 308-309.

³¹³ O grande espaço concedido a ética no novo Código Civil também é observado por DELGADO, José Augusto. *A Ética e a Boa-Fé no Novo Código Civil*, p. 169 a 172: “O Código Civil de 2002, que entrou em vigor no dia 12 de janeiro de 2003, tem suas bases estruturantes sustentadas em quatro princípios: o da ética, o da socialidade, o da operosidade e o da praticidade. Esses princípios influenciam a interpretação de todos os dispositivos que compõem o mencionado diploma, adequando-os às reivindicações da cidadania que se pretende vivenciar no Século XXI, no qual o respeito à dignidade humana e aos valores sociais do homem são exigências de ordem constitucional. (...) A ética não é a lei propriamente dita. Ela é postura a ser adotada pelas pessoas em determinada realidade humana. Ela é um ato praticado pelo homem possuidor de razão que visa a concretização do bem. (...) A verdade é que a humanidade voltou sua preocupação com a prática da ética em todos os tipos de relações humanas, por considerá-las como essencial para a estabilidade dos fenômenos sociais.”

³¹⁴ PEGORADO, Olinto A. *Ética é Justiça*, p. 09: “Viver eticamente é viver conforme a justiça.”

Todas estas alterações podem ser sentidas de modo especial na Teoria Geral dos Contratos, o que poderia causar certo estranhamento, pois nesta área o individualismo se manifesta com mais vigor. Assim, o novo contrato reflete toda esta compreensão da autonomia privada coletiva, de mitigação da obrigatoriedade ao pactuado em certas circunstâncias e dos efeitos do acordado além dos contratantes. Mas não seria apenas isto, a compreensão plena exige sua inserção em novas molduras jurídicas relativas ao papel da função social deste contrato e da exigência de boa-fé em todas as fases da pactuação.³¹⁵

Entretanto, a análise realizada no capítulo anterior a respeito do conceito de contrato de trabalho, bem como seus sujeitos e elementos constitutivos, revela uma profunda inadequação ao *status* jurídico ocupado por este contrato, da mesma forma que não atende ao potencial papel emancipatório.³¹⁶

O descaso com a revisão do contrato de trabalho revela-se ainda mais grave quando se relembra que o trabalho é elemento central na sociedade³¹⁷, sustentando não apenas o sistema econômico, mas também constituindo o principal instrumento

³¹⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *A Responsabilidade Civil e a Hermenêutica Contemporânea: Uma Nova Teoria Contratual?* p. 265: “O contrato, nessa nova visão, passa a ser operacionalmente permeável à incidência de valores éticos, culturais e sociais, ensejando, assim, uma saudável dialeticidade entre os conteúdos contratuais e os valores sociais.”

³¹⁶ MAZURKEVIC, Arion. *A Boa-Fé Objetiva: Uma proposta para Reaproximação do Direito do Trabalho ao Direito Civil*, p. 358 e 359: “A doutrina e jurisprudência, de uma maneira geral, não têm enfrentado esta nova dimensão no âmbito do Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho continua a ser interpretado exclusivamente com base na legislação ordinária, olvidando-se que desde 1988 vigora em nosso país uma nova ordem constitucional, fundada nos princípios do Estado Democrático de Direito, comprometido com a efetividade da igualdade material. Ao contrário, verifica-se uma tendência justificada mais no fenômeno denominado ‘globalização’, sustentada na política capitalista denominada ‘neoliberalismo’ e que tem como meta a flexibilização e a desregulamentação da legislação trabalhista, como se no âmbito das relações de trabalho tivesse deixado de existir a desigualdade material e a opressão do economicamente mais forte sobre a parte mais fraca da relação. Entretanto, a realidade se mostra mais perversa e agravada pelos novos modelos de exploração de mão-de-obra, descentralização e transnacionalização da produção, desemprego estrutural e exploração especulativa dos capitais financeiros.”

³¹⁷ Os pressupostos adotados no presente trabalho impõem a rejeição a teorias que sustentam a perda da centralidade do trabalho na medida que o capitalismo se torna mais complexo (Habermas, Offe, Gorz). Sobre o tema, vide CARLEIAL, Liana Maria da Frota. *Ciência Econômica e Trabalho*. A centralidade do trabalho também é reconhecida por COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil*, p. 72: “Não há existência social sem trabalho, sem divisão social do trabalho. Trabalho como categoria social não é uma opção de um indivíduo na sociedade, é emergência, não somente porquanto transforma a natureza dos bens necessários à sobrevivência biológica, porém ainda pelo papel que desempenha na reprodução social.”

apto a concretizar a dignidade humana, princípio máximo do ordenamento constitucional.³¹⁸

Liana Carleial³¹⁹, partindo da economia, explica que a importância do trabalho humano ultrapassa os limites meramente econômicos:

O trabalho humano pode ser analisado sobre vários ângulos e, além de ser meio de sobrevivência ainda para a maioria da população sob o capital, pode ser visto do ângulo da realização pessoal, relacionamento social, equilíbrio psicológico, etc. Mesmo considerando apenas o ângulo produtivo, fica, a meu ver, evidente a dificuldade de incorporação do real-concreto do mundo do trabalho. No diálogo entre as várias visões de mundo, o economista, ao reter o trabalho apenas como fator produtivo necessário para a produção de bens e serviços, comprado e vendido num mercado convencional (submetido a todas as hipóteses necessárias) parece ter pouco a contribuir.

É através do trabalho que o sujeito se insere na sociedade, adquire bens, promove à educação, o sustento familiar, ou seja, emancipa-se.³²⁰ Percebem-se duas funções bem definidas do trabalho em relação ao sujeito trabalhador: se por um lado constitui verdadeira expressão de sua subjetividade, na medida em que é posta a própria energia vital do trabalhador em seu trabalho, por outro lado constitui-se como instrumento pelo qual a maioria absoluta da população adquire os meios para sua sobrevivência. Portanto, possibilita a aquisição do patrimônio mínimo.³²¹

³¹⁸ Concretizar a dignidade da pessoa humana não é uma opção que se põe à escolha, mas sim um dever do operador do direito, como incisivamente observa ARNONE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*, p. 36: “Atender ao conteúdo normativo e axiológico da Constituição não é uma opção e sim um dever do civilista, pelo pressuposto de otimização dos princípios jurídicos, em especial os constitucionalmente positivados no ordenamento vigente.”

³¹⁹ CARLEIAL, Liana Maria da Frota. *Ciência Econômica e Trabalho*, p. 83.

³²⁰ A centralidade do trabalho na sociedade não é uma posição isolada de alguns economistas, pois assim já se verificada em CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*, p. 97: “A quase totalidade dos homens, entretanto, deve procurar os meios de subsistência no trabalho, ou seja, na aplicação de sua atividade à produção de bens ou serviços em proveito de alguém que os retribua. (...) Daí decorre ser o direito do trabalho colorário imediato do próprio direito à existência e, portanto, como este, também um direito primordial.”

³²¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 01: “A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada.”

A garantia de ver assegurado este mínimo existencial³²² permite superar-se a noção abstrata de sujeito de direito, reconhecendo-se que o centro de todo o sistema jurídico é a pessoa humana³²³ que precisa ter suas necessidades vitais tuteladas como única forma de assegurar sua dignidade.³²⁴

Justamente pela importância do trabalho, conclui-se que sua veste jurídica merece atenção dos operadores do direito, no intuito de concretizar suas potencialidades sociais. O trabalho, portanto, é a atividade de transformação do real pela qual o homem constrói a si próprio e a sociedade.³²⁵

Partindo deste pressuposto – a importância do trabalho – e considerando que o contrato de trabalho é quem materializa o trabalho no interior do direito, não se pode chegar a outra conclusão que não seja a necessidade de revitalização deste instrumento, tornando o pacto laboral adequado à função social que deve desempenhar.

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. Nas palavras da referida autora paranaense³²⁶:

³²² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 301: "O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo."

³²³ ARNONE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*, p. 55: "O sentido de repersonalização, que ora se persegue, advém de uma nova noção, substancializada, de sistema, bem como da análise de seus componentes axiológico-normativos. Ou seja, na posituação do princípio da dignidade da pessoa humana, no grau de princípio fundamental, as normas do direito das coisas passam a receber seu influxo, migrando para uma nova dimensão finalística."

³²⁴ Neste sentido, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 22: "a garantia de um patrimônio mínimo conecta-se com a superação da compreensão formal dos sujeitos. Funda-se na dignidade da pessoa humana para apreendê-la, concretamente, na realização de necessidades fundamentais."

³²⁵ Neste sentido, vide também REALE, Miguel. *O Direito de Não Trabalhar*, p. 119: "A meu ver não merece aplausos a tese de Max Scheler, segundo o qual o trabalho não seria 'criador de valores'. Ele já é, por si mesmo um valor, como uma das formas fundamentais da objetivação do espírito enquanto transformador da realidade física e social. O homem não trabalha porque quer, mas porque não pode deixar de trabalhar, assim como não pode deixar de pensar, de amar, de ensinar, de admirar ou de possuir. É por isso, que reafirmo que o trabalho é uma das formas – não a única, por certo, mas das mais relevantes de fundação cultural. O esvaziamento axiológico do trabalho, que é valor em sua fundação originária, implica se condene o desvio de considerá-lo neutro, um instrumento à disposição de qualquer fim, quando o ideal é encontrar-se a forma de vida que corresponda axiologicamente ao trabalho que cada homem possa desenvolver, com dignidade, segundo sua capacidade e vocação."

³²⁶ RACHID, Aldacy Rachid. *Função Social do Contrato Individual de Trabalho*, p. 33.

O direito do trabalho é uma revelação em si de 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 e substituindo-a pela supremacia do interesse público. Jamais teve uma perspectiva individualista, ao contrário, nasce o direito do trabalho como um direito “de classe”, restringindo inclusive a manifestação de vontade das pessoas individuais contratantes ante a existência de disposições coletivas, sendo até passíveis de multa.

Para se atingir tal meta, imprescindível também se deixar para trás o pressuposto de que os contratos, incluindo o de trabalho, possuem como função precípua a circulação de riquezas simplesmente³²⁷, assumindo um comprometimento com a idéia de função social a ser desempenhada pelo contrato de emprego.³²⁸ Nas palavras de Eduardo Baracat “é tempo, pois, de ‘reinventar’ o contrato. E essa ‘reinvenção’ implica verter-se um olhar crítico sobre a dogmática jurídica trabalhista, despregando-a do positivismo das leis e das súmulas, como também da abstração do negócio jurídico, abrindo-se espaço à aplicação do princípio da boa-fé.”³²⁹

Contudo, a superação de qualquer obstáculo somente é possível após o seu reconhecimento, razão pela qual era necessário compreender-se a figura da operação econômica, talhada por Roppo, estudada nos capítulos anteriores.

³²⁷ A necessidade de superação da função meramente econômica do contrato de trabalho foi insistentemente destacada na tese de doutorado, posteriormente publicada, de BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 144: “O contrato de trabalho acaba por se limitar a ser o instrumento jurídico que legitima esta aquisição, pois é por meio dele que decorre a subordinação do empregado ao empregador, ou seja, que o trabalhador formalmente sujeita-se a prestar trabalho de acordo com a organização produtiva do empregador; é por intermédio do contrato de trabalho que nasce o poder do empregador de apropriação do trabalho do trabalhador. Segundo esta ótica, o contrato de trabalho não possui função social, mas a finalidade de fornecer mão-de-obra ao empreendedor proprietário. Neste aspecto, portanto, o paradigma da legislação trabalhista não difere do paradigma do Código Civil.”

³²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 18: “O ninho epistemológico eleito reconhece na dinâmica jurídica que liga propriedade e autonomia privada o campo teórico no qual transitam os interesses em jogo. Busca, no entanto, ressaltar limites a esse dinamismo jurídico decorrentes de uma tábua axiológica de interesses não pecuniários.”

³²⁹ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 138.

A dificuldade para cumprir determinada tarefa não deve, entretanto, ser desculpa para não executá-la³³⁰, razão pela qual se insurge como absolutamente necessário o reconhecimento pelo operador do direito de sua responsabilidade na construção de uma ordem social mais justa.³³¹ Neste sentido, são encorajadoras as palavras de Aldacy Rachid Coutinho³³²:

Mister um tratamento de emergência, um direito do trabalho da emergência; não para salvar o capital, que é tão-só o que se tem feito, até agora, sem qualquer resultado positivo para questão do emprego; muito menos para dar conta de uma norma que não tem um valor em si; mas um tratamento de choque para manter vivo o homem. Se é tempo de dar conta das questões do trabalho como o mais escasso dos bens atuais e do seu custo, não é tampouco tarde para mudar a palavra de ordem, acolhendo outra que não seja desregulamentação, flexibilização, globalização, neoliberalismo, reestruturação produtiva, reengenharia, downsizing ou efficientismo, mas que seja alimento, saúde, escola, moradia, segurança, trabalho.

A adoção deste entendimento como ponto de partida pode levar à descoberta de um verdadeiro mundo novo para a contratualidade no direito do trabalho,

³³⁰ A rejeição dos operadores do direito pelo novo é reconhecido pelo próprio meio jurídico, constituindo um obstáculo a ser superado. Neste sentido, observa FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil Contemporâneo*, p. 33: “Há um vazio na doutrina civilística brasileira, que vai do descobrimento à rejeição de novas idéias, e quando tênues construções metodológicas se avizinham das atividades de estudo, a técnica engessada das fórmulas acabadas torna a tentativa um tema perdido no ar. Isso tem uma razão de ser. Recusar essa direção e contribuir para a sua superação significa reconhecer que a consciência social e mudança integram a formação jurídica. Representa, ainda, um compromisso com o chamamento à verdadeira finalidade do ensino e da pesquisa jurídica, um desafio que questiona.” No mesmo sentido ressalta MALLET, Estevão. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*, p. 48: “O novo sempre preocupa. Sempre assusta, porque põe problemas diferentes, com os quais não estamos habituados a lidar. Cria novas dificuldades. Daí o receio, o medo, e isso – não tenho dúvida – explica uma parte das críticas dirigidas ao novo Código Civil.”

³³¹ A importância do papel a ser desempenhado pelo operador do direito nesta caminhada é reconhecida por TUPONI JÚNIOR, Benedito Aparecido. *Aspectos da Parte Geral do Novo Código Civil e suas implicações do Direito Individual do Trabalho*, p. 142 e 143: “O novo diploma civil, na forma como posto, instrumentaliza os operadores do direito, para que efetivem os anseios do Estado Democrático de Direito, rompendo com o paradigma liberal-individualista-normativista de produção do direito, sendo necessário que o jurista proceda a uma viragem de consciência em relação ao seu atuar no campo jurídico. Postura essa que só poderá ser assumida pelo intérprete quando compreender, quando tiver consciência do seu papel de promotor de uma sociedade mais digna e justa, otimizado agora pela adoção do sistema codificado móvel, aberto, permeável e sensível à natural evolução dos fatos e às constantes mutações axiológicas (cláusulas gerais), sem o que não será possível ultrapassar a crise paradigmática pela qual atravessa o Direito.”

³³² COUTINHO, Aldacy Rachid. *Direito do Trabalho de Emergência*, p. 103.

permitindo uma melhor adequação de suas concepções à atual realidade constitucional, na superação do individualismo rumo à solidariedade contratual.

1.1. 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, especialmente no que tange ao contrato de trabalho. Saliente-se que esta preocupação há muito já vem sendo manifestada por autores civilistas, cujas obras buscam justamente um novo modelo contratual mais adequado à realidade atual, como se pode depreender das lições de autores nacionais e estrangeiros trazidas nos capítulos anteriores.³³³

O atual sistema constitucional-positivo demonstra uma profunda alteração no projeto social que se pretende ver representado no direito. Se por um lado as legislações oitocentistas, inseridas no quotidiano dos juristas nacionais através do Código Civil de 1916, fundavam-se no individualismo proprietário, por outro a perspectiva jurídica para o século XXI reside na repersonalização do direito, primando por assegurar a dignidade da pessoa humana³³⁴ com todos os meios à sua disposição. Fachin³³⁵ defende incansavelmente a repersonalização do direito, como única forma de atingir-se aos fins sociais e de dignidade esculpidos no sistema constitucional:

Sendo o homem liberdade e criatividade, não pode ele receber do direito o mesmo tratamento dispensado às coisas. Há que se privilegiar, portanto, uma idéia

³³³ Neste sentido, vide CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo I*, p. 221: “O desenvolvimento das sociedades no período pós-industrial tem provocado várias críticas às estruturas liberais, promovendo *múltiplas limitações* à autonomia privada. Tal sucede por via jurídica, designadamente nas áreas sensíveis do arrendamento e do trabalho; mas isso acontece, ainda, no simples plano dos factos, onde por razões práticas ou de mera opção dos sujeitos mais poderosos, a liberdade jurídica se cifre na (livre) *submissão* a esquemas pré-estabelecidos. O Direito interveio estabelecendo esquemas de controlo interno (portanto: quanto às concretas soluções fixadas pelas partes) e de controlo externo (portanto: em que condições se contratou).”

³³⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 191: “A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. (...) É um princípio emancipatório que se trata.”

³³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 48.

personalista, que coloque o homem como centro do Direito, em oposição à postura patrimonialista que apresenta a propriedade como o grande centro do interesse da dogmática jurídica. (...) O personalismo coloca o ser humano no centro do sistema jurídico, retirando o patrimônio dessa posição de bem a ser primordialmente tutelado, ao contrário do que faz o individualismo proprietário.

Não se pode ignorar a inaptidão do direito abstrato e patrimonialista para com a realidade concreta, cujas peculiaridades e diversidades da vida humana encontram-se protegidas pelo princípio jurídico máximo da valorização da sua dignidade. Portanto, a nova estrutura jurídica, emoldurada pela Carta Constitucional e pelo Código Civil atual, impõe a superação do interesse egoístico, típico do individualismo, em favor da solidariedade³³⁶ e do bem comum.

Embora sob o enfoque do direito civil, as palavras de Luiz Edson Fachin³³⁷ abrangem a totalidade do direito exigido pelas novas estruturas jurídicas e anseios sociais:

O Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como “serviço da vida”, a partir de sua real raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biográfica do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo. O labor dessa artesanaria de “repersonalização” e “reetização” leva em conta um sistema aberto e rente à vida, como afirmou Orlando de Carvalho.

O arcabouço constitucional não deixa dúvidas quanto a sua opção pela justiça social e bem comum, com primazia do interesse coletivo sobre o individual, principalmente ao albergar, em seu artigo 3º, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e

³³⁶ O significado da expressão “solidariedade” é exemplarmente explicitada na obra PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, p. 36: “Solidariedade pode significar solidariedade para fins do Estado, ou para um bem individual escolhido pelos cidadãos de modo democrático, ou imposto de forma autoritária. (...) Ela pode significar correlação, fraternidade entre os membros da mesma comunidade, mas também, posição egoística em relação a quem não faz parte dela ou a quem é membro de uma comunidade concorrente. Esta forma de solidariedade com os objetivos da comunidade não é aquela à qual faz referência o Texto Constitucional [*constituição italiana*], que supera o mito do fim superindividual, não concebendo um interesse superior àquele do pleno desenvolvimento do homem. Este último constitui princípio fundamental de ordem pública.”

³³⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 218.

solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização com redução das desigualdades e promoção do bem de todos.

Porém isto não significa qualquer desconsideração com a pessoa individual, muito pelo contrário, pois a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado democrático de direito desenhado no texto constitucional em seu artigo 1º, inciso III.

Fachin bem observa que o homem é histórico e como tal somente pode ser apreendido em sua dimensão coexistencial, ressaltando o valor da solidariedade, “uma vez que a vida sem os outros nada mais é que uma abstração, afastada da realidade.”³³⁸ Isto contraria o paradigma individualista, fundado no patrimônio, possibilitando a superação da ficção do homem fechado em si mesmo.

Portanto, a superação do individualismo é necessária em favor de um solidarismo jurídico³³⁹ que valorize a coexistencialidade entre os homens, pois o indivíduo não pode ser pensado nem compreendido em contraposição à sociedade. Assim, conclui-se que a missão suprema do ordenamento jurídico é tutelar a pessoa humana, possibilitando a convivência dos homens através de normas obrigatórias que sirvam de critério na regulação das relações intersubjetivas. Para Fachin, “a solidariedade adquire valor jurídico,” portanto, a preocupação do jurista “não se dirige apenas ao indivíduo, mas à pessoa tomada em relação, inserida no contexto social.”³⁴⁰

Contudo, uma alteração tão profunda, a exigir a superação do individualismo e autonomia da vontade incrustados no inconsciente coletivo, não será concretizada “sem dor e perda”³⁴¹, como bem observa Eduardo Takemi Kataoka. Mas como já repetido, a dificuldade de um trabalho não significa, nem ao menos justifica, a recusa de sua execução, de forma que é dever dos operadores do direito concretizar e tornar reais as previsões constitucionais.

³³⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 49.

³³⁹ Esta compreensão foi bem demonstrada em DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 249: “No plano jurídico, a solidariedade contratual pode ser vista como a negação da autonomia da vontade em sua concepção voluntarista e egoística e também como um aperfeiçoamento da autonomia privada.”

³⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 50: “A pessoa humana, como bem supremo do Direito, não é um elemento abstrato, isolado, dotado de plenos poderes, com direitos absolutos e ilimitados. A coexistencialidade implica que se assegure não só o pleno desenvolvimento da pessoa individual, mas simultaneamente, que as demais pessoas com as quais o indivíduo está em relação também possam ter esse desenvolvimento, de forma solidária.”

³⁴¹ KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*, p. 459.

Esclareça-se que não se postula, de forma alguma, a supressão da autonomia privada, pois então a sociedade estaria à mercê do poder estatal, cujos resultados desastrosos são oferecidos abundantemente pela história recente. Não obstante, impõe-se apenas o reconhecimento de que a autonomia individual possui um objetivo maior, qual seja, a realização dos interesses socialmente úteis. Nas palavras de Fachin, “a pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade.”³⁴²

Trata-se de compreender, como afirma Pietro Perlingieri³⁴³, que os “atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis.” Mas o referido autor italiano ainda destaca que na “utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.”

O atendimento dos princípios da justiça social e da dignidade da pessoa humana passa, obrigatoriamente, pela necessidade de revisão do contrato de trabalho, visto que é principalmente através deste instrumento jurídico que o homem assegura seu sustento e sua sobrevivência.

Assim, o primeiro passo a ser avançado na busca de tornar o contrato de trabalho apto a desenvolver todas as suas potencialidades sociais, consiste no reconhecimento que o contrato de trabalho configura-se como espécie distinta de contrato civil, razão pela qual as tentativas de enquadrá-lo dentro das concepções civilistas se mostram inadequadas.

Saliente-se que sequer pode-se alegar que o contrato de trabalho seria comutativo, pois não existe equivalência entre as prestações, já que a contraprestação salarial recebida sempre será inferior ao valor do trabalho

³⁴² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 50.

³⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, p. 19.

prestado.³⁴⁴ Portanto, deve-se pressupor a ausência de paridade, pois negá-la significa prestar tributo à hipocrisia igualitarista, o que reforça ainda mais a impossibilidade de inclusão do contrato de trabalho na categoria indistinta dos contratos privados em geral.

Ademais a própria prestação de serviços subordinados, objeto do contrato, não comporta o entendimento de simples manifestação de vontade, pois o trabalho em si não representa um interesse isolado de uma das partes.³⁴⁵ Neste sentido, Cesarino Junior³⁴⁶ bem explica a relação do trabalho com a subsistência do indivíduo e da própria coletividade:

Do próprio direito ao trabalho decorre o dever do trabalho. Se o trabalho é essencial para a subsistência de cada indivíduo, obviamente o é também de todos coletivamente considerados. Cada indivíduo, não produz tudo o que necessita. É evidente a solidariedade que deve unir todos levados a permutar bens e serviços, vale dizer, produtos do trabalho. Sendo o trabalho de cada um indispensável a todos, ao lado do direito ao trabalho coloca-se o dever de trabalhar, sem distinção de classe social, excluídos os casos de menoridade, senilidade e invalidez.

A incompatibilidade do contrato de trabalho com o princípio clássico da autonomia da vontade justifica-se, portanto, pelo relevante papel desempenhado pelo trabalho – objeto do contrato em questão – interesse este que não é apenas jurídico, mas principalmente social.³⁴⁷ Por sua própria natureza, o contrato de

³⁴⁴ É uma falácia a alegação de que o contrato de trabalho seria sinalagmático, pois suas obrigações não são proporcionais. O salário pago ao trabalhador não corresponde ao valor do serviço prestado, pois a diferença constitui a mais-valia. Nas palavras de GODELIER, Maurice. *Trabalho*, p. 41: “A diferença entre o valor que possui a força de trabalho (ou seja o salário pago pelo capitalista para assegurar o seu uso) e o valor que ela cria quando empregue produtivamente constitui um valor a mais que é origem e substância da mais-valia que se cria no processo de produção. (...) O salário representa então uma categoria econômica, uma relação pragmática entre capitalistas e operários, que dissimula, sob a aparência de um contrato, a apropriação e a acumulação pela classe dos capitalistas de trabalho não pago, de trabalho sem compensação, de mais-valia.”

³⁴⁵ CORREAS, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, p. 137: “Pero lo que pasa es que el acuerdo voluntario no es la esencia, sino la apariencia del intercambio; el contrato es esencialmente un intercambio y no un acuerdo de voluntades.”

³⁴⁶ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira, *Direito Social: Teoria Geral do Direito Social, Direito Contratual do Trabalho, Direito Protecionista do Trabalho*, p. 97.

³⁴⁷ 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 frustram a vocação do valor de se realizar a história.”

trabalho exige a superação da autonomia da vontade em prol de um interesse coletivo maior.

Saliente-se que este referido papel social inclusive foi reconhecido pela Carta Constitucional, quando relaciona diretamente a dignidade da pessoa humana – princípio reitor da sociedade, albergado em seu artigo 1º, inciso III³⁴⁸ - ao princípio da valorização do trabalho humano, previsto no artigo 170, *caput*.³⁴⁹

A dignidade da pessoa humana foi concebida, no texto constitucional, como referência unificadora de todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, condicionando a ordem econômica a fim de assegurar o respeito a estes direitos especiais. Considerando que o direito ao trabalho constitui um destes direitos fundamentais sociais, conclui-se que somente pela realização do direito ao trabalho, constante do artigo 6º do texto constitucional³⁵⁰, é que se terá preenchido o conteúdo reclamado pelos princípios basilares do ordenamento jurídico-constitucional.

Diferentemente do que se pudesse pensar em um primeiro momento, o princípio da dignidade da pessoa humana não está apenas relacionado às liberdades públicas, mas a todos os direitos fundamentais, em especial o direito ao trabalho, principalmente consubstanciado na figura jurídica do contrato de trabalho.³⁵¹

A existência digna está intrinsecamente vinculada ao princípio da valorização do trabalho humano, de forma que a dignidade humana é inalcançável quando o

³⁴⁸ “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.”

³⁴⁹ “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:”

³⁵⁰ “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.”

³⁵¹ NASCIMENTO, Marilza Geralda do. *O Trabalho como Valor*, 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 foram 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.”

trabalho humano não merecer valorização.³⁵² Portanto, não se pode ignorar ou fechar os olhos para o fato de que o ordenamento econômico, segundo o atual modelo constitucional, não está voltado exclusivamente para o indivíduo, e sim para a coletividade.³⁵³

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.³⁵⁴ Neste sentido, vale ressaltar as lições de José Felipe Ledur³⁵⁵:

Se a atividade econômica gera a indignidade, estará em desacordo com a Constituição, impondo-se a ação restauradora do Estado e da Sociedade. O livre exercício da atividade econômica é uma garantia assegurada pela Constituição. Essa garantia somente subsiste quando a Economia for capaz de solucionar a questão do emprego, que afeta a totalidade das pessoas. Quando a atividade econômica se desvia dessa finalidade ou for incapaz de proporcionar a satisfação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual prevalece sobre a garantia conferida pela Constituição ao empresário, a atuação estatal é impostergável.

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

³⁵² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, p. 37 e 38: “Não pode existir igual dignidade social entre os cidadãos quando existe quem tem a possibilidade de escolher o trabalho de acordo com a própria vocação e quem, ao contrário, não se encontra nas mesmas condições. (...) Igual dignidade social significa que deve ser reconhecido a todo cidadão igual dignidade mesmo na variedade das ocupações ou profissões, ainda que ligadas a diferentes condições sociais; porque toda atividade lícita é manifestação da pessoa humana, independentemente do fim ao qual tende e das modalidades com as quais realiza.”

³⁵³ Neste sentido, vide também BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 148. “Não se trata de expulsar ou reduzir quantitativamente o conteúdo patrimonial do sistema jurídico, ‘o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável’. A ordem econômica, na verdade, conforme os parâmetros constitucionais, deve servir de ‘suporte ao livre desenvolvimento da pessoa’. Não apenas da pessoa proprietária, mas de todas as pessoas que formam a sociedade.”

³⁵⁴ Esclareça-se, contudo, que a valorização do trabalho humano propugnada não se encontra satisfeita na obtenção de um posto de trabalho a qualquer custo. Neste sentido, destaca LEDUR, José Felipe. *A Realização do Direito ao Trabalho*, p. 102: “Desde logo refuta-se a idéia de que a obtenção de um posto de trabalho constitui objetivo a ser alcançado a qualquer preço. Se assim devesse ser, a própria dignidade resultaria desfigurada. Nesse passo, adota-se posição claramente contrária ao discurso político-jurídico que identifica na flexibilização das normas de direito do trabalho o caminho para a criação de mais empregos.”

³⁵⁵ LEDUR, José Felipe. *A Realização do Direito ao Trabalho*, p. 99.

seria cumprido quando garantidas as condições mínimas de prestação de serviços digno. Portanto, a regulamentação jurídica do contrato de trabalho não pode servir como simples instrumento de acumulação de riqueza do proprietário dos meios de produção, nem atender exclusivamente aos interesses egoísticos da empresa na majoração das margens de lucro.

Esclareça-se que não se está negando a legitimidade, jurídica ou ética, da iniciativa privada, muito menos sustentando o fim do capitalismo. Apenas é preciso reconhecer que este espaço de autonomia privada e de acumulação de riquezas somente encontrará a referida legitimidade quando assegurar o pleno desenvolvimento dos sujeitos humanos concretos, permitindo a valorização do trabalho humano como mecanismo eficiente de concretizar a dignidade e a justiça social esculpidas no texto constitucional.³⁵⁶

Desta forma, o reconhecimento da iniciativa privada somente é possível quando realiza sua função precípua de assegurar o pleno exercício das liberdades individuais e o respeito a dignidade da pessoa humana, como destaca Pietro Perlingieri³⁵⁷:

No ordenamento constitucional, todavia, propriedade e empresa privada, em todas as suas configurações, exercem uma função mais geral: garantir a liberdade de iniciativa, individual ou do grupo, frente a qualquer tentativa de absolutismo estatal, incompatível com o respeito ao livre desenvolvimento da pessoa e às suas liberdades de expressão e de associação, mesmo quando se traduzem em uma atividade civil de dissenso e de contestação.

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.

³⁵⁶ O apelo à solidariedade trazido na Carta Constitucional teria instaurado uma terceira fase da autonomia da vontade, denominada de solidarismo contratual. Neste sentido, vide DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 250: “Nasce, pois, a terceira fase da autonomia da vontade: o *solidarismo contratual* – o qual provém do *solidarismo constitucional* – que supera a autonomia da vontade, forte no Estado Liberal do século XIX, e aperfeiçoa a autonomia privada iniciada com o advento do Estado Social no século XX.”

³⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, p. 47.

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

O poder da autonomia da vontade foi superado pela autonomia privada, entendida como àquela reconhecida pelo ordenamento jurídico.³⁵⁸ 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.³⁵⁹

Neste sentido, Paulo Mota Pinto defende a compreensão do que ele denomina de autonomia privada ampla, a qual estaria mais consentânea com as exigências solidarísticas constitucionais, especialmente a auto-responsabilidade³⁶⁰:

Esta autonomia privada em sentido amplo não está de modo nenhum em contradição com o valor da auto-determinação, pois o agente tem a possibilidade de fazer o seu comportamento aparecer como declaração, ou, inversamente, de excluir essa aparência. Essa formulação da autonomia privada como *possibilidade de conformação* – ainda que as conseqüências *in concreto* não correspondam à conformação voluntária, por não ter feito uso daquela possibilidade – parece-nos, mesmo, a única que dá conta da ligação incindível da auto-determinação com a idéia de auto-responsabilidade, considerando-a no próprio conceito de autonomia privada.

Considerando que o ápice deste sistema encontra-se na Constituição Federal, e que esta vincula diretamente a liberdade econômica ao trabalho, e este à

³⁵⁸ A suplantação da autonomia da vontade pela autonomia privada decorre de exigência da própria dignidade da pessoa humana, como bem se observa em ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 117: “Estando a dignidade da pessoa humana na condição de densificadora do Estado Democrático e Social de Direito, não é o sujeito que impõe limites a si mesmo, como emerge da noção artificializada da ética e filosofia de Kant, transmitida por von Savigny à Ciência do Direito do séc. XIX – também influente no pensamento de Windscheid – e sim cumpre ao Estado Social e Democrático de Direito impor e assegurar os limites da atuação dos sujeitos, diferentemente da concepção liberal burguesa, de caráter personalista.”

³⁵⁹ PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 422: “Isto não tem de significar que haja verdadeiramente um *imediato poder jurisdiccional* da vontade, como *causa efficiens* do negócio, sem a interposição ou o reconhecimento do ordenamento. Implica apenas que o Direito, dentro de certos limites, *reconhece* esse poder aos particulares. (...) A autonomia privada, princípio jurídico fundamental, tutelado constitucionalmente, não deve, porém, ser entendida de modo estritamente voluntarista.”

³⁶⁰ PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 423.

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 escolher entre contratar ou não, dentro dos limites do conteúdo mínimo garantido ao trabalhador. Frise-se que a vontade aqui considerada não se confunde com aquele poder absoluto preconizado pela contratualidade clássica, mas sim é entendida como espaço de liberdade da pessoa em ter o direito de escolher, ainda que nem sempre tenha condições concretas de exercê-lo em sua plenitude.³⁶¹

Uma vez entendida a questão da vontade no contrato de trabalho, cabe ainda analisar as suas formas de expressão na formação do vínculo empregatício. Este querer das partes, tido como necessário ao vínculo empregatício, pode se manifestar de diversos modos, seja expresso (verbal ou escrito) ou tácito.³⁶² A análise desta dita manifestação, que como dito pode inclusive ser tácita³⁶³, auxilia no reconhecimento de um contrato de trabalho em determinadas situações concretas, inserindo-as 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.

³⁶¹ As enormes dificuldades concretas em exercer a liberdade contratual no Direito do trabalho levaram alguns doutrinadores a excluírem por completo da relação de emprego a vontade e a contratualidade (vide BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*), entendendo esta relação jurídica como verdadeiro ato existencial, para o qual pouco importa a vontade das partes, tanto do empregado quanto do empregador. O presente trabalho parte de outra premissa, pois entende que negar por completo a vontade e a contratualidade equivale a transformar o trabalhador em autômato, sem qualquer possibilidade de manifestar seu querer. Portanto, tal procedimento, aos olhos do presente trabalho, não se encontra adequado à dignidade da pessoa humana e ao respeito que suas escolhas e opiniões exigidos pelo texto constitucional. Assim, é preciso manter a relação de emprego no campo da contratualidade, mas não da contratualidade clássica e sim em um contrato que permita concretizar seu potencial emancipatório.

³⁶² PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 440: “Quando se fala de declaração tácita exprimir-se-ia com isso na realidade a falta de uma declaração, que no entanto pode ser compensada pelas circunstâncias e o restante comportamento.”

³⁶³ CLT, “Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

1.2. CONTRATO POR COMPORTAMENTO CONCLUDENTE

A legislação ordinária pátria conceitua o contrato de trabalho como sendo um acordo de vontades, mas a realidade mostra que este acordo geralmente não se consubstância na forma escrita, muitas vezes não sendo sequer expresso.³⁶⁴

Atento a esta realidade o legislador consolidador preocupou-se em reconhecer expressamente a possibilidade de celebração de um contrato de trabalho de forma tácita.³⁶⁵ Entretanto, a interpretação que a doutrina trabalhista majoritária dispensou a esta disposição celetária não corresponda, talvez, a seu real sentido.

O equívoco encontra-se no fato de partir-se do raciocínio que o vínculo obrigacional estabelecido entre empregado e empregador, perceptível no mundo dos fatos, é fruto exclusivo da pactuação de vontades manifestadas das partes, quando o direito do trabalho equipara³⁶⁶ para fins de produção de efeitos jurídicos tanto o contrato quanto a relação jurídica oriunda da prestação de serviços. Novamente a necessidade de moldar-se o contrato de trabalho às categorias contratuais clássicas 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.

Esse entendimento doutrinário pode ser aferido pela obra de Délio Maranhão, onde se afirma que relação jurídica de trabalho é aquela que resulta de um contrato

³⁶⁴ PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 631: “ (...) que inclui igualmente declarações através de acções.”

³⁶⁵ Este cuidado do consolidador não passou despercebido por toda a doutrina, como se observa por exemplo nas lições de PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro*, p. 239: “Note-se que o dispositivo legal não fala em escrito ou verbal, ambas modalidades da forma expressa, mas sim ‘acordo tácito’, o que importa reconhecer que a relação de emprego pode emergir de fatos, independentemente do que foi formalmente pactuado, o que é uma séria garantia contra fraudes.”

³⁶⁶ Exposição de Motivos: “44. O que os objetantes não alcançaram foi o deliberado propósito de se reconhecer a correspondência e equivalência entre ‘relação de emprego’ e o ‘contrato individual do trabalho’, para os efeitos da legislação social, correspondência essa que a escola contratualista italiana nega, exigindo expressa pactuação.”

de trabalho; denominando-se de "relação de emprego" quando se trata de um contrato de trabalho subordinado.³⁶⁷

Entretanto, haveria mais acerto quando se perfilha a teoria do comportamento concludente, pois 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.³⁶⁸

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. 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.³⁶⁹

Para Emílio Betti o 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.

O comportamento qualifica-se como concludente³⁷⁰ quando impõe uma conclusão lógica³⁷¹, que não se fundamenta na consciência do agente, mas sobre o

³⁶⁷ MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 227.

³⁶⁸ 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."

³⁶⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 94: "Nessa eventualidade, o contrato nasce, espontaneamente, dos acontecimentos cotidianos e produz todos os seus efeitos jurídicos. A lei nacional, mesmo sendo redundante, talvez por isso mesmo, põs tônica forte na possibilidade da contratação tácita, em matéria trabalhista, lançando a afirmativa sucessivamente, nos artigos 442 e 443 da Consolidação."

³⁷⁰ PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 752: "Já referimos que a ilação é aqui realizada a partir dos chamados *factos concludentes*. Estes são aqueles factos a partir dos quais, de acordo com o critério interpretativo, se pode concluir uma declaração tácita – podem, portanto, ser *todos* os que se devem considerar do ponto de vista hermenêuticamente relevante, sejam eles positivos ou negativos, desde que sirvam para constituir uma 'impressão do destinatário' no sentido da existência de uma declaração tácita e que não se trate de símbolos integrantes de uma linguagem (pois então a declaração seria expressa)."

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.³⁷²

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. Assim, a compreensão atual da vontade no direito contratual prescinde da investigação da vontade real, interna, do declarante, pois se dá preferência “à perspectiva do declaratório (à impressão, no sentido de imagem que se pode retirar da conduta do declarante, e que deve ser reconstituída pelo juiz).”³⁷³

Como se pode verificar o reconhecimento da manifestação de vontade necessária à conclusão do contrato através do comportamento concludente aplica-se com perfeição à contratualidade trabalhista. Isto porque prevê a formação do contrato de trabalho 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.

No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin também esclarece que a formação de um contrato poucas vezes decorre de um ato único, pois em geral consiste em processo, numa seqüência de atos e comportamentos humanos. Assim, considerando também que a “expressão do consentimento não exige necessariamente forma, a concludência de um comportamento permite deduzir certo sentido ou conteúdo negocial, sendo legítimo falar-se em negócio jurídico por comportamento concludente.”³⁷⁴

Idêntico reconhecimento de conclusão do contrato sem que haja necessidade de manifestação expressa também é identificado na doutrina alemã de Karl Larenz³⁷⁵, ao definir o contrato celebrado pelo que determina de ato concludente:

³⁷¹ PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 746: “A determinação da existência de uma declaração tácita depende, em primeira linha, do apuramento do seu elemento objectivo, de modo a, segundo os cânones interpretativos, se poder inferir aquela a partir do comportamento concludente.”

³⁷² BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 269.

³⁷³ PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 412.

³⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. *O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial*, p. 123.

³⁷⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, p. 86.

La declaración de las partes, en particular la aceptación de la oferta, no precisa hacerse expresamente mediante palabras o siglos comprensibles; pueda ser interpretada por la otra parte como expresión del consentimiento (los llamados actos concluyentes).

Considerando a expressa previsão do artigo 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, remunerando o trabalhador pela prestação de serviços recebida, tem-se formado o vínculo empregatício. Como se observa, nasce o próprio contrato de trabalho através da manifestação de vontade obtida pela conclusão de determinado comportamento.

Avançando nesta linha de raciocínio, ousa-se inclusive afirmar que a configuração do contrato de trabalho pode se consumir ainda que o empregador nada faça, apenas recebendo passivamente, e sem resistência, a prestação de serviços do empregado.³⁷⁶ Portanto, se 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.³⁷⁷ Esclareça-se que o silêncio aqui designa um comportamento totalmente omissivo, considerado enquanto inércia ou omissão, “não só o nada dizer, mas também o nada fazer.”³⁷⁸

³⁷⁶ 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.”

³⁷⁷ BETTI, Emílio. *Teoria do Negócio Jurídico*, 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.

³⁷⁸ PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 631.

Neste sentido, novamente invocam-se os escritos de Karl Larenz, ao afirmar que “también el puro silencio, es decir, la inactividad, puede entenderse como consentimiento cuando sea de esperar con seguridad una contestación.”³⁷⁹

Saliente-se que este entendimento exige ainda uma nova compreensão de subordinação capaz de explicar porque 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 de subordinação objetiva, que será analisada na seqüência, mas que desde já fica consignada como inovação doutrinária que vem se afirmando inclusive em nossos tribunais³⁸⁰, superando-se os limites impostos pela subordinação subjetiva, que nem sempre é aferível.

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 artigo 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*³⁸¹, tão corriqueiramente invocada pela jurisprudência trabalhista, inclusive pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

³⁷⁹ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, p. 87.

³⁸⁰ 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.”

³⁸¹ 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.”

O comportamento concludente poderia ainda se transformar em instrumento complementar ao instituto jurídico da conversão negocial, estabelecida no artigo 170 do atual Código Civil³⁸², possibilitando o aproveitamento do suporte fático de um contrato nulo, reconhecendo em seu lugar um outro contrato válido, como observou Dallegrave Neto³⁸³:

A figura da conversão negocial ganha relevo, sobretudo quando se depara com situações de fraude à lei trabalhista. São, pois, os conhecidos casos de contratos materialmente de emprego, contudo formalmente civis ou comerciais. Neste sentido são os contratos afins celebrados, amiúde, de forma dissimulada: estágio, cooperativa, representante comercial, trabalho voluntário, autônomo, entre outros. Pontes de Miranda observa que a “*fraus legis* assume relevância especial em matéria de legislação do trabalho, como em todos os ramos de direito protectivo.” Conseqüentemente, havendo nulidade do contrato em face da ausência de elemento essencial ou porque celebrado em fraude à legislação trabalhista, a relação de trabalho subjacente deve ser declarada relação de emprego, convertendo-se os contratos nulos em autênticos contratos de trabalho (art. 9º da CLT).

Desta forma, o operador do direito teria à disposição um instituto regulamentado em lei federal, cuja operacionalização seria realizada pela compreensão da formação do contrato de trabalho através de comportamentos concludentes do prestador de serviços e do tomador.

Ademais, o entendimento de formação de contrato pelo comportamento concludente encontra-se em sintonia com a exigência de boa-fé dos contratantes, como brilhantemente observa Luiz Edson Fachin³⁸⁴, nas seguintes palavras:

A valorização da confiança corresponde a dar primazia à pessoa que está criando vínculos jurídicos, e propicia verificar que desencadeando esse processo, a chegada à conclusão de um contrato pode ser exteriorizada através de diversos modos, não

³⁸² “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.”

³⁸³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Nulidade do Contrato de Trabalho e o Novo Código Civil*, p. 109.

³⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. *O aggrionamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial*, p. 117 e 118.

sendo exigível, necessariamente, a formulação escrita, bastando o consentimento por atos e mesmo omissões juridicamente relevantes, pois o próprio silêncio pode apresentar valor jurídico quando a parte privar-se do dever de falar.

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 pessoa humana, através de uma visão funcionalizada socialmente dos contratos de trabalho.

1.3. RESGATE DO SUJEITO TRABALHADOR

Não é possível repensar a figura jurídica do contrato de trabalho sem antes rever-se o seu principal ator: o sujeito trabalhador. A abstração presente nas primeiras codificações deitou raízes profundas em todo o direito privado, não sendo diferente com o direito do trabalho, onde ainda persiste uma construção genérica de trabalhador, esculpida no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.³⁸⁵ Portanto, o esforço despendido pelos civilistas contemporâneos³⁸⁶, em resgatar a pessoa humana, deve também ser realizado pelos juslaboralistas, trazendo o sujeito trabalhador concreto, de “carne e osso” para o interior do sistema jurídico.

Como visto no Capítulo I, a construção da figura jurídica do sujeito de direito resultou de um processo histórico necessário ao projeto de ascensão social da burguesia. Era necessário criar-se um modelo abstrato, através do qual seria possível ingressar-se no comércio jurídico. Para tanto, distinguiram-se os conceitos de sujeito de direito e pessoa humana, não havendo estrita correspondência entre estes institutos.³⁸⁷

³⁸⁵ A abstração da figura do trabalhador na legislação trabalhista positivada também é observada por DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 30: “No próprio conceito legal de empregado, previsto no art. 3º da CLT, torna-se perceptível essa abstração, na medida em que se considera empregado somente o sujeito que trabalha sob subordinação, recebendo salário e prestando serviço de forma pessoal e não-eventual.”

³⁸⁶ A preocupação com a revisão no conceito de sujeito de direito é expressada em FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 15: “É inegável reconhecer a necessidade de uma profunda transformação no conceito de sujeito de direito, que é nuclear na teoria geral do Direito Civil.”

³⁸⁷ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, p. 119: “Fica-se pois com a noção que a categoria jurídica de sujeito de direito não é uma categoria racional em si. Ela surge num momento relativamente preciso da história e desenvolve-se como uma das condições de hegemonia de um novo modo de produção.”

Fachin observa que a separação entre o conceito abstrato de sujeito de direito e seu correspondente concreto faz com que “ser sujeito de direito tem correspondido a ser *eventualmente* sujeito de direito. A susceptibilidade de tal titularidade não tem implicado concreção, efetividade. A proclamação conceitual inverte-se na realidade. Livres e iguais para não serem livres e iguais.”³⁸⁸

Idêntica constatação é obtida pela doutrina portuguesa, como se observa nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto³⁸⁹:

Num sentido puramente técnico ser pessoa é precisamente ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações; é ser um centro de imputação de poderes e deveres jurídicos, ser um centro de uma esfera jurídica. Neste sentido técnico-jurídico não há coincidência entre a noção de pessoa ou sujeito de direito e a noção de ser humano. Os seres humanos não são necessariamente, do ponto de vista lógico, pessoas em sentido jurídico: e aí está a experiência jurídica e histórica dos sistemas que aceitam a escravatura. As pessoas em sentido jurídico não são necessariamente seres humanos: e aí estão certas organizações de pessoas (associações, sociedades) e certos conjuntos de bens (fundações) a quem o direito objectivo atribui personalidade jurídica.

Isto quer dizer que embora a expressão sujeito se refira à pessoa, esta noção não é necessariamente a mesma incorporada pelo mundo jurídico, pois nem toda pessoa é reconhecida enquanto sujeito de direito. “A definição de sujeito é noção que impera em corte, a partir de uma realidade que projeta para o âmbito do sistema jurídico. Nesse sentido, nem tudo e nem todos ingressam no sistema.”³⁹⁰

A partir da compreensão da separação referida, pode-se perceber que o sujeito de direito é verdadeiro veículo de ingresso no mundo jurídico, qualificando as pessoas que irão interagir na esfera do direito. Portanto, a criação de uma categoria abstrata, que escolhe quem ingressará na tutela jurídica, constitui fonte de exclusão ao marginalizar contingentes de pessoas, humanas, reais, com necessidades materiais.

³⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 35.

³⁸⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 84.

³⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 146.

Não é diferente no direito positivo do trabalho, pelo qual se definiu como sujeito de suas normas apenas o trabalhador que prestar serviços de maneira pessoal, habitual e subordinada, fixando-se, com isto, padrões abstratos de *habitualidade, pessoalidade e subordinação*. Assim, quando a realidade fática consegue falsear qualquer destes elementos, seja através de uma relação formalmente autônoma ou da contratação de pessoa jurídica, o sistema jurídico exclui esta faticidade de seu campo de atuação, pois inexistente perfeita subsunção do fato à norma – incompatibilidade entre o modelo abstrato de sujeito trabalhador e a realidade que se apresenta.

A adoção de modelos abstratos, inclusive no que tange ao conceito de trabalhador, resulta na exclusão de grande parte das relações de trabalho subordinado do centro de aplicação das normas de regulação do contrato de emprego. Com isto, fragiliza-se o contrato de trabalho enquanto instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana, pois se reduz o campo de aplicação, em total dissonância aos princípios constitucionais regentes do sistema.³⁹¹

Saliente-se ainda que a ausência de referência entre o sujeito abstrato e o concreto não é natural, nem decorre de nenhum raciocínio lógico e invencível. Fachin observa com precisão que “fatos indiferentes ao Direito, nesses quadrantes, só o são porque o jurídico não lhes dá relevância. Ao definir o que é essa relevância, o Direito exclui fatos que acabam por não ingressar nesse estatuto de acesso da relação jurídica.”³⁹² Contudo, o referido autor ainda destaca que a “realidade fática, porém, constrói sociedades à margem dessa dimensão que o sistema fixa para dar dignidade jurídica.”³⁹³

É preciso reconhecer, e esforçar-se para concretizar, a máxima de que “a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si. (...) Neste sentido revolta-se o direito contra as concepções que o colocam como mero protetor de interesses patrimoniais, para portar-se agora como protetor direto da pessoa

³⁹¹ RODRIGUES, Rafael Garcia Rodrigues. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*, p. 02: “Deste modo, faz-se necessária a superação da compreensão que esgota a personalidade unicamente como aptidão para que o sujeito figure como titular de direitos e obrigações. A personalidade não pode ser tomada apenas como sinônimo, equiparado à noção de capacidade.”

³⁹² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 180.

³⁹³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 179.

humana.”³⁹⁴ Portanto, urge compreender a personalidade humana além da mera capacidade de ser sujeito de direitos, reconhecendo-a como valor ético fundante do sistema jurídico, segundo escreve Rafael Garcia Rodrigues³⁹⁵:

Há que ser entendida a personalidade em suas duas expressões ou sentidos. A primeira, da qual decorre a possibilidade de ser sujeito de direito e obrigações, conferida não apenas aos homens mas, também, de acordo com técnica legislativa, às empresas, associações, fundações, enfim, aos agrupamentos de indivíduos aos quais o direito confere personalidade (pessoas jurídicas). É importante frisar, desde logo, que personalidade não poderia confundir-se com mera possibilidade de ser sujeito de direito, pois assim estaríamos a assemelhar e a admitir tutela das pessoas naturais (o ser humano) sob o mesmo plano valorativo daquela a ser conferida às pessoas jurídicas, o que é de todo inadmissível. O segundo sentido de personalidade se associa à expressão do ser humano, traduzido como valor objetivo, interesse central do ordenamento e bem juridicamente relevante. Trata-se do reconhecimento da personalidade como valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana e da consideração pelo direito civil do ser humano em sua complexidade. Logo, podemos afirmar que a personalidade não se resume à possibilidade de ser titular de direitos e obrigações, ou seja, ao conceito abstrato de pessoa próprio do ideário oitocentista, importando no reconhecimento de direitos que tocam somente ao ser humano, expressão de sua própria existência.

Eroulths Cortiano Júnior ainda destaca uma questão crucial para o resgate na pessoa concreta pelo sistema jurídico, ao afirmar que “a noção de pessoa não é construída pelo ordenamento, mas é recebida. Ao recebê-la (a noção de pessoa), o direito o faz com toda a carga valorativa de que ela é dotada, e não pode diminuir ou represar este valor.”³⁹⁶

No mesmo sentido, Fachin apela ao reconhecimento da necessidade de centralização do sistema jurídico na pessoa concreta³⁹⁷, pondo-se em segundo

³⁹⁴ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*, p. 32 e 33.

³⁹⁵ RODRIGUES, Rafael Garcia Rodrigues. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*, p. 02 e 03.

³⁹⁶ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*, p. 45.

³⁹⁷ Igual preocupação é demonstrada por ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 60: “Dessa compreensão constitucionalizada do ordenamento jurídico, ascende o

plano a preocupação meramente patrimonialista. Nas palavras do referido autor, “relevantes, portanto, as tentativas de, invertendo o *locus* das preocupações do Direito, centrá-las na pessoa concreta, abandonando a postura patrimonialista vigente. Tal concretude supõe a vida social e suas respectivas necessidades, não apenas o indivíduo isoladamente considerado, sem embargo da proteção ineliminável da subjetividade.”³⁹⁸

Assim sendo, o primeiro passo para uma revisão do contrato de trabalho consiste em reconhecer a inaptidão dos modelos abstratos, buscando, em seu lugar, a existência de um sujeito concreto³⁹⁹, frágil ante o sistema, necessitado de reconhecimento enquanto pessoa humana, digna e igual.⁴⁰⁰ Mas não basta apenas isto, é preciso também assumir a responsabilidade de cada um pelo outro⁴⁰¹, excluído do sistema e das proteções jurídicas, compreendendo que os vínculos de solidariedade exigem a realização de esforço pessoal na re-inserção da vítima na sociedade justa, como destaca Enrique Dussel⁴⁰²:

Além disso, deve-se ter consciência de que é necessário reconhecer cada “participante” como um sujeito ético distinto (não só igual), como outro que o sistema auto-referente (...). Porque “respeitar” a dignidade e “re-conhecer” o sujeito ético do

sujeito enquanto ser humano ao centro protetivo do Direito – por força do conteúdo axiológico concretizado nas normas que o integram –, retomando-se a necessária instrumentalidade social perdida na virtualização da pessoa (...).”

³⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 314.

³⁹⁹ RODRIGUES, Rafael Garcia Rodrigues. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*, p. 30 e 31: “O Homem de ‘carne e osso’ constitui o centro de preocupações do Direito Civil e de todo o ordenamento jurídico. O desenvolvimento da personalidade humana e de todas as suas potencialidades é função promocional que deve ser abraçada pelo civilista do século XXI. (...) Tal postura implica a ruptura com o conceito formal de pessoa da pandectística, em prol do ser humano em si mesmo considerado, ou seja, além de repensar a noção de pessoa, faz-se necessário voltar todo o ordenamento privatístico em torno do Homem, da sua realização, do desenvolvimento de sua personalidade; a pessoa em concreto passa a ser, não de forma retórica, o centro do ordenamento.”

⁴⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 314: “Recolocando-se o sujeito no cerne das relações jurídicas, há duas conclusões necessárias: a valoração ética dos comportamentos, e a impossibilidade de se estabelecer uma disciplina jurídica fechada para essa valoração. Percebe-se, então, porque o Direito, hoje, se abre para uma retomada da boa-fé.”

⁴⁰¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 529: “Na vítima, dominada pelo sistema ou excluída, a subjetividade humana concreta, empírica, viva, se revela, aparece como ‘interpelação’ em última instância: é o sujeito que já não-pode-viver e grita de dor. É a interpelação daquele que exclama ‘Tenho fome! Dê-me de comer, por favor!’ É a vulnerabilidade da corporalidade sofredora – que o *ego*-alma não pode captar em sua subjetividade imaterial ou imortal – feita ferida aberta última não cicatrizável. A não resposta a esta interpelação é morte para a vítima: é para ela deixar de ser sujeito em seu sentido radical – sem metáfora possível -: morrer. (...) O outro é a vítima possível e causada por minha ação funcional no sistema. Eu sou responsável.”

⁴⁰² DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 418.

novo outro (como autônomo, também de um possível “dissenso” como distinto) é o ato ético originário racional prático *kat'exokhén*, pois é “dar lugar ao outro” para que intervenha na argumentação não só como igual, com direitos vigentes, mas como livre, como outro, como sujeito de novos direitos.

Continuando nas lições de Dussel⁴⁰³, deve-se reconhecer em cada sujeito concreto, seja enquanto vítima (excluído) ou solidário (que reconhece ao outro como pessoa humana e digna), a possibilidade de construção ética:

Cada sujeito ético da vida cotidiana, cada indivíduo concreto em todo o seu agir, já é um sujeito possível da práxis de libertação, enquanto como vítima ou solidário com a vítima fundamentar normas, realizar ações, organizar instituições ou transformar sistemas de eticidade. (...) O “sujeito” da vida humana (desde o “corpo próprio” vivo), no re-conhecimento solidário do outro, da comunidade, é o critério de verdade e validade insubstituível da ética como sujeito vivo.

Como se observa, o novo sujeito trabalhador se constrói nas relações sociais, considerando a contextualização das pessoas e não em modelos pré-concebidos, como frios moldes esculpidos em uma legislação imutável.⁴⁰⁴ Nas palavras de Fachin, “sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano do seu conteúdo, bem como suas projeções concretas.”⁴⁰⁵ Assim, o novo sujeito de direito, para o referido autor, seria “alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende habitação) e sobrevivência.”⁴⁰⁶

Com isto, conclui-se desde logo que a tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito, no seu exclusivo interesse, mas sim aos fins sociais, com forte carga de solidariedade. Ademais, o

⁴⁰³ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 519 e 520.

⁴⁰⁴ ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 92 e 93: “Uma pessoa, ao contrário do sentido virtualizado clássico, somente pode ser entendida como tal, em seu contexto socializado e inter-relacional de inserção social, resguardadas e sujeitas a relativização pelo interesse coletivo ou segmentação social (...). Sem a compreensão do todo, é impossível a compreensão do individual e vice-versa.”

⁴⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 189.

⁴⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 189.

sujeito concreto não pode mais ser entendido fora da comunidade na qual vive, pois tem como função construir uma comunidade mais justa e solidária, torna-se, assim, o meio a para sua realização.

Não se pode imaginar, contudo, que basta tal reconhecimento para se proceder à verdadeira revolução no direito posto. Pelo contrário, pois o importante no momento é apenas reconhecer o obstáculo e estudar o início de uma nova trajetória. Nas palavras de Fachin, “esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil.”⁴⁰⁷

1.4. OXIGENANDO OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONTRATO DE TRABALHO

Um novo pensar do contrato de trabalho não é possível sem arejar suas bases e elementos constitutivos. Contudo, não se trata de processo simples nem imediato, pois exigiria reavaliar muitas das categorias fundantes do direito individual do trabalho, o que não seria possível fazer-se num espaço limitado com é a presente pesquisa acadêmica. Mas isto não impede questionar alguns aspectos que desde logo se mostram desajustados ao papel social que o contrato de trabalho desempenha e às novas imposições trazidas pelo ordenamento jurídico-constitucional vigente.

Como já destacado em páginas anteriores, a noção de sujeito de direito pode representar uma forma de exclusão, na medida que escolhe quem atravessará os umbrais do direito.⁴⁰⁸ Portanto, somente existirá direito socialmente adequado quando se reconhecer que o centro do sistema jurídico é a pessoa humana concreta situada num espaço social, afastando-se as soluções jurídicas abstracionistas.

No direito do trabalho esta exclusão é procedida através de medidas fraudulentas no intuito de mascarar a existência de um contrato de trabalho, e, por consequência, a aplicação do regime jurídico laboral. Os artifícios utilizados são

⁴⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 179.

⁴⁰⁸ Neste sentido, remetem-se às lições de Fachin, nas obras *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo* e *Teoria Crítica do Direito Civil*.

inúmeros e em sua maioria bem conhecidos pela doutrina e jurisprudência.⁴⁰⁹ Não obstante, percebe-se uma insistência na sustentação de requisitos teóricos e abstratos como indispensáveis ao reconhecimento de uma relação de emprego.

Desta forma, limitando-se apenas aos elementos fático-jurídicos constitutivos do contrato de trabalho, analisados ao final do capítulo anterior, conclui-se ser insustentável a exigência de configuração da personalidade, habitualidade e subordinação nos moldes genéricos e abstratos fixados pelo artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

A personalidade precisa ser analisada com maior profundidade no caso concreto que se apresenta ao direito, procurando a existência deste trabalho pessoal por trás de qualquer vestimenta jurídica que se apresente sobre o mesmo. Usualmente vislumbra-se a pronta transformação de um trabalhador individual em empresário, através da constituição de uma pessoa jurídica prestadora de serviços. Porém, apesar de formalmente o serviço ser prestado por uma empresa, a realidade concreta demonstra que tal pessoa jurídica muitas vezes é constituída pelo próprio trabalhador, o qual continua trabalhando pessoalmente, sem se fazer substituir.

Não se trata de fenômeno recente, pois em obra publicada no ano de 1987, Marçal Justen Filho⁴¹⁰ já alertava para este procedimento:

Também é seriada a desconsideração no caso de “pessoa jurídica empregada”. Desconsidera-se a eficácia da pessoa jurídica intermediária para, no tocante à relação de trabalho, considerar diretamente a pessoa física do empregado perante a pessoa (física ou jurídica) do beneficiário da atividade. Restringe-se a incidência da desconsideração a esse ângulo do fenômeno jurídico. (...) Já no caso da pessoa jurídica “empregada”, a desconsideração apresenta-se, sob certo ângulo, como total (máxima). É que o direito do trabalho ignora a pessoa jurídica “empregada” e considera diretamente a pessoa jurídica beneficiária da prestação do serviço. Portanto, os efeitos jurídicos da relação empregatícia recaem sobre o empregado e a pessoa jurídica a quem ele presta seu trabalho, tal como se inexistisse a pessoa jurídica intermediária.

⁴⁰⁹ Citam-se apenas exemplificativamente: transformação de trabalhadores pessoais em pessoas jurídicas (fenômeno chamado jocosamente de *pejotismo*); formalizações de contratos civis de prestação de serviços, cooperativas de mão-de-obra, terceirizações, etc.

⁴¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*, p. 105.

É surpreendente a atualidade das lições ministradas por Marçal Justen Filho, pois embora se remetam a quase vinte anos atrás elas retratam uma situação fática que hoje em dia é cada vez mais comum. Saliente-se que a desconsideração da personalidade jurídica da chamada “pessoa jurídica empregada” – reconhecendo-se a pessoa do trabalhador havida por trás da formalidade – indicada pelo referido autor parte do pressuposto de que os direitos trabalhistas não podem ser sacrificados por abusos praticados no comércio jurídico.⁴¹¹

No mesmo sentido, Dallegrave Neto destaca que a tendência atual é estender o princípio da tutela ao trabalho a todas as relações de trabalho prestadas por pessoa física ou mesmo paraempresas que são formalmente pessoas jurídicas, mas materialmente entes unipessoais que prestam serviços *intuito personae*.⁴¹²

Assim, impõe-se a necessidade de repensar o critério da pessoalidade, enquanto elemento integrante do contrato de trabalho, procurando aproximá-lo da realidade concreta que se apresenta ao direito, pois somente assim se atenderá ao apelo de ampliação do ingresso da pessoa trabalhadora no universo jurídico laboral.

O mesmo se diga da habitualidade, visto que seu reconhecimento no mundo dos fatos não permite a adoção de critérios apriorísticos de fixação. A análise da prestação de serviços, sobre a qual se questiona pretensa natureza empregatícia, deve ser pautada pela boa-fé objetiva, depreendida da conduta das partes. Assim, se a prestação de serviços insere-se na atividade empresarial do tomador e ainda foi realizada com a expectativa de retorno, conclui-se que a exigência legal da não-eventualidade já estará satisfeita.

A reanálise dos elementos do contrato de trabalho também deve passar pela subordinação. O conceito de subordinação jurídica não pode continuar atrelado à idéia de dependência hierárquica, com obediência a ordens e preceitos emanados do empregador, o que se denomina de subordinação subjetiva. O contrato de

⁴¹¹ Nas palavras do próprio autor JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*, p. 106: “Pode-se reconhecer, assim, que o pressuposto da desconsideração da pessoa jurídica, no direito do trabalho, é o abuso. Entende-se abusiva a utilização da pessoa jurídica sempre que o respeito aos efeitos do regime correspondente signifique o sacrifício de um direito ou de uma faculdade assegurada pelo direito do trabalho ao trabalhador.”

⁴¹² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil do Direito do Trabalho*, p. 31.

trabalho adequado a cumprir sua função social⁴¹³ exige a consideração de outros elementos na construção da figura jurídica da subordinação, como a alteridade e a assunção de riscos.

Neste sentido, vale resgatar as lições da doutrina espanhola⁴¹⁴ ao vincular a subordinação à noção de alteridade, configurada no trabalho prestado por conta alheia. A responsabilidade pelo risco decorrente do serviço também é um critério que auxilia no reconhecimento de subordinação das relações de trabalho, como destaca Dallegrave Neto⁴¹⁵:

Por último, cabe consignar que a averiguação de quem cabe o *risco do resultado* é um critério eficiente para identificar a relação de emprego. A propósito *Santoro-Passarelli* assevera: se o empresário suporta o risco do resultado do trabalho e genericamente o risco de toda a atividade econômica organizada, o trabalho não pode ser outro senão subordinado. (...) Registre-se que a dependência hierárquica não chega a desaparecer, porém deixa de ser elemento indispensável para identificar a relação de emprego, podendo ser presumida da mera inserção da atividade do obreiro na atividade essencial da empresa.

Estes elementos auxiliam na definição dos contornos do que modernamente se vem denominando de subordinação objetiva, cujo conceito é definido de forma precisa por Aldacy Rachid Coutinho, quando esclarece que 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.⁴¹⁶

Para seu reconhecimento, a boa-fé objetiva configura-se como um importante instrumento, pois o fato do trabalho prestado ser essencial à atividade econômica do tomador, “indica a existência de subordinação jurídica objetiva, independentemente

⁴¹³ Os reflexos da função social do contrato de trabalho sobre a subordinação foram observados em DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 263: “Nesta medida, é imprescindível, então, que a subordinação se ajuste à função social do contrato de trabalho, revelando-se não como um poder sobre a pessoa do empregado, mas apenas um comando sobre o objeto do contrato, e ainda assim sem deixar de respeitar a dignidade do trabalhador.”

⁴¹⁴ OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*, p. 16.

⁴¹⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 66.

⁴¹⁶ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Subordinação Jurídica*, p. 04.

de as partes haverem declarado a existência de trabalho autônomo, ou de não existir subordinação jurídica subjetiva.”⁴¹⁷ Assim, com fundamento na função hermenêutica da boa-fé, que será analisada na seqüência do presente trabalho, pode-se verificar se determinada situação fática configura-se como um contrato de trabalho, ainda que inexistam o cumprimento de ordens, aferindo os demais requisitos do contrato de trabalho de acordo com as finalidades desta relação jurídica e com seu nítido caráter social.⁴¹⁸

A combinação destas inflexões impostas pela boa-fé e função social do contrato permite repensar o contrato de trabalho, dando-lhe uma configuração jurídica mais adequada ao seu potencial emancipatório e dignificante do sujeito trabalhador, como conclui com maestria Aldacy Rachid Coutinho⁴¹⁹:

Por certo, contrato não mais é o acordo de vontades do qual nasce, se modifica ou se extingue uma relação jurídica. Contrato é a relação da vida juridicizada que se estabelece pelo comportamento dos sujeitos, de natureza complexa – envolvendo direitos fundamentais, da personalidade e direitos de crédito – e desenvolvendo em uma perspectiva socialmente funcionalista, já que o direito não está para assegurar e garantir a exploração e o egoísmo, mas a justiça social e distribuição de riquezas.

⁴¹⁷ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 184.

⁴¹⁸ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 185: “Constata-se, portanto, que a função hermenêutica-integrativa é de fundamental importância para a caracterização da subordinação jurídica objetiva, devendo-se investigar caso a caso, atuando a boa-fé como fluxo dos princípios constitucionais.”

⁴¹⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil*, p. 84.

2. FUNÇÃO SOCIAL

Como já visto ao longo do presente estudo, no sistema jurídico clássico 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 então vigente, pois a propriedade e a liberdade de contratar eram direitos absolutos, inerentes à subjetividade do indivíduo.

Este panorama teórico modificou-se gradualmente ao longo do século XX, intensificando-se nas Constituições sociais do pós-segunda guerra.⁴²⁰ No Brasil, por conta dos percalços políticos havidos até meados da década de oitenta, o grande impacto apenas foi sentido com a Constituição da 1988.

O texto constitucional, 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.⁴²¹ Este fenômeno tornou-se ainda mais concreto com o novo Código Civil, cujo artigo 421 vincula a liberdade contratual ao cumprimento da função social do contrato. Para Paulo Netto Lobo, “o princípio da função social é a mais importante inovação⁴²² do direito contratual comum brasileiro e, talvez, de todo o novo Código Civil.”⁴²³

Apenas esclareça-se, desde logo, que não foi a previsão expressa no atual Código Civil que “criou” a noção de função social dos contratos, pois é anterior ao mesmo na medida em que é inerente ao próprio instituto jurídico. Contudo, sua positivação, através de um artigo legal específico, auxilia na concretização do que

⁴²⁰ LÔBO, Paulo Netto. *Princípios Contratuais*, p. 13: “As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado liberal.

⁴²¹ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós- Moderno*, p. 217: “Funcionalizar, na perspectiva da Carta de 1988, significa oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência.”

⁴²² Esta potencialidade positiva reconhecida ao instituto da função social da propriedade não é reconhecida sem reservas por parcela da doutrina, a qual a identifica com um risco à segurança jurídica. Neste sentido, vide GOGLIANO, Daisy. *A Função Social do Contrato (Causa ou Motivo)*, p. 70: “Facilmente a decantada função social pode tornar-se impregnada de ideologia, quando em nome dela, o aplicador do Direito, segundo a sua concepção subjetiva, buscará um motivo para arrancar o contrato de seu equilíbrio natural. E, a justiça contratual será sepultada, no momento em que a função ficar à mercê de mecanismos político-institucionais.”

⁴²³ LÔBO, Paulo Netto. *Princípios Contratuais*, p. 17.

antes era apenas uma noção abstrata. Neste sentido, Fernando Noronha⁴²⁴ já reconhecia esta relação de antecedência, senão vejamos:

Nem a função social do contrato é descoberta do Projeto, nem é privativa dos contratos; todo direito tem uma função social, que dispensa referência expressa. Aliás, neste século XX, são as próprias Constituições que fazem questão de referir a função social dos direitos, em especial do direito de propriedade – e, como diz o Prof. Miguel Reale, “o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica.”

O ordenamento jurídico atual demonstra sua feição nitidamente solidarista⁴²⁵, ao estabelecer como fundamentos da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, busca do pleno emprego e redução das desigualdades sociais, na tentativa de atingir uma melhor justiça social.⁴²⁶ Fachin ressalta que a “valorização da solidariedade traz a socialização do direito, sendo que esse processo carrega em si a idéia de função social inerente à estrutura das instituições jurídicas – em especial a propriedade, que é funcionalizada ao interesse social.”⁴²⁷

Portanto, o exercício das liberdades e direitos individuais assegurados pelo próprio sistema jurídico somente é reconhecido como legítimo quando adequado a

⁴²⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 83.

⁴²⁵ A solidariedade é aqui entendida como elemento de legitimidade, como princípio jurídico-político a atuar como contrapeso do instinto egoísta, como expressa LUCAS, Javier de. *El Concepto de Solidaridad*, p. 29: “entiendo la solidaridad como conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento. (...) Por esa razón no considero posible defender la validez de la solidaridad como tal principio jurídico político si ésta no significa otra cosa que asumir los intereses del otro como propios.”

⁴²⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 81: “Como veremos, o interesse fundamental da questão da *função social* está em despertar a atenção para o fato de que a *liberdade* contratual não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniquidades, atentatórias de valores de *justiça*, que igualmente têm peso social.”

⁴²⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 50.

sua destinação social.⁴²⁸ Desta forma os homens, justamente por se encontrarem inseridos numa sociedade, devem proceder a tal exercício dentro dos limites impostos pelos direitos dos demais, sendo que eventual conflito de interesses individuais, será o interesse social que pontuará a solução. Nas palavras de Fachin, “a idéia de interesse social corresponde ao início da distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também correspondem deveres.”⁴²⁹

Contudo, a mudança de rumo trazida pelas novas legislações implica grande dificuldade teórica para os operadores do direito, visto que conceitos como a função social e boa-fé ainda não se encontram plenamente entendidos.

O problema em se compreender o significado da funcionalização dos institutos jurídicos decorre da profunda incrustação da concepção estrutural e científica do direito, segundo a qual a ciência jurídica não deve preocupar-se com as funções que venha a desempenhar na sociedade, visto que tal análise funcional encontra-se no campo de pesquisa da sociologia e filosofia.⁴³⁰

Não obstante tal pensamento consolidado, a própria legislação positivada nas últimas décadas vem exigindo a utilização de ferramentas teóricas fornecidas pelas ciências sociais, enquanto mecanismo de compreensão e aplicação do direito. Porém, considerando a deficiência de formação social dos operadores jurídicos, pode-se vislumbrar o desafio que se põe perante os mesmos, com a operacionalização de conceitos como os de função social e boa-fé.

Ademais a alteração legislativa é bastante recente, em vigor a pouco mais de dois anos, razão pela qual se conclui que doutrina e jurisprudência estão dando os primeiros passos na construção do conteúdo e limites destes conceitos jurídicos ainda indeterminados.

⁴²⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 83: “Mesmo os direitos subjetivos de finalidade egoística, como são todos os direitos de crédito (entre os quais se inserem os resultantes de contratos), são reconhecidos, como qualquer outro direito, tendo em vista não só a realização dos interesses do respectivo titular, como também a realização de finalidades sociais: toda norma jurídica, afinal, visa ‘fins sociais’ e atende ‘exigências do bem comum’, como ficou expresso no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.”

⁴²⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 289.

⁴³⁰ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 15: “Mais grave ainda, anotou Rodotà, é considerar a tarefa do jurista apartada das ciências sociais, cabendo-lhe tão-somente racionalizar o conjunto de transformações ocorridas na sociedade, cuja análise, no entanto, estaria a cargo dos historiadores, filósofos, economistas e sociólogos. Em imagem eloqüente, projetou-se a figura de um legislador que apenas chancela as transformações sociais, sem protagonizá-las: nada além de um *tabelião da história*.”

A formação dos consensos preliminares em torno da função social dos contratos aponta para a necessidade de perquirir os efeitos produzidos por determinada pactuação além dos limites das partes, bem como além dos aspectos apenas jurídicos decorrentes do contrato. Ao abordar a referência ao termo função social, Francisco Amaral⁴³¹ conclui:

(...) a referência à função social ou econômico-social de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica, neste caso a autonomia privada e seu instrumento de realização, o negócio jurídico, significa a aproximação do direito com as demais ciências sociais, como a sociologia, a economia, a ciência política, antropologia, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea coloca ao jurista, considerado não mais como a figura tradicional de cultor do direito privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características civilísticas, mas atento à realidade do seu tempo, a exigir-lhe uma postura crítica em prol de uma ordem mais justa na sociedade.

Desta forma, uma primeira divagação sobre o tema concluiria que a função social de um instituto jurídico significa a preocupação com a sua eficácia social.⁴³² Para o referido civilista, “função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades de ordem econômica. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico e coletivo.”⁴³³

Em razão desta finalidade coletiva, a função social pode ser considerada como a mais importante cláusula geral do sistema privado, que não se encontra prevista no ordenamento jurídico para colidir ou tornar ineficazes os direitos subjetivos, mas destinada apenas orientar o respectivo exercício destes direitos conforme as premissas do bem comum e da justiça social. Por isto a função social, tanto da propriedade quanto do contrato, somente pode ser apreciada em concreto.

⁴³¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, p. 356.

⁴³² A eficácia social não decorre apenas de um puro reconhecimento, pois impõe ainda a necessidade de um comportamento ativo, como destaca LUCAS, Javier de. *El Concepto de Solidaridad*, p. 32: “Decimos que se trata de una exigencia de la solidaridad porque ésta es algo más que la mera constatación de la necesidad del otro: exige un comportamiento positivo en cuanto a la valoración ética de la relación con los demás.”

⁴³³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, p. 357.

O seu enquadramento enquanto cláusula geral é adequado às necessidades de oxigenação do sistema jurídico com elementos éticos e sociais, como bem destaca Fachin⁴³⁴:

[Cláusulas gerais] têm por finalidade trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado válvula para exigências ético-sociais. Esta pode ser compreendida, em um primeiro plano, como incorporada no âmbito dos comportamentos jurídicos. A sua valorização ética é, por isso mesmo, uma valoração positiva. Em um segundo momento, todavia, pode-se constatar criticamente que, sendo os comportamentos jurídicos informados por aquela válvula ético-social, a ética de que se trata é a dos valores daquele dado momento. Essa conduta é histórica e não transcende seu conteúdo.

No mesmo sentido, Ricardo Aronne também sustenta a caracterização da função social enquanto cláusula geral ao afirmar que “o princípio da função social perfaz uma cláusula geral de instrumentalidade do patrimônio à sociedade no qual integra. Por via de tal princípio, os valores do sistema social de inserção do respectivo bem adentram o sistema jurídico para nele se hierarquizarem topicamente.”⁴³⁵

Do exposto, tem-se que acertada a conclusão de Francisco Amaral ao destacar que “o direito é, assim, chamado a exercer uma função corretora e de equilíbrio dos interesses dos vários setores da sociedade, para o que limita, em maior ou menor grau de intensidade, o poder do sujeito, mas sem desconsiderá-lo, já que ele é, em última análise, o substrato político jurídico do sistema em vigor nas sociedades democráticas e desenvolvidas.”⁴³⁶

Objetivando reduzir a complexidade existente na compreensão de uma categoria jurídica nova e para a qual os operadores do direito ainda não se encontram em condições de manejar habilmente as ferramentas teóricas disponíveis, entende-se como válida a tentativa de iniciar os estudos da função social do contrato, e principalmente do contrato de trabalho, a partir da análise das conclusões já alcançadas no campo da função social da propriedade.

⁴³⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 304.

⁴³⁵ ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 123.

⁴³⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, p. 359.

2.1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EMPRESA

Os conceitos de função social da propriedade e função social dos contratos encontram-se indissoluvelmente vinculados, o que exige uma análise conjunta de ambos. De um lado a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, já que este é o instrumento que a faz circular. Por outro, a função social do contrato tem como fundamento de validade a norma constitucional da função social da propriedade, contida no artigo 170, inciso III da Carta Magna de 1988, segundo a qual o exercício do direito de propriedade deverá respeitar a justiça social e os direitos individuais e sociais também esculpidos no texto constitucional.

A funcionalização da propriedade⁴³⁷ é o marco teórico da profunda alteração jurídica trazida pela Constituição Federal, pois rompe com o ideário de propriedade absoluta⁴³⁸ que caracterizava o direito liberal do Código Civil de 1916, “transformando a propriedade capitalista, sem socializá-la.”⁴³⁹

Assim, para Tepedino, “a propriedade, todavia, na forma em que foi concebida pelo Código Civil, simplesmente desapareceu no sistema constitucional brasileiro, a partir de 1988. A substituição da idéia de aproveitamento⁴⁴⁰ pelo conceito de função de caráter social provoca uma linha de ruptura.”⁴⁴¹

⁴³⁷ LUCAS, Javier de. *El Concepto de Solidaridad*, p. 30: “La solidaridad aparece así como fundamento de la redefinición de la propiedad (la famosa y caricaturizada función social), del deber de contribuir a las cargas públicas (y a su sostenimiento), o de otros deberes de los individuos hacia la comunidad (...).”

⁴³⁸ A não subsistência da propriedade como um direito absoluto é bem observada em ARRUDA, Kátia Magalhães. *A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana*, p. 315: “Ocorre que, sendo a propriedade privada um direito subjetivo constitucionalmente garantido, há de se concluir que a antiga característica de direito absoluto, na qual o proprietário poderia livremente usar e dispor ao seu prazer individual, já não mais pode prevalecer, vez que ao impor direitos, a ordem jurídica também impõe deveres; portanto, o proprietário, seja urbano, seja rural, tem o direito de dispor de sua propriedade desde que atendendo a sua função social.” No mesmo sentido, vide MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 351: “Se a esta não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo, correlatamente ao contrato também inflete o cometimento – ou o reconhecimento – de desempenhar função que transpassa a esfera dos meros interesses individuais.”

⁴³⁹ BERCOVICI, Gilberto. *O direito de propriedade e a Constituição de 1988: algumas considerações críticas*, p. 69.

⁴⁴⁰ A função clássica da propriedade limitava-se à esfera econômica, sendo tal o posicionamento que a função social procura combater. A respeito do papel econômico da propriedade, vide MATTEI, Ugo. *Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade*, p. 104 e 105: “(...) sobre a função da propriedade responde-se que ela serve para garantir e formalizar juridicamente e a baixo custo a divisão entre classes sociais (...). O direito de propriedade serve para fundar estruturalmente o mercado. Ele é o sistema institucional mais simples e econômico para garantir o funcionamento do mercado.”

⁴⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*, p. 315.

Desta forma, somente é protegida com a tutela constitucional a propriedade que cumpre sua função social⁴⁴², e, nas palavras de Ricardo Aronne, “uma propriedade somente pode ser vista como tal, à luz do todo, tanto no âmbito proprietário como não proprietário.”⁴⁴³

A formatação jurídica atribuída a este instituto impõe que a propriedade cumpra uma função na coletividade.⁴⁴⁴ Nas palavras de Kátia Magalhães Arruda, “a propriedade deve servir ao bem geral; portanto, não só os direitos daí inerentes como os deveres devem ser adequados para o alcance do equilíbrio na coletividade.”⁴⁴⁵ Portanto, o proprietário, assim reconhecido juridicamente, não tem apenas direitos mas também possui deveres para com a sociedade, “de tal modo que o conteúdo da propriedade há de configurar-se atendendo o interesse público, ou da ordem econômica e financeira.”⁴⁴⁶

Como se observa, somente é reconhecida à propriedade a condição de direito fundamental, com as proteções jurídicas daí decorrentes, quando a mesma satisfaz esta exigência ético-social, com bem explica André Osório Gondinho⁴⁴⁷:

⁴⁴² BERCOVICI, Gilberto. *O direito de propriedade e a Constituição de 1988: algumas considerações críticas*, p. 75: “O descumprimento da função social, portanto, exclui a concessão de garantias ao proprietário que não estejam previstas ou autorizadas pelo texto constitucional. A propriedade que não cumpre com sua função social perde também a proteção possessória, ou seja, a Constituição de 1988 tornou inviável, constitucionalmente, a concessão de reintegração de posse por liminar judicial nestes casos.”

⁴⁴³ ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 93. No mesmo sentido TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade - o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição*, p. 76: “Ora, se as considerações acima desenvolvidas são verdadeiras – e o Texto Maior não permite outra conclusão – o *pressuposto* para a tutela de uma situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que por sua vez, tem *conteúdo pré-determinado*, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários.”

⁴⁴⁴ A conceituação de função social da propriedade, na doutrina portuguesa, é bem esboçada por ABREU, Jorge Manuel Coutinho. *Do Abuso de Direito. Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, p. 33: “hodiernamente, são sobretudo as ideias de relações sociais mais justas, de igualdade real, de aumento e distribuição mais equitativa da riqueza socialmente útil que consubstanciam a função social da propriedade.” Na doutrina pátria, a noção do conteúdo da função social da propriedade pode ser extraída de VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. *A Função Social da Propriedade no Novo Código Civil*, p. 50: “A função social se manifesta sobre o tríptico aspecto de 1) privação de determinadas faculdades, 2) a criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes e, 3) a obrigação de exercer certos direitos elementares de domínio.”

⁴⁴⁵ ARRUDA, Kátia Magalhães. *A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana*, p. 316.

⁴⁴⁶ VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. *A Função Social da Propriedade no Novo Código Civil*, p. 49.

⁴⁴⁷ GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*, p. 412 e 413.

A inserção da função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais significa que a mesma foi considerada pelo constituinte como *regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. É interessante notar que a Constituição reservou à função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo. Assim, a Constituição garante o direito de propriedade desde que vinculado ao exercício de sua função social.*

O reconhecimento da propriedade legítima somente quando atendida sua função social significa que esta não surge no texto constitucional como simples limites ao exercício do direito de propriedade, mas sim como princípio básico incidente no conteúdo⁴⁴⁸ do próprio direito proprietário, enquanto parte integrante de sua estrutura. Portanto, não se pode compreender a própria noção de propriedade sem uma função social.⁴⁴⁹

Esta compreensão da função social da propriedade aplica-se também à empresa, visto que a mesma “é uma das unidades econômicas mais importantes no hodierno sistema capitalismo.”⁴⁵⁰ A relação entre função social da propriedade e função social da empresa é traçada primorosamente por Eros Roberto Grau⁴⁵¹:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de não o *exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – *prestação de fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade.

⁴⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*, p. 17: “A função social relaciona-se com o *uso* da propriedade, alterando, por conseguinte, alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o seu exercício.”

⁴⁴⁹ GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*, p. 419: “A função social não é apenas mais um limite do direito de propriedade. Isto porque *limite é o instrumento com o qual o interesse público ou privado circunscreve um direito, sacrificando a sua extensão ou determinando o seu conteúdo*. Tradicionalmente, a noção de limite é negativa, voltada a comprimir os poderes do titular do direito atingido, nunca apta a promover os valores fundamentais do ordenamento, missão primeira da função social.”

⁴⁵⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 269.

⁴⁵¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 269, citado por DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 269.

Este reflexo possui fundamental importância no direito trabalho, pois a identificação do empregador com a noção de empresa, assegurada pelo próprio artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁵², implica irrefutavelmente a exigência de cumprimento de sua função social.⁴⁵³ Portanto, a empresa, aqui compreendida como concretização da iniciativa privada, somente receberá tutela jurídica quando atuar em favor de seus empregados, valorizando o trabalho humano⁴⁵⁴, respeitando o meio ambiente e o mercado de consumo.

2.2. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A função social dos contratos oferece-se como um desafio aos operadores do direito, na medida em que o Código Civil atual previu expressamente, em seu artigo 421, a exigência do seu cumprimento enquanto requisito de reconhecimento da liberdade contratual.⁴⁵⁵

Não há dúvidas de que se trata de novo pressuposto contratual, cuja aplicação imediata vem se tornando grande preocupação aos juristas, na medida que a legislação não define o que seria a referida função social do contrato, qual seu papel no sistema jurídico, bem como também não estabeleceu quais as consequências nos casos e descumprimento desde preceito. Portanto, a formatação

⁴⁵² “Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

⁴⁵³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 271: “A identidade do empregador com a figura da *empresa* atrai, de forma sintomática, todo o arcabouço constitucional do art. 170, mormente para a esfera dos contratos de trabalho, reforçando, pois, nesta seara, a aplicação do solidarismo constitucional e seu quadro axiológico, máxime a função social da propriedade (art. 170, III).”

⁴⁵⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 269 e 270: “Em tempos de desemprego estrutural, a função social da empresa é também representada pelo cumprimento integral dos direitos trabalhistas (art. 7º, da CF) e pela política de geração de pleno emprego (art. 170, VIII, da CF), procurando evitar, na medida do possível, a substituição do trabalhador pelos agentes de automação (art. 7º, XXVII, da CF).”

⁴⁵⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação, Função Social do Contrato, Boa-Fé Objetiva, Teoria da Imprevisão e em Especial Onerosidade Excessiva*, p. 09: “O novo Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que a liberdade contratual (embora se refira equivocadamente à liberdade de contratar) deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

deste conceito jurídico indeterminado dependerá do esforço despendido pela doutrina e jurisprudência.

Inicialmente, considerando os avanços já obtidos na compreensão da função social da propriedade, pode-se afirmar que um contrato funcionalizado significa que o reconhecimento do poder de autoregulação das partes contratantes condiciona-se à utilidade social que tal pactuação possa representar, com vistas ao bem comum e à igualdade material para todos.⁴⁵⁶

Assim, a referida função social do contrato consiste na tentativa de compatibilizar o mercado econômico com a ordem social, de modo que o contrato deve ser funcional, voltado à realização de valores que não sejam exclusivamente patrimoniais e individuais, mas também sociais, em prol da coletividade. Rodrigo Toscano de Brito esclarece que o “traço característico, portanto, da função social do contrato, diante da teoria contratual, é a busca do equilíbrio entre a liberdade de contratar e os limites do interesse geral, de forma que não haja desequilíbrio nas relações contratuais.”⁴⁵⁷

Segundo Cláudia Lima Marques⁴⁵⁸, “a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.” No mesmo sentido são as palavras de Paulo Netto Lobo⁴⁵⁹:

A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato. Enquanto

⁴⁵⁶ LÔBO, Paulo Netto. *Princípios Contratuais*, p. 15: “O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles pois os interesses sociais são prevaletentes.”

⁴⁵⁷ BRITO, Rodrigo Toscano de. *Função Social dos Contratos com Princípio Orientador na Interpretação das Arras*, p. 373.

⁴⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 101.

⁴⁵⁹ LÔBO, Paulo Netto. *Princípios Contratuais*, p. 16:

houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato.

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.⁴⁶⁰ 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.

Para o referido autor, a solidariedade social acaba condicionando a autonomia privada e a liberdade contratual, mas não sob a forma de limitação e sim como remodelação dos elementos do contrato.⁴⁶¹ Então, 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.

E como já visto, a idéia da função social do contrato está intrinsecamente vinculada à função social da propriedade, alçada a nível constitucional.⁴⁶² Esta vinculação ocorre porque não se pode dissociar a idéia de propriedade da noção de contrato já que é através deste instrumento jurídico que se procede a regularização e instrumentalização da propriedade.

Considerando justamente a indeterminação do conteúdo e conceito desta funcionalização dos contratos, tem-se como válida a proposta de Paulo Nalin que

⁴⁶⁰ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 217: "Funcionalizar, na perspectiva da Carta de 1988, significa oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência. (...) Funcionalizar, sobretudo, em nosso contexto, é atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social."

⁴⁶¹ LÔBO, Paulo Netto. *Princípios contratuais*, p. 17: "No Código a função social não é simples limite externo ou negativo mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Este é o sentido que decorre dos termos 'exercida em razão e nos limites da função social do contrato' (art. 421)."

⁴⁶² A vinculação entre a função social da propriedade e dos contratos não é reconhecida de forma unânime, existindo vozes que se manifestam em sentido contrário, afirmando a ausência de vinculação entre os dois conceitos jurídicos. Neste sentido, vide GOGLIANO, Daisy. *A Função Social do Contrato (Causa ou Motivo)*, p. 61: "(...) que a função social do contrato ou função econômico social, como motivo, que deve ser lícito e comum a ambas as partes, reconhecido pelo Direito não se confunde com a noção da função social da propriedade (*numerus clausus*), admitindo-se somente certas limitações ou tipos, objetivamente considerados para que a propriedade alcance a sua utilidade econômico social."

procura sistematizar algumas idéias, como a divisão da função social em intrínseca e extrínseca⁴⁶³, 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 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 o novo Código Civil, a funcionalização dos contratos ganhou contornos legais, trazidos pelo seu artigo 421, que condiciona a liberdade de contratar em razão e limites da função social do contrato. Considerando que a liberdade contratual está na dependência do cumprimento da função social, conclui-se que ela deve ser permanente, mantendo-se desde o surgimento do contrato até o término da execução do mesmo. Portanto, a função social procura limitar os institutos nitidamente individualistas para atender os ditames dos interesses coletivos.⁴⁶⁴

A inserção da função social no novo Código Civil fez-se através de uma cláusula geral, o que permite o ingresso no ordenamento jurídico de princípios valorativos, além de serem um convite à atividade judicial criadora.⁴⁶⁵ Isto rompe com o modelo tradicional de legislar, permitindo a abertura do sistema. E mais, por

⁴⁶³ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 226.

⁴⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 351: "A atribuição de uma função social ao contrato não deveria, pois, já por isso mesmo, ser objeto de estranhamento. Até porque uma tal atribuição insere-se no movimento da *funcionalização dos direitos subjetivos*, o qual, há muitas décadas já não seria novidade em doutrina e mesmo no plano legislativo, bastando recordar a célebre fórmula que, uma vez posta na Constituição de Weimar, ingressou nas constituições do século XX como tentativa de buscar 'um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e necessidades da coletividade'."

⁴⁶⁵ A concretização da função social exige comprometimento do jurista e uma mudança de postura, como observa AMARAL, Francisco. *O Contrato e sua Função Institucional*, p. 382: "Agindo como técnico, o jurista vem a preocupar-se mais com a segurança do que com a justiça; mais com a igualdade formal do que com a material; mais com o sistema do que o problema real, concreto, da vida. Ora, esse quadro deve mudar, com uma re-politização do jurista, no sentido de sua preocupação com a justiça e a solidariedade social."

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.⁴⁶⁶

Para Judith Martins Costa, a função social do contrato é cláusula geral do tipo restritiva e regulativa⁴⁶⁷, pois não apenas delimita, em certas situações, o princípio da liberdade contratual, mas também integra o conceito de contrato, estendendo os princípios de solidariedade e sociabilidade presentes no novo Código Civil. Portanto, ainda que se constitua como limite à liberdade contratual, a função social é, principalmente, elemento substancial do próprio conceito de contrato.

Paulo Nalin, por outro lado, discorda parcialmente deste entendimento, contestando o entendimento da função social enquanto uma limitação da liberdade contratual derivada da solidariedade, defendendo tratar-se de uma “remodelação dos elementos do contrato, sobressaindo-se o do direito subjetivo exercido pelos titulares contratantes, no trâmite das esferas de liberdade em atuação.”⁴⁶⁸

A discussão perde um pouco o foco na medida que o principal a ser reconhecido é que a função social efetivamente constitui a nova moldura dentro a qual se pode desenvolver a liberdade contratual. Sem o respeito à mesma, o contrato não pode ser reconhecido enquanto instrumento apto a produzir os efeitos desejados, especialmente em relação à parte que descumpriu tal obrigação.

As consequências do descumprimento da função social dos contratos é tema ainda mais acirrado que a sua definição propriamente dita. Isto porque o Código Civil foi omissivo em relação às consequências para a parte que descumprir a função social do contrato, cabendo à doutrina e jurisprudência suprir tal lacuna.

Contudo, a posição adotada pelos doutrinadores depende da compreensão que se tenha a respeito da função social, seja enquanto requisito de existência ou de validade do contrato. 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

⁴⁶⁶ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 230.

⁴⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 353: “Colocada no pórtico da disciplina contratual, formando ‘quase um preâmbulo de todo o direito contratual’, a cláusula geral da função social do contrato é multifuncional, por isso inserindo-se, consoante a tipologia acima indicada, em dupla categoria, a saber, a das cláusulas gerais de tipo restritivo e as de tipo regulativo. Este ponto deve ser bem marcado, porque seria intolerável empobrecimento o confiná-la apenas à função de restringir, em certos casos, e para certos efeitos, o princípio da liberdade contratual.”

⁴⁶⁸ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 217.

jurídico, sendo, portando, considerado inexistente.⁴⁶⁹ Contudo, em se entendendo ser um requisito de validade, ter-se-á que o acordo de vontades existiu, mas se encontra eivado pela nulidade, nulidade esta que seria virtual, pois não prevista expressamente no texto legal.⁴⁷⁰

Como se observa, tais entendimentos acarretariam à necessidade de recompor a situação ao *status quo ante*, pois não seriam reconhecidos quaisquer efeitos à pactuação que se concretizou fora da moldura jurídica da função social. Se houver parte prejudicada, desde que a mesma tenha agido de boa-fé ao celebrar o contrato, poderá exigir a restituição dos prejuízos que eventualmente tenha sofrido com o contrato invalidado.

Ressalve-se apenas que os efeitos do descumprimento da função social de um contrato de trabalho divergiriam do entendimento manifestado em relação aos contratos em geral, visto que o sistema das nulidades é distinto no direito do trabalho.⁴⁷¹ Portanto, as conclusões acima expostas não corresponderão às conclusões que se chegará quanto ao descumprimento da função social do contrato de trabalho.⁴⁷²

Por fim, encerrando a breve exposição atinente à função social dos contratos em geral, 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.

⁴⁶⁹ O instituto jurídico da inexistência é questionado pela doutrina pátria, já que não estaria expressamente previsto como ocorre em outros ordenamentos jurídica estrangeiros. Neste sentido, vide AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*, p. 511 e 512: “Ato inexistente é aquele a que falta um elemento essencial à sua formação, não chegando a constituir-se. É puro fato, sem existência legal. É concepção teórica positivada em alguns códigos como o francês e o português. Não incluída no Código Civil brasileiro, tem sua utilidade na distinção, com rigor lógico, do ato nulo. O ato inexistente jamais produz efeitos, enquanto o nulo pode produzir alguns, embora diversos do que especificamente a lei lhe atribui.”

⁴⁷⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*, p. 517: “A nulidade diz-se *textual*, se vem declarada na lei, e *virtual ou tácita*, se, não sendo expressa, é dedutível das normas ou dos princípios do sistema jurídico. (...) Aos negócios jurídicos, que são instrumentos da autonomia privada e que, por isso mesmo, pertencem ao âmbito das relações jurídico econômicas ou patrimoniais, aplicam-se as nulidades virtuais.”

⁴⁷¹ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 135: “O Direito do Trabalho não necessita da teoria das nulidades do Direito Civil, sendo esta incompatível com os princípios que informam aquele ramo do Direito, sobretudo o princípio da tutela do trabalhador.”

⁴⁷² BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 135: “A não-aplicação da teoria civilista das nulidades no Direito do Trabalho permitiria a construção de categorias próprias, a partir das relações sociais concretas, sem que houvesse obstáculos que impedissem a busca de soluções efetivas aos problemas sociais existentes.”

Assim, 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.⁴⁷³

2.3. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO

A análise das alterações legislativas das últimas décadas revela que o direito do trabalho tem tomado rumos diversos dos pretendidos pela nova ordem civil-constitucional.⁴⁷⁴ As inovações como o banco de horas, o contrato a tempo parcial, a terceirização de mão-de-obra, cooperativas de trabalho, apenas para citar alguns exemplos, são medidas que afastam este direito especial de sua gênese social, possibilitando a precarização das condições de trabalho, a violação da dignidade humana do trabalhador e a exacerbação do individualismo proprietário em prejuízo à função social.

Objetivando uma correção de rumo, uma solução que se oferece no momento é voltar às atenções ao direito civil, especialmente às inovações no campo contratual

⁴⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 354: “É natural que, num primeiro momento, esta opção metodológica cause certa perplexidade, tendo em vista o cânone fundamental da certeza jurídica. Este, no entanto, não é absoluto, sendo relativizado, em numerosas hipóteses, pelo princípio superior da justiça material, do qual a função social do contrato é legítima e forte expressão.”

⁴⁷⁴ A marcha do direito do trabalho pela contramão da história é bem resgatado por MALLETT, Estevão. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*, p. 54: “O mais interessante é que hoje, no entanto, o Direito Civil caminha em sentido oposto. Já não valoriza tanto a liberdade contratual, pelo menos não a leva, nunca, a pontos extremados. Surpreendentemente, porém, o Direito do Trabalho parece que retrocede, procurando recuperar a liberdade contratual que os civilistas já abandonaram. Tenham em conta a polêmica que houve – e ainda é muito atual – sobre os programas de demissão voluntária. Várias decisões reconheceram plena legitimidade a tais programas, admitindo a quitação ampla e ilimitada dada pelo empregado no momento na rescisão do contrato de trabalho. Cabe aqui a pergunta: sobreviveria esta solução à regra do art. 157 do novo Código Civil, que se refere à lesão quando verificada desproporção manifesta entre a obrigação das partes? Se o pagamento recebido no momento da dispensa é muito pouco significativo e, em contrapartida, a prestação a que se obriga o empregado – correspondente a não reclamar mais nenhum direito relacionado com o extinto contrato de trabalho – afigura-se extremamente onerosa, não haveria campo, mesmo no Direito Comum, para invalidação do ajuste, afastando-se a quitação ampla? A resposta, creio eu, há de ser positiva.”

trazidas pelo novo Código Civil.⁴⁷⁵ Saliente-se que a aplicação do novo regimento privado é autorizado pelo artigo 8º, parágrafo único da CLT, onde se prevê a adoção do direito comum nos casos de omissão da Consolidação e desde que a norma seja compatível. Considerando que o novo tratamento legal procura manter o equilíbrio contratual e alcançar a justiça social, encontra-se autorizada a invocação das normas contratuais do Código Civil em vigor.

O ponto de partida para qualquer discussão acerca da função social do contrato de trabalho⁴⁷⁶ consiste em reconhecer que este contrato não é apenas um instrumento de regularização entre capital e trabalho, ou ainda, um mecanismo de circulação de riquezas, ao transformar o trabalhador em consumidor e assim inseri-lo no mercado capitalista.

Ao contrário, pois é preciso reconhecer as potencialidades emancipatórias e dignificantes deste contrato ao assegurar uma vida digna ao trabalhador e a sua família, o auto-respeito e o orgulho do cidadão honesto que garante seu bem-estar com os frutos de seu trabalho. Portanto, a função do contrato tornou-se social a partir do momento em que o ordenamento reconheceu que o exercício da liberdade contratual deveria ser protegido não no interesse do particular, mas no interesse coletivo da sociedade.

Seguindo este norte, a pactuação laboral deve ser manejada de forma a não lesar os interesses superiores da sociedade, estabelecidos no texto constitucional. Ademais, não se pode ignorar ainda que a função social do contrato de trabalho afeta todos os demais institutos do direito do trabalho, desde a justa remuneração, passando pelo exercício funcionalizado do poder diretivo, até a garantia no emprego contra dispensa injustificada, entendida então como abusiva.

⁴⁷⁵ A adoção de alguns institutos do direito comum permite arejar as bases do direito do trabalho, como destaca MALLET, Estevão. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*, p. 54 e 55: “O importante é notar que o mesmo espírito que anima todas essas regras tem pertinência no campo do Direito do Trabalho, que está todo fundado na idéia de interferência do legislador para reequilibrar uma relação jurídica que, pelos seus aspectos materiais, se mostra muito desigual. Daí que esses novos institutos do Código Civil permitem, sem dúvida alguma, reflexões muito interessantes sobre o caminhar da legislação civil e o caminhar do nosso Direito do Trabalho.”

⁴⁷⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 257: “A partir desta ilação, a função social do contrato de trabalho encerra um aspecto positivo e outro negativo. O primeiro se manifesta nos programas públicos de abertura de novos empregos, quotas de contratação de deficientes, legislação atinente à política do primeiro emprego ou mesmo a prevenção de dispensa coletiva (...). O segundo aspecto da função social do contrato de trabalho se opera como dique à livre iniciativa, adequando-o aos valores sociais estampados na Carta da República, declarando nulos os atos abusivos que refogem ao seu quadro axiológico.”

Como dito, é preciso superar o mero caráter instrumental do contrato de trabalho aos fins econômicos, seja recuperando a noção de pessoa humana trabalhadora existente atrás desta contratação, seja reconhecendo a finalidade social que o instituto possui.

O primeiro passo – resgate da pessoa concreta – já foi analisado nos itens anteriores do presente trabalho, e possibilita reconhecer que o trabalho prestado não pode ser considerado como apenas mais um fator de produção, computado no custo da empresa.

É preciso compreender, o que certamente é a grande dificuldade e o maior obstáculo a ser superado na prática cotidiana, que a própria atividade produtiva do empregador (a empresa) somente encontra-se legitimada, e conseqüentemente tutelada pelo ordenamento jurídico, quando cumprir sua função social. Portanto, apenas existirá respeito à propriedade privada da empresa se sua atividade estiver possibilitando a realização de um trabalho digno, remunerado proporcionalmente ao esforço e a complexidade do serviço prestado, onde seja respeitada a pessoa humana trabalhadora enquanto sujeito digno e igual.

Um segundo passo adiante poderia ser dado ao reconhecer que os efeitos da pactuação laboral não se encontram restritos apenas à pessoa do empregado contratado e do empregador que lhe remunera. Considerando que o trabalho, objeto do contrato de trabalho, possui conotação social e não apenas individual, pode-se perceber que as condições estabelecidas na pactuação entre empregador e empregador irão refletir para além das partes contratantes, rompendo de forma definitiva com o falacioso princípio da relatividade dos contratos.

Diretamente, seus efeitos atingirão a pessoa do trabalhador e sua família, os quais dependem dos frutos do trabalho para viverem dignamente. Mas além destes reflexos imediatos, a contratação, na medida em que estabelece condições em que determinado trabalho será prestado, ainda reverbera sobre os demais colegas de empresa, os quais certamente pactuaram condições semelhantes, à própria categoria profissional, e por fim, atinge até mesmo os desempregados, que se encontram excluídos do comércio jurídico.

Assim, toda vez que um trabalhador individual aceita, como condição de manter-se no emprego, a supressão de um benefício ou a precarização de algum direito, não está apenas tornando seu contrato de trabalho contrário à função social,

mas também está afetando toda a categoria de trabalhadores, que para manterem os postos de trabalho também serão obrigados a abrir mão de condições conquistadas.⁴⁷⁷ Estes reflexos atingem também os desempregados, na medida em que a existência de um exército de reserva e a ameaça do desemprego influi de sobremaneira na concordância do trabalhador empregado em se ver aviltado em suas condições de trabalho. Percebe-se, assim, que a titularidade da situação de contratante passa a implicar no respeito aos não contratantes, àqueles que se encontram fora da contratualidade trabalhista.

Justamente por conta destas peculiaridades da contratualidade trabalhista, não se pode admitir que as conseqüências jurídicas para o descumprimento da função social sejam a inexistência do contrato ou a sua invalidade.⁴⁷⁸ Isto porque não é possível retorna-se ao *status quo ante*, pois a força de trabalho despendida não pode mais ser devolvida ao trabalhador. Ademais, a manutenção da contratualidade é fundamental ao empregado, já que reconhecer sua inexistência ou invalidade é sinônimo de desemprego.⁴⁷⁹

Partindo deste pressuposto, conclui-se que a única conseqüência possível de se admitir ao descumprimento da função social do contrato de trabalho seria a ineficácia da medida ou conduta que excedeu a esta moldura jurídica. Portanto, o contrato de trabalho continua existente e válido, mas alguns de seus efeitos, especialmente os que seriam gerados do ato ofensivo à função social, não serão reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Portanto, o contrato se manteria íntegro,

⁴⁷⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 285: "O atual quadro estatístico de desemprego amedronta aqueles que mantêm vínculos empregatícios, tornando-os presas frágeis e resignadas diante de investidas ofensivas de seus chefes e empregadores."

⁴⁷⁸ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 136: "A nulidade do contrato de trabalho, portanto, deve ser verificada na relação jurídica concreta, em razão do comportamento socialmente típico, tendo em vista que os princípios constitucionais e gerais do direito. A nulidade do contrato de trabalho se verificará, portanto, quando a lei expressamente o dispuser, como é o caso do contrato de trabalho celebrado com ente da Administração Pública, sem prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (Constituição, art. 37, §2º), ou quando o objeto do contrato for repugnante e condenável pela sociedade ou contrário aos princípios constitucionais e gerais do direito."

⁴⁷⁹ A preocupação com a manutenção do contrato de trabalho, apesar do descumprimento de regras por parte do empregador é bem observado em RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 263: "Outra manifestação da tendência em fazer prevalecer a continuidade da relação de trabalho sobre a infração se percebe na permanência do contrato, apesar do inadimplemento ou violação em que haja incorrido o empregador. (Tais violações não são eficazes para extinguir os direitos do trabalhador nem para determinar a extinção do contrato de trabalho.)"

como se a afetação jamais existisse, pois assim mantém-se o contrato de trabalho e ainda afasta-se a ofensa ao escopo social.

Como se pode observar deste logo, não é possível esgotar todas as possibilidades ou analisar todos os efeitos decorrentes da função social do contrato de trabalho, especialmente no exíguo espaço que se constitui o presente trabalho acadêmico. Mas também nem seria esta a intenção, visto que a preocupação no momento não é apontar soluções prontas e acabadas, pois a complexidade do problema posto não permite tais conclusões. O escopo exclusivo a que se propõe, neste espaço e neste tempo, é chamar a atenção dos operadores jurídicos para a premente necessidade de reflexão sobre as questões afeitas à função social do contrato de trabalho e seu potencial papel de concretizador dos direitos à dignidade e justiça social, assegurados a todos pelo texto constitucional.

3. BOA-FÉ OBJETIVA

Outro avanço do atual Código Civil pátrio consistiu em positivar a boa-fé objetiva⁴⁸⁰, especialmente enquanto regra de conduta, no que tange aos contratos em geral, através da previsão contida no artigo 422.⁴⁸¹ Isto não significa que este princípio não se encontrasse presente no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente, pois doutrina e jurisprudência já aplicavam a boa-fé objetiva, principalmente em matéria consumeirista, mesmo antes do advento do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁸²

Contudo, esta aplicação exigia grande esforço intelectual na fundamentação, como relembra Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁴⁸³, ao se referir à publicação do Código de Defesa do Consumidor:

Era preciso (...) a cada vez, explicitar fundamentadamente, a invocação do princípio jurídico não legislado. Agora, com a nova lei, já existe suporte legal para solver os litígios entre os partícipes da relação de consumo e, numa aplicação mais extensa, é possível encontrar nessa regra legislada apoio para utilizar analogicamente a boa-fé como princípio reitor de todas as relações contratuais.

Com a legislação atual superou-se qualquer discussão atinente a obrigatoriedade do respeito à boa-fé em todas as fases da negociação contratual. Este instituto tem fundamental importância no repensar do direito contratual, visto

⁴⁸⁰ A importância da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro é reconhecida pela doutrina civilista nacional, como se observa por exemplo em AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil: Tramitação, Função Social do Contrato, Boa-fé Objetiva, Teoria da Imprevisão e em Especial Onerosidade Excessiva*, p. 13: “A contratação de boa-fé é a essência do próprio entendimento entre os seres humanos, é a presença da ética nos contratos.”

⁴⁸¹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

⁴⁸² Mesmo antes de sua positivação, a boa-fé objetiva foi amplamente aplicada pela jurisprudência, notadamente a gaúcha, a qual se esforçava para justificar a adoção de um princípio não expresso, como se reconhece em MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 382: “A tarefa é complexa por uma razão fundamental: não tendo sido posto no Código Civil como cláusula geral, o princípio da boa-fé objetiva tem sido utilizada pela jurisprudência gaúcha, principalmente nos últimos anos, como se o fosse, mediante um engenhoso artifício, qual seja o de dar caráter e, principalmente, função de cláusula geral ao princípio inexpresso que resultaria do conjunto das disposições do Código Civil em matéria obrigacional.”

⁴⁸³ AGUIAR JR, Ruy Rosado de. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*, p. 19.

que a consecução da função social do contrato apenas será possível quando as partes contratantes mantiverem seus comportamentos adstritos à boa-fé objetiva.

Antes de ingressar-se no estudo propriamente da boa-fé objetiva e como ela pode repercutir no contrato de trabalho, cabe desde logo esclarecer que a mesma não se confunde com a boa-fé subjetiva, tratando-se de institutos jurídicos distintos.⁴⁸⁴

A boa-fé subjetiva relaciona-se à situação de um sujeito perante um determinado fato, levando-o a desconhecer alguma ocorrência que torna ilegítima a aquisição de certo direito ou posição jurídica. Portanto, a boa-fé subjetiva refere-se a aspectos interiores do sujeito, situada no plano psicológico⁴⁸⁵, justificando ser conhecida também como boa-fé crença.⁴⁸⁶

Esta modalidade subjetiva refere-se à intenção de agir de uma maneira ou outra, e segundo Fernando Noronha trata-se de “um estado de erro ou ignorância da verdadeira situação jurídica”⁴⁸⁷, induzido pela aparência da correção.

O ordenamento jurídico brasileiro tutela a aparência em diversos momentos, como a posse de boa-fé⁴⁸⁸ ou o pagamento a credor putativo.⁴⁸⁹ Contudo, não é a boa-fé subjetiva que interessa no momento, pois ela não compreende a noção de regra de conduta e fonte de obrigações.

⁴⁸⁴ A quase totalidade da doutrina reconhece a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, a exemplo de FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 305: “A boa-fé objetiva refere regra de conduta, objetivada nesta perspectiva. A boa-fé subjetiva não se conecta a uma regra de conduta positivada, mas sim a um elemento de natureza interior: não se trata de guia positivado da conduta, mas uma intenção de agir.”

⁴⁸⁵ A conotação psicológica da boa-fé subjetiva é reconhecida dos autores brasileiros. Neste sentido vide NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente*, p. 22: “A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica.”

⁴⁸⁶ Por outro lado, a doutrina portuguesa diferencia a boa-fé subjetiva em seus planos psicológico e ético, destacando que este segundo é que interessa ao direito, como bem explica CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo I*, p. 229 e 230: “A boa fé subjectiva podia ser usada em dois sentidos diversos: um sentido *puramente psicológico*: estaria de boa fé quem pura e simplesmente desconhece certo facto ou estado de coisas, por muito óbvio que fosse; um sentido *ético*: só estaria de boa fé quem se encontrasse num desconhecimento não culposos; noutros termos: é considerada de má fé a pessoa que, com culpa, desconheça aquilo que deveria conhecer. (...) Por tal via, chegamos à solução de que a boa fé subjectiva é, entre nós, sempre ética: só pode invocar boa fé quem, sem culpa, desconheça certa ocorrência.”

⁴⁸⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 132.

⁴⁸⁸ Artigos 1201 a 1203 do Código Civil Brasileiro 2002.

⁴⁸⁹ Artigo 309 do Código Civil Brasileiro 2002.

A boa-fé objetiva é um dever de conduta dos contratantes, fundado na confiança, colaboração, honestidade, lealdade, de acordo com determinados padrões de comportamento fixados genericamente pela doutrina e jurisprudência. Sua inclusão no ordenamento jurídico geralmente é realizada através de uma cláusula geral, cuja característica maior é justamente a vagueza na definição de seu conteúdo, deixando a tarefa de sua concretização por conta dos aplicadores do direito.⁴⁹⁰

Cláudia Lima Marques, ao se referir à boa-fé nas relações de consumo – mas cujas conclusões aplicam-se à generalidade dos contratos –, afirma que a boa-fé objetiva configura “um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé *subjetiva* do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.”⁴⁹¹ Portanto, a boa-fé objetiva é um modelo de conduta social, um arquétipo jurídico que deverá ser apreciado conforme a realidade concreta e principalmente na “consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.”⁴⁹²

Como se observa a princípio, a boa-fé, enquanto cláusula geral, seria apreendida através de parâmetros genéricos, aos quais seriam comparados os casos concretos trazidos à discussão judicial, evitando discricionariedade judicial.⁴⁹³

Contudo este entendimento não é pacífico, existindo correntes doutrinárias sustentando uma análise subjetiva da boa-fé objetiva. Neste sentido prega Paulo Nalin, ao considerar que a diversidade brasileira dificulta falar-se em um homem médio. De acordo com este autor seria necessária uma leitura subjetiva da boa-fé

⁴⁹⁰ Exatamente por conta disto, não é possível estabelecer um conceito pré-determinado para a boa-fé objetiva, como bem reconhece CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 568: “Ela só tem sentido, porque, materialmente, tem associada uma técnica específica de resolver casos concretos, justificada e concretizada numa Ciência e num entendimento particular da fenomenologia jurídica. Nada disto pode ser imposto pela lei, que convida, apenas, o intérprete-aplicador ao estudo e à aprendizagem.”

⁴⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 79.

⁴⁹² COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no Direito Privado*, p. 411.

⁴⁹³ A preocupação com a discricionariedade judicial é demonstrada em DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 413: “Os deveres advindos da boa-fé, estabelecidos, mediante o trabalho do juriconsulto e do juiz, devem ser gerais e não particulares. A lei não define a boa-fé. Não obstante, é de se repelir qualquer solução que, formalmente calcada na boa-fé, vise o atendimento de determinada hipótese *in concreto*. (...) Assim sendo, revela-se imperiosamente necessária uma prefixação do conteúdo da boa-fé, ainda que em termos de doutrina, a fim de que os agentes do tráfego jurídico, sobretudo os contratantes, saibam antecipadamente a natureza e extensão dos deveres aos quais estão adstritos por influxo da cláusula geral da boa-fé.”

objetiva, no sentido de que caberá ao aplicador (juiz) o dever de, em consulta aos seus próprios valores éticos e comportamentais, manifestar-se caso a caso, se as partes agiram seguindo um *standard* da boa-fé objetiva, estabelecido a partir de seu próprio imaginário.⁴⁹⁴ Portanto, inegável o papel a ser desempenhado pelo juiz na aferição de cumprimento do dever de boa-fé, pois a nova legislação positivada exige a participação ativa dos aplicadores do direito na concretização de seus conteúdos.⁴⁹⁵

O princípio da boa-fé está vinculado à noção cooperativa e solidária do contrato, onde ela incide como fonte autônoma de obrigações, dando origem a deveres acessórios. A investigação do cumprimento da boa-fé contratual deve utilizar-se do termômetro da ética, adotando como norte os valores existenciais do homem. Esta identificação ética do cumprimento do contrato exige uma leitura constitucional da prática contratual civil⁴⁹⁶, e embora a boa-fé não se localize diretamente no texto constitucional⁴⁹⁷, como ocorre com os princípios da liberdade e da igualdade, mas considerando que a mesma é realizadora da justiça social, atuando na execução do contrato, vislumbra-se um perfil constitucional neste princípio.⁴⁹⁸

A boa-fé objetiva não se confunde com os bons costumes, nem seu papel é idêntico ao destes. De acordo com as lições de Jorge Ferreira da Silva, os bons costumes delimitam, exteriormente à relação, o campo da autonomia privada,

⁴⁹⁴ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, p. 131.

⁴⁹⁵ A mera existência de previsão legal, sem o correspondente esforço dos operadores do direito, em nada auxilia na concretização dos valores sociais e éticos. Neste sentido, vide CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 700: “A simples referência legal, ainda que solene, a grandes princípios, a não ser precedida ou acompanhada de um esforço doutrinário e jurisprudencial de concretização e aplicação, é insuficiente para corporizar na prática a orientação pretendida.”

⁴⁹⁶ NALIN, Paulo. *Ética e Boa-fé no adimplemento contratual*, p. 180 e 181.

⁴⁹⁷ A não explicitação da boa-fé na Constituição Federal não lhe retira a natureza constitucional, como sustenta LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Boa-Fé Contratual*, p. 36: “Nessa ambivalência, já se pode verificar que a boa-fé, apesar de não estar textualmente consagrada no texto constitucional, emana do mesmo, sendo acolhida implicitamente quando o constituinte tratou dos objetivos fundamentais de nosso País.” A existência de princípios constitucionais não textuais também é reconhecida por Alexy, o qual divide as normas de direito fundamental em duas categorias. Primeiro, existem as normas diretamente estatuidas pela Constituição, e segundo, há as normas a elas adscritas, que dependem da validade das primeiras (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 83).

⁴⁹⁸ Neste sentido, vide NALIN, Paulo. *Ética e Boa-fé no adimplemento contratual*, p. 190 e 191: “Tomado o vértice da dignidade do homem, este sim como valor (princípio) fundamental da ordem constitucional, se não diretamente elevada àquela esfera superior, parece produzir a boa-fé algum reflexo de cunho constitucional, enquanto realizador, o princípio da boa-fé, para a execução do contrato, da justiça social e, *in casu*, da justiça contratual. Manejada a boa-fé sob ângulo da consecução, em um dado momento jurídico bem verdade (cumprimento contratual), e da justiça (contratual), viável dela se extrair, sempre derivadamente, um desejado perfil constitucional.”

restringindo a permissão de produção e fixação de efeitos jurídicos, mas não prescrevem o efeito ou a conduta a ser seguida.⁴⁹⁹ Por outro lado, a boa-fé prescreve uma forma de atuação das partes, determinando, por si, efeitos e indicando condutas. A distinção entre boa-fé e bons costumes também é traçada por Clóvis do Couto e Silva⁵⁰⁰:

(...) os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto que a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes, na relação jurídica. Assim, quem convencionou não cumprir determinado contrato age contra os bons costumes, decorrente a nulidade do negócio jurídico. De outro lado, quem deixa de indicar circunstância necessária ao fiel cumprimento da obrigação, terá apenas violado dever de cooperação para com o outro partícipe do vínculo, inexistindo, porém, infringência à cláusula dos bons costumes.

O princípio da boa-fé objetiva foi introduzido no atual Código Civil através da técnica legislativa da cláusula geral⁵⁰¹, assim como já o fazia o BGB alemão (§ 242).⁵⁰² Justamente por isto, Larissa Leal alerta que “não se pode conceituar ou delimitar o significado da boa-fé. Enquanto cláusula geral, a boa-fé é insuscetível de preenchimento e conteúdo em si mesma, pois justamente é essa a tarefa que se propõe: integrar as relações jurídicas.”⁵⁰³

⁴⁹⁹ SILVA, Jorge C. Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 47. A diferenciação entre bons costumes e boa-fé também é encontrada em ABREU, Jorge Mauel Coutinho de. *Do Abuso de Direito. Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, p. 64: “se pode afirmar-se que um comportamento ofensivo dos bons costumes é sempre contrário ao princípio da boa-fé, só, no entanto, uma violação grosseira da boa-fé ofenderá os bons costumes.”

⁵⁰⁰ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*, p. 32.

⁵⁰¹ SLAWINSKI, Célio Barbosa Abreu. *Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 85: “Não há como negar, inclusive, que a aplicação das cláusulas legais contidas na legislação ordinária (diligência, boa-fé, e tantas outras) está condicionada à existência de valores que estejam em conformidade com os valores fundamentais insertos na Carta Magna.”

⁵⁰² CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 325: “§242: O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exigia a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego.”

⁵⁰³ LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Boa-Fé Contratual*, p. 29.

3.1. ORIGENS DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé é indicado como instituto de origem romana, resgatado posteriormente pelo direito canônico e se consolidando na era das codificações pelo BGB alemão.

A *fides* romana é a origem lingüística da atual boa-fé, mas não a sua origem semântica. No direito romano, a palavra *fides* era empregada em diversas conotações – éticas, religiosas, jurídicas – de forma que seu simples termo não permitia compreender seu significado, como explica Bruno Lewicki⁵⁰⁴:

Há implicações de ordem religiosa, ética e moral; ora *Fides* é uma deusa (cujas mãos direita era um símbolo de entrega e de lealdade) cultuada pelos romanos; ora emprega-se *fides* como uma ligação, uma garantia de cumprimento dos pactos, associando alguns autores esta idéia a uma planta que era utilizada para atar; numa linha aproximada, outros autores enxergam na *fides* a representação em palavras do aperto de mão que selava os tratos. Há ainda juristas que identificam como *fides* a qualidade que provoca a confiança entre os cidadãos romanos, calcada na honradez, moralidade, integridade e virilidade que seriam inerentes a estas pessoas. Sem embargo destas e de outras especulações, aponta-se ainda a *fides*, internamente, como expressão do poder jurídico dos patrões sobre os escravos, e, externamente, como expressão da dominação que Roma exercia sobre outros povos.

Somente no período clássico a expressão passou a se destacar pela conotação jurídica quando o comércio romano exigiu o estabelecimento de relações com estrangeiros, o que resultou na consolidação do *ius gentium*.⁵⁰⁵ Para Lewicki “esta evolução fez com que o consensualismo fosse progressivamente valorizado

⁵⁰⁴ LEWICKI, Bruno. *Panorama da Boa-fé objetiva*, p. 58.

⁵⁰⁵ O desenvolvimento da boa fé do direito romano clássico foi bem resgatado em BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 42 e 43: “Ocorre, no entanto, que as necessidades de aceleração do tráfego jurídico e, sobretudo, de contratar com estrangeiros, não destinatários das normas do *ius civile*, acarretaram o desenvolvimento da *fides* como elemento objetivo, por isso apelidada de *bona*. A *fides* objetiva (*fides bona*) funcionaria como norma jurídica, em sentido duplo: por um lado, impor o dever de cumprir a obrigação (...); por outro, ‘teria constituído a própria fonte da exigibilidade judicial das figuras *ex fide bona*, reconhecidamente carecidas de base legal.”

em matéria contratual, atenuando a importância desmedida que era dispensada às formalidades. Na interpretação de determinados contratos considerados de boa-fé (*bona fides*), como a *locatio* e o *mandatum*, o valor da palavra empenhada passa a ter um peso maior do que a exteriorização da forma.”⁵⁰⁶

Ainda no período romano a *bona fides* sofreu um processo de difusão, sendo que outras expressões técnicas (*bonum et aequum* e *aequitas*) acabaram por se mesclar com o conceito de *bona fides*, causando uma diluição em seu sentido.⁵⁰⁷

Durante a idade média a boa-fé tendeu ao esquecimento quase total, com exceção do tratamento dado pelo direito canônico, ainda que tão-somente em sua vertente subjetiva.⁵⁰⁸ Este direito resgatou a boa-fé numa perspectiva subjetivista, compreendida como ausência de pecado, entendida como o contrário da má-fé.⁵⁰⁹ Lewicki observa que “estes fatores se sobrepõem durante o medievo, proporcionando um quadro de progressivo abandono do olhar objetivista sobre a boa-fé, cada vez mais identificada com a visão subjetiva.”⁵¹⁰

A visão subjetiva da boa-fé predominou até o advento do jusracionalismo, quando surgiram as primeiras reações ao subjetivismo. Este movimento de recuperação da boa-fé objetiva refletiu no *Code Civil* de 1804, cujo artigo 1.134 determina que os pactos devem ser executados de boa-fé. Contudo, o dispositivo legal referido não foi concretizado na prática, pois a postura interpretativa exegética da época não se coadunava com uma previsão normativa que exigia a abertura do sistema⁵¹¹, “levando ao tolhimento do pleno potencial do instituto. Desta forma, a

⁵⁰⁶ LEWICKI, Bruno. *Panorama da Boa-fé objetiva*, p. 58 e 59.

⁵⁰⁷ O processo de diluição do sentido da boa-fé, conforme trata Menezes de Cordeiro, é resumido em BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 44: “Esses fatos acarretaram a vulgarização do Direito romano que atuou sobre a boa-fé, já que se passou a fazer confusão entre os sentidos que lhe eram dados.”

⁵⁰⁸ LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Boa-Fé Contratual*, p. 28.

⁵⁰⁹ A subjetivação da boa-fé é analisada com profundidade pela doutrina portuguesa, citando apenas exemplificativamente a obra de CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo I*, p. 225: “No Direito canônico, a *bona fides* conserva uma utilização subjectiva semelhante à que se viu consubstanciar no Direito romano, a propósito da *usucapio*. O teor geral do canonismo conduziu, no entanto, a alguns desvios, conferindo à boa fé tonalidades éticas que se podem exprimir equiparando-a à ausência de pecado. A boa fé não implica só ignorância: exige ausência de censura.”

⁵¹⁰ LEWICKI, Bruno. *Panorama da Boa-fé objetiva*, p. 59.

⁵¹¹ Sobre a inadequação do método exegético e a objetivação da boa-fé vide CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo I*, p. 226: “A boa fé objectiva, tolhida pela fraqueza do seu uso contratual e bloqueada pela incapacidade da doutrina francesa em elevar-se seja acima da exegese, seja acima da sistemática central, perdeu-se, não tendo conteúdo útil e não dando lugar, até os nossos dias, a quaisquer soluções particulares.”

vertente objetivista da boa-fé continuava relegada a um segundo plano nos diplomas oitocentistas.⁵¹²

Posteriormente, no ano de 1900, o direito germânico codificou a boa-fé objetiva em diversas passagens do BGB, notadamente no já referido § 242, sendo esforço da jurisprudência alemã⁵¹³ a construção do aporte teórico para a aplicação prática da boa-fé objetiva.⁵¹⁴ Barakat relembra que “é a partir da vigência do BGB que, contemporaneamente, o princípio da boa-fé passou a ter existência normativa, deixando de ser mero instrumento retórico ou complemento de outras disposições.”⁵¹⁵

No Brasil o Código Comercial de 1850 fez a primeira menção à boa-fé em seu artigo 131, inciso I⁵¹⁶, estabelecendo-a como regra hermenêutica dos contratos comerciais. O mesmo caminho não foi trilhado pelo Código Civil de 1916, cujas disposições ainda permaneciam no âmbito subjetivo da boa-fé.⁵¹⁷ Assim, somente com o grande esforço teórico de doutrina e jurisprudência a boa-fé objetiva,

⁵¹² LEWICKI, Bruno. *Panorama da Boa-fé objetiva*, p. 61.

⁵¹³ A construção, e posterior posituação da boa-fé objetiva no direito germânico decorreu de um esforço de sua jurisprudência, a qual utilizou este instituto como importante instrumento na solução de casos concretos oriundos da nova situação econômica que apontava (origem do capitalismo industrial). Neste sentido vide CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo I*, p. 226: “No espaço alemão ocorreu, no entanto, um fenómeno diverso, de maior importância: no termo de uma confluência entre a boa fé germânica e os textos romanos, sempre presentes mercê de recepção, verificou-se, desde o princípio do século XIX, o recurso à *bona fides* por parte dos tribunais comerciais, como forma de enquadrar questões inteiramente novas, ligadas ao surto económico então verificado. (...) O progresso foi simplesmente assegurado pelos tribunais comerciais, em decisões baseadas na boa fé.”

⁵¹⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo I*, p. 225: “No Direito germânico desenvolveu-se, com raízes próprias, também uma ideia de boa fé (*Treu und Glauben*): ela partiu das ideias de crença, confiança, honra e lealdade à palavra dada. Posteriormente, ela veio a *objectivar-se*, exprimindo valores ligados ao ritual, ao padrão social e à exterioridade do comportamento, de modo a ajuizar do seu acordo com bitolas sócio-culturais de actuação, sem a intervenção da Ciência do Direito. A boa fé traduz a tutela da aparência.”

⁵¹⁵ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 48.

⁵¹⁶ “Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: (...) 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;”

⁵¹⁷ A ausência de desenvolvimento da boa-fé objetiva no Código Civil brasileiro de 1916 decorreu de fatores históricos e sociais, como se depreende em LEWICKI, Bruno. *Panorama da Boa-fé objetiva*, p. 63 e 64: “Esta timidez do legislador, não só para reconhecer o aspecto objetivo da boa-fé, mas também para determinar qualquer outra limitação à liberdade de contratar, só pode ser compreendida na medida em que nos reportamos aos valores que informaram a elaboração do Código Civil e à estrutura social do Brasil de então.”

enquanto regra de conduta, veio sendo aplicada na segunda metade do século XX.⁵¹⁸

A grande alteração na legislação positiva somente ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor⁵¹⁹, no qual a boa-fé é mencionada nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV⁵²⁰, como observa Lewicki⁵²¹:

O Código de Defesa do Consumidor faz uso, nestes dois dispositivos, da mais eficiente técnica legislativa contemporânea. No artigo 4º, ele positivou seus objetivos e princípios, o que auxilia a interpretação teleológica e amplia o efeito útil das normas. (...) Já no caso do artigo 51, a habilidade do legislador consistiu em aliar uma normalização mais elástica (a última parte do inciso IV, verdadeira janela que permite a oxigenação do dispositivo) com uma extensiva regulamentação casuística. Desta forma, além de tipificar diversas condutas proscritas aos contraentes, o Código de Defesa do Consumidor reputa inserida e existente em todas as relações jurídicas de consumo uma cláusula-geral de boa-fé, ainda que ela não esteja explícita no instrumento contratual.

Com o Código Civil de 2002, onde a boa-fé objetiva está presente no artigo 113 enquanto regra de interpretação e de concretização, no artigo 187 como norma

⁵¹⁸ A adoção da boa-fé objetiva no país anteriormente à posituação, por força da insistência de doutrina e jurisprudência também é reconhecido em DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 409: "Não obstante tal fato, há poucas décadas, a doutrina e jurisprudência pátrias foram responsáveis pela proclamação de um princípio da boa-fé objetiva, o qual acabava por impor aos contratantes, à revelia de previsão legal, determinados deveres de conduta. Assim, tem-se que a boa-fé objetiva entrou, no Brasil, meio que 'pela janela'. Impuseram-na a doutrina e a jurisprudência pátrias, por força de influências recebidas das codificações modernas da Europa."

⁵¹⁹ LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Boa-Fé Contratual*, p. 26: "Durante séculos negligenciado por nosso ordenamento jurídico positivado, a boa-fé objetiva, sem embargo de algumas menções anteriores, somente passou a figurar em nosso sistema legal a partir da década de noventa, já no final do século XX, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor."

⁵²⁰ "Art. 4º. "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;"

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

⁵²¹ LEWICKI, Bruno. *Panorama da Boa-fé objetiva*, p. 67 e 68.

limitadora do exercício de direitos subjetivos e no artigo 422 como cláusula geral que define uma regra de conduta⁵²², conclui-se que a boa-fé objetiva finalmente assegurou seu espaço de direito, configurando-se como o instrumento adequado a permitir a abertura do sistema jurídico e a efetivação das normas constitucionais, possibilitando a aproximação do direito aos fenômenos sociais que deve regular.

3.2. FUNÇÕES DA BOA-FÉ

A boa-fé objetiva desempenha três funções⁵²³ principais no ordenamento jurídico, a saber, função interpretativa, função integrativa e função de controle.⁵²⁴

A função interpretativa da boa-fé, positivada no artigo 113 do atual Código Civil⁵²⁵, é a mais difundida e por isto mesmo apresenta menores dificuldades de compreensão que as demais funções. A boa-fé, enquanto *kanon* interpretativo, significa que a mesma deve ser adotada como critério hermenêutico, suprimindo lacunas dos contratos, visto que da relação contratual sempre surgem eventos e situações não previstos pelos contratantes.⁵²⁶

⁵²² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 342: “No âmbito do direito obrigacional, o mais paradigmático exemplo desta mobilidade sistemática proporcionada pela técnica da cláusula geral é oferecida pela cláusula geral da boa-fé. Afirma Rodotà que a sua abertura normativa conduz à inserção, no conteúdo eficaz dos negócios jurídicos, de valores, usos e padrões de condutas enraizados na sociedade, na medida em que a boa-fé gera deveres não previstos nos instrumentos negociais, *mas fundados na sua função*.”

⁵²³ Para Cláudia Lima Marques, haveria apenas duas funções da boa-fé objetiva, como se observa em *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 79: “A Boa-Fé Objetiva na formação e na execução das obrigações possui uma dupla função na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos.”

⁵²⁴ A principal divulgação das três funções da boa-fé objetiva foi realizada através da tese de doutorado, posteriormente publicada, de MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 427: “São tradicionalmente imputadas à boa-fé objetiva três distintivas funções, quais sejam a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.”

⁵²⁵ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

⁵²⁶ Sobre a função hermenêutica da boa-fé objetiva vide também FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 306 e 307: “A boa-fé constitui regra hermenêutica ou, ao menos, critério de interpretação. A boa-fé pode desempenhar função de regra de hermenêutica, não oferecendo uma solução prévia, mas uma via pela qual se aplicam juízos de valor acerca do caminho a ser tomado por aquele que vai apreciar um determinado caso concreto. Nessa perspectiva, há ligação entre boa-fé e a ética e, também, entre esta e o comportamento jurídico. No plano do direito das obrigações e dos contratos, isso pode aparecer mesmo antes da efetiva celebração do contrato ou, ainda, antes de responsabilidades estarem contratualmente fixadas no feixe de deveres aos quais se conectam direitos subjetivos.”

Assim, ao longo do cumprimento de determinado contrato, o aparecimento destas situações imprevistas exige que os contratantes adotem comportamentos não estabelecidos na lei ou nas cláusulas pactuadas. Nestes casos, “a boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto.”⁵²⁷ Portanto a interpretação do contrato deixa de ser a busca da verdadeira vontade dos contratantes, para adequar o contrato a sua finalidade social.⁵²⁸

A função integrativa da boa-fé objetiva, atualmente prevista no artigo 422 do Código Civil, ainda apresenta grandes dificuldades de compreensão e aplicação, na medida que configura verdadeira revolução no direito das obrigações. Por outro lado, certamente é a função com maiores potencialidades a auxiliar a construção de um novo modelo contratual, ancorado em sua função social. Revela a boa-fé como fonte de novos deveres especiais de conduta⁵²⁹ para as partes contratantes perante o vínculo contratual, os chamados deveres acessórios ou anexos.⁵³⁰ Segundo explica Fernando Noronha, a função integrativa da boa-fé objetiva “estabelece que os direitos e deveres das partes não são, para cada uma delas, apenas o de realizar

⁵²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 429.

⁵²⁸ A alteração de norte produzido por esta regra hermenêutica é traduzida com propriedade em MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 430: “Os passos essenciais à plena realização desta técnica hermenêutica se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considerá-las como um *conjunto significativo*, partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente presente – o complexo de direitos e deveres instrumentalmente postos para a consecução desta finalidade e da função social que lhes é cometida. Em todo e qualquer contrato, mas com particular relevância nos de trato sucessivo ou de execução diferida, as cláusulas e disposições contratuais não devem ser apartadas do conjunto formado pelas demais disposições, que, eventualmente, passaram a integrar o complexo contratual ao longo do tempo de sua vigência. Por igual, infletem na formação deste conjunto significativo as *circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual* visualizadas como um todo.”

⁵²⁹ O origem destes direitos advém do direito germânico, segundo se depreende de MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 82: “Estes deveres de conduta que acompanham as relações contratuais vão ser denominados de *deveres anexos (Nebenpflichten)*, deveres que nasceram da observação da jurisprudência alemã ao visualizar que o contrato, enquanto fonte imanente de conflitos de interesses, deveria ser guiado e, mais ainda, guiar a atuação dos contraentes conforme o princípio da boa-fé nas relações.”

⁵³⁰ A variação da nomenclatura destes deveres especiais foi reunida na obra de SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*, p. 35: “Os deveres resultantes do princípio da boa-fé são denominados de deveres secundários, anexos ou instrumentais.”

a prestação estipulada no contrato ou no negócio jurídico unilateral”,⁵³¹ pois ela exige também vários outros deveres de conduta.

Esclareça-se que estes deveres acessórios não foram pactuados entre as partes, pois não houve qualquer manifestação de vontade a respeito de sua fixação.⁵³² Ao contrário, são deveres oriundos da própria boa-fé, que passa a ser entendida como fonte de obrigações. Esta compreensão significa verdadeira revolução no sistema do direito das obrigações, acrescentando uma nova fonte de deveres independentemente da vontade.⁵³³

Assim, o contrato deixa de obrigar apenas o que concerne às disposições nele expressadas, indo além ao exigir a satisfação das expectativas legitimamente criadas na contraparte, a qual confiou que seus interesses seriam atendidos pela outra parte contratante.⁵³⁴

Enquanto dever de conduta criador de deveres acessórios, a boa-fé objetiva estará presente em todas as fases da negociação⁵³⁵, iniciando-se no momento das tratativas e persistindo mesmo após o término da relação contratual, como bem observa Álvaro Villaça de Azevedo⁵³⁶:

Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como

⁵³¹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 157.

⁵³² A ausência do papel da vontade na criação dos deveres acessórios é ressaltada em LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Boa-Fé Contratual*, p. 30: “A boa-fé, como norma de criação de deveres jurídicos, consiste em regra objetiva determinante do comportamento adequado às partes. Deverão os contratantes adotar comportamentos determinados pelo instituto da boa-fé, em vista do fim contratual, ao arrepio de sua própria manifestação de vontade.”

⁵³³ O mesmo é observado por MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 438: “Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos ‘avoluntarísticos’ nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes.”

⁵³⁴ Neste sentido, vide DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 407.

⁵³⁵ SILVA, Clóvis V do Couto e. *A obrigação como processo*, p. 113: “Os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência. (...) Consistindo o adimplemento em ato-fato é desnecessário pesquisar se houve ou não vontade.”

⁵³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil: Tramitação, Função Social do Contrato, Boa-fé Objetiva, Teoria da Imprevisão e em Especial Onerosidade Excessiva*, p. 14.

cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa.

Entre os deveres com tais características encontram-se os deveres de proteção⁵³⁷, abrangendo o cuidado, a previdência e a segurança, pelos quais as partes devem agir com diligência durante a relação contratual e mesmo após seu término, evitando causar prejuízos ao outro contratante; os deveres de informação e esclarecimento⁵³⁸ que abrangem o dever de informar sobre todas as questões relevantes a contratação que se pretende entabular ou que já se encontra em execução; os deveres lealdade⁵³⁹, incluindo os deveres de colaboração e

⁵³⁷ O conceito de deveres de proteção pode ser verificado em CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 583: “Os deveres de protecção obrigam a que, sob pretexto de negociações preliminares, não se inflijam danos à contraparte: danos directos, por um lado, à sua pessoa e bens, (...) danos indirectos, por outro, derivados de despesas e outros sacrifícios normais na contratação revestirem, por força do desenvolvimento subsequente do processo negocial, uma característica de anormalidade.” Na doutrina pátria, vide DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 417: “Por força dos deveres acessórios de proteção, as partes, desde as tratativas imediatamente antecedentes ao contrato e até o término da execução dele, encontram-se vinculadas a determinados deveres. (...) O dever acessório de proteção, que impõe às partes, no curso da relação contratual, adotem medidas necessárias a fim de evitar que a contraparte perceba danos em sua pessoa ou patrimônio.”

⁵³⁸ A conceituação de deveres de esclarecimento consta de forma clara em CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 583: “Os deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato. Tanto podem ser violados por acção, portanto, com indicações inexactas, como por omissão, ou seja, pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objectivo em conhecer.” Na doutrina nacional, vide DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 418: “Já os deveres acessórios de esclarecimento tornam obrigatória às partes a prestação de todas as informações relevantes atinentes ao contrato, notadamente com relação às ocorrências correlatas o objeto do contrato e respectiva execução, bem como dos efeitos possivelmente advindos desta.”

⁵³⁹ Por fim, o conceito de deveres de lealdade consta de CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 583: “Os deveres de lealdade vinculam os negociadores a não assumir comportamentos que se desviem de uma negociação correcta e honesta. Ficam incluídos os deveres de sigilo – as partes não podem desvendar matéria de que tenham tido conhecimento por via da negociação, quando, com isso, se contrarie as expectativas da outra parte – de cuidado – deve ser preservado, na actuação preliminar, o escopo da formação válida de um contrato, com exclusão de actos que, dolosos ou negligentes, ponham em causa, sem razão, essa possibilidade – e de actuação consequente – não se deve, de modo injustificado e arbitrário, interromper-se uma negociação em curso, salvo, com é natural, a hipótese de a contraparte, por forma expressa ou por comportamento concludente, ter sido avisada da natureza precária dos preliminares a decorrer.” Vide também DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 418 e 419: “Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a evitar a adoção de condutas que possam tornar inútil à contraparte a prestação, ou ainda torná-la menos valiosa. Cada um dos contratantes deve adotar as medidas cabíveis para alcançar a satisfação ótima dos objetivos contratuais. As partes devem velar pela garantia de que a contraparte receba tudo aquilo que legitimamente espera na sequência da celebração do contrato. (...) Outras emanações do dever de lealdade são os deveres de não concorrência, segundo os quais após a venda de um estabelecimento o alienante se obriga a não

cooperação, impostos pela própria solidariedade contratual, evitando dificultar o cumprimento da obrigação e também os deveres de omissão e de segredo que impedem a revelação de informações sigilosas obtidas em razão da negociação.

Todos estes deveres acessórios estabelecem-se perante as partes contratantes, e não apenas em relação ao devedor, já que tais deveres não se encontram necessariamente orientados ao cumprimento da obrigação principal. Como explica Judith Martins-Costa, estes direitos “estão, antes, referidos ao *exato processamento da relação obrigacional*, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente.”⁵⁴⁰

A compreensão da boa-fé objetiva enquanto criadora de deveres acessórios somente é possível quando se entende que o contrato não envolve apenas uma única obrigação de prestar⁵⁴¹, bem como que o vínculo obrigacional também não se estabelece por ato único.⁵⁴² Cláudia Lima Marques alerta que “passa-se a visualizar o contrato como uma relação jurídica dinâmica, que nasce, vive e morre”⁵⁴³, vinculando durante certo tempo as partes contratantes.

Esta visão dinâmica do contrato possibilita responder à crise do direito contratual, permitindo observar o contrato durante toda a sua existência. Em outras palavras, o contrato não consiste apenas em uma obrigação de prestar, mas também numa obrigação de conduta.⁵⁴⁴

Na doutrina pátria esta teoria da obrigação como processo foi bem desenvolvida por Clóvis do Couto e Silva, para quem a “relação obrigacional tem sido visualizada, modernamente sob o ângulo da totalidade. O exame do vínculo

concorrer com o adquirente. Ou ainda o dever de sigilo quanto às informações obtidas por força do contrato.”

⁵⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 440.

⁵⁴¹ MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 198: “Tal criação de deveres jurídicos não expressamente estipulados pelas partes é possível se entendermos o sistema jurídico com uma totalidade sistêmica, disposta num processo, vocacionada para o adimplemento.”

⁵⁴² MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 191: “A relação obrigacional, sob essa nova perspectiva, passou a ser vista como uma totalidade que se desencadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor. Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos.”

⁵⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 80.

⁵⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 81.

como um todo não se opõe, entretanto, à sua compreensão como processo, mas antes, o complementa.”⁵⁴⁵

Esta inovação permite tratar a relação jurídica como uma totalidade, compreendendo o conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.⁵⁴⁶ Nas palavras de Couto e Silva, “dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontram, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.”⁵⁴⁷

A visualização da obrigação como um processo justifica porque, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar em razão de um dever acessório independente. Assim, a boa-fé objetiva torna-se um princípio jurídico de natureza normogenética, estabelecendo regras de conduta referentes ao comportamento exigível do bom cidadão, da pessoa diligente, expressa na noção do bom pai de família. Neste sentido, explica Mauricio Jorge Mota⁵⁴⁸:

A boa-fé é um princípio jurídico porque tem natureza normogenética, constituindo fundamento de regras, isto é, norma que está na base ou constitui *ratio* de regras jurídicas, porque constitui norma de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos, carecendo deste modo de mediação concretizadora do juiz ou do legislador. Além disso, tem uma importância estruturante porque consagra valores fundamentadores da ordem jurídica e tem capacidade deontológica de justificação.

⁵⁴⁵ SILVA, Clóvis V, do Couto e. *A Obrigação como Processo*, p. 05. Na doutrina portuguesa, vislumbra-se a sustentação da relação obrigacional como complexa, resumida na idéia de complexidade intra-obrigacional trazida por CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 586: “A complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta.”

⁵⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 443: “É que a concretização desses deveres instrumentais põe em relevo a concepção da relação obrigacional como totalidade e como um processo, porquanto, em regra, eles se configuram durante o desenrolar obrigacional, durante a tramitação da vida do contrato.”

⁵⁴⁷ SILVA, Clóvis V, do Couto e. *A Obrigação como Processo*, p. 08.

⁵⁴⁸ MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 192.

Com base nestas considerações, a obrigação contratual, em seu sentido mais atual, pode ser entendida como um dever global de agir conforme a boa-fé, objetivamente considerada, seguido nas várias fases das relações jurídicas que se estabelecem entre as partes de um contrato. Assim, na fase pré-contratual, das negociações preliminares à declaração de oferta, na contratual propriamente dita e mesmo na fase pós-contratual, “os contratantes devem agir com lealdade recíproca, dando informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações.”⁵⁴⁹

Por fim, a função de controle⁵⁵⁰ desempenhada pela boa-fé, estabelecida no artigo 187 do atual Código Civil⁵⁵¹, procura combater o abuso de direito⁵⁵², entendido

⁵⁴⁹ MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 196.

⁵⁵⁰ A relação intrínseca entre abuso de direito e função de controle da boa-fé é salientado pela doutrina portuguesa, como se observa das lições de TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*, p. 13: “Este princípio relaciona-se com a proibição do abuso de direito (art. 334º.). A conduta das partes não pode ser abusiva. Entende-se que há abuso de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito (cit. art. 334º.). Não é necessário que o agente tenha consciência de o seu procedimento ser abusivo; basta que o seja na realidade.”

⁵⁵¹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede, manifestadamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁵⁵² O conceito de abuso de direito foi bem delimitado em CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, p. 379: “O ato abusivo, então, é aquele que, não apenas causa dano a outrem, mas se torna reprovável por infringir deveres morais de justiça, equidade e humanidade, os quais existem acima do plano da legalidade. A teoria, embora não tenha resistido à crítica que a aproxima das concepções do Direito Natural, teve o mérito de introduzir a idéia de moralidade no exercício dos direitos. Percorrido este longo caminho, os doutrinadores passaram a buscar a construção científica do abuso do direito no cerne do direito subjetivo, procurando identificá-lo como resultado de uma contradição com um dos elementos valorativos do próprio direito.” Entre os doutrinadores lusitanos, um conceito bastante adequado de abuso de direito é o construído por CASTANHEIRA NEVES, *Questões-de- facto – questão-de direito ou o problema metodológico da juridicidade*, citado por ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito. Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, p. 22: “Um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) – e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que *juridicamente* se deverá entender por exercício abusivo de um direito.”

enquanto autônomo do ato ilícito⁵⁵³, embora o texto legal inadvertidamente o tenha inserido entre as modalidades de ato ilícito.⁵⁵⁴

Nesta perspectiva, a boa-fé constitui o limite imposto ao exercício do direito subjetivo, configurando-se como um importante instrumento de realização da função social.⁵⁵⁵ A relação estabelecida entre a boa-fé e o abuso de direito é explicitada com propriedade por Rosalice Fidalgo Pinheiro⁵⁵⁶:

Trata-se de trazer à lume um vetor externo para controle do exercício de posições jurídicas: o princípio da boa-fé, o qual desempenha uma vocação específica para intervir nas relações entre dois ou mais sujeitos, impondo-se como *standard*, isto é, como modelo de comportamento. Nessa perspectiva, há abuso do direito sempre que a conduta de um dos contraentes revele-se como contrária ao princípio da boa-fé, e de tal modo a se indagar se seria este o critério para alcançar a justiça contratual e limitar prerrogativas que não se encaixam na estrutura de direito subjetivo delineada pelo ordenamento jurídico.

⁵⁵³ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*, p. 290: “As teorias do abuso do direito, como se viu, desenvolvem-se na luta pela afirmação de uma autonomia dogmática em relação à concepção tradicional de ato ilícito, num claro sintoma da insuficiência do lícito e do ilícito compreendidos como entidades logicamente absolutas e abstratamente consideradas.”

⁵⁵⁴ A diferenciação entre o abuso de direito e o ato ilícito é tema espinhoso a ser tratado pela doutrina. Entende-se que a tarefa foi concluída com propriedade por CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, p. 381: “O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal (...). No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. (...) no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade.” Ademais, como sustenta PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*, p. 06: “Jogar o ato abusivo para o plano da ilicitude também não era mais do que uma forma de negá-lo.” Parcela doutrinária ainda identifica um movimento inverso, pelo qual seria o próprio ato ilícito reconduzido à categoria do abuso de direito. Neste sentido, vide as lições de WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*, p. 298: “Agora, é o próprio ato ilícito que é gradativamente reconduzido ao abuso do direito, no sentido de que a afirmação da antijuridicidade que lhe é inerente é crescentemente dependente do juízo de adequabilidade, sendo cada vez menos satisfatória sua concepção em termos de violação de um dever legal específico independentemente da interpretação completa da situação.”

⁵⁵⁵ CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, p. 384: “Nesta moldura, a doutrina do abuso do direito se ajusta perfeitamente, oferecendo ao julgador a possibilidade de identificar outras hipóteses, além daquelas previstas de forma expressa na lei, que igualmente possam ser qualificadas como condutas antijurídicas, violadoras de princípios jurídicos mutáveis, sensíveis e mais sintonizadas com a realidade social.”

⁵⁵⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*, p. 09.

Não se pode ignorar que o direito atual não comporta a visão absolutista dos direitos subjetivos, pois os mesmos são eminentemente funcionais.⁵⁵⁷ Assim, tais posições jurídicas são atribuídas pelo ordenamento jurídico com uma finalidade específica, que se apresenta como sua razão de existência.⁵⁵⁸ Portanto, como bem observa Duarte, “os direitos visam à satisfação de determinados interesses e seu exercício só é legítimo enquanto tiver em mira o atendimento destes.”⁵⁵⁹

Assim, ocorrerá abuso de direito sempre que o seu exercício exceder os limites impostos por sua finalidade, causando prejuízo a outrem.⁵⁶⁰ Desta forma, apesar do exercício de determinado direito subjetivo parecer legítimo, ao menos aparentemente, o mesmo afastou-se da realização dos interesses que foram o objetivo da norma que o confere, causando prejuízo a outrem.⁵⁶¹

Em outras palavras, esta função de controle estabelece que o exercício do direito do credor não pode exceder aos limites impostos pela boa-fé, sob pena de configurar abuso de direito. Como explica Heloísa Carpena, “assim como o ordenamento constitui o conjunto de regras sociais obrigatórias, o direito subjetivo, como parte da juridicidade, não poderia ter diferente natureza e finalidade, assumindo caráter social tanto na origem como na missão que se destina a desempenhar. O ato abusivo consistiria na atuação anti-social.”⁵⁶²

O abuso de direito teve uma dupla origem⁵⁶³, a primeira denominada de subjetivista porque somente assim reconhecia quando a pessoa agisse com a

⁵⁵⁷ A relativização dos direitos subjetivos é analisada com profundidade em PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*, p. 10: “Este despe-se de seu caráter ‘absoluto’ para se revestir de um caráter ‘relativo’: deixa de ser concebido apenas como entregue ao livre arbítrio de seu titular, para ser colocado a serviço dos interesses da coletividade. Esta realidade manifesta-se em um primeiro momento na propriedade para depois ser transportada para o contrato e para as situações subjetivas extrapatrimoniais.”

⁵⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. *O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial*, p. 130: “O Direito não deve tutelar condutas abusivas e inobediência de legítimos interesses, quer positivos (ligados ao adimplemento), quer negativos (ligados à ruptura da véspera contratual): está é uma elementar lição que ao final desde século transcende a discussão sobre a dimensão positivada da norma e alcança o plano dos princípios.”

⁵⁵⁹ DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 421.

⁵⁶⁰ A exigência de prejuízo a outrem, como elemento essencial do conceito de abuso de direito, é trazido por ABREU, Jorge Mauel Coutinho de. *Do Abuso de Direito. Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, p. 43 e 44: “A simples não actuação ou mesmo negação de interesses próprios pelo sujeito de um direito é juridicamente irrelevante enquanto não projectar na esfera de interesse de outrem. Só quando o referido comportamento for susceptível de causar um prejuízo não insignificante a um terceiro se configurará o abuso de direito.”

⁵⁶¹ DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 422.

⁵⁶² CARPENNA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, p. 379.

⁵⁶³ Neste sentido, vide MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 199.

intenção de prejudicar alguém; e a segunda, chamada objetivista, pela qual o ato poderia ser entendido como abusivo quando existente o exercício anormal do direito, ou, nas palavras de Pedro Baptista Martins, “são atos, portanto, que, praticados no exercício de um direito, isto é, dentro dos seus limites objetivos e sem a intenção de prejudicar, acarretam, todavia, a responsabilidade de que os realiza.”⁵⁶⁴

A teoria objetivista ganhou relevo, influenciando a positivação do abuso de direito no artigo 187 do atual Código Civil, e é a que interessa no momento, na medida em que é a mais adequada à tutela da confiança exigida pela boa-fé objetiva.⁵⁶⁵

Assim, no atual sistema positivo, o abuso de direito é aferido objetivamente, “ou seja, prescinde da consciência do agente de estar causando prejuízo a outrem, de agir excedendo os limites impostos pelos fins econômicos ou sociais do direito em causa. Basta o efetivo e manifesto ultrapassar desses limites para se ter a situação de ilicitude no exercício.”⁵⁶⁶

Na perspectiva da boa-fé, o abuso de direito assume quatro modalidades distintas. Primeiramente, existe a proibição de *venire contra factum proprium*, ou seja, a vedação de que a parte violadora de deveres contratuais aproveite-se da própria violação. Esta proibição surge em razão do princípio da confiança, assegurando a manutenção da situação legitimamente criada nas relações jurídicas

⁵⁶⁴ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso de Direito e o Ato Ilícito*, p. 35. O aspecto objetivo do abuso de direito é resgatado pelo autor, na mesma obra, mas em capítulos posteriores, quando afirma “O ato a qualificar-se será considerado apenas na sua objetividade, sem que possa oferecer qualquer interesse de ordem prática ou teórica a investigação das razões de natureza psicológica que teriam inspirado ao agente o exercício de seu direito.” (MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso de Direito e o Ato Ilícito*, p. 165).

⁵⁶⁵ A objetivação do abuso de direito possibilita enxergar sua existência para além da intenção do agente, como se reconhece em CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, p. 391: “O Código Civil de 2002 (...) consagrou de forma expressa a teoria do abuso do direito (...). A nova redação, inspirada no Código Civil português, acolhe e sintetiza as diferentes concepções do abuso do direito, impondo limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outras prerrogativas individuais. Tais limites serão estabelecidos tendo como parâmetros tanto o princípio da boa-fé objetiva, como os bons costumes e a função social e econômica dos direitos. De acordo com a noção legal de abuso introduzida pelo Código de 2002, o exercício de cada direito deve respeitar seu espírito próprio, buscando assim a realização do ideal de justiça além da letra da lei. O critério do abuso não está apenas na intenção de causar dano, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social.” No mesmo sentido, MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso de Direito e o Ato Ilícito*, p. 163: “Para que o ato realizado no exercício de um direito gere a responsabilidade do seu agente, basta que esse exercício se tenha verificado de maneira anormal ou irregular. Na apreciação da anormalidade o juiz não precisa ater-se à consideração do elemento intencional ou das razões subjetivas que teriam determinado o exercício do direito. A sua tarefa limita-se a examinar, à luz de dados materiais e objetivos, se o ato danoso transborda efetivamente da justa medida que o titular do direito deve observar por ocasião de seu exercício.”

⁵⁶⁶ DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 422.

contratuais por conta da confiança. Trata-se de uma regra de coerência, evitando a adoção de condutas contraditórias.

Duarte esclarece que o *venire contra factum proprium* pode resultar de ação ou omissão, pois “ocorre tanto quando se cria a confiança de que determinada conduta será adotada, e não o é, quanto no caso em que a confiança gerada é no sentido de nada será feito.”⁵⁶⁷ Desta forma, depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, causando prejuízo à outra parte contratante.⁵⁶⁸

Como se observa, esta primeira modalidade tutela a confiança das partes, porque não pressupõe necessariamente a má-fé ou culpa⁵⁶⁹, sendo aferida objetivamente do comportamento da parte contratante, bastando que tenha havido prejuízo a outrem.

Esta modalidade abusiva pode ser facilmente visualizada no cotidiano das relações de emprego, como ocorre, por exemplo, quando o empregador tolera continuamente pequenos atrasos de seu empregado, sem jamais impor qualquer penalidade disciplinar em razão disto, e posteriormente pretende a rescisão contratual por justa causa sob a alegação de desídia. A omissão do empregador gerou a confiança de que os pequenos atrasos eram tolerados, não esperando o empregado ser punido por conta dos mesmos. Assim, posterior rescisão contratual por justa causa acarretou surpresa outra parte contratante, causando prejuízo à mesma.

A segunda modalidade consiste na *supressio*, entendida como a supressão de determinadas faculdades jurídicas pelo decurso do tempo. Isto é, um direito não exercido por certo transcorrer de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-

⁵⁶⁷ DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 426.

⁵⁶⁸ MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 199.

⁵⁶⁹ A tutela da confiança fornecida pela teoria do abuso de direito é bem observada em MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 471: “O seu fundamento técnico-jurídico – e daí a conexão com a boa-fé objetiva – reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.”

fé.⁵⁷⁰ Esta possibilidade de abuso de direito encontra-se perfeitamente formatada ao princípio da imediatidade da punição disciplinar, visto que se o empregador não agir tão logo tenha conhecimento da falta disciplinar, eventual aplicação de penalidade em momento posterior configura abusividade deste direito, pois gerou a confiança de que aquela determinada conduta não seria mais punida disciplinarmente.

Em terceiro lugar há a *surrectio*, fenômeno inverso da *supressio*, pela qual nasce um direito em decorrência da prática continuada de certos atos, pois o comportamento continuado gera a expectativa de repetição. Quando a parte não repete a conduta esperada, conclui-se que age abusivamente ao descumprir o preceito da boa-fé. Esta hipótese também é freqüente no direito do trabalho, visto que o pagamento continuado de determinada benesse, ainda que não pactuada, enseja o dever de manutenção da prestação. Exemplo muito comum ocorre quando o empregador concede habitualmente determinado benefício, não previsto em lei, contrato ou norma coletiva, como a entrega de cestas básicas, sendo que a supressão desta entrega configura abusividade do empregador.

Por fim, há ainda a *tu quoque*⁵⁷¹ pela qual a parte que descumpriu determinada regra, legal ou convencional, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro contratante o cumprimento do preceito que ele próprio descumpriu.⁵⁷² Trata-se da vedação ética de tirar proveito da própria torpeza. Um exemplo concreto já presenciado desta modalidade de abuso de direito ocorre quando o empregador, através de seu regimento interno, estabelece a vedação de fumar no interior da empresa e o próprio descumpre esta norma. Portanto, eventual exigência de seu cumprimento em relação a seus empregados configuraria abuso de direito, não encontrando proteção no ordenamento jurídico.

Diante do exposto, as funções desenvolvidas pela boa-fé objetiva demonstram claramente que a mesma atua como um dos pilares fundamentais da nova realidade contratual, visto que além de ser limitador da liberdade contratual a

⁵⁷⁰ Esta modalidade de abuso de direito não se confunde com a prescrição, como esclarece MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 199 e 200: "Enquanto a prescrição encobre a pretensão pela só fluência do tempo, a *supressio* exige, para ser reconhecida, a demonstração de que o comportamento da parte era admissível segundo o princípio da boa-fé."

⁵⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 461: "A materialização da regra do *tu quoque* decorre do fato de que fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento."

⁵⁷² MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 200.

boa-fé também é criadora de novos deveres contratuais, anexos à obrigação principal.

3.3. BOA-FÉ E AS FASES DO CONTRATO DE TRABALHO

Considerando o exposto nos itens anteriores, conclui-se que a cláusula geral da boa-fé objetiva constitui um importante instrumento de oxigenação do direito das obrigações, não sendo diferente com o contrato de trabalho. Somente quando as partes agem de acordo com este *standard* de conduta é que será possível respeitar a função social do contrato de trabalho, pois esta exige a superação do interesses meramente egoísticos em favor da cooperação e da solidariedade.

O tema da boa-fé objetiva nos contratos de trabalho é muito extenso e constitui riquíssimo manancial para pesquisas acadêmicas.⁵⁷³ Portanto, não seria possível, nem é este o objetivo da presente dissertação, esgotar o tema da boa-fé neste ramo do saber. Ao contrário disto, o intento momentâneo é apenas demonstrar como esta cláusula geral da boa-fé encontra-se plenamente adequada à nova visão de contrato de trabalho, pautado na solidariedade e na busca da superação da autonomia da vontade e concretização da repersonalização do modelo contratual trabalhista. Ademais, este princípio desenvolve um papel especial na contratação laboral, como bem observa Américo Plá Rodríguez⁵⁷⁴:

Porém o mais importante a assinalar é que este princípio de boa-fé tem no Direito do Trabalho um sentido muito especial, em virtude do componente pessoal que existe neste ramo jurídico. O contrato de trabalho não cria somente direitos e obrigações de ordem exclusivamente patrimonial, mas também pessoal. Cria, de outro lado, uma relação estável e continuada, na qual se exige a confiança recíproca em múltiplos planos, em direções opostas e, sobretudo, por um período prolongado de tempo. Para o devido cumprimento dessas obrigações e a adequada manutenção dessas relações, torna-se importantíssimo que ambas as partes atuem de boa-fé. Por isso dizemos que a justificação e a aplicação deste princípio tem um significado, uma

⁵⁷³ Exemplo extraído desta mesma Universidade refere-se a obra “A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho”, escrita a partir da tese de doutoramento de Eduardo Milléo Baracat.

⁵⁷⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 424.

duração e uma necessidade muito superiores às que podem ter em contratos que se esgotam em um intercâmbio único de prestações ou em uma simples correspondência de prestações materiais.

A consideração da boa-fé como criadora de deveres acessórios é bastante ampla na contratualidade trabalhista, abrangendo desde a fase das entrevistas de emprego e tratativas até o período posterior à rescisão contratual.⁵⁷⁵ Assim, impõe-se primeiramente analisar, ainda que brevemente por conta do espaço e do tempo disponíveis no momento, as inflexões da boa-fé na fase pré-contratual, para na sequência discutir alguns deveres acessórios a serem respeitados durante a execução do contrato e, finalmente, verificar as imposições da boa-fé quando já extinto o contrato de trabalho.

A boa-fé objetiva enquanto criadora de deveres de proteção, lealdade e informação já na fase pré-contratual⁵⁷⁶ deve seu desenvolvimento às lições de Jhering, como relembra Menezes Cordeiro.⁵⁷⁷ Sua função nesta instância inicial da negociação destina-se à tutela da confiança na concretização de um contrato

⁵⁷⁵ Neste sentido já observava RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 427: “Descrevendo a jurisprudência Argentina, Carlos Pose classifica as aplicações do princípio da boa-fé em três grupos: as que se referem ao nascimento da relação de trabalho, as que versam sobre a execução do contrato e as que se relacionam com a extinção do contrato, observando que, embora o princípio alcance ambos os contratantes, em alguns momentos podem ser levadas com mais frequência as violações do princípio de uma ou de outra parte.”

⁵⁷⁶ A possibilidade de responsabilização pelo descumprimento dos deveres impostos pela boa-fé na fase pré-contratual independe do contrato ser concretizado posteriormente ou não. Neste sentido esclarece COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções Fundamentais de Direito Civil*, p. 51: “A responsabilidade pré-contratual pode, assim, justificar uma obrigação de ressarcimento a cargo do contratante que culposamente causa invalidade do negócio, ou, até, impor uma tal obrigação em certas hipóteses em que se celebre um negócio válido, ou em que se não chegue a concluir negócio algum, por ruptura das negociações.” O mesmo é destacado por CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 584: “A culpa in contrahendo portuguesa reporta-se às negociações em si; funciona, pois, com independência face ao futuro contrato como tal, isto é, sem consideração pelo facto de se ter obtido um contrato válido, um contrato nulo ou anulável ou coisa nenhuma.”

⁵⁷⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo I*, p. 231: “A culpa in contrahendo corresponde a uma descoberta de RUDOLF VON JHERING, abaixo examinada. No fundamental, ela diz-nos que antes da formação do contrato, as partes já têm diversos deveres a respeitar e, designadamente, deveres de proteção, de lealdade e de informação. Tais deveres visam prevenir que, nessa fase pré-contratual, alguma das partes possa atingir a confiança da outra, provocando-lhe danos. Além disso, eles recordam que a negociação contratual, embora livre, não deve ser usada para fins danosos, alheios à finalidade em jogo: a de procurar a eventual celebração dum contrato.” O mesmo se observa na obra CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 528 e 530: “A culpa in contrahendo veio à luz em 1861, mercê duma investigação realizada por RUDOLF VON JHERING. (...) Pode considerar-se que, para JHERING, a culpa in contrahendo é um instituto da responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade no contrato, uma das partes, que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indemnizar a outra pelo interesse contratual negativo.”

futuro.⁵⁷⁸ Assim, se é certo que ninguém é cativo a contratar, também é certo que a interrupção injustificada das tratativas, causando danos a outrem, configura ofensa à boa-fé.⁵⁷⁹

Como se observa, esta tutela da confiança antes mesmo da contratação consiste em inovação, pois na fase pré-contratual, que antecede a celebração de um contrato, não há normas que vinculem as partes. Sua justificativa reside nos deveres criados pela boa-fé, especialmente os de proteção, informação e lealdade.⁵⁸⁰ Idêntico é o entendimento de Inocêncio Galvão Telles quando explica que “tanto negociações propriamente ditas, ou preliminares do contrato, como na formação deste devem os interessados proceder segundo as regras de boa-fé; aquele que faltar a estas regras é responsável pelos danos que culposamente causar a outro.”⁵⁸¹

Embora a legislação trabalhista brasileira não traga regras específicas a respeito dos procedimentos seletivos para obtenção de emprego, é possível afirmar que o princípio da boa-fé objetiva, enquanto criador de deveres acessórios, constitui um instrumento de verificação da licitude dos mesmos. Portanto, vislumbra-se a exigência de respeito à boa-fé contratual nos primeiros momentos do procedimento de seleção, mesmo antes da celebração do contrato de trabalho.

⁵⁷⁸ A função de tutelar a confiança é lembrada por CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 583 e 584: “A culpa in contrahendo funciona, assim, quando a violação dos deveres de protecção, de informação e de lealdade conduza à frustração da confiança criada na contraparte pela actividade anterior do violador ou quando essa mesma violação retire às negociações o seu sentido substancial profundo de busca de um consenso na formação de um contrato válido, apto a prosseguir o escopo que, em termos de normalidade, as partes lhe atribuíram.” No direito do trabalho brasileiro, a tutela da confiança é tratada em BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 238: “É a tutela da confiança da contraparte, no entanto, que fundamenta o dever de a parte atuar de forma conseqüente, ou seja, de não poder interromper as negociações preliminares, sem qualquer justificativa, quando, pelo desenrolar das tratativas, tiver suscitado naquela a confiança de que o contrato seria concluído.”

⁵⁷⁹ Neste sentido, invocam-se as lições de FACHIN, Luiz Edson. *O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial*, p. 135: “Está claro, portanto, que há uma obrigação de agir segundo a regra da boa fé, e no terreno das ‘tratativas’ o não cumprimento dessa obrigação gera direito à reparação.”

⁵⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo I*, p. 399: “na fase da preparação dos contratos, as partes não devem suscitar situações de confiança que, depois, venham a frustrar; por exemplo, se um dos intervenientes tem uma intenção remota de contratar, não deve convencer a contraparte do contrário; a violação da confiança legítima provoca responsabilidade.”

⁵⁸¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*, p. 64.

Nesta fase pré-contratual a boa-fé objetiva impõe aos pretendentes a contratantes, que neste momento se colocam na posição de futuros empregado e empregador, os deveres de proteção, informação e lealdade.

Os deveres de proteção se destinam a preservar o co-contratante de danos à sua integridade pessoa (física e moral) e a de seu patrimônio.⁵⁸² Portanto, eventuais entrevistas e testes seletivos impostos pelo futuro empregador devem respeitar à intimidade do trabalhador, limitando-se a verificar suas capacidades laborais.⁵⁸³ Investigações discriminatórias, exigências de exames médicos não correlacionados à função exercida ou mesmo a solicitação de certidões negativas (Justiça do Trabalho, antecedentes criminais, etc.) configuram ofensa ao dever de boa-fé.⁵⁸⁴

Para Menezes Cordeiro⁵⁸⁵ a violação *in contrahendo* tem natureza obrigacional, com presunção da culpa-ilicitude, pois existe um dever específico de cumprimento, sendo justo que, não se verificando este, ao devedor caiba explicar como e porquê. Saliente-se que a tese esposada pelo jurista lusitano amolda-se perfeitamente ao princípio da proteção ao trabalhador, poupando-o de um ônus que dificilmente poderia se desincumbir.⁵⁸⁶ Idêntica preocupação, em afastar a exigência da comprovação de culpa por parte da vítima, é demonstrada por Fabíola Albuquerque, sob o fundamento de que “a manutenção da teoria clássica da culpa

⁵⁸² Neste sentido, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 87.

⁵⁸³ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 233: “Conforme já observado, as perguntas formuladas pelo empregador ao candidato devem ser contextualizadas em face da função e da capacitação profissional do trabalhador.”

⁵⁸⁴ Sobre os deveres de proteção nas entrevistas de emprego, vide BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 225 a 231. O tema também foi objetivo de investigação em DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 265: “Em tempos de pós-modernidade, jamais se viu tanta interferência patronal na vida íntima e privada do empregado, o qual já no seu exame admissional, submete-se a testes de caligrafia e de DNA. Isso sem falar na investigação de seu passado creditício ou na averiguação de que figurou, outrora, como reclamante em ação trabalhista.”

⁵⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, p. 406 e 407. A mesma idéia já se encontrava presente em sua tese de doutoramento, posteriormente publicada CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 585: “Esclareça-se, ainda, sempre pela *culpa in contrahendo* portuguesa, a natureza da responsabilidade em jogo. Trata-se de uma responsabilidade obrigacional, por violação de deveres específicos de comportamento baseados na boa fé. O que, em termos de Direito substantivo, revela, no essencial, em que, demonstrada a violação, presume-se a culpa da parte faltosa.”

⁵⁸⁶ A posição de Menezes Cordeiro é adotada no presente trabalho por entender-se melhor adequada ao contrato de trabalho que aquela proposta em DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, p. 84: “Na responsabilidade civil contratual, os chamados deveres comportamentais implícitos e anexos ao contrato de trabalho são sempre obrigações de *meio*. De consequência, o ônus da prova é, em regra, da vítima.”

colide com as exigências da modernidade, no tocante à imputação da responsabilidade civil.”⁵⁸⁷

Impõe-se também a obediência aos deveres de informação, o qual exigem a prestação de todos os esclarecimentos relacionados às futuras condições de trabalho.⁵⁸⁸ Da mesma forma, o trabalhador deve informar questões relevantes ao cargo que pretende ocupar.

Embora estes deveres sejam bilaterais, ou seja, exigíveis de ambas as partes em negociação contratual, a tutela do hipossuficiente assegura um maior rigor no seu cumprimento por parte do futuro empregador⁵⁸⁹, como bem assevera Menezes Cordeiro ao afirmar que “chega-se, por esta via, à ideia da protecção da *parte fraca* num contrato. O contratante que, por razões económicas ou de conhecimento, se deva considerar inferiorizado, tem como que o direito, na fase preliminar, a um esclarecimento e a uma lealdade acrescidos; quando os correspondentes deveres não sejam acatados, há responsabilidade por inobservância da boa-fé.”⁵⁹⁰

Exemplo rotineiro de descumprimento do dever de máxima informação nas contratações trabalhistas é encontrado nas hipóteses de contratos a prazo determinado, como o de experiência ou temporário, cuja duração é fixada em cláusulas vagas, estabelecendo o prazo de “até noventa dias”. Assim, quando o empregado é admitido, ao mesmo não é informada com precisão qual o período de vigência de seu contrato, mas apenas que este poderá se estender por até noventa

⁵⁸⁷ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, p. 228. A necessidade de se buscar a responsabilidade sem culpa pelo descumprimento de deveres gerados pela boa-fé ou pelo abuso de direito também é destacada por MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso de Direito e o Ato Ilícito*, p. 167: “Todas as vezes que as condições económicas ou os interesses sociais venham, pela sua complexidade, a reclamar a aplicação do princípio da responsabilidade sem culpa, não só ao legislador, mas igualmente ao juiz, se deve reconhecer a faculdade de repudiar a doutrina tradicional.”

⁵⁸⁸ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 236: “O empregador, por sua vez, também deve, de acordo com o dever de informar, prestar todos os esclarecimentos pertinentes ao emprego proposto, como o horário de trabalho, necessidade do labor em horas extras, domingos e feriados, viagens habituais, existência de insalubridade no local de trabalho, dentre outros relativos às exigências do trabalho.”

⁵⁸⁹ A exigência de cumprimento do dever de informação com máxima amplitude por parte do empregador também é reconhecida pelo civilista lusitano ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I. Conceito, Fontes, Formação*, p. 177: “Não é portanto viável determinar uma medida certa para a informação devida na formação dos contratos, que depende de uma multiplicidade de factores, alguns dos quais contraditórios. Mas há padrões que podem ser usados na solução de casos concretos. O padrão da máxima amplitude aplica-se aos contratos em que o sistema jurídico, reconhecendo o desequilíbrio institucional entre contratantes, protege o contratante débil, porque menos informado.”

⁵⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo I*, p. 400.

dias.⁵⁹¹ Trata-se de flagrante descumprimento ao dever imposto pela boa-fé, objetivando evitar futuro pagamento da indenização estabelecida no artigo 479 da Consolidação⁵⁹², caso o empregador rescinda antecipadamente o pacto celebrado.

Por fim, nesta fase pré-contratual são exigidos ainda os deveres de lealdade⁵⁹³, impedindo que qualquer das partes assuma comportamentos desviados da negociação que se entabula ou viole o sigilo sobre as informações obtidas

⁵⁹¹ O reconhecimento dos deveres de informação desde as tratativas, especialmente nos contratos de trabalho a prazo determinado vem sendo concretizado na jurisprudência do Tribunal Regional da 9ª Região, como se depreende do acórdão TRT-PR_ROPS 1234/2002, de lavra da juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu: “DECISÃO: em se tratando de Procedimento Sumaríssimo, dispensado o relatório e tendo a I. Representante do Ministério Público declarado a desnecessidade de manifestação, por unanimidade de votos, CONHECER DO RECURSO. No mérito, recolocado o processo em julgamento, por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO para reconhecer o direito a verbas rescisórias porque o contrato de experiência não é um simples contrato por prazo determinado, mas sujeito ao implemento de uma condição resolutiva. As partes ajustam que, durante determinado período, serão verificadas as condições de trabalho — pelo empregador, se o empregado tem as aptidões necessárias ao exercício da função e, pelo empregado, se o trabalho lhe é conveniente. Se, ao final do prazo, uma das partes não está satisfeita, tem o dever de informar à outra a condição que não se implementou, sob pena de o pacto passar à condição de contrato por prazo indeterminado. À semelhança do que se dá nas tratativas preliminares, em que se reconhece a responsabilidade pré-contratual permeada pelo princípio da boa-fé, também no contrato de experiência têm as partes o dever de lealdade e a conseqüente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa de celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumar a avença. Não se deve perder de vista que a Constituição Federal de 1988, como projeto de transformação social, afastou o dogma da autonomia da vontade dos domínios da relação de emprego, de modo a conformar o contrato de trabalho com sua finalidade social. Assim, o direito de o empregador dispensar o empregado deve ser exercido apenas quando existente motivo real e sério, sob pena de se verificar o abuso do direito de dispensar e afronta ao princípio da finalidade social do contrato de trabalho, fundado na boa-fé objetiva e na Constituição da República. O entendimento, aplicado à hipótese do contrato de experiência, impõe que a parte indique, especificamente, a condição que não se realizou, de forma a fazer legítima a ruptura, ao final do prazo avençado. Reforma-se para condenar a ré a pagar verbas rescisórias (aviso prévio de 30 dias, considerado o valor da maior remuneração (R\$540,35); décimo terceiro salário de 4-12; férias de 4-12 acrescidas do terço constitucional e FGTS no percentual de 11,2%), considerado o período de vigência do contrato (02-03-01 a 30-06-01) e a projeção do aviso prévio, e a pagar honorários de advogado, em face da declaração do autor (fl. 07), de que não pode demandar sem prejuízo do sustento próprio e da família. (...). Custas invertidas, pela ré, no importe de R\$ 40,00 (quarenta reais), calculadas sobre R\$ 2.000,00 (dois mil reais), valor arbitrado provisoriamente à condenação.” (sem grifos no original).

⁵⁹² “Art. 479. Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado, será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.”

⁵⁹³ O dever de lealdade pré-contratual seria de difícil definição em razão da amplitude de sua aplicação, como ressalta ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I. Conceito, Fontes, Formação*, p. 181 e 182: “O *dever* pré-contratual de *lealdade* é ainda mais difícil de definir e de delimitar (...). Mas há uma fronteira imposta pela boa fé: nas negociações, não há lugar para a deslealdade, devendo os contraentes agir em consonância com as normas e os usos honestos.”

durante esta.⁵⁹⁴ Situação concreta usual de descumprimento do dever de lealdade pré-contratual encontra-se nos contratos que não chegaram a ser concluídos em decorrência de interrupção injustificada das negociações.⁵⁹⁵ Imagine-se o caso de um trabalhador, vinculado a outro contrato de trabalho, que se submete a teste seletivo para vaga em determinada empresa, sendo aprovado em todas as fases e por isto se demite do emprego anterior. Contudo, o futuro empregado não conclui o contrato de trabalho que se mostrava como pronto a se formar, causando prejuízos ao trabalhador. Por certo houve descumprimento do dever de lealdade, configurando ofensa à tutela da aparência e da confiança que o trabalhador depositou no futuro empregador, ensejando a responsabilização deste pelos prejuízos causados, abrangendo não só os danos materiais emergentes (despesas com o teste) e os lucros cessantes (pagamento de salários até que seja obtido novo emprego), mas também o dano moral causado pela frustração e perda da confiança. Esclareça-se que esta responsabilização ensejaria a inversão do ônus da prova, como bem fundamentou Menezes Cordeiro⁵⁹⁶, cabendo à empresa comprovar que não agiu culposamente na interrupção das negociações.

Judith Martins-Costa⁵⁹⁷ resume as condições para a responsabilidade civil pré-contratual nos seguintes termos:

⁵⁹⁴ O dever de sigilo na fase pré-contratual é tratado por BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 237: “A parte que divulga informação que obteve por meio das negociações prévias a terceiros quebra o dever de sigilo, devendo ser responsabilizada por dano que este ato tenha causado à outra parte.” O mesmo é observado por ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I. Conceito, Fontes, Formação*, p. 184: “O *dever de sigilo* pode ser encarado como uma especificação do dever de lealdade. Dados de facto e conhecimentos técnicos revelados no decurso de negociações contratuais não podem ser aproveitados para fim diverso, se a informação disponibilizada pela contraparte não pudesse ser obtida por outra via.”

⁵⁹⁵ Fato observado por ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I. Conceito, Fontes, Formação*, p. 182: “As situações mais frequentes de violação do dever pré-contratual de lealdade respeitam a contratos que não chegaram a ser concluídos. Os casos em que a deslealdade é mais óbvia são aqueles em que uma iniciativa contratual (proposta ou convite a contratar) é tomada sem a intenção de celebrar qualquer contrato ou sem a intenção de contratar com algum ou alguns dos destinatários dessa iniciativa (...). A situação torna-se ainda mais clara, mas tal factor não é indispensável, se a intenção restritiva se vier a revelar através do desrespeito de regras de negociação predispostas por quem tomou a iniciativa de contratar (...). Nestas circunstâncias, os candidatos recusados terão direito a indemnização por *culpa in contrahendo*, não sendo improvável que com esta pretensão decorra uma outra baseada na ofensa de direitos de personalidade (por exemplo, discriminação em função do sexo, da raça ou da nacionalidade).”

⁵⁹⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 639: “Perante isto, a única alteração adveniente do admitir os aludidos deveres de protecção estaria no ónus da prova: passaria a jogar contra o devedor, obrigado a demonstrar, em caso de violação, que esta não operara por culpa sua.”

⁵⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 485 e 487.

A existência de negociações, qualquer que seja a sua forma, antecedentes a um contrato; a prática de atos tendentes a despertar, na contraparte, a confiança legítima de que o contrato seria concluído; a efetiva confiança, da contraparte; a existência de dano decorrente da quebra desta confiança, por terem sido infringidos deveres jurídicos que a tutelam; e, no caso da ruptura das negociações, que esta tenha sido injusta, ou injustificada – aí estão, sinteticamente postas, as condições da responsabilidade pré-negocial. (...) Na responsabilidade pré-negocial, os deveres que se violam, portanto, não são os deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial, deveres de cooperação, de não-contradição, de lealdade, de sigilo, de correção, de informação e esclarecimento – em suma, os deveres que decorrem da boa-fé objetiva como mandamento de atenção à legítima confiança despertada no futuro contratante e de tutela aos seus interesses.

O *standard* objetivo imposto pelos deveres acessórios decorrentes da boa-fé estendem-se também ao longo de toda a contratualidade, quando já formado o vínculo empregatício.

Assim, durante a vigência do contrato de trabalho, as partes também devem comportar-se dentro dos padrões da boa-fé objetiva. Ao empregador incumbe zelar pela dignidade do trabalhador, bem como por seus direitos de personalidade. Entre estes direitos insere-se a proteção à imagem, sendo vedado ao empregador utilizar indevidamente a imagem de seu empregado. O mesmo se diga em relação às vestimentas e aspectos exteriores do empregado, como feitura da barba ou corte de cabelo. Qualquer imposição de determinada vestimenta deve estar relacionada ao trabalho contratado e à organização da atividade empresarial.⁵⁹⁸

Segundo Eduardo Baracat, “não pode o empregador é impor ao empregado a utilização de roupas, sem causa justificada, que sejam ofensivas ou humilhantes ao empregado, tais como minissaias ou blusas decotadas a garçonetes ou vendedoras, sob pena de violação ao direito da imagem do trabalhador.”⁵⁹⁹

Na vigência do contrato de trabalho, cabe ao empregado também o dever de informação, que abrange a obrigação de comunicar ao empregador qualquer

⁵⁹⁸ Sobre o respeito ao direito à imagem do trabalhador, suas vestimentas e aspectos externos vide BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 248 a 252.

⁵⁹⁹ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 251.

anormalidade no desenvolvimento da atividade laboral. O empregado que omite dolosamente informações poderá ser responsabilizado pelos prejuízos que vier a causar.⁶⁰⁰ Os deveres de lealdade ainda teriam desenvolvido um papel especial no direito do trabalho, configurando os deveres de assistência do empregador, como explica Menezes Cordeiro.⁶⁰¹

Mesmo após a extinção contratual, existem diversos deveres que permanecem inalterados em razão da boa-fé objetiva como criadora de deveres acessórios.⁶⁰² Nas palavras de Menezes Cordeiro, “depois de extinto, pelo cumprimento ou por outra forma, um processo extinto, subsistiriam, ainda, alguns deveres para os ex-contratantes.”⁶⁰³ São mantidos os deveres de proteção, que visam impedir a provocação de danos mútuos às pessoas e patrimônios das partes envolvidas num contrato de trabalho já extinto. Isto significa que o empregador não poderá explorar a imagem do trabalhador, mesmo que a rescisão contratual já tenha ocorrido há vários anos. O mesmo vale para o empregado, que não pode denegrir a imagem de seu antigo empregador, sob pena de ser responsabilizado em razão da culpa *post pactum finitum*. Os deveres de lealdade que também subsistem determinam que as partes não devem adotar atitudes que possam significar aproveitamento da extinta posição contratual, causando prejuízos ao ex-contratante, incluindo ainda os deveres de sigilo e omissão (proibição de listas negras de trabalhadores, por exemplo).

O descumprimento destes deveres oriundos da pós-eficácia das obrigações enseja a responsabilização nos mesmos moldes já verificados na *culpa in contrahendo*. Menezes Cordeiro⁶⁰⁴ justifica os motivos que possibilitam a responsabilização na chamada *culpa post pactum finitum*:

⁶⁰⁰ A conduta da empregada grávida que dolosamente não comunica a seu empregador sobre seu estado gravídico é atualmente entendida como ofensiva ao dever de informação decorrente da exigência de cumprimento da boa-fé objetiva.

⁶⁰¹ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 607: “Os deveres acessórios de lealdade tiveram um papel de relevo no domínio do contrato de trabalho – quando a cargo do empregador dizem-se, então, deveres de assistência. (...) A evolução recente registrada na dogmática laboral tem recolocado os deveres de lealdade no lugar que lhes compete, como vinculações acessórias, ditadas pela boa-fé.”

⁶⁰² MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*, p. 201: “Insere-se a pós-eficácia das obrigações no âmbito da função integrativa da boa-fé objetiva como um dever lateral de lealdade.”

⁶⁰³ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 626.

⁶⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 630.

Na busca dos vectores materiais que concretizam a boa-fé nas ocorrências de pós-eficácia, deparam-se, no essencial, a confiança e a materialidade das situações em jogo. A confiança requer a protecção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na sua celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos intervenientes. A materialidade das situações exige que a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspectiva de correspondência literal com o acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvaziam de conteúdo. O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu.

Diante do exposto, evidencia-se que a boa-fé objetiva permite oxigenar o contrato de trabalho, dando-lhe feições éticas e sociais, configurando-se como importante instrumento no processo de repensar a contratualidade trabalhista. A grande potencialidade da boa-fé e a exigência de observação ao longo de toda a relação empregatícia, residem no fato de permitir que o contrato se ajuste a alterações quotidianas, impostas pelo próprio tempo.⁶⁰⁵ Assim, as partes contratantes devem manter seus comportamentos de acordo com o interesse maior, com a finalidade social deste contrato de trabalho, tornando-o eficiente mecanismo de dignificação do homem e de concretização da justiça social.

⁶⁰⁵ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*, p. 235. “não se trata, naturalmente, de uma norma de direito, mas de uma regra da vida. Afinal, em tudo que os cerca – e até em nós – o tempo imprime suas marcas.”

CONCLUSÃO

“Não há nada a concluir, porque nada está acabado.” (MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito).

O atual discurso econômico, que afeta inegavelmente a fala jurídica, impõe a flexibilização dos direitos sociais, especialmente o direito do trabalho, a valorização da autonomia da vontade, o respeito aos contratos e a primazia do negociado sobre o legislado. Tratam-se de valores apresentados como se fossem “novas perspectivas” aptas a salvar o país da crise mundial que assola a totalidade das economias.

Contudo, basta um breve resgate histórico para se verificar que este discurso não representa absolutamente nada de novo. Pelo contrário, pois refletem valores ultrapassados, típicos do liberalismo oitocentista, que já foram descartados em diversos ramos do direito.⁶⁰⁶ Mas o discurso seduz, apresentando-se como a panacéia para os males que afligem a humanidade.

O combate a esta cooptação do direito pelo capitalismo deve iniciar pelo reconhecimento fundamental do caráter contingencial do próprio discurso e dos instrumentos que o mesmo se apropria. Portanto, é preciso trazer o debate para o “chão”, reconhecendo seu posicionamento no mundo dos fatos, ou seja, é preciso combater as tentativas abstracionistas que tentam convencer que as coisas são como são e que não há nada a fazer senão entregar-se à lógica da produção e acumulação.

Tomada deste objetivo, a presente pesquisa acadêmica estudou um dos principais institutos disputados entre a visão patrimonialista e a personalista: o contrato de trabalho. O objeto de estudo demarca com precisão a crise dos tempos, pois se de um lado é inegável a função econômica exercida pelo contrato de trabalho, por outro lado não se pode ignorar que o mesmo é um dos principais instrumentos de emancipação e dignificação do homem concreto.

⁶⁰⁶ De modo especial, vale destacar o esforço do direito civil nas últimas décadas.

Para tanto, o estudo procurou desmistificar a vinculação ainda existente do contrato de trabalho ao modelo contratual clássico, fundado no individualismo e voluntarismo, o que se deixa transparecer pela função meramente econômica que usualmente se reconhece ao contrato de trabalho – acumular e circular riquezas. Para tanto, procedeu-se ao resgate histórico das bases da contratualidade clássica, no intuito de encontrar o elo perdido, a encruzilhada do caminho que desvirtuou a natureza ontologicamente social do contrato de trabalho.

O pressuposto para repensar o contrato de trabalho consiste no reconhecimento de que as funções atribuídas aos institutos jurídicos são contingenciais, dependendo dos valores sociais que são primados. Quer dizer, variam no tempo e no espaço, e neste campo devem ser enquadrados. Portanto, o contrato de trabalho não se encontra fadado a servir de instrumento exclusivo do capital, como forma de regular apenas mais um fator de produção.

Assim reconhecido, abre-se espaço para ingresso de valores sociais e éticos na contratualidade trabalhista, procedimento este que é estimulado pelo novo ordenamento jurídico-constitucional, cuja tendência nítida foi primar pelo bem coletivo, pela valorização do trabalho humano e por uma sociedade mais justa e solidária.

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 existente entre capital e trabalho. Na realidade, o que se propõe é a legitimação da função econômica do contrato através do cumprimento de sua função social.

A funcionalização social do contrato depende do reconhecimento da existência de um sujeito humano trabalhador, pessoa de “carne e osso”, com necessidades e desejos. Mas não basta apenas o reconhecimento teórico, pois a prática da contratualidade deve estar pautada pelo *standard* da boa-fé objetiva, especialmente enquanto regra de conduta criadora de deveres acessórios ao contrato.⁶⁰⁷

⁶⁰⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 700: “A simples referência legal, ainda que solene, a grandes princípios, a não ser precedida ou acompanhada de um esforço doutrinário e jurisprudencial de concretização e aplicação, é insuficiente para corporizar na prática a orientação pretendida.”

A abertura do ordenamento jurídico, sobremaneira pela adoção de cláusulas gerais, impôs um novo papel ao operador do direito: o de construtor efetivo do sistema, na medida que as porosidades, propositadamente deixadas pelo atual ordenamento jurídico, devem ser preenchidas pela construção doutrinária e jurisprudencial. O momento é de repensar o direito e assumir a responsabilidade decorrente deste compromisso.

Frise-se, novamente, que o presente trabalho não procurou de forma alguma esgotar o tema ou apresentar soluções prontas para todos os conflitos da contratualidade trabalhista. O objetivo momentâneo pode ser resumido nas brilhantes palavras de Fachin⁶⁰⁸:

O que se está metodologicamente reconhecendo é o fato de que o presente não passa de um elo nessa cadeia sucessiva, de modo que o estudioso não possa ter a pretensão de esgotar toda a corrente. É essa a visão que a travessia da interdisciplinaridade pretende oferecer, ou seja, ao mesmo tempo a abertura de um horizonte e o reconhecimento de que há alguns limites para os passos que podem ser dados.

Assim, o que se pretendeu, ainda que timidamente, foi corroborar as vozes que já se ouvem pregando a necessidade de repensar o direito do trabalho, principalmente o contrato de trabalho, permitindo ao mesmo se tornar o instrumento de justiça social que se potencial apresenta.

⁶⁰⁸ FACHIN: Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 241.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito. Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999.

AGUIAR JR, Ruy Rosado de. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. In Cláudia Lima Marques (Coord). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Responsabilidade Civil Pré-Contratual*. In Paulo Luis Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior (Coord). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I Conceitos. Fontes. Formação*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. *O Contrato de Experiência*. In Alice Monteiro de Barros (Coord). **Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá**. 2. ed., v. 1. São Paulo: LTr, 1994.

AMARAL, Francisco. *Directo Civil. Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O Contrato e sua Função Institucional*. Boletim da Faculdade de Direito. Stvdia Iuridica 48 – Colloquia 6. Coimbra: Coimbra Editora.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Darci Bessone de Oliveira. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. I. Coimbra: Almedina, 1997.

ARAÚJO, Francisco Rossal. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996.

ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARRUDA, Kátia Magalhães. *A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana*. Revista de Informação Legislativa. Ano 33 nº 132, out/dez 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. Curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação, Função Social do Contrato, Boa-fé Objetiva, Teoria da Imprevisão e em Especial Onerosidade Excessiva*. Cadernos de Direito. Piracicaba. nº 6, v. 4, 2004.

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

_____. *A vontade na formação do contrato de trabalho*. In José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord). **O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. *Eficácia jurídica dos princípios fundamentais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BOLAÑOS, Jose Antonio Capilla. *Curso Elemental de Derecho Del Trabajo*. Las Palmas: La Casa Del Abogado, 1989.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *A Responsabilidade Civil e a Hermenêutica Contemporânea: uma Nova Teoria Contratual?* In Paulo Luis Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior (Coord). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

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*. Revista Trabalhista, v. 2, abr/jun 2002.

BRITO, Rodrigo Toscano. *Função Social dos Contratos como Princípio Orientador na Interpretação das Arras*. In Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (Coord.). **Questões Controvertidas no novo Código Civil**. v. 2. São Paulo: Editora Método, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *O Direito de Propriedade e a Constituição de 1988: Algumas Considerações Críticas*. Cadernos de Direito. Piracicaba. nº 5, v. 3, 2003.

CAPELLA, Juan Ramos. *Fruta Prohibida – Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CARINCI, Franco; **TAMAJO**, Raffaele de Luca; **TOSI**, Paolo; **TREU**, Tiziano. *Diritto del Lavoro*. 3. ed., v. 2. Torino: UTET, 1992.

CARLEIAL, Liana Maria da Frota. *Ciência Econômica e Trabalho*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: Síntese, v. 36, 2001.

CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. . In Gustavo Tepedino (Coord). **A parte geral do novo código civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual*. In Gustavo Tepedino (Coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil – a teoria geral da relação jurídica seu sentido e seus limites*. v. I. Coimbra: Centelha, 1981.

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., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1982.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira; **CARDONE**, Marly Antonieta. *Direito Social: Teoria Geral do Direito Social, Direito Contratual do Trabalho, Direito Protecionista do Trabalho*. 2. ed., v. 1. São Paulo: LTr, 1993.

CHACON, G. Bayon; **BOTIJA**, E. Perez. *Manual de Derecho del Trabajo*. 6. ed., v. 1. Madrid: D. Marcial Pons, 1965.

CITTADINO, Gisele. *Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CORREAS, Óscar. *Teoría del Derecho*. Barcelona: Editorial María Jesús Bosch Sl, 1995.

_____. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*. Mexico: Fontamara, 1998.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In Luiz Edson Fachin (Coord). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas – Uma análise do ensino do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *A propósito do Novo Código Civil brasileiro*. In José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord). **O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções Fundamentais de Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Direito do Trabalho de Emergência*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, nº 30, 1998.

_____. *Função Social do Contrato Individual de Trabalho*. In Aldacy Rachid Coutinho, José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord).

Transformações do Direito do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Indisponibilidade de Direitos Trabalhistas.* Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: Síntese, v. 33, 2000.

_____. *Direito do Trabalho: a passagem do regime despótico para o regime hegemônico.* In Aldacy Rachid Coutinho e Célio Horst Waldruff (Coord). **Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho: Temas Atuais.** Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *O Ato Médico e os Direitos Trabalhistas.* In Newton Wierthorn da Luz; Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto e João Batista Thomaz (Coord). **Ato Médico: Aspectos Éticos e Legais.** Rio de Janeiro: Ed. Rúbio, 2002.

_____. *Autonomia privada na perspectiva do Novo Código Civil.* In José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord). **O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Subordinação Jurídica.* Texto Inédito.

CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo.* 3. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1949.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato Individual de Trabalho: Uma Visão Estrutural.* São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Transformações das Relações de Trabalho à luz do Neoliberalismo.* In Aldacy Rachid Coutinho, José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord). **Transformações do Direito do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira.** Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Inovações na Legislação Trabalhista. Reforma Trabalhista Ponto a Ponto.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Nulidade do contrato de trabalho e o Novo Código Civil*. In José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord). **O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, José Augusto. *A Ética e a Boa-Fé no Novo Código Civil*. In Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (Coord.). **Questões Controvertidas no novo Código Civil**. v. 1. São Paulo: Editora Método, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Relação de Trabalho e Contrato de Trabalho*. In Alice Monteiro de Barros (Coord). **Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá**. 2. ed., v. 1. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 2. ed., v. I. São Paulo: Saraiva, 1996.

DUARTE, Ronnie Preuss. *A Cláusula Geral da Boa-Fé no Novo Código Civil Brasileiro*. In Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (Coord.). **Questões Controvertidas no novo Código Civil**. v. 2. São Paulo: Editora Método, 2004.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação – na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

DWORKING, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. *Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea (Uma Perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural)*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

_____. *O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial*. In Luiz Edson Fachin (Coord). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Direito Civil Contemporâneo*. Revista Consulex, nº 18, 1998.

_____. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito ao Trabalho*. In Anna Maria de Toledo Coelho (Coord). **Estudos de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1992.

FIGUEIREDO, Ivanildo. *Efeitos do Contrato*. In Paulo Luis Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior (Coord). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 9. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996.

GODELIER, Maurice. *Trabalho*. In **Enciclopédia Einaudi**. v. 7. Imprensa Nacional – Casa da Moeda: Rio de Janeiro, 1986.

GOGLIANO, Daisy. *A Função Social do Contrato*. Cadernos de Direito. Piracicaba. nº 6, v. 4, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Orlando; **GOTTSCHALK**, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONDINHO, André Osório. *Função Social da propriedade*. In Gustavo Tepedino (Coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GUERRERO, Euquerio. *Manual de Derecho del Trabajo*. 2. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1963.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática Social, Ideologia e Direitos nos séculos XVII a XIX*. Separata de: Vértice. Coimbra, n° 340 e 341 e 342, 1972.

IHERING, Rudolf Von. *Estúdios Jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*. In Gustavo Tepedino (Coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

KAUFMANN, Otto; **KESSLER**, Francis e **KÖHLER**, Peter A. *Le Droit Social en Allemagne*. Paris: Lamy S/A, 1991.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

KONDER, Leandro. *Os Sofrimentos do Homem Burguês*. São Paulo: Ed. Senac, 2000.

LARENZ, Karl. *Base del Negocio Juridico y Cumplimiento de los Contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

_____. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Boa-fé Contratual*. In Paulo Luis Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior (Coord). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LEDUR, José Felipe. *A Realização do Direito ao Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

LEWICKI, Bruno. *Panorama da boa-fé objetiva*. In Gustavo Tepedino (Coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Princípios Contratuais*. In Paulo Luis Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior (Coord). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LUCAS, Javier de. *El Concepto de Solidaridad*. México: Fontamara, 1993.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1998.

MAGANO, Octavio Bueno. *ABC do Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MALLET, Estevão. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. In José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord). **O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. *A Maternidade no Trabalho*. Curitiba: Juruá, 1996.

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, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto Martins. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MATTEI, Ugo. *Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Rio de Janeiro: Padma. v. 6, abr/jun 2001.

MATTIETTO, Leonardo. *O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos*. In Gustavo Tepedino (Coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MAZURKEVIC, Arion. *A boa-fé objetiva: uma proposta para reaproximação do Direito do Trabalho ao Direito Civil*. In José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord). **O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausula patrimonial*. In Luiz Edson Fachin (Coord). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil*. *Júris Síntese* nº 16 – março/abril 2002.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Lisboa: Estampa, 1988.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*. 3. ed. Tomo XLVII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MORAES, Maria Antonieta Lynch de. *Resolução e Revisão dos Contratos por onerosidade excessiva*. In Paulo Luis Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior (Coord). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

MORAES FILHO, Evaristo de; **MORAES**, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.

MOTA, Mauricio Jorge. *A pós-eficácia das obrigações*. In Gustavo Tepedino (Coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NALIN, Paulo. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In Luiz Edson Fachin (Coord). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *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, , v.2., abr/jun 2002.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Noção e Objecto da Economia Política*. Coimbra: Almedina, 1996.

OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 1984.

_____. *Da Escravidão ao Contrato de Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro*. . In Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (Coord.). **Questões Controvertidas no novo Código Civil**. v. 1. São Paulo: Editora Método, 2003.

PEGORARO, Olinto. *Ética é Justiça*. 5. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERNOUD, Régine. *A Burguesia*. Mem Martins: Publicações Europa América, 1985.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

POZZO, Juan. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1948.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In Luiz Edson Fachin (Coord). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *O Direito de Não Trabalhar. In Tendências do Direito do Trabalho Contemporâneo – Coletânea de Estudos em Homenagem ao Professor Cesarino Junior*. São Paulo: LTr, 1980.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. In Gustavo Tepedino (Coord). **A parte geral do novo código civil**: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 6. ed., v. IV. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 18. ed, v. III. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na Modernidade. Ensaios*. 2. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

SADY, João José. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho: Função Social do Contrato*. Revista LTr, vol. 67, nº 07, julho 2003.

SALDANHA, Nelson. *Sobre o "Direito Civil Constitucional"*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: Síntese, v. 36, 2001.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine Generali del Diritto Civile*. 5. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugene Jovene, 1957.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A Função Social do Contrato, a Solidariedade e o Pior da Modernidade nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

SELEME, Sérgio. *Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo*. In Luiz Edson Fachin (Coord). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

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.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. In Gustavo Tepedino (Coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo; **MARANHÃO**, Délio; **VIANNA**, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 14. ed., v.1. São Paulo: LTr, 1993.

TARELLO, Giovanni. *Ideologias del Siglo XVIII sobre la Codificación y Estructura de los Códigos*. In *Cultura Jurídica e Política del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)*. Revista Forense n. 306.

_____. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In Carlos Alberto Menezes (org). **Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In Gustavo Tepedino (Coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRONTI, Mario. *Obreros y capital*. Madrid: Akal Ediciones, 2001.

TUPONI JÚNIOR, Benedito Aparecido. *Aspectos da Parte Geral do Novo Código Civil e suas implicações do Direito Individual do Trabalho*. In José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord). **O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. *Função Social da Propriedade no Novo Código Civil*. Cadernos de Direito. Piracicaba. n.º 6, v. 4 2004.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Márcio Túlio; **RENAULT**, Luiz Otávio Linhares. *O Que há de Novo em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego. Estrutura Legal e Supostos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.