

ROSEMARY DE OLIVEIRA PIRES

**A CONTRATUALIDADE EMPREGATÍCIA:
seu caráter ideológico e revisão crítica no pós-moderno**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para concessão do título de Doutora, elaborada sob a orientação do Professor Doutor Antônio Álvares da Silva

BELO HORIZONTE

2011

PIRES, Rosemary de Oliveira

A contratualidade empregatícia: seu caráter ideológico e revisão crítica no pós-moderno /Rosemary de Oliveira Pires

Belo Horizonte: UFMG 2011

262p.

Tese (doutorado) – UFMG/Faculdade de Direito / Belo Horizonte, 2011.

1. Contrato empregatício. 2.Ideologia. 3. Pós-moderno. I. Título

ROSEMARY DE OLIVEIRA PIRES

**A CONTRATUALIDADE EMPREGATÍCIA:
seu caráter ideológico e revisão crítica no pós-moderno**

Tese apresentada e defendida perante a Comissão Examinadora, constituída pelos seguintes Professores Doutores:

**Professor Doutor Antônio Álvares da Silva (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais**

**Professor Doutor
Universidade Federal de Minas Gerais**

**Professor Doutor
Universidade Federal de Minas Gerais**

Professor Doutor

Professor Doutor

Belo Horizonte, de de 2011.

“Os homens nascem, crescem e morrem em uma cultura de legitimação do poder de um grupo social sobre outro. Nas sociedades escravocratas, o filho do escravo era convencido, desde criança, da inevitabilidade de sua posição de dominado, a fim de não alimentar esperança alguma de lograr, um dia, libertar-se da condição servil. O servo da gleba, na Idade Média européia, era educado, sobretudo pela religião, a considerar como necessários os vínculos sociais que o prendiam ao senhor feudal. Da mesma sorte, o assalariado contemporâneo luta pela preservação de seu emprego e, se possível, pela melhoria das condições de trabalho, como um direito fundamental, que realmente é. Mas esse trabalhador não está, em geral, preparado mentalmente para contestar a legitimidade do poder dos patrões na organização empresarial. A persistência do trabalho assalariado em condições de subordinação é apresentada como uma espécie de dado da natureza, por razões de ordem “científica”, no quadro da teoria econômica, quando não é defendida com argumentos de ordem moral e até religiosa.” COMPARATO. Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 27-28.

“Todas as obras do homem, todas as suas criações podem ser refratadas segundo o ângulo da ideologia, o que, de resto, não põe em questão seu conteúdo específico. Só o homem mesmo, sujeito último da história e foco primeiro de toda angulação ideológica possível, não pode ser relativizado definitivamente em termos ideológicos.” VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia I; problemas de fronteira*, p. 101.

Dedicatória:

Ao meu Nado, companheiro que quero ter nesta vida e em outras, se houver;
Ao nosso João Pedro, pequeno anjo que embala meu sonho de um justo porvir;
Aos meus queridos pais, pelas preciosas horas de convívio que os estudos me privaram.

Agradecimentos:

- A todos os autores, juristas ou não, citados neste estudo, cujas lições busquei assimilar com respeito e admiração;
- Ao Prof. Arnaldo Afonso Barbosa, não só por seus estudos sobre a Pessoa em Direito que inspiram este trabalho, mas porque foi quem verdadeiramente me ensinou quase tudo que sei sobre a Ciência Jurídica e os valores da verdadeira Justiça;
- Ao Prof. Antonio Álvares da Silva, incentivo no ingresso, respeito nas idéias e estímulo nas reformas;
- Aos meus Mestres, na memória do grande Washington Peluso Albino de Souza;
- A Suely, da Pós, aos servidores do TRT da 3ª. Região e aos muitos amigos que guardo do lado esquerdo do peito.

RESUMO

No Direito Privado, a evolução conceitual do contrato chegou ao seu ápice através de sua categorização como negócio jurídico, a cuja estruturação concorrem necessariamente os pressupostos da igualdade e da liberdade das partes.

Eventos como o avanço da sociedade de massa, as grandes guerras mundiais e regionais, as crises econômico-financeiras do capitalismo interno e internacional, as políticas intervencionistas e planejadoras de governos liberais e socialistas, a globalização da economia, ocorridos especialmente a partir do século passado, desencadearam a chamada "crise do contrato", no seio da qual se perderam ou se esvaneceram aqueles atributos.

Entretanto, à manutenção do *status quo* da dominação política convém a conservação do discurso da igualdade e da liberdade nos espaços mais sensíveis e diretamente relacionados com a base econômica daquela dominação, insistindo na manipulação e legitimação de uma classificação totalitária de contratos para as mais diversas convenções, independentemente do grau de igualdade e liberdade na sua estipulação e na execução das respectivas obrigações. É esse fetiche da totalidade, da homogeneidade, que o pluralismo ético e científico do pós-moderno rejeita.

Em tal contexto, a subordinação do trabalhador ao capitalista, garantindo os interesses do capital não só através do comando dos processos de produção de bens e serviços, como também dos critérios da divisão de seus resultados, passa a exigir a retomada da crítica ideológica da contratualidade das relações de emprego.

A imprestabilidade do discurso ideológico à Ciência do Direito, trazida por Kelsen, volta à cena, e por Mata-Machado se conduz à construção de uma relação trabalhista integral porque humanizadora de todos os que integram o processo produtivo, garantindo-lhes a igualdade e a liberdade e, por elas, preservando e desenvolvendo a dignidade das pessoas, como determina o mandamento supremo constitucional.

contrato de trabalho - crise do contrato - ideologia – igualdade – liberdade - pós-moderno

ABSTRACT

In Private Law, the conceptual evolution of the contract reached its peak by means of its categorization as juridical business, for the structure of which the assumptions of equality and freedom of parties necessarily contribute.

Events such as the advance of mass society, the great world and regional wars, the financial-economic crises of internal and international capitalism, planning and interventionist policies of liberal and socialist governments, the globalization of the economy, which took place mainly as of the past century, have triggered the so-called “contract crisis”, in the midst of which those attributes were either lost or dimmed.

However, the preservation of the discourse of equality and freedom is convenient to the maintenance of the *status quo* of political dominance in spaces that are more sensitive to and directly related with the economic basis of said domination, insisting on the manipulation and legitimation of a totalitary classification of contracts to the most various conventions, regardless of the degree of freedom and equality in their stipulations and execution of their mandates. It is this fetish of totality, of homogeneity, that is rejected by post-modern ethical and scientific pluralism.

In such a context, the subjection of the worker to the capitalist, guaranteeing the interests of capital not only through the command of the processes of production of goods and services, but also the criteria used to share its results, starts to demand the reassumption of the ideological critique of contractuality of labor relations.

The uselessness of ideologic discourse to Law Science, brought to us by Kelsen, is back, and through Mata-Machado we are led to the construction of a wholesome labor relation, because it humanizes all of those involved in the productive process, thereby warranting equality and freedom and, through them, preserving and developing the dignity of people, as determined by the supreme constitutional commandment.

Labor contract, contract crisis, ideology, equality, freedom, post-modern

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 Panorama do tema escolhido	11
1.2 Plano estrutural do estudo	12
1.3 Quadro metodológico	13
2 A TEORIA DA CONTRATUALIDADE	15
2.1 A evolução conceitual e intercessões críticas sobre a contratualidade trabalhista	15
2.1.1 Considerações preliminares	15
2.1.2 O Direito Romano: do formalismo ao consensualismo	18
2.1.3 O Contrato Social: o consensualismo e a força obrigatória dos contratos	26
2.1.4 A definição de contrato no Código Civil francês e nos Códigos Civis italianos	29
2.1.5 O contrato como negócio jurídico e sua recepção pelo Código Civil brasileiro de 2.002.....	30
2.1.6 O negócio jurídico na teoria de EMILIO BETTI	37
2.2 O contrato como expressão máxima da liberdade e igualdade jurídicas	39
2.2.1 O voluntarismo e o individualismo como valores fundantes da contratualidade	39
2.2.2 Função da propriedade privada na contratualidade	42
2.2.3 A igualdade e a liberdade como consubstâncias da contratualidade	44
2.2.4 A igualdade como condição necessária da liberdade	50
2.2.5 Critérios de configuração da igualdade contratual	51
2.3 A crise da contratualidade e figuras controvertidas	55
2.3.1 Antecedentes da irrupção da crise da contratualidade	55
2.3.2 O impacto da crise na teoria da contratualidade	58
2.3.3 A defesa da extensão tipológica da contratualidade	68
3 A CONTRATUALIDADE TRABALHISTA	71
3.1 Direito do Trabalho, Direito Civil e Direito da Empresa	71
3.2 A natureza do fato jurígeno da relação de emprego	73
3.2.1 Considerações preliminares	73
3.2.2 Teorias contratualistas civis	76
3.2.2.1 Teoria da locação	76
3.2.2.2 Teoria da compra e venda	80
3.2.2.3 Teoria do mandato	82
3.2.2.4 Teoria da sociedade	83
3.2.3 Teorias contratualistas trabalhistas	85
3.2.4 Teorias anticontratualistas trabalhistas	95
3.2.4.1 Teoria do ato-condição	96
3.2.4.2 Teoria da inserção e da simples ocupação	98
3.2.4.3 Teoria da estabilidade no emprego	100
3.2.4.4 Teoria da inexistência da vontade contratual	101
3.2.5 No limite da discussão entre a não-contratualidade e a contratualidade	102

4 A IDEOLOGIA E A CONTRATUALIDADE	109
4.1 A crítica ideológica	109
4.1.1 O criticismo ideológico	109
4.1.2 A ideologia na fundação da Teoria Pura do Direito	111
4.1.3 A ideologia dos direitos subjetivos	119
4.1.4 A ideologia dos direitos reais	120
4.1.5 A ideologia do sujeito de direitos subjetivos	121
4.1.6 A ideologia do Direito Público e do Direito Privado	122
4.1.7 A ideologia do “Estado de Direito”	124
4.1.8 A ideologia do primado do Direito	125
4.1.9 A ideologia da interpretação do Direito	126
4.2 A ideologia do contrato empregatício como expressão máxima da subordinação consentida	126
4.2.1 Considerações preliminares	126
4.2.2 A ideologia da contratualidade empregatícia	127
4.2.3 A ideologia do princípio da proteção do empregado	129
4.2.4 A ideologia da subordinação consentida	130
4.2.5 Crítica das razões técnico-científicas da contratualidade genérica	138
4.2.6 Crítica das razões técnico-científicas da contratualidade empregatícia	145
5 HORIZONTES DA SUPERAÇÃO IDEOLÓGICA	145
5.1 A relação jurídica de emprego <i>de jure condito</i>	147
5.1.1 Considerações preliminares	147
5.1.2 A “pessoa física” do empregado como “coisa” ou sujeito jurídico	152
5.1.3 A “pessoa jurídica” da empresa como “coisa” ou sujeito jurídico	155
5.1.4 O empregado e a empresa: direitos e deveres em desequilibrada correlação	165
5.1.5 O ato jurídico stricto sensu: fato jurígeno da relação de emprego	167
5.2 A relação jurídica de emprego <i>de jure condendo</i>	168
5.2.1 Considerações preliminares.....	168
5.2.2 A reconstrução pós-moderna da relação jurídica de emprego	169
5.2.3 A “pessoa física” do empregado como Pessoa Humana	171
5.2.4 A Pessoa Coletiva da empresa	178
5.3 A relação jurídica de emprego como relação <i>inter tota</i>	188
5.3.1 Considerações preliminares	188
5.3.2 Paradigmas das relações jurídicas de trabalho no pós-moderno	191
5.3.3 Os paradigmas da justiça comutativa	192
5.3.3.1 A extracontratualidade das relações lineares	192
5.3.3.2 A contratualidade das relações lineares	195
5.3.4 Os paradigmas da justiça distributiva	199
5.3.4.1 A contratualidade das relações triangulares	199
5.3.4.2 A contratualidade das relações pentangulares	203
5.4 Sendas abertas aos novos paradigmas	204
6 PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS	205
REFERÊNCIAS	211

1 INTRODUÇÃO

1.1 Panorama do tema escolhido

O estudo empreende uma revisão crítica do entendimento que consagra a natureza contratual da relação empregatícia. Busca identificar a ideologia que envolve o discurso desta contratualidade, a sustentar e legitimar a subordinação do empregado ao empregador desde os primórdios da formação do Direito do Trabalho ocidental. No Brasil, o tema ganha contornos de contradição interna no sistema jurídico, em face do Código Civil de 2.002 que passou a regular os negócios jurídicos e não apenas os atos jurídicos, naqueles se situando os contratos, onde a autorregulamentação se apresenta como um elemento essencial.

A investigação científica inicia-se com a descritiva evolução do contrato no campo da Teoria Geral do Direito, até alcançar a crise conceitual atual em que uma de suas causas é o choque entre o elemento da autonomia da vontade, nuclear da teoria dos negócios jurídicos, e o que se denomina processo de socialização do Direito Privado, a exigir cada vez maior intervenção do Estado nas relações negociais entre particulares. Dá-se especial ênfase à análise da vigente classificação no direito positivo do contrato como negócio jurídico e não como mero ato jurídico, e daí a dificuldade de se admitir a manutenção do entendimento de que a relação empregatícia, cuja regulamentação é praticamente heterônoma, possa decorrer de um contrato, espécie que é dos negócios jurídicos. Passa-se, então, para a exposição específica das diversas teorias históricas da natureza da relação empregatícia, aí se atentando para as críticas doutrinárias que visaram superar cada qual, de modo a encampar a contratualidade no âmbito de todo o domínio normativo do Direito do Trabalho.

Analisa-se o comprometimento da consciência do empregado pela via do *status* contratual subordinativo, alienante da sua própria realidade pessoal e impeditivo de uma potencial construção da personalidade coletiva no ambiente em que labora. Em face da inexistência de igualdade negocial, decorrente em geral do desequilíbrio econômico real que é constatado entre os pólos pessoais dessa relação, considera-se a liberdade contratual construída pelo mecanismo da ficção jurídica.¹

¹ BEVILAQUA, Clovis. Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias. *Revista de Crítica Judiciária*, p. 58.

Dessa forma, a análise da contratualidade empregatícia é feita pelo espectro da identificação ideológica porque interessada e sem lastro na realidade dos valores que afirma realizar, que sobreleva e prefere o capital ao trabalho, fazendo-se instrumento legitimador da subordinação jurídica do empregado ao empregador, este dirigindo e comandando aquele. Avalia-se que, por essa via, também é proporcionado o congelamento da natural tensão entre as classes produtivas, decorrente de uma realidade negativa do direito do empregado a uma divisão justa dos frutos de seu trabalho pessoal, e à gestão coletiva da empresa onde ele despende sua força laboral e empenha sua vida ativa.

Procedido ao quadro expositivo e crítico, e uma vez confirmada a hipótese da pesquisa, o caráter propositivo da tese implica a indicação de bases teóricas possivelmente capazes de construir novas vias normativas, a fim de lançar a relação de emprego sob outros paradigmas, personalistas, coerentes com a tradição milenar greco-latino-cristã do mundo ocidental.

Segundo esses paradigmas personalistas, a contratualidade jamais poderá originar uma relação empregatícia subordinante, ante a *contradictio in terminis* do contrato subordinado.

O estudo buscará, com isso, construir modelos jurídicos reformadores e transformadores da atual relação empregatícia bipolarizada, individualista e subordinante, para uma relação de trabalho na empresa emancipatória, consentânea não apenas com a realidade produtiva, mas com a dignidade humana, tudo implicando na reconstrução do Direito do Trabalho no Pós-Moderno, assim verdadeiramente atualizado e justo.

1.2 Plano estrutural da tese

A tese está desenvolvida em quatro painéis: os dois primeiros, de caráter eminentemente cognitivo-expositivo, seguindo-se o terceiro de viés crítico, fechando-se o quarto e último sob missão propositiva, lançando bases para a reconstrução dogmática e axiológica da relação empregatícia.

Melhor explicitando, o primeiro traça um amplo panorama teórico, calcado em noções extraídas da Teoria Geral dos Contratos, com enfoque histórico para maior

compreensão de sua evolução e estágio conceitual atual e examinando a conformação como negócio jurídico, à luz do Código Civil brasileiro.

O segundo expõe as diversas teorias da natureza da relação empregatícia, sejam as de origem civil sejam as trabalhistas propriamente ditas, confrontando-as com a dominante teoria da contratualidade à luz específica do Direito do Trabalho, com seus aspectos problemáticos conseqüentes.

Segue o terceiro procedendo inicialmente ao estudo da ideologia, sob a ótica de seu interesse nas várias searas da Ciência do Direito, passando à pontual crítica da contratualidade no Direito do Trabalho feita, por hipótese, à consideração da inexistência real da razão e da vontade do contratante obreiro, estas correspondendo à consciência e à liberdade, respectivamente.

O quarto painel é dedicado ao estudo propositivo em que, a partir da dignidade da pessoa humana do empregado e da pessoa coletiva da empresa, é possível construir-se a relação empregatícia à luz de uma teoria personalista, que permita a evolução do Direito do Trabalho em cumprimento de sua missão histórica de regular o trabalho humano, na realização concreta dos seus altos valores individuais e sociais.

Ao final, lançam-se proposições conclusivas pertinentes à natureza da relação empregatícia atual sob a invocação de novos paradigmas trabalhistas.

1.3 Quadro metodológico

No processo de aferição da suposta contratualidade da relação de emprego, toma-se o conceito de negócio jurídico, do qual o contrato é espécie segundo o próprio Código Civil brasileiro de 2.002, como o ato pelo qual as partes regulam os próprios interesses, tendo por marco teórico a doutrina original aqui eleita e extraída de BETTI.²

Para ele, são os interessados que, por assim lhes convir, definem uma linha de *conduta futura*, através de uma declaração vinculativa e, por isso mesmo, *preceptiva ou dispositiva*, de modo que os particulares dispõem para o futuro, vinculando-se. Tal preceito ou disposição tem origem na autonomia da vontade privada e não na autoridade estatal. Há, portanto, a autorregulamentação dos interesses próprios, fundada na autonomia privada e independente do ministério de uma autoridade superior, que se realiza direta, individual e concretamente, por conta dos interessados e tendo por objeto determinados interesses próprios, atuando o ordenamento jurídico tão-somente na apuração das suas conseqüências,

² BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*.

guardadas apenas as disposições de ordem pública e dos bons costumes. Promove-se, nesse ponto, a necessária discussão sobre a assentada visão contratualista da relação de emprego e os interesses que ela oculta, com os problemas teóricos e práticos que daí decorrem.

Por hipótese, como já mencionado, acredita-se falsa a natureza contratual do fato jurídico que dá origem a todas as relações de emprego, ante a ausência de igualdade e liberdade negociais tanto na celebração desse suposto contrato quanto na execução das obrigações que dele decorreriam em face da subordinação do empregado à empresa. Tal hipótese é reforçada pelo regramento maciço do contrato, através da legislação estatal de natureza cogente a conferir praticamente todos os direitos trabalhistas vigentes na relação, inclusive impeditivo da renúncia ou transação *in pejus* do empregado.

Cabe esclarecer porque o estudo, por seus objetivos propostos, se afirma de caráter crítico e propositivo: crítico da atribuição da natureza contratual à relação de emprego, por hipótese a ser verificada, considerada ideológica; E, se confirmada essa hipótese, propositivo de natureza jurídica contratual ou extra-contratual, mas adequada ao estatuto da dignidade de todas as Pessoas envolvidas no trabalho na empresa.

A propósito esclareça-se que a crítica será empreendida em dois planos: no plano ideológico e no técnico-científico.

A *crítica ideológica*, correspondente à crítica externa das proposições, coloca o pensamento ou a proposição em relação com o dado extra-teórico, buscando uma explicação para o erro do pensamento fora do próprio processo mental, ou seja, buscando as legalidades que imperam sob as “proposições falsas”, ou as “fontes externas dos erros do pensamento”.³

Já a *crítica técnico-científica* efetivar-se-á mediante a aplicação do instrumental propiciado pela lógica e pela teoria do conhecimento. Como diz GEIGER, é interna a crítica quando centrada “no plano teórico sobre o conteúdo de verdade das proposições”⁴, função da lógica e da gnoseologia, essa de decidir sobre a verdade e a falsidade das proposições, seja por razões formais, seja por equívocos de observação.

Melhor detalhando, no plano da *crítica ideológica*, o estudo desdobrar-se-á em duas etapas: Preliminarmente, tratar-se-á de esclarecer o sentido mesmo da ideologia atribuída, por hipótese, às proposições que afirmam o caráter contratual da relação de emprego. Na segunda etapa será conferida a possibilidade de se vincular esse sentido a tais proposições.

³ GEIGER, Theodor. *Ideologia y Verdad*, p. 149-150.

⁴ GEIGER, Theodor. *Ideologia y Verdad*, p. 146 e 149.

No plano da *crítica técnico-científica*, a teoria contratualista da relação de emprego será examinada à luz dos pressupostos da igualdade e da liberdade que sustentam a possibilidade de autorregulamentação, como elementos essenciais e próprios dos negócios jurídicos dos quais o contrato é a espécie mais egrégia.

A trilha metodológica seguirá um estudo interdisciplinar, com análise de conteúdos doutrinários jurídicos, sem olvidar as intercessões teóricas de ciências conexas ao Direito, como a História, a Filosofia, a Economia, a Política e a Sociologia.

Especificamente, envereda-se pela vertente dogmático-teórica, ao se propor apreciar e analisar a norma do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, na qual se sustenta a filiação do campo juslaboral à teoria contratualista da relação de emprego, trabalhando, pois, nesse elemento interno do ordenamento jurídico. Mas não se limitará o estudo às relações normativas de forma apenas interna, pois que interessará, além da eficiência, a eficácia dessa formulação normativa.

Os tipos metodológicos serão o exploratório, a buscar as razões de toda ordem que levaram a tal construção dogmática; o descritivo, a decompor os diversos aspectos do problema jurídico da contratualidade nas relações laborais, e também o jurídico-prospectivo, na medida em que parte das condições reais para formular bases de um novo regime jurídico para as relações laborais, de modo a propor mudanças legislativas e redirecionamento doutrinário e jurisprudencial.

A técnica de pesquisa a ser adotada é a de análise de conteúdo, tendo por objeto a legislação, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas.

Quanto à sua natureza, serão examinados dados primários em pesquisa das leis e da jurisprudência, bem como dados secundários, sustentados em pesquisas que abordam os temas da contratualidade e da relação de emprego.

2. A TEORIA DA CONTRATUALIDADE

2.1 A evolução conceitual e intercessões críticas sobre a contratualidade trabalhista

2.1.1 Considerações preliminares

O estudo do Direito, ciência cultural, não pode desprezar o conhecimento histórico de seus institutos à luz das concepções filosóficas, políticas e econômicas de cada

época, a fim de remontar o meio em que se intentava a realização dos valores nele inseridos, tornando mais compreensível a forma em que foram estruturados, suas características e peculiaridades, assim melhor permitindo a reforma ou a construção de seus institutos.

Nas palavras de SILVA:

“A História não faz o papel de quiromante nem é leitora do futuro. Mas, fazendo parte da experiência humana, mostra o que aconteceu e pode, até certo ponto, dar ao homem, que é o ator da história, elementos para prevenir ou induzir acontecimentos. Portanto, (...) pode ajudar a entender o que é e dar elementos para se deduzir o que deva ser.”⁵

Nesse sentido, a investigação científica exige um olhar para além da regra de que o direito nasce apenas com o fato, sendo mero reflexo automático da realidade, pois deve ser admitido também como “fruto de aspirações justiceiras e de pensamentos humanos”.⁶

Com isso, é possível não só uma visão global do direito, mas uma percepção crítica do mundo⁷, apta a desenvolver a Ciência jurídica sem sobressaltos.

Entretanto, ao mesmo tempo em que impende o saber histórico da contratualidade, tem-se, *in casu*, dados os espaços imensos e os níveis de profundidade em que ela brotou e se desenvolveu, que este estudo limita-se a um simples apanhado ou, em outros termos, a alguns significativos limiares de seu desenvolvimento, com ênfase nas construções originais do Direito Romano.⁸

A doutrina aponta que a história da contratualidade, qualquer que tenha sido a comunidade jurídica em que ela medrou – e em todas medrou –, certamente que nas suas raízes mais remotas é coetânea dos primórdios da própria Humanidade organizada.⁹

Com efeito, não teria sido possível a vida coletiva sem um constante intercâmbio entre os seus componentes. Se destituída de um sem-número de espécies de relações negociais entabuladas voluntariamente, a propósito de necessidades e interesses individuais e grupais,

⁵ SILVA, Antonio Álvares da. *Reforma do Judiciário: uma justiça para o século XXI*, p. 17.

⁶ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*, p. 4. Cf. a propósito, ainda, SILVA, Antonio Álvares da. *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 2 e OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*, p. 63.

⁷ VIANA, Márcio Túlio. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et alli*. *O Novo Contrato a Prazo: teoria, prática e crítica da Lei 9.601/98*, p. 33. No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*, p. 01.

⁸ Escrever a história “da *obligatio* e o surgir sucessivo de suas diversas fontes constitui um dos temas mais árduos de toda a história do direito romano, e sobre muitos pontos não podemos adiantar senão meras hipóteses.” adverte FRANCISCI, Pietro de. *Sintesis Historica del Derecho Romano*, p. 169.

⁹ “Tão velho como a sociedade humana e tão necessário como a própria lei, o contrato se confunde com as origens do direito.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Contratos: princípios gerais; tendências do direito contratual contemporâneo; abrandamento dos princípios tradicionais; intervenção estatal crescente; impacto do código de defesa do consumidor*. *Revista dos Tribunais*, p. 11.

sem a aquisição de serviços e bens mediante acordos em maior ou menor grau consentidos entre os que deles dispunham e os que deles necessitavam ou por eles se interessavam.

Em outros termos, cabe afirmar que o contrato surgiu com a consciência do homem de sua individualidade em relação à coletividade, ali exaltando sua vontade e personalidade, no mesmo passo em que se instrumentalizou a harmonização dos diversos interesses existentes dentro dessa mesma comunidade. A coexistência das diferenças entre os iguais exige tolerância, acordos, consenso.

Se o contrato serviu, em sua história inicial, para atender interesses econômicos, com o passar do tempo e hoje com ainda mais ampliada e generalizada aplicação, avançou em sua função afirmadora dessa harmonização de diversos outros interesses no contexto social:

“Paralelamente à função econômica, aponta-se no contrato uma outra civilizadora em si, e educativa. Aproxima ele os homens e abate as diferenças. (...) Aquele que contrata projeta na avença algo de sua personalidade. O contratante tem a consciência do seu direito e do direito como concepção abstrata. Por isso, realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica total. Como fonte criadora de direito, o contrato assemelha-se à lei, embora de âmbito mais restrito. Os que contratam assumem, por momento, toda a força jurídica social. Percebendo o poder obrigante do contrato, o contraente sente em si o impulso gerador da norma de comportamento social, e efetiva este impulso.”¹⁰

Enquanto havida entre particulares livres e iguais, a contratação de qualquer objeto lícito legitima o poder obrigante e satisfaz a mencionada função civilizadora.

Mas e quando inexiste essa igualdade e tal compromete a liberdade de uma das partes a ponto de exigir a regulamentação intensiva do Estado? Em qual condição jurídica o trabalho humano veio sendo utilizado ao longo da história da Humanidade? Por que o Direito do Trabalho, desde seu surgimento, se serviu do contrato e ainda assim teve que caminhar na proteção cogente dos direitos dos empregados? O contrato se presta a legitimar a existência da relação empregatícia e consagrar o poder obrigante em favor do trabalho e do capital igualmente? Decorre do contrato empregatício um impulso gerador da norma de comportamento social? O contrato empregatício empreende um “processo progressivo” de conquista dos direitos dos trabalhadores, ou seja, a autonomia da vontade negocial funciona para ampliar os direitos já previstos nas normas cogentes? Se além do contrato se faz necessária a heterorregulamentação para o estabelecimento de um mínimo de garantias em prol do empregado, a que ou a favor de quem se presta o contrato empregatício? Pode-se negar que o poder derivado do contrato empregatício serve ideologicamente ao cumprimento da prestação laboral subordinada?

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*, v. 3, p. 11.

Quer crer-se que o estudo histórico da contratualidade no âmbito mais amplo da Ciência do Direito poderá dar rumo a algumas respostas.

Ao escorço histórico geral far-se-á, quando cabível, um paralelo crítico da contratualidade empregatícia atual, a fim de analisar o estágio científico em que se encontra o Direito do Trabalho.

2.1.2 O Direito Romano: do formalismo ao consensualismo

As primeiras referências teóricas ao contrato já são encontradas na sofística grega¹¹, mas foram os romanos que ofereceram ao mundo do Direito o legado de idealizá-lo e estruturá-lo, ainda que seus contornos conceituais não guardem total identidade com os adotados pelas legislações contemporâneas.

Mas os romanos não cuidaram de teorizar o tema dos contratos, assim como não o fizeram em relação a outras instituições; nem mesmo legaram uma simples definição do contrato nos seus mais de mil anos de construção jurídica.¹²

O gênio romano, de orientação marcadamente prática e nada especulativa, cuidava antes das técnicas de elaboração e de aplicação do direito do que de sua formulação doutrinária; cuidava antes da ação do que da reflexão. Assim, o que o Direito Romano em matéria contratual oferece à historiografia é antes uma desenvolvida tipologia contratual do que uma teoria contratual.¹³

Veja-se que a classificação dos contratos atribuída a GAIUS, cujas Instituições tinham um sentido mais acadêmico e pedagógico, em reais, verbais, literais e consensuais, não se faz acompanhar do conceito de qualquer uma dessas classes, embora seja “o único lugar seguramente clássico no qual se encontra um tratamento sistemático dos contratos.”¹⁴ Sobretudo, pois, através das características dos tipos que se foram desenvolvendo paulatinamente através dos séculos é que se tem como melhor especular ou vislumbrar as concepções que sob os mesmos imperavam.

¹¹ PLATÃO. *A República*, livro 2, p. 358.

¹² “Construção”, sim, mas não no sentido moderno, pois “na elaboração de sua ciência, os juristas romanos não procedem por construção, à maneira dos geômetras, sobre a base de certos axiomas como o da liberdade primitiva do indivíduo, ou da soberania da lei. Mas, como Aristóteles, eles observam o dado social natural; sua jurisprudência está voltada para o conhecimento das coisas (D. I.I.10.2); as Institutas de Gaio constituem uma descrição das coisas e da natureza das coisas.” VILLEY, Michel. *Préface historique à l'étude des notions de contrats*, p. 07.

¹³ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, v. 3, p. 241.

¹⁴ VOICI, Pasquale. *La Dottrina Romana del Contratto*, p. 69.

No Direito Romano, o *contractum* era, juntamente com o *pactum*, uma das espécies de *conventio*, os quais se distinguiam porque só os contratos possuíam denominação (comodato, mútuo e compra e venda, p. ex.), exteriorização material da forma (exceto os quatro contratos consensuais, que eram a compra e venda, locação, mandato e sociedade), bem como eram dotados de sanção, ou seja, da *actio* que era conferida ao credor, de modo que só estes geravam obrigações judicialmente exigíveis.¹⁵

Melhor esclarecendo, os romanos colocavam a ação antes do direito subjetivo, idéia ainda no mínimo obscura para a sua cultura. Tinha direito quem tinha ação e não o contrário, como é usual pensar-se hoje.¹⁶

No Direito Romano pré-clássico, caracterizadamente formalista e ritualista, não eram contratuais as simples convenções, ou seja, aquelas cuja prática não implicava o emprego de determinadas palavras (*verba*), ou lançamento por escrito (*litterae*) ou a tradição de alguma coisa (*res*)¹⁷.

Notável, pois, observar-se a desvalorização da vontade subjetiva em relação à objetividade de comportamentos, formas e ritos na celebração dos contratos.¹⁸

Esse formalismo em matéria contratual encontrava-se também no velho direito germânico, assim como no mais remoto direito francês.¹⁹ Não só nestes ordenamentos e nem

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*, v. 3, p. 09. Pelo termo *contractus* “não se entendia nunca o negócio destinado a criar vínculos familiares ou a constituir direitos reais, a dissolver ou a modificar obrigações como podem ser, por exemplo, a adoção, o casamento, a *solutio* e qualquer outro negócio liberatório, mas apenas e exclusivamente o contrato obrigatório”. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, v. 3, p. 239. Apesar de não conferirem direito de ação, os pactos eram bem mais freqüentes e numerosos que os contratos. ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*, p. 07. A fusão dos contratos e dos pactos só veio a ser operada pelo direito moderno. MAY, Gaston. *Éléments de Droit Romain*, p. 289.

¹⁶ Enquanto hoje se fala dos direitos do comprador e dos direitos do vendedor, os romanos, diferentemente, falavam de *actio ex empto* e de *actio ex vendito*. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano: ejercicio y defensa de los derechos*, p. 98-99. E ainda, como melhor esclarece KASER: “A pretensão jurídico-privada que está na base da *actio*, não passou de um puro reflexo do fato de a ordem jurídica, sob certas condições, prometer a outorga de uma proteção jurídica num processo a iniciar-se com a *actio* (como ato de demanda).” KASER, Max. *Direito Privado Romano*, p. 57.

¹⁷ Essa postura formalista e sob ritos era favorecida pelo fato de “a custódia do direito, na época antiga, estar confiada aos sacerdotes, a quem eram familiares os procedimentos rituais em virtude do culto dos deuses.” KASER, Max. *Direito Privado Romano*, p. 62. Entre os antigos, a religião não consistia, como hoje, num corpo de dogmas ou uma doutrina sobre Deus, mas um conjunto de “ritos, cerimônias, atos de culto exterior. A doutrina era pouca; as práticas é que eram importantes; elas é que eram obrigatórias e imperiosas.” COULANGES, Fustel. *La Cité Antique*, p. 195. Daí porque a idéia do direito era inseparável do emprego de certas palavras sacramentais: “Se fosse o caso de uma obrigação a contratar, uma das partes devia dizer: *Dari spondes?* e a outra devia responder: *Spondeo*. Se essas palavras não fossem pronunciadas, não havia contrato... Pois o que obrigava o homem nesse direito antigo não era a consciência nem o sentido do justo; era a fórmula sagrada. Essa fórmula pronunciada entre dois homens estabelecida entre eles um laço de direito. Onde faltava a fórmula, faltava o direito.” COULANGES, Fustel. *La Cité Antique*, p. 224.

¹⁸ Tal característica foi pontuada por CHAMOUN, ao deter-se sobre a formação dos atos jurídicos em geral. CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*, p. 83.

¹⁹ MAY, Gaston. *Éléments de Droit Romain*, p. 288.

só em matéria contratual, mas em relação a todo direito antigo, diz JHERING, o formalismo é um fato indiscutível.²⁰

Em 428 a.C., por efeito da *Lex Poetelia Papiria*, a garantia do cumprimento da obrigação passou do corpo para os bens patrimoniais do devedor inadimplente (*pecuniae creditae, bona debitoris, non corpus obnoxium esse*), revolucionando o conceito obrigacional moderno de obrigação, na medida em que “ganhou corpo a impessoalidade da obrigação, ou, quando menos, desprestigiou-se aquela excessiva personalização do vínculo obrigacional.”²¹

PEREIRA aponta um evidente exagero no movimento patrocinado por juristas mais recentes, citando GAUDEMET e POLLACO, de repudiarem a personalização da obrigação a ponto de defini-la como “relação entre dois patrimônios”, “pois que a relação jurídica se estabelece entre pessoas, e não entre pessoas e bens, e menos ainda entre acervos bonitários.”²²

Assim, deve ser esclarecido que, criada a obrigação entre pessoas, apenas na execução se atinge o patrimônio do devedor, ali repousando as noções de garantia e responsabilidade.

Diante do avanço histórico no direito obrigacional, deixando de pesar a inadimplência do devedor sobre sua própria pessoa, questiona-se estar o Direito do Trabalho ainda atrasado na adoção de imperativo normativo semelhante ao da *Lex Poetelia Papiria*.

É que, ainda hoje, as sanções por provável infração contratual atingem o empregado em seus direitos de personalidade (nome, imagem, liberdade, *ad exempla*) e não apenas em seus direitos patrimoniais. O direito disciplinar detido pelo empregador é exercido por meio das penalidades de advertência, suspensão e dispensa, avaliadas e aplicadas *ex officio*, segundo seu entendimento unilateral, sem previsão legal de direito de defesa pelo empregado.

O argumento que se colhe quanto à impossibilidade de aplicação de multa contra o empregado é que o ordenamento jurídico veda o desconto salarial.²³ Essa alegação, todavia,

²⁰ JHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*, p. 176.

²¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, v. 2, p. 10. Cf., ainda, no mesmo sentido, FRANCISCI, Pietro de. *Sintesis Historica del Derecho Romano*, p. 173. Vale ressaltar que a redução da personificação do devedor não se confunde com a sua indeterminação na relação obrigacional, pois é preciso haver a individualização precisa dos sujeitos obrigacionais e, se momentaneamente indeterminado um deles, é de mister sua determinabilidade, conforme ensina PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, v. 2, p. 16.

²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, v. 2, p. 11.

²³ Em geral, a doutrina afirma a ilegalidade da multa no direito do trabalho no Brasil. “A multa não é admitida em face do disposto no art. 462 da CLT, que proíbe qualquer desconto nos salários do empregado, a não ser aquele resultante de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de instrumento normativo. Essa sanção, entretanto, é admitida para o atleta profissional de futebol, em virtude de expressa previsão legal (Lei n. 6.354/76).” MORAIS, José Murilo de. Poder Hierárquico do Empregador: poder disciplinar. In: BARROS, Alice Monteiro

é frágil, uma vez que a suspensão disciplinar, por exemplo, com o impedimento de realização do trabalho nos dias em que perdurar, implica perda salarial, mas degrada a reputação ou a honra objetiva do empregado prejudicando-lhe a dignidade no ambiente de trabalho, especialmente quanto à sua competência e correção funcionais.

Mesmo a simples advertência, além desse efeito sobre os direitos de personalidade do empregado, leva-o ao temor íntimo da dispensa a qual, motivada ou não, é passível de gerar ainda maior prejuízo financeiro para o empregado em época futura de privação e incertezas até a obtenção de um novo emprego.

E esse quadro de lesão aos direitos de personalidade não se altera diante da possibilidade de revisão judicial das punições aplicadas, pois a exigir o desfecho da reclamação trabalhista, por vezes demorado, normalmente limitada a decisão, quando procedente o pedido, à mera compensação pecuniária dos dias de suspensão e direitos trabalhistas decorrentes de dispensa imotivada quando não confirmada a justa causa alegada pelo empregador...

Esse amplo espectro gerado no íntimo do empregado pelas punições aplicadas ou mesmo o simples receio de sua ocorrência ou da possibilidade de ser dispensado é bem analisado neste trecho extraído de VIANA:

“A uns poucos maus empregados, o medo de perder o emprego terá, talvez, algum efeito pedagógico. A muitos outros, porém, a insegurança poderá reduzir o rendimento, embora induzindo ao servilismo; ou aumentar as tensões, por mais que tentem sufocá-las. (...) É preciso fazê-la (a empresa) perceber, principalmente, quem em dias de recessão – a própria dispensa indenizada tem o peso de um castigo, abatendo-se como um cataclisma sobre as frágeis paredes do lar operário.”²⁴

A doutrina sustenta que as punições relacionam-se à atividade do empregado e por isso apenas a ela atingem, mas é evidente o equívoco dessa afirmação. Simplesmente porque não há possibilidade de se descolar a conduta dita faltosa da pessoa que a pratica, como se fosse algo absolutamente externo e distinto do ser que a realiza. Daí porque as penalidades aplicadas alcançam realmente a própria pessoa do empregado, inclusive nos aspectos mais íntimos de sua personalidade.

Começando a comunidade jurídica a atentar para essa realidade, já se verifica o crescimento do número de reclamações trabalhistas individuais tendo como objeto a

de. (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*, v. 1, p. 579. No mesmo sentido, MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*, p. 224.

²⁴ VIANA, Márcio Túlio. O Juiz e a Justa Causa em Tempos de Recessão, *Revista da ANAMATRA*, p. 33-34.

indenização por danos morais, ao fundamento do mau uso ou o abuso na aplicação de tais punições pelo empregador provocando a lesão aos direitos de personalidade do obreiro.

Ainda resta avançar a consciência para identificar que essa lesão, sob o rótulo de exercício regular do poder disciplinar do empregador, no caso de dispensas por justa causa ou mesmo no seu mero direito potestativo de proceder a dispensas injustificadas ou arbitrárias, pode vir a ultrapassar a pessoa do empregado em sua relação restrita com a empresa, alcançando sua família, afetada pela perda abrupta do emprego a gerar dificuldades de toda ordem...²⁵

Esdrúxulo pensar-se, em sede de contrato, que apenas uma das partes tem a exclusividade de avaliar as infrações acaso cometidas pela outra e aplicar-lhe penalidade. Aliás, nesse particular, sabe-se que, no campo da contratualidade em geral, apenas o Estado possui o monopólio de punir *ex officio* sem correspondente direito da outra parte, como se depreende da Lei n. 8.666, de 21.06.1.993 (Lei de Licitações), em seu art. 58, inciso IV, de modo a estranhar-se igual poder exclusivo dado ao empregador na relação empregatícia, afirmadamente de caráter privado, ou seja, supostamente havida entre iguais contratantes.

A ser assumida a natureza contratual da relação empregatícia, coerente seria – pelo menos com a *Lex Poetelia Papiria* – que as infrações trabalhistas acaso cometidas pelo empregado gerassem apenas conseqüências pecuniárias, taxadas em seu valor ou calculadas no caso de dano comprovado, decorrente de dolo ou culpa do obreiro, tudo estrita e previamente estabelecido no contrato de trabalho.

E a esse direito do empregador deveria corresponder o direito do empregado de também ser ressarcido de todos os danos, materiais e imateriais, no caso de considerar violado o contrato pelo empregador, abrindo o leque indenizatório hoje limitado ao mero direito de encerrar a relação empregatícia, pela via do pedido de rescisão indireta, o que só é por ele exercido com a prévia propositura de ação judicial e, na prática, em hipótese extrema, dada sua necessidade de permanecer no emprego, sendo-lhe garantido, em caso de êxito da demanda, tão somente o pagamento das verbas rescisórias.

Assim, o atual quadro doutrinário e jurisprudencial, que admite a invalidade da aplicação de multa punitiva não só revela o desnível entre as partes, mas, ao referendar a legalidade das punições pessoais, algumas ditas de “cunho pedagógico”, presta-se a acentuar

²⁵ Esse ponto de análise reaviva a defesa do instituto da estabilidade no emprego, a fim de vedar a perversa dispensa arbitrária ou sem justa causa prevista no art. 7º., I, da CR/88, bem como a discussão sobre a importância da ratificação da Convenção 158 da OIT pelo ordenamento pátrio.

o poder hierárquico do empregador sobre o empregado, perpetuando e realçando, por consequência, o caráter subordinante pessoal da relação empregatícia.

Sequer o traço personalíssimo do contrato empregatício permite referendar esse posicionamento, certo que outros contratos que contêm tal característica nem por isso prevêm execução sobre a pessoa do devedor, limitando-se a garantia do cumprimento das obrigações ao seu patrimônio.

E essa situação do Direito do Trabalho atual se mostra ainda mais defasada, quando se sabe que a teoria geral dos contratos vive uma nova tendência, sustentada na idéia do Direito Civil constitucionalizado, superando, assim, a patrimonialidade e retomando, sob novos contornos, o personalismo, mas sob uma roupagem conceitual e valorativa sem precedentes.

Tal fenômeno, conhecido como “repersonalização do Direito Civil”, se constrói sob a ótica da solidariedade constitucional. Nas palavras de PEREIRA se encontram seus traços marcantes:

“O contrato e, logicamente, as obrigações e outros efeitos contratuais – inclusive aqueles atinentes à responsabilidade civil – passam a ser funcionalizados e condicionados à realização de valores que se encontram na base do ordenamento jurídico, inclusive no fundamento da dignidade da pessoa humana e no objetivo da construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária.”²⁶

Vê-se, aqui, que o Direito do Trabalho sequer acompanha a evolução do Direito Civil, falhando em sua missão social ainda maior que a dessa disciplina, e por isso mesmo cabendo-lhe se fazer pioneiro na conquista e consolidação em seu campo normativo dos valores da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

Essa contradição sistêmica ainda perdura em face da prevalência dos interesses do capital em relação ao trabalho. Aos capitalistas, postos na relação obrigacional comum como particulares iguais, proprietários, buscam-se os valores constitucionais; já na relação empregatícia, polarizada entre o capitalista proprietário e o trabalhador não-proprietário, desinteressa a afirmação desses valores constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade, corrompendo a solidariedade social.

Retomando-se o esboço histórico romano, constata-se que na fase pré-clássica do Direito Romano o elemento essencial, necessário à formação daqueles tipos contratuais primitivos, não era então a vontade ou a fusão das vontades subjetivas e impalpáveis dos celebrantes. Se importava, a vontade não era, contudo, determinante. Requeria-se a suficiente

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, v. 2, p. 14.

causa ou *causa civilis*, qual seja, um elemento formal ou real, que se verificava por meio da pronúncia de determinadas palavras solenes (contratos verbais), pelo uso da escritura (contratos literais) ou pela tradição da coisa (contratos reais).²⁷

Em rigor histórico, foi apenas ao ocaso do período pré-clássico, no âmbito do *jus gentium*, que começaram a se impor os contratos da classe dos consensuais, aqueles para cuja conclusão era suficiente o simples consenso, quais sejam, a compra e venda (*emptio et venditio*), a locação (*locatio conductio*), a sociedade (*societas*) e o mandato (*mandatum*), cujas obrigações eram legitimadas pela boa fé e que, não baseadas na lei, mas em obrigações de boa fé, eram também aplicáveis a estrangeiros.²⁸

Inicia-se então a fase de superação do formalismo contratual pela valorização da vontade consensual, manifestando-se expressa ou tacitamente, pessoalmente ou através de núncios, livrando-a das amarras e da sacralidade dos ritos, palavras e atitudes exigidas pelos contratos formais e reais.²⁹

Bem diversamente da atual compreensão do contrato como sendo um ato dependente essencialmente das vontades individuais das partes, no Direito Romano, com exceção dos consensuais, o papel da vontade não tinha essa força; era importante, sim, mas como elemento acessório ou acidental de agregação.³⁰

Embora FOLCH afirme que no Direito do Trabalho atual “não existe grande diferença entre o que presta serviço ou executa uma obra, sempre que o façam para um empregador e sob a dependência deste”³¹, as diversas modalidades de *locatio* interessam no panorama da história da evolução do consensualismo nos contratos.

Assim é que, além da *locatio rei* (locação de coisas) e da *locatio operis faciendi* (empreitada), praticava-se em Roma uma terceira espécie da *locatio conductio*: a *locatio operarum* que corresponderia à locação de serviços ou ao contrato de trabalho, a qual, a despeito da diversidade de seu objeto, regia-se por regras comuns às duas outras espécies: formavam-se *solo consensu*, devendo o preço ser *certum* e *verum*, sem precisão de ser *justum*, de tal modo que a lesão não poderia ser invocada para ensejar a sua rescisão.³²

²⁷ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, p. 249.

²⁸ KASER, Max. *Direito Privado Romano*, p. 50; CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*, p. 339.

²⁹ VOICI, Pasquale. *La Dottrina Romana del Contratto*, p. 165-170.

³⁰ VILLEY, Michel. Préface historique à l'étude des notions de contrats, *Archives de Philosophie du Droit*, p. 09.

³¹ FOLCH, Gallart. *Derecho Español del Trabajo*, apud SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 245.

³² MAY, Gaston. *Éléments de Droit Romain*, p. 354. Diferenciava-se especialmente da *locatio conductio operis faciendi* pelo fato de o trabalhador, diferentemente do empreiteiro, não ter recebido previamente do empregador “alguma coisa material sobre a qual devia exercer a sua indústria.” MAY, Gaston. *Éléments de Droit Romain*, p. 358.

Não era geralmente objeto da *locatio conductio operarum* senão a obrigação de prestar as *operae* ordinárias, ou seja, serviços de trabalhador livre para cuja realização não era exigida qualquer aptidão ou competência especial, e para cuja execução não se incumbiam as pessoas das classes superiores.³³

Aliás, os estudos revelam que, já nessa época, havia sujeição nos diversos tipos de *locatio*, exatamente porque o regime escravocrata vigorante estimulava uma mentalidade cultural que desvalorizava o trabalho manual, ainda que livre.

Tanto assim que por esse tipo contratual não eram remuneradas as *operae liberales* (serviços médicos, advocatícios, magisteriais *etc.*), as quais, por se tratarem de serviços especializados, a tradição impunha ao favorecido o dever moral de corresponder com um donativo honorífico (*honorarium, salarium*), sendo este considerado, no período clássico, uma contraprestação juridicamente devida embora não pudesse ser reclamada em processo ordinário (com a *actio locati*), mas apenas na *extraordinaria cognitio*; foi só com o período clássico tardio que tais honorários foram considerados contraprestação juridicamente devida.³⁴

A *locatio* foi, pois, o tipo contratual precursor tanto dos modernos contratos de prestação de serviços e obras quanto do contrato empregatício.³⁵

O consensualismo, na fase pré-clássica do Direito Romano, ali se apresentava como exigência cada vez mais impositiva, por efeito da intensificação dos contatos e das relações de Roma com os povos de suas expansivas conquistas territoriais.

Nas Institutas de Justiniano, as obrigações que nascem dos contratos passaram a ser desdobradas em quatro espécies, de modo que além das que se formavam pela tradição da coisa (*re*), por palavras (*verbis*) e por escrito (*litteris*) foi acrescida a formada pelo consenso (*consensu*). Essas obrigações consensuais, entre as quais figuravam as obrigações nascidas da

³³ A economia essencialmente agrícola em Roma era sustentada pela mão-de-obra escrava, por isto talvez “o descaso que tinham os aristocratas romanos pelo trabalho, fruto de uma ideologia social que o associava à perda da liberdade”. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*, p. 100.

³⁴ KASER, Max. *Direito Privado Romano*, p. 253. Como expressa CHAMOUN, tais serviços não se prestavam via contratual. Pela sua prestação, os respectivos profissionais não recebiam *merces*, mas “donativos que os romanos chamavam de *honoraria* ou *munera*”. CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*, p. 377-378.

³⁵ Fazendo-se um salto na linha do tempo, e constata-se que o regime das manufaturas (“empresas que detinham o monopólio regional para determinada atividade econômica, concedida pelo poder real”), surgido na decadência das corporações de ofício, abolidas no séc. XVIII da era moderna³⁵, é indicado como o momento histórico de transição da conformação das relações de trabalho para o novo sistema que se criava, o Capitalismo, época que o trabalhador passou a receber um salário como contraprestação do serviço executado. E a esta altura, a Revolução Industrial que já havia se iniciado permitia o crescimento e a expansão das empresas, daí se desenvolvendo o regime de contrato de trabalho formalmente livre. Nesse mesmo passo, nascia, como reação contra a exploração dos assalariados pelos empresários, a legislação social-trabalhista. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 03-29.

locatio, passaram a se formar só pelo consenso, nada se exigindo por escrito, nem a presença das partes nem tradição, contraindo-se mesmo entre ausentes, por carta ou por intermediário, e apreciadas segundo a equidade.³⁶

Além dessa inovação, se acentuou ainda mais a evolução da contratualidade no sentido da valorização da vontade individual e da liberdade contratual com a legitimação dos contratos inominados e o abandono do princípio da tipicidade.³⁷

O legado dessa milenar orientação evolutiva do contrato não foi alterado substancialmente pelas numerosas comunidades jurídicas tributárias de suas construções.

Com efeito, o contrato passou para as sucessivas gerações de seus legatários já lapidado das crenças, formalidades, rituais, cerimônias e ações que determinavam a criação de obrigações de dar, de fazer e de não fazer, para se erigir, finalmente, no essencial, como negócio criador dessas obrigações pela mera fusão de vontades individuais; obrigações geradas pela simples, poderosa e suficiente atuação da vontade humana.

2.1.3 O Contrato Social: o consensualismo e a força obrigatória dos contratos

A construção da doutrina do Contrato Social revela-se fase marcante no avanço histórico do elemento vontade na constituição de direitos e obrigações, daí porque merece apreciação em seus aspectos mais significativos nesse âmbito de interesse.

Embora estudados em doutrina distintamente, o princípio da força obrigatória dos contratos está intimamente imbricado com a aplicação do princípio consensualista.

Enquanto a escola positivista afirma o fundamento da obrigatoriedade no mandamento da lei, a escola jusnaturalista, particularmente pela intervenção do pensamento de GRÓCIO e PUFFENDORF, aponta o pacto social, no sentido de uma convenção tácita dos indivíduos que, movidos por seus interesses egoístas, teriam determinado o respeito aos compromissos livremente assumidos.³⁸

³⁶ Institutas de Justiniano, L^o 3^o, T. XIII, § 2^o., p. 225, 231, 253 e 257-258. O contrato literal praticamente desaparecera, e KASER chega mesmo a observar que “se alguns contratos exigem a entrega de uma coisa (*res*) ou a manifestação da vontade por escrito (é o que agora significa verba), isso é considerado como mera forma da conclusão do contrato.” KASER, Max. *Direito Privado Romano*, p. 227.

³⁷ VOICI, Pasquale. *La Dottrina Romana del Contratto*, p. 303. A introdução dos contratos inominados corresponde ao “último termo do desenvolvimento da teoria romana do contrato, o resultado de um lento trabalho de elaboração que começa nos últimos tempos da República, prolonga-se nos primeiros séculos do Império e não culmina na constituição de uma doutrina definitiva senão pelos fins da época clássica e, talvez mesmo, sob Justiniano.” MAY, Gaston. *Éléments de Droit Romain*, p. 367. A respeito dos contratos inominados, cf. KASER, Max. *Direito Privado Romano*, p. 265. No que concerne à teoria geral do negócio jurídico, “a diferença mais notável entre o direito clássico e o pós-clássico e justiniânico está na busca e na valorização da vontade.” FRANCISCI, Pietro de. *Sintesis Historica del Derecho Romano*, p. 734.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*, v. 3, p. 14.

E foi na alvorada da Idade Moderna que o Contrato Social erigiu-se como ponto de origem da sociedade civil (*pactum unionis*), do Estado (*pactum subjectionis*) e, conseqüentemente, do direito, em definitivo abandono pela Humanidade do suposto estado de natureza.

O Contrato Social, além do “estado de natureza”, viria mesmo a ser um dos marcos característicos e constantes do anti-historicismo da Escola do Direito Natural e das Gentes, cujas doutrinas imperaram durante os séculos XVII e XVIII, de que são figuras mais representativas, GRÓCIO, HOBBS, PUFFENDORF, LOCKE, ROUSSEAU e KANT.

Da natureza racional e social do homem é que, para GRÓCIO, tinha origem todo o direito: sua natural sociabilidade impelia-o a associar-se aos seus semelhantes, compreendendo-se então a obrigatoriedade dos pactos como o princípio mais geral do direito natural, colocado acima de todos os demais princípios e como fonte de todas as obrigações jurídicas, e que subsistiria ainda que Deus não existisse ou não se ocupasse da Humanidade.³⁹

Para HOBBS, em estado de natureza, o homem era lobo do homem (*homo homini lupus*), pois a natureza dera tudo a todos (*natura dedit omnia omnibus*), de sorte que todos se achavam no direito de tudo possuir.

A saída desse estado de beligerância, do estado de natureza, em que as noções do justo e do injusto não tinham lugar, seria o *pactum unionis* (que dera origem à sociedade estabelecendo os fins comuns) e o *pactum subjectionis* (pelo qual os homens teriam se colocado sob uma autoridade única) que garantiriam, pela força, o cumprimento desses fins, punindo os que resistissem à sua consecução.

PUFFENDORF acrescentaria a esses dois, um terceiro pacto intercalar, pelo qual seria escolhida a forma de governo a ser instaurada no Estado.⁴⁰

Já LOCKE afirma o caráter histórico do Contrato Social a que foram conduzidos os homens por força dos inconvenientes do estado de natureza, “sendo o maior deles, a inexistência de um juiz imparcial que aplique e faça cumprir a lei natural.”⁴¹

Para ROUSSEAU, não foi o Contrato Social que pôs fim ao estado de natureza e à felicidade de que gozava o homem, mas sim a introdução da propriedade:

³⁹ Esse princípio da obrigatoriedade dos pactos, como categoria jurídica universal, estendia-se então ao Direito Internacional, “constituído exatamente de convenções expressas ou tácitas entre os Estados.” FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 70-71.

⁴⁰ FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 127.

⁴¹ FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 141.

“O primeiro que, havendo cercado um terreno, teve a idéia de dizer ‘isto é meu’, e encontrou gente muito simples para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil.”⁴²

FASSÒ salienta que, rompida então a igualdade conatural ao estado de natureza, pelo Contrato Social deveria ser encontrada uma forma de associação que defendesse e protegesse

“a pessoa e os bens de cada associado e, por força da qual cada um, unindo-se a todos, não obedecesse senão a si mesmo, voltando a ser tão livre quanto antes.”⁴³

Finalmente, em KANT, o Contrato Social passou a constituir não mais um fato real da história da Humanidade, mas um fato, embora igualmente necessário, puramente racional, único sobre o qual se poderia fundar uma constituição de valor jurídico universal e “pelo qual se pode criar um ente comum.” Esse contrato, chamado por KANT de *contractus originarius* ou *pactum sociale*, como união de todas as vontades particulares e privadas de um povo para formar uma vontade comum e pública, obriga

“a todo legislador a fazer suas leis como se estas houvessem emanado da vontade conjunta do povo inteiro, e em considerar a todo súdito, enquanto quer ser cidadão, como se a tal vontade conjunta ele houvesse dado seu consentimento.”⁴⁴

O Contrato Social, idealizado como produto unitário das diversas vontades individuais, prestou-se para abrir o caminho da afirmação dos valores do individualismo e do liberalismo no campo não apenas político e econômico, do direito público, mas também no jurídico, do direito privado, neste afirmando a força do contrato entre particulares pela significância do elemento volitivo humano na sua configuração.

⁴² FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 241-242. Essa colocação de ROUSSEAU antevê a questão da imbricação entre contrato e propriedade, sendo o contrato o principal instrumento legitimador da propriedade, assim como de sua aquisição e movimento de titularidade. Tal tema será abordado mais minuciosamente no Capítulo 2, item 2.2, desta Parte 1 do estudo.

⁴³ FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 241-243.

⁴⁴ FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 276. GUSTIN pontua: “Há uma visível semelhança, quase uma concordância, entre a idéia da *vontade geral*, de Rousseau, na esfera jurídico-política e a idéia da *vontade pura*, de Kant, no terreno moral. (...) Seguindo a indicação de Rousseau – “...a obediência à lei que o homem prescreveu a si mesmo é liberdade”, Kant dirigirá suas formulações teóricas no entendimento de que a obediência à lei e à liberdade poderá ser compreendida em relação harmônica, e não como uma oposição.(...) Para Kant, o direito seria a esfera em que o arbítrio de cada homem livre poderia coexistir com o arbítrio dos demais.” GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das Necessidades Humanas aos Direitos*: ensaios de sociologia e filosofia do direito, p. 64.

2.1.4 A definição de contrato no Código Civil francês e nos Códigos Civis italianos

Foram muitos e importantes os eventos que, a partir do final da Idade Média, colocaram o indivíduo humano no centro das explicações do mundo, da vida e da cultura.

O indivíduo humano, livre da Igreja como medianeira de sua opção salvífica, livre do jugo do Estado perante o qual poderia opor seus direitos naturais e, mais tarde, seus direitos subjetivos, bem como confiante no poder de sua razão científica e de suas aplicações técnicas na área da atividade produtiva, não poderia ser, no campo da contratualidade, senão o agente também determinante de seus negócios, seja no plano das relações privadas, seja no plano das relações públicas, no que tange à fundação da sociedade civil e do próprio Estado, conforme apregoado pelos doutrinadores do contrato social.

Internalizou-se na cultura jurídica a convicção do contrato como um fenômeno da vontade, limiar levado ao extremo de suas consequências pela pandectística alemã no decorrer do século XIX.

Não obstante, até chegar ao pleno desenvolvimento daquele evento de extraordinária importância, a história registra momentos de superação de algumas poucas e menores dificuldades para a consolidação da teoria contratual, que resultou em uma melhor precisão no que se refere à compreensão de seu conceito, em nada, entretanto, ferindo o papel da vontade na formação do contrato.

ANDRADE lembra a doutrina francesa de DOMAT e POTHIER⁴⁵, claramente inspirados e presos ao Direito Romano.

DOMAT definia o contrato como uma espécie de convenção, cujo objeto era de criar alguma obrigação, daí se excluindo aquela outra espécie de convenção cujo objeto seria resolvê-la ou modificá-la. POTHIER, completando tal tipologia, também definiu o contrato como uma convenção entre duas ou mais pessoas que se obrigam a dar, fazer ou não fazer alguma coisa; portanto, o contrato era uma convenção que se restringia a ser produtiva de obrigações.

A influência desses juristas foi determinante para a definição de contrato, vazada no art. 1.101 do Código Civil francês, sendo acolhida pela doutrina clássica sem restrições, salvo raras exceções.⁴⁶

⁴⁵ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato: teoria geral*, p. 08-09.

⁴⁶ A esse respeito, embora reconheça que para alguns juristas isso não passe de um simples problema de terminologia, sem interesse teórico ou prático, ANDRADE lança divergência, fundamentando-se em que não são encontradas nas fontes romanas uma tal restrição do conceito de contrato às meras convenções produtivas de

Tal limitação conceitual prevista no Código Civil francês foi logo superada pela civilística italiana, que fez compreender no objeto do contrato os atos de vontade direcionados não só à sua modificação, mas também à sua extinção.

Definiu-o, com efeito, o art. 1.098 do primeiro Código Civil italiano, de 1.865, como “o acordo de duas ou mais pessoas para o fim de constituir, regular ou extinguir um vínculo jurídico.”

A evolução conceitual do contrato chegaria ao seu ápice ainda na Itália, através do Código Civil em vigor, de 1.942, que, em seu art. 1.321, manteve praticamente a definição do anterior, modificando-lhe significativamente a parte final, para substituir a expressão “*vínculo jurídico*”, termo excludente dos direitos reais, para “*relação jurídica*”, a qual, para extremar o conceito de outros tantos atos que em direito se perfazem também pelo consenso e que não seriam contratuais, acrescentou “*patrimonial*”.⁴⁷ Ou seja, de um lado, a alteração implicou uma ampliação da compreensão do conceito; de outro, restringiu-a.

Para ANDRADE, a disposição contida no Código Civil italiano traduz o “verdadeiro” conceito de contrato, assim elaborado pelo autor como sendo

“o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.”⁴⁸

2.1.5 O contrato como negócio jurídico e sua recepção pelo Código Civil brasileiro de 2.002

A tipificação normativa do contrato como negócio jurídico é acolhida atualmente de forma hegemônica na Teoria Geral do Direito e representa enorme refinamento conceitual, daí exigir acurado estudo de seus elementos para, adiante, permitir a verificação da hipótese de existência ou não de um negócio jurídico contratual na origem da relação empregatícia.

Nesse passo, é importante também a apreciação do conceito do negócio jurídico contratual à luz do ordenamento interno pátrio vigente que, por razões de política legislativa, é tradicionalmente regulado pelo Código Civil, embora de abrangência aplicativa geral em outras áreas do Direito, sejam do ramo privado ou público.

obrigações, até porque os romanos não chegaram, como já mencionado, a dispor de um conceito abstrato, mas apenas previram algumas figuras contratuais específicas, usando a palavra *contractus* para exprimir qualquer acordo de vontades. ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato: teoria geral*, p. 10.

⁴⁷ Art. 1.321, *verbis*: “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.

⁴⁸ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato: teoria geral*, p. 17.

Seguindo-se a partir do ponto histórico encerrado no item anterior, verifica-se que a contratualidade construída pelo Direito Romano evoluiu do desprendimento das formalidades e dos rituais para a livre manifestação das vontades das pessoas, alcançando o auge desse marco por efeito dos desenvolvimentos e construções dos pandectistas alemães do século XIX.⁴⁹

Embora produzidos vários estudos focados no tema específico do contrato, salvo a obra de SCHLOSSMANN, intitulada *Der Vertrag*, poucos escritos, para não dizer nenhum, foram consagrados a essa noção, constata RIEG. Melhor esclarecendo, acrescenta o jurista, todas as discussões dos autores alemães do século XIX giravam em torno do ato jurídico, assim considerado como o conceito de base do qual o contrato seria uma aplicação particular, e quase todas elas tiveram por objeto o *substratum* do ato jurídico, a saber, a vontade individual, da qual emanariam a sociedade, o próprio Estado e os direitos subjetivos.⁵⁰

No Brasil, esses estudos foram especialmente assimilados por PONTES DE MIRANDA, classificando os negócios jurídicos, entre os quais o contrato figura como o mais importante, e afirmando-os como subespécie dos fatos jurídicos e espécie de ato jurídico. Para o autor, distinguem-se os negócios jurídicos dos atos jurídicos *stricto sensu*, espécies outras, por terem aqueles, como suporte fático, a manifestação da vontade com a finalidade de “criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções” o que supõe

“certo auto-regramento de vontade, dito ‘autonomia da vontade’, por defeito de linguagem (*nomos* é lei); com esse auto-regramento, o agente determina as relações jurídicas em que há de figurar como termo.”⁵¹

Mas, salienta o tratadista, vontade consciente, pois o elemento *consciência* “é essencial à declaração de vontade e à manifestação de vontade”. A esse poder da vontade humana o autor prefere designar “*autorregramento*” da vontade à expressão “*autonomia da vontade*”, ou “*autonomia privada*”, designações estas também usuais na literatura corrente.⁵²

⁴⁹ A noção de negócio jurídico foi recepcionada pelo Código Civil alemão servindo “para respaldar – vigente, já o capitalismo industrial -, uma liberdade contratual que se queria sem limites, vale dizer, sem entraves à circulação do crescente tráfico econômico.” MARTINS-COSTA, Judith. A Noção de Contrato na História dos Pactos, *Revista do Instituto de Letras da Universidade do Rio Grande do Sul*, p. 503.

⁵⁰ RIEG, Alfred. *Le Contrat dans les Doctrines Allemandes du XIXe. Siècle*, p. 31-33.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: parte geral, p. 03.

⁵² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: parte geral, p.07 e 03, respectivamente. ‘Autonomia da vontade’, prossegue o autor, é o “nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático, suficiente para tornar jurídicos atos humanos, a vontade”. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: parte geral, p. 55. Já “autonomia privada” é expressão que não deve significar “auto-regramento de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade, em direito público, o que seria falsíssimo.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: parte geral, p. 7 e 56. O

Falsa, segundo PONTES DE MIRANDA, a discussão sobre ser preponderante a lei ou a vontade nos negócios jurídicos. A lei, justifica, incide sobre a manifestação da vontade como incide sobre qualquer outro suporte fático. Então, se

“os efeitos provêm, na espécie, da lei, ou do que se quis, depende da natureza das regras jurídicas que incidem – da lei, se não deixou à vontade dos figurantes, ou se é dispositiva e o figurante não dispôs, ou os figurantes não dispuseram, ou da vontade, se a lei o deixou à vontade do figurante ou dos figurantes.”⁵³

A relação entre o negócio jurídico e a vontade compôs um debate de decênios entre os defensores da tese que atribui só à vontade os efeitos não-legais do negócio jurídico (e, sem ela, dirigida à eficácia, não haveria negócio jurídico), entre os quais REGELSBERGER, ZITELMANN, ELTZBACHER, ROSENBERG, WEDEMEYER, JACOBI e HENLE, e os defensores da antítese da “não essencialidade da vontade, bastando o intuito empírico... ou o intuito econômico-social”, dentre eles BECHMANN, LENEL, SCHLOSSMANN, EHRLICH, ISAY e MANIGK.⁵⁴

Mas tal debate, afirma PONTES DE MIRANDA, já estaria superado pela síntese tornada possível pela precisão já alcançada pela teoria dos fatos jurídicos, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e negócio jurídico, considerando a possibilidade de a técnica jurídica legislativa poder deixar o máximo, o mínimo ou entre o mínimo e o máximo, à decisão da vontade dos figurantes na sua prática.⁵⁵

O Código Civil brasileiro de 1.916, que nitidamente se afiliou aos pandectistas alemães, tratou apenas dos atos jurídicos, nada mencionando acerca dos negócios jurídicos. O Livro III era intitulado dos Fatos Jurídicos e continha três Títulos, sendo o primeiro dedicado aos Atos Jurídicos, o segundo dispendo sobre os Atos Ilícitos e o terceiro tratando dos Atos Ilícitos.

Já o Código Civil brasileiro de 2.002 avançou nesse aspecto tipificatório conceitual e sistematizou, certamente influenciado pela obra de PONTES DE MIRANDA, os fatos jurídicos diferentemente, dando especial relevo à classe dos negócios jurídicos.

Assim é que seu Livro III, dos Fatos Jurídicos, foi subdividido em cinco títulos, dedicados, o inicial e o mais longo deles, ao Negócio Jurídico; o segundo, aos Atos Jurídicos Lícitos e, o terceiro, aos Atos Ilícitos.

negócio jurídico não é normativo, pois é um engano “crer na edição de normas jurídicas pelas pessoas”.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: parte geral, p. 447.

⁵³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: parte geral, p. 08.

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: parte geral, p. 38-39.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: parte geral, p. 39.

O Código Civil brasileiro de 2.002 inovou, pois, com a inserção do Título I tratando dos Negócios Jurídicos. Verifica-se que nele a matéria pertinente às disposições gerais (validade, capacidade, dentre outras), aos defeitos, modalidades, formas e nulidade, antes tratada no Título dos Atos Jurídicos, passou a ser disciplinada no Título dos Negócios Jurídicos, tendo sido também editados novos dispositivos, como os que tratam da reserva mental (art. 110), da boa-fé e usos do lugar da celebração para fins de interpretação (art. 113), do estado de perigo (art. 156) e da lesão (art. 157).

Atendendo às inovações legais e evoluções doutrinárias, THEODORO JÚNIOR, mais recentemente, propôs o seguinte quadro classificatório dos fatos jurídicos, no qual, por fidelidade ao atual Código Civil, ocupa lugar de destaque a categoria dos negócios jurídicos: (a) fatos jurídicos *stricto sensu* (fatos da natureza, estranhos à vontade), e (b) fatos do homem (produzidos pela vontade), subdivididos em (b.i) negócios jurídicos e (b.ii) atos jurídicos lícitos.⁵⁶

Enquanto PEREIRA assenta a noção primária de negócio na vontade humana, em conformidade com a ordem jurídica, visando a criação de direitos e obrigações, ou seja, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos⁵⁷, THEODORO JÚNIOR adentra ainda mais na extensão e efeitos dessa vontade, estabelecendo a diferenciação dos negócios jurídicos em relação aos atos jurídicos, considerando a existência ou não da “liberdade para estruturar o respectivo conteúdo da relação dele emergente. O ato jurídico é consequência de uma vinculação preexistente”, daí não ser a declaração fruto de vontade autônoma.⁵⁸

No intuito de caracterizar mais ainda o negócio jurídico, extremando-o dos atos jurídicos lícitos, invoca THEODORO JÚNIOR a doutrina, dentre muitos, de MAIA JÚNIOR (o negócio jurídico é “expressão da autonomia da vontade” para disciplinar direitos e interesses, “dentro da esfera de disponibilidade que lhes assegura o ordenamento jurídico”), PONTES DE MIRANDA (no que prefere a expressão “*autorregramento*” à “*autonomia da vontade*” para caracterizar o negócio jurídico), FACHIN (é no campo dos negócios jurídicos que os particulares promovem “o auto-regulamento de seus interesses”), ORLANDO GOMES (negócio jurídico “é a declaração de vontade dirigida à provocação de determinados efeitos jurídicos”) e MASSIMO BIANCA (pelo negócio jurídico o sujeito pode decidir a própria esfera jurídica, pessoal ou patrimonial).⁵⁹

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 16.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*, v. 3, p. 07.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 05.

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 05-07.

E visando distinguir os atos jurídicos não negociais ou atos jurídicos lícitos, extremando-os, por sua vez, dos negócios jurídicos, invoca THEODORO JÚNIOR a doutrina de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (esses atos não veiculam propriamente uma declaração de vontade com o propósito de atingir os efeitos queridos pelo agente, mas sim “um comportamento humano deflagrador de efeitos previamente estabelecidos por lei”) e MARCOS BERNARDES DE MELLO (nos atos jurídicos, a função da manifestação da vontade é limitada: “compor o suporte fático de certa categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariáveis e inexclusíveis pelo querer dos interessados, donde dizer-se que são efeitos necessários, ou *ex lege*”).⁶⁰

Porque distintos, nem todas as normas aplicáveis aos negócios jurídicos têm serventia no campo dos atos jurídicos.

THEODORO JÚNIOR exemplifica com as normas relativas à capacidade. A não observância delas na prática dos negócios jurídicos afeta a validade dos mesmos, já que o elemento nuclear desses negócios reside na vontade:

“O mesmo não ocorre necessariamente no ato lícito, que por ser independente, algumas vezes, do querer do agente, nem sempre se priva de efeito pela incapacidade daquele que o pratica.”⁶¹

E exemplifica que a

“invenção do tesouro, a pesca ou a caça, o pagamento etc., quando feitos por menor impúbere não deixam de produzir os efeitos que a lei atribui a esses comportamentos humanos.”⁶²

No Direito do Trabalho, celebrado o dito contrato empregatício por incapaz, a nulidade é declarada (à incidência do parágrafo único do art. 8º. da CLT que, trata da aplicação supletiva do direito comum e do art. 9º. que prevê a nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas), mas os efeitos de sua existência são aceitos de modo a reconhecer devidos pelo empregador os salários do incapaz pelo período da execução do trabalho, para evitar o enriquecimento sem

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 07-08.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 10.

⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 10.

causa.⁶³ Ou seja, os efeitos da incapacidade mais se assemelham aos aplicáveis ao ato jurídico do que ao negócio jurídico.

Chegado a esse limiar evolutivo da teoria geral, o contrato é tido como fato ou fenômeno, em primeiro lugar; fato ou fenômeno do mundo, sujeito ao saber de uma ciência que é a Ciência do Direito. Ciência especial, como toda ciência, que cuida, portanto, de apenas alguns fatos ou fenômenos do mundo e não de todos eles. Apenas dos fatos ou fenômenos captados e descritos em suas normas como pressupostos das conseqüências nelas previstas e por isto mesmo categorizados cientificamente como fatos jurídicos.

O contrato, como fato jurídico, desde sempre consistiu em ser fato do homem. Fato da conduta humana, diverso, pois, de outros fatos cuja ocorrência independe da conduta humana, como são os fatos ou fenômenos da natureza. Não que estes, por definição, não possam se constituir em fatos jurídicos, e não que todos os fatos do homem se constituam em fatos jurídicos. Sim que, no domínio da contratualidade, apenas os fatos do homem têm constituído contratos.

Na vasta seara dos fatos humanos, há muitos captados e descritos pelas normas jurídicas que, ao fazê-lo, não levam em conta a relação desses fatos com a intenção ou a vontade de quem os pratica. São fatos humanos, e, portanto, atos; mas também são simples fatos, como se fossem fatos da natureza, pois na sua captação não releva o humano, ou seja, a consciência e a vontade de quem os pratica. São os chamados atos-fatos jurídicos que, tal como os fatos da natureza, não compõem o domínio da contratualidade.⁶⁴

Há fatos do homem, entretanto, em que o papel da vontade é determinante para a sua ocorrência, tendo-se chegado à sua classificação a partir do critério da intensidade da vontade humana na sua configuração. Assim, poder-se-ia chegar à distinção, afirmando que nos atos jurídicos lícitos, a vontade é decisiva para a sua ocorrência; não, porém, para a determinação de suas conseqüências; e nos negócios jurídicos, a vontade humana é decisiva tanto para a sua ocorrência quanto para a determinação de suas conseqüências.

Entretanto, VILLELA critica esse critério que se baseia apenas na intensidade do componente voluntarístico, propondo uma solução que incorpora a qualidade da autonomia.

Assim, diz esse autor,

⁶³ PIRES, Rosemary de Oliveira. Trabalho do Menor. In: BARROS, Alice Monteiro de. (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*, p. 627.

⁶⁴ Lamentavelmente, o novo Código não cuidou do ato-fato jurídico, em que é irrelevante o papel da vontade, entrando a conduta no mundo jurídico não como ato (da vontade), mas como fato (da natureza), porque “o próprio evento não se relaciona com a vontade. (...) O ato-fato está rente ao determinismo da natureza; é somente fato do homem, porque nele não se indaga do querer do agente, mas apenas de ser uma conduta do homem suficiente para produzir, objetivamente, determinado efeito de direito.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 11.

“serão negócios os atos que não têm outros limites que os pressupostos de legalidade. Em regra: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa (CC, art. 82). Nos atos há sempre, para além dos pressupostos de legalidade, uma vinculação da conduta. Portanto, um condicionamento da autonomia.”⁶⁵

Caracterizado o contrato sob tal prisma, ao contratante é concedido o máximo de liberdade cujo princípio, no começo do séc. XIX, era apresentado, conforme doutrina DURAND, sob a

“forma de um feixe de liberdades: liberdade para cada um de contratar ou de se recusar a celebrar um contrato; liberdade de escolher a pessoa do co-contratante; liberdade para determinar as condições de tempo e de lugar, o conteúdo, a forma e a duração da convenção; liberdade de modificar ou de resilir de comum acordo o contrato já concluído. Somente algumas disposições imperativas, motivadas para a salvaguarda da ordem pública, e de caráter excepcional, limitavam essa liberdade.”⁶⁶ (grifou-se)

Menos compreensivo, VILLELLA prefere dizer que, hoje, em relação ao negócio,

“o agente pode, em primeiro lugar, praticá-lo ou abster-se de fazê-lo. E depois, se opta por praticá-lo, dar-lhe o conteúdo específico e a forma que livremente eleger. Já nos atos, a liberdade não existe nem para a prática nem para o conteúdo. Frequentemente, tampouco para a forma, aberta, em princípio, quando se trata de negócios. É verdade que, ainda nos atos, reconhece-se ao agente uma relativa autonomia: precisamente aquela necessária para o mais adequado cumprimento de um dever.”⁶⁷ (grifou-se)

Apresentados, assim, alguns elementos essenciais que distinguem o negócio contratual e o ato jurídico *stricto sensu*, surgem as perguntas: a relação empregatícia tem para sua formação um negócio jurídico contratual ou um simples ato jurídico? A vontade do empregado e do empregador, igualmente, é determinante em relação às conseqüências de sua manifestação, como ocorre os negócios ou predomina a vontade da lei quanto a tais conseqüências?

As respostas a essas indagações, segundo os critérios doutrinários acima expostos, seguem-se no sentido de que o fato jurígeno da relação empregatícia possui características nada próximas das indicadas para o negócio jurídico contratual.

⁶⁵ VILLELLA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro*, p. 264.

⁶⁶ DURAND, M. Paul. La Contrainte Légale dans la Formation du Rapport Contractuel. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 73.

⁶⁷ VILLELLA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro*, p. 264.

Assim é haja vista o alto grau de limitação da atuação da vontade humana na sua realização, na medida em que há excessiva restrição sobre a prática e o conteúdo do “contrato empregatício”, em que as respectivas conseqüências decorrem maciçamente da legislação heterônoma e não da legislação autônoma, resultante da manifestação das partes.

Considere-se, ainda, haver disposições imperativas a suplantarem em quantidade e qualidade as pouquíssimas disposições autônomas que em geral são estabelecidas unilateralmente pelo empregador, assim submetendo a vontade de ambos os contratantes. E sob o pretexto de sustentar os princípios da proteção ao trabalhador, veda-lhe a renúncia e a transação dos direitos, todos cardeais do Direito do Trabalho.

2.1.6 O negócio jurídico na teoria de EMILIO BETTI

Para análise da afirmação da existência do contrato empregatício, este estudo elegeu a doutrina original desenvolvida pelo italiano EMILIO BETTI sobre os negócios jurídicos em geral.

O interesse que tal teoria desperta decorre não apenas por ela destacar o negócio jurídico como instrumento de excelência da autonomia privada, como de resto é afirmado pela doutrina moderna, mas porque o eleva a uma condição de autorregulamentação privada dos interesses de cada uma das partes, ou seja, de uma autotutela privada.

A ordem jurídica neles atua, mas com escopos gerais, por isso impõe condições e limites a esse poder privado de regulamentação, através, por exemplo, de “normas tendentes a circunscrever a autotutela privada dentro dos limites que excluam os excessos por parte do contraente mais forte”.⁶⁸ Conclui-se daí que a ordem jurídica atua supletivamente, apenas fixando limites, já que o maior conteúdo do regramento advém da vontade autônoma das partes, e visa exatamente garantir a função daquela autorregulamentação.

Sendo assim, parece inconciliável o poder de autorregulamentação com o negócio que se afirma ser o contrato empregatício, para o qual a lei exagera na heterorregulamentação.

A radical identificação da autonomia privada com o negócio jurídico justifica sua tutela pelo ordenamento jurídico como decorrência da própria soberania da pessoa, na medida em que ela rege seus atos negociais segundo seus próprios interesses e, pois, da forma que melhor entende:

⁶⁸ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 87.

“Efetivamente, autonomia privada significa, segundo o seu conceito, que os interessados particulares podem mandar na sua casa, isto é, podem regular como melhor lhes pareça, em relação a eles, os seus interesses próprios.”⁶⁹ (grifou-se)

Confira-se o conceito dado por BETTI aos negócios jurídicos, onde se destaca a autorregulamentação:

“Os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida das relações: surgem como atos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica.”⁷⁰ (grifou-se)

Em passagem mais adiante de sua obra, colhe-se outro conceito elaborado pelo autor de forma semelhante, aqui novamente destacando a nota da autodeterminação das partes no que tange aos seus próprios interesses:

“São, essencialmente, atos com os quais os indivíduos consorciados procuram regular, por si mesmos, interesses seus, nas suas relações com os outros: isto é, são atos de autonomia privada.” (...) A tutela do negócio jurídico encontra a sua “fundamental justificação na idéia de que cada um deve ser senhor de dar ordens em casa e de regular os seus negócios como melhor entenda.”⁷¹ (grifou-se)

O negócio jurídico está, pois, “ao serviço da liberdade e da autonomia privada”, resolvendo o problema

“de dar à iniciativa individual um modo de se manifestar e de se mover, modificando a posição de tais interesses de acordo com as diretrizes que os próprios particulares julguem mais convenientes.”⁷²

Quanto à forma, o negócio jurídico pode consistir numa declaração ou num simples comportamento e, quanto ao conteúdo, é essencialmente um estatuto, uma disposição, um preceito da autonomia privada destinado a regular interesses concretos próprios.

Melhor esclarecendo, o objeto dos negócios jurídicos são os interesses regulados diretamente por ação dos próprios interessados, daí seu **conteúdo preceptivo**, ou seja, o conteúdo do negócio jurídico é “um preceito de autonomia privada”.⁷³

⁶⁹ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 526-527.

⁷⁰ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 74.

⁷¹ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 775-776.

⁷² BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 80.

⁷³ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 90-91, 229 e 252.

Ao abordar a questão da validade do “ato da pessoa legalmente capaz que esteja, no momento de agir, naturalmente incapacitada” (louco não interdito, ébrio, em estado psicótico, por exemplo), ou seja, ao analisar se ao lado da capacidade legal é relevante a capacidade natural, BETTI diz que a questão foi muito debatida no passado, mas mal apresentada, pois

“a falta de idoneidade psíquica do autor do ato é, certamente, relevante e exclui a validade do negócio: mas é relevante não como ausência de um pressuposto, que seria a capacidade, mas sim como falta de um *elemento* do negócio, como é a vontade ou a consciência de quem a pratica”.⁷⁴

Diante dessas colocações, e transpondo-as para a relação empregatícia, indaga-se se estaria caracterizada a falta de idoneidade psíquica do empregado, diante do quadro de suas necessidades alimentares de subsistência, assim levando-o a se submeter às condições contratuais (im)postas pela empresa, de modo a torná-lo naturalmente incapaz para manifestar livremente sua vontade e assim realizar um negócio jurídico que efetivamente regule seus interesses. Esse fundamento, senão usado hoje para invalidar *ab initio* a contratação, por certo é o adotado na limitação imposta pelo art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

2.2 O contrato como expressão máxima da igualdade e da liberdade jurídicas

2.2.1 O voluntarismo e o individualismo como valores fundantes da contratualidade

O voluntarismo em matéria contratual compõe o leque das influências das concepções filosóficas que, geralmente em reação ao intelectualismo, colocam a *vontade* em primeiro plano e, em plano inferior, a *razão*.

A propósito, MARTINS-COSTA lembra a doutrina apregoada por OCCAM e SCOTO da prevalência da vontade sobre a razão do homem que, nascido livre, nada o poderia obrigar senão com o seu próprio consentimento e, assim sendo, as regras obrigatórias não poderiam ter outra origem senão num acordo de vontades, ou seja, no consenso. Acrescenta a influência da moral cristã no medievo, reforçando a convicção de que a quebra da palavra dada “quando estabelecido um acordo, constituía um pecado.”⁷⁵

⁷⁴ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 525.

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A Noção de Contrato na História dos Pactos. *Revista do Instituto de Letras da Universidade do Rio Grande do Sul*, p. 501.

Anota FASSÒ que o voluntarismo teve na ética cristã um poderoso aliado. Santo Agostinho pregava a *lex aeterna* como *voluntas Dei*; para São Cipriano, a vontade divina é a única e verdadeira justiça e, Santo Anselmo, já no século XI, escrevia: justo é o que Deus quer e injusto o que não quer.⁷⁶

Opondo-se ao racionalismo da escolástica de São Tomás de Aquino, BACON ensinava que não havia outra classe de direito natural senão o estabelecido pela vontade divina.

Também em SCOTO se lê que a causa primeira e absoluta é a vontade de Deus que não está determinada por nada, nem mesmo pela razão. E, finalmente, para OCCAM, de nada serve a razão para explicar as verdades da fé, consistindo a moralidade exclusivamente na obediência aos mandatos divinos, cuja vontade é absolutamente livre e arbitrária.⁷⁷ A Reforma, observa também FASSÒ, “está intimamente unida ao voluntarismo e ao anti-intelectualismo.”⁷⁸

Na Idade Moderna, FERRATER MORA relata que comentaristas, como RICHARD KRONER, afirmam que a doutrina kantiana, por inteiro, teria sido voluntarista, referindo-se tanto à sua doutrina moral quanto à sua teoria do conhecimento. Diferentemente, entretanto, é o voluntarismo de SCHOPENHAUER, de caráter antes metafísico, em que a vontade, em face do caráter fenomênico do intelecto, aparece como uma “coisa em si” de natureza, ademais, inteiramente irracional, e diversa também do voluntarismo de FICHTE, para quem a “vontade é algo assim como a *raiz do Eu*.”⁷⁹

Ao final da Idade Média, especialmente com a cisão operada pela Reforma, a cultura individualista, segundo a qual “o elemento principal é o homem, não sendo a sociedade senão uma construção que permite ao homem de fazer valer seus direitos e de exercê-los”,⁸⁰ se esgarçava sob diversas formas, se configurando nas áreas da política e do direito pela forma da idéia do Contrato Social.⁸¹

Com efeito, diz ROUBIER, figura exponencial desse pensamento:

“Todas as idéias que têm base na filosofia individualista terminam por colocar no primeiro plano o papel da vontade livre e do contrato. A pessoa humana é dona de seus destinos, e é pela ação de sua vontade que seu direito deve ser elaborado.

⁷⁶ FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 201.

⁷⁷ FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 202-206.

⁷⁸ FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 38.

⁷⁹ FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*, p. 3.466.

⁸⁰ ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*, p. 232.

⁸¹ FERRATER MORA, José. *Ideologia. Diccionario de Filosofía*, p. 1.665.

Considera-se que nada pode corresponder melhor a um direito justo do que aquele que é aceito pela vontade: *é justo porque foi querido.*”⁸²

E continua ROUBIER doutrinando no sentido de que ao direito não cabe verificar se os contratos firmados são justos ou não, pois não lhe cabe

“intervir para colocar todos os homens sob tutela. Cumpre a cada um cuidar de seus interesses (*jura vigilantibus prosunt*). Nos contratos que se supõe por outro lado livremente negociados, os particulares se encontram colocados pelo direito em um estado de igualdade jurídica, quaisquer que possam ser, por outra, suas diferenças econômicas e sociais.”⁸³

Enfim, extremou-se a influência da idéia contratual como aponta ROUBIER, citando MORIN:

“o contrato torna-se o único modo de todas as relações jurídicas entre os homens, e as diversas sociedades nas quais tem curso a vida humana, o casamento e a família, a profissão, o Estado e a sociedade civil, a Sociedade das Nações, não podem ter que uma origem e uma natureza contratuais.”⁸⁴

A força da filosofia individualista, na área econômica, é retratada nessa passagem de ADAM SMITH:

“Cada indivíduo emprega sem cessar todos seus esforços a procurar, para o capital de que pode dispor, a aplicação mais vantajosa; é certo de que tem em vista o seu próprio benefício, e não o da sociedade; mas os cuidados que tem para obter sua vantagem pessoal, conduzem-no naturalmente, ou melhor dizendo, necessariamente, a preferir precisamente aquele gênero de aplicação que se mostra o mais vantajoso para a sociedade... Enquanto procura senão seu interesse pessoal, ele trabalha muitas vezes de um modo muito mais eficaz para o interesse da sociedade do que se ele tivesse por objetivo trabalhar por esse interesse.”⁸⁵

A Reforma Protestante, pelo lado influente das convicções religiosas, importou em contribuir significativamente para o avanço das concepções individualistas.

Como escreve FASSÒ, a Reforma surgiu, dentre outras razões, “da aspiração da liberação do sujeito da submissão à lei objetiva, deduzindo-se dela o princípio moral interno da consciência individual.”⁸⁶

⁸² ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*, p. 235.

⁸³ ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*, p. 236.

⁸⁴ MORIN, Gaston. Vers la révision de La technique juridique, *Arch. de phil. du dr., et de soc. jur.*, 1931, 1-2, p. 78, *apud* ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*, p. 236.

⁸⁵ SMITH, Adam. *Recherches sur les causes de la richesse des nations*, IV, ch. 11, *apud* ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*, p. 236-237.

⁸⁶ FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 45.

Importa ressaltar, na pregação de LUTERO, o princípio doutrinário do livre exame, que lhe caracteriza especialmente as feições, pelo qual se tornou viável ao cristão interpretar por si mesmo, diretamente, individualmente, a palavra revelada, e ainda, a suficiência da fé, independentemente de obras, a insular na alma individual a possibilidade de salvação.

2.2.2 Função da propriedade privada na contratualidade

A ligação entre o contrato e a propriedade privada, pilares básicos da ordem jurídica privatística, é um lugar comum das abordagens doutrinárias sobre o tema, entendendo-se que o direito à propriedade privada, que se exerce pela aquisição, assim como pelo exercício de um dos elementos capitais desse direito, que é o poder de disposição, não seriam viáveis amplamente senão pela via contratual.

Aliás, essa funcionalidade já fazia parte das concepções do contratualismo jusnaturalista apregoadas ao longo dos séculos XVI a XVIII, em que o Contrato Social era posto como garantia ou segurança também do direito da propriedade privada, especialmente em LOCKE.

Nesse sentido da imbricação dos dois institutos, manifesta-se LOBO:

“No Estado liberal, o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito de propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãs siamesas.”⁸⁷

E ainda a propósito dessa íntima relação entre o contrato e a propriedade privada, escreve MESSINEO que a

“instituição jurídica do contrato é um reflexo da instituição jurídica da propriedade privada. Ela é o veículo da circulação da riqueza, enquanto se admite (não interessa em que medida) uma riqueza (isto é, uma propriedade) privada. Se não se admitisse a riqueza (propriedade) privada, esta não poderia circular e o contrato careceria quase inteiramente de função prática.”⁸⁸

⁸⁷ LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social, *Revista dos Tribunais*, p. 40.

⁸⁸ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, p. 15.

Observe-se que, historicamente e não por coincidência, o Código de Napoleão, tido como o diploma emblemático do ideal individualista e liberal, ou nas palavras de PICARD “a epopéia burguesa do direito privado”⁸⁹, contempla tanto o direito contratual quanto o direito à propriedade, este tido inclusive como direito natural, inalienável e não sujeito à prescrição.

Não é, pois, sem razão que a explicitação, no vigente Código Civil brasileiro, da função social do contrato, em seu art. 421, veio a reboque da explicitação da função social da propriedade⁹⁰. Explicitações, diga-se, obviamente desnecessárias, tendo em vista a função social de todo e qualquer direito, categoria jurídica, instituição jurídica ou ramo do Direito, e não só da propriedade privada ou do contrato, o que é ademais direito há muito posto pelo legislador conforme se confere pelos dizeres do art. 5º. da Lei de Introdução às Normas Brasileiras (Lei n. 12.376, de 30.12.2.010, que alterou a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, de 04.09.1.942).

Transportada a análise para o campo específico do Direito do Trabalho, a contratação do trabalho humano não tem cabida no quadro da aquisição ou da disposição das coisas que caem sob o domínio do direito de propriedade: o trabalhador é um não-proprietário. Ou seja, não tem algo a oferecer à empresa em contrapartida do salário que não seja uma atividade, não uma coisa que possa ser objeto do direito de propriedade, objeto do Direito das Coisas, mas objeto do Direito das Obrigações.

A relação de emprego não é uma relação entre proprietários, mas uma relação entre proprietário (empresa) e não-proprietário (trabalhador).

Sendo assim, o regime da contratualidade, nascido e orientado para a garantia e a tutela da aquisição e da disposição das coisas objeto do direito de propriedade, serve, na relação empregatícia, antes aos interesses da empresa, proprietária, do que aos interesses dos trabalhadores, não-proprietários.

Ou seja, o contrato se organiza juridicamente em função da propriedade privada e, na relação contratual de emprego, não negando sua orientação de proteger antes e diretamente a empresa ou o capital, em detrimento do trabalhador ou da atividade humana.

⁸⁹ PICARD, Edmond. *L'évolution historique du droit civil français*, 1898, p. 68, *apud* VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 29.

⁹⁰ A função social da propriedade foi prevista pela primeira vez no texto da Constituição de 1.967 e pela Constituição de 1.988 está no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º., XXIII), bem assim como um dos princípios da Ordem Econômica (art. 170). A respeito do tema, cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A função social da propriedade na Constituição Federal de 1.988*, <http://www.juspodivm.com.br>, acesso em 16.06.2011.

Desse modo, conclui-se, a contratualidade da relação de emprego não funciona, na verdade, para garantir e tutelar o trabalhador, desmentindo o apregoado princípio tuitivo do Direito do Trabalho.

2.2.3 A igualdade e a liberdade como substâncias da contratualidade

Além do conceito abstrato, puramente racional, do Contrato Social, em KANT cristalizam-se também, em pura forma ideal, os conceitos de igualdade e liberdade, que iriam permear e justificar a contratação no ponto extremado de seus desenvolvimentos e de sua incorporação especialmente nos Códigos Civis francês e alemão, como negócio jurídico celebrado mediante a manifestação consciente das vontades de pessoas... formalmente iguais e livres.

Com efeito, em KANT, a igualdade e a liberdade em que consiste a Justiça não passam, tanto quanto ela, pois, de uma idéia, podendo-se dizer o mesmo em PLATÃO, na pregação estoica da igualdade universal dos seres humanos, na religiosidade cristã imperante na Idade Média segundo a qual todos os seres humanos são por igual filhos de Deus e, finalmente, já próximo de KANT, no Humanismo da Renascença, da igualdade dos seres humanos enquanto seres naturalmente livres.⁹¹

Essa concepção formal da igualdade e da liberdade passou aos textos de direito positivo, já suficientemente maturada no idealismo kantiano e por tudo conveniente aos interesses dos condutores da política e economia de então⁹², incorporando-se nas proclamações de direito, nos articulados das constituições escritas e, na doutrina, sob o nome de autonomia contratual, fundamentada justamente na igualdade e na liberdade “perante a lei”.

Não se afirma, desde então, sem mais controvérsias, que o que é contratual é justo? Justo porque fruto da vontade consciente de pessoas iguais em liberdade... óbvio que igualdade e liberdade formais.

Muitos outros intelectuais da Escola do Direito Natural poderiam ser nomeados para secundar, ainda mais, a importância da idéia contratual na formação das concepções gerais da cultura política e jurídica especialmente, que se desenvolveram mais intensa e

⁹¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant*; seu fundamento na liberdade e na igualdade, p. 15-16.

⁹² Na política, interessava afirmar o indivíduo perante o Estado, barrando-lhe as pretensões absolutistas em matéria inclusive religiosa e, em economia, a autonomia privada, a dar curso livre ao empreendedorismo e ao livre emprego da mão de obra.

explicitamente na Idade Moderna, influenciando poderosamente no campo das relações e dos negócios privados.

Embora cientificamente absurda, falsa, como fato histórico, ou idealista, como postulado de natureza puramente racional, a idéia da pactuação da Sociedade, do Estado, do Governo, do Direito, teve uma serventia superlativamente importante na evolução dessas instituições. Patente e indubitável, por isto, o caráter ideológico do contratualismo, tanto em suas origens quanto na Idade Moderna.

Como ressalta FASSÒ, importava politicamente a convicção (cujo desenvolvimento iria desembocar na doutrina da soberania popular)

“de que o Estado e o direito, não tendo outro fundamento que a vontade dos cidadãos, devem exigir sempre seu consentimento, e que o poder do governante encontra nesse consenso um limite intransponível.”⁹³

Mesmo no campo das relações privadas, fora do campo político, a contratualidade nas relações entre a empresa e seus trabalhadores sempre serviu à economia dos seus proprietários ou sócios-investidores.⁹⁴

Como já mencionado, desde a origem do Direito do Trabalho, ou seja, quando ainda sequer possuía autonomia científica em relação ao Direito Civil, foi pela via da contratualidade que se encontrou uma fórmula jurídica capaz de superar formalmente os antigos regimes de escravidão e servidão, mas sem modificação da titularidade do direito ao controle central da propriedade – e, portanto, do controle da produção e seus lucros – em detrimento do dador efetivo do trabalho.

Aliás, a tal respeito, BARROS apresenta levantamento acerca da regulamentação dos contratos de trabalho na época do Código de Napoleão, bem traduzindo como o empregado era considerado naquela ideologia burguesa.

Em tal Código, afirma a autora, encontram-se as diretrizes da organização do trabalho ainda nos quadros do Direito Civil, sendo o contrato de trabalho identificado no sentido de contrato empregatício, e ali regulado como uma das modalidades da locação, consagrando a tal ajuste apenas dois artigos. O primeiro deles dispõe que o trabalhador só poderia se obrigar por certo tempo ou para execução de determinada obra, o que visava

⁹³ FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 38-39.

⁹⁴ “Revogadas as normas estatutárias do regime corporativo, as estipulações das obrigações contratuais tornam-se o instrumento capital no funcionamento das relações do trabalho. A execução da vontade das partes deve encontrar no Estado um fiel servidor. O poder público pouco legisla e quase nada regulamenta. E, quando o faz, é para garantir as regras do jogo liberal, de modo que não se rompa o equilíbrio de forças entre parceiros.” DONATO, Messias Pereira. *O Movimento Sindical Operário no Regime Capitalista*, p. 22.

proibir o trabalho por toda a vida e o reaparecimento da escravidão. Observe-se que dispositivo no mesmo sentido limitativo do prazo de duração do contrato de prestação de serviços é encontrado no Código Civil brasileiro de 2.002. Do segundo artigo, nitidamente de matiz burguês, constando determinação de que o empregador merecia crédito pela sua afirmação, no tocante aos salários pagos anualmente, valorizando, com isso, a palavra do empregador e assim evidenciando “a parcialidade do legislador em favor dos interesses do empregador, contribuindo decisivamente para o desequilíbrio das forças.”⁹⁵

Desse modo, em todas as suas manifestações históricas preponderantes até hoje vivenciadas – a escravidão, a servidão e o contrato de trabalho ou empregatício – o trabalho humano segue sendo objeto de dominação e submissão por outrem, proprietário dos meios de produção, a ditar o comando, em maior ou menor grau, não apenas da atividade laboral como do homem que a realiza, não lhe autorizando questionar a divisão dos frutos de seu trabalho e alijando-o do gozo dos maiores benefícios. E tem no contrato o instrumento jurídico por excelência dessa injusta repartição.

Constata-se que as formas residuais de aproveitamento do trabalho humano livre e autônomo – como o cooperativismo e o trabalho autônomo individual (sob as formas civilistas dos demais contratos de atividade, como o da prestação de serviços e o da empreitada, por exemplo), mantiveram-se exatamente como via secundária e, portanto, com grau de expansão contido, inclusive no âmbito de extensão dos direitos fundamentais trabalhistas aos seus realizadores.

Aliás, é provável que esse patamar diminuto de direitos aos trabalhadores autônomos presta-se mesmo a prestigiar e manter a hegemonia do regime subordinante sob a forma da contratualidade empregatícia refreando, em contrapartida, a sua revisão ou a sua substituição.

Em outras palavras, o que se afirma é que a ausência de um regime jurídico único, capaz de oferecer um patamar mínimo fundamental de direitos trabalhistas a qualquer tipo de relação de trabalho, presta-se a perpetuar o regime empregatício exploratório subordinante, o qual constitui objeto nuclear e exclusivo de proteção do Direito do Trabalho.⁹⁶

⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 58.

⁹⁶ A respeito, há muito se critica o Direito do Trabalho brasileiro, calcada sua normatividade tuitiva praticamente com exclusividade apenas aos trabalhadores empregados, quando deveria avançar na construção de um regime jurídico único para todos os trabalhadores, na esteira da ampla redação do art. 7º da CR/88 c/c os ditames insculpidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. É o que já se dá, por exemplo, com a extensa legislação das cooperativas, na Espanha, que concede direitos trabalhistas aos cooperados semelhantes aos empregados, como férias, descanso semanal, dentre outros. Nesse sentido, PIRES, Rosemary de Oliveira. *Trabalho Cooperativado: um ensaio na harmonização de um regime jurídico único de direitos trabalhistas*.

Àqueles históricos regimes jurídico-laborais subordinantes segue a identificação do poder não apenas político, mas econômico da respectiva sociedade em que se encerram, ou seja, da sociedade escravocrata, servilista ou capitalista, dividindo e perpetuando as classes sociais e econômicas entre os homens que trabalham e os que detêm o poder econômico e de mando.

Apura-se na doutrina de VILLELA a indagação acerca de o intervencionismo do Estado na vida contratual – praticamente imposto pelos fatos econômicos do industrialismo, da formação das grandes empresas, concentração de capitais, produção em larga escala que determinaram uma profunda transformação no sistema dominante de bens e serviços, e importando em restrições severas à autonomia das partes – ter chegado "ao ponto de aniquilar a viabilidade de um livre acordo na esfera dos interesses patrimoniais."⁹⁷

O mundo de hoje é bem diverso do mundo em que imperava a ideologia dos direitos naturais referentes ao homem abstrato, ideal, centro de referência das teorias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII; bem diverso também do mundo que produziu e acolheu o Código de Napoleão, certamente adequado ao serviço dos interesses individualistas da classe burguesa em ascensão, e em que, na área contratual

“o acordo era mais aparente do que real, porque onde vigorava a desigualdade econômica, e especialmente onde a necessidade se impunha, dificilmente se poderia falar de vontades livres.”⁹⁸

Partindo dessa constatação e “a fim de impedir a espoliação do fraco pelo forte, bem assim de assegurar a prevalência dos interesses do bem comum sobre as pretensões individuais”, VILLELA explica o intervencionismo estatal, tanto nas searas do Legislativo quanto do Judiciário, cujas iniciativas teriam “jogado por terra a antiga majestade do *pacta sunt servanda*”.⁹⁹

O declínio do contrato, não obstante a citação de MORIN, para o qual o contrato dirigido e o contrato coletivo não são, segundo a sua significação plena, verdadeiros contratos, e a lembrança das restrições à liberdade das partes, “reduzida, em muitos casos, a pouco mais de um simples ato de adesão e, em vários outros, precisamente a este mínimo

⁹⁷ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 28.

⁹⁸ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 29.

⁹⁹ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 29.

volitivo”¹⁰⁰, é acreditado por VILLELA num único sentido verdadeiro: admite-se o declínio, sim,

“para significar que a propósito das figuras contratuais clássicas, a locação especialmente, os contraentes não têm mais a plena ou quase plena senhoria do conteúdo das convenções e que, muitas vezes, falece-lhes até uma liberdade absoluta de contratar.”¹⁰¹

Fora daí, o que esse jurista mineiro constata é um crescente impulso ou floração contratual, tanto no plano interno quanto no externo, tanto na área estatal quanto na privada, indicando, como formações contratuais derivadas das condições sociais e econômicas modernas, “os contratos coletivos de trabalho, os contratos de adesão, os contratos-tipo, modalidades variadas e exóticas do contrato de seguro”.¹⁰²

Percebe-se que o dirigismo contratual não o impressiona tanto, pelo que se entende a citação de DURAND que, ao examinar a

“coerção legal na formação do contrato, voltou a falar de um *essor du concept contractuel*, no sentido de que a obrigação de contratar e a situação contratual de origem legal, além de provocar a conclusão de contratos, determinam a generalização das regras aplicáveis às obrigações contratuais.”¹⁰³

Apregando a passagem em curso do estatutarismo para o contratualismo, em prol, portanto, da expansão do convencional livre em relação ao regulamento imposto, VILLELA invoca a tese theilhardiana do movimento “irresistível da Humanidade para a coletivização”, trilhando uma fase evolutiva do forçado para o livre, em cujo estágio, “tendo os homens, enfim, reconhecido que são os elementos solidários de um Todo convergente, e se dispendo, em conseqüência, a amar os determinismos que os estreitam, a unidade de afinidades e de simpatia substituirá as potências da coerção.”¹⁰⁴

“Amar os determinismos que os estreitam” pode significar, nesse contexto, aceitar a natureza contratual daqueles negócios em que não há liberdade ou ela existe diminuta, como

¹⁰⁰ MORIN, Gaston. Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts, *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 36, 1937, 553-63, p. 560 e segs., *apud* VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 29.

¹⁰¹ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 29.

¹⁰² VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 31.

¹⁰³ DURAND, Paul. La contrainte, légale dans la formation du rapport contractuel, *Revue trimestrielle du droit civil*, Paris, 42, 1944, p. 96, *apud* VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 30.

¹⁰⁴ TEILHARD DE CHARDIN, Pierre. *L’Avenir de l’homme*, Paris, Éd. du Seuil, 1963, p. 160, *apud* VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 31.

são os contratos coletivos de trabalho, em relação ao trabalhador individual que não os celebrou; os contratos de adesão, em que há uma mera e presumida aceitação do que o aderente só pela rama conhece; os contratos-tipo geralmente dispostos em anexos a contratos de adesão... todos já citados por VILLELA, ao argumento de que se pode entender o determinismo como liberdade no sentido de que não importa a vontade individual quando se trata de reconhecer a solidariedade e a marcha para a formação da Humanidade ou de um todo convergente.

Coerente, segue VILLELA a agitar o novo sentido da contratualidade no âmbito do dimensionamento social do direito privado, em que

“as prerrogativas individuais se mesclam de objetivos da comunidade, a pessoa substitui o indivíduo e a colaboração se desenvolve onde antes florescia, desembaraçada e forte, a concorrência”, aí se explicando também “os contratos do direito social e do direito econômico.”¹⁰⁵

Nesses contratos, a atuação da liberdade individual, sabe-se, é praticamente inexistente, tal como ocorre nos contratos empregatícios, ou é originada de assembleias de corporações que decidem por maioria e, muitas vezes, contra minorias, sujeitas muitas delas, igualmente, a regulamentos e controles rígidos e intervenientes, por parte das agências reguladoras da concorrência.

A liberdade, seja ela entendida como mínimo poder volitivo, seja ela entendida como razoável poder de autodeterminação, é que constitui, diz VILLELA, a “substância do contrato”, não sendo possível

“submeter as figuras contratuais clássicas e as novas práticas a um regime jurídico comum... importante é não deixar de parte, na análise e na pesquisa, as configurações modernas, os valores atendíveis, o condicionamento psico-sócio-econômico da atualidade.”¹⁰⁶

Neste passo, VILLELA parece sugerir dois regimes jurídicos diversos; certamente um deles seria o regime contratual, e o segundo a surgir da análise e da pesquisa, atendendo aos condicionamentos a que se refere, mesmo porque

“já não se pode esconder a insuficiência da teoria clássica dos contratos diante das novas realidades e dos valores humanos a realizar... é preciso repensar os esquemas

¹⁰⁵ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 32.

¹⁰⁶ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 32.

tradicionais, associá-los aos dados novos da Economia e da Sociologia, impregná-los de valores humanos.”¹⁰⁷

Diante desse quadro, esboça-se o desafio a ser enfrentado pelos teóricos da contratualidade, no sentido de construir uma figura jurídica, sob distinta e inovadora denominação, que possa se destacar do que hoje se encontra na vala comum do intitulado “contrato”, a fim de acolher essas novas realidades exigentes da introjeção dos valores sociais, pela via do intervencionismo estatal, assim assumindo em seus contornos conceituais e normativos, sem ficções descabidas, a inegável e necessária redução do elemento volitivo, com todas as suas consequências.

O tema da crise da contratualidade será retomado e aprofundado ao longo do Capítulo 3 desta Parte I.

2.2.4 A igualdade como condição necessária da liberdade

É da história das relações econômicas, para não dizer das relações humanas em geral, a prova de que a igualdade é condição para o exercício da liberdade.¹⁰⁸

A história da contratualidade demonstra-o, pois é na tentativa de afirmar e assegurar a liberdade que o direito cogente intervém para proteger o hipossuficiente, em qualquer espaço que localize, na área do trabalho, do consumo, do meio ambiente *etc.*

Assim, para a existência do contrato, cuja substância é a liberdade individual, a igualdade é indispensável.

Igualdade formal ou material?

A pergunta soa como uma falsa questão, pois recorre a dois conceitos aristotélicos, de forma e de matéria que, fora do campo da lógica ou das distinções apenas mentais, não têm existência separada; não têm existência real separada, pois a matéria é o ser potencial, não atual, e a forma só existe enquanto ato, ou seja, enquanto forma de uma matéria.

¹⁰⁷ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 32 e 34.

¹⁰⁸ Já para HEGEL, é a liberdade que aparece como condição da igualdade: “Ora, o próprio Hegel para falar em igualdade o faz adstrito à liberdade, uma vez que se encontra nela seu conteúdo, haja vista que o homem só é igual ao outro se livre.” Para ele, “nem bem a liberdade nem a igualdade é dada pela natureza, mas produzida pela razão, por meio de uma lei universalmente válida, ‘produto e resultado da consciência do mais profundo princípio do Espírito e da universalidade, bem como da formação dessa consciência’.” ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos em Hegel*, p. 203, citando, ao final, texto de SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia da Justiça em Hegel*, p. 433.

Não obstante, os defensores da “contratualidade sem igualdade” apressam-se a responder que ao direito basta a igualdade formal, ou seja, são as mesmas para todas as partes, as normas que atribuem a capacidade contratual, a ninguém discriminando em razão da fortuna, da profissão, das crenças políticas e religiosas *etc.*, mas somente em razão da idade e da higidez mental. Mais um equívoco, pois tais critérios, supostamente diversos daqueles, são de natureza exclusivamente formal ou mental.

Além disso, fazendo parte do ordenamento jurídico lado a lado com as demais normas individuais como são as sentenças e inúmeros atos administrativos, os contratos têm o mesmo sentido dos valores positivos que se condensam no conceito de Justiça que, por sua vez, é velha e inseparável aliada da igualdade.

O regime jurídico da contratualidade postula, fundamentalmente, a igualdade, como condição que possibilita o exercício da liberdade na busca da realização dos valores da justiça contratual nos negócios de caráter econômico.¹⁰⁹

2.2.5 Critérios de configuração da igualdade contratual

A igualdade condicionante da liberdade contratual não se afere pelo *padrão quantitativo* dos elementos envolvidos na relação negocial, verificáveis matematicamente, monetariamente, já que um tal método não é compatível com a natureza qualitativa dos valores em jogo.

Além disto, não se pode postular uma condição impossível, pois óbvio que jamais haverá igualdade matemática entre as partes ou mesmo entre as condições gerais e específicas de uma e de outra. Ou seja, a igualdade, na esfera negocial, não é nem pode ser necessariamente a exata igualdade econômica, patrimonial, pois tal exigência seria quase sempre impossível de se verificar na ampla prática social.

Portanto, a igualdade negocial, conceito diferente de igualdade econômica, consiste no poder de ambas as partes, na celebração de um negócio jurídico, de disporem igualmente sobre os elementos do negócio jurídico: com quem negociar, quando, onde, o quê negociar...

Para a aferição da igualdade negocial, propõe-se a conjugação de dois critérios: o primeiro, de uma razoável correspondência entre a **necessidade** de uma e de outra parte em

¹⁰⁹ Para referenciar somente aos primórdios do pensamento clássico, lembre-se da função de Igualdade nas espécies de Justiça particular contempladas por ARISTÓTELES, em sua *Ética a Nicômaco*, a corretiva e a distributiva.

concluir o contrato entre si e, a comprová-la, e o segundo critério, o razoável **equilíbrio** entre as prestações das obrigações assumidas por uma e outra.

O critério da razoável correspondência entre a **necessidade** de uma e outra parte concluírem o contrato foi acolhido pela categoria jurídica da *lesão* e, pela categoria da *imprevisão*, o critério de um razoável **equilíbrio** entre as prestações. Ambos os critérios direcionados à recuperação da justiça nas relações contratuais.

Sobre a lesão, modalidade de vício do negócio jurídico, reza o art. 157 do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

"Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Parágrafo 1º - Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

Parágrafo 2º - Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito."

Esclarece VENOSA que a aplicação do instituto da lesão se justifica como forma de proteção ao contratante que se encontra em estado de inferioridade:

*"No contrato, mesmo naqueles paritários, ou seja, naqueles em que as partes discutem livremente suas cláusulas, em determinadas situações, um dos contratantes, por premissas várias, é colocado em situação de inferioridade. Esse agente perde a noção do justo e do real, e sua vontade é conduzida a praticar atos que constituem verdadeiros disparates do ponto de vista econômico. É evidente que sua vontade está viciada, contaminada por pressões de natureza variada."*¹¹⁰

Observa, ainda, esse autor, que embora tal instituto estivesse ausente no Código Civil de 1.916, fora já descrito no Código de Defesa do Consumidor e mais anteriormente, nas Leis dos Crimes contra a Economia Popular.¹¹¹

Na lesão se fazem presentes dois elementos, um objetivo e outro subjetivo:

*"Há, nesse defeito do negócio, elemento objetivo, representado pela desproporção do preço, desproporção entre as prestações, mas há também elemento subjetivo, representado pelo estado de necessidade, inexperiência ou leviandade de uma das partes. (...) O requisito subjetivo é o que a doutrina chama dolo de aproveitamento e afigura-se, como dizem os diplomas legislativos, na circunstância de uma das partes aproveitar-se da outra pela inexperiência, leviandade ou estado de premente necessidade. Tais situações psicológicas são aferidas no momento do contrato. Não há necessidade de que o agente induza a vítima à prática do ato, nem é necessária a intenção de prejudicar. Basta que o agente se aproveite dessa situação de inferioridade em que é colocada a vítima, auferindo lucro desproporcional e anormal. Verificados esses dois pressupostos, o ato é anulável."*¹¹²

¹¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral, p. 507.

¹¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral, p. 508-509.

¹¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral, p. 510 e 512.

Entende-se, pela doutrina exposta, que há total possibilidade de encaixe desse instituto na relação empregatícia, invalidando já de início sua “contratação”, dado o inequívoco caráter alimentar do salário de que necessita o empregado a inibir suas forças em todo curso contratual (início, meio e fim da pactuação). Tanto assim que do princípio cardeal da proteção ao empregado, tão caro ao Direito do Trabalho, decorrem outros a sustentar essa mesma idéia, como o princípio da continuidade da relação e o da imutabilidade *in pejus* dos direitos trabalhistas (deste extraindo-se o fundamento das normas de vedação de alteração contratual, de irrenunciabilidade de direitos legais, de irredutibilidade salarial, de invalidade de quitação ampla ou complessiva de direitos, dentre outras).

Vale ressaltar que a doutrina civilista admite mesmo a prescindibilidade da condição de hipossuficiência econômica, focando na necessidade momentânea a gerar a premência da contratação:

“É irrelevante o fato de o lesado dispor de fortuna, pois a necessidade se configura na impossibilidade de evitar o contrato; a necessidade contratual, portanto, independe do poder econômico do lesado. O conceito envolve também o estado de penúria pelo qual pode atravessar a vítima, mas não é o único elemento. O lesado vê-se na premência de contratar impulsionado por urgência inevitável.”¹¹³

Isso quer significar que mesmo o critério econômico adotado pelo Direito do Trabalho para fundamentar a proteção que diz oferecer ao empregado sustentado na sua presumida hipossuficiência econômica já sequer é determinante na teoria da contratualidade hoje vigente pelo Código Civil, que apura a condição subjetiva conforme a situação psicológica de uma das partes, a lhe reduzir as forças negociais (tornando-a desigual e não livre), e assim se manifestando no plano exterior pela desproporção das prestações e direitos estabelecidos no malsinado “contrato”.

Que dúvida haveria na necessidade e premência de alguém a se permitir subordinado de outrem? Em se admitir que essa subordinação derivada da “contratação” se faz garantida ao outro contratante através dos direitos exclusivos de caráter hierárquico, como o *jus variandi* (advindo do poder diretivo) e os poderes disciplinar e regulamentar? Que motivo haveria além dessa necessidade para aceitar o aproveitamento da mais-valia de seu trabalho por outrem? Só mesmo a premência de sua subsistência alimentar e o fato de ser despossuído de outros meios de produção, além do próprio trabalho, fazendo necessitar

¹¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral, p. 512.

daquela parte que os possui, para justificar seu aceite a esse tipo de ajuste que lhe é lesivo desde a origem.

As necessidades do empregado são, inegavelmente, bastante desiguais às do empregador, decorrendo tal situação do próprio sistema capitalista que as acentua. Esta, a conclusão que se extrai do pensamento marxista:

“O pressuposto de que as necessidades são um produto da ação humana é bastante claro na obra de Marx (...). Ele não critica na sociedade capitalista o aumento das necessidades, mas a forma através da qual esse aumento se realiza, ou seja, um incremento artificial e alienado. (...) Para MARX, o sistema capitalista desvirtua a condição humana do ser pelo aumento constante da desigualdade das necessidades.”¹¹⁴

Em outras palavras, pode-se dizer que o modelo atual de relação empregatícia subordinante, referendado pela ideologia da contratualidade, além de desprezar a desigualdade das necessidades entre as partes contribui para seu agravamento, mostrando-se viciado.

Daí porque, na visão de LEAL, a relação de emprego chega mesmo a ser promotora da “descidadanização”:

“Observa-se que o trabalho, nesse quadro de interrogações, para as pessoas que alcançam adesão, por vários privilégios, a esse modelo globalizador, não enseja qualquer possibilidade evolutiva no sentido de evitar a exclusão de muitos para a sobrevivência de poucos. (...) Assim, o trabalho, neste caso, cumpre apenas função empregatícia, transformando-se em serviço confinado ao âmbito vegetativo da sobrevivência, sem qualquer apelo à compreensão do sistema econômico-social que lhe deu causa. (...) O apagamento da idéia de trabalho pela ênfase dada às relações de emprego (transformação do valor pessoal do trabalho em valor de troca) como meio de salarização das sociedades políticas é fator de indiferença generalizada a formação da cidadania.”¹¹⁵

Retomando-se a análise da configuração da igualdade real na contratação, deve-se levar em conta além desse critério da apuração da razoável correspondência entre a **necessidade** de uma e outra parte (assim acolhido pelo instituto jurídico da *lesão*), o critério de um razoável **equilíbrio** entre as prestações (amparado pelo instituto jurídico da imprevisão), em aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.

¹¹⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das Necessidades Humanas aos Direitos*: ensaio de sociologia e filosofia do direito, p. 93.

¹¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. O Direito ao Trabalho e a Descidadanização pelo Emprego no Capitalismo Mundial. *Caderno de Debates- Plural*, p. 149-150. A respeito de posicionamento em sentido diverso, DELGADO, Gabriela Neves; CAVALCANTI, Maria José de Figueiredo. Do Operário em Construção ao Desconstruído: de Marx à Globalização. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa *et alli. História do Direito: novos caminhos e novas versões*, p. 77.

Tal instituto foi construído pela doutrina como abrandamento do princípio *pacta sunt servanda*, e é aplicado quando da alteração inesperada das situações existentes no momento da contratação e que ampararam a negociação.

Ensina AZEVEDO que:

“essa cláusula, sempre foi considerada pela Doutrina e pela Jurisprudência brasileira como existente em todos os contratos, ainda que não expressamente contratada, apresentando-se com três pressupostos fundamentais, autorizadores de sua aplicação. Atualmente, essa cláusula está prevista no art. 478 do Código Civil de 2002.”¹¹⁶

Embora tal cláusula seja aplicada pela Jurisprudência com muita cautela, dúvida não há de que se revela da maior importância na configuração e manutenção da igualdade como pilar da contratualidade.

No Direito do Trabalho, por seu caráter tuitivo do empregado, vislumbra-se a possibilidade de sua aplicação apenas nas negociações coletivas, ora para reduzir os direitos trabalhistas, como no caso de redução salarial em épocas de crise econômica, como ocorreu na recente crise mundial de 2007, ora para fundamentar a participação dos empregados nos lucros das empresas.

Na seara do Direito Individual do Trabalho, dificilmente se vê lugar para a adoção da teoria da imprevisão, seja porque ela não pode ser aplicada para negar os direitos legais cogentes, seja porque é diminuto ou nenhum o conteúdo negocial estabelecido pelas partes.

Nessas condições, tem-se que a teoria da imprevisão possui aplicação limitada aos institutos de Direito Coletivo do Trabalho, quais sejam, às convenções e acordos coletivos de trabalho bem como às sentenças normativas.

Se por um lado, essa situação se sustenta no parco conteúdo contratual da relação empregatícia, por outro sinaliza para a possibilidade real e atual da contratualidade apenas no nível coletivo. Assim admitida a contratualidade apenas no campo do Direito Coletivo do Trabalho, tal se prestaria a valorizar e fortalecer o movimento de representação sindical dos trabalhadores, hoje tão deprimido.

E, de fato, é por meio dos instrumentos da convenção coletiva e do acordo coletivo que, efetivamente, são obtidas vantagens aos empregados além das previstas em lei, aumentando o rol dos direitos trabalhistas ou os adequando ao quadro de uma nova realidade laboral.

¹¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos*, p. 02.

2.3 A crise da contratualidade e figuras controvertidas

2.3.1 Antecedentes da irrupção da crise da contratualidade

Até a esses marcos, conquistas históricas e conceituais do contrato como fato, como fato jurídico, como ato e como negócio jurídico, evoluiu a teoria clássica da contratualidade, podendo-se dizer que teria, nessas paragens, alcançado os melhores frutos de seus esforços.

O contrato, como negócio jurídico, passou a ter, como pressupostos, a individualidade, a igualdade e liberdade. Explicitando mais ainda, numa fórmula entrelaçante desses pressupostos básicos: passou a ter como pressupostos, da parte de ambos os contratantes, a consciência e a vontade individual igual e livre. Neste trabalho, para efeito de simplificação, referir-se-á somente à igualdade e à liberdade, supondo-se nelas implícitas, os atributos integrantes da consciência e da vontade individuais.

A crise da contratualidade irrompe-se para cada um desses lados, ora pela porta da individualidade, ora pela porta da consciência, ora pela porta da vontade, ora pela porta da igualdade, ora pela porta da liberdade. Irrompe-se por outras passagens também, mas, por estas portas, atinge-a no âmago de seus suportes básicos.

Em pleno auge do regime capitalista ainda nascente, a ideologia marxista das classes sociais e da luta de classes despertou as mentes para o fato da necessidade de associarem-se os trabalhadores para combater a espoliação de suas forças vitais pelos donos dos meios de produção já que, abandonados às energias individuais, os trabalhadores não lograriam condições dignas de trabalho. MARX chegava a propor a associação em nível universal, como condição necessária para o êxito da luta dos trabalhadores contra a exploração do capital.

O crescente desenvolvimento das associações e dos sindicatos dos trabalhadores veio também, através da conscientização de seus filiados, pôr à mostra a força associativa dos trabalhadores e a possibilidade, através desses canais de, ao menos até um certo ponto suportável, igualarem-se nas negociações sobre a contrapartida do trabalho. À consciência individual somava-se a consciência de classe e, aos chamados “contratos individuais”, somavam-se os chamados “contratos coletivos”, constituindo ambos ainda os pilares básicos do Direito do Trabalho neste País: Direito Individual do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho.

O *crash* da bolsa de Nova York abateu-se fortemente sobre um bom número de empresários, algumas milhares de empresas falidas, e muito mais fortemente sobre outros milhares de trabalhadores, lançados à míngua do que comer, do que vestir, de onde morar etc., evidenciou já nos albores do século passado, que o risco da empresa não é o risco somente dos investidores ou empresários, mas risco muito mais profundo e em muito maior escala, da coletividade dos trabalhadores, dos fornecedores, dos clientes, abatendo-se em última instância, sobre toda a sociedade.¹¹⁷

Aprende-se que o risco do capital, para o investidor, em casos grandiosos como o da bolsa de Nova York e em inumeráveis outros em que se configura a falência ou a insolvência empresarial, é um risco menor do que o do trabalho. Não só porque reduz muito mais pessoas à miséria e ao sofrimento, mas também por uma razão de fundo que, aos poucos, penetra na intimidade da consciência coletiva: o risco da empresa, nas culturas como a vulgarizada em que a empresa é uma coisa, um capital, traz antes a perda de um ter – bens materiais –, enquanto que esta, a perda do trabalho, é, antes, a perda de um ser – a ação humana de produzir, inseparável da pessoa humana do trabalhador.

As grandes guerras do século passado e outras não menos tresloucadas, como a do Vietnã, o terror das bombas atômicas despejadas pelos Estados Unidos sobre as cidades de Hiroshima e Nagasaki, o horror do genocídio perpetrado pelos nazistas, os investimentos bilionários carreados para o desenvolvimento tecnológico da indústria da guerra, as investidas dos ataques terroristas... e outros tantos inacreditáveis crimes contra a Humanidade, passaram cada vez mais a pesar sobre a respeitabilidade da consciência racional e ética dos seres humanos.

Ao liberalismo econômico e político do século XIX seguiu-se o neo-liberalismo econômico, com o Estado do Bem-Estar Social, e político, com as sociedades pluralistas, no seio das quais floresceram empresas e grupos de empresas desmedidos, muito mais poderosos e influentes do que muitos Estados, impondo políticas, direito, cultura, produtos e padrões uniformes de valores, ambições, desejos e tendências, dentro daquilo que segue sendo construído e aperfeiçoado e que se venera pelo nome de “mercado”.

¹¹⁷ De forma mais branda, a crise econômica se repetiu em 2007 em todo mundo, provocando quebra de bancos e falência de empresas, arrastando milhares de trabalhadores ao desemprego. A onda dessa crise, por muitos especialistas chamada de “2ª. onda” ainda permanece nos dias atuais. Relatórios recentes da ONU apontam para o desemprego mundial na ordem de 200 milhões de trabalhadores (www.natlex.com). Ainda a respeito do tema, cf. PIRES, Rosemary de Oliveira. A crise econômica global, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho: o *donné* e o *construído* de François Géní. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Brasília: LTr./Anamatra, n. 34.

Unifica-se a cultura em geral, especialmente pela disseminação e recepção dos produtos da florescente e planetária indústria dos meios de comunicação, à distância e virtual, que falam, ouvem e são ouvidas, vêm e são vistas, mas que não se tocam e nem, em sua individualidade e concretude, se conhecem. Pessoas virtuais, de identidade eletrônica, aos borbotões, se entendendo sem se conhecerem nas suas reais identidades pessoais.

Estes e certamente muitos outros fatos vêm contribuindo decididamente para o declínio histórico dos valores culturais que se ligam aos atributos elementares da pessoa humana. Que lugar reservou à personalidade essa história e esses eventos que culminaram numa sociedade de massa, em que a pessoa humana se converteu em homem-massa, hetero-dirigido, e numa sociedade de mercado, em que os atributos do ser têm alguma serventia apenas se ligados ao mais ter ou mais enriquecer?

Nesse contexto de descrença na pessoa humana, ou seja, na crise da crença nos atributos da personalidade intimamente ligados à contratualidade - consciência e vontade individual igual e livre de ambos os contratantes -, é que se logra alguma menos superficial compreensão da crise do contrato.

2.3.2 O impacto da crise na teoria da contratualidade

Já se chega ao ponto de falar na “morte do contrato”.¹¹⁸

Segundo LOBO, entretanto, o que morreu por senectude e consumpção não foi o contrato, mas “o paradigma liberal do contrato”.

Chegado ao termo de seu desenvolvimento pela teoria pandectista do negócio jurídico – teoria científica formal e estrutural, sem qualquer preocupação com o conteúdo material ou com os figurantes reais das relações –, compreende-se que se adapta, ainda,

“residual e limitadamente apenas aos contratos em que há igualdade efetiva de *bargain power* entre as partes, mas é completamente imprópria para os contratos de massa ou dirigidos e protegidos pelo legislador, como, por exemplo, nas relações de consumo que absorvem quase todas as atividades econômicas de relevo.”¹¹⁹

¹¹⁸ GILMORE, Grant. *The death of contract*, apud LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social, *Revista dos Tribunais*, p. 45.

¹¹⁹ LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social, *Revista dos Tribunais*, p. 43.

LOBO critica ainda o esforço dos “novos pandectistas” ao insistirem na defesa da atualidade da teoria dos negócios jurídicos e sua aplicação aos contratos¹²⁰ “em ambiente sócio-econômico inteiramente diferente e oposto ao do século passado” (séc. XIX), observando ainda que a

“ampliação da categoria para absorver realidades e exigências diferentes desfigura-a e a torna inútil. Que utilidade haveria a compreensão das complexas relações negociais de nossa época, a disputa que envolveu tantos espíritos de escol entre a teoria da vontade e a teoria da declaração, se a própria manifestação da vontade é desconhecida largamente, imputando-se efeitos negociais a condutas sociais típicas?”¹²¹

A configurar a crise, BEVILAQUA evoca as inquietações de RIPERT, MORIN e JOSSERAND.

Colhe de RIPERT:

“Estamos hoje muito desiludidos sobre o valor do contracto. A theoria da autonomia da vontade está desacreditada pelos philosophos; o liberalismo, abandonado pelos economistas... assistimos à decadência da soberania do contracto. Na hora actual, essa decadência acentua-se rapidamente.”¹²²

Já MORIN, referindo-se às convenções coletivas e aos contratos dirigidos, diz que

“não são contratos no sentido exato do termo. Esse vocábulo esconde, em vez de exprimir, a realidade. Designando operações jurídicas desconhecidas na época do Código, é a aplicação do processo das ficções, que tem por fim disfarçar o real novo em conceitos antigos.”¹²³

Finalmente, para JOSSERAND, por imposição da acumulação de capitais e da concentração de empresas, a liberdade teria

¹²⁰ Esse “novo pandectismo” veio a ser assumido pelo Código Civil Brasileiro de 2.002, depois de quase 100 anos de sobrevivência do Código Bevilacqua, que não se curvara à teoria dos negócios jurídicos, permanecendo fiel à teoria antes francesa dos atos jurídicos.

¹²¹ LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social, *Revista dos Tribunais*, p. 43.

¹²² RIPERT et PLANIOL. *Traité pratique de droit civil français*, p. 272, apud BEVILAQUA, Clóvis. Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias, *Revista de Crítica Judiciária*, p. 57-58.

¹²³ MORIN, Gaston. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1937, v. 36, p. 559-560, apud BEVILAQUA, Clóvis. Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias, *Revista de Crítica Judiciária*, p. 58.

“perdido a sua função de princípio regulador supremo dos contratos (...) entre contratantes poderosos e contratantes ínfimos, desapareceu a liberdade contratual.”¹²⁴

Arremata JOSSERAND que teriam sido fenômenos, entretanto, que determinaram não a morte do contrato, mas a transformação de seu conceito pelo chamado “dirigismo contratual” ou intervenção do poder público para “transformar a igualdade teórica, contrariada pelos fatos, em igualdade efetiva.”¹²⁵

BEVILAQUA tributa a crise também à tendência “para o socialismo do direito privado”¹²⁶, nesse sentido evocando, dentre outros, MENGER, COVIELLO e CONSENTINI.

O primeiro, MENGER,

“vê, na liberdade contratual uma guilhotina, porque não pode ser, realmente, livre, aquele que se acha em posição de inferioridade econômica, ou de dependência, ou forçado pelas necessidades da vida, em face do mais poderoso, ou mais forte.”¹²⁷

Nesse pensamento já se encontra a preocupação do civilista com a desigualdade econômica das partes a estabelecer a dependência de uma a outra, o que é ainda mais acentuado na relação empregatícia.

E no mesmo sentido, segue COVIELLO: “Liberdade sem igualdade é liberdade de um ou de muitos, tirania de uma parte e escravidão de outra.” Por isto que o Estado deve interessar-se pelas relações entre “o capitalista e o proletário”, pois se não o fizer, estará abandonando “todo direito das obrigações à força anti-racial do egoísmo, ao interesse individual do mais poderoso, à ação deletéria da especulação e da concorrência.”¹²⁸

Para BEVILAQUA, como para IZLADITS, por ele invocado, essa crise decorre de “perturbações do presente”, “metamorfozes políticas”, ou “perturbação intelectual”, que haveriam de desaparecer “com a volta da sociedade às condições normais”, e que não dispõe de energia suficiente para impor a “transformação no direito privado.” Recorre, para comprová-lo, o teor democrático do projeto oficial do Código Civil italiano e seu projeto de Código das Obrigações, além do movimento legislativo da América do Sul, no campo do

¹²⁴ JOSSERAND, Luis. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1927, p. 03, *apud* BEVILAQUA, Clóvis. *Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias, Revista de Crítica Judiciária*, p. 58-59.

¹²⁵ JOSSERAND, Luis. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1927, p. 05-6, *apud* BEVILAQUA, Clóvis. *Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias, Revista de Crítica Judiciária*, p. 59.

¹²⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias, Revista de Crítica Judiciária*, p. 60.

¹²⁷ MENGER. *La Equità nei Contratti*, p. 17-18, *apud* BEVILAQUA, Clóvis. *Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias, Revista de Crítica Judiciária*, p. 60.

¹²⁸ COVIELLO. *La Riforma della Legislazione civile*, 1911, p. 297, *apud* BEVILAQUA, Clóvis. *Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias, Revista de Crítica Judiciária*, p. 60.

Direito Privado, particularmente as alterações do Código Civil do Peru e no Código Civil argentino, expressos em exigirem que a execução dos contratos se dê segundo o princípio da boa-fé... o que lhe parece suficiente para salvar a “noção do contrato que não pode desaparecer, sem que se subverta a ordem social.”¹²⁹

Finalmente, postula que a socialização do direito privado seja “o equilíbrio dos interesses do indivíduo e da sociedade, a harmonia das relações entre as classes sociais”; de que o direito, para tanto, abebere-se “de mais em mais, de elemento ético”; que a liberdade seja racionalizada pelo “direito justo”, secundada pela segurança da atividade produtiva, já que “sem a segurança jurídica, a sua ação resultará inútil ou de valor precário.” A saída da crise estaria, então, segundo BEVILAQUA, na conciliação entre “a rigidez do princípio conservador e garantidor – *pacta sunt servanda*, e a regra excepcional da justiça – *rebus sic stantibus*”, através da jurisprudência, “pela boa-fé na interpretação dos contratos”, e pela legislação, “pela saturação da moral na vida jurídica.”¹³⁰

Outro jurista nacional de projeção, SAN TIAGO DANTAS, analisando a evolução do direito contratual ao termo das duas grandes guerras, escreve que, em suas linhas e princípios gerais (princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública e da obrigatoriedade das convenções), a evolução da doutrina dos contratos teria terminado no final do século XVIII, dispensando, através das grandes codificações do século XIX, as normas necessárias ao surto econômico do capitalismo moderno, doutrina representativa de

“um dos instrumentos mais eficazes da expansão capitalista em sua primeira etapa... e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas.”¹³¹

Entende que o direito contratual constitui-se num sistema formado por dois grupos de normas: as de ordem pública, que restringem a aplicação do princípio da autonomia da vontade, e as dispositivas, que implicam expansão desse princípio, adequado a garantir ao capitalismo industrial, pela sua flexibilidade, “um poderoso instrumento de ascensão, adaptável a todas as necessidades da circulação de riquezas.”¹³²

A pressão sofrida pelo sistema, por ação do sentido solidarista da política dos Estados democráticos, e intervenção crescente do Estado na economia, a restringir o grupo

¹²⁹ BEVILAQUA, Clóvis. Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias, *Revista de Crítica Judiciária*, p. 61 e 62, respectivamente.

¹³⁰ BEVILAQUA, Clóvis. Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias, *Revista de Crítica Judiciária*, p. 63, 65 e 66, respectivamente.

¹³¹ SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. Evolução Contemporânea do Direito Contratual, *Revista Forense*, p. 07.

¹³² SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. Evolução Contemporânea do Direito Contratual, *Revista Forense*, p. 07.

das normas de ordem pública, vem sendo absorvida por efeito da flexibilidade do mesmo, não importando, pois, o dirigismo contratual e as medidas interventivas em alteração ou quebra do sistema.

A expansão ou o retraimento das exigências da ordem pública, prossegue SAN TIAGO DANTAS, que iria se verificar a partir especialmente das grandes guerras “não comprometeu a integridade da forma, isto é, não ofendeu a pureza técnica do sistema contratual, que se achava apto a recebê-la.” E insiste: a política solidarista dos Estados democráticos tendeu a prevalecer, desde meados do séc. XIX, por

“influência das idéias socialistas, sobre o individualismo puro do período anterior. Nasce a tese da proteção social dos mais fracos, destinada a corrigir as conseqüências desumanas do liberalismo jurídico – favorecendo o empregado em relação ao empregador...”¹³³

Manifestações do dirigismo contratual, sim, mas que “restringem simplesmente a liberdade de estipular... sem quebra do sistema.” Persiste a incolumidade do sistema contratual, mesmo sob o choque da superveniência dos contratos coativos, “em que a autonomia da vontade se reduz a um simples ato de obediência, para evitar a imposição de sanções legais.” Fundamenta-se na compreensão de que

“entre os conceitos de lei e de contrato não existe uma oposição essencial, mas uma continuidade. As obrigações, quer as chamadas obrigações legais, quer as contratuais, encontram na lei, isto é, na norma jurídica, o seu primeiro fundamento. Legais são aquelas cujo conteúdo e obrigatoriedade se integram unicamente com os elementos fornecidos pela própria lei. Contratuais são aquelas cujo conteúdo e obrigatoriedade se integram não só com os elementos fornecidos pela própria lei, mas também com outros elaborados pela vontade. Sejam os elementos elaborados pela vontade mais numerosos ou menos, não se modifica, nem se perde a natureza contratual da obrigação. Bastará que ela dependa para seu nascimento de um único ato de vontade, para que mereça o nome de contratual.”¹³⁴

Mas para LOBO, o modelo liberal do contrato não conseguiu resistir aos macro-fatores do Estado social e da sociedade de massas. O Estado do Bem-Estar Social “ultrapassa os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva, mas a justiça social.”¹³⁵

Daí porque as Constituições, do papel de organizar o Estado e delimitar seus poderes em face das liberdades individuais, passam à função de garantir os direitos sociais,

¹³³ SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. *Evolução Contemporânea do Direito Contratual*, *Revista Forense*, p. 07 e 08, respectivamente.

¹³⁴ SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. *Evolução Contemporânea do Direito Contratual*, *Revista Forense*, p. 07, 08 e 09, respectivamente.

¹³⁵ LOBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e Mudança Social*, *Revista dos Tribunais*, p. 42.

ditos de segunda geração, cuidando para tanto de dispor sobre a ordem econômica e social no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como consta, por exemplo, do art. 3º da Constituição brasileira. E, não estacando aí, os ordenamentos jurídicos avançam mais ainda no sentido de garantir os direitos de terceira e quarta geração.¹³⁶

O advento das sociedades de massas¹³⁷ exigiu do Poder Público a regulamentação dos negócios contratuais em vários setores da atividade econômica, muitos de importância superlativa na vida das pessoas, restringindo, em maior ou menor grau, o poder de autorregulamentação¹³⁸ dos agentes econômicos.

A liberdade contratual, em relação a muitos desses negócios, simplesmente já não existe, diz LOBO, exemplificando: nos setores de fornecimento de serviços públicos e setores monopolizados, não cabe escolher com quem contratar; a tipologia contratual, em muitos casos, não está ao gosto dos agentes. Por exemplo, nos contratos de licença ou cessão, no âmbito da lei do *software*, de parceria e arrendamento no Direito Agrário; o conteúdo das estipulações é praticamente predeterminado nas relações locatícias, nos negócios imobiliários, nos contratos de turismo e seguro.¹³⁹

Não obstante, o maior golpe que teria sido desferido contra a teoria clássica dos contratos foi dado ao entrar em cena, diz LOBO, “os direitos individuais de terceira geração”, exemplificando com os contratos entre fornecedores e consumidores, em que a “teoria

¹³⁶ Na dicção do art. 81 do CDC, “...interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” Ou seja, direitos em face das manipulações biológicas. A propósito, cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*.

¹³⁷ Caracterizam a sociedade de massas, segundo ORTEGATI, a uniformidade dos modelos de comportamento em relação à produção de consumo de bens e serviços; a participação generalizada na vida política e cultural; a concentração da indústria na produção de bens de interesse comum; o desenvolvimento do setor terciário da economia; a urbanização crescente e o predomínio da racionalidade formal sobre a substancial, com a redução da iniciativa individual. A sociedade de massa tem, como consequência, o empobrecimento dos vínculos naturais, como a família e as relações comunitárias locais; o distanciamento entre as Pessoas, o empobrecimento e a despersonalização mesmo das relações inter-pessoais, envolvendo aspectos limitados da personalidade dos indivíduos. ORTEGATI, Cássio. *Sociedade de Massa. Dicionário de Política*, p. 1211-1213.

¹³⁸ Consistente, no negócio jurídico, em que a “vontade é tudo”, ou “que não tem outros limites que os pressupostos de legalidade. Em regra, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa”, enfim, em que o “agente pode, em primeiro lugar, praticá-lo ou abster-se de fazê-lo. E depois, se opta por praticá-lo, dar-lhe o conteúdo específico e a forma que livremente eleger.” VILLELA, João Baptista. *Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro*, p. 264.

¹³⁹ LOBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e Mudança Social, Revista dos Tribunais*, p. 43.

tradicional do contrato foi desprezada”, já que abandonados ou relativizados os princípios “da intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*), da relatividade subjetiva, do consensualismo, da interpretação da intenção comum, que são substituídos pelos da modificação ou revisão contratual, do equilíbrio contratual, da proteção do contratante débil, da interpretação contra *stipulatorum*, da boa-fé contratual.”¹⁴⁰

Também a profunda intervenção estatal no contrato operada nos últimos tempos deu-se com o Código de Defesa do Consumidor que, tutelando a parte mais fraca na relação de consumo, atingiu “profundamente, todos os princípios básicos da teoria do contrato, ou seja, o da autonomia da vontade, o da força obrigatória, o da relatividade e o da boa-fé.”¹⁴¹

Não obstante, e em posição conservadora, THEODORO JÚNIOR reafirma a importância fundamental do contrato no convívio jurídico e econômico no Estado Democrático de Direito.

Postula esse autor que a sua revisão e a interferência estatal no domínio econômico sejam realizadas sem negação das garantias fundamentais, especialmente as que tutelam o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, “assim como as que definem a ideologia do regime político como voltado para a defesa da livre iniciativa e da propriedade privada.”¹⁴²

Em sentido semelhante também ANDRADE sustenta o dirigismo como um momento de transição atual, daí porque, prevê que, solucionado o problema social, haverá “o retorno do Código Civil e a redução das intervenções do Estado a limites adequados.”¹⁴³

Tais posições devem ser tomadas sob ressalva, pois se acredita que o Direito, mais atento às mudanças e necessidades sociais, só deverá reafirmar as concepções do modelo liberal clássico enquanto as mesmas estiverem afirmadas com os valores da igualdade e da liberdade inerentes à dignidade das pessoas.

Ainda seguindo a linha de argumentação da inadequação do contrato nos moldes tradicionais à atualidade, também verbera LOBO:

“é absolutamente imprestável e inadequado o modelo liberal do contrato, porque incompatível com uma função que ultrapassa a autonomia e o interesse dos

¹⁴⁰ LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social, *Revista dos Tribunais*, p. 43-44.

¹⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos – princípios gerais – tendências do direito contratual contemporâneo – abrandamento dos princípios tradicionais – intervenção estatal crescente – impacto do código de defesa do consumidor. In *Revista dos Tribunais*, p. 31.

¹⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos – princípios gerais – tendências do direito contratual contemporâneo – abrandamento dos princípios tradicionais – intervenção estatal crescente – impacto do código de defesa do consumidor, p. 33.

¹⁴³ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato: teoria geral*, p. 38.

indivíduos contratantes. Muito menos com uma legislação que tende a intervir na relação contratual para proteger uma das partes, até mesmo contra sua vontade.”¹⁴⁴

Aliás, referindo-se esse mesmo autor, na conclusão, ao contrato como negócio jurídico específico, conclui ser o contrato, mesmo sob a forma e estrutura do negócio jurídico, “inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque são distintos os fundamentos, constituindo obstáculo às mudanças sociais.”¹⁴⁵

Mais branda em sua doutrina, mas fazendo uma ligação do intervencionismo contratual com a nova ordem constitucional brasileira, propugna LIMA uma releitura principiológica, afirmando que:

“com o advento da Constituição da República de 1988, o povo brasileiro fez a opção pelo Estado Democrático de Direito. Todavia, o Código Civil ora vigente foi ainda elaborado sob a inspiração do Estado Social. Assim, o desafio que se põe aos profissionais do direito é a reconstrução do contrato e sua conformação ao Estado Democrático de Direito. Para tanto, é imprescindível a releitura das funções do contrato e de seus princípios.”¹⁴⁶

Entre os estrangeiros, JOSSERAND, já em 1937, atribuía o que era chamado de deformação ou declínio do contrato principalmente a duas causas, sendo a primeira, de ordem jurídica e política, o “enfraquecimento do ponto de visto individual e a valorização do ponto de vista social”, e a segunda, de natureza econômica, “a acumulação de capitais e a concentração de empresas.”¹⁴⁷ O contrato, prossegue,

“deixou de ser livre para tornar-se dirigido; um regime de regulamentação e de controle sucedeu ao da autonomia das vontades privadas e da liberdade contratual; o protecionismo conduz à eliminação da livre negociação; o individualismo revolucionário foi vencido; o direito novo realiza uma socialização ao mesmo tempo que uma ‘publicização’ do contrato.”¹⁴⁸

Descartando, entretanto, o pessimismo em face do fenômeno do “dirigismo contratual”, prefere referir-se à crise tratando-a em termos de transformação ou renovação, impulsionadas por postulados diversos daqueles que, originados do Direito Romano, foram acolhidos pelo Código de Napoleão, e atuando segundo as seguintes tendências:

¹⁴⁴ LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social, *Revista dos Tribunais*, p. 42-43.

¹⁴⁵ LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social, *Revista dos Tribunais*, p. 44.

¹⁴⁶ LIMA, Taísa Maria Macena de. Função Social e Principiologia, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, p. 52.

¹⁴⁷ JOSSERAND, M. Louis. Aperçu Général des Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 02-03.

¹⁴⁸ JOSSERAND, M. Louis. Aperçu Général des Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 29.

“multiplicação e diversificação dos contratos: surgimento de novas categorias; padronização do contrato e declínio do princípio da autonomia da vontade; desenvolvimento do conteúdo obrigatório e crescimento do dinamismo contratual; atenuação e inquietação da força coercitiva do contrato; interferência dos Poderes públicos na vida do contrato; constituição de um direito de classe.”¹⁴⁹

Por sua vez, certamente com os olhos voltados para a definição contida no art. 1.101 do Código de Napoleão, BATIFFOL observa com razão que o conceito de contrato, no séc. XIX, primava pela simplicidade, como acordo de vontade entre duas ou mais partes para criar transferir e extinguir direitos, constituindo também a fonte do direito por excelência, já que a função da lei se limitava a garantir e secundar as estipulações livremente acertadas entre as partes.

Observa ainda que essa posição entendia-se perfeitamente com o individualismo politicamente triunfante, com suporte em “uma filosofia da autonomia da vontade afirmada por Kant, depois Rousseau, e cujas raízes emergem do humanismo da Renascença.”¹⁵⁰

Em face do elastecimento que talvez ainda se encontre no presente devido também à arraigada importância e ao prestígio da contratualidade, os juristas do séc. XIX

“acentuaram a função do contrato procurando, tal era a relevância da contratualidade, reconduzir as instituições mais diversas, apresentando-as como contratos tácitos, seja o regime matrimonial legal, a sucessão *ab intestat*, os famosos quase-contratos, e mesmo o direito da nacionalidade.”¹⁵¹

Das últimas décadas do séc. XIX para frente, a crise do contrato começa a desencadear mais visivelmente.

O mesmo autor evoca as relações de trabalho sobre as quais é estranho o quase-mutismo do Código; já no séc. XX, a negação das negociações preliminares, pela difusão dos contratos de adesão; a exigência de um consentimento qualquer nos casos em que a lei impõe a contratação; a inexistência de liberdade em relação aos serviços monopolizados prestados pelas concessionárias e, novamente, o problema

¹⁴⁹ JOSSERAND, M. Louis. Aperçu Général des Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 05-06.

¹⁵⁰ BATIFFOL, Henri. La “crise du contrat” et sa portée, *Archives de Philosophie du Droit*, n° 13, *Sur les notions du contrat*, p. 13-14.

¹⁵¹ BATIFFOL, Henri. La “crise du contrat” et sa portée, *Archives de Philosophie du Droit*, n° 13, *Sur les notions du contrat*, p. 14.

“da liberdade efetiva em face da liberdade legal. O contrato de trabalho é livremente consentido sob as condições fixadas pelo empregador, quando o empregado sabe que não terá outro meio de subsistência se ele não as aceita?”¹⁵² (grifou-se)

No campo da aplicação do direito, a tarefa da interpretação das cláusulas contratuais não se orienta necessariamente pela norma que manda buscar a intenção comum das partes; invoca-se a presunção de que a parte economicamente mais forte impôs a sua vontade à outra, levando então os aplicadores do direito a procurar a solução razoável, operação que os ingleses chamam de “construção”, já que não se trata de “reencontrar uma vontade inexistente, mas de dizer o que é justo e razoável no caso concreto”. Em virtude da norma que manda o juiz suprir o contrato com as cláusulas de uso, permite-se a interferência dele na economia contratual, “o que os alemães chamam também de interpretação ‘complementar’ (*ergänzende Auslegung*).”¹⁵³

O princípio da relatividade dos contratos, em um sem-número de situações, deixa de se aplicar. BATIFFOL prossegue, lembrando, dentre outras, a obrigação do sucessor do fundo de comércio em relação aos contratos comerciais, às relações de emprego, às convenções coletivas de trabalho, a inoponibilidade aos credores dos contratos fraudulentos, a teoria da imprevisão, a possibilidade de alteração do contrato de sociedade por efeito da deliberação por maioria.¹⁵⁴

Vê-se que a crise da contratualidade está focada especialmente na questão da liberdade contratual.

Com efeito, se se parte do princípio de que a liberdade contratual consiste não só em consentir, mas também em determinar o objeto do contrato, forçoso concluir que o contrato assim entendido “existe cada vez menos”, ou seja, sob o enfoque da liberdade contratual assim considerada, a questão que se coloca é sobre o grau a partir do qual há ou não há contrato, o que leva BATIFFOL a concluir: se assim é, “a noção de contrato não tem mais qualquer consistência.” Para sair desse impasse e dadas as conseqüências positivas da qualificação contratual, esse jurista afirma a liberdade contratual num sentido completamente diverso do clássico: não liberdade como faculdade de agir conforme a própria vontade, mas liberdade no sentido de ‘faculdade de agir segundo a razão’, talvez ressuscitando, aqui, a

¹⁵² BATIFFOL, Henri. La “crise du contrat” et sa portée, *Archives de Philosophie du Droit*, n° 13, *Sur les notions du contrat*, p. 14-16.

¹⁵³ BATIFFOL, Henri. La “crise du contrat” et sa portée, *Archives de Philosophie du Droit*, n° 13, *Sur les notions du contrat*, p. 17 e 18, respectivamente.

¹⁵⁴ BATIFFOL, Henri. La “crise du contrat” et sa portée, *Archives de Philosophie du Droit*, n° 13, *Sur les notions du contrat*, p. 18-21.

conhecida contenda filosófica entre o primado da razão e o primado da vontade, entre TOMÁS DE AQUINO e GUILHERME DE OCCAM.

Explica:

“O caráter racional ou mesmo simplesmente razoável de uma verdade não diminui em nada a liberdade. Pode-se falar de uma coerção da evidência, mas aquele que se rende a ela não se sente diminuído. A verdade liberta, diz-se, porque aquele que supera suas repugnâncias para seguir a razão se sente mais livre que aquele que se submete a elas: ele é mestre de si mesmo. A liberdade é aumentada pela ação razoável porque esta abre novas possibilidades de agir, portanto a escolha de meios onde se encontra o exercício verdadeiro da liberdade, meios, entretanto, que devem, por sua vez, ser razoáveis para ser eficazes, portanto, para consagrar uma liberdade no verdadeiro sentido do termo.”¹⁵⁵

Por este novo conceito de liberdade, salva-se a liberdade contratual, permitindo compreender inclusive “que a conclusão mesmo de certos contratos possa ser, em situações seguramente excepcionais, imposta.” Com efeito, assim conclui sua exposição:

“Este exame conduz a pensar que é possível escolher entre diversas noções de liberdade, e que um voluntarismo simples não responde à complexidade dos fatos.”¹⁵⁶

2.3.3 A defesa da extensão tipológica da contratualidade

Versando sobre a propalada crise do contrato desencadeada por uma série de fatores que ensejaram a substituição ou o avanço da autorregulamentação pela heterorregulamentação das relações econômicas privadas, cunhada em geral pela eloquente expressão do “dirigismo contratual”, levado a efeito preponderantemente pelo Estado, ANDRADE discorre sobre algumas figuras contratuais que lhe impactaram a igualdade e a liberdade negociais, a ponto de negar ou, ao menos, de tornar controvertida a sua natureza contratual.

Releva aqui o exame, dentre outras figuras contempladas por esse autor, dos chamados contrato administrativo, contrato coletivo de trabalho, contrato de adesão e contrato-tipo, os quais também neste estudo, malgrado as críticas, continuarão a ser designados de “contrato”. Muito significativo que o autor, de formação civilista tradicional, não tenha incluído o contrato empregatício entre os tipos contratuais controvertidos.

¹⁵⁵ BATIFFOL, Henri. La “crise du contrat” et sa portée, *Archives de Philosophie du Droit*, n° 13, *Sur les notions du contrat*, p. 21 e 22.

¹⁵⁶ BATIFFOL, Henri. La “Crise du Contrat” et sa portée, *Archives de Philosophie du Droit*, n° 13, *Sur les notions du contrat*, p. 23 e 30, respectivamente.

O interesse dessa pesquisa mais específica é duplo.

Na contemplação dessas figuras contratuais específicas, concretiza-se um pouco mais a consciência da crise da contratualidade, até agora voltada somente às generalidades que a envolvem. Ademais, enseja-se uma avaliação crítica de contornos mais nítidos das razões do efeito dessa crise sobre a natureza jurídica contratual dessas figuras que, segundo ANDRADE, não teria sido violada, avaliação a ser feita no subitem 4.2.5, adiante.

No contrato administrativo, a controvérsia sobre sua natureza contratual estaria fundada na incidência das cláusulas exorbitantes que “destroem a igualdade jurídica, que é traço imanente nos contratos de direito privado”. A desigualdade ensejada pelas cláusulas exorbitantes opera amplamente, tanto na fase pré-contratual, por força de imposições que os editais geralmente contêm, quanto na fase de execução do contrato, facultando a modificação ou extinção unilateral do mesmo pelo Poder Público. A supremacia do Estado atenta também contra a igualdade negocial, uma vez que suprimiria “a equivalência jurídica das vontades, indispensável á sua fusão em um ato jurídico único”.¹⁵⁷

Tais razões, ao ver de ANDRADE, não seriam suficientemente consistentes para excluir os contratos administrativos do campo da contratualidade. Invocando LAUBADÈRE, argumenta que a cláusula exorbitante tem fundamento subjetivo e repousa sobre uma concepção voluntarista. Além disto, o ente privado conhece a técnica da gestão pública e os dados com que ela joga.¹⁵⁸

Por sua vez, o contrato coletivo de trabalho só aparentemente suprimiria a função da vontade individual na origem das relações de emprego. É que os empregados, sindicalizados ou não, são representados, *ex vi legis*, no ato de criação ou desfazimento das obrigações que se inserem nos contratos individuais de trabalho. Em virtude da representação, não se pode dizer que, para tais efeitos, não tenha havido o concurso de sua vontade individual ou que tal ato tenha sido praticado contra a sua vontade.

Já no contrato de adesão ou por adesão, a objeção à sua natureza contratual estaria cifrada na desigualdade econômica dos contratantes. A essa objeção, responde ANDRADE que tal desigualdade, além de não ser peculiaridade dos contratos de adesão, não constitui elemento essencial dele,

“mesmo porque sempre são economicamente desiguais (mais ou menos) os participantes da relação... só importando a igualdade jurídica, que, sobre ser mais

¹⁵⁷ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato: teoria geral*, p. 44.

¹⁵⁸ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato: teoria geral*, p. 44.

teórica do que real... não se elimina pelo fato de ser a formulação das cláusulas obra unilateral.”¹⁵⁹

Finalmente, o contrato-tipo, que é “antes, *pactum de modo contrahendi*, uma vez que preestabelece conteúdo para os contratos que venham a querer concluir”,¹⁶⁰ assemelha-se ao contrato de adesão ou por adesão, merecendo então os mesmos reparos que este, se originado de imposição unilateral a excluir os princípios da igualdade e liberdade negociais.

Além dessas categorias jurídicas a que se segue conferindo natureza contratual, poderia a análise crítica colacionar contratos de massa outros, como os de consumo, as figuras extremadas dos chamados “contratos coativos” e dos “contratos necessários”¹⁶¹, os quais, apesar de se saber nenhuma a igualdade e a liberdade negociais, persiste também a comodidade ou a falta de melhor ou mais apurada criatividade técnica, a classificá-los e a nominá-los como se fossem verdadeiros contratos. ANDRADE não os contempla também como, de resto, não contempla entre os controvertidos, o contrato individual de trabalho.

Não obstante, os chamados “contratos de massa”, numa sociedade de massa e evoluindo cada vez mais nesse sentido, não poderiam deixar de receber especial atenção neste trabalho, já que, os “contratos” empregatícios, em sua imensa maioria, lhes são amplamente assimiláveis.

A vida econômica atual, edificada pela super estrutura de produção de bens e serviços e sua respectiva distribuição, passou a exigir não apenas a adoção de cláusulas contratuais uniformes como sua prévia regulamentação, a fim de facilitar e agilizar a conclusão dos negócios, racionalizando as atividades e as relações entre produtores e consumidores.

Dessa feita, as tendências organizacionais no plano econômico, laboral e comercial se estenderam para o plano jurídico, implicando na uniformização ou “standardização”¹⁶² dos contratos, ou mais especificamente falando, de suas cláusulas.

Em termos semelhantes, afirma LOBO que

“A sociedade de massa, neste final de século XX, multiplicou a imputação de efeitos negociais a um sem-número de condutas, independentemente da manifestação de vontade.”¹⁶³

¹⁵⁹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato: teoria geral*, p. 59.

¹⁶⁰ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato: teoria geral*, p. 61.

¹⁶¹ Seria o resultante “do permanente estado de oferta contratual de certos sujeitos de direito, como as empresas concessionárias de serviços públicos” que tais pessoas “não podem recusar-se a contratar, falecendo-lhes, pois, não só a liberdade de escolher a contraparte, mas também a de afastar as regras constantes do regulamento a que devem obediência.” GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 29.

¹⁶² PINTO, Carlos Alberto Mota. *Contratos de Adesão, Revista Forense*, p. 03.

Os contratos assim uniformes em suas cláusulas ditadas por uma das partes acabam por não seguir um ajustamento aos tipos prefixados, constituindo figura geral ou categoria genérica. Ou seja, a atipicidade seria sua nota característica.

JOSSERAND, na doutrina externa, e ANDRADE, na interna, sustentam a contratualidade dessas figuras, com base no conceito de contrato como um acordo de vontade para os fins jurídicos indicados, daí necessário tão somente o consentimento livre de sua conclusão, entendendo desnecessária a livre e prévia discussão das cláusulas e, assim, sendo irrelevante sua preparação unilateral por uma delas.¹⁶⁴

3 A CONTRATUALIDADE TRABALHISTA

3.1 Direito do Trabalho, Direito Civil e Direito da Empresa

Historicamente, o Direito do Trabalho alcançou sua autonomia ao se desprender do Direito Civil, apresentando peculiaridades que o tornam um ramo especial da ciência jurídica. Entretanto, encontra-se

“ainda muito preso ou próximo do Direito Civil, de índole geral, universal, comum, que lhe serve de fonte subsidiária, além de lhe proporcionar um sem-número de noções e conceitos jurídicos gerais, indispensáveis para o seu estudo e compreensão.”¹⁶⁵

SÜSSEKIND lembra que não pode mesmo ser absoluta a separação entre tais ramos “por força da própria unidade orgânica do Direito”, além de que

¹⁶³ LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social, *Revista dos Tribunais*, p. 40.

¹⁶⁴ JOSSERAND, Luis. Aperçu general des stendances actuelles de la théorie des contrats, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 08-09 e ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato: teoria geral*, p. 39. Já a teoria anticontratalista ataca o reconhecimento dessas figuras, ao fundamento de que a adesão a um ato unilateral prévio não altera a unilateralidade originária, daí permanecendo tal natureza. Nessa negativa de contratualidade, estariam sendo discutidos três aspectos: a) a dificuldade de conhecimento das cláusulas, no momento da adesão; b) a ausência da discussão prévia; e c) a desigualdade dos contratantes. Cf., a propósito, ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato: teoria geral*, p. 39.

¹⁶⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 154.

“a importância indelével do Direito Civil e a amplitude do campo de ação que constitui o objeto de suas normas tornam bastante fortes suas relações com todos os outros setores da enciclopédia jurídica.”¹⁶⁶

O Direito Civil ganha especial importância, pois, segundo doutrina, é o chamado direito comum no campo do Direito Privado, daí a ele recorrer o hermeneuta juslaboralista autorizado pelo art. 8º. da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe expressamente ser o direito comum fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não é incompatível com os princípios fundamentais deste.

Exemplificando os vários institutos aproveitados do Direito Civil, cita-se a teorização sobre pessoas, capacidade, domicílio, bens, fatos e atos jurídicos, bem como a teoria das obrigações e dos contratos, os critérios de fixação da responsabilidade, a teoria das nulidades, entre outras.

A imbricação dessas disciplinas é ainda apresentada no que tange aos institutos que visam à proteção ao consentimento livre e a tutela dos fracos, segundo as palavras de RIPERT:

“o direito do trabalho nada mais faz do que procurar realizar os próprios ideais do direito civil: o consentimento só obriga quando é livre e consciente; a lesão e a usura são causas de nulidade, porque revelam um abuso contra a fraqueza alheia, indo em socorro dos fracos. O legislador moderno se encaminha no mesmo sentido dos princípios do direito civil, já que a liberdade só convém aos fortes.”¹⁶⁷

Embora o Direito Civil, em regra, discipline relações supostamente igualitárias, diferentemente do Direito do Trabalho, que regula a relação entre duas forças sócio-econômicas desiguais, o que lhe exige maior atenção no zelo a essa proteção, tal afirmação de RIPERT serve para revelar a tendência civilista de proteger os fracos com a aplicação de novos institutos que vêm sendo criados, de modo a exigir igual ou maior intensificação dessa tutela por parte do Direito do Trabalho.

Também com o Direito da Empresa há estreita sintonia.

¹⁶⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, p. 141.

¹⁶⁷ RIPERT, G. *L'Ordre Économique et la Liberté Contractuelle*, 1934, vol. II, págs. 348-349, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 154.

DONATO acusa que as interrelações foram mais próximas no processo de formação do Direito do Trabalho, aproveitando-se do Direito Comercial as noções de empresa, estabelecimento, grupo econômico, sócio-empregado, diretor-empregado de sociedade anônima, viajantes comerciais¹⁶⁸, bem como de aviso prévio, indenização no caso de rescisão nos contratos e justas causas para rescisão, todas essas disposições encontradas no antigo Código Comercial, além do tratamento que é dado por esse ramo à regulação das sociedades comerciais, falência e concordata, corretagem, representante comercial, atividade comercial, negociação por conta própria ou alheia, bem como, hoje em dia, se intensificando as relações entre as duas disciplinas no campo da regulamentação do Direito marítimo e aéreo.¹⁶⁹

É também desse ramo que se extrai o tema relativo à teoria da empresa, o que fez BOTIJA afirmar que a vinculação do Direito Comercial com o Direito do Trabalho é maior, dada a “ordenação laboral da empresa”, do que com o Direito Civil, fazendo deste um direito supletivo.¹⁷⁰

Embora com tal entendimento não comungue SÜSSEKIND, reconhece este jurista ser estreita a conexão entre esses dois ramos, já que foram extraídas do Direito Comercial as disposições sobre organização e funcionamento das sociedades comerciais, uma das partes que normalmente figura na relação empregatícia.¹⁷¹

Aliás, pontua MORAES FILHO, o Direito Empresarial teve tratamento ampliado e alterado no Direito do Trabalho para

“tutelar precisamente os colaboradores da empresa (empregados), e não só o organismo produtivo em si mesmo, como conjunto de bens e de relações jurídicas abstratas. Os conselhos de empresa, a participação nos lucros, o acionariado operário, os contratos coletivos, a coletivização da própria vida comercial, a integração cada vez maior do empregado na empresa mercantil, tornando-a cada vez mais um organismo social, com profundas modificações do papel do antigo comerciante, individualmente considerado.”¹⁷²

¹⁶⁸ Cf. extenso apanhado histórico extraído pelo autor. DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito Individual do Trabalho*, p. 89-90.

¹⁶⁹ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 156.

¹⁷⁰ BOTIJA, Eugênio Perez. *Curso de Derecho del Trabajo*, p. 17.

¹⁷¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, p. 142.

¹⁷² MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 155.

A identificação dessas relações entre tais ramos do Direito e seus institutos comuns contribui na teorização de espectro mais amplo e sistêmico da natureza da relação empregatícia, assim regida pelo Direito do Trabalho, mas conectada com normas de outras disciplinas, que lhes servem de apoio e justificação.

3.2 A natureza do fato jurígeno da relação de emprego

3.2.1 Considerações preliminares

O mencionado aproveitamento de alguns institutos de outras áreas jurídicas pelo Direito do Trabalho se, por um lado, contribui para sua visão sistêmica, por outro gera riscos de promover desvios teóricos originais.

Como ramo especializado, cabe-lhe encontrar a condensação teórica capaz de estabelecer as adaptações e contornos especiais aos seus próprios institutos, seguindo sua função tutelar específica, escapando das fórmulas clássicas do direito comum e assim criando seu próprio cabedal normativo, embora sem quebra da harmonia do ordenamento jurídico vigente.

A eventual falta desse amadurecimento é capaz de criar desconfortos teóricos e consequências perturbadoras na sua unidade científica, implicando a possibilidade de prejudicar a apuração de soluções jurídicas eficazes dos problemas enfrentados no mundo atual do trabalho.

E um desses temas que se ressentem de melhor definição e classificação é o pertinente ao fato jurígeno da relação empregatícia.

Aliás, são esses dois elementos – *definição* de sua essência e *classificação* para fins de enquadramento em um conjunto próximo de institutos correlatos– que constituem o conteúdo investigatório da natureza jurídica de um fenômeno.¹⁷³

Ensina DELGADO que:

“encontrar a natureza jurídica de uma figura do Direito (como a relação empregatícia ou o contrato empregatício) consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas,

¹⁷³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 308.

de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito.”¹⁷⁴

Segundo a doutrina dominante, que no Brasil se sustenta na literalidade do texto do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho e em outros diplomas legais que compõem o arcabouço legislativo do Direito do Trabalho (como o que regulamenta o trabalho rural, doméstico, entre outros), é o contrato individual do trabalho (aqui especificamente denominado “contrato empregatício” para não ser confundido com outros contratos que têm no trabalho seu objeto) o fato jurídico que se diz situar na origem da relação empregatícia.

E, com base nesse posicionamento, todo o disciplinamento das relações laborais pelo Direito do Trabalho atual é sustentado na contratualidade, guardadas entre os países algumas distinções e peculiaridades legislativas, em especial no que tange ao grau de intervencionismo estatal.

A respeito da escala de graus de intervenção heterônoma no direito comparado, SÜSSEKIND informa:

“a) nos principais países da língua inglesa (Estados Unidos, Grã Bretanha e Canadá) o sistema jurídico de proteção ao trabalho esteia-se preponderantemente na negociação coletiva, impulsionada por poderosos sindicatos, não obstante já vigorar na Inglaterra algumas leis de proteção ao trabalho; b) na maioria dos países, inclusive naqueles em que há inúmeros sindicatos fortes e a sindicalização é ponderável (República Federal da Alemanha, França, Itália, Espanha etc.), leis imperativas fixam o nível considerado adequado de proteção ao trabalhador, que é complementado pelos instrumentos da negociação coletiva; c) nos poucos países onde a economia ainda é integralmente dirigida pelo Estado, as condições de trabalho integram os planos periodicamente aprovados e impostos pelo Poder Público, não podendo as convenções coletivas ter, a respeito, conteúdo inovador.”¹⁷⁵

Segundo esse autor, as normas cogentes constituem a base legal do contrato empregatício, a elas se associando, também de forma imperativa, as convenções ou acordos coletivos e sentenças normativas, contra as quais não prevalece a vontade dos contratantes, que funciona apenas “para ampliar os direitos resultantes de normas cogentes ou para conceder vantagens nelas não previstas.”¹⁷⁶

Vê-se, pois, pelo quadro apresentado, que o contrato empregatício, no sentido de um negócio autorregulador da relação, se existente teria caráter meramente supletivo.

¹⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 308.

¹⁷⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 28.

¹⁷⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 29.

É que, nele, a vontade das partes dispara a aplicação das leis imperativas que lhe dão o maior conteúdo, seguindo-se a observância obrigatória das normas contidas nas convenções, acordos e sentenças normativas e, só a partir de então, sendo possível a típica atuação autônoma negocial das partes a qual, como se sabe, é em regra praticamente absorvida com exclusividade pelo empregador, assim caracterizando a natureza adesiva dessa pactuação.

Assim, em grandíssima parte, os efeitos não são desejados nem advindos da vontade expressa das partes e, menos ainda, do empregado, praticamente limitado a aceitar o emprego nas condições que lhe são oferecidas ou tão somente recusá-lo.

Dessa forma, para o fim de se estabelecer a regra geral, a regulação da relação empregatícia é preponderantemente heterônoma, no que diz respeito às normas cogentes e às normas de negociação coletiva (pois o empregado dela não participa diretamente, apenas as aproveita ou se submete) e, no que tange às cláusulas ditas negociais, supostamente autônomas, o empregado se limita a anuir com as estabelecidas pelo empregador, quanto ao salário, forma e data de pagamento, função, horário, local de trabalho, além de se submeter às advindas do poder regulamentar de que também aquele é o detentor.

3.2.2 Teorias contratualistas civis

Em sua primeira fase de construção, o Direito do Trabalho teve natureza coletiva, impulsionado que foi pela consciência da classe operária no quadro da chamada “questão social” advinda da primeira Revolução Industrial. Só na sua posterior fase de regulamentação estatal é que adquiriu natureza individual, regendo a relação estrita entre empregado e empregador.

Segundo RIVA SANSEVERINO, mais especificamente, o fato histórico propulsor da formulação do Direito do Trabalho foi a economia capitalista cujos elementos característicos liberais se iniciaram com a Revolução Francesa.¹⁷⁷

Só em seguida, com o incremento de novas doutrinas sociais e econômicas a questionar a postura não-intervencionista do Estado Liberal clássico, aliadas às doutrinas sociais da Igreja, é que se viu surgir o Direito Individual do Trabalho.¹⁷⁸

¹⁷⁷ SANSEVERINO, Luisa Riva. *Diritto del Lavoro*, p. 04.

¹⁷⁸ Cf. a propósito, GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 02-03. “Os trabalhadores se reúnem nos locais de trabalho, exprimem uns aos outros sua amargura e, pelo número, começam a adquirir o sentimento de sua própria força. Daí porque, desde o século XVIII e mais ainda no séc. XIX,

Não sem razão, pois, que a legislação que se criava para a prestação laboral, no nível individual, tivesse como suporte o modelo de contrato civil da época, encontrando no Código Napoleônico seu diploma paradigmático, porque consagrador da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, em sintonia perfeita com as idéias liberais vigentes de igualdade política e liberdade formal.

Embora ultrapassada historicamente, a teorização tipológica civil guarda importância para o conhecimento dos fundamentos que alicerçam cada teoria, em especial quanto à confirmação da nota da personalidade da sujeição de uma parte em relação à outra e, com isso, o estudo contribui para a formulação crítica da predominante contratualidade teórica no âmbito empregatício.

3.2.2.1 Teoria da locação

Dentre as teorias clássicas, assim consideradas as elaboradas para definir o contrato empregatício como uma figura negocial civil já existente, destaca-se a Teoria da locação, também chamada de Teoria do arrendamento, que o classifica na subcategoria da “locação de serviços”, remetendo-o à *locatio operarum* do Direito Romano.¹⁷⁹

Tal teoria gozou de enorme prestígio, porque se amparava no fato de que, sob essa denominação genérica de “locação de serviços”, todos os códigos civis do séc. XIX assim se referiram – o Código francês de 1.804 e o italiano de 1.865 –, não distinguindo a locação de um trabalho humano ou de uma coisa qualquer.

Essa, aliás, a nomenclatura que vigorou, entre nós, no Código Civil de 1.916, cuja regulamentação só veio a ser alterada, com objetivo limitado ao campo do trabalho autônomo, no Código Civil de 2.002, agora sob o título de contrato de “prestação de serviços” (arts. 593 a 609).

Um dos defensores da Teoria da locação, PLANIOL, identifica a coisa locada como “a força de trabalho”, passível de ser utilizada por outra pessoa que não o seu titular

verifica-se uma agitação operária, que assumirá, de início, forma violenta.” Mossé, Robert. *Économie et législation industrielles*, p. 325, *apud* MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*, p. 13.

¹⁷⁹ Assinalam COLIN-CAPITANT que os romanos tinham razão para incluir a prestação de serviços na locação de coisas, seja porque era limitado o número de contratos, seja porque “a escravidão predisponha os romanos a ver no trabalho do homem uma coisa.” COLIN-CAPITANT, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, 1945, v. II, p. 658-659 *apud* MARANHÃO, Délio. *In* SÜSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, p. 244.

originário e assegurada, por força de tal contrato, uma remuneração (salário) proporcional ao tempo de sua utilização, do mesmo modo como se dá na locação entre coisas.¹⁸⁰

Contra tal posição, LACERDA salienta que “força não é coisa, juridicamente falando”, além de que “nem toda remuneração do trabalho é proporcional ao tempo; há o trabalho-tarefa.”¹⁸¹

É da adesão a essa teoria que vem a defesa da expressão “locação de trabalho” como pertencente à ampla categoria do “contrato de locação”, segundo BARASSI E OVIEDO.¹⁸²

Fato é que, historicamente, houve a transmutação da expressão “locação de serviços” para a denominação atual de “contrato de prestação de serviços” ou “contrato de trabalho” (esta última na locução literal da CLT e outros diplomas que querem se referir com especificidade ao trabalho subordinado ou empregatício). Tal mudança primeiramente se deu através da doutrina econômica, sendo seu uso entre os juristas percebido a partir do terceiro triênio do século XIX, principalmente na Alemanha. Na esfera legislativa, a nomenclatura “contrato de trabalho”, no sentido estrito referido, foi adotada pela primeira vez por uma lei regulamentadora belga de 10.03.1900, seguindo-se uma lei francesa, de 18.06.1901, esta tratando da manutenção do contrato aos reservistas chamados a prestar serviço militar obrigatório.¹⁸³

Nessa busca de uma denominação própria, ainda no século XIX, alguns economistas e socialistas utópicos, como WERNER SOMBART e CHARLES GIDE, adotaram a expressão paralela de “contrato de salário”.

Para MORAES FILHO essa expressão merece crítica por ser “estreita e unilateral”, na medida em que se toma como única uma das prestações da relação, que é o salário, quando “o objeto primordial deste negócio jurídico é o trabalho”.¹⁸⁴ Essa objeção é seguida, por LACERDA o qual, por sua vez, se esteira na doutrina de GOMES.¹⁸⁵

Entretanto, a essa crítica doutrinária cabe contrapor que o trabalho só é considerado objeto primordial sob a ótica dos interesses do empregador, pois para o empregado o objeto primordial desse negócio seria, efetivamente, o salário; uma questão,

¹⁸⁰ PLANIOL, M. e RIPERT, G. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. vol. II, , p. 631, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 396.

¹⁸¹ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 51.

¹⁸² BARASSI, Ludovico. *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*. vol. I, 1915, p. 541 e segs.; GARCIA OVIEDO, Carlos. *Tratado Elemental de Derecho Social*. 4ª. ed., 1950, p. 118.

¹⁸³ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 366-367 e LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 15.

¹⁸⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 367.

¹⁸⁵ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 15, referindo-se a GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito do Trabalho*.

portanto, que se resolve conforme a escolha do enfoque de interesses de parte a parte, não fosse ela prestável a confirmar que é o trabalho subordinado ao poder do empregador o grande destaque finalístico do “contrato de trabalho” segundo a denominação que veio a se tornar dominante na doutrina.

Lado outro, parece ser de matiz ideológico a adoção da expressão “contrato de salário” pelos mencionados autores, conhecidos defensores do socialismo utópico, inclusive sendo GIDE um dos expoentes construtores da doutrina do Cooperativismo, sistema apresentado comopositor do selvagem regime capitalista da época e uma nova oportunidade econômica para os sem-números de desempregados que povoavam cidades e campos. Possivelmente, pois, a expressão “contrato de salário” é por eles adotada a partir do ângulo do interesse do empregado, ante sua suposta situação econômica precária a lhe motivar a formação do contrato de trabalho.

As críticas contra a adoção da Teoria da locação, muito mais do que para fins de classificação, servem para acentuar a impossibilidade de se separar o trabalho da pessoa que o realiza, seja do ponto de vista material seja ético, como se depreende da doutrina apurada, alicerçando o discurso deste estudo no sentido de afirmar ideológica a aceitação de um regime subordinante do trabalho humano pelo ordenamento jurídico, pois indignificante da pessoa do trabalhador.

Assim, a oposição à Teoria da locação se sustenta no argumento de serem distintas as naturezas das prestações nas duas figuras contratuais, ou seja, uma é o trabalho e outra é a coisa, tanto é que, na locação de coisas, a coisa locada deve ser restituída ao locador, em sua substância e forma, findo o prazo do contrato, enquanto que no contrato de trabalho é impossível essa restituição, dado o caráter fungível da prestação laboral.

E MORAES FILHO acresce, em realce à personalidade da prestação laboral:

“Na prestação de trabalho, empenha-se o trabalhador em toda sua pessoa, integral, sem que a energia despendida possa gozar de autonomia diante de sua própria fonte. Daí o caráter misto, patrimonial e pessoal, da subordinação jurídica. É impossível separar a força de trabalho da pessoa do trabalhador, cuja dignidade de contratante deve ser primordialmente considerada. O homem, em qualquer de suas manifestações, não pode ser considerado mercadoria.”¹⁸⁶ (grifou-se)

¹⁸⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 398.

Seguindo essa mesma trilha axiológica, JOSSERAND afirma forçada, arcaica e superficial a identificação dessas duas figuras contratuais, pois que a locação de serviços só é compreensível no regime de escravidão, não se coadunando com as idéias modernas de liberdade humana e de independência dos trabalhadores.¹⁸⁷

Tal posicionamento também é exposto por COLIN e CAPITANT os quais, opondo-se ao enquadramento do contrato de trabalho como arrendamento de coisa, pontificam:

“O trabalho refere-se à própria pessoa do contratante, e facilmente se percebe o quanto há de artificial na análise que pretende, ao assimilar o trabalho humano a uma coisa, separar a força de trabalho da pessoa do trabalhador.”¹⁸⁸ (grifou-se)

Fechando as críticas, cita-se o posicionamento de DELGADO, alicerçado no Código Civil brasileiro de 2.002, segundo o qual resta limitado a 4 anos o prazo de duração da prestação autônoma de serviços, em posição oposta ao Direito do Trabalho, que adota o princípio da continuidade da relação e assim justifica a indeterminação do prazo de sua duração.¹⁸⁹

3.2.2.2 Teoria da compra e venda

Esta teoria também parte da consideração do trabalho como coisa, apenas substituindo a figura da locação, que implica em domínio provisório, pela da venda, a qual estabelece a transferência definitiva de titularidade do domínio.

¹⁸⁷ JOSSERAND, L. *Cours de Droit Civil Positif Français*. vol. II, 1930, p. 13, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 398.

¹⁸⁸ A. COLIN e H. CAPITANT. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. 10^a. ed., rev. por L. J. de La Morandière, vol. II, Paris, 1948, p. 746, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 368.

¹⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 310.

DELGADO observa que essa teorização se situa fora das fronteiras do Direito, no caso no campo da Economia, onde “o sistema capitalista tem na *mercadoria* sua categoria central”, generalizando e subordinando todos os fenômenos e realizações de conteúdo econômico.¹⁹⁰

BUREAU, apoiado na concepção marxista de que o contrato de trabalho estabelece a compra da força de trabalho do empregado por seu empregador, afirma, no campo da doutrina jurídica, que pelo contrato de trabalho se realiza uma simples variedade de venda, ainda que disso não se apercebam empregado e empregador: a coisa vendida é o trabalho, sendo o salário o preço pago pelo empregador. No caso, segundo o jurista, os três elementos essenciais da compra e venda (*res, pretium e consensus*) estariam também presentes no contrato de trabalho. E arremata:

“Assim, a prova é superabundantemente feita: sob qualquer ponto de vista em que se coloque, o trabalho do operário aparece como uma mercadoria, e esta palavra que tanto choca os ouvidos e evidentemente a única que responde à realidade das coisas. Como as outras mercadorias, o trabalho será suscetível de venda e de compra, e o contrato pode ser definido, sob reserva de uma adição ulterior: um contrato pelo qual uma pessoa chamada empregador compra a uma outra chamada empregado, mediante preço determinado, o esforço muscular e intelectual necessário para o desempenho de uma tarefa precisa e nitidamente determinada.”¹⁹¹

A mesma crítica posta à Teoria da locação de que o trabalho humano não pode ser considerado mercadoria ou artigo de comércio é aqui aplicada. A esse respeito, MORAES FILHO evoca o art. 427 do Tratado de Versalhes, “elevando este mandamento ao que chama de *principe dirigeant* de todas as legislações do trabalho”, lecionando que:

“Tal concepção é produto do regime liberal da economia, em sua fase de livre concorrência, no qual o trabalho se colocava como um simples artigo de comércio, sujeito ao livre jogo da oferta e da procura. Hoje em dia, com a regulamentação estatal das condições de prestação de serviços e com as novas concepções éticas da

¹⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 310-311.

¹⁹¹ BUREAU, P. *Le Contrat de Travail*, 1902, p. 107 e seguintes, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 399.

pessoa humana, fim em si mesma e não meio para o domínio de outrem, desaparecem ou tendem a desaparecer estas doutrinas econômicas.”¹⁹²

Já sob o aspecto estritamente jurídico, a crítica a tal teoria reside no argumento de que o trabalho, qualificado como coisa, seria objeto das obrigações de dar, o que se mostra impróprio, pois sendo ação do próprio trabalhador, só pode se constituir objeto de uma obrigação de fazer pelo empregado contratado, “imprimindo à relação uma decisiva e predominante nota de personalidade, que falta no contrato de compra e venda.”¹⁹³

CARNELUTTI, inicialmente, admitia a teoria da compra e venda, comparando a força humana com a energia, e dessa feita afirmando que “o que permanece com o trabalhador é a fonte de sua energia, isto é, seu próprio corpo; a energia, no entanto, sai dele e não volta mais”, daí concluindo que a prestação é do homem, mas o seu objeto é uma coisa (a energia). Baseado na origem humana, sustentava ser a energia coisa tal como “os cabelos que se vendem a um cabeleireiro ou os esqueletos que se colocam nos museus”. Em obra posterior, o próprio CARNELUTTI se redimiou dessa sua primitiva doutrina:

“Com satisfação tenho visto que se começa a compreender que o objeto do contrato de trabalho e dos direitos que dele derivam para o patrão, não é senão aquele mesmo homem que é normalmente o outro sujeito do contrato. (...) Por outro lado, referi também já mais de uma vez que do contrato de trabalho advém uma relação jurídica, cujo objeto só podendo ser um ente, não é senão o próprio trabalhador. A diferente opinião corrente, segundo a qual o objeto será o fazer e não o homem que faz, resolve-se logicamente num jogo de palavras, pois o fazer nada mais é do que um homem que faz, só se explicando psicologicamente pela dificuldade de conceber um homem ao mesmo tempo como sujeito e objeto de relação, ou melhor, de distinguir entre homem e pessoa. A relação, cujo objeto deve reconhecer-se no homem, é, porém, aqui uma relação de obrigação e não real (...).”¹⁹⁴ (grifou-se)

Novamente, aqui, ressalta-se a doutrina crítica de MORAES FILHO que, após lembrar que “ao destacar-se da pessoa, os cabelos passam a constituir coisas – e coisas mortas – como os esqueletos que vão para o museu”, afirma que tais coisas, sem o núcleo psicológico

¹⁹² MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 399.

¹⁹³ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 400.

¹⁹⁴ CARNELUTTI, F. Teoria Geral do Direito, 1942, p. 244 e 366; *apud* MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 400-402.

e social da personalidade, nada mais significam do que “pedaços do organismo humano, sem vida própria, simples peças isoladas”. E prossegue:

“Em verdade, a energia humana não é apreciável praticamente como uma coisa, quer material, quer imaterial, escapando assim de ser considerada como objeto ou matéria da ordenação dos direitos reais. É que não se pode isolar nem objetivar com independência da pessoa do homem que trabalha, no qual reside e se desenvolve. O que fica em poder do empregador, como coisa móvel e sem vida própria, não é a energia em si mesma, inseparável da pessoa, e sim o produto por ela elaborado. Na realidade ninguém poderá confundir, na vida prática, no tráfico dos negócios humanos, o contrato de venda com o contrato de trabalho. São espécies jurídicas diversas, com funções sócio-econômicas bem diferentes. Não podem ser identificadas as duas figuras contratuais.”¹⁹⁵

E finaliza MORAES FILHO, comparando os dois tipos negociais, sustentando que no contrato de compra e venda o objetivo é a alienação de uma coisa, enquanto que no contrato de trabalho não se quer realizar a transmissão de um objeto, “não se podendo considerar o trabalho como uma mercadoria transmissível, por isso é inseparável da pessoa de quem o presta”.¹⁹⁶ (grifou-se)

Em arremate crítico, afirma LACERDA que o patrão utiliza o trabalho do empregado para a realização de seu negócio, daí porque o trabalho constitui um meio, assim só se interessando o empregador no seu resultado, isto é, na coisa produzida.¹⁹⁷

3.2.2.3 Teoria do mandato

Por tal teoria, o empregado seria identificado como uma espécie de mandatário do empregador, dada a fidúcia de sua contratação e pessoalidade na prestação laboral.

A crítica reside exatamente nessa porção de fidúcia, já que em geral a relação empregatícia não conta com uma fidúcia dessa intensidade, a ponto de permitir a

¹⁹⁵ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 401-402.

¹⁹⁶ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 402.

¹⁹⁷ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 52.

representação dos atos do empregador pelo empregado, exceto nos casos de cargos de confiança e em certos trabalhos altamente qualificados.

Ao contrário, doutrina DELGADO, em algumas situações marcadas pela elevada confiança entre as partes, como ocorre no trabalho doméstico, a subordinação ainda mais se acentua, afastando a caracterização do contrato de mandato civil de natureza autônoma.¹⁹⁸

Por outro lado, argumenta LACERDA,

“no mandato, a natureza do trabalho prestado é de ordem administrativa e direta no cumprimento de determinado negócio, ao passo que, no contrato de trabalho, a natureza do trabalho prestado é de caráter executivo e, via de regra, de ordem continuativa.”¹⁹⁹

3.2.2.4 Teoria da sociedade

Esta teoria se sustenta no argumento de que, no contrato empregatício, ambas as partes visam obter ganho da atividade comum, cabendo ao empregador aportar o capital para a sociedade e ao empregado colaborar.²⁰⁰

Escorando-se no conceito de sociedade enunciado pelo art. 1.832 do Código Civil francês, a teoria da sociedade é defendida por CHATELAIN que vê no salário, não um preço qualquer que se paga ao empregado em troca de serviços, mas uma verdadeira parte do produto ou do produzido: “Em lugar de sua parte no preço incerto a que o produto será vendido, preferem os operários uma parte menor, mas fixa e garantida.”²⁰¹

Embora sem lastro na realidade a afirmação de que “preferem os operários uma parte menor...”, pois a eles não é dado o direito de escolha no sistema contratual empregatício, não se pode negar que, dentre as três teorias vistas, a da sociedade é mais próxima de uma

¹⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 311-312.

¹⁹⁹ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 52.

²⁰⁰ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 403.

²⁰¹ CHATELAIN, E. Théorie sur le Contrat de Travail e Une Application de la Nouvelle Théorie du Contrat de Travail. *In Rev de Droit Civil*, 1904, p. 313, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 403.

visão integradora do empregado na empresa, vendo-o inserido no empreendimento e, portanto, com o seu trabalho mais consentâneo com os atributos da pessoa do trabalhador.

Aliás, tal também é pontuado por FERRER, não sem antes confirmar que sua opinião é de caráter prospectivo:

“No dia em que se adiante neste terreno, o contrato de trabalho desaparecerá como predominante na esfera da indústria. (...) A teoria da associação é, sem dúvida, a mais conforme com a dignidade humana, a que melhor protege os direitos essenciais da personalidade.”²⁰²

MORAES FILHO resume a crítica a tal teoria:

“A nota característica da sociedade é a *affectio societatis*, o sentimento, a comunhão de propósitos, no mesmo pé de igualdade, em nível de coordenação, tendo em vista o fim comum. Infelizmente, falta esta nota no contrato de trabalho, relação típica de troca, em que os contratantes, embora trabalhando na obtenção do mesmo produto, não apresentam interesses idênticos quanto ao seu destino. Na sociedade, objetivando o bem comum, participam os sócios, tanto dos lucros como das perdas, sendo distribuído por todos o risco da atividade econômica. O mesmo não se dá no contrato de trabalho.²⁰³ (...) O vínculo atual é subordinativo, embora associados para a produção, e nunca coordenativo, no mesmo pé de igualdade, de sócios”.²⁰⁴

E por isso mesmo, buscando o afastamento dessa dificuldade jurídica, apontam alguns economistas que o contrato de trabalho seria um “*contrato de sociedade sui generis*” (LORIN) ou de “associação”, misto de sociedade civil e contrato de trabalho (DUTHOIT), em face da natureza do vínculo que aproxima empregado e empregador.²⁰⁵

²⁰² HINOJOSA FERRER, J. *El Contrato de Trabajo*, Madrid, 1932, p. 07 e segs., *apud* MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 403.

²⁰³ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 404.

²⁰⁴ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 405.

²⁰⁵ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 404.

LACERDA, embora crítico, reconhece que o contrato de sociedade mais se aproxima do contrato empregatício que as figuras da locação, da compra e venda e do mandato.²⁰⁶

DELGADO também nega a aplicação jurídica dessa teoria, a par de indicar o avanço nas fórmulas organizacionais de gestão democratizantes da relação de poder no sistema produtivo, mas afirma que o estágio atual ainda não autoriza tal identificação.²⁰⁷

3.2.3 Teorias contratualistas trabalhistas

Porque inicialmente colado ao direito comum, o Direito do Trabalho retardou a construção teórica específica para o então novel contrato de trabalho, daí porque a controvérsia doutrinária girava tão-somente em torno da tipologia tradicional romana dos contratos civis.

Entretanto, com o adensamento doutrinário compatível com a autonomia científica que era pleiteada pelo então novo ramo laboral, essa postura teórica de classificação tipológica clássica evoluiu para a definição de uma natureza trabalhista específica, mas sempre – e ainda hoje – atrelada aos domínios da contratualidade, recusadas as teorias negativas de tal caráter.

Todas as teorias civis inicialmente estudadas são unânimes em reconhecer o contrato empregatício como um negócio jurídico do tipo contratual, na categoria genérica dos atos jurídicos bilaterais.

Portanto, o pressuposto de ser produto de um “acordo de vontades” é uma constante em tais teorias tradicionais.

O Código Civil Alemão (BGB) regulou o contrato empregatício como um contrato típico de direito civil e, mesmo com o surgimento de correntes opositoras negando tal caráter negocial, esta posição se manteve hegemônica.

²⁰⁶ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 53.

²⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 312.

Diz RABAGLIETTI que o contrato é “o instrumento de libertação de toda escravidão”²⁰⁸ o qual, como fonte das relações obrigacionais entre empregador (capital) e empregado (trabalho), apresenta-se como “força geradora dos poderes diretivos e dos estado de sujeição a eles correspondente.”²⁰⁹

Na doutrina internacional, citam-se na defesa de um contratualismo típico para a relação de emprego, entre outros, ALONSO OLEA, MARIA CASAS, EDOARDO GUERA, PALOMEQUE E ÁLVAREZ, SANTORO-PASSARELLI, MONTOYA MELGAR, MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO E GARCIA MURCIA, RIVA SANSEVERINO, FERNANDEZ LÓPEZ E GIL Y GIL.²¹⁰

Já na doutrina pátria, MAGANO propugna dividir os contratualistas em duas correntes, a dos unitaristas e a dos dualistas.

Para os unitaristas, o contrato constitui a fonte exclusiva das obrigações atribuídas a cada uma das partes na relação de emprego. Já para os dualistas, o contrato constitui a origem do poder exercido na empresa, embora a delimitação e o conteúdo efetivo das obrigações a serem prestadas pelo empregado sejam ditados pelo empregador, *a posteriori*, utilizando-se do poder de que foi imbuído.²¹¹

Mas mantém-se clássica a posição adotada por MARANHÃO em defesa da exatidão teórica do contrato individual do trabalho, daí porque nos determos com mais vigor na análise desse entendimento. Embora afirme que a constituição da relação de emprego depende de um contrato, MARANHÃO reconhece que “sua disciplina decorre, cada vez mais, de fontes estranhas à vontade dos contratantes.” E, prossegue, definindo ser um *contrato regulamentado*, no qual, amparando-se na lição de SAVATIER, “o espaço deixado à liberdade se reduz em benefício de imperativos sociais e econômicos.”²¹²

MARANHÃO sequer vislumbra ser tal intervenção estatal um fenômeno particular do Direito do Trabalho, afirmando textualmente:

“iguais restrições ao princípio da autonomia da vontade se verificam em relação a muitos contratos regidos pelo direito comum, como na locação de coisa, no contrato de transporte, de seguro e tantos mais”²¹³.

²⁰⁸ RABAGLIETTI, M. F. *La Subordinazione nel Rapporto di Lavoro*. Vol. I (Fondamento e principii), Giuffrè, 1958, p. 08, *apud* MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição : os fundamentos...*, p. 30.

²⁰⁹ *Apud* MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição : os fundamentos...*, p. 31.

²¹⁰ *Apud* MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição : os fundamentos...*, p. 32.

²¹¹ MAGANO, Octávio. Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*.

²¹² MARANHÃO, Délio. *In* SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 236.

²¹³ MARANHÃO, Délio. *In* SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 236.

Tal doutrinador, de maneira simplista, afirma: “se o empregado é admitido para trabalhar na empresa, essa admissão pressupõe, como é lógico, um acordo de vontades: um contrato, pois.”²¹⁴

E segue, citando DE PAGE, ao repetir o posicionamento já mencionado de que, por falta de texto ou princípio de direito que exija, para a validade de um acordo de vontades, deva o conteúdo do contrato ser estabelecido pelas duas partes ou ter sido objeto de negociações e discussões preliminares, de tal modo que todo contrato pode converter-se num contrato de adesão, sem que, por isso, as condições de sua validade venham a sofrer a menor modificação.²¹⁵

Daí, conclui que aquele que adere às condições que lhe são propostas é livre para aceitá-las ou não e, por conseqüência, quando as aceita, dá o seu consentimento, vendo que se lança em dificuldades invencíveis aquele que, como disseram COLIN-CAPITAIN, “recusar a tais operações o caráter contratual”.²¹⁶

Para MARANHÃO, a interferência do Estado no contrato, antes de ser uma negativa da contratualidade é a sua afirmação, na medida em que estabelece, com as restrições, mecanismos de afastar a igualdade jurídica que não corresponde, muitas vezes, à situação real dos contratantes.²¹⁷

Ainda desse autor, encontra-se a seguinte idéia da contratualidade para ele observada na relação de emprego, embora suficiente a reforçar exatamente o contrário, ou seja, que ela não passa, na relação de emprego, via de regra, uma construção meramente teórica, sem lastro na realidade que ali afirma, de liberdade e de igualdade:

“O contrato pressupõe a liberdade de contratar ou não, a igualdade dos contratantes no plano jurídico; e o respeito à palavra empenhada, à fé contratual: dignifica a pessoa humana do trabalhador. A noção do contrato traduz a idéia de união para produzir e trabalho livremente aceito”.²¹⁸

MARANHÃO completa a classificação das teorias supra expostas sobre a natureza jurídica do ato que origina a relação de emprego, opondo às posições anti-contratualistas do ato-condição e estabilidade, a teoria sustentada no *contrato-realidade*.

Observa esse jurista que

²¹⁴ MARANHÃO, Délio. *In* SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 237.

²¹⁵ DE PAGE. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. 1934, vol. II, p. 472 *apud* MARANHÃO, Délio. *In* SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 95

²¹⁶ COLIN-CAPITAIN. *Cours Élémentaire de Droit Civil Frances*, 1945, vol. II, p. 10-11 *apud* MARANHÃO, Délio. *In* SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 237.

²¹⁷ MARANHÃO, Délio. *In* SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 237.

²¹⁸ MARANHÃO, Délio. *In* SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 237.

“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 esta seja nulo, daquela prestação de fato podem resultar conseqüências jurídicas.(...) Não há confundir, pois, relação jurídica de trabalho, que pressupõe o contrato, e relação jurídica de fato. (...) Admissível, isto sim, a seguinte distinção terminológica: relação jurídica de trabalho é a que resulta de um contrato de trabalho denominando-se relação de emprego quando se trata de um contrato de trabalho subordinado. Quando não haja contrato, teremos uma simples relação de trabalho (de fato).”²¹⁹

Sob a mesma ótica de contrato-realidade, para MARANHÃO

“o não-cumprimento das obrigações contratuais produz conseqüências jurídicas mesmo quando não tenha chegado a haver prestação efetiva de trabalho... porque o contrato produz efeitos jurídicos, porque dele resulta uma relação de direito, que outra não é senão a relação jurídica de trabalho (...).”²²⁰

E, acrescentando a essa visão, há os que, como DE LA CUEVA, sustentam, por outro lado, não bastar a simples existência do contrato, pois que a relação jurídica de trabalho somente se forma com a prestação efetiva do serviço na empresa, ou seja, o fato constitutivo da relação é a prestação de um trabalho subordinado, que lhe dá origem e provoca, por si mesma, a realização dos efeitos que derivam das normas de trabalho, benéficas ao trabalhador. Em outros termos, diz o autor mexicano, a prestação de trabalho cria uma situação jurídica objetiva que não existe com anterioridade, a relação empregatícia; no contrato, o nascimento dos direitos e obrigações de cada uma das partes depende do acordo de vontades, enquanto que na relação empregatícia iniciada a atividade do trabalhador, se aplica automática e imperativamente o direito objetivo.²²¹

Já para MARANHÃO,

“a simples denominação – contrato de trabalho – revela uma atitude nova do direito quanto ao fenômeno social da prestação de trabalho. Traduz um sentido de autonomia jurídica da disciplinação contratual da relação de trabalho, que escapa às fórmulas clássicas do direito comum, que a aproximava da locação de coisas”.²²²

Diz MORAES FILHO:

²¹⁹ MARANHÃO, Délio. In SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 238-239.

²²⁰ MARANHÃO, Délio. In SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 239.

²²¹ DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, p. 185-186.

²²² MARANHÃO, Délio. In SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 242.

“O contrato de trabalho manifesta-se aí meramente sob a forma verbal e tácita, e, em geral, por prazo indeterminado. Não há tempo para longos regateios, para nítidas subjetivações de situações concretas, para adaptações pessoais das condições de trabalho. Encontra-se o trabalhador numa posição de aceitar ou rejeitar, salvo raras exceções de altos empregados, de técnicos ou de serviços especiais. Tudo isso é verdade, mas não impede nem pode dispensar a existência de um mínimo de recíproca manifestação de vontade, de acordo, de concordância entre os interessados, empregador e empregado. E isto já é contrato: acordo de duas ou mais vontades tendo em vista a produção de efeitos jurídicos. E é o quanto basta para que o início da relação de emprego seja contratual.”²²³

Para o autor, “o argumento de que pouco ou nada resta a ser regulado pelas partes, diante da ampla regulamentação das condições de trabalho pela legislação estatal, pelas convenções profissionais, pelas sentenças normativas e pelos regulamentos de empresa” não se presta a negar o caráter contratual. Alega que o fenômeno do dirigismo contratual é próprio de todo mundo jurídico atual, tendo sido daí construída a doutrina dos contratos de adesão e da teoria do contrato-tipo.²²⁴

Segue MORAES FILHO em sua construção argumentativa, afirmando que é o dirigismo contratual, ou seja, a regulamentação estatal em favor do empregado, que “restabelece o equilíbrio rompido entre as partes contratantes”: “Quanto mais regulamentado for o contrato de trabalho, maior possibilidade tem ele de ser livre, de vez que protege o empregado contra o seu superior econômico e contra ele próprio, permitindo-lhe mais ampla autonomia na aceitação das cláusulas contratuais.”²²⁵

Pelas palavras do autor, vê-se que a vontade do empregado se limita ao seu consentimento em aceite às cláusulas que, ditas contratuais, foram estabelecidas unilateralmente pelo empregador (ou, outro agente normativo que não o empregado), ficando o obreiro na passiva posição de ter seus direitos previstos em lei, já que, pela via contratual, ele nada estabelece. Ao contrário, MORAES FILHO, nas linhas anteriores citadas, diz que o dirigismo estatal protege o empregado não apenas de seu superior econômico mas de si mesmo. Esse pensamento implica em afirmar que o empregado, em uma relação jurídica laboral, não tem condições de gerir com autonomia seus próprios interesses: é um tutelado pelo Estado, através dos direitos que a lei lhe garante em caráter imperativo. Cria-se, com essa

²²³ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 412.

²²⁴ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 413.

²²⁵ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 413.

posição, a perplexidade de se admitir que o empregado não é autônomo para autorregular sua relação mas é, ao mesmo tempo, segundo o ordenamento jurídico, livre ao ponto de seu consentimento assim ser considerado para fins de formação do negócio jurídico!

MORAES FILHO, invocando o teor do art. 444 da CLT, argumenta que o dirigismo contratual não prejudica a licitude de as partes estipularem livremente as condições contratuais, “desde que respeitem as disposições superiores de proteção ao trabalho”. Em tempos atuais, prossegue o autor, o contrato de trabalho goza de plena autonomia dentro da teoria geral das obrigações, sendo assim classificado como “contrato nominado, *sui generis*, com tratamento própria”²²⁶, não se confundindo com nenhuma figura clássica do direito civil, mas conservando a natureza de contrato de direito privado e sujeito ao regime da teoria geral das obrigações do direito comum.²²⁷

Mas pergunta-se: em regra e de fato, as partes estipulam as condições contratuais, de modo ao empregado obter direitos superiores aos previstos em lei?

Poder-se-ia afirmar que sim, apontando que o salário é muitas vezes estipulado em valor superior ao mínimo legal. Mas a questão que se coloca é: o valor respectivo foi estipulado pelas partes, ou seja, foi fruto de negociação entre elas ou foi fixado pelo empregador e apenas aceito pelo empregado? A essa situação pode-se dar o nome de “estipulação pelas partes”?

Na análise da natureza do comportamento a que se obriga o empregado, também exsurtem interessantes posições.

CARNELUTTI entende que o empregado, ao celebrar o contrato de trabalho, assume uma obrigação de dar, isto é, de realizar um negócio traslativo de energia e, por isso, chega a afirmar que “o objeto do contrato é a própria pessoa do trabalhador”.

A essa posição, MARANHÃO apresenta sua crítica, entendendo que tal concepção é excessivamente materialista, atentando

“contra o respeito que se impõe preservar, à personalidade moral do empregado, à sua dignidade como pessoa humana. Por isso, a opinião comumente seguida é a de que o contrato de trabalho origina uma obrigação de fazer”.²²⁸

²²⁶ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 395.

²²⁷ MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 396.

²²⁸ MARANHÃO, Délio. In SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 243.

O autor afirma, apoiado em CORRADO para quem o contrato de trabalho não tem conteúdo específico, que

“nele se compreende qualquer obrigação de fazer, desde que realizada em um estado de subordinação. Esta situação peculiar, esse modo de ser da prestação, é o que o distingue, assim, de outros contratos afins, como a empreitada e o mandato. Qualquer contrato que importe uma obrigação pessoal de fazer pode transformar-se, pois, em um contrato de trabalho”.²²⁹

MARANHÃO também justifica que o contrato de trabalho é concluído *intuitu personae* em relação ao empregado apenas, segundo ele, como consequência lógica do caráter fiduciário que lhe é próprio, ou seja, “não se estabelece entre os contratantes um vínculo de natureza pessoal, porque esse vínculo pressupõe um estado de poder sobre a pessoa”, o que não se verifica, porque

“o trabalhador é livre, e esta liberdade nunca é demais acentuar. Se, na prestação de trabalho, fica subordinado ao empregador, esta subordinação, que se funda no contrato, livremente aceito, no mesmo contrato encontra seus limites. A relação de trabalho é uma relação patrimonial, e o dever de fidelidade, em que se pretende descobrir o fundamento da natureza “pessoal” do vínculo é mera decorrência do elemento confiança inerente ao contrato de trabalho, como a tantas outras relações de caráter patrimonial, como, por exemplo, ao mandato. No contrato de trabalho, como em qualquer outro de direito privado, as partes são juridicamente iguais.”²³⁰

Essa concepção de que o vínculo não é pessoal porque não estabelece “um estado de poder sobre a pessoa” contradiz o conceito consagrado de subordinação, como um estado de poder de sujeição de um contratante sobre o outro e, já por isso, justifica a tutela empreendida pelas normas heterônomas sobre a relação jurídica que assim se forma e se desenvolve.

A subordinação – que a doutrina insiste ser jurídica - que existe na relação de emprego e se toma como o traço peculiar e distintivo dos demais contratos de atividade, é reconhecido pela doutrina como o “estado de dependência real criado por um direito”.²³¹

O equívoco que parece haver nessa afirmação de que tal estado de dependência real é criado por um direito, qual seja, o contrato de trabalho firmado, é que, na realidade, este estado de dependência preexiste ao pacto laboral. O empregado já está, no momento da contratação, dependente de condições financeiras que lhe garantam a sobrevivência. Daí

²²⁹ MARANHÃO, Délio. In SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 244, citando CORRADO. Renato. *Il Rapporto di Lavoro nel Diritto Privato e Pubblico*, em colaboração com Maria Comba, 3. ed., 1ª. parte, p. 84.

²³⁰ MARANHÃO, Délio. In SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 245.

²³¹ COLIN, Paul. *De la détermination du mandat salarié*, apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 215.

porque o contrato apenas reforça essa dependência, dando-lhe uma positivação (jurídica) a legitimar a subordinação que dela decorre. O contrato faz com que o estado de dependência real passe para o estado de dependência jurídica só que, agora, legitimada pelo direito.

A doutrina é uníssona também na confirmação de que a relação jurídico-trabalhista estabelece, por força de lei,

“a posição de poder de uma pessoa e a respectiva posição de dever da outra, para a tutela de um interesse que é o valor relativo que determinado bem representa para o sujeito”.²³²

BARROS, embora um pouco mais atenta à realidade da atuação pessoal do empregado, justifica o caráter personalíssimo em relação ao empregado tomando-o, assim, como derivado “do fato de o empregado colocar à disposição do empregador sua energia psicofísica e não da infungibilidade da prestação de serviços”, reconhecendo que só excepcionalmente é que a doutrina admite possa ser *intuitu personae* em relação ao empregador.²³³

Embora outros contratos de atividade, de Direito Civil, possam contar com a condição personalíssima na prestação por apenas uma das partes, no caso da relação de emprego tal característica decorre do fato de que o trabalho, porque subordinado, ultrapassa a fronteira de uma simples obrigação de fazer para se caracterizar como algo que limita o próprio indivíduo contratante, retirando dele a liberdade de apenas executar o serviço. E se isso já é sabido por ocasião de sua admissão, é porque essa liberdade ali já se apresentava comprometida.

Sabe-se que, na prática, o empregador pouco se interessa pelas qualidades pessoais do empregado a ser contratado; o que ele pretende, verdadeiramente, é se apoderar de sua força de trabalho, tanto que o submete a condições laborais normalmente lançadas em contrato-tipo, ou seja, de conteúdo repetido para vários dos empregados da mesma empresa. Não importa normalmente ao empregador quem vai ocupar o cargo, mas quem aceita as condições laborais por ele oferecidas.

Talvez por isso mesmo, BARROS tenha reconhecido que o caráter *intuitu personae* não decorre da infungibilidade da prestação, lembrando, por exemplo, o sistema de revezamento de turno, em que o que verdadeiramente importa, é quem vai assumir o trabalho em tal ou qual horário em substituição ao outro empregado e assim sucessivamente.

²³² PASSARELLI, F. Santoro. *Teoria Geral de Direito Civi*, apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 211.

²³³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 213.

Pode-se lembrar, ainda, que os contratos empregatícios se prestam, em muito maior quantidade, aos casos em que os trabalhadores têm baixa ou nenhuma qualificação, substituindo, em custo menor, o que a máquina não pudesse fazer melhor, mais rápido e mais barato. E, lado inverso, quanto maior a qualificação do trabalhador, tanto mais cresce as dispensas, migrando tais trabalhadores para os contratos civis de prestação de serviços ou outros de natureza civil, como a experiência rotineira nos revela todos os dias.

Para bem comprovar isso, a realidade é a melhor doutrina:

“Emprego precário é o que mais cresce. Velocidade das demissões entre os mais escolarizados é superior à das contratações. Vagas para trabalhador analfabeto disparam. De cada 10 empregos novos criados no Brasil, 9 pagam só até 2 salários mínimos; tendência é que caia a renda entre os mais escolarizados. Além de registrar queda no ritmo da criação de vagas formais (com carteira assinada) em 2006, o mercado de trabalho vem revelando uma “precarização do emprego no Brasil. A velocidade das demissões de pessoas com mais escolaridade é hoje superior as contratações. Entre os menos escolarizados, ocorre o inverso. O destaque dos últimos 12 meses (de maio de 2005 a maio de 2006) é justamente a velocidade na criação de empregos para analfabetos e para pessoas que têm até a 4ª. série do ensino fundamental completo. (...) Entre os trabalhadores mais educados (a partir do 2º. grau incompleto até o superior completo), destaca-se o oposto: o ritmo de demissões é maior que o das contratações.”²³⁴

Afirma, ainda, MARANHÃO, que o contrato de trabalho é de direito privado, justificado porque os contratantes nele “colocam-se no mesmo pé de igualdade jurídica. E é o quanto basta para que se não possa negar sua natureza de contrato de direito privado” (grifou-se).²³⁵

BARROS, também seguindo a doutrina dominante, confirma o contrato de trabalho como de direito privado, mesmo admitindo “a predominância de normas imperativas, insuscetíveis de renúncia.”²³⁶

Entretanto, o que retira o caráter contratual é a reconhecida predominância das normas imperativas, a tal ponto de, por serem irrenunciáveis, sequer poderem ser objeto de negociação, em que o empregado delas disponha em substituição a outras cláusulas que entenda sejam para ele mais vantajosas. Ou seja, como se falar em contratualidade, onde o dirigismo estatal ocupa tamanho espaço na relação entre as partes?

Dentre outras características que vê no contrato de trabalho, a doutrina também indica seu caráter sinalagmático, porque dele resultam “obrigações contrárias e equivalentes”.²³⁷

²³⁴ Folha de São Paulo. B1, Domingo, 30 de julho de 2006, Reportagem de Fernando Canzian.

²³⁵ MARANHÃO, Délio. In SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 245.

²³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 213.

Mais uma vez o que se depreende é outra ficção jurídica derivada. Para garantir que há contratualidade na relação de emprego, passa-se a afirmar que além de haverem obrigações recíprocas guardariam elas equivalência. A equivalência, no caso, não é apenas jurídica, mas pior: é ficticiamente jurídica. Não há equivalência, bastando para isso observar que o quinhão de obrigações para o empregador é muito maior do que o do empregado, inclusive assumindo custos decorrentes da interrupção do trabalho e os próprios do risco do negócio.

E nem se argumente com que, por isso mesmo, haveria a equivalência jurídica, pois o excesso ao empregador serviria para corrigir a desigualdade real contra o empregado. Não corrige. O empregado permanece premido àquele estado de sujeição real e pessoal, àquele estado de necessidade que fez com que se vinculasse ao empregador a custo de um salário para atender suas necessidades básicas e vitais.

Todas as obrigações legais dirigidas ao empregador apenas servem a legitimá-lo como o titular desse poder de sujeição sobre o empregado e o trabalho que realiza.

É a subordinação pessoal do empregado – e só ela – que justifica o volume de obrigações do empregador, bastando ver que, nos contratos civis de atividade, o tomador não sofre tamanha carga obrigacional para fazer jus a receber, em contrapartida, o trabalho que foi objeto da prestação contratual.

Portanto, não é apenas o trabalho que o empregador recebe na relação de emprego: é a submissão do próprio empregado, o direito a subordiná-lo, dirigindo suas atividades conforme os interesses de seus negócios.

Em uma tal situação, parece insustentável possa dizer que o empregado, na relação de emprego, atua como um dos sujeitos de um contrato, tal como outros trabalhadores que se põem como partes em contratos de natureza civil.

O desequilíbrio e a redução de liberdade no curso do pacto laboral empregatício são apenas o reflexo espelhado da desigualdade e da ausência da vontade livre na constituição do contrato de trabalho.

Encontra-se em MELHADO a seguinte catalogação dos argumentos críticos ao contratualismo:

- a) *o objeto do contrato como res*: a energia humana não poderia ser posta como objeto de uma compra e venda porque ela não existe “*in rerum natura*”, daí porque a opção

²³⁷ MARANHÃO, Délio. In SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 245.

- pelo contratualismo equivaleria a reconhecer ao trabalho qualidade jurídica de coisa²³⁸;
- b) *o contrato como dissimulação*: o contrato dissimula o estado de sujeição, “atuando como ficção jurídica a escamotear a relação entre quem detém o poder e quem não detém poder algum.”²³⁹;
- c) *a vontade como fetiche*: “tomando o vocábulo em sua acepção mais ampla, pode-se dizer que a vontade jurídica é reconhecida como eficaz, válida, do ponto de vista negativo, em face da ausência de certos fenômenos como a incapacidade derivada da deficiência, mental ou da menoridade, a violência, a coação, a fraude, a simulação, o erro, etc. Reside neste aspecto, para Oscar Correias, o caráter fetichista do termo. A vontade não existe concretamente. O que se verifica empiricamente é o intercâmbio de uma mercadoria, que circula de um a outro contratante”²⁴⁰;
- d) *o poder como fenômeno precedente ao contrato*: o poder do capital seria anterior ao contrato de trabalho, de tal modo que “a fundamentação contratual é manuseada como elemento de legitimação e justificação de um liame de poder e sujeição *já existente na realidade*”²⁴¹;
- e) *o alcance extracontratual do poder*: “o poder normativo e disciplinar do capitalista transcende os limites da relação contratual e alcança a própria pessoa do trabalhador”²⁴²; e
- f) *a relação de trabalho na taxilogia contratualista*: se a relação de emprego consubstancia um contrato oneroso, comutativo e sinalagmático, apresenta-se incongruente a idéia de que esse mesmo contrato possa justificar o estado de sujeição de uma das partes, o trabalhador, à outra, exigindo a revisão e confirmação da inexistência desses atributos, a destacar a antinomia do discurso da doutrina taxiológica.²⁴³

²³⁸ ROMAGNOLI, U. *L'Amarcord del Diritto del Lavoro*, apud MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição : os fundamentos...*, p. 40.

²³⁹ GIL Y GIL, J. L. *Autotutela Privada y Poder Disciplinario en la Empresa*, apud MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição : os fundamentos...*, p. 42.

²⁴⁰ MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição: os fundamentos...*, p. 45, amparando-se em CORREAS, O. *El Contrato de Compraventa del Furza Del Trabajo*.

²⁴¹ GIL Y GIL, J. L. *Autotutela Privada y Poder Disciplinario en la Empresa*, apud MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição : os fundamentos...*, p. 48.

²⁴² GAUDEMAR, J. P. de. *L'ordre et la Production. Naissance et Formes de la Discipline d'Usine*, apud MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição : os fundamentos...*, p. 49.

²⁴³ MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição: os fundamentos...*, p. 51-58.

3.2.4 Teorias anticontratalistas trabalhistas

Apesar da predominância de caráter inclusive histórico da visão contratualista da relação empregatícia, foram formuladas teorias avessas a essa idéia, umas dando ênfase ao aspecto formal da pactuação, outras dando ênfase à realidade fática da vinculação jurídica formada.

Hoje em dia, vêm-se crescer os adeptos de um discurso anticontratalista com viés político, econômico e sociológico, preocupados com a justificação jurídica do poder empregatício e do estado de sujeição criados.

3.2.4.1 Teoria do ato-condição

Talvez a que ainda goze de maior prestígio entre as que se opõem ao contratualismo seja a teoria do ato-condição, extraída da doutrina de DUGUIT e que, no Brasil, tem em LACERDA seu maior interlocutor.

Para melhor entender sua aplicação na doutrina juslaboral, é preciso, antes, que se defina o ato-condição, como estabelecido por DUGUIT.

Para o mestre constitucionalista francês, os atos jurídicos distinguem-se em atos-regras e atos-condição.

Os atos-regras definir-se-iam como

“os que são feitos com a intenção de se produzir uma modificação nas regras de direito. Têm exclusivamente o caráter objetivo, uma vez que, por efeito deles, se produz unicamente uma modificação no domínio do direito objetivo, sem que seja tocada, em qualquer detalhe que seja, a situação de um ou mais indivíduos determinados. Ex.: os regulamentos, os estatutos de uma associação, uma convenção coletiva de trabalho.”²⁴⁴

Já o ato-condição, na terminologia corrente entre os publicistas da época, seria todo ato

“que determina um indivíduo, de tal maneira que uma norma jurídica que não lhe era anteriormente aplicável torna-se aplicável a ele, todo ato à seqüência do qual nasce

²⁴⁴ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 327.

para um indivíduo um estatuto ao qual antes ele não estava submetido, entra em uma nova categoria dos atos jurídicos”.²⁴⁵

Desse modo, certas regras do direito objetivo, que não se aplicam indistintamente a todos os indivíduos, passariam a se aplicar “mas somente àqueles que se encontram em certas condições, àqueles que serão determinados por um ato praticado de acordo com as mesmas regras”. Ex. a nomeação de um funcionário; o reconhecimento de um filho, o casamento.²⁴⁶

Traduzindo essa concepção, afirma LACERDA, sustentando-se em DUGUIT, que o ato-condição é um ato de vontade, pelo qual o indivíduo se coloca sob o império de uma regra de direito preexistente.²⁴⁷

Para LACERDA, na admissão do empregado na empresa podem ocorrer, paralelamente, um contrato e um ato-condição, mas o autor ressalva que às vezes, o primeiro não se verifica.

Diz ele:

“No caso em foco, o ingressante (na empresa ou no sindicato) não discute os fundamentos e condições nas quais exercerá a relação de emprego ou a função de sócio sindical. Nesse ponto não há, pois, contrato. Dir-se-á que aceita o regulamento da empresa e os dispositivos legais, que passarão a integrar o seu contrato individual de trabalho. (...) tal aceitação não constitui a figura do contrato, mesmo porque condições especiais haveria com as quais ele não estaria de acordo (inexistência de contrato), mas que admite, porque o bloco de condições lhe é conveniente.”²⁴⁸

Mais adiante, LACERDA, reconhecendo a existência de “um verdadeiro estatuto legal, convencional, judiciário e costumeiro, que será aplicado logo que se realize a simples formalidade de admissão”, arremata, a reboque de outros autores estrangeiros:

“É o predomínio da situação institucional e estatutária sobre a situação contratual, de que nos fala Gurvitch. (...) Também Georges Schelle: ‘A parte estatutária do contrato de trabalho, mesmo individual, é infinitamente mais considerável que a parte contratual’ (Précis, p. 175). Por igual, Gaston Morin: ‘Em sentido inverso do dirigismo restritivo, obrigações foram integradas no contrato pela autoridade social, cujo conteúdo foi por elas ampliado. A maioria das cláusulas do contrato entre patrão e operário escapa, doravante, à livre discussão das partes’.”²⁴⁹

²⁴⁵ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 327.

²⁴⁶ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 327-328.

²⁴⁷ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 54.

²⁴⁸ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 54.

²⁴⁹ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 55-56.

Tal autor chega a admitir que o empregado possa assentar sobre certas cláusulas especiais a ele aplicáveis, e nesse sentido contratuais, “mas isso, se constitui um contrato, ocorre em consequência do ato-condição, que não o desvirtua, antes o completa”. E assim conclui:

“E essa parte contratual, de pretensão contrato de trabalho, seria, então, porque absolutamente dessemelhante dos outros tipos clássicas de contrato, *sui-generis*, de aspecto especial, adendo do ato-condição institucional.”²⁵⁰

Contra o entendimento de LACERDA, apõe MARANHÃO o argumento de que

“qualquer contrato constitui, sempre, a condição de aplicação de um estatuto legal. Portanto, a existência desse estatuto, que se torna aplicável ao empregado, como ao empregador, por força da admissão daquele na empresa, não desnatura a índole contratual de acordo de vontades do qual decorre a admissão. O que caracteriza o contrato, distinguindo-o do ato-condição, é criar uma situação jurídica subjetiva, individual.”²⁵¹

Difícil admitir-se o argumento de MARANHÃO, quando se sabe que, não apenas pelo forte caráter adesivo dos contratos de trabalho, mas principalmente pelo conjunto predominante de normas imperativas, não se consegue vislumbrar uma tal característica *situação jurídica subjetiva, individual*, fazendo com que na maior parte de seu conteúdo as normas aplicáveis se igualem à maioria dos empregados contratados.

3.2.4.2 Teorias da inserção e da simples ocupação

Ainda ao tempo do BGB (Código Civil Alemão), que regulou o contrato de trabalho como um contrato de serviço típico do direito civil, surgiram duas concepções extremadas da relação de emprego negando sua contratualidade jurígena, bastante semelhantes em seus fundamentos: as teorias da inserção e da simples ocupação na empresa.

Ambas as teorias sustentam que a relação de trabalho é uma relação de fato, de inserção ou ocupação, na qual a situação se determina e surge pela efetiva prestação de trabalho, como fato, independente de qualquer prévio elemento jurídico formal.

²⁵⁰ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 57.

²⁵¹ MARANHÃO, Délio. *In SUSSEKIND, Arnaldo et alli. Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 239-240.

MOLITOR defende que simplesmente pela incorporação ou inserção ou inclusão do empregado na empresa nasce a relação de trabalho, relação de fato, independente de um contrato perfeito e acabado, daí se originando o poder diretivo patronal e a subordinação do empregado.²⁵²

Segundo tal teoria, pois, operada a simples adesão, o empregado lograria a sua inserção na estrutura da empresa, regulada a sua relação, com o empregador, seja pela lei, seja pelo regulamento da empresa.

Assim,

“a empresa seria equiparada a um ente dotado de soberania própria ou derivada do Estado de tal forma que a pertinência do trabalhador à empresa se daria, não em virtude de um vínculo contratual, mas de um ‘status subjectionis’, semelhante ao que constitui a cidadania.”²⁵³

Divergindo desta tese, LACERDA argumenta ser ela radical, desprezando as peculiaridades. É que, afirma o autor, nem sempre a lei substitui integralmente o contrato, pois este pode conter outras condições, enquanto que a lei estabelece condições certas, essenciais e mínimas; de igual modo, o regulamento da empresa também não substitui o contrato, sendo, antes, um seu complemento, embora institucional, na parte que diz respeito ao poder disciplinar.²⁵⁴

O posicionamento de LACERDA tem o mérito de estancar o discurso que legitima um poder quase irrestrito da empresa, aqui se equiparando ao Estado sob ordem legal, o que seria mais profundo e descabido do que se esse poder se desse por uma vontade contratual capaz de assegurar poderes assemelhados ao empregado.

NIKISCH, em 1941, desenvolveu a chamada teoria de ocupação, segundo a qual, ao ocupar de fato um lugar no organismo da empresa, o empregado passa a fazer parte de uma comunidade organizada, sujeito, assim do Direito do Trabalho.

Portanto, o contrato não é o fundamento para a ocupação ou pertinência da exploração, sendo suficiente a ocupação, pela incorporação básica do empregado no

²⁵² MOLITOR, E. *Das Wesen der Arbeitsvertrages*. Leipzig, 1925, p. 166-167, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 406.

²⁵³ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 53, citando CESARINO JÚNIOR.

²⁵⁴ LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*, p. 53-54.

organismo empresário, para que nasçam deveres de lealdade, e submissão ao chefe da empresa.²⁵⁵

Essa teoria comete o erro de desprezar a possibilidade da formação da relação empregatícia sem a efetiva ocupação do empregado na empresa, bastando a prática de outros atos que denotem que as partes desejaram a vinculação a esse regime subordinante, como alguns atos admissionais (exames, assinatura da CTPS, registros em livros, pagamento de despesas de viagem) além da participação em cursos e treinamentos iniciais, assim disparando os efeitos jurídicos conseqüentes.

3.2.4.3 Teoria da estabilidade no emprego

Embora a Constituição de 1988 não tenha consagrado o regime da estabilidade, fazendo-o, aos poucos, perecer da prática contratual, por força exatamente da ausência de um suporte garantidor legal, vale conhecer a análise crítica da contratualidade à luz do instituto da estabilidade e seus contra-argumentos.

Segundo LACERDA, o instituto da estabilidade constituiria o “golpe de misericórdia”, liquidando a teoria contratualista da relação de emprego.

Mas para MARANHÃO não há sentido em se acolher tal entendimento, partindo, para tanto, do conceito de estabilidade, como o “direito do empregado de não ver desfeito o contrato de trabalho em virtude de ato unilateral do empregador, senão mediante mútuo consenso ou sentença constitutiva do juiz”. Entende que o fato de “o exercício desse direito ficar, por lei, sujeito a determinadas condições e se subordine a controle judicial”, não implica em qualquer estranheza na contratualidade do vínculo, pois que outros direitos potestativos que têm origem em contrato estão também sujeitos à sua verificação pelo juiz, como se dá nas sentenças constitutivas cuja categoria se prende, exatamente, a esse controle judicial de certos direitos potestativos, sendo exemplo, no direito comum, o pacto comissório tácito que não se opera *ipso juris*, mas *ope judicis*.²⁵⁶

Segundo o mesmo autor, embora a rescisão contratual constitua exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos, e só seja permitida quando a lei o autorize, daí

²⁵⁵ NIKISCH, A. *Arbeitsrecht*, Tübingen, 1951, p. 76-88, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 406.

²⁵⁶ MARANHÃO, Délio. *In* SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 240/241.

porque, por mútuo consentimento ou por vontade unilateral sempre se constitua uma causa anormal de extinção do contrato, deve-se ter em conta que a rescisão unilateral é própria dos contratos de duração indeterminada dos quais o contrato de trabalho é um deles, possuindo, entretanto, “individualidade especial e como tal deve ser tratado”.²⁵⁷

Daí porque MARANHÃO, partindo de que “o contrato a termo é, sempre, excepcional” e reconhecendo que “ao trabalhador, que vive de seu trabalho, interessa continuar no emprego”, afirma não ver nada de extraordinário o legislador, “atendendo a essa característica do contrato de trabalho, e com o propósito de proteger o contratante economicamente mais fraco”, torne-lhe aplicável, após certo limite de duração, a regra geral de vedação de ruptura contratual, “senão através de um novo acordo de vontades, por força do princípio da força obrigatória dos contratos.”²⁵⁸

A questão, entretanto, é que, sem estabilidade no emprego, o empregado fica à mercê do poder hierárquico do empregador (em especial o poder disciplinar e diretivo, como o *jus variandi*), poder que a este é concedido por força de lei e, portanto, sem origem contratual, ou em outros termos, na auto-regulamentação pelas partes. Este poder desigual sobremaneira as partes no curso da relação empregatícia, reduzindo a Liberdade de ação e reação (resistência) do empregado.

Ademais, a ausência da estabilidade desperta a atenção para o comprometimento da normatividade empregatícia com os valores do capital, ou seja com os interesses do empresário, em detrimento à realização dos valores do trabalho, ou seja, dos interesses do empregado.

3.2.4.4 Teoria da inexistência da vontade contratual

A partir da interpretação do art. 442 da CLT, que remete o leitor à consideração do sentido da vontade ali consignado, BARACAT indaga se o mesmo é compatível com o prévio enquadramento da declaração negocial da vontade.

Para o autor, diversamente do que ocorria ao tempo do trabalho escravo, no contrato de trabalho não existe privação de liberdade física, a qual foi substituída pela privação de liberdade social do trabalhador. Ou seja, a falta de liberdade do trabalhador em celebrar um contrato de trabalho, atualmente, decorre de seu “*aprisionamento social*”, pois se lhe surge a oportunidade trabalho, não lhe é dada a opção de dizer “*não aceito esta ou aquela*

²⁵⁷ MARANHÃO, Délio. In SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 240.

²⁵⁸ MARANHÃO, Délio. In SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 240.

condição”, exceto no caso dos altos empregados, ele ressalva. O excesso de contingentes de trabalhadores, provocando um desemprego estrutural, característica do capitalismo, faz com que a liberdade e a vontade real do trabalhador não existam quando da contratação do trabalhador dentro deste sistema, sendo a negativa desse quadro, descolada da realidade social.²⁵⁹

BARACAT afirma, inclusive, que também a vontade do empregador, a rigor, não existe, mas ao argumento de que este atua involuntariamente, sendo possível, assim, que o empregador nem sequer saiba da existência do empregado.

Segundo levantamento do autor, ROPPO propugna a possibilidade da existência de contrato sem aceitação de uma das partes, enquanto PERLINGIERI admite a possibilidade da formação do contrato sem a vontade de uma das partes, “como atuação não somente dos direitos subjetivos, mas também dos deveres de solidariedade.”²⁶⁰

Para BARACAT,

“além da inexistência da vontade das partes como elemento para a formação do contrato de trabalho, os efeitos da nulidade absoluta do contrato de trabalho também justificam a exclusão do contrato de trabalho como espécie da categoria negócio jurídico.”²⁶¹

O entendimento peculiar do autor é de que o princípio da boa-fé objetiva auxilia na configuração da função socioeconômica do contrato de trabalho. Segundo ele

“Começa a se desenhar, portanto, o contrato de trabalho em que é possível se aplicar o princípio da boa-fé objetiva. Não um contrato de trabalho considerado espécie de negócio jurídico, apreciado com base em norma abstrata. Mas um contrato de trabalho que possa ser construído a partir da realidade concreta e das exigências de justiça social, norteadas pelos princípios constitucionais, em cujo centro encontra-se a boa-fé, com todas as suas potencialidades. (...) a vontade de que trata os arts. 442 e 443 da CLT, portanto, não é a vontade individual de empregado ou empregador, mas aquela que decorre da sociedade, da relação social concreta.”²⁶²

Mas não se trata, diversamente do sustentado pelo autor, de negar a vontade do empregado para contestar a ocorrência, via de regra do contrato de trabalho.

A vontade do empregado na consecução do ato que constitui a relação jurídico-laboral com o empregador é inequívoca. O que falta, em verdade, é a liberdade nessa vontade,

²⁵⁹ BARACAT, Eduardo Milléo, *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 114.

²⁶⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, *apud* BARACAT, Eduardo Milléo, *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 114.

²⁶¹ BARACAT, Eduardo Milléo, *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 122.

²⁶² BARACAT, Eduardo Milléo, *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*, p. 122.

em face da ausência de igualdade entre as partes, daí porque esta vontade não é suficiente para caracterizar a natureza contratual da relação.

3.2.5 No limite da discussão entre a não-contratualidade e a contratualidade

A doutrina juslaboral é indubiosamente tendente à aceitação da contratualidade da relação de emprego, poucos se aventurando em opor alguma ressalva.

No âmbito doutrinário estrangeiro, cita-se DE LA CUEVA, que embora admita o contrato empregatício, dá a ele um espectro crítico mais próximo da realidade, reconhecendo nesse instituto a necessidade de fixação de contornos bem distintos dos atualmente adotados.

É imputada a ele a teoria do contrato-realidade,

“segundo a qual o elemento transcendente na relação jurídica estabelecida entre trabalhadores e empregadores não é a manifestação da vontade e tampouco a integração desses dois sujeitos a um ente dotado das características de um ordenamento jurídico. Esta relação jurídica é de natureza contratual, mas a essência do contrato, quer no que tange à sua constituição, quer no que respeite ao seu conteúdo, não é dada por nenhum grau de volição: realiza-se, isto sim, empiricamente. Ao levarem a efeito certos fatos objetivos, as partes, empregado e tomador de serviços, ocasionam o nascimento de um contrato; por isso a realidade é o contrato – cujo conteúdo se conforma sem a intervenção dos agentes.”²⁶³
(grifou-se)

Diz o jurista mexicano:

“O contrato de trabalho deve manter-se com suas características essenciais, mas é conveniente suavizá-lo por meio do contrato de sociedade, de modo que os operários participem, em alguma parcela, seja na propriedade, seja na direção ou nos lucros da empresa. O trabalho, por outro lado, com o direito de propriedade, tem um duplo caráter, o individual e o social, e não se alcançará o salário justo senão tomando em conta esses dois aspectos: a tese da livre fixação do salário é falsa, pois se, na verdade, os operários são teoricamente livres para aceitar o que julguem conveniente, como o salário deve cobrir não apenas as necessidades do operário como também de sua família, deve ele ser de tal monta que cubra essa finalidade. O Estado, portanto, não poderá permitir que se pague aos trabalhadores uma quantia que não chegue para atender ao mínimo de subsistência; os elementos primordiais do salário serão: que seja suficiente para o sustento do operário e de sua família; que leve em conta as possibilidades das empresas; e que atenda à possibilidade da economia, fonte de prosperidade para o indivíduo e para a sociedade.”²⁶⁴

DE LA CUEVA chega a avançar na visão de uma integração maior do trabalhador na empresa, acenando para um tipo de contrato de sociedade, o que estaria mais consentâneo

²⁶³ MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição*: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação, p. 84/85, esclarecendo sobre o posicionamento de DE LA CUEVA.

²⁶⁴ DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, p. 89.

com uma realista idéia de ver na empresa uma pessoa coletiva, formada não apenas do empresário (ou capitalista), mas também dos trabalhadores que dão vida ao empreendimento.

Essa visão poderia bem se prestar a referendar uma nova era de personalismo da relação empregatícia, em oposição ao atual fenômeno da sua patrimonialidade, esta a prender o trabalhador ao patrimônio da empresa, qual “capital humano”, como é adotado atualmente para as questões de garantia (como no caso da sucessão empresarial ou grupo econômico), mas se mostra absurda, em seu aspecto axiológico, quando se pensa em estar a pessoa do empregado vinculada ao capital e, portanto, fadada a se manter longe da formação de um corpo único, ou seja, a empresa como pessoa coletiva.²⁶⁵

Aliás, sabe-se como é no Direito do Trabalho particularmente mal tratado o conceito de empresa, não se comovendo com a sua concepção personalista, refugando os dizeres do art. 2º. da CLT (“... *considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços*”) e, no que tange aos arts. 10 e 448 da mesma Consolidação, que visam prestigiar o princípio da continuidade do contrato de trabalho em hipóteses de mudança na propriedade ou na estrutura da empresa, assim falando em despersonalização do próprio contrato empregatício.

A respeito, afirma BARBOSA, arrimado em BOJART:

“Nesse sentido, um dos sujeitos da relação de emprego seria a empresa enquanto atividade economicamente produtiva; sujeito sim, mas não Pessoa. Afirma-se que o Direito do Trabalho não teria acolhido “o fenômeno da personalização da empresa, mas sim da despersonalização do empregador”.²⁶⁶

E logo em seguida, completa:

“Despersonaliza-se o empregador desconsiderando-o como Pessoa e considerando-o como sujeito, embora não se dê qualquer esclarecimento sobre a diferença, em muitos contextos, entre os conceitos de Pessoa em direito e sujeito jurídico.”²⁶⁷

Este mesmo autor, ainda analisando a pessoa da empresa, produz magistral análise, proveitosa no que pertine à identificação de como o ordenamento jurídico trata

²⁶⁵ “A empresa é uma instituição no sentido de aglomerado de pessoas organizadas a quem se aplicam normas. Mas está longe de ser uma instituição no sentido de coletividade reunida em torno de um fim comum. De fato, para que a empresa se enquadrasse nesse último conceito de instituição, seria preciso não apenas que os seus interesses fossem distintos dos de seus membros, mas que os sintetizasse, de algum modo.” VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa...*, p. 378.

²⁶⁶ BOJART, Luiz Eduardo. Sucessão Trabalhista. *Revista LTr.*, São Paulo, p. 46-49, 1995, p. 1.049, *apud* BARBOSA, Arnaldo Afonso. *A Justiça no Direito de Empresa*, p. 05.

²⁶⁷ BARBOSA, Arnaldo Afonso. *A Justiça no Direito de Empresa*, p. 05.

fragmentadamente o grupo dos empregados e o do empresário, aumentando ainda mais o hiato e o desequilíbrio entre eles, e perpetuando, com isso, a impossibilidade de aceitação de que a relação empregatícia se formou por uma contratação verdadeiramente válida, porque fruto de vontades iguais e livres.

Diz BARBOSA:

“Se este é o direito, pode-se dizer, então, que o ordenamento jurídico, ao reservar papéis essencialmente distintos ao empresário e aos empregados da empresa, comprometeu a integridade, em intensidade e duração, desse grupo social. Fragmentou-o em duas partes essencialmente desiguais e opostas, dos que mandam e dos que obedecem, originando-se daí a compreensível resistência de considerá-lo, pelo seu todo, como Pessoa em direito ou mesmo como sujeito jurídico.”²⁶⁸(grifou-se)

Retomando-se o posicionamento de DE LA CUEVA, observa-se que sua doutrina pouco ousa acerca da crítica ao contratualismo laboral. Limita-se a propugnar mais intervencionismo estatal na fixação dos salários, o que, de resto, só serve, mesmo, para reforçar a inexistência de contrato entre as partes.

MELHADO observa que uma vertente paralela ao delineamento conceitual de DE LA CUEVA é apresentada por LARENZ, na tese das relações obrigatórias entranhadas em certas “condutas sociais típicas”.

Segundo LARENZ, seguido por outros juristas alemães, “a origem de certas obrigações não é propriamente uma relação contratual, mas uma conduta pura e simples, tipificada normativa e socialmente.”²⁶⁹

A oposição a esta tese, no entender de MELHADO, é que seu problema estaria em “pressupor que a manifestação da vontade não se realiza também mediante comportamentos, gestos, atitudes, assentimentos; como se para externar a vontade fosse necessário o uso da linguagem falada ou escrita.”²⁷⁰

Não se pode, entretanto, deixar de indicar, na doutrina pátria, a postura de VIANA que, embora não chegue a negar o contrato empregatício, reconhece nele uma certa dificuldade teórica, semelhante a que observa na adoção do conceito clássico de empresa, mais uma vez, aqui, revelador de sua falta de adaptação à atualidade que clama por mudanças mais profundas e personalizantes.

Pontua VIANA que,

²⁶⁸ BARBOSA, Arnaldo Afonso. *A Justiça no Direito de Empresa*, p. 10.

²⁶⁹ MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição: os fundamentos...*, p. 85, informando sobre a visão de LARENZ, por sua vez referida por Díez-Picazo, L. e Gullón, A. *Instituciones de Derecho civil*, vol. 1, Madrid, 1995, p. 401.

²⁷⁰ MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição: os fundamentos...*, p. 86.

“Do mesmo modo que a noção tradicional de contrato só se ajusta com certo esforço ao contrato de trabalho, o conceito clássico de empresa também não traduz todos os seus novos matizes, especialmente sob a ótica do Novo Direito”.²⁷¹

Este sensível jurista talvez faça tal afirmação supondo que os contornos conceituais do contrato individual do trabalho justifiquem a ineficácia prática do “direito de resistência”, ante todas as dificuldades que são reveladas em seu precioso estudo.

Em sua obra, VIANA afirma que

“o contrato de trabalho – sendo de trato sucessivo, e envolvendo interesses antagônicos – tem harmonia precária e composição limitada. A cada momento tende ao desequilíbrio e tenta reequilibrar-se. (...) Como se não bastasse, via de regra o contrato não envolve – e por isso não resolve – questões potencialmente agressivas, como as que se referem ao poder disciplinar do empregador.”²⁷²

É de se perguntar: por que o contrato empregatício tende ao desequilíbrio e “apenas” tenta reequilibrar-se? Por que o contrato empregatício não envolve e não resolve as questões atinentes ao poder disciplinar do empregador? Não seria por que não há contrato?

O equilíbrio entre as partes, via de regra, não existe, de tal modo que essa desigualdade acaba inibindo a liberdade de uma delas que, se a tivesse, não aceitaria submeter-se a um tal poder disciplinar exercido pela outra, em desigualdade patente de proporção.

Aproveitando-se ainda das lições de VIANA, ao afirmar que vários fatores reprimem e comprimem o direito de resistir, “a tal ponto que o empregado nem sequer cogita de sua existência”, conclui:

“Assim é, por exemplo, que os empregados de menor renda e, portanto, de maior necessidade, se submetem com mais facilidade à redução de seus salários. Vale dizer: quanto mais precisa resistir, menos o empregado resiste, o que torna a resistência ainda mais necessária e ainda menos possível, e assim sucessivamente, num ir-e-vir sem começo e sem fim.”²⁷³

E, baseando-se em pesquisas de campo por ele próprio procedidas, constata VIANA:

“Quanto maior o número de dependentes, menor a resistência: 100% dos que possuem cinco ou mais continuam prestando horas extras, mesmo sem recebê-las. É interessante notar que tanto os salários mais baixos quanto os mais altos também

²⁷¹ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa...*, p. 369.

²⁷² VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa...*, p. 379.

²⁷³ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa...*, p. 333.

reduzem a resistência. Invadindo, uma vez mais, o campo das suposições, pode-se concluir que para uns e outros o emprego é especialmente importante: os primeiros, porque não têm a mínima reserva para o eventual desemprego; os últimos, porque temem não encontrar novo emprego tão bom.”²⁷⁴

O que se pode daí concluir é que, tanto os mais bem remunerados (chamados “altos empregados”) quanto os menos remunerados, via de regra, estão sob uma tal condição subordinante, que não têm meios de resistir no curso da relação e, se assim é, essa situação no mínimo repete aquela que certamente havia na ocasião de sua “contratação”. Isso porque não é razoável pensar-se que apenas após a constituição da relação laboral que o desequilíbrio de forças a neutralizar a ação de resistência do obreiro veio a operar.

Ao contrário.

Se a necessidade persiste no curso do contrato empregatício, com muito mais razão deveria já existir no momento de sua formação.

Lembre-se de que, muitas vezes, mesmo após rompido o contrato, o empregado ainda permanece em um estado de necessidade que o impede propor ação trabalhista para reivindicar lesões que entende ter sofrido, com receio de eventuais retaliações na hora de obter novo emprego, através de sua inclusão nas chamadas “listas negras” entre as empresas, objeto de tantas investigações no âmbito ministerial do trabalho e pela Justiça do Trabalho, coibindo emissão de certidões com conteúdo vinculado a nome dos reclamantes.

Negar a existência de tal temor é desconhecer a realidade, pois apenas uma parte ínfima de empregados move ação trabalhista, quando se sabe que muitos outros estariam nas mesmas condições e esta é uma das razões a justificar o número crescente de ações civis públicas nos últimos anos e a garantir tanto prestígio a esse remédio processual.

No contrato empregatício haveria, pois, uma espécie de vício de origem, decorrente do desequilíbrio marcado pelos interesses antagônicos entre capital e trabalho.

Não se pode perder de vista que, quando se fala desse vício, está a se referir à atual fase da empresa, que é monocrática, regra geral e onde, segundo ainda VIANA,

“só há lugar para o poder – e o interesse – patronais, de quando em quando curvados, mais ou menos à força, pela ação coletiva ou pela interferência estatal. Ou seja, nunca pela força do contrato individual do trabalho.”²⁷⁵

É, pois, no regime da subordinação, visto do ângulo do empregado que se submete, ou no poder empregatício, visto do ângulo do empregador, agregada a ambos a

²⁷⁴ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa...*, p. 344.

²⁷⁵ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa...*, p. 380.

noção atual de empresa monocrática, que reside, sem dúvida, a desigualdade e a ausência da liberdade, indispensáveis à formação de um contrato de trabalho.

Como bem salienta VIANA, em oposição à empresa monocrática,

“na empresa participativa, ainda que o conflito básico entre capital e trabalho naturalmente persista, alguns interesses são comuns. E essa parte, por menos importante que possa ser, até certo ponto contagia o todo, mudando comportamentos e mentalidades, e contribuindo para que o número volte a ser homem e o lugar volte a ser fábrica.”²⁷⁶

Nesse ponto de um dia ser alcançada a superação do regime de subordinação, bem-vindas são as palavras de VAZ, para quem se dá

“a superação do regime de tutela, operando-se a integração do trabalhador na empresa pelo regime de responsabilidade”.²⁷⁷ (grifamos)

Aliás, acredita-se também que só uma nova ordem jurídica, hábil a extinguir o regime da subordinação e substituí-lo pelo binômio cooperação-responsabilidade, vindo na cooperação a face coletiva de sua autonomia, poderá prestar um salto histórico na evolução dos sistemas de labor humanos já vivenciados pela Humanidade.

Quando assim ocorrer, fechar-se-á, vez por todas, a era dos antigos e exploratórios regimes, começados pela escravidão e desembocados no atual regime empregatício, em todos se encontrando apenas a variável do grau de intensidade da submissão, abrindo-se nova era de dignificação da pessoa e do trabalho humano.²⁷⁸

Merece registro, ainda, o peculiar posicionamento de MESQUITA, em relação ao tema do contrato empregatício, por ser ele um autor que, também partindo do conceito de empresa moderna²⁷⁹, defende o caráter institucional da relação de emprego, enquanto afirma “nebuloso o problema do que é institucional e do que é contratual na relação jurídica de trabalho”.²⁸⁰ Diz ele:

²⁷⁶ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa...*, p. 381.

²⁷⁷ VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades, Forense*, 1992, p. 516, *apud* VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa...*, p. 381.

²⁷⁸ A respeito do tema da contraposição do valor da autonomia e do desvalor da subordinação, cf. PIRES, Rosemary de Oliveira. *O Trabalho Cooperativado: uma harmonização de sua regulação com os direitos fundamentais do trabalhador*, p. 352-379.

²⁷⁹ Para o autor, “a empresa moderna constitui já, ou tende a constituir, uma verdadeira comunidade de trabalho, sendo ela um autêntico organismo social, com uma organização hierarquizada e até complicada em suas funções, a fim de preencher um fim econômico e social, de bem geral para muitos, e não individual para uma das partes apenas.” MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*, p. 27-28.

²⁸⁰ MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*, p. 15.

“A instituição une pessoas que se integram numa comunidade por um vínculo não interindividual, mas intersocial. O moderno aspecto institucional da relação de trabalho tem por objeto não uma contraprestação, mas sim uma colaboração econômico-social entre os membros da comunidade da empresa. A instituição une o empregado e o empreendedor à empresa, por um vínculo de colaboração, consistente em procurarem, juntos, uma finalidade econômico-social, através da organização da empresa. O domínio da instituição é o largo campo da justiça geral ou social e também da justiça distributiva.”²⁸¹

De todo modo, o autor vislumbra a possibilidade de coexistência dos dois institutos na relação de emprego, de modo que “a atividade humana produtiva do empregado é ao mesmo tempo prestação interindividual e colaboração institucional.”²⁸²

4 A IDEOLOGIA E A CONTRATUALIDADE

4.1 A crítica ideológica

4.1.1 O criticismo ideológico

A referência à ideologia contida no título deste trabalho não remete ao conceito apregoadado pelos chamados ideólogos franceses, entre os quais se destaca DESTUTT DE TRACY, não só iniciador dessa corrente, mas também criador do próprio termo²⁸³, e para o qual a ideologia era a “ciência fundamental” cujo objeto são os próprios “conhecimentos”,²⁸⁴ ou, mais analiticamente, “conhecimento das leis universais mediante a atividade racional da inteligência humana, liberada de preconceitos.”²⁸⁵ Enfim, não passava, em suas origens de uma “teoria das idéias”.

Remete, sim, a outros conceitos que lhe foram agregados historicamente, com especial relevância nas concepções de MARX, em que ocupa um “papel central”²⁸⁶, empregada predominantemente no sentido crítico de “teoria falsa ou uma forma da ‘falsa consciência’, tratando-se então ‘de uma racionalização ou mascaramento de algum sistema econômico-social’²⁸⁷, os quais refletem os particulares interesses da classe dominante²⁸⁸,

²⁸¹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*, p. 14-15.

²⁸² MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*, p. 16.

²⁸³ FERRATER MORA, José. Ideologia. *Diccionario de Filosofía*, v. 2, p. 1610.

²⁸⁴ FERRATER MORA, José. Ideologia. *Diccionario de Filosofía*, v. 2, p. 1611.

²⁸⁵ *Diccionario Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, p. 380-381.

²⁸⁶ FERRATER MORA, José. Ideologia. *Diccionario de Filosofía*, v. 2, p. 1612.

²⁸⁷ FERRATER MORA, José. Ideologia. *Diccionario de Filosofía*, v. 2, p. 1612.

²⁸⁸ FERRATER MORA, José. Ideologia. *Diccionario de Filosofía*, v. 2, p. 1612.

assim como teoria que se opõe “ao conhecimento verdadeiro e à ciência real e positiva”²⁸⁹, mais ao gosto dos positivistas, como teoria que se opõe “ao conhecimento objetivo, à verdade e à ciência”²⁹⁰, por não traduzir senão um

“sistema de idéias e de teorias, de valores e de normas, que traduzem os interesses, os objetivos e as tarefas de certas classes sociais e que contribuí para a consolidação ou para a supressão das relações sociais existentes.”²⁹¹

A afirmação da natureza contratual da relação de emprego é, como já dito, um dos lugares comuns do Direito do Trabalho.

Com acentuado rigor se pode afirmá-lo em se tratando do direito pátrio, já que a contratualidade foi, nestas bandas, abertamente assumida pelo legislador e, a reboque, pela doutrina e jurisprudência, até mesmo como conceito divisor das duas grandes áreas em que se desdobra esse ramo do Direito: a área pertinente ao direito individual do trabalho, fundada no chamado “contrato individual de trabalho”, e a área pertinente ao direito coletivo do trabalho, fundada no chamado “contrato coletivo de trabalho”.

A pesquisa do acerto e da justeza desse sistema teórico-institucional tão solidamente consolidado, focada especificamente em seus pressupostos ideológicos, mediante o manejo da crítica ideológica²⁹², carece de ser empreendida ou revisitada à luz da pós-modernidade, o que se pretende neste trabalho.

Não só para bem exemplificar a importância desse enfoque crítico-ideológico no estudo do Direito e, pois, mais particularmente, no estudo do chamado “contrato individual de trabalho”, aqui nominado contrato empregatício, mas também para balizar o curso dessa pesquisa, serão invocadas as pertinentes contribuições à admirável construção teórica da denominada Teoria Pura do Direito empreendida por KELSEN, “considerado o mais importante teórico do Direito de nosso tempo”²⁹³, que teria reacendido, “como nenhum outro, no campo jurídico-doutrinário, o posterior exercício do espírito crítico.”²⁹⁴

²⁸⁹ FERRATER MORA, José. Ideologia. *Diccionario de Filosofía*, v. 2, p. 1612.

²⁹⁰ *Diccionario Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, p. 381.

²⁹¹ *Diccionario Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, p. 380.

²⁹² Como quer MANNHEIM, crítica ou interpretação ideológica porque almeja encontrar em algum fator social a fonte da inverdade da contratualidade da relação de emprego. MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*, p. 83.

²⁹³ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, p. 133.

²⁹⁴ AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*, p. 03.

Importa destacar a observação de SOUZA, segundo o qual, coube a KELSEN “o tratamento, pela primeira vez, dos temas Direito e ideologia em conjunto.”²⁹⁵

4.1.2 A ideologia na fundação da Teoria Pura do Direito

A Teoria Pura do Direito, como se sabe, alberga a pretensão de conferir ao saber jurídico um estatuto próprio e independente de cientificidade, dotando-o dos mesmos rigores das exigências metodológicas positivistas aplicadas na construção dos conhecimentos então considerados propriamente científicos.²⁹⁶

Interessante notar que a construção das ciências morais dotadas de tanta certeza quanto as naturais era também a pretensão do médico CABANIS que, na companhia dos ideólogos de DESTUTT DE TRACY, professava uma epistemologia anti-teológica, anti-metafísica e anti-monárquica.²⁹⁷

Mais tarde, DURKHEIM também procuraria no modelo das ciências naturais fundar uma Sociologia igualmente científica, propondo-se a tratar os fatos sociais como “coisas”, com a mesma objetividade e neutralidade com que julgava tratarem os cientistas da natureza o objeto de seus estudos.²⁹⁸

Para tanto, KELSEN serviu-se de alguns pressupostos epistemológicos e metodológicos básicos, que já se afirmavam poderosamente no desenvolvimento das concepções positivistas cultuadas sobretudo após a derrocada da Escola do Direito Natural e das Gentes.

Merecem lembrança, a negação do direito natural²⁹⁹: a separação entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser e a alocação exclusiva neste, e não naquele, do fenômeno

²⁹⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*, p. 48. A propósito, SOUZA, jurista mineiro que prestou uma contribuição ímpar e inestimável à formação do Direito Econômico no país, em cuja definição inseriu originalmente a essencial referência à “ideologia adotada pela ordem jurídica.” SOUZA chama a atenção para o fato de que “todos os teóricos do Direito” oferecem “farto material a respeito do modo pelo qual Escolas e Teorias jurídicas ligaram-se a ideologias políticas”, observando que mesmo os “realistas” trabalham com elementos “permanentemente impregnados de dados ideológicos.” SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*, p. 10, 46-47 e 49, respectivamente.

²⁹⁶ Dois foram os “grandes propósitos que nortearam a obra de Kelsen, conforme ele próprio declara: o de construir uma ciência do Direito autônoma e independente e o de levar o positivismo jurídicos às últimas conseqüências.” AFONSO, Elza Maria Miranda, *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*, p.05.

²⁹⁷ CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 26.

²⁹⁸ CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 32-33.

²⁹⁹ O direito natural, segundo KELSEN, não passa de “uma suposição metafísica que não pode ser aceita pela ciência em geral e pela ciência do Direito em especial, pois o conhecimento científico não pode ter por objeto

jurídico³⁰⁰: a limitação do fenômeno jurídico a uma ordem coercitiva, ou ordem cuja nota essencial e específica é a coercitividade³⁰¹: a fundamentação última da validade do ordenamento jurídico em uma norma pressuposta, não posta³⁰²: a classificação da Ciência do Direito entre as ciências sociais normativas, no sentido de ciência que tem por objeto exclusivo a descrição das normas jurídicas e não a sua criação³⁰³: a exclusão de toda e qualquer consideração meta-jurídica na construção das proposições da Ciência do Direito, especialmente os aportes de conteúdo político e moral.³⁰⁴

A partir desses pressupostos, KELSEN propôs algo semelhante a uma refundação daquele saber milenar que se dizia científico do direito. Para o êxito de uma tal grandiosa missão, era indispensável realizar a revisão crítica dos pressupostos epistemológicos do que se entendia, tradicionalmente, como Ciência do Direito. Revisão crítica, é claro, no sentido de derruí-los cabalmente caso não se conformassem com os propostos pela nova ciência que então idealizara. Ou seja, impunha-se atacar a ciência tradicional pela base e, por essa via radical, dar lugar à nova Ciência Jurídica.

qualquer processo afirmado para além de toda a experiência possível”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 309. Ou, como observa MIAILLE, “o direito natural se revela vazio enquanto teoria científica”, servindo, não obstante, como “*arma de combate*”. MIAILLE, Michel, *Introdução Crítica ao Direito*, p. 271 e 273, respectivamente. MATA-MACHADO, embora jusnaturalista, assim também o considera, referindo-se ao juracionalismo dos séculos XVII e XVIII: “não se deve esquecer a circunstância de que a maior parte das teorias jusnaturalistas da época foi elaborada tendo em vista a necessidade de aparelhar o indivíduo para a luta contra o absolutismo estatal.” MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, p. 73.

³⁰⁰ “o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 21.

³⁰¹ Pela postura “inteiramente objetivista-universalista”, a Teoria Pura do Direito procuraria em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico, sendo nesse sentido “uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito. Mas, se concebe o Direito como organismo, não entende por tal qualquer entidade supra-individual, supra-empírica-metafísica – concepção esta por detrás da qual se escondem quase sempre postulados ético-políticos -, mas única e exclusivamente: que o Direito é uma ordem e que, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem. A teoria jurídica torna-se, assim, numa análise estrutural do Direito positivo o mais exata possível, liberta de todo o juízo de valor ético-político.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 265.

³⁰² Dado que tal norma pensada, ao fundamentar “a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão-só uma função teórico-gnoseológica.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 305.

³⁰³ Determinando o Direito como um sistema de normas ou uma ordem normativa “e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre factos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 117-118.

³⁰⁴ A Teoria Pura do Direito “pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Isto parece-nos algo de per se evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 17.

Aí é que entra a crítica ideológica ou, na linguagem de MANNHEIM, a interpretação ideológica³⁰⁵, como um dos principais componentes de seu processo de destruição da velha Ciência do Direito que, de “um modo inteiramente acrítico... tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política... que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito.”³⁰⁶

Por isto que se pode dizer que o instrumento crítico da ideologia passou a ter para KELSEN, o mesmo “papel central” que ocupou no pensamento sociológico de MARX e ENGELS, seja como “uma racionalização ou mascaramento de algum sistema econômico-social” seja como um sistema de idéias que se opõe “ao conhecimento verdadeiro e à ciência real e positiva.”³⁰⁷

Pode-se alinhar os esforços de “desideologização” da Ciência do Direito empreendidos por KELSEN aos daqueles sociólogos que, na mesma linha de D. BELL, considerando “a ideologia unicamente como consciência fictícia, no decorrer dos anos 60... sugeriram a tese segundo a qual, na medida em que se desenvolvem ciência e educação, a vida contemporânea será mais e mais “desideologizada”, até que se chegue ao fim das ideologias”³⁰⁸, não obstante os anos 70 e 80 terem sido “testemunhas de um processo de crescimento do papel da ideologia dentro da sociedade, processo que foi denominado de “reideologização”.”³⁰⁹

Com efeito, o próprio nome que imprimiu à sua proposta, “Teoria Pura do Direito”, aponta para o sentido de “purificação” do saber jurídico, ou seja, de um saber “puro”, descontaminado ou expurgado de ideologias. Saber puramente jurídico, livre das “contradições em que necessariamente as teorias ideológicas se enredam”, as quais “não significam para elas qualquer obstáculo sério”, uma vez que “as ideologias não visam propriamente o aprofundamento do conhecimento, mas a determinação da vontade.”³¹⁰

A crítica ideológica das teorias jurídicas tradicionais constituiu, com efeito, o principal instrumento conceitual de seus reparos críticos, reconhecidamente agudos e penetrantes.

Tão decisiva lhe pareceu a crítica ideológica, que se apressou, ele mesmo, a submeter a sua Teoria Pura do Direito aos rigores do teste epistemológico dessa prova.

³⁰⁵ Somente quando, diz o autor, “quando buscamos, mais ou menos conscientemente, descobrir a fonte de sua inverdade em um fator social é que estamos propriamente fazendo uma interpretação ideológica.” MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*, p. 87.

³⁰⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 17.

³⁰⁷ FERRATER MORA, José. Ideologia. *Diccionario de Filosofia*, verbete "Ideologia", p. 1612.

³⁰⁸ *Diccionario Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, p. 381.

³⁰⁹ *Diccionario Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, p. 381.

³¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 384-385.

Num sentido, entretanto, a Ciência do Direito pode ser entendida como ideologia, diz KELSEN: no sentido de “um complexo sistemático diferente da natureza.” Ou seja, no sentido de tudo o que não “seja realidade determinada por lei causal ou uma descrição desta realidade”, ou de tudo o que não descreve os atos da ordem do ser

“na sua conexão causal com outros factos da ordem do ser, mas apenas descreve as normas que constituem o sentido destes actos – e o faz, na verdade, através de proposições jurídicas, isto é, em leis que não afirmam, como as leis naturais, uma conexão causal, mas uma conexão de imputação – vai dirigida à legalidade própria de uma ideologia.”³¹¹

Se se limita, então, o conceito de realidade aos fenômenos naturais ou sociais que se descrevem pelo princípio da causalidade, o Direito é ideológico, pois descreve os fenômenos sociais da conduta humana pelo sentido conferido por uma norma que imputa consequências, não efeitos a causas, ou seja, forja leis que “não afirmam, como as leis naturais, uma conexão causal, mas uma conexão de imputação”, a qual, tanto quanto a causalidade, nada mais é do que “um princípio ordenador do pensamento humano e, por isso, é, tanto ou tão-pouco como aquela, uma ilusão ou ideologia, pois – para falar com HUME ou KANT – também aquela não é mais que um hábito ou categoria do pensamento.”³¹²

Nesse sentido próximo do originariamente proposto por DESTUTT DE TRACY, da ideologia como conhecimento de leis mediante a razão liberada de preconceitos³¹³, ou, mais tarde, por COMTE, como um conjunto de idéias explicativas da totalidade dos fenômenos naturais e humanos, correspondentes à fase positiva da evolução do espírito humano,³¹⁴ a teoria pura do direito poderia ser então taxada de ideológica.

Entretanto, diz KELSEN, se por ideologia se entende

“uma representação não-objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento, e se se designa por “realidade”, não apenas a realidade natural como objeto da ciência da natureza, mas todo o objeto do conhecimento e, portanto, também o objeto da ciência jurídica, o Direito positivo como realidade jurídica, então também uma representação do Direito positivo se tem de manter isenta de ideologia (neste segundo sentido da palavra)”.³¹⁵

³¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 159.

³¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 159 e 157-8, respectivamente.

³¹³ *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*.

³¹⁴ CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 29.

³¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 160.

O ideológico, nesse sentido epistemologicamente negativo, incompatível com uma verdadeira Ciência do Direito, seria então ou uma representação mental não-objetiva ou influenciada por juízos de valor subjetivos; ou uma representação que encobre o objeto do conhecimento, ou que o obscurece, ou que o desfoca, caracterizações estas em que KELSEN acentua, em defesa do caráter verdadeiramente científico e anti-ideológico de sua Teoria Pura do Direito, cujo objetivo não é outro senão conhecer e descrever o direito, revelando-se assim como

“verdadeira ciência do Direito. Com efeito, a ciência tem, como conhecimento, a intenção imanente de desvendar o seu objeto. A “ideologia”, porém, encobre a realidade enquanto, com a intenção de a conservar, de a defender, a obscurece ou, com a intenção de a atacar, de a destruir e de a substituir por uma outra, a desfigura. Tal ideologia tem a sua raiz na vontade, não no conhecimento, nasce de certos interesses, melhor, nasce de outros interesses que não o interesse pela verdade...”³¹⁶

A ideologia, diz KELSEN, não nasce da inteligência dos objetos, como qualquer outro conhecimento científico; tem “a sua raiz na vontade, não no conhecimento.” Nasce da vontade interesseira ou interessada em encobrir a realidade indesejável; em obscurecer a realidade que decide conservar ou defender, ou em desfigurar a realidade com a intenção de atacá-la, destruí-la ou substituí-la por outra: a ideologia “nasce de certos interesses, melhor, nasce de outros interesses que não o interesse pela verdade...”³¹⁷ Claro que essas atitudes mentais nada têm a ver com qualquer construção científica.

Ao sustentar a natureza normativa da Ciência do Direito, “isto é, de uma ciência que descreve o Direito como sistema de normas”, KELSEN se antecipa à crítica marxista, para a qual o “conceito de dever-ser, cuja expressão é a norma, é sem sentido ou constitui tão-somente uma ilusão ideológica”, esclarecendo que a mesma parte da colocação do direito no plano dos fatos, conceituando-o sociologicamente como “um agregado de relações econômicas nas quais se realiza a exploração dos dominados pela classe dominante”, e não no plano do sentido dos fatos atribuídos pelas normas. Naquele plano, sim, os fatos se relacionam pelo princípio da causalidade entre exploradores e explorados, não, entretanto, no plano das normas em que o dever-ser significa simplesmente “uma específica conexão funcional” que

³¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 161.

³¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 161.

“não tem caráter causal e desempenha, no pensamento do homem, particularmente no pensamento jurídico, um papel importante.”³¹⁸

KELSEN não poderia mesmo deixar de confrontar-se com a crítica ideológica do marxismo à Teoria Pura do Direito, uma vez que para MARX e ENGELS, o direito é o grande instrumento político-ideológico usado pelos proprietários para manter a sua dominação sobre os não-proprietários, implementando-a mediante a substituição da “realidade do direito pela idéia do direito – ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou idéias dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos.”³¹⁹

A “ideologia política” que se teria incrustado nas teorias jurídicas tradicionais talvez tenha constituído o mais ambicionado alvo dos ataques de KELSEN.

Assim é que postulou, antes de tudo e em primeiro lugar, livrar a Ciência do Direito “de toda ideologia política”.

Com efeito, pareceu-lhe necessário separar rigorosamente a Política Jurídica, cujo foco era a elaboração do direito, da Ciência do Direito, cujo foco era simplesmente o conhecimento do direito.

À Ciência do Direito interessa saber o que é e como é o direito; não como “deve ser o Direito ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”.³²⁰ A Ciência do Direito nasce do conhecimento, não da vontade. Era preciso expurgar, pois, do âmbito da Ciência do Direito, por ideológicos, desfocados, todos os aportes da Política Jurídica.

Mais: os ataques desferidos contra a Teoria Pura do Direito dever-se-iam justamente ao seu intento de promover essa “rigorosa separação entre a ciência jurídica e a política...” Era preciso renunciar “ao enraizado costume de, em nome da ciência do Direito e, portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo.”³²¹

Por sua neutralidade em relação às mais diversas ideologias políticas, já que postula, como genuína Ciência do Direito, manter-se distante de quaisquer interesses que não o interesse pela verdade, a Teoria Pura do Direito logrou granjear inimigos nas mais variadas vertentes político-ideológicas: combatem-na, constata KELSEN, “fascistas, democratas

³¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 155 e 157, respectivamente.

³¹⁹ CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 82-3.

³²⁰ CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 7 e 17, respectivamente.

³²¹ CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 8.

liberais, sociais-democratas, comunistas, capitalistas-nacionalistas, bolchevistas... não há qualquer orientação *política* de que a TPD se não tenha ainda tornado suspeita”.³²²

Seriam ideológicos, falsos juízos científicos da Ciência do Direito, pois, todos os que não se ativessem estritamente a descrever o direito posto, tal como é, direito já elaborado e que a Ciência do Direito se limita a conhecer e expor.

Seriam ideológicos no âmbito da ciência jurídica todos os que intencionassem reelaborá-lo, como os juízos críticos do direito, posto que a crítica está estruturalmente ordenada à sua reformulação, atividade típica da Política do Direito. A purificação do conhecimento do direito mediante o expurgo desses juízos político-ideológicos permitiria que ela alcançasse, tanto quanto possível, o “ideal de toda ciência: objetividade e exatidão”.³²³ O político-ideológico aparece, neste ponto, como eivado de subjetividade e inexatidão.

Enfim, a Teoria Pura do Direito recusa-se “particularmente a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as “ideologias” por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada”.³²⁴

Outro importante traço conceitual da ideologia em KELSEN aparece aqui: a função combativa já indicada antes, mas agora enriquecida pelo “legitimar” e pelo “desqualificar”.

Não há dúvida da importância fundamental do ideológico na desconstrução da ciência jurídica tradicional e, pois, da edificação de uma nova ciência jurídica, que leva o nome de Teoria Pura do Direito, a qual “surge em aguda contradição com a ciência jurídica tradicional que – consciente ou inconscientemente, ora em maior ora em menor grau – tem um caráter “ideológico”.³²⁵

No contexto das muitas referências críticas à intromissão dos juízos políticos no âmbito da Ciência do Direito, KELSEN introduz o conceito de “ideologia social”.³²⁶ Ou seja, juízos ideológicos (subjetivos, desfocados da verdade, expressivos de intenções e não de conhecimento) de classe, manejados tanto pelos que detêm o poder e lutam para manter-se nele (ideologia da classe dominante ou hegemônica), como também pelos que, não o detendo ainda, aspiram e lutam para conquistá-lo (ideologia da classe dominada).

Diferentemente das ciências naturais que, por efeito das óbvias aplicações técnicas de seus conhecimentos não sofrem os efeitos perversos dos juízos ideológicos, diz KELSEN:

³²² CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 10.

³²³ CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 10.

³²⁴ CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 161.

³²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 161.

³²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 10.

“às ciências sociais falta ainda “uma força social que possa contrabalançar os interesses poderosos que, tanto aqueles que detêm o poder como também aqueles que ainda aspiram ao poder, têm numa teoria à medida dos seus desejos, quer dizer, numa ideologia social”.³²⁷

Seja da “ideologia política” seja da “ideologia social”, o que pretende a Teoria Pura do Direito, prezando “mais o espírito do que o poder”, é ver-se livre dessa “impureza” para constituir, enfim, uma “ciência jurídica livre”³²⁸ (... de ideologias).

Após afirmar, de conformidade com as convicções epistemológicas de seu tempo³²⁹, a separação nítida entre as ciências da natureza e as ciências sociais e, em seguida, a separação entre as ciências sociais causais e as ciências sociais imputativas, KELSEN incorpora a terceira e fundamental separação no seio da Ética, entre a Moral e o Direito, não enquanto sistemas normativos objetivos, mas Direito e Moral enquanto ciências positivas, referindo-se à moralidade do direito ou à justiça do direito como sendo “de importância decisiva para a política jurídica”.

Embora ninguém negue a importância de elaborar um direito justo e não um direito injusto, a ideologia moral que prevalecerá na criação do direito positivo será, regra geral, a ideologia moral da classe dominante: prevalecerão as “concepções morais de um determinado grupo, especialmente do grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida.”³³⁰

Entretanto, a presença da moral no direito ou a prevalência de uma dada moral de classe no direito, é irrelevante para à construção da Ciência do Direito.

É-lhe indiferente já que sua função é única e exclusivamente de “descrever o direito”³³¹, seja ele tido como justo ou injusto, segundo uma dada classe social ou segundo um sistema moral qualquer, já que não lhe cabe legitimar ou desqualificar o direito pela moral.

Diz KELSEN: do ponto de vista do conhecimento científico do Direito, a legitimação do direito “por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer

³²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 10.

³²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 11.

³²⁹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*, p. 13.

³³⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*, p. 14.

³³¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*, p. 107.

e descrever.”³³² Descreverá, pois, o direito, tal como foi elaborado e posto, justo ou injusto, indiferentemente, sem que lhe caiba julgá-lo moralmente.

Ademais, pressuposto da contraposição de uma certa ordem moral a uma certa ordem jurídica é o preconceito ou a consciência falsa da existência de uma “*moral absoluta*”. Evidentemente falsa porque não se pode negar a relatividade da moral ou a existência objetiva de vários e diferenciados sistemas de moral, e mesmo antagônicos.

Não sendo possível decidir cientificamente – com objetividade e exatidão – a moral verdadeira, não cabe à Ciência do Direito justificar ou legitimar moralmente o direito, “quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa... lhe compete – tão somente – conhecer e descrever o direito.”³³³

Enfim, insiste KELSEN, a Teoria Pura do Direito “tem uma pronunciada tendência anti-ideológica”, pois quer representar o “Direito tal como ele é, e não como ele dever ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito ‘ideal’ ou ‘justo’.”³³⁴

Depurada a Ciência do Direito das ciências regidas pelo princípio da causalidade, sejam elas ciências da natureza sejam ciências da sociedade, e ainda depurada da ciência moral, estavam lançados os alicerces para a “desideologização” do genuíno e puro conhecimento científico do direito.

Não obstante, a crítica ideológica desferida em caráter geral na direção da ciência tradicional do direito não teria sido suficiente.

Era preciso insistir mais ainda; passar pela mesma crítica, também os conceitos fundamentais em que apoiadas as teorias jurídicas tradicionais. O primeiro contemplado pela Teoria Pura do Direito foi o conceito dos direitos subjetivos.

4.1.3 A ideologia dos direitos subjetivos

Para KELSEN, a doutrina jurídica dos direitos subjetivos é cientificamente insustentável, pois não tem correspondência com a realidade do ordenamento jurídico. Não é função do ordenamento jurídico, com efeito, atribuir direitos a sujeitos, mas simplesmente prescrever sanções àqueles que resistem à imposição dos deveres jurídicos. Assim sendo, pode-se admiti-lo cientificamente em apenas um sentido, como “poder jurídico conferido a

³³² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 106.

³³³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 107.

³³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 161.

um indivíduo de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico”.³³⁵ Assim sendo, não passaria de um mero reflexo do dever jurídico.

Entretanto, a teoria dos direitos subjetivos, embora não componha o conhecimento científico do direito, é interessante do ponto de vista político-econômico. Reforça a manutenção do regime capitalista, secundando os interesses dos proprietários dos capitais, enquanto proclama, como direito subjetivo primordial, a propriedade privada dos capitais, ou o direito fundamental dos indivíduos à propriedade para si, senão dos valores econômicos em geral, ao menos dos meios de produção. Teoria que não passaria, pois, de uma “técnica específica da ordem jurídica capitalista, na medida em que esta garante a instituição da propriedade privada e, por isso, toma particularmente em consideração o interesse individual”.³³⁶

Derruída assim, pela crítica ideológica da Teoria Pura do Direito, a teoria dos direitos subjetivos: uma teoria com uma mínima intenção de verdade (a existência de somente um direito subjetivo), justificada e fomentada pelos interesses dependentes do capital na manutenção do regime capitalista, mediante a garantia da prevalência do bem individual sobre o bem comum; da individualidade sobre a socialidade e da propriedade privada sobre a propriedade coletiva.

4.1.4 A ideologia dos direitos reais

Demonstrado o caráter marcadamente ideológico dos direitos subjetivos, meros e interessados reflexos de deveres jurídicos, KELSEN leva suas conseqüências para o campo da tradicional divisão desses “direitos subjetivos” em pessoais e reais. Aponta para o seu “pronunciado caráter ideológico”, desintegrando nessa crítica radical não só a divisão, tão importante à sistemática do direito das coisas no direito civil, mas também e novamente, o basilar direito subjetivo da propriedade privada, já que reconhecidamente, é o “direito real subjetivo por excelência, sobre o qual é talhada a referida distinção”.³³⁷

Com efeito, lembra KELSEN, a jurisprudência tradicional, ao definir o direito subjetivo da propriedade como o “domínio exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa”, distingue-o claramente do direito subjetivo de crédito, “que apenas fundamentam relações jurídicas pessoais”³³⁸. Entretanto, o direito é inegavelmente uma ordem social, regulador

³³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 197.

³³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p.197.

³³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 190.

³³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 190.

então de relações entre indivíduos; não de relações entre indivíduos e coisas inanimadas, sem qualquer capacidade de conduta. *In casu*, regulador de relações entre proprietários e não-proprietários.

Assim sendo, o conceito do direito subjetivo da propriedade como o “domínio exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa” não corresponde à verdade. Oculta o fato real de que o apontado “exclusivo domínio” significa, em verdade, “a exclusão de todos os outros, estatuída pela ordem jurídica, do poder de disposição da coisa. O “domínio” de um juridicamente é apenas o reflexo da exclusão dos outros. É uma relação entre os outros e o primeiro, mas secundariamente é uma relação com uma coisa...”³³⁹

Assim, a classificação proposta pela Jurisprudência tradicional visa escamotear a relação juridicamente essencial, definindo a propriedade não como direito pessoal que, necessariamente, todos os “direitos subjetivos” seriam, mas como direito real, ou “direito subjetivo” do domínio exclusivo sobre uma coisa. Restam satisfeitos os interesses dependentes da propriedade, pois essa teoria classificatória serve para encobrir a sua função “econômico-socialmente decisiva: uma função que – na medida em que se trata de propriedade dos meios de produção – é designada pela doutrina socialista – se com razão ou sem ela é coisa que não importa aqui decidir – como “exploração”, uma função que, em qualquer dos casos, consiste precisamente na relação do proprietário com todos os outros sujeitos que são excluídos da ingerência na sua coisa, que são obrigados, pelo Direito objetivo, a respeitar o exclusivo poder de disposição do proprietário”.³⁴⁰

A não se deixar contaminar por tais tendências ideológicas, essas duas espécies de “direitos subjetivos” deveriam ser “classificadas e distinguidas – mais corretamente, porque sem qualquer tendência ideológica – como direitos reflexos absolutos e direitos reflexos relativos”.³⁴¹

Derruída assim, pela crítica ideológica da Teoria Pura do Direito, a classificação dos “direitos subjetivos” em direitos reais e pessoais e, em seguida, a definição dos direitos reais, entre os quais pontifica o “direito de propriedade” como “domínio exclusivo” de alguma coisa: uma teoria que oculta e distorce a realidade do direito (o direito como ordem social e a propriedade como relação entre Pessoas), sem qualquer intenção de verdade, pois, justificada e fomentada pelos interesses dependentes do capital na manutenção do regime

³³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 190.

³⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 190.

³⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 190.

capitalista, mediante a garantia do respeito pelos não-proprietários do uso e gozo das coisas próprias pelos seus proprietários.

4.1.5 A ideologia do sujeito de direitos subjetivos

Em defesa dos interesses ligados à propriedade privada, as teorias tradicionais sustentam a idéia da existência de “um sujeito jurídico independente do Direito objetivo, como portador do direito subjetivo”, entre os quais o direito subjetivo da propriedade privada, de todos o mais importante e básico, conceito este que funcionaria como “uma categoria transcendente em confronto do Direito objetivo positivo” – de criação humana e mutável – ou como “uma instituição na qual a elaboração de conteúdo da ordem jurídica encontra um limite insuperável”.³⁴²

A “função ideológica desta conceituação do sujeito jurídico como portador (suporte) do direito subjetivo, completamente contraditória em si mesma”, visa “defender a instituição da propriedade privada da sua destruição pela ordem jurídica”, já que impossível negar que esta, na verdade, é uma “ordem mutável e sempre em transformação, criada pelo arbítrio humano e não fundada sobre a vontade eterna de Deus”.³⁴³ Arremata KELSEN, referenciado em HEGEL, vinculando a inclusão do direito subjetivo da propriedade no conceito de liberdade individual que, para PUCHTA, seria “o conceito fundamental do Direito”³⁴⁴:

“Não é difícil compreender porque a ideologia da subjetividade jurídica se liga com o valor ético da liberdade individual, da personalidade autônoma, quando nesta liberdade está também incluída sempre a propriedade. Um ordenamento que não reconheça o homem como personalidade livre neste sentido, ou seja, portanto, um ordenamento que não garanta o direito subjetivo da propriedade – um tal ordenamento nem tão-pouco deve ser considerado como ordem jurídica.”³⁴⁵

4.1.6 A ideologia do Direito Público e do Direito Privado

À oposição absoluta entre Direito Público e Direito Privado sustentada pelas teorias jurídicas tradicionais, subjaz a ideologia da “oposição absoluta entre poder e Direito, ou, pelo menos, entre poder do Estado e Direito”,³⁴⁶ criando a idéia de que

³⁴² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 240.

³⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 240.

³⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 239.

³⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 240-241.

³⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 380.

“no domínio do Direito público... o princípio da legalidade não vale com o mesmo sentido e com a mesma intensidade que no domínio do Direito privado, que se considera, por assim dizer, o domínio propriamente jurídico. Acolá domina, diferentemente, do que sucede aqui, não tanto o Direito estrito, mas antes o interesse do Estado, o bem público; e este deve ser realizado em todas as circunstâncias.”³⁴⁷

A Teoria Pura do Direito relativiza essa oposição tornando-a, de extra-sistemática – oposição entre Direito e não-Direito, ou seja, entre Direito e Estado – em intra-sistemática, desse modo comprovando “o seu caráter de ciência”, decompõe e destrói “a ideologia que está ligada à absolutização da oposição em causa”.³⁴⁸

O dualismo Direito Público e Direito Privado não tem “qualquer caráter teorético, mas apenas caráter ideológico”,³⁴⁹ orientado para garantir ao governo e à administração pública uma liberdade em face da lei, das normas elaboradas pela população através de seus representantes. Uma doutrina que visa não só

“declarar que uma vinculação grande dos órgãos governamentais e administrativos contrariaria a essência da sua função, mas também... declarar tal vinculação como eventualmente superável nos casos em que, apesar de tudo, exista.”³⁵⁰

A absolutização desse dualismo serviria também à ideologia de que a “*dominação política*” seria exclusiva do Direito Público; de que só o setor público pertenceria à esfera política, sendo apolítico o privado, evitando-se assim

“o reconhecimento de que o Direito ‘privado’ criado pela via jurídica negocial do contrato não é menos palco de atuação da dominação política do que o Direito público, criado pela legislação e pela administração.”³⁵¹

A verdade, no entanto, é outra: há uma real compartição do Direito público e do Direito privado na formação da vontade estatal, ou seja, na dominação política³⁵² que, em uma sociedade dividida em classes, é a dominação de uma classe sobre outra ou outras.³⁵³

³⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 380.

³⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 380.

³⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 381.

³⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 381.

³⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 381.

³⁵² “A “dominação real” é justamente o que a ideologia visa ocultar. Exerce essa função fazendo crer que as relações são como são em decorrência “da ação de certas entidades (a Natureza, os deuses, ou Deus, a Razão ou a Ciência, a Sociedade, o Estado), que existem em si e por si e às quais é legítimo e legal que se submetam.” CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 80.

KELSEN mostra as raízes da ideologia do Direito Privado vinculando-o ao direito de propriedade individual e, afinal, ao sistema econômico capitalista:

“Somente aquilo que se chama Direito privado, o complexo de normas em cujo centro se encontra a instituição da chamada propriedade privada, é, visto sob o aspecto da função que esta parte da ordem jurídica tem no contexto do todo jurídico, uma forma de produção de normas jurídicas individuais adequadas ao sistema econômico capitalista. Ela corresponde ao princípio da autodeterminação e tem, neste sentido, caráter democrático.”³⁵⁴

4.1.7 A ideologia do “Estado de Direito”.

A derruição do propalado conceito de “Estado de Direito” pela crítica ideológica das tradicionais teorias jurídicas dualistas, segundo as quais, Estado e direito são realidades diversas, servindo o direito para legitimar a organização e o funcionamento do Estado, é também uma das tarefas demolidoras a que se propôs a teoria pura do direito.

Os interesses marcadamente políticos ligados às teorias dualistas estariam amparados, no que concerne ao ponto, a uma visão metafísica, mística ou completamente falsa da realidade do Estado. Com efeito, diz KELSEN:

“o conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos, e, portanto, liberto de toda a metafísica e de toda a mística, não pode apreender a sua essência de outro modo que não seja concebendo esta figura social – tal como já se tem feito nas indagações precedentes – como uma ordem de conduta humana... uma ordem jurídica relativamente centralizada.”³⁵⁵

A teoria tradicional da bilateralidade e autovinculação do Estado, supondo o dualismo Estado e Direito,

“desempenha uma função ideológica de importância extraordinária que não pode ser subestimada. O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado - que cria o Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem

³⁵³ Uma das peculiaridades e ao mesmo tempo fato condicionante da ideologia, diz CHAUI, que “a transforma numa força quase impossível de remover” é justamente a luta de classes. CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p.79.

³⁵⁴ CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 382.

³⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 385.

essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, recta ou justa em um qualquer sentido.”³⁵⁶

Confundindo-se o Estado e o direito aniquila-se, então, impiedosamente, “uma das mais eficientes ideologias da legitimidade”³⁵⁷, para a qual o direito, que regula as relações sociais em proveito dos dominantes, faz com que a dominação real “não seja tida como uma violência, mas como legal e, por ser legal e não violenta, deve ser aceita”³⁵⁸, restando legitimada a ação do Estado ao estabelecer e fazer cumprir as leis. Ao assentar a teoria da identidade, a teoria pura do direito colocar-se-ia a salvo dessa crítica.

Claro: se a Teoria Pura do Direito elimina, bem ou mal, a duplicidade entitativa, identificando o direito e o Estado, não se tem como sustentar logicamente a função legitimadora do direito sobre o Estado. Daí, a oposição exaltada ao monismo apregoado pela teoria pura do direito por parte dos interessados na manutenção do poder político sobre a sociedade civil. Ou, na expressão vibrante de KELSEN: “a resistência apaixonada que a teoria tradicional do Estado e do Direito opõe à tese da identidade dos dois, fundamentada pela Teoria Pura do Direito.”³⁵⁹

4.1.8 A ideologia do primado do Direito

KELSEN rejeita também, a partir do instrumento da crítica ideológica, a cientificidade das teorias concernentes ao primado do Direito estatal sobre o Direito Internacional, ou ao primado deste sobre o estatal, as quais se baseiam em sistemas de referência diversos, igualmente justificáveis e corretos, sendo impossível “com base numa consideração de ciência jurídica, decidir jurídico-cientificamente por um deles.” Assim, a decisão pelo primado de uma ordem sobre a outra “apenas pode ser determinada por outras considerações que não as científicas – por considerações políticas”.³⁶⁰

Ou seja, para quem a idéia de soberania de seu Estado é valiosa, prevalecerá o primado do direito estatal; já para quem a idéia de uma organização mundial é mais valiosa, o primado do direito internacional.

As teorias sofisticadas do primado do direito estatal defendem, conscientemente ou não, a dominação imperialista, pois fornecem “a justificação de uma política que rejeite toda a

³⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 384.

³⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 385.

³⁵⁸ CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*, p. 82-83.

³⁵⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 425.

³⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 460.

limitação importante à liberdade de ação do Estado”, uma sorte de “parte integrante da ideologia política do imperialismo, que opera com o dogma da soberania estatal”. As teorias do primado do direito internacional, por sua vez, defendem, conscientemente ou não, o pacifismo político, fornecendo uma justificação melhor à “substancial limitação da liberdade de ação do Estado”, sofisma que “desempenha, de fato um papel decisivo dentro da ideologia política do pacifismo.”³⁶¹

A Teoria Pura do Direito, sustenta KELSEN,

“ao desmascarar estes sofismas, ao retirar-lhes a aparência de demonstrações lógicas que, como tais, seriam irrefutáveis, e ao reduzi-los a argumentos políticos aos quais se pode obviar com contra-argumentos da mesma espécie, desimpede o caminho para o livre desenvolvimento de um ou outro destes pontos de vista políticos, sem postular ou justificar qualquer deles. Como teoria, ela fica perante eles completamente indiferente.”³⁶²

4.1.9 A ideologia na interpretação do direito

A interpretação científica do direito consiste, para KELSEN, na “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas.”³⁶³

Acontece que as teorias tradicionais mergulham numa ficção ao sustentarem a “univocidade das normas jurídicas”³⁶⁴, o que redundaria em dizer que não permitiriam senão uma interpretação correta.

É certo, diz KELSEN, que

“esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo... Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político.”³⁶⁵

É o que parece ocorrer quando se sustenta a contratualidade empregatícia, simplesmente fundamentando-a na literalidade do art. 442 da CLT.

³⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 460.

³⁶² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 460-461.

³⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 472.

³⁶⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 472.

³⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 473.

Para se fazer uma tal afirmação, é preciso que sua cientificidade se confirme, à luz da realidade e do conceito jurídico do contrato, não bastando lançar-se mão do mero diploma legal associada sua interpretação a ficções de toda ordem, como se dá, no caso, em relação à liberdade e à igualdade contratuais.

4.2 A ideologia do contrato empregatício como expressão máxima da subordinação consentida

4.2.1 Considerações preliminares

Conforme já afirmado, o conceito do contrato como negócio jurídico, implica a presença da igualdade e liberdade não só no momento da sua celebração, mas também no *quantum* de sua execução. Igualdade e liberdade negociais, reitere-se, ou seja, razoavelmente igual poder de decisão das partes sobre celebrar ou não celebrar o contrato, assim como sobre determinar as condições do mesmo, sejam elas relativas à produção de bens e serviços, sejam em relação à repartição dos resultados dessa produção.

Fora daí, ausentes ou escassas a igualdade e a liberdade negociais, não há lugar para a contratualidade e, pois, para a contratualidade empregatícia.

Ora, salvo raríssimas e duvidosas exceções, sabe-se que esses requisitos não são verdadeiros em relação aos chamados “contratos” de trabalho. Se não são verdadeiros, ou seja, se tais ditos contratos não são frutos indubitáveis da inteligência da realidade das relações de emprego, são obviamente ideológicos os discursos que os sustentam como verdadeiros, não passando de frutos eticamente insustentáveis de interesses de quem se propõe a defendê-los em favor de si mesmos e em desfavor dos empregados.

A crítica ideológica da contratualidade empregatícia permeia toda a pesquisa empreendida, não sendo o caso, pois, de represá-la neste tópico.

Todavia, abre-se aqui um espaço para referir estudos anteriores e análogos de COELHO, na Teoria Crítica do Direito, por ele elaborada, apenas no que pertine à contratualidade em si e ao propalado princípio cardeal da proteção do empregado, embora tenha ele, resumidamente, questionado sob o critério da ideologia, outros princípios do Direito

do Trabalho, como o da “irrenunciabilidade dos direitos, o da continuidade da relação de emprego, o da razoabilidade, o da primazia da realidade e o da boa-fé”.³⁶⁶

Às considerações da Teoria Crítica do Direito referenciadas à ideologia da contratualidade empregatícia e ao princípio da proteção, serão acrescentadas as considerações sobre a ideologia da subordinação consentida, traço marcante e mais cruel da realidade da relação de emprego que, entretanto, não foi objeto das análises críticas de COELHO.

4.2.2 A ideologia da contratualidade empregatícia

A teoria contratualista, seja no campo do Direito Público, seja no campo do Direito Privado, tem servido para legitimar as mais diversas relações.

Veja-se, naquele campo, a teoria do Contrato Social, substitutiva da teoria da origem divina do poder político, a legitimar o poder ou o domínio dos governantes sobre os governados: subordinação política consentida pelos próprios governados. No campo do Direito Privado, as raízes são mais remotas: vêm do Direito Romano ao assentar, o Digesto, as fontes das obrigações, ou seja, do vínculo entre sujeitos pelo qual um exerce sobre o outro, sua pessoa ou seus bens, um poder irresistível de dominação.

O contratualismo, legitimador da dominação de umas pessoas sobre as outras, supostamente bem ancorado eticamente nos conceitos de igualdade e liberdade... formais, impregnou o Direito do Trabalho, diz COELHO, “na sua instituição fundamental, a própria relação de trabalho subordinado, a qual é considerada quase à unanimidade um contrato sinalagmático, ou seja, um livre acordo entre partes dotadas de autonomia”.³⁶⁷

Igualdade e liberdade formais, não materiais, às quais só pode corresponder, por óbvio, uma legitimação exclusivamente formal, sem conteúdo, indiferente ao valor da justiça e da dignidade, pois, das pessoas em relação.

Para ilustrar o mito do sinalagma da propalada contratualidade da relação de emprego, COELHO relaciona o “justo salário” do art. 766 da CLT, devido pela empresa ao empregado, com a “justa retribuição” devida ao empregado à empresa, observando, todavia, que o Direito do Trabalho, embora pródigo em definir o que vem a ser o tal “justo salário”, é omissa no que concerne à “justa retribuição”. Perpassando a doutrina de TOSTES MALTA e RUSSOMANO, conclui que, para a dogmática trabalhista, o “justo salário” é aquele “que

³⁶⁶ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 540.

³⁶⁷ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 538.

atende às necessidades básicas de saúde, alimentação, educação e lazer, contanto que não afete os lucros da empresa.”³⁶⁸

Esclarece ainda COELHO: “a teoria contratualista de que os homens se relacionam juridicamente em virtude de uma vontade livre foi acolhida no trabalho para legitimar a forma jurídica da exploração do trabalhador; a legitimidade das normas sobre contrato de trabalho repousa, portanto, no mito de que o trabalhador é livre, eis que tem o direito de escolher...”³⁶⁹, omitindo assim “o fato prosaico de que quem tem fome não é livre, e que a opção é determinada, na realidade das coisas, não pela livre atuação da vontade, mas pelas necessidades mais irracionais, derivadas do instinto de conservação”.³⁷⁰

A crítica veemente de COELHO aqui revelada, presta-se, antes de tudo, para demonstrar que juristas estudiosos da Teoria Geral do Direito, talvez até com mais vigor que muitos dos habituados aos estudos específicos do Direito do Trabalho, se mostram atentos às equívocos da contratualidade empregatícia, apresentando um discurso perplexo acerca da ficção jurídica que a legitima, a dar vigor às normas ditas protecionistas dos empregados, aprisionando-os nesse status da realidade política, social e econômica.

4.2.3 A ideologia do princípio da proteção do empregado

Muito mais caro do que a suposta autonomia contratualista à legitimação das normas estatutárias, estatais ou convencionais, que dispõem sobre as relações jurídicas de emprego, é o princípio cardeal da proteção do empregado em face da empresa propiciada e garantida por essas mesmas normas.

COELHO questiona esse sacralizado princípio, para ele de caráter meramente retórico, derivado justamente da

“elisão dos verdadeiros motivos que animam o direito do trabalho, que é uma ordem de proteção, não do hipossuficiente, mas do sistema social que admite a existência de hipossuficientes, ordem cuja manutenção é do interesse dos donos do poder econômico”.³⁷¹

O Direito do Trabalho, de fato, estabelece a disciplina da relação entre empregados e empresas, partindo da constatação realista da hipossuficiência do empregado

³⁶⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 539-40.

³⁶⁹ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 537.

³⁷⁰ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 538.

³⁷¹ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 542.

em relação à empresa. Ou seja, a partir da constatação de uma desigualdade que repugna à consciência ética tal como historicamente constituída.

Não o faz, entretanto, a não ser por meio das leis produzidas pelos detentores do poder político que, conforme a história dá muitas provas, anda de braços dados com o poder econômico – poder de quem detém os meios de produção - e com o poder militar – poder assecuratório das leis em causa e, pois, da legislação do trabalho.

Assim, o Direito do Trabalho, que deve sua razão de ser à desigualdade, à existência de empregados hipossuficientes e empresas hipersuficientes, passa a merecer a crítica de COELHO na medida em que as leis não curam de combater essa desigualdade, mas apenas de torná-la suportável à sua permanência.

Como diz COELHO, a legislação dá, sim, proteção ao “hipossuficiente porque ele vive uma dura realidade, mas deve-se protegê-lo sob a condição de que ele permaneça nesse estado de hipossuficiência, embora protegido pelas leis trabalhistas.”³⁷²

Perverso paradoxo, clama o autor: “a simples necessidade do direito do trabalho... sugere é que o operário merece a proteção das leis trabalhistas, mas deve continuar operário”,³⁷³ ou seja, injustamente desigual.

4.2.4 A ideologia da subordinação consentida

Ao estudar o poder, sempre como manifestação de força, FOUCAULT reconhece que é preciso proceder uma análise ascendente, considerando as técnicas e táticas adotadas, ou seja, como os mecanismos de poder foram e são inventados cada vez mais gerais e por formas de dominação global que se pluraliza até embaixo, como se expandem e se modificam.³⁷⁴

Para ele, o poder pode ser analisado basicamente de duas formas: explicitamente, pela guerra, ou, de modo mais velado, pela via jurídica:

“Estes são dois esquemas de análise de poder. O esquema contrato-opressão, que é jurídico, e o esquema dominação-repressão ou guerra-repressão, em que a oposição pertinente não é entre legítimo e ilegítimo como no precedente, mas entre luta e submissão.”³⁷⁵

³⁷² COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 543.

³⁷³ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 543.

³⁷⁴ FOUCAULT, *Microfísica do Poder*, p. 184.

³⁷⁵ FOUCAULT, *Microfísica do Poder*, p. 177.

Como não poderia ser diferente, FOUCAULT, embora sem usar expressamente o termo “ideologia”, acaba por tocar na questão da legitimidade do poder do direito e da coerção que dela emana pela via do discurso, assim registrando:

“afirmar que a soberania é o problema central do direito nas sociedades centrais implica, no fundo, dizer que o discurso e a técnica do direito tiveram basicamente a função de dissolver o fato da dominação do poder para em seu lugar, fazer aparecer duas coisas: por um lado, os direitos legítimos da soberania e, por outro, a obrigação legal de obediência.”³⁷⁶

Outro ponto tocado por FOUCAULT, diz especificamente ao trabalho subordinado, na sua conformação como atualmente se conhece nos moldes capitalistas, ou seja, como um novo e específico mecanismo de poder, cujo surgimento para ele se constata a partir dos sécs. XVII e XVIII, apoiado

“mais nos corpos e seus atos que nas terras e seus produtos. É um mecanismo que permite extrair dos corpos tempo e trabalho mais do que bens e riqueza. É um tipo de poder que se exerce continuamente através da vigilância e não descontinuamente por meio de taxas e obrigações distribuídas no tempo; que supõe mais um sistema minucioso de coerções materiais do que a existência física de um soberano. Finalmente, ele se apóia no princípio, que representa uma nova economia do poder, segundo o qual se deve propiciar simultaneamente o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e da eficácia de quem as domina.”³⁷⁷

E com efeito, o desenvolvimento do tema da ideologia da ideologia da subordinação consentida se coloca na linha dos estudos históricos sobre a evolução das relações de sujeição: a relação entre o senhor e o escravo, gerada pelos mais diversos acontecimentos, como a guerra, a insolvência, a raça, situações estas e outras que escapavam totalmente da vontade do escravo. Depois, a relação entre o senhor e o servo da gleba, gerada pelo domínio absoluto dos senhores feudais sobre a propriedade fundiária e tudo o mais que a guarneciam, inclusive as pessoas, situação que escapava também de qualquer ato de vontade dos servos. Desemboca, finalmente, nos dias atuais, na relação de emprego, gerada pela declaração de vontade do empregado de se submeter à vontade do empregador mediante salário.

A indignificação da pessoa imposta pelos regimes escravagistas e senhoriais, submetendo os escravos e os servos à vontade dos senhores, é evidente e inaceitável à luz da moral e do direito em vigor. Embora muito mais limitado do que a vontade dos senhores, o

³⁷⁶ FOUCAULT, *Microfísica do Poder*, p. 181

³⁷⁷ FOUCAULT, *Microfísica do Poder*, p. 188.

poder diretivo da empresa subordinante da atividade do empregado, e pelo fato mesmo de ser subordinante, é igualmente agressivo à moral e ao direito em vigor.

Entretanto, no que se refere ao contrato de emprego, a manifestação da vontade do empregado no sentido de estabelecer a relação de subordinação com a empresa, camufla a indignificação da própria relação. Não há exemplo ideológico mais eloqüente do que este, orientado para validar moral e juridicamente a indignificante sujeição do empregado à empresa, que se estabelece ao amparo formal de uma suposta vontade consciente e livre do empregado.

Embora a subordinação, ao longo do tempo venha ganhando sempre novas roupagens seguindo os interesses do capitalismo que dela se serve e o qual está sempre se adaptando como organismo vivo³⁷⁸,

Os doutrinadores desde o séc. XIX fixam como nota característica constante da relação empregatícia a *subordinação* ou *dependência*.

Atualmente, ainda domina o conceito de *subordinação jurídica*, mas a doutrina aponta que historicamente foi tentada a adjetivação dessa dependência por outras três formas: a técnica, a econômica e a social, aqui resumidamente expostas.³⁷⁹

A *subordinação técnica* foi critério promovido pela Sociedade de Estudos Legislativos da França, em 1905, visando à distinção entre o contrato de trabalho e o contrato de empreitada. Por *subordinação técnica* entende-se o vínculo gerado pela condição do empregador de dirigir tecnicamente os trabalhos daqueles colocados sob suas ordens. Nessas condições, a subordinação técnica tem como condicionantes que haja “profissionalidade do empregador” e que as ordens dadas ao empregado contenham, por parte de quem as emite um caráter de tecnicidade. A crítica feita a este critério é no sentido de que o empregador não precisa ser especialista no ramo de sua atividade, de tal modo que é suficiente que o

³⁷⁸ “O capitalismo é antes um organismo que um mecanismo”, dizia Delfim Neto, citado por VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhadores parassubordinados: deslizando para fora do Direito*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et alli*. *Parassubordinação: em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*, p. 28.

³⁷⁹ Corrente doutrinária moderna, em face dos novos arranjos de organização empresarial produtiva, vem adotando a variante expressão “subordinação estrutural”, para se referir à situação jurídica do trabalhador estar envolvido no processo produtivo da empresa, não obstante a falta do reconhecimento formal dessa relação. Cf., ainda, novas formas derivadas de subordinação decorrentes do pós-industrial, estudadas por MELHADO, Reginaldo. *Metamorfoses do Capital e do Trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral*.

empregador dê ordens, dirija, comande, “mas do amplo ponto de vista jurídico e administrativo”.³⁸⁰

A *subordinação econômica*, originada principalmente da doutrina alemã e também acolhida por certos juristas franceses, teve sua concepção defendida por CUCHE em estudo por ele realizado em 1913, implica em que aquele que fornece o trabalho dele tire o seu único ou principal meio de subsistência, de modo que o que receba pelo seu trabalho não exceda sensivelmente as suas necessidades e as de sua família. Em relação ao empregador é preciso que o trabalho por ele pago absorva integral e regularmente a atividade daquele que presta o trabalho, dele ocupando todo o tempo, “de tal forma que o empregado não tenha necessidade, nem possibilidade, de oferecer os seus serviços a outros empregadores”.³⁸¹ Os trabalhadores nessa condição de dependência encontram-se realmente “privados de liberdade econômica”, de modo que sem o serviço que lhes é fornecido e correspondente salário “cairiam por força da miséria”.³⁸²

As críticas feitas a esse critério são no sentido de que a dependência econômica é uma nota extra-jurídica, pois puramente contingente, além de que pode alguém não depender do seu salário para viver, por possuir outros empregos e atividades e ser empregado de cada um dos seus possíveis empregadores.³⁸³

MORAES FILHO acresce argumentos à crítica, afirmando que pode haver dependência econômica sem que ocorra contrato de trabalho, como acontece com um profissional liberal (médico, advogado, professor) que se dedica durante longo tempo, mesmo anos, a um só cliente, deixando temporariamente de atender os demais, assim como pode haver contrato de trabalho sem que o empregado seja dependente econômico de seu empregador.³⁸⁴

Obviamente, ambas as hipóteses não constituem a regra geral, daí porque se conclui que, em tais condições de dependência econômica possivelmente está-se diante de uma relação empregatícia, de modo que, esse autor, vem afirmar que “se a dependência

³⁸⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 376-377.

³⁸¹ CUCHE, Paul. Du Rapport de Dépendance. Élement Constitutif du Contrat de Travail. In *Revue Critique*, Paris, 1913, p. 412, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 377-378.

³⁸² MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 378, referindo-se à doutrina de A. ZINGUÉREVITCH.

³⁸³ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 378.

³⁸⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 379.

econômica não chega a ser uma nota característica, típica, do contrato de trabalho, dele é uma nota *sintomática*.³⁸⁵

Já a *subordinação social* constitui doutrina desenvolvida por SAVATIER, em comentário a uma decisão de 1923 emanada da Corte de Cassação. Tal se caracteriza como uma resultante da subordinação econômica e jurídica. Para ele,

“uma pessoa é socialmente dependente sempre que necessitar para sua subsistência do trabalho que lhe proporciona o empregador, dos instrumentos que lhe oferece, não trabalhando a seu risco, ou porque obedece às ordens deste possível empregador do qual é juridicamente um preposto”.³⁸⁶

Por *subordinação jurídica* pode-se entender uma espécie de estado de sujeição do empregado diante do empregador,

“situação esta que não é meramente um estado de fato e sim de direito, que se evidencia através da contratualidade existente entre ambas as partes. É do próprio contrato, do aperfeiçoamento do vínculo jurídico que entre elas se estabelece, que se origina este estado de sujeição.”³⁸⁷

³⁸⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 379, citando trecho de autoria de E. JACOBI: “Um contrato de trabalho pode existir sem dependência econômica e pode apresentar-se a dependência econômica numa empreitada e numa prestação de serviços autônoma. A dependência econômica encontra-se quase sempre, mas não acompanha, necessariamente, o contrato de trabalho. Ocorre na maioria dos casos na situação do empregado e é, até certo ponto, sintomática, mas não essência.” JACOBI, E. *Grundlehren des Arbeitsrechts*. Leipzig, 1927, p. 52-53. Outro crítico desse critério da dependência econômica como nota típica do contrato de trabalho é L. BARASSI, *Il Diritto del Lavoro*. vol. I, Milano, 1935, p. 164 e segs., *apud* MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 379.

³⁸⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 380. “De modo que, todas as vezes que esta dependência social se torna dominante na relação jurídica entre o que presta o serviço e aquele a quem o serviço é prestado, há contrato de trabalho. Se não, o caso é, ou de empreitada ou de mandato.” OLIVEIRA VIANA, Conceito de Mandatário e de Locador. *Revista do Trabalho*, 1937, p.161, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 380.

³⁸⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 381.

MORAES FILHO observa que a subordinação, expressa através dos poderes de direção, fiscalização ou vigilância, não precisa ser física, constante, direta, bastando tomar um caráter de subordinação psicológica e patrimonial.³⁸⁸

COLIN é prestigiado pela doutrina de MORAES FILHO ao argumento de melhor ter configurado o conteúdo da subordinação jurídica:

“Por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual chamou-se a esta subordinação de jurídica, para opô-la principalmente à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista. Trata-se aqui, ao contrário, do direito completamente geral de superintender a atividade de outrem, de interrompê-la ou de suscitá-la à vontade, de lhe fixar limites, sem que para isso seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são então os dois pólos da subordinação jurídica.”³⁸⁹

MORAES FILHO observa a “relatividade do laço subordinativo”, que varia em grau segundo a natureza ou a espécie do contrato de trabalho, de tal modo que o grau de dependência de um trabalhador braçal, de serviço manual é diverso do que existe sobre um trabalhador intelectual ou técnico, embora sempre esteja presente, pela possibilidade (jurídica) de ordens gerais, comandos e instruções emanadas pelo empregador na direção da atividade alheia, no caso, do empregado.³⁹⁰

Esse “adelgaçamento” da subordinação jurídica, na prática, se dá em relação ao trabalho manual (prevalentemente material) em relação ao trabalho prevalentemente intelectual, na mesma medida em que este implica no aumento do elemento fiduciário da relação empregatícia.³⁹¹

GIERKE sempre defendeu a tese de que a relação que se estabelece entre os dois elementos da produção é de índole pessoal de hierarquia ou senhoria, deslocando assim essa

³⁸⁸ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 381.

³⁸⁹ COLIN, Paul. *De la Détermination du Mandat Salié*. Paris, 1931, p. 97, *apud* MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 381-382.

³⁹⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 382-383.

³⁹¹ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 383, embasado em RIVA SANSEVERINO, Luisa.. *Corso di Diritto del Lavoro*.

relação do plano patrimonial para o das pessoas, ao contrário da tradição latina na qual a relação de trabalho livre se inclui na matéria das obrigações. De tal modo que, para GIERKE a subordinação constitui uma “relação de poder”, tal como também a definiu o italiano D’EUFEMIA.³⁹²

Já RADBRUCH sustenta que a relação de trabalho caminhou dos direitos reais, no direito romano, em que o operário era um escravo, uma coisa, para uma relação de senhoria, baseada nos direitos pessoais, em plena Idade Média, estabelecendo uma dupla relação pessoal de fidelidade entre o vassalo e o senhor, até chegar ao regime econômico moderno, depois da Revolução Francesa, prendendo-se o salariado livre ao contrato de trabalho, às obrigações, ao direito de crédito.³⁹³

MORAES FILHO destaca esse

“elemento patrimonial da subordinação, apesar da presença do elemento pessoal na prestação de serviços, em geral, *intuitu personae*. (...) Não se deve ver neste elemento pessoal a tônica dominante, sob pena de confundir-se o regime do salariado atual com estágios econômicos já superados. A relação entre empregado e empregador importa num contrato livre, entre duas pessoas responsáveis e que implica direitos e obrigações para ambas. É sinalagmático perfeito e oneroso.”³⁹⁴

VON TUHR classifica a subordinação jurídica como “uma obrigação patrimonial de prestação pessoal.”³⁹⁵

Isso significa, leciona MORAES FILHO, que a subordinação não incide “sobre toda a pessoa do empregado, dentro e fora da empresa, à maneira de um tutelado ou curatelado”, de tal modo que a subordinação jurídica refere-se

“tão somente à matéria de serviço, ficando o empregado em igualdade de condições na formação da relação e na manutenção de suas condições essenciais. A matéria de

³⁹² G. D’EUFEMIA. *Nozioni Generali sul Contratto Individuale di Lavoro*, apud MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 383.

³⁹³ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 384.

³⁹⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 384.

³⁹⁵ VON TUHR, Andreas. *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, vol. I, 1933, p. 39-47 apud MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 384.

serviço é o conteúdo material, intrínseco do próprio contrato, mas ainda aqui devem as partes tratar-se num pé de igualdade como pessoas e seres juridicamente livres.”³⁹⁶

A doutrina trabalhista da subordinação jurídica, transferindo para o contrato a origem dessa submissão, não convence, pois não consegue dar boa explicação ao fato de supostamente alguém, primitivamente livre, concordar em transferir o poder de si próprio, ainda que na parte relativa ao trabalho, a outrem.

Adotando o discurso da contratualidade, os juristas que defendem a subordinação tentam induzir uma idéia de exercício de liberdade na disposição da capacidade de trabalho, mas essa linguagem apenas escamoteia a realidade da coisificação da força de trabalho humano e do estado de sujeição que liga o empregado ao empregador.

Isso bem foi percebido por MELHADO, como se colhe dessa longa e lúcida passagem:

“Os mesmos juristas que combatem o contratualismo clássico, por tomarem o trabalho como coisa, advogam a idéia de que, em sua essência, a relação de emprego estabelece ao patrão a faculdade de dispor da capacidade de trabalho do obreiro segundo seu talante, de acordo com as conveniências da empresa e suas finalidades, em meio a uma relação de poder desigual. Esta liberdade de emprego da força de trabalho, antonomásia do estado de sujeição do trabalhador ao patrão, é descrita como um elemento substancial da relação jurídica, cuja existência é imprescindível à materialização da figura jurídica. Sem embargo, a liberdade de dispor da capacidade de trabalho alienada (vendida, sejamos claros) mediante um contrato é a mesma liberdade de que dispõe o comprador, locador ou arrendatário de qualquer outra mercadoria. O que o discurso jurídico repreende não é o ato de alienação em si mesmo e sua consequência, a sujeição do trabalhador a uma autoridade privada, mas a forma como se descreve conceitualmente esta relação. O que ele combate é a maneira de descrever o real e não sua natureza essencialmente antidemocrática. Trata-se assim de substituir termos ou conceitos de conotação depreciativa por outros que, conquanto designem a mesma realidade, soem aos ouvidos com maior sutileza.”³⁹⁷ (grifou-se)

Sob outra angulação, a crítica da identidade entre o trabalho e o trabalhador poderia reportar-se à discussão que em Teoria Geral do Direito se faz acerca da natureza

³⁹⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 385.

³⁹⁷ MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição: os fundamentos...*, p. 41.

jurídica da obrigação, ou seja, qual a essência da relação creditória, sobre a qual os tratadistas de direito civil há muito discutem.

Embora a maior parte da doutrina tenha concluído que a obrigação é um “direito do credor a um comportamento do devedor”, ou seja, a “um direito à prestação”, passa-se a examinar as críticas contra a tese desenvolvida por SAVIGNY, que considerou a obrigação como “poder do credor sobre a pessoa do devedor”, desse modo se aproximando do poder gerado pela subordinação empregatícia.

Melhor esclarecendo, SAVIGNY considerava a obrigação uma espécie de “propriedade” do credor, embora não sobre toda a pessoa do credor, mas sobre um dos seus atos, daí concluindo que através do vínculo obrigacional o “ato devido” transita da esfera da “liberdade” do devedor para o “domínio” (real) da vontade do credor”. Tal concepção savigniana supostamente explica-se como uma reação que se destinava, segundo VARELA, a manter o carácter pessoal do vínculo, em oposição às teorias que pretendiam deslocar o centro de gravidade da obrigação para o património do devedor.³⁹⁸

Colhe-se da doutrina de VARELA que as críticas à teoria elaborada por SAVIGNY decorrem, inicialmente, do descabimento de não mais ser próprio falar-se de um “poder” (do credor) sobre a “pessoa do devedor”, a partir da *Lex Poetelia Papiria* que transferiu a responsabilidade do cumprimento da obrigação para o património do devedor.

E mais: sustentando-se na doutrina de LARENZ, afirma VARELA que o objeto da obrigação, ou seja, a prestação, consiste na ação ou omissão do devedor que é

“uma exteriorização imediata da personalidade (mais correctamente: da vontade) do obrigado, que não pode ser separada desta nem convertida em coisa, para em seguida ver submetida ao domínio de outrem.”³⁹⁹

E do mesmo autor, extrai-se a lição de MENGONI:

“O devedor está vinculado ao credor não como ‘objeto’ de um poder deste, mas como ‘sujeito’ de um dever correlativo ao direito do credor.”⁴⁰⁰

³⁹⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, v. 1, p. 133-134.

³⁹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, v. 1, p. 135.

Vê-se, pois, que no direito obrigacional a valorização da vontade repulsa qualquer questionamento quanto ao domínio do credor em face de ato do devedor, devendo restringir-se o direito do credor à prestação do devedor com a conseqüente coerção capaz de aplicar, no caso de descumprimento da prestação, tão somente as penalidades acaso previstas sobre seu patrimônio, jamais alcançando o domínio de sua personalidade.

Essa crítica presta-se a repudiar o aceite da doutrina trabalhista desse estado de sujeição que avança na pessoa do empregado devedor, pois há que se ver na subordinação o traço característico que suprime a vontade, condição indeclinável do homem livre, e símbolo de um novo estágio jurídico histórico que se quer confirmar para a Humanidade.

4.2.5 Crítica das razões técnico-científicas da contratualidade genérica

Não basta a crítica ideológica da contratualidade da relação de emprego, objeto das considerações já expendidas acima. Insta questionar ainda a consistência das razões científicas ou técnicas que, em geral, lhe servem de fundamento.

Apesar da evidência de que a relação de emprego não deriva, em geral, de um negócio jurídico em que as partes, em igualdade de condições (igualdade negocial), autorregulam seus próprios interesses de caráter patrimonial (liberdade negocial), ou seja, de um negócio jurídico contratual assim compreendido, teima a doutrina trabalhista praticamente uniforme em afirmar a origem contratual dessa relação, como teima a doutrina jurídica em outros ramos da Ciência do Direito, a afirmar, a despeito da inexistência ou da quase inexistência também de igualdade de condições (igualdade negocial) e poder de autorregulamentação (liberdade negocial) de ambas ou de uma das partes, a sustentar a natureza contratual de outras relações jurídicas, surgindo daí as numerosas “figuras contratuais controvertidas”.

Antes de adentrar nas razões de ser dessa aparentemente irremovível insistência no que se refere à específica contratualidade da relação de emprego, passa-se a analisá-la a propósito dessas figuras que ensejam relações jurídicas submetidas a regime jurídico desses

⁴⁰⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, v. 1, p. 135.

outros ramos do Direito, no sentido de, aferindo a consistência dos argumentos que lhe dão suporte, verificar a pertinência de sua inserção no campo da relação de emprego.

Trata-se agora de empreender a crítica das razões pelas quais a doutrina, defendida por ANDRADE e aqui exposta, em meio à controvérsia versada no subitem 3.3, do Capítulo 3, da Parte I, sustenta a contratualidade do contrato administrativo, do contrato coletivo de trabalho, do contrato de adesão ou por adesão e do contrato-tipo.

Não é certo, quanto ao contrato administrativo, que as cláusulas exorbitantes têm fundamento subjetivo, pois assentadas em normas jurídicas; no direito objetivo. Por outro lado, não se pode confundir a voluntariedade, traço característico e inafastável da contratualidade, com voluntarismo, que exagera desproporcionalmente a função da vontade na etiologia contratual. Por outro lado, a igualdade e a liberdade negociais não assentam tanto na consciência que se pode ou não ter, quanto nas condições objetivas que cercam as declarações de vontade.

Inconsistente também o argumento importado de BARASSI, de que o esquema legal reserva uma área mínima para o ente privado, já que o “fato da adesão exprimirá a vontade do co-contratante da Administração.”⁴⁰¹

Com efeito, o processo da simples adesão exclui, por definição, o processo da igualdade e liberdade negociais, sendo assim incompatível com a autorregulamentação.

Ademais, chega a ser até mesmo insensato o argumento de que haveria no contrato administrativo uma decomposição da vontade contratual, ou seja, “uma parte voluntária e outra de sujeição ao ente estatal”, ou a livre “adesão a um esquema, criador, inclusive, de relativa sujeição”⁴⁰², ou seja, a já versada e contraditória liberdade da pessoa de suprimir ou reduzir a própria liberdade, como se fosse direito renunciável.

No que concerne ao sustentado contrato coletivo de trabalho, nota-se que o argumento da representação legal, a indicar que os empregados representados é que seriam os “verdadeiros contratantes”⁴⁰³, é obviamente excessivo se considerado à luz dos princípios da igualdade e liberdade negociais. Razoável, com efeito, que os menores, os ausentes e os deficientes mentais sejam representados nas negociações contratuais por quem a lei impõe, pois lhes falta realmente o poder de manifestar livremente a sua vontade, autorregulamentando seus interesses; mas não se pode sustentar a liberdade contratual de quem, apesar de possuído desse poder, é representado à força, a despeito ou contra a sua

⁴⁰¹ *Apud* ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*, p. 44.

⁴⁰² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*, p. 44 e 45.

⁴⁰³ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*, p. 57.

própria vontade real, de modo a negar-lhe a capacidade civil, a própria soberania, a sua dignidade.

Quanto ao contrato de adesão ou por adesão, a resposta à objeção dada por ANDRADE ao argumento da desigualdade das partes, ressentida à ingenuidade já que, matematicamente falando, é óbvio que não há e nem é possível constatar a exata igualdade econômica entre os patrimônios das partes.

Ou seja, a objeção da desigualdade econômica, sendo ou não consistente, ferindo ou não de morte os contratos de adesão ou por adesão, só pode ser considerada concretamente, na medida em que influi, para suprimir, a igualdade e a liberdade contratuais, seja no contrato de adesão seja em qualquer outro acordo a que se dê o nome de contrato.

Por outro lado, a resposta à objeção, ao afastar a igualdade econômica das partes e apelar para a suficiente igualdade jurídica, é tributária da ideológica concepção formalista do princípio da igualdade, mostrando-se ainda expressamente contraditória ao afirmar que não se destrói a igualdade jurídica mesmo quando a formulação das cláusulas seja obra unilateral.

Ora, se a uma das partes cabe o poder econômico e ou jurídico, de ditar as cláusulas contratuais e, à outra, não, o que se conclui é que não são iguais; nem econômica nem juridicamente.

Ressalte-se ainda a invocação, para rebater a objeção, da lição de GIORDANO, de que ela se funda em uma concepção individualista do contrato, quando este já se tornou, “sob o influxo das exigências da economia organizada, um fato social”, autorizando os peticionantes a prever um tipo ideal de contratante ao qual é oferecido um bloco de cláusulas, criando-se

“uma tipicidade, uma uniformidade de comportamento da empresa em face de seus clientes eventuais, capaz de tornar, em regra, inúteis as discussões prévias e de assegurar ao aderente tratamento justo, porque impessoal.”⁴⁰⁴

No entanto, ANDRADE não leva os argumentos de GIORDANO às últimas consequências. Se o contrato tornou-se um “fato social” e não mais um “fato individual”... passa-se a ter um contrato sem partes ou contratantes individuais; algo realmente incompreensível.

Por outro lado, os argumentos da inutilidade das discussões prévias e do tratamento justo, porque impessoal, têm obviamente forte carga ideológica. Inúteis sempre serão as discussões prévias segundo o juízo de quem está em condições de impor seus interesses, jamais segundo o juízo de quem sofre tais imposições.

⁴⁰⁴ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*, p. 60.

Em matéria contratual, por outro lado, a impessoalidade atenta contra a natureza pessoal das relações contratuais.

Se as imposições não levam em conta as pessoas dos contratantes não há, obviamente, como demonstrar que, através da abstração da pessoalidade, se faz justiça às pessoas dos contratantes.

Finalmente, o contrato-tipo, que é “antes, *pactum de modo contrahendi*, uma vez que preestabelece conteúdo para os contratos que venham a querer concluir”⁴⁰⁵, assemelha-se ao contrato de adesão ou por adesão, merecendo então os mesmos reparos que este, se originado de imposição unilateral a excluir os princípios da igualdade e liberdade negociais.

A respeito, finalmente, dos chamados “contratos de massa”, manifesta-se MORIN:

“O contrato dirigido não é um contrato no sentido pleno do termo. (...) O contrato, como obra de homens soberanos, deve ter as suas cláusulas livremente determinadas pelos contratantes. Se é a lei que as determina, desnatura-se o contrato e o conceito deixa de corresponder às exigências do real. Para operações novas, desconhecidas ao tempo da elaboração dos Códigos, compete à doutrina elaborar noções adequadas.”⁴⁰⁶

De fato, o contrato de adesão, do qual é exemplo em geral o contrato empregatício, revela os riscos da igualdade e da liberdade apenas abstratas e, portanto, das condições irreais dos contratantes, caindo na vala equivocada da doutrina formalista, que despreza tudo que fala em favor da vontade livre (autonomia da vontade) e, pressuposta a esta, da igualdade real entre as partes, únicos pilares a permitir que a deliberação efetivamente livre se dê sem a contingência de submissão das cláusulas elaboradas unilateralmente, a denunciar o sério e real equilíbrio de forças entre os contratantes.

Esquecem-se, os defensores da contratualidade na adesão, que na celebração de um contrato há uma causa interna a justificar a direção da vontade do contratante que, se assim apenas adere, certamente o faz por alguma necessidade a lhe impor tal conduta, impedindo-o de se opor à estipulação rígida e invariável.

Quem impõe, sobrepõe, põe sobre; quem se submete, se coloca abaixo; em outras palavras, quem impõe tem poder; quem se submete, necessita.

No mesmo sentido, são as palavras de MOTA PINTO:

⁴⁰⁵ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*, p. 61.

⁴⁰⁶ MORIN, Gastón. Les tendances actuelles de la théorie des contracts et les relations du réel e des concepts. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1937, *apud* ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*, p. 38.

“Sendo os homens e as coisas o que são, a elaboração da disciplina contratual por um só, e sempre o mesmo, contraente dos milhares de contratos futuros a que esse ordenamento se destina constitui um meio – não desaproveitado - para ditar uma regulamentação de interesses favoráveis a essa parte. Na verdade o autor da estipulação normalizada a que a outra parte se limitará a aderir, ou seja, a empresa estipulante, encontra-se, relativamente ao cliente singular, numa situação de força propícia à exploração à lesão ou ao desfavorecimento deste.”⁴⁰⁷

Qualquer que seja a postura adotada, a autonomia da vontade sofre o golpe reducionista pela via do que se pode chamar de “dirigismo contratual”, termo tomado aqui sob duplo enfoque: o externo, caracterizado pela intervenção do Estado, e o interno, pela preponderância de atuação de uma das partes.

Ou seja, pelo dirigismo contratual, promovido através do intervencionismo estatal e concretizado nos contratos de adesão, se revela a crise da liberdade contratual ou autonomia da vontade que decorre, antes e no fundo, da desigualdade das partes na ordem sobretudo patrimonial ou na ordem do poder econômico de cada qual. Uma crise, pois, ligada à matéria e não à forma contratual; ligada à liberdade que se exerce na base da igualdade das partes.

Vale frisar que, se nos contratos civis de adesão a contratualidade é questionável pela massificação das cláusulas e, pois, da possibilidade de desequilíbrio entre as partes, a crítica ainda mais se aprofunda quando se trata dos contratos empregatícios.

A uniformização de suas cláusulas só vem em favor dos empregadores, reduzindo ainda mais qualquer possibilidade de negociação da parte dos empregados contratantes, aos quais só cabe aceitar o emprego ou recusá-lo cedendo lugar para o próximo candidato da fila, dentro de um contexto ocasionado pela lei da procura e oferta de empregos, que não ocorre nos contratos de massa de natureza civil, em que há contratos e consumidores em razoável equivalência.

Há também que se considerar a natureza do objeto desses dois tipos de contrato.

Nos contratos empregatícios o objeto é o trabalho humano, ou seja, o que se negocia é a própria vida ativa do trabalhador, o tempo que ele passa a dedicar para o empregador contratante, daí porque com muito maior razão tem direito de participar do conteúdo das cláusulas que impõem sua regulamentação. Tal contrato permitir-lhe-á a obtenção do salário necessário à sua subsistência alimentar e a de seus dependentes, portanto, lhe é imprescindível à sobrevivência, diversamente dos contratos de massa em geral que, embora necessários, não guardam essa característica de imprescindibilidade e premência tão latentes.

⁴⁰⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Contratos de Adesão. Revista Forense*, p. 33.

Por esses argumentos lançados, é que se conclui que, com maior vigor, as críticas à contratualidade dos chamados contratos de massa se acentuam nos contratos empregatícios .

Assim, pela crítica feita às respostas de ANDRADE às objeções assacadas contra o regime contratual dos chamados contratos administrativos, contratos coletivos, contratos de adesão e contratos-tipo, procurou-se demonstrar que não podem ser considerados como negócios jurídicos e, portanto, que não há como salvar a contratualidade dessas figuras pela via de tais respostas.

Persiste então a questão: por quais outras razões técnico-científicas, além das expostas acima e daquelas ligadas especificamente à ideologia da contratualidade, à evidente inexistência ou da mínima existência de igualdade e liberdade negociais, excluindo todo ou praticamente todo o poder de autorregulamentação das partes ou de uma das partes, seja na negociação, seja na celebração, seja na execução, seja em todas ou algumas dessas fases da vida de relação, insiste-se em manter essas figuras controvertidas na instituição da contratualidade? Haveria então uma consistente razão técnico-científica remanescente que pudesse ser transportada para a afirmação da contratualidade da relação de emprego?

A melhor resposta à indagação parece situar-se no domínio da conceituação do contrato.

Ou seja, para acolher o que a legislação e a prática dizem ser contrato, ainda que em conflito com a ciência e a técnica do direito, a doutrina acabou cedendo e moldando seus conceitos às exigências daquelas forças, escusando-se da necessidade de alinhar-se inclusive à evolução do próprio direito contratual, posto no atual Código Civil de 2.002.

Inventou-se então, ao lado dos contratos em sentido estrito, a classe dos contratos em sentido amplo. Nesta última classe, se incluiu “todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades”, enquanto que, na primeira classe”, apenas “ o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial”.⁴⁰⁸

O alargamento do conceito, observa THEODORO JÚNIOR, “vem se dando por sua extensão a outros segmentos de Direito Civil, que não o das obrigações, e a outros campos distintos do Direito Civil”, referindo-se o autor ao contrato real, familiar, sucessório, processual, de Direito Público, embora ressaltando que “alguns destes não são”.⁴⁰⁹

Ou seja, esse alargamento da classe dos contratos em sentido amplo, se atende às comodidades da prática profissional e legislativa, em prejuízo do rigor técnico-científico, culmina por incluir na contratualidade categorias outras que não têm natureza negocial como,

⁴⁰⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Notas de Humberto Theodoro Júnior, p. 09.

⁴⁰⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Notas de Humberto Theodoro Júnior p. 09.

por exemplo, os acordos celebrados pelo concurso de vontades no mesmo sentido verificado numa reunião de condôminos, ou numa assembléia societária ou mesmo numa sessão de tribunal.⁴¹⁰

Por outro lado, do ponto de vista da igualdade e liberdade negociais, decepcionante a definição da classe dos contratos *stricto sensu*. Não seria aquela classe dos acordos de vontades estabelecidos em bases negociais, ou negócios jurídicos, mas qualquer manifestação de vontades que produzisse efeitos obrigacionais na esfera patrimonial, independentemente dos requisitos da igualdade e da liberdade de ambos os contratantes. Desloca-se assim, das pessoas dos contratantes, a característica própria do negócio jurídico contratual, para transferi-la à suficiente materialidade patrimonial dos interesses em jogo.

A par da conceituação dual do contrato, transparece este outro expediente prático ligado à questão nocional, que imprime saliente rigor no que tange à exigência da natureza patrimonial da relação jurídica criada, modificada ou extinta por efeito dele, contentando-se com a existência de simples acordo para dar vida ao contrato.⁴¹¹

Acordo de vontades simplesmente declarado, independentemente de qualquer outra exigência ligada à igualdade ou à liberdade negociais das pessoas dos contratantes. Reitera-se aqui também a patrimonialidade da relação em preterição de sua personalidade.

Assim, além das poderosas razões ideológicas a influenciar antes a legislação e a Técnica do que a Ciência e a Ética, antes a legislação do trabalho subordinado e a dogmática dos pertinentes tecnicismos jurídicos, do que a pesquisa resistente a ideologias e orientações políticas, observa-se a acomodação da doutrina da contratualidade que, ao elastecer o campo próprio de sua abrangência e desfocar a contratualidade do campo da personalidade para o campo da patrimonialidade, acaba por desfigurar o contrato, desnaturando-lhe os valores que conferem sentido maior à sua função específica, que são os valores da individualidade (não do individualismo), da igualdade e liberdade negociais (poder de ambas as partes de decidir livremente sobre se contratar, com quem contratar, o quê contratar, onde contratar e quando contratar, atendidos os limites da ordem pública e dos bons costumes).

Ora, tais valores não parecem realizáveis ou são dificilmente realizáveis na relação entre pessoas em que predomina o sentido da patrimonialidade, em que são irrelevantes a liberdade e a igualdade negociais, ou seja, em relações jurídicas despersonalizadas, como são as desencadeadas pelas figuras contratuais acima exemplificadas

⁴¹⁰ VILLELA, JOÃO BAPTISTA. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, p. 28.

⁴¹¹ Como já afirmado (item 1.4 do Cap. 1 da Parte .1) ser a dicção do art. 1.321 do Código Civil italiano, sob a qual se apóia o conceito de ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*, p. 17.

e, como se demonstrará, com maior detalhamento, pela contratualidade da relação de emprego, em grau muito mais avançado no processo de despersonalização.

4.2.6 Crítica das razões técnico-científicas da contratualidade empregatícia

Expostas as razões e contrarrazões que se pretendem técnico-científicas da contratualidade das chamadas figuras contratuais controvertidas, entre as quais – importa reiterar – ANDRADE não alinha o contrato empregatício, cabe aferir a consistência dos argumentos especificamente postos por aqueles que sustentam a contratualidade da relação de emprego.

As “cláusulas exorbitantes” que, nos contratos administrativos, suprimem a equivalência das vontades dos contratantes tanto na celebração quanto na fase de execução do contrato, relevando a supremacia do Estado, justificam-se pela natureza dos interesses em jogo, preferindo os públicos aos privados.

Nos contratos empregatícios verifica-se igualmente a supremacia da empresa em relação ao empregado, não em virtude da existência expressa de cláusulas exorbitantes, mas de sua efetiva presença, tanto na fase da celebração do contrato quanto na fase de sua execução.

Com efeito, o que se verifica, em regra, é que o empregado adere à relação de emprego por estrita necessidade alimentar e, a empresa, por ampla liberdade de escolher o trabalhador e interesse de expansão de sua atividade econômica, sendo que, na dinâmica dessa relação, impera a estrita submissão do empregado em face do amplo poder diretivo da empresa. Falar-se que a empresa também necessita do empregado é escamotear a realidade da lei da oferta e da procura. O “exército de reserva” de trabalhadores desproporcionaliza totalmente a necessidade do trabalho para a empresa em relação à necessidade do salário para o empregado.

Vê-se, então, que a supremacia do Estado na relação com o jurisdicionado, transfere-se, na área da atividade econômica, privada, à supremacia da empresa na relação com o empregado. Momento em que se fundem o público e o privado, a política e a economia aqui também andando de braços dados.

Por outro lado, tanto quanto nos contratos administrativos, a supremacia da empresa em relação ao empregado, atribuída àquela e imposta a este, têm fundamento no direito objetivo e, tenha ou não o empregado consciência dessa relação desnivelada, a ela se

submete não porque a quer assim mesmo, mas porque, em estado de necessidade, não tem meios para evitá-la, repeli-la ou igualar-se.

A afirmação da contratualidade dos contratos coletivos de trabalho, fundada no argumento de que a manifestação da vontade dos empregados sindicalizados ou não, está juridicamente satisfeita através do instrumento da representação legal, é claramente sofisticada, uma vez que só por ficção se pode admitir a voluntariedade de uma contratação para cuja conclusão o empregado pode não ter contribuído, não concordado e mesmo se oposto ao conteúdo do que se tiver estipulado. Surgiria assim a figura exótica e tresloucada de um contrato celebrado por um empregado contra a vontade desse mesmo empregado. Momento em que se impõe a heterorregulamentação via sindical, excluindo logicamente a autorregulamentação via negocial.

Tal situação, em que a real vontade do empregado seria substituída legalmente pela real vontade da entidade sindical, remete à ficção da substituição da real vontade dos contratantes pela real vontade do legislador, configurada mediante a exorbitância das normas de direito público que excluem igualmente a voluntariedade na autorregulamentação dos interesses individuais dos contratantes. Momento em que se impõe a heterorregulamentação via estatal, também excluindo logicamente a autorregulamentação via negocial.

A desigualdade que desfigura a contratualidade da relação de emprego, tanto quanto a contratualidade dos contratos de adesão ou por adesão, entre os quais se podem alinhar os contratos-tipo, não é obviamente a econômica nem a jurídica, mas é a desigualdade negocial que pode ou não se fundar, embora geralmente o seja, especialmente nas relações entre empregado e empresa, na desproporcionada desigualdade econômica. Desigualdade negocial que, como já exposto, exclui de um dos contratantes, a liberdade para determinar o que contratar, com quem, onde e quando, elementos que ficam ao sabor dos interesses do outro contratante.

O argumento da igualdade jurídica na origem e no desenrolar da relação de emprego é igualmente ilusório.

Como já exposto por ANDRADE, essa tal igualdade é mais teórica do que real.

Ademais, a igualdade jurídica, definida como igualdade perante a lei, ou seja, que se explica pela proposição de que a lei é uma só para todos, *in casu* uma só tanto para o empregado quanto para a empresa, não elide, nesse campo da regulamentação das relações de emprego, a desigualdade negocial.

Ao contrário, oculta-a, uma vez que essa lei do trabalho subordinado, que realmente é uma só, não concede nem assegura ao empregado e à empresa o mesmo poder e a

mesma liberdade no que tange à estipulação das condições do trabalho, à sua execução, ao controle e repartição de seus resultados.

Finalmente, dizer que o contrato empregatício, da mesma forma que o contrato de adesão, deixou de ser um fato individual para se tornar um fato social, é obviamente decretar a morte daquele que, para ser definido à moda de todo contrato, como negócio jurídico contratual, dependerá sempre da presença das pessoas contratantes e da manifestação de suas vontades individuais.

Assim, a argumentação referenciada a GIORDANO, longe de sustentar a contratualidade dos contratos de adesão ou por adesão e, analogamente, à contratualidade da relação de emprego, conduzem à sua negação.

Finalmente, impressionante observar até que ponto chegou a inércia ou a indiferença da Ciência e da Técnica jurídicas que insistem em classificar no domínio da contratualidade, os chamados “contratos coativos” e “contratos necessários”.

Se é o que ocorre em relação a tais figuras, em tudo abstraídas do mínimo que se pode esperar da caracterização de um negócio jurídico contratual, não se estranha que, no campo das relações de emprego, em que o déficit negocial talvez não chegue a tais extremos, continue a legislação, a jurisprudência, a Ciência e a Técnica jurídica, a classificarem-nas também no campo da contratualidade.

Conclui-se que, os frágeis argumentos fundantes da contratualidade dos chamados contratos administrativos, contratos coletivos, contratos de adesão ou por adesão e contratos-tipo, desservem à fundamentação da contratualidade da relação de emprego a qual, semelhantemente às relações originadas daqueles “contratos”, não tem suporte nos pressupostos da igualdade e liberdade negociais.

5 HORIZONTES DA SUPERAÇÃO IDEOLÓGICA

5.1 A relação jurídica de emprego *de jure condito*

5.1.1 Considerações preliminares

À crítica ideológica e técnico-científica da contratualidade da relação de emprego seguem-se, após a análise da relação de emprego como relação jurídica, o estudo e a proposta de uma teoria mais fiel aos fatos que determinam o surgimento e o desenvolvimento dessa relação e, finalmente, o estudo propositivo de um regime jurídico diverso que a configure

como uma relação verdadeiramente pessoal, no seio de cujo desenvolvimento se possa afirmar e realizar o princípio da dignidade das pessoas que, afinal, justifica a existência do direito e de sua específica ciência.

Diz-se que a relação de emprego é relação jurídica contratual, relação jurídica nascida de contrato, do contrato empregatício.

A relação jurídica é a face subjetiva do contrato. Exprime o próprio contrato empregatício no momento de execução das pertinentes obrigações criadas ou alteradas. Da mesma forma que se diz não haver diferença entre o direito subjetivo e o objetivo, que não passam de conceitos diversos de um mesmo direito,⁴¹² pode-se dizer que não há também diferença entre o contrato empregatício (direito objetivo) e a relação jurídica de emprego (direito subjetivo).

Diz-se, então, que a relação jurídica de emprego é o próprio contrato empregatício em sua fase dinâmica, operatória. Aliás, é assim que preceitua o art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, nisso alvo de elogios a tal posicionamento, mas também de críticas a ele contrárias.

Não sendo diversos, o que foi dito especificamente do contrato empregatício aplica-se à relação jurídica de emprego e, agora, o que se dirá da relação jurídica de emprego se aplica àquele.

Em face da solução que se irá encaminhar a propósito da construção pós-moderna da relação de emprego, a presente análise é focada no estudo de seus pólos, que corresponde à análise da natureza dos pólos do próprio contrato empregatício, como que encoberta pelas designações legais de “pessoa física” do empregado e “empresa individual ou coletiva” do empregador (arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho).

Entende-se que a lei, ao referir-se à “pessoa física” do empregado, empresta ao vocábulo, “pessoa física”, sentido jurídico, é claro.

Entretanto, esclarecem geralmente os intérpretes que não é senão nesse sentido jurídico que a personalidade é atribuída.

Ao referir-se ao empregador como “empresa individual ou coletiva”, a lei não esclarece sequer se se trata da empresa como “pessoa jurídica”, ou, também como esclarecem geralmente os intérpretes, da empresa como algo destituído da personalidade jurídica, ou seja, algo como coisa.

⁴¹² O direito, nas expressões “direito objetivo” e “direito subjetivo”, tem um mesmo significado: “o direito é o mesmo, a regra é a mesma. Considerada em si, eis o seu aspecto objetivo: considerada no sujeito que a põe em exercício, eis o seu aspecto subjetivo. Não são dois direitos. São como o verso e o anverso de uma medalha.” MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, p. 37.

Ora, no sentido “exclusivamente” jurídico em causa, a “pessoa física” do empregado não é pessoa, no sentido real, ontológico. E ainda que fosse atribuída à empresa a personalidade jurídica, no sentido “exclusivamente” jurídico não seria ela igualmente pessoa no sentido real, ontológico.

Assim sendo, em qualquer caso, a relação jurídica de emprego não vincula pessoas reais, em toda a riqueza ontológica da personalidade, mas entes despersonalizados ou, no máximo, um ente só juridicamente personalizado – a pessoa física do empregado – com um ente despersonalizado – a empresa individual ou coletiva.

Entretanto, é grande a controvérsia ou mesmo a resistência contra as teorias das relações jurídicas em geral como relações entre coisas ou entre coisas e pessoas.

Lê-se em KELSEN, por exemplo, para quem o conceito de pessoa em direito não passa de um conceito de normas, as relações jurídicas, “do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito”, são “apenas relações entre normas – pelos indivíduos criadas e aplicadas – ou entre os fatos determinados pelas normas, dos quais a conduta humana apenas representa um caso especial”. Além das relações entre normas jurídicas ou relações entre factos determinados pelas normas jurídicas, “para um conhecimento dirigido ao Direito como um sistema de normas não há quaisquer outras relações jurídicas.”⁴¹³

No Direito das Coisas, a divergência é clássica.

Debatem-se ainda os estudiosos e especialistas sobre a qualificação dos pólos das relações de direitos reais, doutrinando os realistas que o direito real, “é aquele que cria entre a pessoa e a coisa uma relação direta e imediata”, daí se encontrando apenas dois elementos: a pessoa, que é o sujeito ativo do direito, e a coisa, que é seu objeto.⁴¹⁴

Igual tese é advogada por VENOSA, à luz do Código Civil brasileiro de 2.002, afirmando que a

“idéia básica é que o direito pessoal une dois ou mais sujeitos, enquanto os direitos reais traduzem relação jurídica entre uma coisa, ou conjunto de coisas, e um ou mais sujeitos, pessoas naturais ou jurídicas.”⁴¹⁵

Os personalistas, recusando a relação jurídica entre pessoa e coisa, mas fustigados pela oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais, julgaram-se salvos pela “idéia da obrigação passiva universal, sugerida por PLANIOL, RIPERT, ROGUIN, WINDSCHEID,

⁴¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 233 e 236, respectivamente.

⁴¹⁴ DEMOLOMBE, Jean-Charles Florent, *apud* SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Direito das coisas; princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel*, p. 20.

⁴¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*, p. 20.

DERNBURG, FERRARA e tantos outros.”⁴¹⁶ Do lado ativo da relação se posicionaria, então, o titular do direito real.

Segundo PEREIRA, escritores modernos como DE PAGE, os irmãos MAZEAUD e MARTY e RAYNAUD, defendem a teoria realista que, embora mais simples e prática, perde para a teoria personalista, uma vez que “do ponto de vista moral não encontra explicação satisfatória esta relação entre pessoa e coisa.”⁴¹⁷

Retorna-se a SAVIGNY que foi, segundo PONTES DE MIRANDA,

“com o conceito de relação jurídica, relação necessariamente entre pessoas, determinada pela regra jurídica (diríamos hoje: pela incidência da regra jurídica), quem prestou o enorme serviço de excluir qualquer possibilidade de relação (jurídica) entre pessoa e coisa.”⁴¹⁸

Com efeito, critica PONTES DE MIRANDA, raciocinam

“em termos de economia a-social os que pensam em relação do homem com a coisa; e teremos ensejo de ver que essa atitude, evidentemente pré-jurídica, se revela, flagrantemente, nos que definem os direitos reais como relações (fáticas!) do sujeito com a coisa.”⁴¹⁹

Em meio à controvérsia, THEODORO JÚNIOR propõe uma solução de compromisso, em que aparece o direito real como relação bifurcada entre o sujeito ativo e a coisa e, ao mesmo tempo, entre o sujeito ativo e o universo das pessoas. O direito real, diz,

“não pode se resumir a uma relação entre pessoa e coisa. Mas, também, não é possível afirmar que a única característica do direito real é a universalidade do sujeito passivo. Há, igualmente, no direito real, uma constante e direta dominação sobre a coisa, que permite sua usufruição normal sem o concurso de quem quer que seja. Assim, reúnem-se ao direito real a presença de uma dominação direta sobre a coisa e sua oponibilidade *erga omnes* (sujeição universal).”⁴²⁰

GAUDEMET, no contexto da contenda entre realistas e personalistas, radicaliza ainda mais o debate. Vai além da possibilidade da relação jurídica entre pessoas e coisas: dá por demonstrada a

⁴¹⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito civil: Direito das coisas; princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel*, p. 21.

⁴¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. 4, p. 04.

⁴¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. parte geral, p. 04.

⁴¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. parte geral, p. 08.

⁴²⁰ THEODORO JÚNIOR In GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 12 ed. atualizada e notas de Humberto Theodoro Júnior, p. 06-07.

“despersonalização da obrigação no Direito moderno, que já não mais depende de um sujeito ativo determinado ou de um sujeito passivo. Para ele, essa despersonalização do direito obrigacional acarretou a sua patrimonialização, pois para o credor o importante não é a pessoa do devedor senão o seu patrimônio... o patrimônio é que deve ao patrimônio...”⁴²¹

O certo é que KELSEN não foi assimilado em sua idéia e a contenda, ao menos no Direito das Obrigações, tomou outros rumos.

Como “partes”, em qualquer contrato e, pois, também no chamado contrato empregatício, não podem ser coisas, e como as relações jurídicas contratuais nada mais são do que o próprio contrato em execução, a relação de emprego não poderia ser afirmada como relação entre a “pessoa física” do empregado e a coisa da “empresa individual ou coletiva”. Era preciso uma solução ou explicação jurídica consentânea com a ética.

Desse impasse surgiram ao menos três soluções.

A mais generalizada e comumente abraçada afirma que o contrato empregatício ou a relação jurídica de emprego constitui-se entre a pessoa do empregado e a pessoa do empresário ou da pessoa que “detém” a empresa; adversa desta primeira, bate-se outra, apegada à literalidade da lei (art. 2º. e 3º. da Consolidação das Leis do Trabalho) e a outros princípios informadores do Direito do Trabalho, pela afirmação da personalidade jurídica da empresa, e a terceira finalmente recorre ao conceito de subjetividade jurídica, para dizer que partes no contrato empregatício são sujeitos jurídicos e não pessoas em direito.

Enquanto as duas primeiras teorias divergem basicamente sobre o conceito jurídico de empresa, se coisa ou pessoa, a terceira evita a interminável controvérsia, afirmando que o chamado contrato empregatício e a decorrente relação jurídica de emprego se forma entre pólos tecnicamente qualificados de sujeitos jurídicos que, por sua vez, podem ser ou não ser pessoas, ou ser ou não ser pessoas em direito.

Assim, o empregado, como pessoa física será, para as duas primeiras teorias, sempre pessoa em direito, podendo ser ou não ser pessoa em sentido ontológico: a empresa, para a primeira teoria, será sempre uma coisa e para a segunda, uma pessoa.

Já para a terceira teoria, o debate é em vão, pois transforma pessoas e coisas em sujeitos lógicos, podendo ser ou não pessoas em direito ou pessoas em sentido ontológico.

Segundo essa terceira teoria, pólos das relações jurídicas de emprego e partes nos contratos empregatícios que lhes dão origem seriam, pois, sujeitos jurídicos que, na maioria

⁴²¹ GAUDEMET, François Eugène Henri. *Théorie Générale des Obligations*, Sirey, 1937, p. 02-04, *apud* SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito civil: direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel*, p. 22.

das vezes, correspondem, sim, a Pessoas, e a Pessoas em direito (“pessoas físicas” e “pessoas jurídicas”), mas que, em menos vezes, correspondem a entes impessoais e aos quais o direito não atribui personalidade (condomínio, espólio, sociedades não personificadas...).

Entretanto, sujeitos jurídicos não devem ser definidos tecnicamente, pois, como pessoas em direito e, muito menos, como pessoas.

Não constituiria objeção, pois, à contratualidade da relação de emprego, o fato de essa relação se perfazer entre sujeitos jurídicos, pólos contingentemente impessoais do ponto de vista jurídico, ontológico e ético.

E então se aporta no fenômeno da despersonalização do direito ou das relações jurídicas e, pois, do contrato empregatício e das relações de emprego.

No fundo, fala-se em relação entre “sujeitos jurídicos” para não se falar absurdamente em relação entre coisa e coisa; a “coisa” do trabalho e a “coisa” do capital, para não dizer mais absurda ainda, a relação entre a “coisa” do empregado e a “coisa” da empresa que, como visto, a ideologia da contratualidade da relação de emprego assim empreende, mas visa ocultar.

5.1.2 A “pessoa física” do empregado como “coisa” ou sujeito jurídico

O empregado é definido legalmente como uma “pessoa física”, ou seja, um ser humano ao qual o direito atribui personalidade jurídica, dotada de capacidade para contratar com alguma empresa a relação de emprego, nela ingressando como um de seus pólos.

Entretanto, embora o substrato da personalidade jurídica atribuída pelo direito seja um ser humano (“pessoa física”) ou, em geral, um grupo social (empresa coletiva), seres de mais alta complexidade, com múltiplas e diversas características que lhes desenha a ontologia, a conceituação da pessoa em direito abstrai ou prescinde dessas características ontológicas, mal ditas metajurídicas.

Assim é pelo que se diz, em direito, sobre a personalidade jurídica, definida, com efeito, ora como capacidade de adquirir e dispor de direitos e deveres, também traduzida, para o mesmo fim, ora como aptidão, ora como susceptibilidade, ora como idoneidade, ora como faculdade e ora como possibilidade de se tornar sujeito de direito, ainda que seja de um só. Definida também, um tanto diversamente, em termos de qualidade atual, ou seja,

personalidade jurídica como poder, como *status* e como condição. Finalmente, definida como unidade normativa e como feixe de papéis sociais.⁴²²

Não há aí, em qualquer uma dessas apregoadas e vulgarizadas definições, uma remissão qualquer aos atributos mais básicos da personalidade, tal como se realiza concretamente nas pessoas, como são a corporalidade, a individualidade, a consciência reflexiva, a igualdade e a liberdade.

Entretanto, conforme constatado por BARBOSA, o desinteresse pela pesquisa crítica sobre a natureza das pessoas em direito aportou também no tema das relações jurídicas em grau acentuado⁴²³, uma vez que substituída até a teoria das relações jurídicas como relações entre pessoas em direito, pela teoria das relações jurídicas e, pois, das relações jurídicas de emprego, como relações entre sujeitos jurídicos.

Substituiu-se a pesquisa tanto da “pessoa física” do empregado quanto da “pessoa jurídica” da empresa pela sua captação como “sujeito jurídico”, partes do contrato empregatício e pólos das relações jurídicas, de modo que restou afastada, por desnecessária, a pesquisa crítica sobre a personalidade jurídica dessas partes e desses pólos, passando a cena a ser ocupada, então, pelo conceito de subjetividade jurídica.

Entretanto, o conceito de sujeitos jurídicos ou subjetividade jurídica é puramente formal, técnico, sem qualquer substância ou suporte material ou espiritual a investigar. Sujeitos jurídicos nada mais significam do que pólos ou termos de relações jurídicas que podem ser, assim, entidades de qualquer natureza.

Tanto para PONTES DE MIRANDA quanto para FERRAZ JÚNIOR e COMPARATO, os sujeitos jurídicos não passariam de entes lógicos, cuja substância só poderá ser determinada pelo conjunto dos direitos e deveres que lhes são atribuídos e impostos pelo direito objetivo, os quais serão explicitados no subitem 1.4 abaixo.⁴²⁴

⁴²² Segundo minucioso levantamento apurado na obra de AFONSO BARBOSA, Arnaldo. *A Pessoa em Direito: uma abordagem crítico-constructiva* referenciada no evolucionismo de Pierre Teilhard de Chardin, p. 98, 105, 108, 109, 110, 112, 115, 116, 118, 119 e 125, respectivamente.

⁴²³ BARBOSA, Arnaldo Afonso. *A Pessoa em Direito: uma abordagem crítico-constructiva* referenciada no Evolucionismo de Pierre Teilhard de Chardin, p. 127-138.

⁴²⁴ O conceito de sujeito jurídico é posto em relação à personalidade jurídica por PONTES DE MIRANDA, para quem a personalidade jurídica se define como possibilidade de ser sujeito de direito (personalidade jurídica como possibilidade lógica, um sujeito jurídico potencial). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 153. Encontra-se ainda em FERRAZ JR. e COMPARATO, uma abordagem antes pragmática. Para eles, o sujeito jurídico alcançaria os entes juridicamente personalizados e outros, sem personalidade jurídica, como exemplificam, com o condomínio, o espólio, as sociedades de fato *etc.* FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 158 e COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*, p. 279.

Despersonalizado então o contrato empregatício e as relações jurídicas de emprego não haveria porque falar do empregado como pessoa humana, já que seus componentes ontológicos não figuram na definição jurídica de pessoa física.

Em segundo lugar, aprofundando, não há porque se falar do empregado como pessoa humana porque substituído, na relação jurídica, o conceito de pessoa em direito por sujeito jurídico, conceito este de caráter estritamente lógico-formal em grau mais acentuado que o conceito de pessoa em direito adotado generalizadamente.

Nesse contexto teórico, não é estranhável que o ordenamento jurídico consagre a relação jurídica de emprego como uma relação de dominação da empresa sobre o empregado. Se o empregado, como “pessoa física”, não é uma pessoa humana, se não passa de um ente lógico-jurídico... impertinente a invocação do valor da dignidade para repelir essa relação de dominação ou, vista do lado do empregado, de subordinação.

Assim, o interesse da doutrinação trabalhista deslocou-se da espinhosa, mas essencial pesquisa da natureza das partes do contrato empregatício e dos pólos das relações jurídicas, para a pesquisa dos direitos e deveres desses sujeitos abstratos.

Não interessa mais saber o que é o empregado e o que é a empresa como pessoas ou como algo diverso das pessoas, mas quais são os direitos e deveres do sujeito jurídico do empregado e os correlativos direitos e deveres jurídicos do sujeito jurídico da empresa, os quais, como apregoa a Teoria Pura do Direito, no seu conjunto, constituem a realidade das pessoas em direito.

Claro que, no cenário dessa concepção, tornam-se impertinentes quaisquer considerações relativas à realidade do empregado e da empresa e, conseqüentemente, quaisquer indagações sobre os valores ligados à dignidade dos seres pessoais, como são a igualdade e a liberdade.

É que valores éticos não se ligam a meros conceitos lógico-formais, mas a entidades reais e substanciais.

Desse modo, a crítica da justiça ou do caráter exploratório dos contratos empregatícios e, por conseguinte, das relações jurídicas de emprego, deslocar-se-á da consideração da “pessoa física” do empregado e da “pessoa jurídica” da empresa, para a consideração da natureza e quantidade dos direitos e deveres que são conferidos aos sujeitos. Então, contrato e relação justa assim serão se equivalentes os direitos e os deveres atribuídos e impostos a um e outro; exploratórios, do contrário.

Nesse passo, a determinação desses direitos e deveres e a subseqüente comparação serão feitas, por melhor conveniência lógica, no subitem 5.1.4, adiante.

5.1.3 A “pessoa jurídica” da empresa como “coisa” ou sujeito jurídico

Estranho verificar-se que, contrariamente ao que ocorre quanto à realidade da “pessoa física” do empregado, relativamente à qual a doutrina trabalhista é praticamente silente, são recorrentes os estudos e as controvérsias sobre a realidade da empresa, como empregadora, polarizando as teorias na sua definição ora como pessoa ora como coisa, sendo esta última a concepção mais assumida.

Afinal, que coisa é a empresa que, na relação jurídica, não passa de um de seus sujeitos? Empresa que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, segundo COMPARATO, “serve como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea?”⁴²⁵

Ajudará a enfrentar um pouco mais detidamente a questão do ser da empresa, a verificação de como se apresenta em diversos campos do ordenamento jurídico, o que será feito servindo-se de pesquisa análoga já produzida em trabalho anterior, em tudo afinado com as mesmas preocupações e angústias que alimentam esta pesquisa.⁴²⁶

No Direito Internacional Público projetam-se as empresas transnacionais, novas protagonistas não-governamentais, assumindo papel preponderante “na transferência internacional de recursos”, responsáveis também pela criação de “um esquema de planejamento privado em escala transnacional, que passou a ser regulado por um Direito de alcance internacional, em boa medida independente dos Estados e das organizações internacionais, a que alguns autores têm dado o nome de *‘lex mercatoria’*.”⁴²⁷

Não obstante deve-se dizer que, no Brasil, nem se cogita em editar um regulamento próprio que constitua uma *lex mercatoria* interna, própria e adequada a tais empresas, pois “logicamente insustentável ter como iguais perante a lei a sociedade multinacional e a quitanda da esquina...”⁴²⁸, constando da Constituição Federal apenas uma referência direta às empresas multinacionais: a lei disciplinará, diz, com base no interesse nacional, os investimentos em capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros. Nesse sentido foi editada a quase cinquentenária Lei n. 4.131, de 03 de setembro de 1.962, que praticamente limitou-se a disciplinar burocraticamente o controle dos

⁴²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*, p. 03.

⁴²⁶ PIRES, Rosemary de Oliveira; BARBOSA, Arnaldo Afonso. Por um conceito jurídico de empresa coerente com a dignidade da pessoa. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, p. 80 e segs.

⁴²⁷ LAFER, Celso. *Ordem, poder e consenso: caminhos da constitucionalização do Direito Internacional*, p. 99.

⁴²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*, p. 08.

capitais estrangeiros no País, instituindo o registro de seu ingresso, dos reinvestimentos, do repatriamento e da remessa de lucros.

Preocupante situação, haja vista que tais empresas, sobretudo num mundo globalizado, pelo fato da grandeza e influência de suas operações, podem constituir-se a maior fonte de perturbação tanto positiva quanto negativa no ambiente humano, natural e social. A propósito, insta reportar as conseqüências de suas atividades no meio ambiente natural, no trato do aquecimento global, e no meio ambiente social, no trato das recentes e disseminadas crises econômicas de ordem também global.⁴²⁹

No Direito Internacional Privado, é assegurado a todas as empresas, brasileiras e estrangeiras, “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (parágrafo único do art. 170). As restrições ao exercício no Brasil, da liberdade de iniciativa das empresas estrangeiras, transnacionais ou não, foram confiadas à lei, achando-se todas elas amparadas, pois, pelo princípio constitucional da legalidade.

As restrições às empresas estrangeiras são poucas e, salvo no que tange às empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, praticamente formais. A condição para que tenham aqui agências, filiais ou estabelecimentos, é a aprovação de seus atos constitutivos pelo Governo brasileiro (parágrafo 1º do art. 11, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), não podendo, aquelas que os Governos estrangeiros tenham constituído, dirigirem ou tenham investido de funções públicas, adquirir bens imóveis no País ou suscetíveis de desapropriação (§ 2º do mesmo art. 11).

A aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por empresa estrangeira, ou seja, empresa constituída sob o direito estrangeiro e que não tenha aqui a sua sede e administração, não pois à empresa nacional controlada por capitais estrangeiros, estão sujeitas às limitações previstas na Lei n. 5.709/71, regulamentada pelo Decreto nº 74.965/74). A restrição do art. 222 da Constituição Federal, referente somente às empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é mais ampla, atingindo a liberdade de iniciativa não só das empresas estrangeiras, mas também das brasileiras sob controle de capitais estrangeiros.

No Direito Administrativo a importância da empresa cresceu na proporção da redução da intervenção do Estado na atividade econômica. Com efeito, a Constituição Federal

⁴²⁹ A respeito das repercussões da crise econômica global de 2007 e suas repercussões no direito do trabalho e do processo do trabalho, cf. PIRES, Rosemary de Oliveira. A crise econômica global, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho: o *donné* e o *construit* de François Géní. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, 2.010.

reduziu à mínima porção a função empresarial do Estado. Optou por deferir-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, como agente apenas normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, da Constituição Federal). Conforme se lê no art. 173 da Constituição Federal, a exploração direta da atividade econômica é cometimento próprio das empresas privadas, podendo o Estado, só excepcionalmente, empreendê-la, ou seja, somente nos casos previstos na própria Constituição e nos casos definidos em lei, “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

Por outro lado, todos os empreendimentos de competência exclusiva do Estado, indicados no art. 177 da Constituição Federal, com exceção dos relacionados à manutenção do serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X, da Constituição Federal), bem como a minérios e minerais nucleares e seus derivados, poderão ser transferidos contratualmente, mediante autorização, concessão ou permissão, às empresas privadas (§ 1º, art. 177, da Constituição Federal).

Não obstante, mesmo a exploração indireta da atividade econômica pelo Estado, permitida apenas nos casos definidos em lei, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, deve ser feita empresarialmente, ou seja, pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista que, entretanto, não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (§ 2º, art. 173, da Constituição Federal).

Inclusive os serviços públicos propriamente ditos podem, conforme permissivo constitucional, ser prestados pelas empresas privadas, sob regime de concessão ou permissão, através de licitação (art. 175). Os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade do Estado, mas a Constituição Federal reservou a sua exploração e aproveitamento às empresas privadas.

Conquanto não defina o Direito Econômico como Direito da Empresa, SOUZA destaca, dentre as teorias de visão ampla desse ramo do Direito, que tomam elementos considerados fundamentais, “catalisadores de toda a estrutura deste ramo do Direito, e em torno deles constroem todo o edifício”⁴³⁰, a vertente que considera o Direito Econômico como Direito da Empresa, adotada por “respeitável corrente encabeçada especialmente pelo suíço Hüg, seguido de perto por Kaskel, Lehman e Kiraly.”⁴³¹

Vista pelo prisma do Direito Econômico, ressalta SOUZA, “a empresa é considerada como um instrumento decisivo no exercício da política econômica”. Se estatal, é

⁴³⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*, p. 95.

⁴³¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*, p. 95.

por ela que atua o poder público na realização de seus objetivos econômicos; se particular, é “o principal acionador da vida econômica.”

A Constituição Federal, ao dispor sobre as limitações do poder de tributar conferido à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é extremamente avara no que se refere à imunidade ou à exclusão de empresa do campo de incidência da tributação.

Segundo o Código Tributário Nacional, a capacidade passiva é deferida à empresa, independentemente de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional. Ou seja, todas as empresas, individuais ou coletivas, personificadas ou não, civis ou comerciais, públicas ou privadas, urbanas ou rurais... estão sujeitas ao poder de tributar conferido à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Daí o sempre repetido discurso concernente à importância do Direito Tributário na vida e no desenvolvimento das empresas, estando já disseminadas as técnicas do planejamento tributário, como meio de conter licitamente e pelo princípio da economicidade, a sanha arrecadatória e, por que não dizer, predatória do Estado brasileiro. Em outros termos: o Direito Tributário dispõe sobre a instituição, cobrança, fiscalização e aplicação dos tributos que incidem, em geral, sobre a propriedade, produção ou circulação de riquezas econômicas, as quais, por sua vez, estão compreendidas, envolvidas ou geradas, na sua maior parte, pelas atividades empresariais.

Embora a Constituição Federal, em seu art. 195, preveja também a contribuição a cargo dos empregados e dos importadores de bens ou serviços do exterior ou a eles equiparados, além de outros, a maior soma dos recursos destinados ao custeio da Previdência Social recai sobre os ombros das empresas. Contribuem elas, cumulativamente, sobre a folha de salários, rendimentos do trabalho pagos a qualquer título a pessoas físicas prestadoras de serviços, empregados ou não, receita ou faturamento e sobre o lucro (art. 195 da Constituição Federal). E tão relevante é a sua participação, que a Constituição Federal, temendo a falência do sistema securitário pelo fato do inadimplemento delas, chega ao ponto de descer à minúcia da sanção para o caso de estarem em débito para com ela, proibindo a contratação com o Poder Público e dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (§ 3º, do art. 195, da Constituição Federal).

No Direito Agrário, a empresa é definida como sendo “o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de rendimento econômico da região em que se situe e que explore área mínima

agricultável do imóvel, segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo.” (Estatuto da Terra, art. 4º, VI).

Embora a população urbana do país haja superado a rural, o Brasil continua sendo ainda um País eminentemente agrícola, considerando-se a participação da produção dessa natureza no PIB nacional e na balança comercial. Daí a importância singular das empresas rurais, principais responsáveis pelas atividades econômicas no campo, que são a extração, a agricultura, a pecuária e a agroindústria. A exploração econômica e racional de imóvel rural, de natureza extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial, constitui, pois, “o conteúdo da atividade da empresa rural”⁴³², que poderá ser empreendida tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica. Serão, pois, para os efeitos do Direito Agrário, tanto um quanto o outro, igualmente considerados empresas rurais.

O Código Civil brasileiro de 2.002 fez eco à importância da empresa no mundo do direito, deflagrando a intitulação por via de lei, de um novo ramo do Direito: o Direito da Empresa. Inovação meritória, tardia e apenas seminal, pois, na verdade, em vez de criar um Direito de Empresa propriamente dito, dispondo, ainda que em princípio, sobre seus componentes elementares (investidores e trabalhadores, ao menos), não fez muito mais do que consagrar um novo espaço ao Direito das Sociedades, em que a empresa é considerada como “algo” do empresário, seja ele individual ou social.

Com efeito, segundo esclarece REALE, o título do Livro II do novo Código, “*Do Direito de Empresa*”, não passa de uma sinédoque, já que o termo “empresa” nele figura para significar apenas “uma parte pelo todo que é o Direito da Sociedade”. REALE justifica essa opção “por se cuidar mais, no citado Livro, da sociedade empresária.”⁴³³

Deixando-se então ofuscar pela figura socialmente prestigiada do empresário capitalista ou investidor, critica BARBOSA o codificador, que, atrelado aos encantos passadistas do comércio e do comerciante, aparentou

“cuidar do empresário e da sociedade empresária enquanto, na verdade, tratava de envolver-se com o comerciante e o contrato de sociedade. O conteúdo de praticamente todas as divisões e subdivisões desse Livro II da Parte Especial do novo Código demonstra, até mesmo à simples leitura, que o modesto objetivo efetivamente logrado, tenha ou não sido verdadeiramente almejado, foi o de fixar o estatuto jurídico-contratual de todas as diversas sociedades. Objetivo este que poderia ter sido coerentemente conquistado se inserida a soma de quase todas as suas numerosas disposições na parte do Código que lhes caberia albergar, ou seja, no Título VI, do Livro I, da Parte Especial, entre os contratos, já que sociedade, tanto para o vetusto quanto para o novo Código, continua a ser um simples contrato, conforme conceito firmado em diversos artigos de sua regulamentação, a partir da

⁴³² OPITZ, Sílvia C. B. e OPITZ, Oswaldo. *Curso Completo de Direito Agrário*, p. 47.

⁴³³ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, p. 18.

disposição geral do art. 981. Verdadeiramente, não um ‘Direito de Empresa’, como invoca a epígrafe do Livro II da Parte Especial do novo Código, mas um ‘Direito Societário’ e, mesmo assim, das sociedades contratuais ou concebidas no campo da contratualidade civilista, ainda carcomido pela decrépita ideologia do liberalismo individualista e voluntarista.”⁴³⁴

Sobreleva ainda hoje, reforçada pelas inovações trazidas pelo Código Civil brasileiro de 2.002, a teoria que considera a empresa como coisa ou objeto do direito. Diversas são as noções de “coisa” em direito.

“Em sentido filosófico é qualquer entidade, real ou irreal, pertencente à natureza racional ou irracional”⁴³⁵, leciona RUGGIERO.

Já em sentido técnico-jurídico, diz:

“é tudo quanto possa ser objeto de direitos e, assim, qualquer parte do mundo externo capaz de se sujeitar ao nosso poder e susceptível de produzir uma utilidade econômica... aquelas partes da natureza que podem ser dominadas pelo homem e destinadas a satisfazer as suas necessidades. Com a apropriação, as coisas tornam-se bens ...”⁴³⁶

Nesse apontado sentido filosófico, tanto o empregado quanto a empresa, enquanto sujeitos jurídicos ou enquanto pessoas em direito ou mesmo enquanto pessoas, podem ser referidos como coisas; cabe dizer, então, a coisa do empregado e a coisa da empresa.

Entretanto, se não cabe chegar ao extremo de dizer que pessoas são coisas, cabe dizer que pessoas em direito, enquanto sujeitos jurídicos, podem ser coisas ou não.

Veja-se o caso da empresa que, não sendo pessoa e nem se considerando pessoa em direito, é coisa, e, enquanto pólo de relações jurídicas de emprego, não passa de sujeito jurídico.

Ilusório pensar que a concepção da empresa como pessoa ganha espaço no direito moderno na medida em que se vai superando a resistência ao reconhecimento, como sujeitos jurídicos, de entes e organizações não dotadas de personalidade jurídica.

De fato, numerosas são as organizações não dotadas de personalidade jurídica em relação às quais não se pode pôr em dúvida a condição de sujeitos de direito,

⁴³⁴ AFONSO BARBOSA, Arnaldo. *A Pessoa em Direito: uma abordagem crítico-constructiva* referenciada no evolucionismo de Pierre Teilhard de Chardin, p. 448-449.

⁴³⁵ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*; Direito de Família, Direitos reais e posse, p. 259.

⁴³⁶ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*; Direito de Família, Direitos reais e posse, p. 259-260.

“merecendo menção especial as sociedades irregulares; as sociedades em conta de participação; a família, os sindicatos; o condomínio; e isso para não se falar na própria empresa, no grupo de empresas e nas comissões de empresas.”⁴³⁷

Parece natural, pelo sentido social do Direito do Trabalho, a caracterização da empresa “antes como instituição ou sujeito de direito do que como objeto ou atividade.”⁴³⁸

É que, para MAGANO, a exemplo de muitos outros juristas estrangeiros e nacionais, como PONTES DE MIRANDA⁴³⁹, COMPARATO⁴⁴⁰ e FERRAZ JÚNIOR⁴⁴¹, Pessoa em direito e sujeito jurídico não são conceitos equivalentes. Todas as Pessoas em direito, segundo essa diversidade conceitual, podem ser ou são sujeitos de direito.

Entretanto, há sujeitos de direito que não são pessoas em direito, como exemplifica MAGANO. Ou seja, a relação jurídica não se constitui sem sujeitos jurídicos, mas perfaz-se sem a presença de pessoas em direito. A relação de emprego, segundo esse entendimento, seria uma relação entre sujeitos jurídicos, em que apenas um pólo, o empregado, seria pessoa em direito.

Não obstante serem realidades ontologicamente irreduzíveis, impende lembrar que é possível tratar pessoas como coisas – o exemplo histórico das relações escravagistas e senhoriais é irretorquível – e coisas como pessoas, como também historicamente provado pelas mais variadas crenças animistas primitivas e modernas. É que são as regras jurídicas “que, incidindo, determinam as subjetivações e objetivações.”⁴⁴²

Embora limitado o campo das relações que têm por objeto a pessoa, lembra RUGGIERO que “no direito privado resumem-se todas em algumas relações familiares, nas quais uma pessoa é submetida ao poder alheio.”⁴⁴³

Também segundo o Direito do Trabalho, nas relações de emprego o empregado é submetido ao poder da empresa. Entretanto, nenhum problema preocupa as mentes dos formalistas, pois aí, na relação jurídica de emprego, o empregado, como sujeito jurídico, desvestido de sua realidade de Pessoa, carece de dignidade a ser amparada.

Dentre as teorias da empresa como coisa, destacam-se a da empresa-estabelecimento que, embora ultrapassada, merece ser lembrada pela clareza da atribuição da natureza de coisa à empresa, e as teorias dos círculos concêntricos, da empresa-atividade e

⁴³⁷ MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*, p. 37-38.

⁴³⁸ MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*, p.44.

⁴³⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado* Parte Geral, p. 153.

⁴⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*, p. 279.

⁴⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 158.

⁴⁴² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*, p. 03.

⁴⁴³ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil; Direito de Família, Direitos reais e posse*, p. 259.

empresa-organização, estas já bem próximas e condizentes com o novo regime jurídico codificado do Direito da Empresa.

A identificação do conceito de empresa com o de estabelecimento comercial (“simples universalidade de fato... conjunto de cousas, criado, constituído e dirigido pela vontade do homem... não tem, pois, existência autônoma; é uma cousa”)⁴⁴⁴, e a definição deste como conjunto ou universalidade de coisas ou de direitos presta-se com perfeição às concepções ligadas ao direito de propriedade.

Versando sobre o direito italiano, assenta FERREIRA que a subjetividade é do empresário; não da empresa. Diz ele que é o empresário quem

“exercita a atividade profissional, como explorador da universalidade de bens que constitui a empresa. Ou o estabelecimento. Não ocupa a empresa lugar nenhum no espaço italiano. Nem em parte alguma. Tem ela existência puramente ideal.”⁴⁴⁵

Insiste o crítico, continuando a referir-se ao direito italiano: esdruxularia se entremostra que a

“azienda tenha dois sujeitos de Direitos ao mesmo tempo: a impresa e o imprenditore. Este sim; a um tempo é o proprietário da impresa e da azienda, que são objetos de direitos e nessa categoria se inscrevem.”⁴⁴⁶

Como já observado, inconfundíveis a empresa com o estabelecimento, já que este não passa de uma universalidade de fato, conceito que a ninguém ocorre atribuir à empresa. Muito menos hoje que, pelo art. 1.142 do Código Civil de 2.002, tal conceito é confirmado em definição segundo a qual se considera estabelecimento “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

FERREIRA, em sua “*teoria dos círculos concêntricos*”, parece desejar estender a compreensão, tentando sintetizar as diversas concepções da doutrina nacional sobre a natureza jurídica da empresa, relacionando-a ao estabelecimento e ao empresário que, juntamente com ela, constituiriam momentos ou expressões distintas do mesmo fenômeno comercial, econômico-social e jurídico.

Do fenômeno comercial seria expressão o **estabelecimento**, constituído pelos bens, corpóreos e incorpóreos, uma universalidade de fato; do fenômeno econômico-social seria expressão a empresa, que se superpõe ao estabelecimento, “como organização do

⁴⁴⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, p. 17.

⁴⁴⁵ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, p. 83.

⁴⁴⁶ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, p. 89.

trabalho e disciplina da atividade, no objetivo de produzir a riqueza, a fim de pô-la na circulação econômica.”⁴⁴⁷

Finalmente, do fenômeno jurídico seria expressão o **empresário**, pessoa natural ou jurídica, a cujas vontades e diretrizes se subordinam o estabelecimento e a empresa, e que é o

“sujeito ativo e passivo das relações jurídicas, tecidas pela empresa, no funcionamento do estabelecimento produtor dos lucros pelo comerciante, como empresário, procurados e obtidos”.⁴⁴⁸

A teoria, buscando uma solução sintetizadora, ao conceituar a empresa aproxima-se do conceito codificado. No entanto, é o empresário, e não a empresa, que ocupa o centro dos “círculos concêntricos”. Configura-se, por isto, antes uma teoria do empresário do que propriamente uma teoria da empresa. Nisto também se aproxima do Direito da Empresa do novo Código Civil, pois ali se acha antes um novo regime do Direito Societário (empresário e sociedade empresária), do que propriamente um novo regime do Direito da Empresa.

A empresa, como atividade profissional organizada pelo empresário, é o sentido funcional da empresa articulado pelo Código Civil Italiano, fonte na qual se abeberou o Código Civil brasileiro de 2.002, distinguindo-a do estabelecimento, definido como “complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária (art. 1.142). Com efeito, a sociedade empresária é definida como aquela “que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro” (art. 982), enquanto o empresário é “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966).

Mesmo antes da atual codificação civil, já havia sido vulgarizado o seu sentido⁴⁴⁹, ligando-o à “importância do serviço ou indústria que faz o seu objeto, a repetição dos atos e a organização dos serviços em que se explora a atividade de outrem”, na observação de INGLÊS DE SOUZA.⁴⁵⁰

Após reportar-se à teoria da simbiose da empresa ou do empresário, ou da “empresa como expressão sinônima do próprio empresário, pessoa natural ou pessoa jurídica”, FERREIRA anota, a propósito, a aversão da doutrina italiana a tal coincidência,

⁴⁴⁷ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, p. 86.

⁴⁴⁸ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, p. 86.

⁴⁴⁹ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, p. 64.

⁴⁵⁰ *Apud* FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, p. 64.

citando BRACCO, para o qual é “maior o número de quantos consideram a empresa como ‘atividade’, isto é, como ‘atividade do empresário”.

Abonando tal entendimento, cita FERRI e FERRARA, para os quais a disciplina jurídica da empresa é ‘a disciplina da atividade do empresário’⁴⁵¹; SFORZA, para o qual a empresa “não é coisa, mas atividade organizadora, ou organização de atividades várias que produzem bens ou serviços”; OPPO, para o qual empresa é “forma de atividade” e, mais propriamente é “modo da organização e desenvolvimento da atividade econômica”.⁴⁵² Enfim, segundo ainda BRACCO, “no pensamento de CARNELUTTI, ‘a empresa é um ato’ e, precisamente, não é mais do que ‘o estabelecimento (azienda) em ação ou em movimento, do mesmo modo que o estabelecimento é a empresa em quietude; e MAROI chegou ao acerto de que a empresa não é mais do que ‘a forma de exercício do estabelecimento’”.⁴⁵³

Atividade organizada ou organização do trabalho são expressões que, ao definirem a empresa, apontam para significados praticamente idênticos.

A empresa, como organização do trabalho que dá lugar à atividade profissional do empresário muito se aproxima do conceito de empresa como atividade profissional adotado pelo Código Civil Italiano e pelo atual Código Civil Brasileiro.

Diz CARVALHO DE MENDONÇA que a empresa, tanto em Direito quanto em Economia,

“é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade.”⁴⁵⁴

Tal definição teria a adesão de VIVANTE, BOLAFFIO, ANDRÉ LIESSE e LÉON SAY & CHAILLEY, além de ROCCO, para o qual “o elemento específico constitutivo da empresa, no sentido do Código italiano” é “o fato da organização do trabalho de outro”. Distingue, assim, a empresa da pessoa do empresário, que tanto pode ser pessoa física quanto jurídica, observando ainda que o elemento econômico da empresa é “a organização dos fatores de produção.”⁴⁵⁵

⁴⁵¹ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, p. 73-74.

⁴⁵² FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, p. 73-74.

⁴⁵³ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, p. 75.

⁴⁵⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, p. 492.

⁴⁵⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, p. 493-494.

Como se disse, diversamente do profundo e continuado silêncio da doutrina jurídica sobre a realidade do empregado como pessoa, debate-se nos mais diversos campos do Direito, a realidade e a importância da empresa, não ousando a doutrina e mesmo a anterior e novel legislação, atribuir-lhe natureza pessoal.

Não obstante, o silêncio sobre a realidade do empregado como pessoa e a controvérsia sobre a realidade da empresa como coisa, revelando interesses contraditórios e inconsequentes no campo das relações jurídicas de emprego, confirmam a prevalência da concepção dos pólos dessas relações como sujeitos jurídicos, conceito formal a dar condições de revestir qualquer realidade, independentemente de sua natureza, dando-lhes igual tratamento jurídico de acordo com o princípio também formal da igualdade de todos (tomados (“sujeitos”) perante a lei.

Escondida sob tais cinzas, o que arde na realidade é a brasa da relação de dominação exercida pelo empresário (“pessoa física” ou “pessoa jurídica”, mascarada sob o abstrato sujeito jurídico da empresa) sobre o empregado, uma abstrata “pessoa física”, ou, segundo a técnica jurídica, mais abstrato ainda sujeito jurídico.

O Direito Societário garante ao empresário o domínio sobre a empresa e, por seu lado, o Direito do Trabalho lhe garante o domínio sobre o empregado.

5.1.4 O empregado e a empresa: direitos e deveres em desequilibrada correlação

A partir do momento em foi dessubstanciada ou exaurida a realidade dos pólos dos contratos empregatícios, aqui considerados na sua estrutura tradicional, linear, e, conseqüentemente, das relações jurídicas de emprego, mediante sua captação como sujeitos jurídicos, mero conceito lógico-formal, deslocou-se o interesse da análise, antes pelo que tange à “pessoa física” do empregado do que pela empresa, dos sujeitos dessas relações para a natureza e a quantidade dos direitos e deveres que constituem objeto das obrigações desses sujeitos.

Tornou-se assim inviável qualquer avaliação da justiça ou do caráter exploratório da relação jurídica de emprego a partir da consideração da condição real da “pessoa física” do empregado e da condição real da “empresa individual ou coletiva”. Nesse contexto, ela será feita mediante a comparação dos direitos e deveres atribuídos e impostos a um e a outro sujeito dessas relações.

Desnecessário, entretanto, para comprovar o sensível desequilíbrio da balança da justiça em desfavor do empregado, a lembrança do amplíssimo conteúdo do *jus variandi* do empregador em contrapartida do restrito e apenas teórico *jus resistentiae* do empregado.

Ao empregador, para começar, o direito atribui o *jus variandi*; ao empregado, não.

No *jus variandi* estão compreendidos os seguintes poderes, *ad exempla*: a possibilidade de o empregador, sem pré-aviso, modificar-lhe o local de trabalho dentro do estabelecimento, ou entre estabelecimentos da mesma localidade, ou mesmo para outro Estado e País; ao modificar o local de trabalho, inserir o empregado em ambiente insalutífero, qualquer que seja o seu grau, ou submetê-lo à condições de maior ou menor periculosidade; mudar-lhe as atribuições, funções e os cargos, através do que convencionar denominar “evolução funcional”, por meio da criação de organograma funcional ou de quadro de carreira; alterar-lhe o horário, inclusive aumentando a jornada e posteriormente reduzindo-a (com compensação); suprimindo a qualquer tempo a sobrejornada com a redução proporcional do salário; ao retirá-lo da jornada noturna reduzir também seu salário no que tange ao adicional noturno recebido; impor-lhe cursos e treinamentos, sob a rubrica de aperfeiçoamento profissional; modificar-lhe as condições de pagamento (pagamento em espécie ou em conta corrente, em salário fixo, salário variável); modificar, no caso de vendedores, por exemplo, a região de atuação, a dimensão da região, os percentuais de comissões, as metas, desde que observada a irredutibilidade salarial.

Em contrapartida, o equivalente *jus resistentiae* da parte do empregado? Não há qualquer razoável equivalência, pois além de limitadíssimo, a resistência é, na prática, inexistente, ficando adstrito ao fundamento da norma da inalterabilidade das cláusulas contratuais, de vaga redação e confusa interpretação.

Vale lembrar ainda que, sustentado no seu poder diretivo, o empregador pode elaborar regulamento interno vinculando condutas dos empregados que aderem ao contrato de trabalho no curso de sua duração, podendo tal regulamento ser alterado a qualquer tempo, também sem prévio aviso.

Um dos exemplos atuais desse tipo de regulamento que provoca obrigações de conduta ao empregado passíveis de punições e até de justa causa é o conhecido “Código de Ética”, elaborado por muitas empresas, ao fundamento de trazer maior qualidade nas relações entre os próprios empregados ou entre estes e clientes e fornecedores, mas que jamais traduzem um comprometimento de igual conduta ética por parte dos dirigentes empresariais em relação a seus comandados, no que tange aos valores da lealdade e integridade das suas ações no interesse destes; nem mesmo eventual “julgamento” da infração ao código costuma

ser precedido de um amplo direito de defesa pelo empregado ou tal julgamento ser proferido por um comitê paritário formado por representantes de dirigentes e trabalhadores. Códigos de Ética de caráter meramente principiológico, sugerindo tão somente valores a serem realizados, não são regra entre os empresários da atualidade.

A relação empregatícia subordinante, afinal, é refratária a iniciativas que implicam compartilhamento de poder.

5.1.5 O ato jurídico *stricto sensu*: fato jurígeno da relação de emprego

Pelo estudo empreendido, conclui-se que na origem da relação empregatícia subordinante atual, em geral, está o fato, o fato jurídico e mais precisamente o ato jurídico *stricto sensu*, mas não o negócio jurídico e, pois, o negócio jurídico contratual.

Como visto, pela classificação do Código Civil brasileiro de 2.002, com a ruptura da anterior visão unitária do ato jurídico, estão separadas as figuras do negócio jurídico e do ato jurídico lícito.

Ao negócio jurídico corresponderiam tão somente as declarações de vontade provenientes da liberdade do agente (autonomia ou autorregração do ato), conforme previsão contida nos arts. 104 a 184, e aos atos jurídicos lícitos *stricto sensu*, seriam entendidos os atos de vontade vinculados, mas sem autonomia, submetidos parcialmente às regras dos negócios jurídicos, pois não se lhes aplicando, obviamente, as regras referentes às modalidades do negócio jurídico (arts. 121 a 137).

De fato, o ato jurídico levado a efeito pela empresa e pelo empregado, embora querido por ambos, desencadeia as conseqüências impostas pelas normas heterônomas de ordem pública, as quais incidem independentemente do desejo de ambos, havendo pequeno e residual espaço para a normatividade coletiva, também heterônomas, seguida das cláusulas de natureza adesiva impostas unilateralmente pelo empregador.

A inexistência da igualdade e da liberdade contratuais estaria patenteada em face do produzido estado de subordinação, porque inconcebível em um regime negocial a sujeição jurídica de uma das partes à outra. E porque inexistentes as condições subjetivas da igualdade e da liberdade de uma das partes, reduz-lhe consideravelmente a comunidade jurídica a liberdade de estipular as condições objetivas das prestações em câmbio e, obviamente, de alterá-las *in pejus* no curso do pacto laboral. Não pode o empregado renunciar direitos simplesmente porque não tem autonomia para transacioná-los.

Assim, em regra, seria a relação empregatícia, atualmente subordinante, tão somente obra de um ato jurídico *stricto sensu*, desencadeando sobre os pólos dessa relação um heterorregulamento imposto pelo legislador, e imposto somente sobre um desses pólos, a pessoa do empregado, sem falar no estatuto das convenções e acordos coletivos, e no estatuto da vontade da empresa e dos regulamentos.

A inversa afirmação teórica da origem contratual da relação empregatícia (ainda que sob amparo expresso da lei e talvez por isso mesmo) está eivada de uma ideologia exploratória perversa que, por isso, deve ser repudiada, pois perpetuadora da falsa legitimidade do poder do empregador a estabelecer um estado de sujeição pessoal do empregado, fundada em uma visão interessada em garantir, sob o amparo da legalidade, a supremacia do capital sobre o trabalho e, conseqüentemente, também em convencer que só o trabalho tem interesse no capital, quando a realidade revela que também este depende completamente daquele para ser produzido e reproduzido.

5.2 A relação jurídica de emprego *de jure condendo*

5.2.1 Considerações preliminares

A crítica da contratualidade da relação jurídica de emprego implicou, num primeiro momento, em denunciar que essa relação se dá entre sujeitos jurídicos e não entre pessoas e pessoas em direito e, num segundo momento, que essa relação tem origem no ato jurídico *stricto sensu*.

Trata-se, agora, de iluminar uma possível via da superação dos pontos críticos, ideológicos e técnico-científicos, dessa propalada contratualidade.

Propõe-se construí-la tomando como referência o valor da dignidade das pessoas, negando a via da relação jurídica de emprego como relação entre “pessoa física” do empregado e a “coisa” da empresa, ou relação entre o empregado e a empresa como algo que a técnica jurídica chama de “sujeitos jurídicos”, e resgatando a relação jurídica de emprego como uma relação entre pessoas reais e inteiras, quais sejam, a pessoa física do empregado e a pessoa jurídica da empresa, a reger-se pelos atributos consubstanciais da igualdade e da liberdade das pessoas, em cujo seio não poderá haver, conseqüentemente, qualquer função para o elemento indignificante da subordinação... ainda menos a absurdamente qualificada como “consentida”.

Com esse propósito, na tentativa de livrar tanto o empregado quanto a empresa do jugo do empresário, e segundo esses conceitos, é que este trabalho será concluído.

5.2.2 A reconstrução pós-moderna da relação jurídica de emprego

Mostrou-se que a teoria da contratualidade da relação de emprego, tanto em sua origem (negócio jurídico contratual) quanto em sua execução (relação jurídica de emprego), é ideológica, servindo antes a interesses do que à verdade, tendo-se também mostrado que, sob o enfoque técnico-científico, esbarra também com os conceitos do contrato, como negócio jurídico, e das relações jurídicas como relações entre pessoas.

No pós-moderno, impõe-se a reconstrução do contrato empregatício como negócio jurídico entre pessoas iguais e livres e, em decorrência, no seu dinamismo ou execução, a reconstrução da relação jurídica de emprego, ainda que a contratualidade não lhe possa servir de base, como relação também entre pessoas iguais e livres. Pessoas iguais e livres tanto para negociar quanto para executar as obrigações que houverem de decorrer da negociação ultimada.

A reificação das relações que se estabelecem entre empregado e empresa, de um lado, pela ideologia da propalada natureza contratual dessa relação, camuflando a inexistência de igualdade e liberdade negociais da parte do empregado na regulamentação das condições do trabalho, já foi suficientemente demonstrada nos capítulos anteriores.

Com efeito, à míngua da igualdade e liberdade negociais⁴⁵⁶, não há como se afirmar, na origem e no desenvolvimento da relação de emprego, a personalidade do empregado no seu pleno sentido de pessoa e de pessoa em direito.

Por outro lado, a Dogmática Jurídica, tanto no campo do Direito de Empresa como no campo do Direito do Trabalho, encarrega-se de sustentar, por generalizada e predominante doutrinação, a ideologia assumida da natureza da empresa como coisa ou objeto de direito, e não como pessoa em direito. Ou seja, como coisa ou objeto de direito, a empresa jamais poderia ser pólo de uma relação contratual, eminentemente interpessoal.

Assim sendo, camuflada ou não, a verdade da relação de emprego para o Direito – não certamente dessa relação inter-humana para as demais ciências sociais, como a

⁴⁵⁶ “Igualdade e liberdade negociais”: conceito diferente de igualdades e liberdades outras, como, por exemplo, econômica, social, instrucional etc., aqui utilizado como poder de ambas as partes, na celebração de um negócio jurídico contratual, de disporem igualmente sobre os elementos básicos do negócio jurídico contratual, ou seja, de poderem, tanto uma quanto a outra parte, declarar sua vontade favorável ou contrária à própria celebração do negócio jurídico contratual, à determinação da pessoa com quem contratar, do quê contratar, de quando e onde contratar.

Antropologia, a Psicologia, a Sociologia, a Economia *etc.*, é a verdade da relação coisificada; relação entre coisas e não relação entre pessoas.

Importa, pois, desfazer essas amarras ideológicas e doutrinárias no tocante a ambos os pólos dessa relação entre empregado e empresa. Não só tematizar a personalidade do empregado, pois seria insuficiente se se deixasse ao largo a doutrina corrente da coisificação da empresa; e não só também tematizar a personalidade da empresa, pois seria deixar ao largo a camuflada coisificação do empregado.

Em ambos os casos, a relação seria de pessoa e coisa, ou de coisa e pessoa; jamais uma verdadeira relação interpessoal, de pessoa com pessoa, através da qual será possível considerá-la e regulamentá-la à luz do valor fundamental da dignidade.

A proposta de superação dessas amarras pela via da personalização da relação de emprego, para não conduzir a uma simples substituição de ideologias por ideologias, vale-se do critério que, ao ver de VAZ, embora imanente a todas as ideologias, transcende os seus condicionamentos, julgando-as e submetendo-as à prova da história: “a sua concepção de homem.”⁴⁵⁷ (grifou-se)

Isto porque, melhor explicitando,

“todas as obras do homem, todas as suas criações podem ser refratadas segundo o ângulo da ideologia, o que, de resto, não põe em questão seu conteúdo específico. Só o homem mesmo, sujeito último da história e foco primeiro de toda angulação ideológica possível, não pode ser relativizado definitivamente em termos ideológicos.”⁴⁵⁸

Na transposição desse critério ao mesmo tempo imanente e transcendente das ideologias para o campo do direito, o conceito transmuda-se do humano para o pessoal, já que neste campo tem-se o trato não propriamente do homem, mas da pessoa, em seu sentido mais pleno, abrangente não só das pessoas humanas, mas também das pessoas coletivas.

Trata-se, então, a partir do estudo conceitual da pessoa humana (empregado ou empregador) e da pessoa coletiva (empresa), relativizar a ideológica relação de emprego como relação jurídica contratual – ideal a realizar –, mas que, à falta de igualdade e liberdade negociais entre seus pólos, só falsamente se pode afirmar que seja contratual.

Entende-se que só a partir desse desmonte ideológico será possível reconstruir a relação jurídica de emprego que, em bases reais, possa conformar-se com o valor maior da dignidade das pessoas nelas envolvida; tanto do empregado quanto da empresa.

⁴⁵⁷ VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia I; problemas de fronteira*, p. 100.

⁴⁵⁸ VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia I; problemas de fronteira*, p. 101.

Impõe-se, então, expor em que sentido se diz que empregado e empresa são pessoas reais.⁴⁵⁹

5.2.3 A “pessoa física” do empregado como Pessoa Humana

Afirma-se que a “pessoa física” do empregado é uma Pessoa Humana e, conseqüentemente, que todas as relações que estabelece com outras pessoas, sejam de que natureza forem, familiares, políticas, econômicas *etc.* só podem ser lógicas e verdadeiramente caracterizadas como relações interpessoais e, jamais, relação entre coisas ou relações entre pessoas e coisas.⁴⁶⁰

Assim também as relações jurídicas, ao menos indubiosamente no campo das obrigações, configuram plenamente o conceito do direito como uma proporção de homem para homem (*proportio hominis ad hominem*).

Com efeito, o direito é uma ordem social e não uma ordem natural.

As normas de que se compõe não se dirigem à regulação dos fatos da natureza, mas sim à regulação das relações sociais ou relações entre seres pessoais, únicos seres capazes de conduta, a qual constitui justamente o objeto dessas normas.⁴⁶¹

Mais precisamente ainda, na medida em que a ordem jurídica é uma ordem social,

“ela somente regula, de uma maneira positiva, a conduta de um indivíduo enquanto esta se refere – imediata e mediadamente – a um outro indivíduo. É a conduta de um indivíduo em face de um, vários ou todos os outros indivíduos, a conduta recíproca dos indivíduos, que constitui o objeto desta regulamentação.”⁴⁶²

A relação de emprego, enquanto relação jurídica ou relação da ordem social regulada por normas jurídicas, só pode ser, portanto, relação entre pessoas; não relação entre

⁴⁵⁹ A partir desse ponto, as pessoas em direito não serão designadas de “pessoa física”, no caso do ser humano, nem de “pessoa jurídica”, no caso de outro ser que não o humano. Em vez de “pessoa física”, Pessoa Humana e, em vez de “pessoa jurídica”, Pessoa Coletiva. Alerta-se, por essa substituição, para o conceito jurídico de Pessoa como conceito que não exclui a realidade ontológica dos seres aos quais o Direito confere personalidade.

⁴⁶⁰ Como diz PONTES DE MIRANDA, diversamente das relações físicas, químicas, biológicas, sociológicas, matemáticas, a “relação jurídica é entre pessoas, isto é, entre entidades capazes de ter direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções... é relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica.” MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*; parte geral, p. 117.

⁴⁶¹ Como diz KELSEN, o direito, sendo uma “ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”, é uma ordem social, pois ordem “que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 21 e 48, respectivamente.

⁴⁶² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 59.

coisas, que estas não têm capacidade de conduta, ou entre pessoas e coisas.⁴⁶³ Certo, pois, que a relação de emprego é relação entre a pessoa do empregado e a pessoa da empresa.

No entanto, ao menos no campo do Direito do Trabalho, o óbvio da relação de emprego interpessoal não passa de uma aparência ou de uma formalidade.

É que, embora a Dogmática Jurídica, apoiada em claríssimo texto legal – art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho -, afirme e exija a condição pessoal do empregado na relação de emprego, abstrai dessa condição o atributo essencial da igualdade e liberdade negociais pelo qual se poderia afirmar que a “pessoa física” do empregado, na relação com a empresa, é uma verdadeira pessoa.

É incontroverso que o empregado, segundo o direito vigente, não pode ser senão uma “pessoa física”, chegando a ser até do comando literal da legislação consolidada: *“Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”*

A inquietação a propósito dessa definição legal inicia-se com a indagação sobre o conceito de “pessoa física”.

Empregado é, em direito, “pessoa física”, mas, em direito, o que vem a ser precisamente “pessoa física”? Uma Pessoa Humana, real, concreta, ou um símile abstrato de Pessoa Humana, algo desencarnado ou desespiritualizado, assim diverso da Pessoa Humana?

Resolve-se a inquietação, sem maiores desdobramentos ou resistência, se se adota um conceito de pessoa em direito e, conseqüentemente, de “pessoa física”, descomprometido com o conceito de pessoa que, de fato, é o conceito geralmente adotado na literatura jurídica, segundo exposto crítico de BARBOSA.⁴⁶⁴

Ou seja: o empregado, em direito, é “pessoa física”, realidade técnico-jurídica diversa e separada da realidade humana.

Assim sendo, perfeitamente compreensível e aceitável que, em direito, seja tratado como coisa ou algo parecido, a que não cabe reivindicar a dignidade devida a todos os seres humanos. Nenhum problema, pois, nessa linha de idéias, que seja submetido a uma relação de

⁴⁶³ Encarecendo a definição da relação jurídica como relação inter-humana que, a cada momento, o jurista tem de invocar como “peça indispensável em toda a sistemática”, diz PONTES DE MIRANDA que seria falsear se se afirmasse que “a relação jurídica possa ser entre pessoa e coisa”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*; parte geral, p. 119. Mais à frente, insiste: “Todas as teorias que admitem relação da pessoa com a coisa cometem o erro de negar a natureza social das relações jurídicas: relações com coisas não seriam sociais. Por outro lado, fazem tábua rasa do que se sabe sobre a origem do direito, como processo de coexistência dos homens.” MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*; parte geral, p. 128.

⁴⁶⁴ BARBOSA, Arnaldo Afonso. *A Pessoa em Direito: uma abordagem crítico-constitutiva referenciada no evolucionismo de Pierre Teilhard de Chardin*.

subordinação ou dependência originada de um suposto contrato, cuja celebração não contou com o empenho de qualquer igualdade e liberdade negociais.

Entretanto, surge o impasse se se adota um conceito de "pessoa física" comprometido com o conceito de pessoa e de Pessoa Humana, ser igualmente consciente e livre a todos os da sua espécie, que não pode ser submetido simples e amplamente à consciência e vontade de seus iguais, do empregador, pois, sob pena de ferimento injurídico de sua dignidade.

Adota-se aqui esta última concepção: o empregado é uma Pessoa Humana inteira, sem qualquer acréscimo ou exclusão, a que o ordenamento jurídico atribui a personalidade jurídica, sendo que, ao atribuí-la, não suprime a sua natureza pessoal. Em outros termos, a personalidade jurídica é um *plus* que garante e acresce, engrandecendo a personalidade; não um *minus* que lhe reduz ou empobrece a personalidade.

Insta, pois, perquirir o conceito de Pessoa Humana, focando aqueles atributos que lhe compõem a estrutura e que dizem respeito mais diretamente ao problema em questão, para verificar até que ponto tais atributos compatibilizam-se com o tratamento subordinativo que lhe reserva o ordenamento jurídico na relação com a empresa.

A indagação é idêntica a que fez MATA-MACHADO com o propósito de justificar racionalmente a tese da redutibilidade dos direitos individuais e sociais como Direitos do Homem. Mas...

“que Homem, perguntar-se-á: o indivíduo da concepção liberal-racionalista que inspirou as construções jurídicas de quase todas as modernas democracias ocidentais... o homem socializado da concepção estatal-marxista, caminho para o homem livre e consciente da era que se suceda às desalineações, as quais, todavia, tanto vêm tardando? Ou a pessoa humana racional, livre, e aberta para o contacto com o Absoluto, fora do espaço e além do tempo, acima, pois, da sociedade e desembaraçada dos liames que a vinculariam à História, concepção que, radicada na milenar sabedoria dos povos, recebeu do Cristianismo uma elucidação e um impulso que longe ainda se acham de haver produzido todos os seus efeitos?”⁴⁶⁵

MATA-MACHADO apela, então, para obter a mais exata conceituação da natureza do ser humano, de sua situação na sociedade e de sua qualidade de sujeito do direito, à doutrina baseada na já antiga e mesmo clássica distinção entre indivíduo e pessoa que “pertence ao patrimônio intelectual da humanidade”.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 134-135.

⁴⁶⁶ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 136. A doutrina de MATA-MACHADO, segundo o próprio autor, se sustenta na forma da concepção do personalismo tomista, por sua vez exposto por MARITAIN. ” MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, p. 136.

Essa doutrina, tal como assimilada e expandida juridicamente por MATA-MACHADO, servirá também aqui de modelo para a melhor compreensão do empregado como homem e, enquanto tal, pessoa em direito e sujeito da relação de emprego.

A individualidade e a personalidade são dois aspectos metafísicos ou pólos entre os quais atua o homem; o primeiro, concernente à matéria e, o segundo, ao espírito. Não há algo separado da individualidade que se chama personalidade e vice-versa; o homem é “o mesmo ser todo inteiro que, num sentido, é indivíduo e, em sentido diverso, é pessoa”, ou seja, constitui uma substância única, “a um tempo carnal e espiritual”.⁴⁶⁷

Assim esclarece MATA-MACHADO, inspirado no hilomorfismo aristotélico, esses dois princípios consubstanciais do homem:

“a forma ou alma do homem é aquilo que faz com que ele seja homem e não outra coisa, mas estando ela unida substancialmente à matéria com a qual se torna uma só e única realidade.”⁴⁶⁸

Pelo co-princípio substancial da matéria, o homem se apresenta no plano da existência como um ser indiviso (in-divíduo), distinto de tudo o que existe, mas, enquanto espírito, é universal. Com efeito, no plano da existência, “fora do nosso espírito só existem realidades individuais”, enquanto que “nós só pensamos sob a forma universal. O homem é um universal no espírito”.⁴⁶⁹

Segundo MARITAIN,

“enquanto indivíduo, cada um de nós é fragmento de uma espécie, é parte do universo, ponto singular do imenso tecido de forças e de influências cósmicas, étnicas, históricas, a cujas leis se submete...”, mas “cada um de nós é também uma pessoa e enquanto pessoa não está sujeito à influência dos astros, subsiste, por força da própria subsistência da alma espiritual, e está é, em cada um de nós, princípio de unidade criadora, de independência e de liberdade.”⁴⁷⁰

Como entra o homem, um todo individual e um todo pessoal, na sociedade que é, também, um todo composto de todos? Esse é o ponto essencial:

“se a Pessoa, por si mesma, aspira a fazer parte da sociedade, ou a ser membro da sociedade, isso não quer dizer que aspire a ser, na sociedade, como uma parte e a ser

⁴⁶⁷ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 149 e 150.

⁴⁶⁸ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 150.

⁴⁶⁹ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 150.

⁴⁷⁰ *Apud* MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 151.

tratada, aí, como parte; quer, ao contrário – é o desejo da pessoa, enquanto mesmo que pessoa – ser tratada, na sociedade como um todo”.⁴⁷¹

Ou seja, “é a pessoa humana que entra em sociedade: enquanto indivíduo, nela entra como parte; enquanto pessoa, exige que a sociedade se ponha a seu serviço, para que, mediante ela, se lhe assegure a dignidade de todo independente”. Em outras palavras, o homem, um todo, é parte da sociedade apenas segundo certas coisas que lhe são próprias e não segundo “tudo o que nele há... segundo tudo o que lhe é próprio... segundo todas as funções e todas as finalidades do seu ser.”⁴⁷²

Concluindo, diz MATA-MACHADO:

“O Direito terá, assim, como motivo determinante, assegurar, numa sociedade de todos, o respeito a essa totalidade, e o seu fim há-de ser o de criar as condições dentro das quais a pessoa se possa afirmar como um todo e possa realizar suas aspirações de todo independente e livre.”⁴⁷³

A afirmação da igualdade e da liberdade e da igualdade dos homens, enquanto cada um é considerado como um todo, como características fundamentais e próprias de suas substanciais individualidade e personalidade, é proposição que carece de ser comprovada ou demonstrada.

Com efeito, a História é farta em manifestações reiteradas da convicção desses atributos, dentre os quais se destacam as diversas declarações de direitos que, com o advento do processo constitucionalista, acabaram sendo incorporados no rol dos direitos fundamentais ou dos direitos públicos subjetivos.

Exemplo disso é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão firmada pela Assembléia Nacional Constituinte da França, em agosto de 1789, inspirada mais proximamente nas idéias filosóficas do movimento iluminista: abre-se com o seu art. 1º dizendo que “*os homens nascem e são livres e iguais em direitos*”. Alguns poucos anos antes, a cláusula primeira da Declaração de Virgínia, de junho de 1776, proclamava que “*todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes...*”

⁴⁷¹ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 157.

⁴⁷² MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 157 e 158, respectivamente.

⁴⁷³ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 160. Transcrevendo MARITAIN, afirma então que a justiça e o direito referem-se “à personalidade, e transformam em uma relação entre dois todos – o todo da pessoa individual e o todo social – o que de outra forma não seria mais do que pura subordinação da parte ao todo.” MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 161.

Por sua vez, considerando que “*o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”, o art. I da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948, anuncia solenemente que “*todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.*”

Veja-se agora o reconhecimento da condição de igualdade e liberdade das Pessoas Humanas inserido expressamente, para não aludir senão ao direito interno, na série das Constituições brasileiras.

A Carta Imperial, de 1824, rezava que “*todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*” (art. 179).

A primeira Constituição republicana, de 1891, pelo seu art. 72, assegurava “*a brasileiros e a estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, segurança individual e a propriedade*”, dispondo o § 2º desse mesmo artigo, que “*todos são iguais perante a lei*”.

A Constituição de 1934, pelo seu art.113, assegurava “*a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade*”, repetindo a de 1934, ao proclamar que “*todos são iguais perante a lei*”.

Também a de 1946: “*art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei*”, texto retomado pela Constituição de 1967: “*Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas.*”

Finalmente, diz o art. 5º e seu inciso I da Constituição em vigor, de 05 de outubro de 1988: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*”

A concepção das Pessoas Humanas, consideradas todas e cada uma delas como um todo, tanto sob o aspecto de sua individualidade quanto sob o aspecto de sua personalidade, não permitem uma relação, como é a relação de emprego, em que ambas ou

uma delas – *in casu*, a pessoa do empregado –, sejam tratadas como parte e não como um todo.

Enfim, em que seja determinante e acima de tudo relevante, da relação, apenas certas qualidades físicas – próprias da individualidade –, como a força, a destreza, a rapidez, a aparência etc., ou apenas certas qualidades espirituais – próprias da personalidade –, como a informação, o conhecimento científico ou tecnológico, as habilidades sociais, a liderança, o status *etc.* Em que seja determinante e acima de tudo relevante, uma ou algumas condutas ou qualidades do empregado e não a própria pessoa do empregado.

Repulsa maior causaria a abstração, tanto no enlaçamento quanto no desenvolvimento da relação de emprego, dos atributos essenciais da igualdade e da liberdade das pessoas dos empregados como um todo, que os reduziria, na verdade, a quase nada.

Nos planos político e jurídico positivo, perfeitamente compatíveis com a exposta metafísica da pessoa, infere-se a mesma repulsa.

A igualdade e a liberdade, reconhecidas tanto no âmbito do direito interno quanto no externo a todas as pessoas, sem distinção, só podem significar, no plano dos negócios jurídicos contratuais, igualdade e liberdade não só no processo da negociação da autorregulamentação de seus mútuos interesses, mas também no processo do exercício dos direitos e na execução dos deveres de ambos os pólos da relação jurídica de emprego. Igualdade e liberdade negociais de ambas as partes contratantes do início ao fim da relação, sem discriminação, sob pena da degradação da dignidade dessas pessoas.

Assim, colocada a relação de emprego no plano da metafísica da pessoa e do direito interno e externo, e no plano da validade e da eficácia dos negócios jurídicos contratuais, o empregado, enquanto pessoa e pessoa em direito, não poderia ser inferiorizado, nem desigual nem menos livre do que a empresa, pois sofreria um *déficit* de dignidade incompatível com a sua natureza pessoal e com as normas de Direito Internacional e Interno, de nível constitucional mesmo, que o garantem como ser pessoal, tão livre e tão igual quanto a qualquer pessoa, inclusive a pessoa da empresa.

5.2.4 A Pessoa Coletiva da empresa

Partindo do conceito de relação jurídica como relação que se trava necessariamente entre pessoas que, sendo pessoas em direito não deixam de ser pessoas,

relação interpessoal pela natureza do próprio direito⁴⁷⁴, o que se imporia agora, ao destacar a empresa como pólo da relação de emprego, são as correspondentes indagações que se impuseram em relação à personalidade do empregado.

Ou seja, a empresa, enquanto empregadora, como pessoa em direito, Pessoa Coletiva, é pessoa, em sentido análogo à Pessoa Humana, ou seja, um todo inteiro que, “num sentido, é indivíduo e, em sentido diverso, é pessoa”⁴⁷⁵, constituindo-se pelos princípios consubstanciais da matéria e do espírito?

Com efeito, ora a empresa é confundida com “empresário”, ora com “estabelecimento”, ora definida como “atividade”, ora como “organização”, ora como “instituição”⁴⁷⁶, realçando-se seus diversos perfis; subjetivo, como empresário; objetivo, como estabelecimento; funcional, como atividade, e administrativo, como organização.⁴⁷⁷

Apesar da grande maioria dos estudiosos afirmarem a natureza objetiva da empresa, com respaldo, agora, no Direito de Empresa instituído pelo Código Civil de 2.002, o dissenso legal e doutrinário vem de longe, valendo ao menos retomar os argumentos da doutrina subjetivista, senão para constatar a sua eventual sobrevivente consistência, ao menos porque será nessa direção, da empresa-pessoa e não da empresa-coisa, que será encaminhada a argumentação.

Teriam sido MOMMSEN e ENDEMANN, segundo “a grande maioria dos doutrinadores, os primeiros juristas a difundirem a idéia da personalização da empresa.”⁴⁷⁸

Diz o primeiro que a empresa tem vida própria, totalmente independente da vida do proprietário. É à empresa e não ao proprietário, observa, que “consagram os empregados sua atividade.

⁴⁷⁴ Segundo Dante Alighieri, *jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem; corrupta, corrumpit* (“o direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem que, conservada, conserva a sociedade e, corrompida, corrompe a sociedade”) palavras estas, segundo MIGUEL REALE, “que devem ficar esculpidas no espírito dos juristas, pela apreensão genial daquilo que no Direito existe de substancial.” REALE, explicando o sentido da “*proportio realis*”, leciona que “para Dante, o Direito tutela as coisas somente em razão dos homens: a relação jurídica conclui-se entre pessoas, não entre homens e coisas, mas é “real” quando tem uma coisa (res) como seu objeto.” REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 60-61, respectivamente.

⁴⁷⁵ MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. *Contribuição ao personalismo jurídico*, p. 149.

⁴⁷⁶ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *A Ordem Econômica na Constituição do Brasil e a interação empresa-Estado*, p.88-89.

⁴⁷⁷ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *A Ordem Econômica na Constituição do Brasil e a interação empresa-Estado*, p.90.

⁴⁷⁸ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, p. 41.

A empresa forma o comerciante, e não o contrário... A empresa é o verdadeiro sujeito do crédito.”⁴⁷⁹

Lê-se em COMPARATO: o reconhecimento

“de que o controle empresarial não é propriedade, implica uma verdadeira revolução copernicana no estatuto da empresa, que passa de objeto a sujeito de direito. Com essa substituição do centro de gravidade, é o empresário que deve servir à empresa, e não o contrário.”⁴⁸⁰

Dando sequência: com essa substituição do centro de gravidade, é o empresário que deve servir à empresa, e não o contrário. Uma transformação dessa ordem acarreta a substituição, como causa negocial, do fundamento (*Grund*), que é a propriedade do capital, pela finalidade (*Zweck*). A empresa personalizada, tal como a fundação, tornar-se-á um patrimônio finalístico.⁴⁸¹

SOUZA, referenciado em disposições da Constituição Federal de 1967 (arts. 170, §§ 1º a 3º; 174, §§ 1º e 2º; 178 e parágrafo único, e art. 167), afirma a empresa como sujeito de direito.⁴⁸² Assim também a trata o Direito Administrativo, ao definir a empresa pública como entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado (Decretos-Leis n. 200, de 25/2/67 e n. 900, de 20/09/69).⁴⁸³

Além dos numerosos juristas que a consideram “sujeito da atividade econômica, pois que, em lugar de passividade, ela significa justamente a presença da iniciativa no processo produtivo”⁴⁸⁴, REQUIÃO lembra que economistas tratam igualmente a empresa como “sujeito da atividade”⁴⁸⁵: igualmente cientistas da Administração, como “entidade com personalidade própria”.⁴⁸⁶ Enaltece trabalho de DESPAX, que toma a empresa como entidade autônoma e distinta do empresário, argumentando com a possibilidade, inclusive, de haver

⁴⁷⁹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, p. 41.

⁴⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*; estudos e pareceres, p. 21.

⁴⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*; estudos e pareceres, p. 21.

⁴⁸² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*, p. 311.

⁴⁸³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*, p. 311.

⁴⁸⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*, p. 311.

⁴⁸⁵ REQUIÃO, Rubens. A desconsideração da personalidade no agrupamento de empresas. *Aspectos modernos de Direito Comercial* (Parecer III), p. 298.

⁴⁸⁶ REQUIÃO, Rubens. A desconsideração da personalidade no agrupamento de empresas. *Aspectos modernos de Direito Comercial* (Parecer III), p. 299.

interesses divergentes entre eles, parecendo-lhe este trabalho “o ponto mais alto que a doutrina francesa atingiu, no sentido da personificação da empresa.”⁴⁸⁷

Valendo-se da classificação das empresas proposta por COMPARATO – as constituídas ou para atender a interesses estatais, ou a interesses particulares ou para cumprir uma função social–, KOURY reconhece o caráter institucional destas últimas, diversa do societário, “devendo o direito reconhecer-lhes personalidade jurídica para atender às exigências da realidade social.”⁴⁸⁸

O perfil da empresa como um ente pessoal, diferentemente do que é apregoadado pela doutrinação tradicional do Direito Civil, do Direito Comercial, aninhada hoje ainda no Direito de Empresa do Código Civil de 2.002, foi há décadas literalmente assumido pelo Direito do Trabalho que define o empregador como “*a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço*” (art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho).

Entretanto e infelizmente, a maioria da doutrina do Direito do Trabalho, talvez ainda muito influenciada pela tradicional e dominante dogmática civilista e comercialista, não acolhe rumo próprio e inovador que lhe aponta, até pela sua inequívoca literalidade, a definição personalista da empresa, como empregadora, contido nesse artigo da lei consolidada.

Preferiram esquivar-se os autores, desferindo críticas à redação da lei, inculcando o legislador pela má-técnica, saindo em busca do entendimento de “empresa” mais condizente com a tradicional Ciência Jurídica.

E, assim, após criticar o dispositivo legal, no ponto em que “identifica o empregador com a empresa e não com a pessoa natural ou jurídica do empresário”, vê-se RUSSOMANO enaltecer o conceito de GOMES, por simples e objetivo, e segundo o qual “empregador é a pessoa natural ou jurídica que utiliza serviços de outrem em virtude de um contrato de trabalho.”⁴⁸⁹

MARANHÃO, desprezando a distinção entre personalidade e subjetividade, reitera a crítica, uma vez que, afirma, a empresa não é pessoa jurídica e não se concebe que uma entidade possa tornar-se sujeito de uma relação jurídica sem ter personalidade jurídica.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ REQUIÃO, Rubens. A desconsideração da personalidade no agrupamento de empresas. *Aspectos modernos de Direito Comercial* (Parecer III), p. 50-51.

⁴⁸⁸ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, p.49.

⁴⁸⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*, p.117.

⁴⁹⁰ MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*, p. 65.

Ambíguo e confuso o artigo, diz MORAES FILHO que a empresa nada mais é do que objeto de direito, propriedade de “uma pessoa natural ou jurídica.”⁴⁹¹ A lei teria aí adotado, irrefletida e inconscientemente, a teoria personalista da empresa,⁴⁹² embora legítimo empregador só pudesse ser a pessoa natural ou jurídica, pois só a ela “é que a ordem jurídica reconhece a capacidade de ser sujeito de direito.”⁴⁹³

Não obstante, parece-lhe inegável “a tendência da doutrina universal do direito do trabalho” no sentido da personalização da empresa, compelindo os juslaboristas a “emprestar à empresa uma quase personalidade.”⁴⁹⁴

Em face dessa tendência universal percebe-se o incômodo do doutrinador nacional e, ao mesmo tempo, o desvario da proposta de uma “*quase personalidade*” da empresa, categoria em tudo estranha à teoria da personalidade jurídica.

CESARINO JÚNIOR, outro respeitado pioneiro nesse ramo especial do Direito, revela a mesma inquietação de MORAES FILHO: sendo a empresa uma “organização do trabalho próprio, do trabalho alheio ou de ambos para prestação a terceiros de bens ou serviços”, para surpresa de civilistas, “faz dela, até certo ponto, uma pessoa jurídica, como tal distinta da pessoa física ou jurídica, sua proprietária.”⁴⁹⁵

Percebe-se aí a inquietação pela simetria da “quase personalidade” de MORAES FILHO à personalidade jurídica “até certo ponto” de CESARINO JÚNIOR.

No entanto, esse jurista pioneiro, em lição que o Direito do Trabalho, enquanto especialidade científica, deveria ter assimilado, é exposto em outra parte, sem reбуço: a empresa, afirma, “em si mesma é sempre uma pessoa jurídica, para os efeitos do Direito do Trabalho, distinta da pessoa física ou jurídica, a quem o direito comum atribui a sua propriedade.”⁴⁹⁶

Ademais, o “princípio geral de direito, já consagrado no direito comparado”,⁴⁹⁷ de que “modernamente, o verdadeiro empregador é a empresa, o estabelecimento, no qual o empregado é admitido e não a pessoa do empregador”⁴⁹⁸ apóia-se nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho e no § 2º do art. 2º da mesma Consolidação.

⁴⁹¹ MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*, p.231.

⁴⁹² MORAES FILHO, Evaristo. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa*, p.251.

⁴⁹³ MORAES FILHO, Evaristo. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p.373.

⁴⁹⁴ MORAES FILHO, Evaristo. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa*, p.258-259.

⁴⁹⁵ CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Direito Social Brasileiro*, p.74.

⁴⁹⁶ CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Direito Social Brasileiro*, p.74.

⁴⁹⁷ MORAES FILHO, Evaristo. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa*, p.259.

⁴⁹⁸ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social Brasileiro*, p. 77.

Entre os modernos especialistas, essa inquietação tão claramente exposta nos trabalhos anteriores e pioneiros de MORAES FILHO e CESARINO JUNIOR, se repete em VIANA.

O sentido de “empresa”, tal como se acha no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, diz esse autor, é de pessoa física ou jurídica que a “*detém*”.⁴⁹⁹ Tendo-o assim é que se deveria ler o art. 448 da mesma Consolidação, que fixa o princípio da continuidade dos contratos de trabalho nas hipóteses de mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa; não no sentido de ser a empresa o empregador, mas no sentido de que é a empresa que aponta (ou fixa) o empregador.

Assim, o empregador não é simplesmente o empresário que admitiu o empregado, ou a empresa onde ele trabalha, mas é o empresário porque e enquanto detém a empresa onde o empregado trabalha: “o contrato de trabalho não diz propriamente quem é o empregador (se A ou B), mas indica como encontrá-lo: será a pessoa (A ou B) que estiver detendo a empresa em suas mãos.”⁵⁰⁰

Entretanto, os modernos especialistas, em geral, apesar dessas tendências e do apelo da lei do trabalho subordinado à personificação da empresa, preferem ainda ficar à margem do avanço personalizante, como DELGADO, para o qual a empresa não é, “obviamente”, sujeito de direitos, assinalando o lugar comum e tradicional que empregador “será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou do estabelecimento”.⁵⁰¹ Chega a dizer que a empresa, à falta de lei expressa, nem como sujeito de direito tem como figurar na relação jurídica de emprego. Veja-se: faz tal afirmação, embora, não há como se negar, haja lei expressa e clara que diz ser empregador, a empresa.

À Pessoa Humana, o ordenamento jurídico concede a personalidade jurídica. Há uma superposição de personalidades que se complementam, não se anulam e nem separáveis são. O *ubi homo, ibi societas; ubi societas ibi jus; ergo ubi homo ibi jus*, condensa em poucas palavras esse fenômeno da vinculação necessária entre a Pessoa Humana e a pessoa em direito.

Por sua vez, inegavelmente, a empresa é, antes de tudo, uma organização coletiva⁵⁰², “exemplo típico de grupo social organizado”⁵⁰³, forma especial de unidade social,

⁴⁹⁹ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência; possibilidades...*, p.371.

⁵⁰⁰ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência; possibilidades...*, p.372.

⁵⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho; relações...*, p.327.

⁵⁰² MORAES FILHO, Evaristo. *A Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, p.229.

⁵⁰³ MORAES FILHO, Evaristo. *A Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, p.231.

com um meio interno próprio, relativamente autônomo, mantendo relações com a comunidade que a cerca.⁵⁰⁴

Todos os processos de interação que ocorrem nos grupos sociais verificam-se na empresa: a competição, o conflito, a acomodação e a assimilação entre seus membros, chefes e chefiados, empregadores e empregados. Afirma-se como grupo social porque o acordo, como elemento das relações intragrupais, sobrepõe-se ao antagonismo.⁵⁰⁵

No grupo social empresarial, os propósitos são limitados e concretos, elevado em relação às simples coletividades, o grau de consciência das próprias características, interesses e ações; instaurando uma vida grupal de sensível influência na vida das pessoas que o integram.⁵⁰⁶

Essa dimensão sociológica da empresa, grupo social real que se forma para a produção dos bens e serviços necessários à sobrevivência da própria Humanidade, cuja existência está diretamente sujeita à coesão das pessoas que formam o cerne de sua estrutura nobre, é fundamental a qualquer teoria consistente de sua personalidade jurídica. A ela, dimensão da natureza social de seu ente, agrega-se, na teoria institucionalista de HAURIUO, a dimensão ética, permitindo configurar-se como ente dotado de uma específica corporalidade, consciência e liberdade, atributos próprios dos seres pessoais.

Opondo-se às concepções objetivistas daqueles que, como DUGUIT, privilegiavam a regra de direito sobre a pessoa em direito, “negada e rechaçada como um conceito sem valor, não somente no que concerne às instituições corporativas, como também no que se refere aos indivíduos”⁵⁰⁷, HAURIUO elabora, então, o conceito de instituição, como meio social, para cuja realização organiza-se um poder que a dota de órgãos necessários, produzindo-se, por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e regulamentadas por procedimentos⁵⁰⁸.

Segundo HAURIUO, a personificação da instituição se dá em virtude de um duplo movimento de interiorização: interiorização do poder que se organiza para a realização da idéia da obra, e interiorização das manifestações de comunhão dos membros do grupo

⁵⁰⁴ MORAES FILHO, Evaristo. *A Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, p.235.

⁵⁰⁵ MORAES FILHO, Evaristo. *A Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, p.236-237.

⁵⁰⁶ MORAES FILHO, Evaristo. *A Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, p.232.

⁵⁰⁷ HAURIUO, Maurice. *La Teoría de la Institución e de la Fundación (ensaio de vitalismo social)*, p.35.

⁵⁰⁸ HAURIUO, Maurice. *La Teoría de la Institución e de la Fundación (ensaio de vitalismo social)*, p.40.

decididos a realizá-la. Constituem-se das “idéias diretrizes que lograram possuir vida suficiente para incorporarem-se.”⁵⁰⁹

Nas instituições-coisas, o poder e as manifestações de comunhão não se interiorizam no marco da idéia; ou seja, enquanto não interiorizar algum poder organizado e destinado à sua realização, assim como as manifestações de comunhão dos indivíduos comprometidos com a realização dessa idéia, não se personifica, não se “torna um princípio de ação ou de empresa, sendo, pelo contrário, um princípio de limitação”.⁵¹⁰

A “personalidade corporativa é uma criação social realizada, em grande parte, à imagem da personalidade humana”⁵¹¹ já que o ser humano, assim como qualquer outro “ser criado”⁵¹², consiste essencialmente em “uma idéia de obra a realizar, servida por um poder de governo, e que provoca manifestações de comunhão em um grupo de seres elementares.”⁵¹³

Algumas instituições atingem maior plenitude de ser e de desenvolvimento, ascendendo na hierarquia dos seres institucionais à vida autônoma, tornando-se sujeitos de direito; assim seriam as instituições, “uma gama que segue uma progressão infinitamente matizada, tal como em Biologia é infinitamente matizada a gama dos seres que vai por escalões sucessivos do invertebrado ao homem dotado de consciência e vontade.”⁵¹⁴

O que faz da instituição uma Pessoa é o grau maior de coesão interna determinado pelo império da idéia; é o grau de consciência “onde chega a idéia-diretriz, a idéia-mãe da instituição, que poderá fazer desta última uma “pessoa”, isto é, um ser consciente de si mesmo e de seus fins naturais, e capaz de realizá-los com conhecimento de causa.”⁵¹⁵

É somente quando as instituições atingem o grau máximo dessa escala ascendente é que passam a interessar ao jurista, não naqueles graus em que são ainda imprecisas e pouco definidas, diz DELOS, e ninguém, com efeito, teria dificuldade em reconhecer que ... a forma superior de existência à qual pode chegar um ser é a personalidade.

A pessoa é, aos olhos de todos, este ser superior que pensa, que quer, que fisicamente e moralmente se move, decide e se dirige a si mesmo. Entre os seres físicos, o indivíduo humano se apresenta evidentemente sob estes traços, e porque ele representa a

⁵⁰⁹ HAURIU, Maurice. *La Teoria de la Institución e de la Fundación (ensaio de vitalismo social)*, p.76-77.

⁵¹⁰ HAURIU, Maurice. *La Teoria de la Institución e de la Fundación (ensaio de vitalismo social)*, p. 40.

⁵¹¹ HAURIU, Maurice. *La Teoria de la Institución e de la Fundación (ensaio de vitalismo social)*, p. 52.

⁵¹² HAURIU, Maurice. *La Teoria de la Institución e de la Fundación (ensaio de vitalismo social)*, p. 53.

⁵¹³ HAURIU, Maurice. *La Teoria de la Institución e de la Fundación (ensaio de vitalismo social)*, p. 53.

⁵¹⁴ DELOS, J.T. La théorie de l’institution; la solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif. *Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique*, p.103.

⁵¹⁵ DELOS, J.T. La théorie de l’institution; la solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif. *Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique*, p.36.

forma superior do ser – inteligente, voluntário, livre – ele tem uma dignidade eminente, ele é por natureza, na ordem social, o único sujeito de direito originário.⁵¹⁶

Tanto quanto as Pessoas Humanas, as instituições coletivas são reais; entretanto, não são Pessoas tão perfeitamente quanto os seres humanos.⁵¹⁷ Para HAURIOU, a pessoa moral é real, evidenciando-se ela na objetividade da idéia de obra a realizar e, nesse marco da idéia, na objetividade do poder organizado e das manifestações de comunhão dos indivíduos comprometidos com ela. Real, a personalidade moral, por sua vez, constitui o fundamento da personalidade jurídica.

A personalidade jurídica nada mais é do que “uma máscara (*persona*) posta sobre a personalidade moral... é, se se quiser, uma estilização da personalidade moral e na qual, como em toda obra de arte, se encontra algum elemento artificial. Porém,” observa HAURIOU, “qualquer pessoa moral tem direito a ser estilizada como pessoa jurídica, tanto a pessoa moral-instituição social como a pessoa moral-indivíduo humano.”⁵¹⁸

Já não existem mais autores que “neguem pura e simplesmente a realidade objetiva e distinta do fenômeno corporativo”, assinala DE PAGE.⁵¹⁹

Todo grupo organizado, tendo fins e atividades próprias separados “dos fins e das atividades próprias dos indivíduos-membros, se põe como um ser dotado de existência própria”⁵²⁰, com o que atualmente, pode-se quase afirmar, “todo mundo está de acordo.”⁵²¹

Diz BRETHER DE LA GRESSAYE, expressivamente, que a personalidade jurídica “corresponde a uma realidade social: a existência do grupo tendo um fim próprio, uma vida distinta da vida dos seus membros.”⁵²²

A empresa, à luz do institucionalismo, assoma na vida humana como uma instituição-pessoa; uma pessoa moral à qual o direito, ainda porque às cegas, reluta em atribuir personalidade. É que ainda não superou de todo a ontologia cartesiana da subjetividade do eu individual, como se fosse a única realidade fundante não só da existência

⁵¹⁶ DELOS, J.T. La théorie de l’institution; la solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif. *Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique*, p.106.

⁵¹⁷ DELOS, J.T. La théorie de l’institution; la solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif. *Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique*, p.108.

⁵¹⁸ HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Publico y Constitucional*, p. 528-529.

⁵¹⁹ DE PAGE, Henry. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. I, p. 547, *apud* COMPERNOLLE, J. Van. La personnalité juridique: fiction ou réalité? Les présomptions et les fictions en droit. *Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers*, p.323.

⁵²⁰ DABIN, J. L’État ou le Politique. *apud* COMPERNOLLE, J. Van. La personnalité juridique: fiction ou réalité? Les présomptions et les fictions en droit. *Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers*, p.323.

⁵²¹ COMPERNOLLE, J. Van. La personnalité juridique: fiction ou réalité? Les présomptions et les fictions en droit. *Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers*, p. 327.

⁵²² BRETHER DE LA GRESSAYE, *apud* COMPERNOLLE, J. Van. La personnalité juridique: fiction ou réalité? Les présomptions et les fictions en droit. *Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers*, p. 327.

da pessoa humana como também das coisas, raquitismo mental que dificulta a visão do pessoal além do si-mesmo, ou seja, a visão da pessoa do grupo social, ou, como quer o institucionalismo, a visão da instituição-pessoal, dentre a qual se destaca a empresa-pessoa.

Veja-se como, na lição de modernos e conceituados juristas, ainda se vê a empresa. Diferenciar-se-ia das demais unidades de produção anteriores à Revolução Industrial pelas seguintes características: a) os bens produzidos pela empresa destinam-se ao mercado; b) os “recursos humanos”⁵²³ da empresa formam um grupo social que compreende dois subsistemas com papéis essencialmente distintos - o do empresário e o dos empregados; e c) os riscos da empresa tocam ao empresário. Relevam, em primeiro lugar, o fato de a empresa constituir um grupo social que se organiza para a produção de bens destinados ao mercado. Depois, o fato de esse grupo social, que é a empresa, não se organizar “internamente por sistema jurídico de participação”, sistema este próprio dos grupos de tipo societário.⁵²⁴

Em análise crítica a essa visão moderna da empresa, observa-se que ela se estrutura em dois sub-grupos diversos, com funções diversas, “inferindo-se daí o caráter precário e conflituoso dessa coesão e interdependência e, pois, da própria integridade da entidade”. Segundo o direito, “ao subgrupo social do empresário é que compete organizar a produção em seu próprio nome, conta e risco, prover a empresa de recursos, contratar empregados, distribuir e fiscalizar o cumprimento de tarefas; e, ao subgrupo social dos empregados, em troca do salário, compete prestar os serviços para a execução dos quais foi contratado, submetendo-se às ordens e direção do subgrupo empresarial.”⁵²⁵

Fragmentada a empresa em dois subgrupos, essencialmente desiguais e opostos, “dos que mandam e dos que obedecem, originando-se daí a compreensível resistência de considerá-lo, pelo seu todo, como pessoa em direito.” Possibilitou “a personificação da organização interna dos empresários pelo sistema de participação, em condições de igualdade proporcional, pois, de todos os seus integrantes”, ao qual consagrou o Direito Societário.

Ao subgrupo dos empregados, “consagrou o Direito do Trabalho, não como propulsor da sua integração na empresa, mas como fator de garantia de negociações favoráveis aos interesses dos trabalhadores relativamente às condições e resultados de seu trabalho.”

⁵²³ As aspas da locução revelam a discordância da expressão recursos” para se referir tanto a pessoas como a coisas, a ativos ou meios de realização de objetivos da empresa.

⁵²⁴ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*, p. 56- 57.

⁵²⁵ PIRES, Rosemary de Oliveira; BARBOSA, Arnaldo Afonso. Por um conceito jurídico de empresa coerente com a dignidade da pessoa. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, p. 96.

Indo além, “erigiu o subgrupo social empresarial como o verdadeiro sujeito jurídico de toda a empresa, com a exclusão, pois, da subjetividade do subgrupo dos empregados.... finalmente, depois de pôr a salvo a personalidade do subgrupo social empresarial, reduziu o grupo social da empresa a objeto de direito, ou seja, objeto de direito do subgrupo empresarial, despessoalizando ou objetivando assim inclusive o subgrupo dos empregados.”⁵²⁶

Bem antes, e em sentido diverso, POTHOFF afirmava que o empresário não se confunde com a empresa, sendo partes, ele e os empregados dela, “de um organismo que os envolve a ambos”.⁵²⁷ O trabalhador não seria mais “um mero instrumento do patrão e sim um membro vivo da comunidade de trabalho”.⁵²⁸

E RIPERT, para quem a criação do Direito da Empresa, se criado fosse, marcaria, “sem dúvida, um certo declínio do regime capitalista”.⁵²⁹ Declínio certamente antecipado já que, então, capitalistas e trabalhadores passariam a se reconhecer e a se aceitar como partes integrantes de um só e mesmo grupo social, um todo pessoal, reduzindo, compondo e eliminando os antagonismos que historicamente a eles e à Humanidade têm dividido, no fundo porque não se reconhecem uns aos outros como pessoas e nem à desintegrada empresa, um todo também pessoal, à qual podem igualmente se entregar sem se perder a si mesmos.

Na verdade, a personalidade jurídica da empresa não tem sido problematizada suficientemente pela doutrina trabalhista que, em geral, a evita sem mais detidas considerações.

O que se vê crescer em doutrina é justamente o rumo contrário da despessoalização do contrato empregatício e, pois, da relação jurídica de emprego, à luz do que dispõem os arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, fundantes do princípio da continuidade contratual em hipóteses de mudança na propriedade ou na estrutura da empresa: o Direito do Trabalho não teria acolhido “o fenômeno da personalização da empresa, mas sim da despessoalização do empregador”.⁵³⁰ Despessoaliza-se o empregador, desconsiderando a empresa como pessoa ou, segundo outros, tomando-a simplesmente como sujeito jurídico.

Entretanto, é preciso rever esse posicionamento.

⁵²⁶ PIRES, Rosemary de Oliveira; BARBOSA, Arnaldo Afonso. Por um conceito jurídico de empresa coerente com a dignidade da pessoa. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, p. 96-97.

⁵²⁷ *Apud* MORAES FILHO, Evaristo. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 260.

⁵²⁸ *Apud* MORAES FILHO, Evaristo. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 260.

⁵²⁹ *Apud* MORAES FILHO, Evaristo. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, p. 339.

⁵³⁰ BOJART, Luiz Eduardo Guimarães. *Sucessão Trabalhista, Revista LTr.*, p. 1.049.

A um Direito do Trabalho à altura dos tempos e da dignidade das pessoas, é inadmissível a preconceituosa desordem jurídica que estrutura a empresa em apenas dois subgrupos, o dos empregados e o dos empresários, negando ao primeiro deles (como subgrupo) o que ao segundo (na forma societária - pessoa jurídica) concede, a personalidade, e que submete o primeiro deles às determinações do segundo, comprometendo nessa relação autoritária, a consciência e a liberdade de seus componentes.

Já não cabe mais, no atual estágio *civilizatório*, sustentar o entendimento da relação jurídica de emprego como uma relação linear que se polariza entre o empregado e a empresa e, muito menos, que ambos estejam submetidos ao empresário.

Esta é uma visão indignificante das pessoas envolvidas no fenômeno básico da produção de bens e serviços necessários à vida das pessoas e da própria Humanidade que, hoje, se concentra na vida da empresa.

Com efeito, a visão da empresa como um todo, como verdadeira e complexa pessoa, compreende, além dos investidores de capital e dos prestadores de trabalho, os subgrupos dos fornecedores e dos consumidores. Todos eles componentes da realidade empresarial, suas dimensões pessoais irreduzíveis e, ao mesmo tempo, inseparáveis.

A esse tempo, preconiza BARBOSA,

“o novo ordenamento jurídico da empresa, orientado decisivamente para a garantia da Consciência e da Liberdade das Pessoas Humanas e Coletivas envolvidas na produção de bens e serviços destinados à Vida para todos, incorporaria, como capítulos em que se organizaria harmonicamente, do direito dos trabalhadores (um novo Direito do Trabalho expurgado do autoritarismo servilista), do direito dos investidores (um novo Direito Societário expurgado do autoritarismo mandonista), do direito dos fornecedores (um novo Direito Comercial expurgado do individualismo patrimonialista) e do direito dos clientes (um Direito dos Consumidores expurgado da litigiosidade antagonista).”⁵³¹

5.3 A relação jurídica de emprego como relação *inter tota*

5.3.1 Considerações preliminares

Pode-se dizer que a relação jurídica de emprego é tão relevante para a vida e a sobrevivência das pessoas quanto as relações jurídicas de família. No seio destas, em geral, é que ocorre o fenômeno necessário da reprodução, do crescimento e da educação básica dos

⁵³¹ BARBOSA, Arnaldo Afonso. *A Pessoa em Direito: uma abordagem crítico-constructiva referenciada no evolucionismo de Pierre Teilhard de Chardin*, p. 320-321.

seres humanos. No seio daquela, em geral, o fenômeno da produção dos bens e serviços igualmente necessários à manutenção dos seres humanos.

Essas relações jurídicas não são como tantas outras em que não se exigem das pessoas senão o empenho de um ato praticamente descomprometido com os atributos próprios da sua personalidade. Na família, se trata de criar um novo ser humano e, depois, por longos e longos anos, de promover o seu crescimento físico, instrucional e moral até a idade adulta quando, mesmo chegado lá, se mantém a ela vinculado. No emprego, se trata de empenhar a maior parte da vida com vigor físico e mental à produção de bens e serviços, para cuja atividade o ser humano se prepara durante anos e anos de estudos.

São, pois, relações jurídicas muito especiais, as mais importantes e básicas, determinantes e condicionantes da própria vida e sobrevivência material e moral do ser humano. Incomparáveis, em relevância, às demais relações jurídicas de Direito Privado, focadas em interesses materiais ou patrimoniais, como são, em geral, as relações jurídicas de Direito Contratual e do Direito das Coisas. Simbolicamente, poder-se-ia dizer que nestas, o cacife em jogo são os valores de ordem material; naquelas, o cacife são os próprios jogadores.

O fenômeno crescente da massificação das relações sociais e, portanto, das relações jurídicas, despersonalizando-as pela via do alheamento da individualidade de seus pólos, tanto na sua origem quanto no seu desenvolvimento, há muito começou a se infiltrar nas relações de emprego, sutilmente alimentada pela teoria da empresa como coisa ou sujeito jurídico (capital) e do empregado como atividade (trabalho).

Com efeito, como já mencionado, diz-se geralmente que não é o empregado que está subordinado ao empregador na relação de emprego; é a atividade ou a conduta que está sujeita ao poder diretivo patronal... como se fosse possível desprender o trabalho da pessoa do trabalhador; separar o homem da ação humana. Ou como se fosse moral considerar o trabalho ou a conduta correspondente ao trabalho como mercadoria.

De qualquer modo, despersonaliza-se esse pólo da relação jurídica de emprego substituindo a pessoa do empregado pela atividade despreendida por ele na produção de bens e serviços. Do outro pólo da relação jurídica, a empresa, coisa ou sujeito jurídico, como estudado.

Nessa relação despersonalizada, entre pólos despersonalizados, não há razão para buscar a realização de outros valores que não os econômicos ou patrimoniais; não há lugar para vingar os valores espirituais e, dentre os seus maiores, o valor da dignidade.

A superação desse estado cada vez mais generalizado pelas forças massificadoras do mercado em expansão planetária, só poderá se dar pela personalização e ampliação transformadora das relações jurídicas de emprego.

Em primeiro lugar e fundamentalmente, relações jurídicas entre pessoas.

O empregado é uma pessoa, um *totum*, matéria e espírito e, como tal, assim inteiro, – corpo, consciência, igualdade e liberdade –, deve entrar, permanecer e sair dessas relações interpessoais. Ou seja, que do outro lado dessas relações se coloque um ente também pessoal, pois só assim, na abertura e entrega de pessoa para pessoa, poderá haver desenvolvimento da personalidade.

Os juristas, embora operando conceitos formalistas, contemplaram a concepção das relações jurídicas como relações necessariamente interpessoais.

E não poderia ser diferente: nas relações das pessoas com as coisas não há enriquecimento pessoal; pode haver, sim, enriquecimento patrimonial, mas não pessoal. Pode haver, sim, dominação, exploração e coisas que valham; mas não enriquecimento pessoal, que uma coisa, pelo fato de ser coisa, em tudo inferior à pessoa, não pode, obviamente acrescentar algo à pessoa enquanto tal.

A empresa, enquanto coisa, se enriquecer o empregado, não o personalizará ainda mais. Enquanto pessoa, entretanto, um *totum*, matéria e espírito, a empresa cresce e pode fazer crescer o empregado, enriquecendo-se ambos com os frutos de sua produção de bens e serviços.

Nas relações jurídicas de emprego despersonalizadas, tanto os empregados quanto as empresas entram, mantêm-se e saem, não como pessoas, como *tota*, mas como indivíduos, partes. Ou seja, nessas condições, a mutualidade da relação não implica a entrega total de um a outro, mas a entrega apenas pontual, funcional, descomprometida com o desenvolvimento integral da personalidade própria e do outro.

Nesse contexto, o que procurará a empresa, senão o trabalho ou a atividade produtiva alienada da pessoa do empregado? Ou seja, senão o trabalho como mercadoria? E, nessa relação despersonalizada, o que, em contrapartida, procurará o empregado, senão as compensações remuneratórias que lhe poderá proporcionar esse ativo patrimonial a que se dá o nome de empresa?

5.3.2 Paradigmas das relações jurídicas de trabalho no pós- moderno

Essas críticas e considerações sugerem a criação de novos paradigmas para as relações jurídicas que, no pós-moderno, compreenderão as negociações e as atividades do trabalho nas empresas.

Propõem-se aqui quatro deles: o paradigma da justiça comutativa especificado no paradigma extracontratual das relações lineares e contratual dessas mesmas relações e os paradigmas da justiça distributivas, subdivididos nos paradigmas das relações contratuais triangulares e pentangulares.

Segue-se a apresentação desses paradigmas, obviamente em linhas apenas esboçadas e gerais, uma vez que o seu detalhamento e a solução dos numerosos e intrincados problemas que surgirem, deverão ser objeto de mais detidos estudos e novas propostas que não se comportam no escopo desta tese.

Também resta clara, a afastar qualquer pretensão ilusória ou ingênua de sua fácil ou próxima incorporação no ordenamento jurídico pátrio, a barreira impactante e poderosa dos interesses nacionais e internacionais que se servem dos fundamentos do Direito do Trabalho e do Direito da Empresa em vigor.

Certamente chocado com as raízes indignificantes do atual Direito do Trabalho, assecuratório do estatuto da desigualdade real entre empregados e empregadores, encobrindo-o pelo discurso ideológico de seus princípios aparentemente tuitivos, e mais ainda pela farta literatura trabalhista “voltada para louvar um sistema normativo fundamentalmente injusto”⁵³², COELHO propugna,

“como tese basilar, sua reorientação para uma função transformadora das estruturas sociais e a sua auto-superação como ordem de proteção; o que implica o seu desaparecimento, na medida em que as conquistas trabalhistas tornarem desnecessária sua intervenção no sistema geral do direito positivo.”⁵³³

Excede-se o crítico, não no ponto em que prevê o desaparecimento de um Direito do Trabalho garantidor, ao fundo, da desigualdade entre as pessoas. Esse dia certamente chegará, pois a convicção do valor positivo da igualdade da dimensão social da vida humana, e do correspondente valor negativo da desigualdade dessa dimensão, é mais do que milenar.

Entretanto, o desaparecimento das relações de trabalho e, pois, de um Direito do Trabalho, não é sequer provável, pois além da atividade humana da reprodução, a atividade

⁵³² COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 542.

⁵³³ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 544.

humana da produção de bens e serviços, é uma necessidade imposta pela própria exigência da vida.

O que se tem de fazer, portanto, é purificar o Direito do Trabalho, retirando-lhe os atuais elementos que indignificam e infelicitam, pois, as pessoas envolvidas no processo de produção de bens e serviços destinados à vida e ao desenvolvimento delas próprias e da sociedade como um todo. É inventar um novo Direito do Trabalho e, pois, relações jurídicas de trabalho que ensejam, realmente e não em falsos discursos, o desenvolvimento das pessoas e não a sua degradação.

Propõem-se algumas sendas sequenciais por onde se pode caminhar.

5.3.3 Os paradigmas da justiça comutativa

5.3.3.1 A extracontratualidade das relações lineares

Segundo o entendimento corrente, o fundamento dos direitos e das obrigações assumidas pela “pessoa física” do empregado em face da “empresa individual ou coletiva”, e vice-versa, é o chamado contrato empregatício. Válido este, porque conforme às normas legais de ordem pública que o configuram como tal, válidos são os direitos e obrigações advindos.

Compreende-se que o fundamento ético dos direitos e das obrigações que constituem o objeto do negócio jurídico do contrato empregatício, reside exatamente na livre manifestação da vontade dos contratantes.

Nesse contexto, poder-se-ia afirmar realmente, com propriedade, que o contrato, pelo simples fato de ter emanado da igual e livre vontade dos contratantes, é justo ou, em outras palavras, faz justiça à dignidade de ambos os contratantes, ou ainda, em outras palavras, se é justo... é direito.

Óbvio e inevitável que as relações jurídicas de emprego, em uma sociedade de massa, não possam instaurar-se mediante negócios jurídicos contratuais, a não ser excepcionalmente, como salientado.

De jure condito, resolve-se a impossibilidade mediante o apelo ideológico e juridicamente inconsistente aos “contratos de massa”, em que é nenhuma ou mínima, como exposto, a igualdade e a liberdade negociais.

De jure condendo, afastada a solução exclusivamente pragmática e ideológica dos “contratos de massa”, essa possibilidade afigura-se inexequível.

Conforme já exposto, à luz do conceito de contrato como negócio jurídico, de que são elementos essenciais a pessoalidade dos contratantes, a igualdade e a liberdade negociais de ambos, a contratualidade das relações jurídicas de emprego é claramente insustentável, tanto porque ideológica, não condizente com a realidade, quanto porque inconsistente técnica e cientificamente.

A relação jurídica de emprego, com efeito, tal como se desenvolve no presente trato histórico, resulta de fato diverso, como demonstrado. Advém do fato consistente no ato jurídico da efetiva prestação de serviços pelo trabalhador em prol de alguma empresa e sob as ordens dela.

Quid juris, se não é possível fundamentar em um negócio jurídico contratual celebrado entre trabalhadores, investidores e empresa, pessoas iguais e livres? Em que princípio extracontratual, numa sociedade de massa que é a atual e que se vislumbra permanecer sendo a sociedade de um longo futuro, fundamentar a obrigatoriedade dos compromissos das relações jurídicas de emprego?

Segundo se preconiza aqui, a validade dos direitos e das obrigações que compõem a relação jurídica de emprego procede da legislação ou de instâncias legalmente autorizadas, e não da fusão de vontades contratuais.

Incontroverso, por outro lado, o fato de que a legislação provê o mínimo e atendido o mínimo legal a relação é válida juridicamente.

Ora, se a relação jurídica de emprego não se instaura por força de lei, não é lógico nem justo que o critério de validade dos direitos e das obrigações de que se compõe, advenha da justiça legal.

Ou seja, o mínimo legal, a validar os direitos e as obrigações que compõem a relação de emprego, há de ser compreendido somente como mínimo, e não como suficiente.

O fundamento da obrigatoriedade estende-se, pois, da dimensão normativa do direito legal para as suas dimensões fática e axiológica, aqui relevando a tridimensionalidade do direito.

Assim, além da dimensão normativa, haveria a dimensão fática: a realidade do efetivo trabalho em favor de outrem instaura a relação jurídica de emprego⁵³⁴, fazendo incidir todas as consequências que o direito objetivo liga a esse fato.

A essas duas, acrescer-se-ia a terceira, a dimensão axiológica: consequências retributivas, que têm como fundamento ético o valor do trabalho humano traduzido nas

⁵³⁴ Essa percepção não tem nada de novo. No contexto da doutrina jurídico-trabalhista tradicional, é expressa na conceituação do “contrato empregatício como “contrato realidade”.

prestações derivadas da legislação, ou da jurisprudência, ou dos costumes jurídicos, ou das convenções e acordos coletivos, ou das declarações unilaterais de vontade da empresa.

Particularmente em relação à dimensão axiológica, considere-se que hoje, diversamente, a natureza e o valor de tais prestações mínimas retributivas do trabalho não passam pelo juízo avaliativo de todas as pessoas envolvidas nessas relações.

Ao contrário, passam ao largo, em sua totalidade, da consciência e da liberdade da Pessoa Humana do trabalhador, como se fosse destituído da capacidade, própria das pessoas, para decidir sobre o que lhe parece interessante e justo.

Esse alheamento, indignificando um dos pólos pessoais das relações jurídicas de emprego, implica a sua negação como relações verdadeiramente interpessoais. Algo, pois, de elementar e essencial, haverá de ser acrescentado à relação jurídica de emprego sob pena de desfigurar-se ela como tal, como relação interpessoal.

Defende-se que esse *quid* elementar e essencial, que se acrescenta ao valor das prestações unilateralmente fixadas em pagamento do trabalho da Pessoa Humana, é a condição da equivalência desse valor em relação ao valor do próprio trabalho. É a condição, em outras palavras, da realização de um terceiro valor, como que a julgar o valor do trabalho em sua relação com o valor da contraprestação do trabalho, ou seja, o valor-juiz da justiça comutativa.

Ou seja, a relação jurídica de emprego, que é, antes de tudo, uma relação interpessoal, numa sociedade de massa em que se abstrai, para a sua formação, da igualdade e liberdade negociais, terá a sua validade condicionada à equivalência entre o que o empregado, como Pessoa Humana, entrega e o que, em paga, recebe das demais pessoas que integram a relação.

A equivalência das prestações justificará suficientemente a validade da relação jurídica de emprego, suprimindo a ausência da igualdade e liberdade negociais que, se pudessem estar presentes, seriam exercidas pelas Pessoas Humanas no mesmo sentido dessa equivalência.

Com efeito, o sentido do exercício da igualdade e liberdade negociais na formação da relação jurídica de emprego seria a garantia da equivalência entre o que a Pessoa Humana entrega e o que recebe.⁵³⁵

⁵³⁵ O *do ut des*, o *facio ut facias*, o *do ut facias* e o *facias ut do* (“dou na proporção em que dás; faço na proporção em que fazes; dou na proporção em que fazes; faço na proporção em que dás” - tradução livre).

Ocorrendo a equivalência, supre-se, na formação da relação jurídica de emprego, o exercício da igualdade e liberdade negociais que, numa sociedade de massa, seria, em geral, sabidamente impossível.

Essa equivalência, no sentido aqui proposto, não é satisfeita pelos direitos e deveres jurídicos impostos por lei, que se dizem o mínimo satisfatório. O mínimo que se concede à Pessoa Humana do empregado não é suficiente, se algo mais do que o mínimo é concedido aos investidores ou à empresa pela Pessoa Humana do trabalhador.

Ou seja, o mínimo legal é o mínimo que, em face da realidade dos resultados da empresa, pode ser ou não ser suficiente; pode passar ou não pelo critério da justiça comutativa. Juízo de equivalência *a posteriori*, portanto, e também dinâmico, só em parte inovador, constituindo apenas a exigência de um maior aprofundamento do sentido do que a ordem jurídica já aponta através da instituição das negociações coletivas periódicas e de participação em lucros e resultados.

Assim, por esse novo paradigma, a validade dos direitos e das obrigações componentes das relações jurídicas de emprego passam a depender de um juízo formal *a priori* – se conformes à legislação de ordem pública e àquelas por ela determinadas –, e de um juízo material *a posteriori* – se há equilíbrio e proporcionalidade entre o valor do trabalho proporcionado pelo empregado ao empregador e o valor da remuneração contraprestado pelo empregador ao empregado.

Nada a temer sobre os juízes dessa justiça comutativa, pois continuarão sendo os mesmos juízes do valor de justiça nas relações sociais: todos os membros da comunidade jurídica, segundo as funções que cada um nela desempenham. Só que, imbuídos dos pressupostos dessa nova concepção, os juízes estarão muito mais atentos ao ser dos pólos pessoais das relações jurídicas de emprego, submetendo o ter ou os interesses em circulação por tais relações ao que mais dignifica as Pessoas Humanas e as Pessoas Coletivas.

5.3.3.2 A contratualidade das relações lineares

É de fácil identificação o fundamento ético das obrigações criadas, alteradas ou extintas pelo contrato, se se entende o contrato como negócio jurídico bilateral ou plurilateral destinado a criar, modificar ou extinguir relações pessoais de interesse patrimonial.

Dessa definição, modelada no Código Civil italiano e entre nós prestigiada por juristas respeitáveis, como ORLANDO GOMES,⁵³⁶ DARCY BESSONE OLIVEIRA,⁵³⁷ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁵³⁸ e MARIA HELENA DINIZ,⁵³⁹ destacam-se as locuções inovadoras do “negócio jurídico”, das “relações pessoais” e do “interesse patrimonial”.

Uma vez que a primeira, exposta mediante o recurso às abalizadas doutrinações de EMILIO BETTI, já foi suficientemente esclarecida, importa deter-se sobre as duas últimas para a mais completa compreensão desse novo paradigma.

A expressão, “relações pessoais”, contida nessa definição, em vez da expressão comumente adotada de “relações jurídicas”, realça a concepção do negócio jurídico contratual como negócio entabulado entre Pessoas, Humanas ou Coletivas, ou seja, entre pessoas na inteireza dessa expressão, às quais o ordenamento jurídico atribuiu personalidade; negócio jurídico sempre inter-pessoal, pois.

Rejeita-se, assim, a despersonalização ou coisificação ou subjetivação dos negócios jurídicos contratuais, repelindo que se celebrem entre coisas, ou entre sujeitos, ou entre coisas, ou entre sujeitos e pessoas. Afirma-se que são relações jurídicas havidas entre pessoas em direito que são verdadeiramente pessoas.

Fora do domínio dos negócios jurídicos contratuais pode ser admissível substituir-se, em relações jurídicas, as pessoas por coisas ou por sujeitos jurídicos. Ou seja, não se exclui a subjetividade das relações jurídicas, pois tais relações podem se dar, em certos casos, como ocorre com as pessoas fictas, entre sujeitos jurídicos, entes simplesmente lógicos e, claro, sempre impessoais.

A expressão, “interesse patrimonial”, também contida na definição proposta, em vez da expressão comumente adotada, de “natureza patrimonial”, deve-se à repulsa pela afirmação da natureza patrimonial da relação jurídica contratual, como se fosse relação de natureza impessoal, em defesa da natureza sempre pessoal dessa relação.

Com efeito, os interesses sim, são de natureza patrimonial, mas a relação é de natureza pessoal, interpessoal. Ou seja, apenas o que se coloca “entre” os pólos dessa relação é patrimonial, mas a relação é pessoal, interpessoal.

⁵³⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*.

⁵³⁷ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*.

⁵³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*, v.3.

⁵³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro; Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*.

Por outro lado, entendem-se como pressupostos *sine qua non* dos negócios jurídicos contratuais, a personalidade, a igualdade e a liberdade negociais. Sem tais pressupostos não se pode sustentar lógica e eticamente a existência jurídica ou a validade de um contrato.

A personalidade evidencia a estrutura personalista do contrato: só Pessoas Humanas e Pessoas Coletivas são capazes de empreender negociações contratuais.

Por outro lado, embora o pessoal seja sempre também social, já que a socialidade é da essência das pessoas, o contrato é fato individual dessas pessoas, porque dependente, sempre, diferentemente dos fatos sociais, de declarações individuais dessas pessoas. Se é fato social, como querem alguns, só o é porque, no caso, é fato individual.

Originadas do estatuto da igualdade e da liberdade próprias dos seres pessoais, tais atributos se especificam, no campo da contratualidade, como igualdade e liberdade negociais, ou seja, por poderem, ambas as pessoas contratantes, celebrar ou não o contrato e de, querendo celebrá-lo, poderem negociar o conteúdo de suas cláusulas (autorregulamentação) e, ainda, com quem, onde e quando celebrá-lo, atendidas, em princípio, somente as limitações impostas pela ordem pública e os bons costumes.

A igualdade e a liberdade negociais manifestam-se na ambivalência das posições: o poder negocial de uma das partes, sendo simétrico ao poder negocial da outra em relação àqueles mesmos conteúdos, ambas têm simétricas liberdades também em relação àqueles mesmos conteúdos. Como são dois pressupostos consubstanciais e, portanto, inseparáveis, a expressão usada para designá-los se faz pela locução “igualdade e liberdade negociais”.

Alerte-se para a diversidade conceitual entre igualdade negocial e igualdade econômica, ou igualdade social ou igualdade profissional ou igualdade instrucional *etc.* Assim também entre o conceito de liberdade negocial e o conceito de liberdade ou poder de autodeterminação nas áreas da economia, da sociologia, da psicologia *etc.*

Tais diversos conceitos de igualdade e liberdade condicionam, uns mais outros menos, a igualdade e a liberdade negociais de que aqui se cuida, mas vêm antes ou podem vir antes, determinando sem a força irresistível da necessidade, a igualdade e a liberdade negociais; mas, em todos os casos, não se confundem real ou logicamente.

Assim considerando, a relação jurídica de emprego originada de um verdadeiro contrato empregatício, ou seja, de um negócio jurídico contratual, em que ambas as partes, a “pessoa física” do empregado, como pessoa, e a pessoa física ou jurídica do empregador, deverão determinar igual e livremente todas as condições da execução não só da produção dos bens e serviços, como também da repartição dos resultados dessa produção.

Desse modo, a validade jurídica desse real contrato empregatício ficará na dependência de uma dupla aferição: a efetiva igualdade e liberdade negociais de ambos os pólos pessoais na celebração do negócio jurídico contratual e, depois, no efetivo equilíbrio da participação de ambos os pólos pessoais nos resultados da produção dos bens e serviços contratados.

Só de nome haverá um contrato empregatício em que, para a sua celebração, não concorrerem empregado e empregador como pessoas, ou seja, em igualdade e liberdade negociais. E só de nome haverá um contrato empregatício em que a participação de um desses pólos pessoais, no resultado da produção dos bens e serviços contratos, for desproporcional à participação do outro.

Não se nega que na atualidade, haja casos em que ocorre o enquadramento das relações jurídicas de emprego nesse desejável paradigma contratual. Apenas são raros e, assim, não podem ser adotados como regra, como se faz.

Mesmo naquelas em que o trabalhador é recrutado em virtude de extraordinárias qualificações profissionais e a empresa altamente necessitada de seus serviços, o domínio desta sobre aquele desponha ou se patenteia, senão na própria fase de negociação das condições contratuais, com certeza na ordenação subordinante, despersonalizante, pois, da execução dos trabalhos acertados. E, ainda, na possibilidade, sempre constante, de dispensá-lo, quando bem entender, sob as autorizadas rubricas legais de “dispensa arbitrária ou sem justa causa”.

Não obstante, nem por ser de aplicação rara, esse paradigma deve ser excluído; ao contrário, justamente porque de rara aplicação, embora de elevado padrão ético em face das relações de emprego em curso, é que se deve promover a sua expansão.

Por outro lado, tal paradigma satisfaz-se com a presença atuante da igualdade e liberdade negociais, tendo por já realizado o valor da justiça das condições firmadas, inclusive as referentes à participação nos resultados da produção dos bens e serviços, uma vez que as partes as fixaram previamente, em igualdade e liberdade, podendo com propriedade, aqui sim, dizer que é justo porque contratado.

5.3.4 Os paradigmas da justiça distributiva

5.3.4.1 A contratualidade das relações triangulares

O paradigma contratual exposto no subitem anterior se estrutura simples e suficientemente a partir da concepção da relação jurídica de emprego linear ou bipolar, concertada entre a pessoa do empregado e a pessoa do empregador.

Avançando um pouco mais no processo de personalização, o paradigma agora proposto se estrutura exigindo, além da pessoalidade de ambos os pólos da relação jurídica de trabalho, compreensiva da igualdade e liberdade negociais, pois, a personalização da própria empresa, integrando em si, a pessoa do empregado e a pessoa do empregador, numa relação não mais linear ou bipolar, mas triangular, ou seja, entre o trabalhador, o investidor (pessoa física ou jurídica proprietária do capital da empresa) e a própria empresa.

A personalização da empresa implicará, obviamente, a sua exclusão da classe das coisas ou dos bens, objeto do direito de propriedade.

A empresa passa a se constituir como pessoa, com identidade e interesses próprios que, eventualmente, podem não se confundir ou mesmo se contrapor com os interesses dos investidores – agora considerados como realmente devem ser, ou seja, proprietários do capital da empresa, o que não implica serem proprietários dela, empresa -, e com os interesses dos produtores dos bens e serviços da empresa, ou sejam, os trabalhadores.

Por este novo paradigma contratual, diferentemente do anterior, as relações jurídicas não mais envolverão “empregado” e “empregador”; essas categorias simplesmente desaparecem, assim como desaparecem, conseqüentemente, a natureza empregatícia das novas relações jurídicas.

Surgem, então, as “relações jurídicas intra-empresariais”, em que se encaixarão três protagonistas: 1) os produtores dos bens e serviços da empresa, designados “trabalhadores” individualmente considerados; 2) os investidores do capital da empresa, designados “investidores”, individualmente considerados, e 3) a própria empresa, que embora integre os sub-grupos de trabalhadores e de investidores com eles não se confunde, porque tem funções e finalidades, como ente coletivo, distintas de cada sub-grupo que a compõe.

Para ser verdadeira e crescer no sentido do desenvolvimento mais integral possível de todas as pessoas envolvidas nessas relações empresariais e, ao mesmo tempo, ensejar o maior crescimento possível da produção dos bens e serviços indispensáveis à vida

de todas as pessoas, será uma relação que se estabelecerá preferencialmente entre Pessoas Coletivas, em que estarão ausentes as pessoas físicas do empregado e do investidor.

Então, como, numa sociedade cada vez mais massificada e cada vez mais massificadora, seria possível salvar a personalidade nas relações jurídicas intra-empresariais, de estrutura triangular, sem o principal recurso do paradigma da justiça comutativa? Onde a possibilidade, nessa sociedade de massa, das relações jurídicas intra-empresariais poderem nascer, desenvolver e extinguir-se pelo exercício mútuo da igualdade e liberdade negociais?

A direção das relações interpessoais no sentido de sua massificação, porque depredadora da personalidade, exige indubitavelmente a interposição de novas e corajosas direções.

No que tange às relações jurídicas intra-empresariais, da parte da “pessoa física” do empregado, além da afirmação de sua natureza de pessoa, tais direções apontam para a sua inserção no sub-grupo social das “pessoas físicas” dos trabalhadores, através de cuja personalidade e atuação, escapará da perda, na contratação e execução do trabalho, de sua identidade como pessoa. A resistência à massificação despersonalizante passará, então, pela associação das pessoas dos trabalhadores na formação de uma pessoa maior ainda, com força suficiente para preservar e desenvolver os atributos próprios da personalidade e da personalidade de seus componentes.

Finalmente, compor-se-ão as relações jurídicas intra-empresariais numa sociedade de massa, resistindo aos apelos despersonalizantes da massificação no seio da atividade empresarial, mediante a personalização não somente do subgrupo empresarial dos trabalhadores, mas também do subgrupo dos investidores, integrando-se assim na pessoa da empresa, os sub-grupos que constituem os seus elementos pessoais mais íntimos de sua existência.

O justificável apelo da doutrina tradicional pela contratualidade da relação de emprego estaria aí presente, pois sendo o negócio jurídico contratual celebrado e mantido entre pessoas iguais e livres, esse ideal da relação jurídica de emprego personalizada estaria em condições de realizar o valor da dignidade.

Por esse novo paradigma, espera-se que a via da associação personificada dos subgrupos dos trabalhadores e dos investidores, integrados na empresa, também personalizada, constitua uma decidida resistência à massificação.

À estruturação da personalidade desses subgrupos, o ordenamento jurídico em vigor já oferece, ao subgrupo dos investidores, os diversos tipos corporativos, como associações, fundações, sociedades simples e empresárias.

Não tendo acolhido os sindicatos por empresa, o ordenamento jurídico não cuidou de oferecer aos trabalhadores um tipo de associação que os acolhesse, no interior da empresa, e ali pudesse, em condições de igualdade e liberdade, cuidar de suas vidas e seus bens materiais e morais nas relações com o subgrupo dos investidores e com a própria empresa.

Todavia, ainda que previstos os sindicatos por empresa, já não serviriam à estruturação do subgrupo dos trabalhadores.

Com efeito, foram eles pensados num contexto cultural já totalmente ultrapassado no presente. Também não se prestariam para futuro, no qual se espera que a luta de classes e o confronto de interesses antagônicos sejam substituídos pela solidariedade e cooperação, no sentido da sobrevivência de todos e, na verdade, da sobrevivência da própria Humanidade.

Melhor fosse que os trabalhadores encontrassem, na doutrina e na experiência nacional e internacional do cooperativismo e, ainda, no próprio direito das sociedades cooperativas⁵⁴⁰, em que medram os valores da autonomia⁵⁴¹ e da solidariedade, um caminho aberto para a personalização de sua organização.

Resta a estruturação da personalidade jurídica da empresa, a ser construída a partir do princípio da obrigatória e contínua negociação contratual das suas práticas e decisões estratégicas, operacionais, financeiras, comerciais e administrativas, por órgãos colegiados, formados pelos representantes das pessoas em direito de todos os dois subgrupos. Decisões guiadas obrigatoriamente pelos ditames da justiça distributiva, sob o pálio da qual será possível, na atividade da produção e da repartição dos bens e serviços da empresa, escapar das relações despersonalizantes, anti-éticas e injurídicas, portanto, do domínio, da subordinação e, finalmente, da inteira coisificação pela via da massificação social.

Assim, novos e corajosos rumos se tornarão possíveis a partir da consideração das pessoas em direito como verdadeiras pessoas, e, pois, das “pessoas físicas” dos trabalhadores como verdadeiras Pessoas, seres dignos, dotados dos atributos da corporalidade e da espiritualidade, como nenhum outro ser.

Ademais, não só considerá-los como pessoas, mas dar-lhes o tratamento que, como pessoas, lhes é devido, banindo radicalmente das relações jurídicas intra-empresariais o traço indignificante da subordinação, espelho da cultura autoritária e inigualitária das relações

⁵⁴⁰ Segundo a “Declaração sobre a identidade cooperativa” proclamada pelo Congresso de Manchester, em 1995, a cooperativa “é uma associação autônoma de pessoas que se unem de forma voluntária para satisfazer suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais em comum, mediante uma empresa de propriedade conjunta e de gestão democrática”.

⁵⁴¹ Entendida como a “*característica mais consentânea com o valor da dignidade humana do que a submissão que norteia o trabalho subordinado, fazendo do homem um fim em si mesmo e não um instrumento para outrem*”. PIRES, Rosemary de Oliveira. *O Trabalho cooperativado: um ensaio na harmonização de sua regulação com os direitos fundamentais do trabalhador*, p. 17.

sociais, baseada na ideologia de que a empresa é coisa do capitalista proprietário, de que o capital prevalece sobre o trabalho e, pois, pode ditar-lhe as condições de sua execução, e de que ao dono do capital cabe o mando já que dele o risco do empreendimento e de que, ao dono do trabalho, satisfatoriamente pago pelo salário imposto pelo capitalista proprietário, não cabe senão a sujeição.

Assim como na estrutura do paradigma anterior, a justiça não poderia faltar a essas novas relações jurídicas intra-empresariais; a justiça, crê-se, embora não seja direito, é inerente ao direito.

Não será, entretanto, a justiça comutativa supostamente integrante nas relações jurídicas de emprego contratadas em igualdade e liberdade negociais, mas a justiça distributiva, a ser dispensada às pessoas dos trabalhadores e às pessoas dos investidores pela pessoa da empresa, mediante a repartição dos ônus e dos bônus proporcionais não só às contribuições de uns e outros, mas também aos resultados da sua atividade.

Justiça a ser dispensada pela pessoa da empresa, sim, pois é a ela que as relações jurídicas intra-empresariais importam dar vida e desenvolvimento em primeiro lugar, já que é de sua vida e de seu desenvolvimento que dependerão não só a sobrevivência dos trabalhadores e dos investidores nela empenhada, mas a sobrevivência e o desenvolvimento da comunidade jurídica como um todo.

A organização e a disciplina dessas novas relações jurídicas intra-empresariais serão dispostas em bases contratuais triangulares, pois, sendo a empresa polarizada por representantes tanto dos trabalhadores quanto dos investidores que, tanto na negociação de suas condições quanto na execução contratual, terão em vista não os interesses dos grupos de sua origem mas os interesses diversos, da própria empresa.

A validade jurídica desse acerto da contratualidade triangular ficará na dependência, pois, não só da efetiva igualdade e liberdade dos três pólos pessoais na celebração do negócio jurídico contratual, mas também no efetivo equilíbrio da participação de todos eles nos ônus da produção dos bens e serviços, assim como nos bônus dos resultados dessa produção, segundo um juízo de justiça que levará em conta, antes de tudo, a sobrevivência e o desenvolvimento da empresa, pessoa.

5.3.4.2 A contratualidade das relações pentangulares

Trata-se, finalmente, de esboçar um ampliado e mais complexo paradigma das relações jurídicas intra-empresariais para um futuro ainda mais remoto, que faça jus à dignidade de todas as demais pessoas que mais intimamente as polarizam.

No pós-moderno, talvez ainda menos próximo, propõe-se que a relação jurídica de emprego se estabeleça a partir de um conceito de empresa compreensivo de todos os seus elementos essenciais, e ainda do reconhecimento da personalidade desses elementos de sua composição e, a partir daí, da determinação do conteúdo das relações jurídicas de emprego pela via dos negócios jurídicos contratuais entre esses elementos personalizados.

Não será mais uma relação triangular entre as pessoas do subgrupo dos trabalhadores, do subgrupo dos investidores e a empresa.

Mas pentangular, passando a integrar na empresa, pessoa, também as pessoas dos subgrupos dos fornecedores e dos clientes da empresa, a cuja estruturação o ordenamento jurídico oferece também os modelos associativos, se não lhes convier a opção por algum dos tipos corporativos previstos no art. 107 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990, a cujas convenções escritas e registradas, é conferida a garantia especial da obrigatoriedade extensiva a filiados.

As Pessoas Humanas dos empregados, dos investidores, dos fornecedores e dos clientes desaparecerão assim das relações jurídicas intra-empresariais que serão, então, tecidas entre as Pessoas Coletivas dos seus respectivos subgrupos, às quais será confiada a missão primeira de não transigir com o valor-coletor da igual dignidade de seus componentes.

É claro que o ordenamento jurídico em vigor e, especialmente o atual Direito de Empresa e do Direito do Trabalho, não se desenvolveram no sentido da realização dos valores a garantir por esse novo paradigma.

E assim permanecerão enquanto patinarem nos conceitos de que pessoa em direito não é pessoa real; e de que empresa é coisa, objeto da propriedade privada do empresário, dono que lhe traça com exclusividade rumos e operações; e de que os riscos da empresa são riscos do empresário, justificando assim a apropriação da parte do leão nos resultados da produção; e de que os empregados não passam de “recursos humanos” da empresa, estando, tanto quanto os demais recursos do seu ativo fixo, à disposição das ordens e manipulações do empresário, e de que fornecedores e clientes não são elementos essenciais à vida e desenvolvimento da empresa, mas seres esparsos e estranhos às suas próprias entranhas... Cultura em exaustão, caminhando para o museu da história.

5.4 Sendas abertas aos novos paradigmas

Os paradigmas propostos, senão muito pontualmente, não colidem com o ordenamento jurídico em vigor.

Ao contrário, firmam-se nos seus valores maiores da personalidade, da dignidade, da solidariedade, da igualdade, da liberdade, do trabalho, da contratualidade, da justiça nas relações individuais e sociais, na empresa... que lhes aparecem como sendas abertas à realização das propostas que contêm.

Veja-se, exemplificativamente:

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é objetivo do Estado, segundo a Constituição Federal. Além dela e para alcançar essa finalidade, são objetivos também a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação (art. 3º da Constituição Federal).

No que tange à função social do direito, de resto há décadas já fixada no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”), a Constituição Federal é pródiga em referências.

Diz da função social da propriedade como princípio da ordem econômica (art. 170, III); no art. 182 diz do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade como objetivo da política de desenvolvimento urbano; no art. 184 diz da desapropriação por interesse social do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social; no art. 185 diz do cumprimento dos requisitos relativos à função social da propriedade produtiva; no art. 196 diz dos requisitos exigidos para o cumprimento da função social da propriedade rural; no art. 192 diz da estruturação do sistema financeiro de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade.

O novo Código Civil incorpora expressamente a teoria do abuso do direito, configurado no exercício manifestamente além dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social (art. 187). Além disto, explicitou a função social do contrato como razão e limites da liberdade de celebrar contratos, sabidamente o principal veículo promotor dos negócios relativos à propriedade privada, especialmente sua aquisição, alienação, oneração, uso e gozo (art. 421).

Seria demorado referir-se às novas direções do ordenamento jurídico no que tange à recepção dos valores e interesses dos mais diversos grupos sociais envolvidos na regulamentação de suas instituições. Antes alijados ou marginalizados, esses grupos são cada

vez mais reconhecidos e integrados na discussão e determinação jurídica dos rumos da vida social que, de alguma forma, lhes possam influenciar.

Exemplificativamente, é o que ocorre no campo do Direito Econômico, pela atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em que, nos processos de avaliação dos atos e contratos que afetam a concorrência, são ouvidos os mais diversos segmentos da economia pertinente.

É o que ocorre no campo do Direito Urbanístico, através da legislação sobre zoneamento e posturas, para cuja elaboração ou pertinentes autorizações e licenciamentos, o Poder Público se apressa a consultar a comunidade, sobretudo pela promoção de audiências públicas.

É o que ocorre no campo do Direito Ambiental, em que as atividades econômicas, inclusive da iniciativa do próprio Poder Público, são colocadas à prova dos interesses e valores gerais e específicos do entorno da comunidade afetada, julgados por órgãos ambientais de que participam representantes dos diversos segmentos sociais relevantes.

PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

1 - Dos males capitais de que padecem as relações jurídicas de emprego, em geral, empecendo-lhes teoricamente a consistência técnico-científica e corroendo-lhes a experiência da grandeza ética, destacam-se a apregoada e vulgarizada contratualidade de suas origens, a despersonalização dessas relações, e a prática da subordinação consentida pelo empregado.

2 – Quanto à consistência técnico-científica: a afirmação da origem contratual das relações jurídicas emprego não corresponde ao conceito de contrato como negócio jurídico, em que as partes autorregulam seus interesses, determinando ambas, igual e livremente, os direitos e deveres que compõem tal regulamentação, sujeitas, em princípio, somente às limitações impostas pelas normas de ordem pública e dos bons costumes.

3 – A igualdade e a liberdade dos negócios jurídicos contratuais, expressão no campo contratual da essencial igualdade e liberdade ontológica das Pessoas Humanas, entendem-se como o poder efetivo de ambos os contratantes, especialmente, de celebrar ou não celebrar os

contratos e de determinar as condições às quais se sujeitarão no desenrolar da relação contratual.

4 – Além de inaceitável do ponto de vista técnico-científico, a tese da origem contratual das relações de emprego é ideológica, no sentido de que, não correspondendo à realidade, não tem intenção da verdade, visando, sim, favorecer os interesses do capital ou da empresa em detrimento dos interesses do trabalho ou do empregado.

5 - Ou seja, dado por notório o desequilíbrio das relações jurídicas de emprego, uma vez que as empresas, em geral, muito menos dão do que efetivamente recebem, a afirmação da contratualidade dessas relações atua no sentido de induzir a crença de que tal desequilíbrio se legitima por efeito da manifestação das vontades iguais e livres do empregado e da empresa.

6 – As relações jurídicas de emprego têm origem, sim, no ato da efetiva produção de serviços por uma Pessoa Humana em favor de empresa, o que a doutrina do Direito do Trabalho sabe e, não obstante, alcunha tal ato jurídico *stricto sensu*, embora não seja contrato, de “contrato-realidade”.

7 – É tão mínima a atuação da igualdade e liberdade do empregado na determinação das condições da prática desse ato visando a sua igual e livre regulamentação, que só não se pode considerá-lo como se fosse um fato jurídico *stricto sensu*, por efeito de serem, tais serviços, obra de ações humanas.

8 – A tese da etiologia das relações jurídicas de emprego, em geral, remetida ao ato jurídico *stricto sensu*, é comprovada pelo indubitável caráter heterônomo das normas que compõem a sua regulamentação, de origem legal e jurisprudencial sobretudo, estabelecendo-lhes, ampla e minuciosamente, as consequências jurídicas de maior e mais largo alcance.

9 – Diferentemente do que ocorre no campo dos negócios jurídicos contratuais, em que a obrigatoriedade dos compromissos se funda na igualdade e na liberdade dos contratantes, no campo dos atos jurídicos *stricto sensu* que originam relações jurídicas de emprego, o fundamento da obrigatoriedade deve residir na equivalência ou equilíbrio entre prestações e contraprestações que ocorre, em geral, quando a necessidade de contratar opera com semelhante equivalência.

10 – Esse princípio jurídico, porque de justiça, da equivalência entre prestações e contraprestações, embora pouco valorizado, não traz qualquer novidade na vida do direito, já que fundante da categoria milenar da lesão, secular da *rebus sic stantibus*, guia da repulsa ao abuso do direito e, hoje, bem explícito no fundar o poder judicial de revisão de estipulações desproporcionais no campo, sobretudo, do Direito do Consumidor.

11 – O juízo sobre essa equivalência entre prestações e contraprestações que justificam as relações jurídicas de emprego, ou seja, que as validam juridicamente, não se basta com o mínimo legal a ser proporcionado pela empresa em contrapartida ao trabalho, não é formal e apriorístico, mas material e aposteriorístico, pois se à empresa, pelos seus resultados, foi dado mais do que o mínimo, é lógico e justo que, em contrapartida, se dê igualmente ao trabalho algo mais do que o mínimo.

12 – A justiça das relações jurídicas de emprego, realizada na equivalência material e aposteriorística entre prestações e contraprestações, supre os pressupostos da igualdade e liberdade negociais, que não têm curso no ato jurídico *stricto sensu* de que derivam tais relações, pois o sentido da exigência daqueles pressupostos nos negócios jurídicos contratuais é o mesmo que nos atos jurídicos *stricto sensu*: a justiça das relações jurídicas que desencadeiam.

13 – Quanto à despersonalização das relações jurídicas de emprego: na medida em que a lei diz que empregado é “pessoa física” e a doutrina jurídica afirma, em geral, que a personalidade jurídica não passa de um conceito técnico ou normativo, não equivalendo à pessoa no sentido ontológico, conclui-se, por necessidade lógica, que as relações jurídicas de emprego não vinculam pessoas reais, já que em ao menos um de seus pólos não há qualquer pessoa real e, assim sendo, não há, no que respeita ao menos a esse pólo impessoal, qualquer espaço para o ingresso do valor maior da dignidade.

14 – Por outro lado, na medida em que a lei diz que empregador é “empresa individual ou coletiva”, e a doutrina jurídica afirma, em geral, que empresa não é pessoa, conclui-se, por necessidade lógica, que as relações jurídicas de emprego não vinculam pessoas, já que também no outro de seus pólos não há qualquer pessoa e, assim sendo, não há, no que respeita a ambos os pólos impessoais, qualquer espaço para o ingresso do valor maior da dignidade.

15 – Ainda que concebida a empresa coletiva ou individual como “pessoa jurídica” ou “pessoa física” a que se vincula o empregado como “pessoa física”, ou ainda que se entendesse a relação jurídica de emprego vinculante da “pessoa física” do empregado à “pessoa jurídica” proprietária da empresa, a degradação despersonalizante das relações jurídicas de emprego se verificaria por efeito da concepção doutrinária generalizada, de que pessoa em direito não passa de um conceito técnico que nada tem a ver com a realidade da pessoa.

16 – Entendendo as relações jurídicas de emprego como o lado subjetivo do direito objetivo do trabalho, a sua despersonalização implica, por consequência lógica, a despersonalização do próprio Direito do Trabalho, o que, por sua vez, negando a alteridade própria do direito, nega a sua função de justiça e de garantia da dignidade das pessoas na sua necessária vida de relação.

17 – Quanto à subordinação consentida pelo empregado: é patente o caráter ideológico do conceito de que a subordinação garantida pelo Direito do Trabalho em favor da empresa não viola a dignidade da Pessoa Humana do empregado, por tratar-se de subordinação da conduta e não propriamente da pessoa, uma vez que são obviamente inseparáveis – a não ser logicamente - a atividade humana do próprio ser humano.

18 – A ideologia da subordinação da Pessoa Humana do empregado à empresa, como se tratasse de subordinação somente da conduta da Pessoa Humana do empregado à empresa, exige a conceituação do trabalho, ou seja, da conduta que seria objeto da subordinação, como uma mercadoria qualquer à disposição da empresa no vulgarizado “mercado de trabalho”, o que não é esclarecido, embora agressivo à consciência ética do valor do trabalho humano.

19 – A relação jurídica de emprego, pela qual a Pessoa Humana do empregado retira seus meios de subsistência assim como os meios de subsistência de seus dependentes, e pela qual praticamente se escoia a totalidade das energias de sua vida ativa, não poderia, por tais razões, envolvê-lo senão como Pessoa Humana, ou seja, como *totum*, pelo seu todo, e não como parte, desintegrado de seu corpo e de sua consciência, de sua igualdade e de sua liberdade.

20 – Pela proposta do paradigma extracontratual da justiça comutativa, avança o direito em relação ao *status quo*, na medida em que promove a desconstrução da origem contratual da

relação jurídica de emprego nos moldes atuais, e na fundamentada exigência de uma reinterpretação da regra vigente, segundo a qual a validade dos direitos e obrigações que compõem a relação de emprego depende e se basta na observância do mínimo legal. Reinterpretação esta que, à luz dos princípios da justiça comutativa, conduz à norma de que o mínimo legal que se concede ao trabalhador será suficiente, sim, somente no caso de ser também mínimo o resultado do trabalho concedido ao empregador.

21 – Pela proposta do paradigma contratual da relação linear, avança o direito também quanto ao *status quo*, apenas na fundamentada estruturação personalizante da relação jurídica de emprego, pela qual ambas as partes exercem efetivamente a igualdade e liberdade negociais, não só na fase da contratação das condições do trabalho, mas também na sua execução, implicando assim na eliminação nessa última fase, da indignificante subordinação da pessoa do empregado à pessoa do empregador.

22 – Pela proposta do paradigma contratual da relação triangular, avança ainda mais o ordenamento jurídico em relação ao *status quo*, na fundamentada estruturação personalizante das relações jurídicas envolvidas das pessoas do trabalhador, do investidor e da empresa, cujos direitos e deveres recíprocos serão contratualmente estabelecidos, atendidas as exigências da justiça distributiva, compondo não mais a relação de empregado com empregador, mas as relações jurídicas intra-empresariais, polarizadas por esses mais íntimos atores da vida e do desenvolvimento das empresas.

23 - Finalmente, pela proposta do paradigma contratual da relação pentangular, o direito alcança o último termo de superação das relações jurídicas intra-empresariais, relações jurídicas de trabalho nas empresas, pois, incorporando na estrutura proposta para o paradigma contratual da relação triangular, os dois últimos componentes pessoais da empresa que, embora geralmente situados *extra-muros* dela, colocam-se numa relação de íntima interdependência com ela, ambos reciprocamente essenciais à sua própria vida e desenvolvimento, como são os fornecedores e os clientes da empresa.

24 – Os tipos societários disponíveis à estruturação dos subgrupos dos investidores, fornecedores e consumidores já estariam delineados na regulamentação das sociedades simples ou empresárias reguladas pelo novo Código Civil. O subgrupo dos trabalhadores poderia modelar-se juridicamente pelos princípios e normas que regem o Direito Cooperativo.

Finalmente, a estruturação da personalidade jurídica da empresa, a construir-se, atenderia à obrigatória e contínua negociação contratual das suas práticas e decisões estratégicas, operacionais, financeiras, comerciais e administrativas, por órgãos colegiados, formados pelos representantes das pessoas em direito de todos os quatro subgrupos.

25 – Completando esse último paradigma, as decisões da empresa-pessoa, resultantes das negociações contratuais entre seus componentes pessoais, deverão se submeter à validação dos ditames da justiça distributiva, sob o pálio da qual será possível, não só na atividade da produção dos bens e serviços da empresa, como também na repartição de seus resultados, escapar das relações despersonalizantes, desiguais, de domínio ou subordinação e, finalmente, da inteira coisificação pela via da massificação social.

26 – Enfim, um direito e especialmente um Direito do Trabalho personalizante e emancipatório, definitivamente esquecido e apartado de quaisquer restos indignificantes da cultura da escravidão, da servidão e da vassalagem do autoritarismo.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984. (Tese de Doutorado)

AFTALIÓN, Enrique R.; GARCIA OLANO, Fernando, e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Direito das Empresas; nova posição no Direito Comercial. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, out. 1956, p. 96-117.

_____. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Teoria Geral dos Contratos*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. A Função Social da Propriedade na Constituição Federal de 1988. <http://www.juspodivm.com.br>, acesso em 16.06.2011.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed., Rio de Janeiro: 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

ARNAUD, André-Jean *et alii* (dir.). *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. 2. ed. pub. dir., trad. Patrice Charles e F. X. Willaume, sob a direção de Vicente de Paulo Barretto, com acréscimos na ed. Brasileira, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos. www.ambito-juridico.com.br, acesso em 16.06.2011.

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

BARASSI, Ludovico. *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, 2. ed., Milano: Società Editrice Libreria, 1915, vol. 1.

_____. *Il Diritto del Lavoro*. Milano: Giuffrè, 1935, v. 1.

BARBOSA, Arnaldo Afonso. A Justiça no Direito de Empresa. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, 2006.

_____. *A Pessoa em Direito: uma abordagem crítico-constructiva referenciada no evolucionismo de Pierre Teilhard de Chardin*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2006, 669 p. (Tese de Doutorado)

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2005.

_____. (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho*. Estudos em Memória de Célio Goyatá, 3. ed., São Paulo: LTr., 1997, 2 v.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sociedade Anônima e Mercado de Capitais*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. I e II.

BATIFFOL, Henri. La “crise du contrat” et sa portée. *Archives de Philosophie du Droit*, nº 13, Sur les notions du contrat. Paris: Sirey, 1968, p. 13-30.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. e WAHL, Albert. *Traite theorique et pratique de droit civil: du contrat de louage*, 3. ed., vol. II, Paris, 1906.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008.

BEVILAQUA, Clóvis. Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias. *Revista de Crítica Judiciária*. Ano XVI, v. XXVIII, n. 3, set. 1938, p. 57-66.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BOJART, Luiz Eduardo. Sucessão Trabalhista: *Revista LTr.*, São Paulo, v. 59, n. 08, ago. 1995, p. 46-49.

BOTIJA, Eugênio Perez. *Curso de Derecho del Trabajo*. 3. ed., Madrid: Ed. Dossat, 1952.

BULGARELLI, Waldir. *Manual das Sociedades Anônimas*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 1991.

BUREAU, Paul. *Le Contrat de Travail*. Paris: F. Alcan, 1902.

CARNELUTTI, Francesco. Studi sulle energie comme oggetto di rapporti giuridice. Natura del Contratto di Lavoro. *Rivista di Diritto Commerciale*, Roma, 1913, v. 1.

_____. *Teoria Geral do Direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942, 519 p.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 5 ed., atual. por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça. São Paulo, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. IV, Livro II, Parte III.

CAVALCANTE, Suzy Elizabeth Forte. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós-Modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*. São Paulo: LTr., 2003.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed., rev., atual., aum., São Paulo: Saraiva, 1982.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Direito Social Brasileiro*. 4. ed., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, v.1 e 2.

_____. *Natureza Jurídica do Contrato Individual do Trabalho*, Rio de Janeiro: Coelho Branco Filho, 1938.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 4. ed., rev. e aum., Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CHAUÍ, Marilena. *O que é Ideologia*. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COLIN, Paul. *De la Détermination du Mandat Salarié*, Paris: Les Press Universitaires de France, 1931.

COLIN, Ambroise. e CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. 10. ed., rev. Paris: Librairie: Dallozvol, 1948, v. II.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed., rev., atual, São Paulo: 2010.

_____. *Direito Empresarial; estudos e pareceres*. 1. ed. (2. tiragem), São Paulo: Saraiva, 1955.

_____. *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*. 5. ed., São Paulo: Forense, 2008.

COMPERNOLLE, J. VAN. La personnalité juridique: fiction ou réalité? *Les présomptions et les fictions en droit*. In: Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers. Bruxelles: Ét. Émile Bruylant, 1974.

CORRADO, R. *La Nozione Unitaria del Contratto di Lavoro*. Torino: Utet, 1956.

COTRIM NETO, Alberto. B. *Contrato e Relação de Emprego*. São Paulo: Max Limonad, 1944.

COULANGES, Fustel de. *La Cité Antique*. 28 ed., Paris: Hachette, 1924.

CUCHE, P. Du Rapport de Dépendance. Élement Constitutif du Contrat de Travail. *Revue Critique de La Legislation et de La Jurisprudence*, Paris, 1913.

DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo: historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*. 1. ed., México: Ed. Porrúa, 1972.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. TRad. Cláudia Sant'Anna Martins. 1. ed. e 7. reim., São Paulo: Brasiliense, 2005.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr., 2006.

_____.; CAVALCANTI, Maria José de Figueiredo. Do operário em construção ao desconstruído: de Marx à Globalização. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; SILVEIRA, Jacqueline Passos da; AMARAL, Caroline Scofield (Coord.). *História do Direito: novos caminhos e novas versões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre os paradigmas da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr., 2006.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr., 2005.

_____. *Introdução ao Direito do Trabalho; relações de trabalho e relação de emprego*. São Paulo: LTr., 1995.

_____. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr., 1996.

DELOS, J. T. La théorie de l'institution; la solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif. *Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique*, Paris: Sirey, n.1-2, 1931, p.97-153.

D'EUFEMIA, G. Nozioni Generali sul Contratto Individuale di Lavoro. In BORSI, Umberto; PERGOLESII, Ferucio (Org.). *Tratado di Diritto Del Lavoro*. Padova: Cedam, 1939, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro; Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2011, v.3.

DONATO, Messias Pereira. *O Movimento Sindical Operário no Regime Capitalista*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1959.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed., Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Ed., 1927, v. I.

DURAND, M. Paul. La Contrainte Légale dans la Formation du Rapport Contractuel. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1944, p. 73-97.

FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Trad. José F. Lorca Navarrete. 3 ed., Madrid: Pirâmide, 1982, v. 1.

FERRATER MORA, José. Ideologia. *Diccionario de Filosofía*. Madrid: Alianza, 1981, vol. 4. , p. 3.466.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito; técnica, decisão, dominação*. 2.ed., São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.3.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos Atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCISCI, Pietro de. *Sintesis Historica del Derecho Romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. 29. reimp., São Paulo: Graal, 2011.

GALLART FOLCH, Alejandro. *Derecho Español del Trabajo*, Barcelona: Labor SA, 1936.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das Necessidades Humanas aos Direitos: ensaios de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GARCIA OVIEDO, Carlos. *Tratado Elemental de Derecho Social*, 4. ed., Madrid: E.I.S.A., 1950.

GEIGER, Theodor. *Ideologia y Verdad*. Trad. Margarita Jung. Buenos Aires: Amorrortu, 1972.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 23. ed., atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direitos reais*. 12 ed. atualizada e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____; VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GURVITCH, Georges. Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou. *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris: Sirey, 1-2, p.157-194, 1931.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das Necessidades Humanas aos Direitos: ensaios de sociologia e filosofia do direito*: Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____; SILVEIRA, Jacqueline Passos da; AMARAL, Caroline Scofield. (Org.). *História do Direito: novos caminhos e novas versões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

_____; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. rev., ampl. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Publico y Constitucional*. 2.ed., Madrid: Reus, 1927.

_____. *La Teoria de la Institución y de la Fundación* (ensaio de vitalismo social). Trad. do francês por Arturo Enrique Sapay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HINOJOSA FERRER, J. *El Contrato de Trabajo*. 1. ed., Madrid: Revista de Derecho Privado, 1932.

INSTITUTAS DE JUSTINIANO. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella, diretamente do original latino, em ed. aos cuidados de V. Arangio-Ruiz e Antonio Guarino, Milão, 1943, Dott, A. Giuffrè, v. 1, t. II, § 2º.

JHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano nas Diversas Fases de seu Desenvolvimento*. Trad. Rafael Benaion, Rio de Janeiro: Alba, 1943, v. 3.

JOÃO PAULO II. *Carta Encíclica do Sumo Pontífice sobre o Trabalho Humano: “Laborens Exercens”*, no 90º. Aniversário da *Rerum Novarum*. 10. ed., São Paulo: Paulinas, 1990.

JOSSERAND, M. Louis. *Aperçu Général des Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1937, p. 01-30.

_____. *Cours de Droit Civil Positif Français: théorie générale des obligations les principaux contrats du droit civil les suretés*. 2. éd., Paris: Recueil Sirey, 1933, v. 2.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinnand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulenkian, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LACERDA, Dorval de. *Direito Individual do Trabalho*. Rio de Janeiro: A Noite, 1949.

LAFER, Celso. *Ordem, poder e consenso: caminhos da constitucionalização do Direito Internacional*. In: *As tendências atuais do direito público: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro, 1976.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Direito ao Trabalho e a Descidadanização pelo Emprego no Capitalismo Mundial. *Caderno de Debates-Plural*, n. 14, p. 149-151.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 4. ed., Barcelona: Bosch Casa, 1975.

LIMA, Taísa Maria Macena de. Função Social e Principiologia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região*, Belo Horizonte, 37 (67), jan./jun. 2003, p. 51-63.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 722- dez. 1995, p. 40-45.

MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Os Grupos de Empresas no Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. Trad. Sérgio M. Santeiro. 3. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed., rev., atual., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, reimpressão 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A Noção de Contrato na História dos Pactos. In: Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. *Revista do Instituto de Letras da Universidade do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1972, v. 6, n. 19.

MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: UFMG- Biblioteca Universitária, 1953.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte: Vega, 1976.

MAY, Gaston. *Éléments de Droit Romain*. 15. éd., rév. et augm.. Paris: Recueil Sirey, 1925.

MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo: LTr., 2003.

_____. *Metamorfoses do Capital e do Trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral*. São Paulo: LTr., 2006.

MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr., 1991.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Trad. Fontanarrosa, Sentis Melendo e Volterra. 3. ed., amp. e rev., Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1952, v. 1.

MIAILLE, Michel, *Introdução Crítica ao Direito*. 2. ed., Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, Tomo II, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MORAES FILHO, Evaristo. *A Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense. 1960, v. 1.

_____. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa*. São Paulo: Ltr., 1993.

_____. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 1.

_____; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 5. ed., rev. e atual., São Paulo: LTr., 1991.

MORAES, Walter. *Concepção Tomista de Pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade*. *Revista dos Tribunais*.

MORAIS, José Murilo de. Poder Hierárquico do Empregador: poder disciplinar. In: BARROS, Alice Monteiro de. (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*, 3. ed., São Paulo: LTr., 1997, v.1, p. 577-581.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho*. 18. ed., rev. e atual., São Paulo: LTr., 2003.

NAWIASKY, Hans. *Teoria General del Derecho*. Trad. José Zafra Valverde. Madrid: Rialp, 1962.

OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Trad. C. A. Barata Silva, em colaboração com Darci Rodrigues de Oliveira Santana. 4. ed., rev., São Paulo: LTr., 1984.

OPITZ, Silvia C. B. e OPITZ, Oswaldo. *Curso Completo de Direito Agrário*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

ORTEGATI, Cassio. Sociedade de Massa. In: *Dicionário de Política*. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Coord. da trad. João Ferreira. 2. ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986, p. 1211- 1213.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *A Nova Tipologia Contratual no Direito Civil Brasileiro*. In Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 1.

_____. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2.

_____. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 3.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 4.

_____. *Lesão nos contratos*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PIMPÃO, Hirosê. *Das Relações de Emprego no Direito do Trabalho*. 2. ed., rev., atual. e aum., Rio de Janeiro: José Konfino, 1960.

PIMENTA, Joaquim. *Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho*. 5. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de Adesão. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1977, p. 33-43.

PIRES, Rosemary de Oliveira. A crise econômica global, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho: o *donné* e o *construit* de François Géní. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Brasília: LTr./Anamatra, n. 34, 2010, p. 24-34.

_____. *O Trabalho Cooperativado: um ensaio na harmonização de sua regulação com os direitos fundamentais do trabalhador*. (Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2001).

_____. Trabalho do Menor. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho*. Estudos em Memória de Célio Goyatá. 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: LTr., 1997, v. 1, p. 611-641.

_____. *A Natureza Jurídica do Fato Jurídico Originário da Relação de Emprego*. (Monografia Final de Especialização em Direito e Processo do Trabalho apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2006).

_____; BARBOSA, Arnaldo Afonso. Por um conceito jurídico de empresa coerente com a dignidade da pessoa. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Brasília: LTr./Anamatra, n. 36, Fev. 2011, p. 80-100.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Civil*; conforme au programme officiel des facultés de droit. 10. éd., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1926, v. 2.

PLATÃO. *A República*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado: parte geral*, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 3.

_____. *Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1979.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed., 8ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Visão geral do novo Código Civil, *Revista dos Tribunais* (pronunciamento na sessão de 29.11.2011, na Academia Paulista de Letras- APL), *In: Novo Código Civil Brasileiro; Lei n. 10.406, de 10.1.2002*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Mexico: Porruá, 1959.

REIMANN, Marcos Francisco. *Cidadania e Contratos Atípicos de Trabalho: as políticas sociais e o ordenamento do trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

RÉNARD, Georges. *La théorie de l'institution; essai d'ontologie juridique*. Paris: Recueil Sirey, 1930, v.1.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; DIAS, Fernanda Melazo; VIANA, Márcio Túlio. *O Novo Contrato a Prazo: teoria, prática e crítica da Lei 9.601/98*. São Paulo: LTr., 1998.

REQUIÃO, Rubens. A desconsideração da personalidade jurídica no agrupamento de empresas. *Aspectos modernos de Direito Comercial* (Parecer III), São Paulo: Saraiva, p.283-295, 1988.

_____. *Aspectos Modernos de Direito Comercial: estudos e pareceres*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1971.

RIEG, Alfred. Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe. siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, nº 13, Sur les notions du contrat. Paris, Sirey, 1968, p. 31-49.

RODRIGUES, Manuel Cândido. Contratos de Trabalho. Contratos Afins. Contratos de Atividade. In: BARROS, Alice Monteiro de. (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*, 3. ed., São Paulo: LTr., 1997, v.1, p. 426-463.

ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*. 2. éd., revue et augm. Paris: Sirey, 1951.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil; Direito de Família, Direitos reais e posse*. Trad. da 6. ed. italiana por Ary dos Santos, 3. ed. rev. e adapt. aos novos Códigos Civis Italiano e Português por Antonio Chaves Fábio M. de Mattia. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 2. _____ . *Instituições de Direito Civil*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 3.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2. ed., Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SANSEVERINO, Luisa Riva *Diritto del Lavoro*, 10. ed., riveduta aggiornata, Padova: Cedam, 1967.

SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, 1952.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1954.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Direito das coisas; princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel*, 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, vol. VI.

SILVA, Antonio Álvares da. *Co-gestão no Estabelecimento e na Empresa*. São Paulo, LTr., 1991.

_____. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Reforma do Judiciário: uma justiça para o século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOMBART, Werner. *Socialismo y Movimiento Social*. Trad. Rafael Cansinos Assens. Valencia: Prometeo, s.d.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. As Teorias do Contrato e o Direito Econômico. *Revista de Direito Civil*. n. 9, p. 41-68.

_____. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Direito Econômico do Trabalho*. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1985.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed., São Paulo: LTr., 2000, v. 1 e 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II.

_____. Contratos: princípios gerais; tendências do direito contratual contemporâneo; abrandamento dos princípios tradicionais; intervenção estatal crescente; impacto do código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, n. 765, julho de 1999, ano 88. São Paulo, p. 11-33.

TUHR, Andreas von. *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, Trad. de Maurice de Torrenté et Emile Thilo, 2. éd., revue et complétée par Emile Thilo, (sem local): Lausanne Imprimerie Centrale SA, 1933, v. 2.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 1973.

VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia I; problemas de fronteira*. 2. Ed., São Paulo: Loyola, 1986.

_____. *Ética e Direito*. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. 1.

_____. *Direito Civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5.

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

_____. O Juiz e a Justa Causa em Tempos de Recessão. *Revista da ANAMATRA*, Poços de Caldas, n. 12, 1991, p. 33-34.

_____. Trabalhadores parassubordinados: deslizando para fora do Direito. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; Cantelli, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda (Coord.). *Parassubordinação: Em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *A Ordem Econômica na Constituição do Brasil e a interação empresa-Estado*. Caderno de Direito Econômico, São Paulo: Resenha Tributária, 1983.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed., São Paulo: LTr., 1999.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 251-266.

_____. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, v. 261, Forense, São Paulo, 1978, p. 27-35.

VILLEY, Michel. Préface historique à l'étude des notions de contrats. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 13, Sur les notions du contrat. Paris, Sirey, 1968, p. 01-11.

VOCI, Pasquale. *La Dottrina Romana del Contratto*. Milano: Giuffrè, 1946.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, reimpressão 2000.