

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

GABRIELA STEFFENS SPERB

A RELAÇÃO DE EMPREGO SOB UMA PERSPECTIVA COMUNITÁRIA: UM
CONTRATO EXISTENCIAL, RELACIONAL E FRATERNAL PAUTADO PELA BOA-FÉ

Porto Alegre
2016

GABRIELA STEFFENS SPERB

A RELAÇÃO DE EMPREGO SOB UMA PERSPECTIVA COMUNITÁRIA: UM
CONTRATO EXISTENCIAL, RELACIONAL E FRATERNAL PAUTADO PELA BOA-FÉ

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para aprovação no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito e obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof. Dr. Luciane Cardoso Barzotto

Porto Alegre
2016

CIP - Catalogação na Publicação

Sperb, Gabriela Steffens

O contrato de trabalho sob uma perspectiva
comunitária / Gabriela Steffens Sperb. -- 2013.
169 f.

Orientador: Luciane Cardoso Barzotto.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2013.

1. contrato de trabalho. 2. teoria comunitária-
pessoal. 3. boa-fé no contrato de trabalho. 4.
contrato relacional e existencial. 5. relação
fraterna. I. Barzotto, Luciane Cardoso, orient. II.
Título.

GABRIELA STEFFENS SPERB

**A RELAÇÃO DE EMPREGO SOB UMA PERSPECTIVA COMUNITÁRIA: UM
CONTRATO EXISTENCIAL, RELACIONAL E FRATERNAL PAUTADO PELA
BOA-FÉ**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para aprovação no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito e obtenção do grau de Mestre.

Aprovada, 03 de junho de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

**Professora Doutora Luciane Cardoso Barzotto
Orientadora**

Profa. Dra. Olga Maria Bosch Aguiar de Oliveira

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Profa. Dra. Sonilde Lazzarin

Para o mais Valente,
meu melhor amigo e meu amor

Agradecimentos

Agradeço à Professora Luciane Cardoso Barzotto, minha orientadora, por ter respeitado as minhas escolhas e, atenta ao tema, me apresentado novas possibilidades, provocando o meu interesse por questões que acabaram sendo determinantes para o desenvolvimento do trabalho. Obrigada por ter estabelecido comigo uma relação fraterna, enxergando as minhas dificuldades e incentivando-me.

Agradeço ao Professor Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles pelas aulas indispensáveis, ricas em conteúdo, sem preconceitos e, sempre, abertas ao debate. Obrigada por ter me apresentado ao Direito do Trabalho Português, fundamental para a elaboração do trabalho.

Agradeço ao escritório Knijnik Advocacia, cujo apoio foi importante para a elaboração e conclusão do trabalho, nas pessoas dos Doutores Leonardo Vesoloski e Braulio de Matos.

Agradeço à Maria Helena não só pela correção paciente e atenta do trabalho, mas por ter me acolhido amorosamente na sua vida.

Agradeço à Ana e ao Gui por colocarem tudo em perspectiva nos dias em que só a dissertação parecia importante. Obrigada por serem as crianças mais legais do planeta.

Agradeço ao Márcio pela paciência infinita e encorajamento incondicional, sem os quais eu não teria concluído essa dissertação.

Agradeço ao meu pai e à minha mãe, objetos do meu amor e da minha saudade, pelas primeiras lições que recebi sobre ser “humano”. Devo todas as minhas escolhas, inclusive, as que fiz nesse trabalho à educação humanista que eles me deram.

RESUMO

A presente dissertação se propõe a fazer uma análise do contrato de trabalho atual e de como a crise da pós-modernidade e os modos de produção adotados pela sociedade pós-industrial o afetaram. Será realizada uma revisão histórica do contrato de trabalho, bem como, uma investigação das teorias acerca de sua natureza jurídica, dedicando-se especial atenção à teoria comunitário-pessoal da relação de trabalho. O contrato de trabalho e suas características serão objeto de estudo, com especial atenção às críticas atuais ao instituto, a partir das quais será realizada uma comparação entre ele e os contratos civilistas e consumeristas. Analisadas as particularidades dos chamados contratos pós-modernos e a proposta de reconstrução dogmática elaborada por Maria do Rosário Palma Ramalho, será sugerida uma configuração diferente do contrato de trabalho clássico apoiada na boa-fé e a partir das concepções existencial, relacional e fraterna do contrato. A aplicação da boa-fé, sob a ótica da função social, será estudada como forma de viabilizar a noção comunitária do vínculo laboral. Analisar-se-á o conceito e a aplicabilidade das categorias contratuais existenciais e relacionais à relação de trabalho, destacando-se a possibilidade de agregá-las às características clássicas do contrato laboral. A fraternidade será estudada como elemento indispensável à concepção comunitária das relações de trabalho.

Palavras-chave: comunidade, pessoalidade, organização, contrato de trabalho, função social, boa-fé, confiança, características, existencial, relacional, fraternidade.

ABSTRAC

This dissertation aims to make an analysis of the current labor agreement and how it is affected by the post-modern crisis and the production methods adopted by the post-industrial society. A historical review of the employment contract will be carried out and an investigation of the theories about its legal nature, devoting particular attention to the community-personal theory of the employment relationship. The employment contract and its characteristics will be studied, with special attention to the current criticism of the institute, from which will be compared to the civil law contract and consumer. Analyzed the characteristics of so-called postmodern contracts and the proposed dogmatic reconstruction drafted by Maria do Rosário Palma Ramalho, will be a suggested different configuration of the standard employment contract with emphasis on good faith and from the existential concepts, relational and fraternal contract. The application of good faith from the perspective of social function, will be studied as a way to enable the community concept of employment. It will analyze the concept and applicability of existential and relational categories contractual employment relationship, especially the ability to aggregate them to the classic characteristics of the labor contract. It will examine the fraternity as an essential element to the community conception of labor relations.

Key words - community, organization, contract of employment, the social function of property, social function of the contract of employment, good faith, trust, classification, existential, relational, fraternity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 A RELAÇÃO DE TRABALHO NA PÓS MODERNIDADE	17
2.1 BREVE INCURSÃO HISTÓRICA	18
2.2 A MODERNIDADE E A SUA CRISE.....	25
2.3 A PÓS-MODERNIDADE, A SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL E O TRABALHO	29
2.4 O TRABALHO COMO UMA RELAÇÃO COMUNITÁRIA.....	34
3 A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE TRABALHO.....	44
3.1 TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE TRABALHO.....	47
3.1.1 Anticontratualismo.....	47
3.1.2 Institucionalismo Puro ou Imoderado.....	48
3.1.3 Acontratualismo ou Paracontratualismo	49
3.1.4 Contratualismo	50
3.1.5 Teorias Ecléticas	52
3.2 A opção do legislador brasileiro.....	55
3.3 TEORIA COMUNITÁRIA-PESSOAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO	59
4 O CONTRATO DE TRABALHO	72
4.1 ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS	73
4.1.1 Pessoaalidade	73
4.1.2 Onerosidade	74
4.1.3 Não eventualidade	76
4.1.4 Subordinação	77
4.2 REQUISITOS JURÍDICO-FORMAIS	78
4.3 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TRABALHO	79
4.4 DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES NO CONTRATO DE TRABALHO.....	81
4.5 CRÍTICA AO MODELO CONTRATUAL LABORAL	83
4.6 CONTRATOS PÓS-MODERNOS	90

4.7 UMA RECONSTRUÇÃO POSSÍVEL.....	93
5 BOA FÉ E O CONTRATO DE TRABALHO.....	104
5.1 FUNÇÃO SOCIAL E BOA-FÉ	104
5.2 BOA FÉ E O DIREITO DO TRABALHO	110
5.3 AS FUNÇÕES DA BOA FÉ NO CONTRATO DE TRABALHO	119
5.3.1 Função Interpretativa	119
5.3.2 Função integradora das normas ou criadora de deveres jurídicos	120
5.3.3 Função de controle ou corretiva	121
5.4 A BOA FÉ NO DESENVOLVIMENTO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	123
6 O CONTRATO DE TRABALHO SOB A PERSPECTIVA EXISTENCIAL, RELACIONAL E FRATERNA.....	131
6.1 CONTRATOS EXISTENCIAIS.....	133
6.1.1 Princípios para elaboração, execução e interpretação dos contratos existenciais.	138
6.2 CONTRATOS RELACIONAIS	142
6.3 CONTRATO DE TRABALHO COMO UMA RELAÇÃO FRATERNA.....	149
CONCLUSÃO	160
REFERÊNCIAS	164

INTRODUÇÃO

Muito se tem falado, discutido e escrito sobre a crise do Direito do Trabalho. A crise não é exclusiva do Direito do Trabalho, mas não se pode negar que muitos são os temas que a atualidade propõe à área jurídica.

Tais questões relacionam-se, em parte, com a crise da pós-modernidade, que põe em dúvida as promessas da Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade, valores que não se realizaram de forma plena e, talvez, nem sejam realizáveis. Relacionam-se, também, com a sociedade pós-industrial, na qual os modelos *fordista e toyotista* foram abandonados, pois não suportaram as pressões do mercado mais ágil, sempre em busca de mais produção, menos custos e maiores lucros. O desenvolvimento tecnológico foi imediatamente utilizado para a produtividade e a rentabilidade, criando e aumentando o desemprego. Com o fim dos *goldenseventies*,¹ com a alteração do quadro econômico e com o aumento do desemprego, que volta a se manifestar de forma cíclica, de tempos em tempos, até os dias atuais, muitas das conquistas do *welfarestate* foram postas em xeque.

No curso do colapso da modernidade e da sociedade industrial, a globalização prometeu um mundo sem fronteiras e uma comunicação capaz de conectar as pessoas, contudo essas promessas, também, não se cumpriram. As grandes empresas transnacionais enfraqueceram os Estados Nacionais, retirando-lhes parte do poder arrecadatório, normativo e fiscalizatório. Todos esses fatores são determinantes no mundo do trabalho e exigiram novos modelos de organização pondo abaixo o mito do trabalho típico e a crença de um sistema hegemônico, resultando, assim, numa tendência de marginalização do trabalho que não corresponde a esse modelo.

O que se vê é uma crise do Direito Laboral externa. Os trabalhadores outsiders são cada vez mais numerosos e, embora dependentes da relação que estabelecem com o cliente, não podem contar com a proteção da legislação trabalhista. É também uma crise interna do Direito do Trabalho, pois o trabalhador subordinado típico vê a proteção diminuir pela adoção dos mais diferentes modelos de contratação, tais como terceirização, por prazo determinado, tempo parcial, dentre outros.

De todas as mudanças que o mundo do trabalho enfrentou no último século, a mais impactante para o homem que trabalha talvez tenha sido a perda do sentido de pertencimento

¹ Período de intenso crescimento econômico e acelerada expansão industrial que começa no fim da II Guerra Mundial e se intensifica nos anos setenta.

a uma comunidade para a qual contribuía com seu esforço e da qual contava receber proteção e o apoio, acreditando ser útil para a construção não só dos interesses da própria comunidade, mas da sociedade como um todo. Vários sociólogos² enfatizam que a perda do sentido de comunidade é um dos aspectos mais preocupantes da pós-modernidade no trabalho. Ao lado do desemprego e da diminuição dos postos de trabalho, a percepção de que as relações no ambiente laboral são superficiais e de que não há confiança nem cooperação entre as pessoas é apontada como causa de enorme insatisfação dos trabalhadores, e os novos modelos de contratação, citados acima, contribuem enormemente para essa sensação anticomunitária, uma vez que os trabalhadores temporários são passageiros, os terceirizados têm os seus postos de trabalho alterados ao sabor dos desejos dos clientes, e muitos não conseguem criar laços com as pessoas com quem dividem o trabalho. O teletrabalho, por exemplo, apesar de suas vantagens, isola o trabalhador do grupo.

A questão que se coloca é se, de alguma maneira, a ideia de comunidade nas relações de trabalho pode ser resgatada, se ainda há espaço para ela na pós-modernidade e de que forma o Direito pode favorecer o seu desenvolvimento, abrir portas ao invés de fechá-las. Sendo este o objetivo principal do trabalho, a hipótese a ser verificada. Isso porque os novos tempos trouxeram novos desafios, mas não diminuíram a importância do trabalho para o homem, não só como meio de subsistência, mas também como modo de realização pessoal e como forma de inserção social.

Complementando essa hipótese, no desenvolvimento da dissertação pretendeu-se, como objetivo específico, estudar a relação de emprego a partir da sua natureza jurídica, especificamente, da teoria comunitário pessoal e de como ela pode servir de fundamento para uma concepção comunitária do vínculo; analisar a aplicação da boa-fé ao contrato de trabalho e as novas possibilidades de caracterizá-lo como uma relação existencial, relacional e fraterna.

No que tange a metodologia adotada na dissertação, os estudos e as análises foram alicerçadas em uma base teórica discutida por autores renomados, que permitiram leituras e aproximações com os assuntos propostos, sendo que entre estes destaca-se Maria do Rosário Palma Ramalho.

A partir dessa base teórica, desenvolveu-se o trabalho com embasamento no método de abordagem dedutiva (partiu-se do estudo dos dados gerais para os particulares); nos

² Zygmunt Bauman, André Gorz, Richard Sennet, por exemplo.

métodos de procedimentos histórico (investigou-se acontecimentos passados e verificou-se a influência destes na sociedade atual) e comparativo (realizou-se comparações para averiguar as semelhanças e explicar as diferenças); nas técnicas de pesquisa documentais (foram consultados normativas e leis) e bibliográficas (verificou-se diferentes doutrinas).

No primeiro capítulo, far-se-á uma breve revisão histórica do trabalho e de como as legislações avançaram no século XX, tendo o individualismo do começo daquele século sido substituído pelas legislações de caráter social, limitadoras da vontade. Observar-se-á que, a partir da década de setenta do século passado, o trabalho passou por muitas transformações que também serão estudadas no primeiro capítulo, avaliando-se os efeitos da crise da pós-modernidade e da sociedade pós-industrial nas relações de trabalho. Identificar-se-á, ao final do capítulo, a perda do sentido de comunidade no trabalho. Como o Direito pode oferecer soluções para o problema será também tema recorrente.

No segundo capítulo, será estudada a natureza jurídica da relação de trabalho e as teorias elaboradas em torno do tema, assim como a solução sincrética adotada pela Legislação Brasileira, que harmonizou, no mesmo texto legal, a Consolidação das Leis do Trabalho, as teorias contratualistas e institucionalistas, observando-se que, para a Consolidação das Leis do Trabalho, há uma mistura do aspecto formal, contrato, com o conteúdo, relação, razão pela qual, no Direito Brasileiro, o contrato de trabalho equivale à relação de emprego. Ao final do segundo capítulo, será analisada a teoria comunitário-pessoal, desenvolvida na Alemanha nos anos trinta, que concebia a relação de trabalho de forma comunitária.

A importância da teoria comunitário-pessoal decorre do fato de que, ao enxergar o contrato de trabalho como uma comunidade, destaca a singularidade e a complexidade da relação de emprego e reforça a ideia de que não podem ser aplicáveis a ela as regras do regime comum do Direito das Obrigações, tendo, por essa razão, contribuído grandemente para a autonomia dogmática do Direito do Trabalho. Apesar de sua importância, a teoria comunitário-pessoal é praticamente ignorada pela doutrina brasileira, o que, por si só, justificaria o interesse no seu estudo.

O elemento comunitário é destacado na teoria comunitário-pessoal, considerando a inserção do trabalhador na organização empresarial e a criação de uma comunhão entre empregador e empregado para alcançar os interesses comuns. Dessa forma, tanto empregado

como empregador exerceriam seu mister comprometidos com a organização, cuja manutenção e desenvolvimento traria benefícios para as partes e para a sociedade como um todo.

Apesar de ter sido objeto de críticas severas, a partir da década de setenta, que culminaram com o seu abandono, a influência que exerceu sobre o Direito do Trabalho em diversos países europeus é inegável. Portugal é exemplo dessa ingerência, ao mencionar expressamente o princípio da mútua colaboração das partes no corpo do antigo Código do Trabalho Português. Não só pelo dispositivo legal, cuja constitucionalidade foi discutida mais tarde, mas pelo próprio sistema jurídico trabalhista português, no qual a autonomia dogmática do Direito do Trabalho é questionada, a validade da teoria foi objeto de debates, destacando-se os estudos de Manuel Menezes Cordeiro e Maria do Rosário Palma Ramalho.

O terceiro capítulo analisará o contrato de trabalho a partir de suas características fundamentais e, na sequência, fará uma breve comparação entre a legislação laboral e os regimes legais civilista e consumerista que, nas últimas duas décadas, representaram um grande avanço para a teoria geral dos contratos, dentre outras razões, por adotar princípios gerais como a função social e a boa-fé dos contratantes para regular as relações contratuais submetidas aos seus sistemas. Do estudo das legislações consumerista e civilista é possível identificar quais as características da moderna teoria dos contratos que talvez possam ser aplicadas ao contrato de trabalho.

O terceiro capítulo voltar-se-á, ainda, à construção teórica de Maria do Rosário Palma Ramalho, que, embora tenha concluído, por razões diversas das críticas ordinárias, que a teoria comunitário-pessoal da relação de emprego apresenta falhas que a comprometem tecnicamente, adotou alguns de seus elementos. Assim, Ramalho valoriza o seu legado e, a partir dele, organiza uma nova teoria para a relação de emprego. Aproveitando o que seria relevante na teoria comunitário-pessoal, Ramalho constrói uma proposta de relação de emprego, que julga adequada aos desafios dos novos tempos, pois não nega o núcleo conflitual do vínculo, mas aponta para uma zona do contrato, que chama de laboral, e que seria compatível com as ideias de personalidade e organização. Encerra-se o quarto capítulo, propondo-se uma alternativa às ideias de Ramalho, tendo como ponto de partida o princípio da boa-fé e sua estreita relação com a função social do contrato, aspectos que se reputam indispensáveis para o desenvolvimento de uma relação comunitária de trabalho.

O quarto capítulo buscará, através de mecanismos jurídicos existentes no ordenamento jurídico atual, o ideal comunitário. Para tanto estudará a ligação entre a função social do contrato de trabalho e da empresa com a boa-fé, dando ênfase ao papel do segundo elemento na construção da relação de emprego. A boa-fé confere ao contrato de trabalho um aspecto que, se não chega a ser comunitário, pode ser cooperativo, porque restaura a confiança e a lealdade entre os contratantes, dando relevo à consideração pelos interesses da contraparte no negócio, o que impõe aos contratantes o dever de agir de forma honesta e leal, buscando a execução daquele contrato, mas observando, também, a sua função social e com isso o bem comum.

Analisar-se-á, ainda no quarto capítulo, a origem da boa-fé no Direito do Trabalho a partir do estudo do princípio do rendimento e sua aplicação prática em todas as fases dos contratos de trabalho, destacando-se, ao final, a sua contribuição para o aspecto comunitário da relação.

No quinto e último capítulo destacar-se-á a proposta de uma reclassificação do contrato de trabalho através de características que tornam o contrato relacional e existencial. A classificação é elaborada pela análise da natureza da prestação envolvida no contrato de trabalho, bem como pelo tempo de duração do vínculo que impõem às partes comprometimento com cooperação e com a função social do mesmo. Ao defini-lo como um contrato existencial, ou seja, aquele que é indispensável à existência do homem seja como fonte de renda, seja como instrumento de reconhecimento, e relacional, como um contrato de longa duração, que exige das partes constante adaptação e colaboração mútua, ele aproxima-se da ideia de relação comunitária com intensa reciprocidade e colaboração entre as partes.

Na concepção do contrato de trabalho como um negócio jurídico existencial, põe-se em destaque a pessoalidade do trabalhador e o modo como o contrato de trabalho interfere na sua vida, seja provendo a sua subsistência e de sua família, seja sob aspectos não materiais como a sua contribuição para o bem comum, o seu sentimento de pertencimento, a sua necessidade de ser reconhecido, dentre outros. O contrato de trabalho é fundamental à existência do homem.

O contrato de trabalho, como contrato relacional, permite conjugar vários fatores que serão estudados nessa dissertação, pois, além do aspecto da cooperação inerente à relação de caráter continuado, a manutenção do contrato de trabalho interfere na organização do

empregador e nas suas expectativas com relação ao empregado a médio e longo prazo, bem como na vida do trabalhador, seja pela estabilidade financeira que o contrato de trabalho confere ao empregado, seja porque sua vida pessoal adapta-se a ele e desenvolve-se em torno dessa relação.

Por fim, propor-se-á, como elemento indispensável à configuração de uma relação comunitária, a adoção da fraternidade como elemento ético do contrato de trabalho. A fraternidade representaria um passo adiante do dever de agir com boa-fé, ao determinar um compromisso com o outro e com o bem comum. Ser fraterno é ser capaz de enxergar o outro como um igual, identificar-se com suas dificuldades e, mesmo que em prejuízo dos seus próprios interesses, agir sempre em prol do bem de todos.

Tais ideias representam, apenas, algumas possibilidades para a reconstrução dogmática da relação de trabalho, que, sem negar a sua natureza obrigacional e conflitual, convidam à reflexão, deslocando a discussão que tem sido, desde o começo do século XX, uma tentativa de criar igualdade formal diante da desigualdade entre as partes, para uma proposta de conciliação, que não nega a existência de uma relação de poder, mas procura realçar a colaboração, baseada na importância da empresa para a sociedade, mas, muito mais do que isso, na importância do trabalho para o homem, esse sim, o centro de todo sistema jurídico. O reforço dos aspectos comunitários na relação de emprego se apoia na crença de que o trabalho pode ser um lugar melhor, no qual o homem pode se desenvolver integralmente com o apoio de outros homens e estabelecer com eles uma relação fraterna que lhe devolva o sentido do trabalho e a confiança de que colabora, através dele, para o bem comum.

2 A RELAÇÃO DE TRABALHO NA PÓS MODERNIDADE

Segundo Marx, o primeiro ato histórico do homem é envolver-se em mecanismos que permitam suprir suas necessidades básicas, e a ação de satisfazê-las acaba por criar novas necessidades. Por essa razão, a vida é repleta de relações de produção, que se dão em todas as esferas e condicionam a vida social, espiritual e política.³

Na produção, “[...] os produtores se modificam, extraindo de si mesmos novas qualidades, desenvolvendo a si mesmos por meio da produção, se remodelando, formando novas forças e novas concepções, novos meios de comunicação, novas necessidades e nova linguagem [...]”.⁴

Ainda, segundo Marx, o modo de produção modifica o pensar e os produtos do pensar, assim, altera a linguagem, a tecnologia, a forma de ser, de morar, de estudar, de se defender, de fazer a guerra. Por isso, diferente de outras mercadorias, a força de trabalho humano contém um elemento histórico, social e moral. A produção é o modo de estar no mundo. Por estas razões, o capitalismo tem uma gênese revolucionária, porque mudou o modo do homem estar no mundo. Ele não é mais escravo, nem servo, é um trabalhador livre.⁵ Ou deveria ser.

A globalização econômica e a revolução tecnológica ocorreram no curso da pós-modernidade ou como consequência dela e tiveram impacto direto sobre os modos de produção: o trabalho perdeu seus vínculos culturais e geográficos, o empregador é fluído e, em muitos casos, indeterminado, o que afeta diretamente a ideia de subordinação, e o capital, cada dia mais descentralizado, mudou a morfologia da economia capitalista.⁶ Bauman descreve com clareza a passagem do capitalismo pesado para o leve e, como tal transformação impactou os modos de produção:

A modernidade sólida era, de fato, também o tempo do capitalismo pesado – do engajamento entre capital e trabalho fortificado pela mutualidade de sua dependência. Os trabalhadores dependiam do emprego para sua sobrevivência; o capital dependia de emprega-los para sua reprodução e crescimento. Seu lugar de encontro tinha endereço fixo; nenhum dos dois poderia mudar-se com facilidade para outra parte – os muros da grande fábrica abrigavam e mantinham os parceiros numa prisão compartilhada.
[...]

³ MARX, Karl. **O leitor de Marx**. Organização de José Paulo Netto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

⁴ MARX, Karl. **Grundrisse**. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 450.

⁵ *Ibidem*, p. 456.

⁶ MOLINA, André Araujo. **Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 155.

Mas o capital se tornou extraterritorial, leve, desembaraçado e solto numa medida sem precedentes, e seu nível de mobilidade espacial é na maioria dos casos suficiente para chantagear as agências políticas dependentes de território e fazê-las se submeterem a suas demandas. (...) Tendo se livrado do entulho do maquinário volumoso e das enormes equipes de fábrica, o capital viaja leve, apenas com a bagagem de mão – pasta, computador portátil e telefone celular. O novo atributo da volatilidade fez de todo compromisso, especialmente do compromisso estável, algo ao mesmo tempo redundante e pouco inteligente: seu estabelecimento paralisaria o movimento e fugiria da desejada competitividade, reduzindo a priori as opções que poderiam levar ao aumento da produtividade.⁷

Esse capítulo propõe, portanto, o estudo das mudanças no modo de produção e seu impacto para o mundo do trabalho. Elaborando-se, inicialmente, uma revisão histórica a partir do surgimento do trabalho livre até a criação do próprio Direito do Trabalho, para na sequência enfrentar a crise dos institutos.

2.1 BREVE INCURSÃO HISTÓRICA

A relação de emprego é uma totalidade, uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na mera soma de seus fatores. Existe um objetivo comum a ser perseguido pelas partes dessa relação que não se limita aos seus interesses individuais. É possível afirmar que além desses interesses, a relação de emprego persegue um objetivo determinado pela sociedade e positivado na Constituição da República⁸, o do desenvolvimento econômico como justiça social. A CR/88 coloca o valor social do trabalho e a livre iniciativa como fundamentos do Estado Democrático de Direito ao lado da dignidade da pessoa humana⁹ e estabelece que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170, *caput*, da CR/88).

Mas nem sempre foi assim. Olea¹⁰ ensina que o trabalho já foi castigo, e o ócio, fator de distinção social. O trabalho passa a ter novo *status* apenas nas sociedades modernas, especialmente após a Revolução Industrial. Citando Platão e Aristóteles, Olea¹¹ lembra que, na antiguidade, o trabalho produtivo era considerado indigno para o homem livre, que devia

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p.166.

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹⁰ OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, 1997, p. 53

¹¹ *Ibidem*, p. 56

se dedicar ao ócio, utilizando o tempo para atividades filosóficas e políticas, o que era negado aos escravos. Por essa razão, a fase anterior a Revolução Industrial é considerada a pré-história do Direito do Trabalho; nela praticamente não havia trabalho livre.

Na antiguidade, a escravidão era o sistema de trabalho dominante, tanto o manual como o intelectual, havendo, especialmente na Grécia, distinção entre escravos cultos, que se dedicavam à arte e à ciência, e aqueles que só exerciam atividade braçal. Por isso autores, como Catharino,¹² não acreditam que a relação de trabalho tenha nascido em Roma, apontando duas razões para tanto: o predomínio do trabalho escravo e a autossuficiência do grupo familiar que, apenas, excepcionalmente, fazia uso de trabalhadores livres que eram camponeses, artesãos e operários, normalmente em condições financeiras muito precárias.

Existia ainda, de forma não tão expressiva, trabalho autônomo livre em Roma, com trabalhadores de diversas profissões se agrupando em corporações, mas, a partir do século III, as corporações passaram para o domínio do Estado, que instituiu o monopólio das profissões e proibiu os trabalhadores de deixarem de exercê-las e obrigou os descendentes a seguir a profissão de seus ascendentes. Desta feita, segundo Ramalho,¹³ embora houvesse trabalho livre em Roma, e ele fosse relevante sob alguns aspectos, não é possível concluir que a liberdade estivesse presente, assim como também, não ao longo da Idade Média, pelo menos não com o significado que adquire na Modernidade. A liberdade contratual, afinal, não se esgota na ideia de trabalhador como homem livre, pois em várias circunstâncias as condições de sujeição deste “trabalhador livre” são tais que se assemelham a escravidão.

Com a fragmentação do Império Romano e o advento da Idade Média, verificou-se uma alteração da condição de trabalho escravo para a de trabalho servil, uma espécie de escravidão atenuada, na qual o servo se sujeitava ao senhor feudal de modo “voluntário”. As grandes propriedades privadas, doadas pelos reis aos nobres, deram origem aos feudos, ao regime de trabalho de servidão da gleba e à vassalagem. Os servos, em geral miseráveis, eram submetidos a várias restrições em troca do uso dos pastos e da herança de seus objetos pessoais e animais, que, muitas vezes, eram absorvidos pelos impostos que eram devidos aos senhores feudais.

¹²CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1982, p.173.

¹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003, p.174

De acordo com Olea,¹⁴ a transição do escravo para o servo foi complexa. Com a relação dominial enfraquecida, o escravo foi deixando a qualidade de coisa e adquirindo a de pessoa, com a capacidade de ser sujeito de relações jurídicas. A essência da distinção entre ambos é a de que o servo não pode ser tratado como um objeto.

Ainda na Idade Média, nas cidades europeias nascidas ou renascidas, o artesão destaca-se como um trabalhador urbano e livre e, de acordo com Olea, é nesse ambiente que nasce o contrato de trabalho, pois a prestação de serviços por conta de outrem vem precedida de um ajuste, em razão do qual seus frutos serão cedidos em troca de remuneração. O autor ensina:

O contrato de trabalho começa a aparecer assim em sua realidade de título jurídico, em virtude do qual se articula a alheabilidade da propriedade dos frutos em um regime de trabalho livre.

Trata-se de uma mutação essencial e não só jurídica, mas também social; o contrato (relação entre duas pessoas livres) substitui a propriedade (relação entre o escravo e o seu dono) e a uma complexa relação de *status* fundada sobre a subordinação política e a posse da terra (relação entre o servo e o seu senhor), como fundante da atribuição dos frutos do trabalho a pessoa distinta do trabalhador. A diferença radical consiste em que na nova articulação se deve contar com a vontade do próprio trabalhador, coisa não necessária quando o trabalhador é semovente carente de liberdade (escravidão) e quando, embora seja pessoa, justamente o tipo de decisão que se lhe nega é o de trabalhar ou deixar de fazê-lo (servidão).¹⁵

Esses artesãos livres relacionam-se e distinguem-se pela profissão, em moldes semelhantes aos das corporações romanas, formando as corporações de ofício com uma rígida hierarquia entre mestres, oficiais e aprendizes, o que acabou por gerar grande tensão entre os participantes, pois todo o poder concentrava-se nas mãos dos mestres. A tensão virou conflito, e as corporações enfraqueceram-se internamente, sucumbindo às lutas internas. Com a Revolução Francesa, em 1789, a liberdade individual passou a ser considerada um valor, e a existência de entes coletivos que se colocavam entre o cidadão e o Estado mostrou-se inócua, resultando na desarticulação das corporações e no seu gradual desaparecimento.

A Revolução Francesa foi determinante para que esse ajuste entre os artesãos e os tomadores de serviços se aproximasse da ideia de um contrato de trabalho, pois a liberdade desses trabalhadores adquiriu um novo significado conjugada com a igualdade. Ramalho destaca que “[...] a ideia da privação voluntária da liberdade pelo prestador, que quadra às relações de serviço do tipo patriarcal e familiar na época anterior, é agora iníqua e passa a ter

¹⁴OLEA, op. cit., p. 158.

¹⁵ Ibidem, p. 207

significado a limitação positiva da subordinação do prestador do trabalho em termos temporais e funcionais [...]”.¹⁶

É a partir da Revolução Francesa que a ciência jurídica começa a discutir a natureza da relação de emprego. Sendo as primeiras iniciativas de origem evidentemente civilista, tratando o trabalho ora como locação de mão de obra, ora como compra e venda da força de trabalho, ora como mandato, pois a dificuldade era, segundo Ramalho,¹⁷ conciliar formalmente a configuração não igualitária do vínculo laboral com os princípios da liberdade e da igualdade. Diante deste dilema aproveitou-se a antiga figura romana da *locatio conductio operarum*, que possibilitava o enquadramento do trabalho como negócio jurídico, na medida em que justificava a dependência do trabalhador e os poderes do empregador.

Tal concepção permitia enxergar a relação de trabalho como um vínculo entre sujeitos iguais que buscam, de forma livre, seus interesses através de um contrato. A autonomia da vontade do trabalhador tem um aspecto ético importante considerando que a origem histórica do trabalho subordinado é o trabalho servil.

O contrato é uma afirmação de liberdade de trabalho porque modifica o relacionamento do trabalhador com o destinatário do trabalho, e sob esse prisma é inegável a sua importância, uma vez que põe fim ao regime de escravidão, de servidão e outras formas de trabalho forçado nas quais o ser humano é constringido a prestar serviços subordinados. Com o seu advento, o homem passa a ter o direito de dirigir a própria vida como senhor de si mesmo, podendo oferecer o seu trabalho ou deixar de fazê-lo a determinado empregador, ao qual não está mais irrestritamente vinculado. Significa, portanto, um ideal de humanismo na preservação da dignidade do homem que trabalha e uma forma de liberdade pessoal consubstanciada na livre escolha de emprego.¹⁸

Ressalta Ramalho¹⁹ que a materialização do trabalho humano teve grande importância para a reconstrução técnica e axiológica do contrato de trabalho no liberalismo, permitindo que o trabalho fosse elevado à categoria de bem jurídico, que integra o patrimônio do trabalhador, que pode livremente dele dispor. Ou seja, para a autora, a atividade laboral é desligada da pessoa do trabalhador, com o reconhecimento do valor mercantil do trabalho humano. Tal materialização harmonizou o princípio da igualdade com o fato da atividade ser prestada sob a direção do credor.

¹⁶ RAMALHO, op. cit., p. 176

¹⁷ Ibidem, p. 185.

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 565.

¹⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 175.

A fase histórica do Direito do Trabalho, propriamente dita, inicia-se com a Primeira Revolução Industrial, após superadas as manufaturas. A invenção da máquina a vapor foi o marco inicial da Revolução Industrial e a gênese do Direito do Trabalho, com grandes evoluções na economia e nas relações sociais. Segundo Olea,²⁰ a Revolução Francesa foi uma revolução sem precedentes na história da humanidade, pois implicou na mudança dos modos de vida, forçando a reorganização da sociedade e afetando a mentalidade dos homens que, a partir da Revolução Industrial, passaram a acreditar no desenvolvimento como progresso. É no século XIX que nascem as grandes fábricas, as concentrações urbanas e o capitalismo, estimulado pelas ideias liberais da Revolução Francesa.

O liberalismo ignorava a desigualdade entre as partes e defendia a plena liberdade de contratação, tratando desiguais como formalmente iguais. Com isso levou ao aprofundamento da miséria e à extrema exploração dos trabalhadores. A classe operária explorada e faminta passa então a organizar-se contra as condições de trabalho vigentes. Esse movimento inicia com a consolidação do trabalho massificado, quando se extremam os abusos dos empregadores em matéria de tempo e condições de trabalho, demonstrando a fragilidade do dogma da liberdade contratual. Muitas são as manifestações que denunciam as condições de trabalho a que se submetiam os empregados nessa primeira fase do capitalismo, não muito diferentes dos escravos da antiguidade.

O Socialismo Científico de Marx, baseado no Manifesto Comunista de 1848, denuncia essa condição do trabalhador:

[...] Em nenhum outro período antes desse, as forças produtivas assumiram uma forma tão indiferente ao comércio dos indivíduos entre si, porque seu comércio era ainda limitado. De outro lado, diante dessas forças produtivas, está a maioria dos indivíduos, dos quais essas forças separam-se, e que, por conseguinte, foram privados de qualquer substância viva e transformaram-se em indivíduos abstratos...A única relação que eles ainda mantêm com as forças produtivas e com sua própria existência, o trabalho perdeu para eles qualquer aparência de atividade pessoal e só continuam em vida, vegetando.²¹

A partir dessa crítica ao capitalismo, Marx sugere a tomada do poder político pelos trabalhadores para a supressão do capitalismo e das classes sociais, desaparecendo o Estado e o Direito e surgindo a autogestão da sociedade.

A Igreja Católica, na *Encíclica Rerum Novarum*, também, denuncia essa situação:

²⁰ OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, 1997, p. 297.

²¹ MARX, Karl. **O leitor de Marx**. Organização de José Paulo Netto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 194.

[...] No que diz respeito aos bens naturais e exteriores, primeiro que tudo é um dever da autoridade pública subtrair o pobre operário à desumanidade de ávidos especuladores, que abusam, sem nenhuma descrição, tanto das pessoas como das coisas. Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem. Assim, o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade de repouso deve ser proporcionada à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários. O trabalho, por exemplo, de extrair pedra, ferro, chumbo e outros materiais escondidos debaixo da terra, sendo mais pesado e nocivo à saúde, deve ser compensado com uma duração mais curta. Deve-se também atender às estações, porque não poucas vezes um trabalho que facilmente se suportaria numa estação, noutra é de facto insuportável ou somente se vence com dificuldade.²²

Como se vê, a Igreja Católica, através do Papa Leão XIII (1891), condenava firmemente a exploração dos operários pelos industriais e os excessos do liberalismo econômico e exigia do Estado proteção ao operariado. Por outro lado, as ideologias marxistas analisavam as circunstâncias sob uma perspectiva econômica (o trabalho como fator de produção), na qual a luta de classes é inerente, e apelavam ao associativismo sindical para superar a fragilidade negocial dos operários nos respectivos contratos de trabalho.²³

É a partir dessas manifestações que se começa a questionar a igualdade e a liberdade de contratar. A visão exclusivamente obrigacional do vínculo de emprego, baseada no Código de Napoleão, cuja essência era a autonomia da vontade, estendeu-se até o começo do séc. XX.

De acordo com Olea,²⁴ no primeiro período da Revolução Industrial, o contrato e a relação de trabalho não conhecem outra fonte que não a vontade empresarial. O contrato era meramente constitutivo da relação de trabalho, não fazia mais do que expressar a adesão do trabalhador às decisões do empresário, que podiam estar expressas, também, em normas técnicas, nos regulamentos de fábrica, de oficina ou em outras normas emanadas da empresa.

A autonomia da vontade foi o dogma do Direito Privado do século XIX e só começou a ser alterado com a edição do Código Civil Alemão²⁵, a partir do qual a liberdade passa a ser protegida, e o direito abandona o sistema em que a propriedade é a medida de todas as coisas

²²GHUNTER, Luiz Eduardo (coord.). *Rerum novarum – estudos em homenagem aos 120 anos da encíclica papal*. Curitiba: Juruá, 2011.

²³RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2012, p.43

²⁴OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, 1997, p. 338.

²⁵ Bürgerliches Gesetzbuch, o CÓDIGO CIVIL ALEMÃO é o Código Civil Alemão, que começou a ser desenvolvido em 1881 e foi promulgado em 1900.

e volta-se para o homem. São as ideias de Von Gierke,²⁶ quando se discutia a criação do Código Civil Alemão, que questionam a concepção individualista que permeia as relações de trabalho, aduzindo que a opção pelos modelos romanos deu-se por “simples rotina”, pois o contrato de trabalho não se identifica nas formas romanas da *locatio operarum e da locatio conductum operarum*, que são essencialmente patrimonialistas. Não se pode falar em venda e locação do trabalho humano, que, segundo o autor, estão mais próximas do direito das pessoas e do direito de família, do que do direito das coisas.

Delgado acrescenta que as soluções civilistas eram precárias e artificiais, pois viam a relação laboral a partir da matriz clássica civilista. O contrato de trabalho, todavia, era um modelo de relação jurídica nova, não completamente compreendida, pois era diferente das formações historicamente conhecidas, razão pela qual não poderia ser tratado como um contrato qualquer.²⁷

Começam, então, as discussões a respeito da decadência da autonomia da vontade, das desigualdades sociais e econômicas, que obrigam a regulamentação normativa do contrato com a finalidade de reduzir ou de evitar o seu desvirtuamento. Nesse sentido, Catharino ensina que “[...] dignificado o trabalho humano, aparecido o Estado protecionista, abalado o princípio absoluto e hipócrita da “autonomia da vontade”, começou a se firmar o contrato de emprego (ou de trabalho) e com ele o próprio Direito do Trabalho, na sua fase histórica, da liberdade protegida, mais real”.²⁸

O Direito do Trabalho, segundo Catharino²⁹, organiza-se a partir da ideia da relação de emprego, que nasce como um típico contrato civil e desenvolve-se como tal dentro das concepções capitalistas na primeira fase da Revolução Industrial. As condições desumanas a que os trabalhadores eram submetidos pôs em relevo a desproporção entre o poder do empregado e do empregador nessa relação. Logo se percebeu que o Estado deveria interferir a fim de proteger a parte mais fraca. É possível afirmar que o dirigismo estatal está na origem do Direito do Trabalho e subverte a noção da autonomia da vontade até então dominante nas legislações liberais.

²⁶ GIERKE, Otto von. *Las raíces del contrato de servicios. Traducción y comentario crítico* de Germán Barreiro González. Madrid: Civitas, 1982.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2015, p. 323.

²⁸ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 179.

²⁹ *Ibidem*, p. 183.

La Cueva³⁰, fazendo referência a Constituição Alemã de 1919, que elevou os direitos dos trabalhadores à categoria de normas fundamentais, destaca a importância de enxergar o contrato de trabalho como uma categoria jurídica autônoma e não como um simples contrato civil, no qual o acordo de vontades é o objeto da proteção, enquanto que no Direito do Trabalho o que se protege é o homem que trabalha, e o contrato serve apenas para ajustar a condição do homem à empresa. A constitucionalização do Direito do Trabalho é fenômeno compreendido por Olea da seguinte forma:

É normal encontrar hoje – a partir das Constituições posteriores à Grande Guerra de 1914-1918, das quais é muito significativa a alemã de Weimar, com alguma notável exceção anterior, como a Constituição mexicana de 1917 – o fato de que alguns princípios gerais do Direito Comum do Trabalho tenham sido elevados ao plano constitucional, de acordo com o talante de cada ordenamento, que pode, efetivamente, ser percebido por vezes em grandes traços numa leitura atenta das constituições e, ainda, numa leitura superficial das posteriores à Segunda Guerra Mundial, porquanto o fenômeno se generaliza depois desta.³¹

A referida constitucionalização do Direito do Trabalho simboliza o reconhecimento de sua importância como parte do ordenamento jurídico e, mais do que isso, reconhece o trabalho como um valor da sociedade que não é meramente econômico e nem simples mercadoria. O trabalho encerra o século XX, como se viu no começo desse capítulo, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito ao lado da dignidade da pessoa humana.

2.2 A MODERNIDADE E A SUA CRISE

O movimento iluminista estruturou o projeto da modernidade inaugurando a idade da razão, enfatizando o papel ativo da mente no processo de conhecimento. O homem seria o criador do próprio mundo, ou seja, a cultura e a ética refletiriam padrões universalmente humanos. A modernidade seria a época do triunfo de uma razão redentora, que se projeta nos diversos setores da atividade humana e permitiria ao homem construir o seu destino, livre do jugo da tradição, da tirania, da autoridade e da sanção religiosa.

A positivação é expressão da modernidade jurídica, ensejando a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas que se tornam a manifestação inequívoca do

³⁰ DE LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. Mexico: Porrúa, 1954.

³¹ OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, 1997, p. 410.

direito. É desse momento histórico que advém a identificação moderna entre direito e lei, restringindo o âmbito da experiência jurídica.

O espírito da modernidade era romper com o passado, com a tradição, com as crenças e, segundo Bauman, construir um "[...] admirável mundo novo livre deles para sempre [...]"³². Para isso era preciso derreter os sólidos, tudo o que segurava o desenvolvimento para construir esse mundo ainda mais sólido e mais confiável.

A Revolução Industrial foi um dos acontecimentos mais importantes da modernidade, na medida em que confirmou todas as expectativas do Iluminismo. Era a prova de que o espírito humano seria capaz de dominar a ciência e poderia produzir um novo mundo. Por isso, é possível afirmar que o trabalho, como conhecemos hoje, é uma invenção da modernidade. Se por um lado a Revolução Industrial ratificou o projeto da modernidade, com suas máquinas e indústrias, por outro, frustrou a ideia de que o desenvolvimento econômico e científico traria com ele o desenvolvimento humano, e o homem tornar-se-ia o centro de tudo. De fato, as condições materiais de parte da humanidade melhoraram significativamente, contudo, as diferenças entre desenvolvidos e sub desenvolvidos, ricos e pobres, trabalhadores formais e periféricos tomaram uma proporção que nunca tiveram antes.

Quando o conhecimento tornou-se um fim em si mesmo, a modernidade começou a dissolver-se num processo de racionalização global da sociedade. De acordo com Soares, a valorização do conhecimento científico e o poder por ele exercido, concebido como meio de emancipação do homem, embora tenham acarretado um progresso material da sociedade moderna, resultaram no "[...] cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente, ao ganho econômico"³³.

Bauman completa afirmando que o modelo anterior foi substituído por outro que, na verdade, não é melhor. As pessoas foram libertadas das velhas gaiolas (escravidão e pobreza extrema), apenas para serem censuradas se não conseguissem se adaptar ao novo modelo, nas classes e molduras que limitavam as condições e perspectivas de vida e conclui afirmando que "[...] tarefa dos indivíduos livres era usar sua nova liberdade para encontrar o nicho

³² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 10

³³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A projeto da modernidade e o Direito**. Brasília, Revista de Informação Legislativa. Ano 37, n. 147, jul./set. 2000, p. 263.

apropriado e ali se acomodar e adaptar: seguindo fielmente as regras e modos de conduta identificados como corretos e apropriados para aquele lugar”.³⁴

Assim, é possível afirmar que a quebra do modelo anterior, que foi o traço distintivo da modernidade, acabou adquirindo um novo sentido e foi redirecionada para outro alvo. O desenvolvimento econômico, ao invés do desenvolvimento humano. Um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. O que acabou por ser derretido foram os elos que ligavam as escolhas individuais e as ações políticas de coletividades humanas.³⁵

Ou seja, para facilitar, estimular e manter o desenvolvimento econômico, todas as barreiras precisavam ser removidas, todos os empecilhos de ordem moral, ética, geográfica, legal, dentre outros, tudo o que servia como um entrave para o crescimento econômico foi perdido, suplantado ou deixado de lado no curso da modernidade. Segundo Gorz, a modernidade acabou por se transformar em uma racionalidade seletiva, que é, na verdade, a racionalidade econômica. Veja-se:

Enfim o reducionismo unidimensional da racionalidade econômica própria ao capitalismo teria um alcance potencialmente emancipador porque faz tábua rasa de todos os valores e fins irracionais do ponto de vista econômico e só mantém, entre os indivíduos, relações monetárias, entre as classes, relações de forças, entre o homem e a natureza uma relação instrumentação, fazendo nascer com isso uma classe de operários-proletários totalmente despossuídos, reduzidos a nada mais que força de trabalho indefinidamente intercambiável, sem nenhum interesse particular a defender [...]³⁶

Para Gorz,³⁷ aquilo que os “pós-modernos” designam como fim da modernidade e crise da razão é, na verdade, a crise dos conteúdos irracionais, quase religiosos, sobre os quais se edificou essa racionalização seletiva e particular que é o industrialismo, portador de uma concepção do universo e de uma visão do futuro doravante insustentáveis.

A segunda modernidade, a modernidade líquida ou a pós modernidade é o período que coincidiu com o final do século XX e o fim das três décadas de crescimento sem precedentes que se seguiram a 2ª Guerra Mundial. O novo século encontra uma sociedade globalizada, massificada e estereotipada, onde os valores que antes estavam de alguma forma protegidos pela distância, com os meios de comunicação instantânea e plenamente acessíveis, estão

³⁴BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 15

³⁵Ibidem, p.17

³⁶GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho: crise da razão econômica**. São Paulo: Annablume, 2003, p. 27-28.

³⁷Ibidem, p. 25

sendo atropelados. São tempos de “desconstrução”. De acordo Cláudia Lima Marques, a Pós-Modernidade é a era:

[...] do caos, da multiplicidade de culturas e forma, do direito à diferença, da “euforia do individualismo e do mercado”, da globalização e da volta ao tribal, é também a realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neoconservadorismo.³⁸

A Pós-Modernidade representa a crise da era moderna e dos valores idealizados na Revolução Francesa. A modernidade, com seu racionalismo desumanizado, foi uma decepção e não foi capaz de atender aos anseios da sociedade, seja pelo enorme crescimento demográfico, pelo aumento da participação das pessoas na vida econômica, pelo desenvolvimento do mercado consumidor e com ele da produção em série e pela diminuição do Estado frente ao poder da iniciativa privada.³⁹

No meio da crise da modernidade, a globalização teve papel importante ao reduzir distâncias e melhorar as comunicações, mas, ao criar um “mercado global” fundado no livre tráfego comercial entre os países, enfraqueceu ainda mais o Estado. Suas promessas de inclusão e de respeito às diferenças também não se cumpriram.

Contudo, alguns aspectos da globalização podem ser destacados como positivos. Com a melhoria das comunicações, a quebra de barreiras territoriais e a possibilidade das pessoas se interligarem em redes, o indivíduo passou a pertencer ao mundo, e o mundo a pertencer a ele.⁴⁰

Segundo Castells, comunicar é compartilhar significados mediante a troca de informações, que afetam o significado e a produção das relações de poder. A comunicação em rede, própria do nosso tempo, faz com que as pessoas adquiram autonomia “[...] que se refere à capacidade de um ator social para converter-se em sujeito, definindo sua ação em torno de projetos construídos à margem das instituições da sociedade, de acordo com valores e interesses do ator social”⁴¹. Ainda de acordo com Castells,⁴² tais projetos e valores não

³⁸MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173.

³⁹XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós modernidade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

⁴⁰Ibidem.

⁴¹CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. São Paulo: Zahar, 2013, p. 220.

⁴²Ibidem, p. 224

significam necessariamente um individualismo, nos moldes daquele do início do século XX, mas sim uma individualização do ser humano, um resgate de seus valores que podem, por exemplo, estarem dirigidos a interesses compartilhados, como a proteção do meio ambiente.

Por isso, os tempos são de ceticismo também para a ciência jurídica, em que se questiona a capacidade do direito de dar respostas aos problemas da sociedade atual que se modificam rapidamente. Para alguns o pós-modernismo é crise e fragmentação. Para outros é pluralismo e relativismo cultural. Se de um lado se asseguram novos direitos individuais à diferença e com isso se destacam os direitos humanos, por outro, aumenta o radicalismo e o conservadorismo acrítico.⁴³

É um período que ainda não se completou, por isso não somos capazes de alcançar seus efeitos. Nas palavras de Marques: “[...] Trata-se de uma fotografia, de um momento guardado para ser estudado, mas que ainda nem denominação fixa tem [...]”⁴⁴

2.3 A PÓS-MODERNIDADE, A SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL E O TRABALHO

Os desafios da pós-modernidade na área do trabalho evidenciam-se, especialmente, a partir das mudanças no modo de produção contemporâneo, no que se convencionou chamar de crise da sociedade pós-industrial.

Como se viu nos itens anteriores, até a Revolução Industrial os modos de produção modificaram-se lentamente e evoluíram do trabalho escravo para o trabalho livre apenas nos séculos XVIII e XIX. A Revolução Industrial modificou de forma importante os modos de produção com a inclusão da máquina e da divisão do trabalho. Tais modelos foram se sofisticando, especialmente, a partir do começo do século XX. O taylorismo,⁴⁵ inicialmente, concebeu uma produção hierarquizada e sistematizada, gerando a especialização do trabalhador em cada tarefa. Segundo Supiot, com a organização científica do Trabalho idealizada por Taylor, o cronômetro entra na fábrica e segmenta a linha temporal, sem deixar lugar para incerteza.⁴⁶

⁴³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 168.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 173.

⁴⁵ O modelo taylorista de produção foi criado pelo engenheiro americano Frederick W. Taylor (1856-1925)[1], que teria desenvolvido tal teoria a partir da observação dos trabalhadores na indústria.

⁴⁶ SUPIOT, Alan. **Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 95

A partir dessas ideias, o fordismo⁴⁷ aperfeiçoou os métodos do taylorismo e introduziu na indústria as linhas de montagem, nas quais o produto circulava por toda fábrica através de esteiras, e cada trabalhador realizava uma tarefa específica, permitindo que as máquinas ditassem o ritmo do trabalho. Ford alcança grande sucesso com a produção estandarizada em massa que se converte no modelo central do Direito do Trabalho. Como se viu acima, é o trabalhador da grande indústria o objeto da sua proteção.

Na década de setenta, o toyotismo⁴⁸ foi o modelo de produção industrial que imperou nas fábricas do mundo inteiro, no qual se evitava o desperdício e os gastos exorbitantes. A ideia era produzir somente o necessário, reduzindo os estoques (flexibilização da produção), produzindo em pequenos lotes, com a máxima qualidade, trocando a padronização pela diversificação.

A situação econômica também se alterou a partir da década de 70. A indústria financeira foi a primeira a absorver tal mudança. Com a crise do petróleo, foram liberados capitais globais no mercado, ocorreram a desregulamentação dos serviços financeiros na Inglaterra, a “fuga” de capitais da América do Sul e a entrada no mercado do dinheiro russo e chinês. Todos esses fatores mexeram com o mercado, e, a partir de então, todo mundo começou a competir com todo o mundo. Esse “novo dinheiro” foi chamado de “capital impaciente”, pois buscava retorno a curto prazo e não investimentos de longo prazo em empresas. Assim, esse padrão interferiu no modelo de negócios do mundo inteiro, e a consequência é que cria transações momentâneas, ao invés de relacionamentos constantes.⁴⁹

A crise no mundo do trabalho instala-se a partir dessas alterações e, com o fim do “milagre econômico” da década de setenta, quando acabaram as ilusões a respeito do pleno emprego e da manutenção do custo do trabalho, o que se vê é uma oferta de mão de obra cada vez maior com retração do número de vagas, em face das novas tecnologias, dentre outros fatores.⁵⁰

⁴⁷ Henry Ford (1863-1947), usando como parâmetro o modelo do taylorismo, desenvolveu, nas décadas de 50 e 60, o sistema de organização do trabalho industrial denominado fordismo.

⁴⁸ Taiichi Ohno (1912-1990), com a crise do fordismo e diante das dificuldades econômicas do período pós – guerra criou o modelo de fabricação toyotista.

⁴⁹ SENNETT, Richard. **Juntos – Os Rituais, Os Prazeres e a Política da Cooperação**. Rio de Janeiro, Record, 2012, p. 99.

⁵⁰ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Teoria da relação de emprego e sociedade pós industrial: algumas reflexões. *In*: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 36.

Souza⁵¹ ensina que a Terceira Revolução Industrial e sua descentralização geográfica, a produção em redes, a integração horizontal, o sistema *just in time*, entre outros desdobramentos, obrigou a uma reformulação dos modelos produtivos. Assim, o sistema de uma grande massa de trabalhadores contratados de forma permanente tornou-se incompatível com o novo paradigma de produção variável e ajustada ao mercado consumidor. A empresa pós-industrial organizou-se dentro de uma estrutura mínima, operando em uma atividade determinada e delegando a outras empresas atividades acessórias. Desse modo, a produção estabeleceu-se em rede, ficando concentradas na empresa apenas as tarefas de pesquisa e planejamento do produto, reduzindo sobremaneira os trabalhadores essenciais e aumentando o número de periféricos.⁵²

Segundo Molina⁵³, o paradigma histórico-social não é mais o da grande indústria como empregador, nem o do trabalhador com pouca instrução e massificado como empregado. Assim também, os elementos da relação de emprego não são elementos uniformes para todas as espécies de contratos. A figura do empregador está diluída nos três setores da economia e comporta desde empresas transacionais, microempresas, agronegócios, sociedades anônimas, pequenos empresários, às vezes tão carentes, quanto os próprios empresários. O empregado também mudou e se diversificou. São atletas profissionais, altos executivos, parassubordinados, trabalhadores técnicos, profissionais liberais e trabalhadores braçais com pouco instrução. E os contratos, agora, estabelecem-se das mais variadas formas: emprego formal, tele-trabalho, home-office, terceirização, trabalho autônomo, temporário, que dada a nossa limitação legislativa devem ser enquadrados no mesmo padrão legal.⁵⁴ Além das novas figuras de empregado e empregador, a subordinação como poder de comando concretamente estabelecido não é mais facilmente identificável em algumas relações.⁵⁵

Com as mudanças no modo de produção, o Direito do Trabalho contemporâneo passou a comportar trabalhadores muito diversificados, alguns ainda dentro do modelo tradicional de hipossuficiência econômica, mas um número expressivo destoante. São trabalhadores com

⁵¹ SOUZA, Rodrigo Trindade. Relações de trabalho na contemporaneidade: retitularização da classe trabalhadora e a tendência de redefinição dos marcos da relação de emprego e do direito do trabalho *In*: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 125

⁵² DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Teoria da relação de emprego e sociedade pós industrial: algumas reflexões. *In*: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; _____ (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 39.

⁵³ MOLINA, André Araujo. **Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 155.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 158.

⁵⁵ DORNELES, *op. cit.*, p. 38.

múltiplas atividades profissionais, que conjugam empregos e profissões liberais, empreendem atividades econômicas por conta própria concomitantemente como trabalho subordinado, cumprindo jornadas de trabalho flexíveis; são servidores públicos que paralelamente mantêm empregos na iniciativa privada; ou são altos executivos regidamente remunerados que estão longe dos traços de hipossuficiência.

Dorneles⁵⁶ observa que, além das alterações nos modelos de produção, com o crescimento do mercado mundial e a possibilidade das empresas transnacionais de contornar ou, até mesmo, neutralizar a capacidade de regulação da economia, os mecanismos corporativos se enfraquecem, e as condições de vida do trabalhador tendem a ficar mais precárias. Assim, o mundo do trabalho sofre, e as organizações de trabalhadores não têm condições de acompanhar essa internacionalização.

O Direito do Trabalho, a partir de tantas mudanças, também entra em crise, que é analisada por Ramalho⁵⁷ a partir do que ela chama de fim dos mitos laborais, que, de certo modo, sintetizam, no plano jurídico, todas as mudanças acima apontadas. Os mitos laborais, segundo ela, balizaram o desenvolvimento normativo do Direito do Trabalho durante décadas e seriam os responsáveis pela situação atual da área jurídica. São eles:

a) O mito da incapacidade genética permanente do trabalhador subordinado, assentado nas condições de trabalho oitocentistas. O mito se estabelece a partir da ideia de que, em razão da condição de inferioridade econômica e social do trabalhador em face do empregador, ele não tem capacidade para gerir direta e autonomamente a sua vida laboral. Segundo Ramalho,⁵⁸ ainda que o favorecimento do trabalhador esteja justificado pela necessidade de repor a igualdade entre as partes, os meios utilizados denunciam a convicção do sistema na incapacidade real e permanente do trabalhador, que foi absorvida de forma acrítica pelo sistema e não é objeto de uma reavaliação pela doutrina.

b) O mito da sustentabilidade da evolução das normas protetivas sempre *in melius* cuja pretensão é a intensificação e universalização da tutela e nunca esteve aliado à ponderação, ao nível jurídico, dos custos econômicos da proteção laboral, o que passou a ter efeitos perversos a partir da década de setenta.

⁵⁶ Ibidem, p. 32.

⁵⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 550.

⁵⁸ Ibidem, p. 551.

c) O mito da uniformidade das situações jurídicas laborais, criado a partir da II Guerra, consiste na percepção de que a relação de trabalho desenvolve-se de acordo com um modelo de trabalho subordinado, dentro da empresa, em regime de exclusividade e continuidade. É a chamada relação laboral típica. Ocorre que esse modelo hegemônico cria a marginalização das formas de trabalho que nele não se enquadram.

Os aspectos econômicos da crise verificam-se pela recessão, a partir da década de setenta, pelo aumento do desemprego que retorna de forma cíclica de tempos em tempo, pela evolução tecnológica e econômica acelerada no sentido da internacionalização e pela diversificação dos setores produtivos. Estão relacionados ao fim do mito da viabilidade da progressividade do sistema protetivo e da uniformidade do estatuto do trabalhador, porque esses fatores impõem novos modelos de organização do trabalho.

A ponderação dos custos do trabalho leva as empresas a servirem-se do instrumentário jurídico disponível, ou a contornarem, de forma lícita ou ilícita, a lei laboral a fim de conter esses custos. O mesmo objetivo faz com que as empresas busquem alternativas à relação laboral típica, que entendem menos dispendiosas, ou que implicam em menor responsabilidade para o empregador. Por outro lado, como já se viu, a tecnologia implica no crescimento de situações laborais atípicas e contribui diretamente para o desemprego.

Sejam quais forem as razões da crise, de ordem externa ou interna, o fato é que o Direito do Trabalho não responde de forma adequada aos novos desafios que lhe são propostos. O modelo da grande indústria, do empregado incapaz e da relação de subordinação típica não se ajusta mais à realidade, e um sistema jurídico estruturado a partir de tais premissas está fadado ao insucesso.

Além disso, o que parece mais grave é que o Direito do Trabalho acabou elitizado, na medida em que apenas parte dos trabalhadores atuais, aqueles que têm um emprego formal e que, como se viu, talvez nem precisem tanto, merecem a sua proteção, ao passo que um contingente enorme de trabalhadores informais ou pequenos empresários, em condição de vulnerabilidade e dependência muito maior, estão fora do seu alcance. Essa, sem dúvida, é uma questão a ser discutida: como reduzir a proteção de alguns, aqueles para quem, por várias razões, a proteção é desnecessária ou significa um óbice a realização de seus interesses, e ampliar a tutela para os que estão na periferia das relações de trabalho.

O desafio não é pequeno, e os estudiosos de diversas áreas – Direito, Sociologia, Economia, Administração, Filosofia, dentre outros – têm se dedicado sobre essas questões,

tentando encontrar saídas. Talvez não exista uma solução apenas, ou nem mesmo uma solução.

Talvez o trabalho deixe a centralidade que ocupou nos tempos modernos, quando foi fundamental para substituir o caos pela ordem e, quando, mais do que contribuir para o aumento da riqueza e a eliminação da miséria, sua maior virtude tenha sido o ato histórico de colocar a espécie humana no comando do próprio destino.⁵⁹ Só o tempo dirá.

2.4 O TRABALHO COMO UMA RELAÇÃO COMUNITÁRIA

De acordo com Marx, embora o capitalismo tenha destruído o sentido comunitário das relações de produção, foi a grande indústria que criou, pela primeira vez na história, a ideia de que cada indivíduo e a própria nação eram dependentes entre si para satisfação de suas necessidades. Por isso, o projeto marxista consistia no abandono do reino da necessidade pelo homem, no qual o indivíduo trabalha porque precisa atender as suas necessidades, que são cada vez maiores, na medida em que o capitalismo produz novas necessidades continuamente. Abandonando o reino da necessidade o homem entraria no reino da liberdade, no qual os produtores associados pudessem regular racionalmente a relação "produção x necessidade" e onde não haveria produção excedente e lucro, estabelecendo um controle comunitário desse processo.

De fato, o reino da liberdade começa onde o trabalho deixa de ser determinado por necessidade e por utilidade exteriormente imposta; por natureza, situa-se além da esfera de produção material propriamente dita. [...] A liberdade nesse domínio só pode consistir nisto: o homem social, os produtores associados regulam racionalmente o intercâmbio material com a natureza, controlam-no coletivamente, sem deixar que ele seja a força cega que os domina, efetuam-no com menor dispêndio de energias e nas condições mais adequadas e mais condignas com a natureza humana.[...] ⁶⁰

Só quando o homem se associa a outros homens e controla a produção é que deixa de ser dominado pelo trabalho (necessidade), alcançando a liberdade e produzindo sob condições dignas e adequadas à sua natureza humana. Como se vê, o desenvolvimento pleno do indivíduo para Marx, passava necessariamente pela ideia de cooperação, de comunidade, de

⁵⁹BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p.160.

⁶⁰MARX, Karl. **O leitor de Marx**. José Paulo Netto [org.]. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2012, p. 400.

associação, que segundo ele, só é possível entre os trabalhadores e, jamais com a participação do capital.

A visão do trabalho como uma relação comunitária, ainda que de forma rudimentar, como é o exemplo da produção agrícola familiar, sempre esteve presente no mundo do trabalho e reforçava o sentido de pertencimento ao grupo e de participação para o bem comum. Viana defende que esse sentido comunitário está na gênese do próprio Direito do Trabalho e foi de alguma forma favorecido pelo capitalismo, pois os empregadores, no modelo de produção do século passado, viram-se obrigados a reunir e uniformizar os trabalhadores, para que eles produzissem de forma vigiada, metódica e previsível – taylorismo e fordismo - e, desta forma, cada trabalhador sofrendo as mesmas dores e sonhando os mesmos sonhos, se via no outro, como num espelho, os laços profissionais se revelariam ainda mais fortes que os da família.⁶¹

Por razões diferentes, Sennett⁶² entende que há, ou pelo menos havia, um sentido comunitário no trabalho e apoia a sua tese em pesquisas e entrevistas realizadas com trabalhadores nos últimos 50 (cinquenta) anos.

Na década de setenta, em Boston, entrevistou trabalhadores braçais e, a partir das respostas (delas), conseguiu identificar um triângulo social no trabalho: o primeiro vértice composto por trabalhadores que devotavam respeito a chefes e patrões respeitosos, o segundo, constituído da relação entre os próprios trabalhadores, na qual dividiam os problemas e se apoiavam quando necessário, e o terceiro vértice seria uma disponibilidade para “pegar junto”. Se algo desse errado no local de trabalho, todos se comprometeriam em tentar consertá-lo, laborando extraordinariamente se fosse preciso, por exemplo. Tais elementos, segundo o autor, compensavam, de certa forma, o isolamento do trabalho e criavam, de maneira geral “[...] uma civilidade no local de trabalho, uma civilidade entre trabalhadores e patrões que parece ocupar um universo diferente das cortesias em uma embaixada diplomática, mas com elas compartilha algumas características estruturais [...]”.⁶³

Dentre todas as questões colocadas pela pós-modernidade e pela sociedade pós-industrial para o mundo do trabalho, um dos temas que chama a atenção e toca à sociologia, à

⁶¹ VIANA, Márcio Túlio. As várias faces da terceirização. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 141-156, jan./jun. 2009.

⁶² SENNETT, Richard. **Juntos – Os Rituais, Os Prazeres e a Política da Cooperação**. Rio de Janeiro, Record, 2012, p. 184.

⁶³ *Ibidem*, p. 189.

filosofia e ao direito é a alteração da relação que o trabalhador estabelece com o seu trabalho e o seu empregador.

Na atualidade, as relações de trabalho de longo prazo foram substituídas pelas de curto, e os novos modelos produtivos, dada a sua fluidez, parecem não fomentar a integração. Segundo Sennett⁶⁴, tais mudanças estimularam o caráter “contingencial da força de trabalho”, empregos foram substituídos por projetos, o trabalho temporário é o setor que mais cresce na economia, e os trabalhadores, por sua vez, também mudaram. Um jovem universitário americano, de nível médio, pode mudar de empregador doze vezes ao longo da vida profissional, e sua base de capacitação mudará pelo menos três vezes. As habilidades que precisará ter aos quarenta anos não são as mesmas apreendidas por ele na escola. Bauman completa:

A situação mudou e a mentalidade de longo prazo foi substituída pela de curto prazo, casamentos até que a morte nos separe estão fora de moda, um jovem americano mudará de emprego 11 vezes durante a vida, segundo as últimas pesquisas, flexibilização é a nova ordem, os contratos são de curto prazo ou nem existem, a vida do trabalho está cheia de incertezas. (...) Nesse quadro é pouco provável que a lealdade e o compromisso mútuos brotem e se enraízem.⁶⁵

Supiot⁶⁶ que coordenou, nos anos noventa, um grupo de pesquisa, instituído pela Comissão Europeia para tentar definir o futuro das categorias fundadoras do Direito do Trabalho e que resultou no chamado Relatório Supiot, concorda que a continuidade do emprego é posta em causa, nos dias de hoje, seja em razão do que chama de flexibilização interna – transformações do trabalho a serviço do mesmo empregador – e da externa, verificada pela precarização dos contratos e pelo desemprego.

Ou seja, trabalhos por prazo determinado, a terceirização, o home office, o trabalho a tempo parcial são modalidades de trabalho que não param de crescer e respondem às necessidades de flexibilização e barateamento da mão de obra; contudo, parecem enfraquecer o sentido comunitário das relações de trabalho. O tempo de convívio entre os trabalhadores está limitado ao contrato temporário, ou ao projeto, e a interação com as chefias diminuiu significativamente. Como consequência, as pessoas têm um conhecimento apenas superficial uma das outras. Não há envolvimento nem reconhecimento o que dificulta a cooperação entre

⁶⁴ Ibidem, p. 196.

⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p.169

⁶⁶SUPIOT, Alan. **Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.324

elas. O ponto de referência físico também mudou. As pessoas não se encontram mais no mesmo lugar; algumas trabalham em casa, outras dentro de clientes, as empresas possuem filiais em todo mundo, e os funcionários se comunicam virtualmente.

Quarenta anos depois da pesquisa realizada em Boston, Sennett⁶⁷ entrevistou, em Nova York, burocratas, técnicos e gerentes júniores demitidos de Wall Street, que foram bastante críticos quanto à qualidade de sua vida no trabalho. Sennet alerta para o fato de que tal visão pode ter sido causada pelo ressentimento de tais trabalhadores com os antigos empregos face à demissão, mas, mesmo assim, identifica aspectos importantes na análise das relações de trabalho. São eles: o arrependimento por terem jogado o jogo da indústria financeira, a consciência de que tinham pouco ou nenhum respeito por seus chefes, a superficialidade da confiança em seus colegas e a debilidade da cooperação entre eles após a crise. Eles não estavam apegados às pessoas e aos lugares onde trabalhavam, assim, os vínculos do triângulo social revelaram-se internamente fracos e o trabalho havia deixado de ser o local em torno do qual se desenvolviam identidades e projetos de vida.

Mais do que a perda do emprego, os trabalhadores ressentiam-se da perda de seu sentido (do sentido do trabalho), de relações de confiança e de cooperação e de como a falta delas afetava os seus projetos de vida.

Sennett⁶⁸ alerta que a cooperação entre diferentes sempre foi difícil, mas está mais debilitada na sociedade atual, em razão do aumento da desigualdade nos últimos anos em todo o mundo. As mudanças no mundo do trabalho também aumentaram o isolamento das pessoas e uma maior competição entre elas. Além disso, o curto prazo, o temporário, a brevidade são a medida de tempo de empregos, de relações interpessoais, de vínculos institucionais, dificultando a resolução de problemas sociais e afastando o envolvimento com problemas alheios, que não os afetam diretamente.

Por outro lado, identifica-se, na pós-modernidade do mundo do trabalho, a busca de espaços para diversidade, e as garantias das liberdades individuais ganharam importância que não tinham antes. A individualização do trabalhador, que viveu oculto por quase dois séculos, primeiro sob a sombra da cidadania geral formal (séc. XIX), depois escondido pela classe obreira (séc. XX), é destacada. A pós-modernidade redescobre a pessoa trabalhadora. Sob vários enfoques, essa é uma mudança positiva: as relações de trabalho tradicionalmente

⁶⁷ SENNETT, op. cit., p. 192

⁶⁸ SENNETT, Op. cit, p. 201.

massificadas passam a ser individualizadas e revalorizadas a partir do resgate dos direitos humanos.⁶⁹

No mesmo sentido, Florida, que estuda a questão sob outro enfoque,⁷⁰ destaca que o perfil dos trabalhadores alterou-se consideravelmente nas últimas décadas. De acordo com pesquisas citadas pelo autor, as pessoas continuam a trabalhar para ganhar dinheiro, para sobreviver, contudo, estão interessadas também nas recompensas intrínsecas à natureza do trabalho e, entre os aspectos mais valorizados dentre estas recompensas, estão noções de “desafio e responsabilidade, como a possibilidade de contribuir e a consciência de que o próprio trabalho faz a diferença”.⁷¹

Supiot identifica essa autonomia como um aspecto positivo dessas mudanças. Segundo ele, os progressos da autonomia no trabalho são a face feliz das evoluções atuais, pois, através do desenvolvimento de novas tecnologias, da elevação do nível de formação dos trabalhadores e de novos métodos de gestão participativa, com uma organização do trabalho em rede, dá-se uma maior libertação das capacidades de iniciativa do trabalhador e continua:

Estas evoluções conduzem à revalorização da dimensão coletiva do trabalho. Na nova organização, o trabalhador já não está confinado a uma função especializada, mas envolvido num processo coletivo de realização do produto. Assim, o desenvolvimento da autonomia do trabalho não deve ser entendida como um corolário da individualização, pois o que se pretende, na maior parte dos casos, é uma autonomia coletiva, uma dinâmica de grupo.⁷²

Supiot registra que os novos modelos contratuais favorecem a maior libertação das capacidades de iniciativa e estimulam a participação e que esta evolução verifica-se em todos os países europeus, citando como exemplo a Suécia, onde há participação dos trabalhadores na organização na maioria das empresas com mais de 50 (cinquenta) assalariados e 85% (oitenta e cinco por cento) deles têm responsabilidades na definição do seu trabalho.⁷³ Vários estudos indicam que o crescimento da produção nesses modelos cooperativos supera o percentual de 20% (vinte por cento), Gorz cita pesquisas realizadas por Willian F. Whyte que revelam o aumento de produtividade, nesse patamar, durante vários anos seguidos.⁷⁴

⁶⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

⁷⁰ O cientista político estuda o fenômeno do trabalho dentro da economia urbana.

⁷¹ FLORIDA, Richard. **A Ascensão da Classe Criativa**. Porto Alegre: L&PM, 2011, p.86/87.

⁷² SUPIOT, Alain, op. cit. p.31.

⁷³ SUPIOT, Alain, op. cit., p. 30/31.

⁷⁴ GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho: crise da razão econômica**. São Paulo: Annablume, 2003, p. 72.

Florida chega a conclusões semelhantes a respeito do aumento da produtividade em sistemas de gestão participativa, segundo ele, existe uma tendência à estrutura de trabalho horizontal, diferente da típica estrutura organizacional, em que o chefe conhecia o negócio melhor do que seus subordinados. Hoje os funcionários têm conhecimentos e habilidades que os tornam indispensáveis e, segundo o autor, para que tudo caminhe bem na organização, esses conjuntos – gestores e subordinados – devem interagir em pé de igualdade⁷⁵.

Bauman, embora não acredite num sentido comunitário do trabalho atualmente, admite que sempre existiu, no capitalismo moderno, uma tendência, paralela aos modelos tayloristas e fordistas, de ressuscitar ou criar um “sentido de comunidade”. Essa tendência associava o sucesso industrial a um fator de “sentir-se bem”, entre os trabalhadores. Levou quase um século para que voltasse a se falar nesse sentido comunitário, dessa vez, num esforço para recuperar a debilitada eficiência do trabalho.

Nos anos 30, Bauman relata, que os estudos de Elton Mayo nas Empresas Hawthorne revelaram que nem os aspectos físicos do ambiente de trabalho e tampouco os incentivos materiais influenciavam tanto o aumento da produtividade e eliminavam os conflitos, quanto outros fatores, como “[...] uma atmosfera amigável e “doméstica” no local de trabalho, a atenção dos gerentes e capatazes às variáveis disposições dos trabalhadores e o cuidado deles em explicar aos trabalhadores o significado de suas contribuições para os efeitos gerais da produção [...]”.

Reportagem publicada na Revista “Isto é”⁷⁶, em agosto de 2014, relata experiências de empresas que têm flexibilizado jornadas de trabalho e suprimido hierarquias, dentro de um modelo de gestão chamado de Holocracia, que estimula o surgimento de lideranças naturais. Tais políticas, segundo a reportagem, não estão baseadas na generosidade das empresas, e sim no aumento da produtividade, que essas inovações são capazes de operar. Dentre as empresas que adotam esse sistema, são citadas pela reportagem a Google, a Vagas.com e a Mondelez. Nesta última, os funcionários não trabalham duas sextas por mês, a partir das 13:00 horas.

A Revista Exame⁷⁷, de agosto de 2014, traz reportagem semelhante informando que a Holocracia pode ser definida como o “poder do todo”, um modelo no qual os departamentos funcionam como grupos colaborativos, com objetivos comuns. A proposta é que as empresas acabem com o trabalho individual e, até mesmo, com os cargos. No lugar de presidentes,

⁷⁵ FLORIDA, Richard. **A Ascensão da Classe Criativa**. Porto Alegre: L&PM, 2011.p. 113/114.

⁷⁶ ISTO É. São Paulo: Editora 3, ano 38, n. 2.333, de 13/08/14, pg. 74/75.

⁷⁷ EXAME. São Paulo: Editora Abril, ano 48, n. 14, edição 1.070 de 06/8/14, pg. 74/76.

diretores e gerentes haveria um grupo executivo que definiria a estratégia da equipe e seus projetos; as áreas organizar-se-iam internamente, para entregar o resultado dentro dos prazos. Tais equipes teriam mais afinidade com o assunto do que suas chefias, o que elevaria a qualidade e aceleraria os prazos de conclusão dos projetos.

Sob outra ótica, Gorz adverte que tais transformações não são uma concessão tardia do patronato ao humanismo do trabalho e que esse sentido cooperativo só existiu na utopia marxista e, na prática, produziu resultados desastrosos em escala macrossocial.⁷⁸ O que ocorre, atualmente, é resultado de meras exigências da técnica, os interesses do mercado estão maquiados por uma falsa solidariedade, na medida em que o sentido comunitário manifesta-se, apenas, para uma elite limitada de trabalhadores que tem o privilégio de vivenciar o trabalho com o real sentido de cooperação que, por isso, produz mais e melhor, marginalizando uma massa de pessoas que não pode participar desse modelo produtivo.⁷⁹ A crítica de Gorz é pertinente:

No momento que uma fração privilegiada a classe operária pode aceder ao politecnismo, à autonomia no trabalho e ao enriquecimento permanente de suas competências, tudo o que idealizavam as correntes autogestionárias no interior do movimento operário, as condições nas quais este ideal parece prestes a se realizar, mudam radicalmente seu sentido. Não é a classe operária que acede a possibilidades de auto-organização e a crescentes poderes técnicos; é um pequeno núcleo de trabalhadores privilegiados que é integrado em empresas de novo tipo às custas da marginalização e da precarização de uma massa de pessoas que passam de um trabalho ingrato e ocasional a um trabalho qualquer, sem nenhum interesse, com frequência reduzidas a disputarem o privilégio de vender serviços pessoais (inclusive de engraxate, de empregado ou empregada doméstica) àqueles e àquelas que conservam uma renda estável.⁸⁰

O desencanto do autor deve-se ao fato de que essa “elite” não se identifica com os demais trabalhadores e cria uma sociedade dual. A moralidade do trabalho inverte-se, pois não são os trabalhadores que conquistam a auto-gestão, e sim uma pequena classe, que desfruta de benefícios em razão das suas qualidades técnicas superiores e, portanto, rompe com os valores de solidariedade, equidade e fraternidade a partir dos quais o movimento operário foi gestado e afasta-se dos “fracos”⁸¹.

⁷⁸ “A verdadeira racionalidade consiste em transformar o trabalho em “atividade pessoal”, mas em um nível superior, em que a “união voluntária” dos indivíduos substituirá a divisão capitalista do trabalho pela “colaboração voluntária” e submeterá o processo social de produção ao controle dos produtores associados”.

GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho: crise da razão econômica**. São Paulo: Annablume, 2003, p. 34.

⁷⁹ GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho: crise da razão econômica**. São Paulo: Annablume, 2003, p. 72.

⁸⁰ Ibidem, p. 76.

⁸¹ Ibidem, p. 84.

O que se verifica, e nesse ponto não se pode discordar do autor, é que para um enorme número de pessoas, na atualidade, a ideia do trabalho como uma relação comunitária é tão ou mais utópica do que aquela que teria sido teorizada na doutrina marxista. Além disso, não parece tarefa fácil adotar um modelo comunitário em larga escala, mesmo porque, como se viu acima, inúmeros são os obstáculos que a sociedade pós-industrial impõe ao mundo do trabalho.

Também não se nega que a ideia de uma empresa horizontal e com efetiva participação dos trabalhadores, com autonomia e dignidade, é um bom negócio para o patronato. As consequências de um modelo mais democrático e de um ambiente de trabalho cooperativo para o aumento da produtividade revelam o interesse econômico nesse sistema. A questão que deve ser colocada é se o evidente benefício para as empresas exclui as vantagens para o trabalhador? A princípio, o simples fato de haver interesse do mercado não afasta, necessariamente, os interesses da classe trabalhadora, e a circunstância de uma das partes obter proveito com determinada situação, não exclui a possibilidade de que ela venha, também, a beneficiar a outra parte. Entretanto, para que se admita essa possibilidade, é preciso entender que a relação de trabalho pode ir além do conflito de interesses, admitindo que existe espaço no trabalho para trocas imateriais, o que se verá nos próximos capítulos.

No que se refere à dualidade entre os dois grupos de trabalhadores, o desafio é fazer com que os "fortes" solidarizem-se com os "fracos" e que o poder que essa elite de trabalhadores detém, não só no aspecto produtivo, mas também no político, vá além dos próprios interesses e, de uma maneira fraterna, busque o bem comum. Uma das facetas do "individualismo pós-moderno" é o empoderamento das pessoas e a crítica que fazem à todas as formas de diferenças de tratamento não legitimadas, assim, a ofensa à dignidade de qualquer ser humano afetaria a todos. Ao reconhecer a humanidade do outro, essa elite é capaz de se unir a ele, compartilhando o seu desamparo. Amartya Sen explica essa nova noção de humanidade compartilhada:

A noção de direitos humanos baseia-se em nossa humanidade compartilhada. Esses direitos não são derivados da cidadania de qualquer país, ou da condição de membro de qualquer nação, mas supostamente são pretensões ou direitos de todo o ser humano. [...] Estamos cada vez mais ligados não só por nossas mútuas relações econômicas, sociais e políticas, mas também pelas preocupações com a injustiça e desumanidade – vagamente compartilhadas, mas de grande alcance – que desafiam nosso mundo, e com a violência e o terrorismo que o ameaçam. Mesmo nossas

frustações e pensamentos compartilhados a respeito do desamparo social global podem unir mais do que dividir. Restam poucos não vizinhos no mundo de hoje.⁸²

Assim, não parece possível que os trabalhadores ditos privilegiados ignorem o sofrimento dos demais, e a razão, pelo que se vê, não é o espírito de classe, mas a condição humana do outro. O que se espera daqueles trabalhadores teoricamente mais capazes e em melhores condições técnicas é que não reproduzam o padrão competitivo do mercado, mas que apresentem disposição para participar de formas auto-organizadas de trabalho, não necessariamente sindicais, nas quais se faz do próximo um parceiro e exercita-se a cooperação com os outros de forma efetiva. Gorz admite essa possibilidade, aduzindo que é possível conceber que indivíduos “[...] cujo trabalho profissional coincide com o exercício de sua soberania, sejam vocacionados a combater aquilo que faz com que homens e mulheres continuem a ser oprimidos, humilhados, diminuídos, definhados”.⁸³

Fácil concluir que o mercado ou as instituições não serão os precursores de um movimento de humanização do trabalho; cabe à sociedade, através de uma atitude fraterna, enxergar o outro e reintegrá-lo à comunidade do trabalho, porque, se nem todas as relações de trabalho são comunitárias e colaborativas, em todas elas essa parece ser a expectativa legítima dos trabalhadores, uma vez que, de acordo com Bauman, a comunidade nos faz falta na medida em que nos oferece a sensação de segurança e, nos dias atuais, a segurança e a felicidade estão intimamente relacionadas: estar em uma comunidade é estar protegido. Bauman completa:

Se vier a existir uma comunidade no mundo dos indivíduos, só poderá ser (e precisa sê-lo) uma comunidade tecida em conjunto a partir do compartilhamento e do cuidado mútuo; uma comunidade de interesses e responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa desses direitos.⁸⁴

O direito não tem meios de interferir diretamente nas leis do mercado, na organização das empresas e no rumo da economia, a sua contribuição é muito pequena e quase sempre atrasada. Contudo, se de alguma forma pode contribuir para resgatar esse sentido comunitário e dignificante do trabalho, deve fazê-lo. E a estratégia a ser adotada, diante de tantas mudanças, não pode ser a da simples resistência e, tampouco a da mera adaptação, nenhuma

⁸² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 206

⁸³ GORZ, André, op. cit., p. 78

⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca da segurança no mundo atual**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 134.

dessas condutas parece satisfatória, porque as alterações do mundo do trabalho são definitivas e resistir não mudará o que está posto e adaptar-se a situações injustas e precárias não está dentre as prerrogativas da ciência jurídica.

Assim, para que a ciência jurídica possa avançar parece indispensável enfrentar alguns de seus dogmas na seara laboral, buscando, se não a superação, pelo menos a readequação da questão do conflito de classes sob a qual se fundou o Direito do Trabalho. Qualquer debate nesse sentido deve passar necessariamente pelo estudo da natureza jurídica da relação de trabalho, em especial da teoria comunitária-pessoal, que fornece subsídios para uma reconstrução dogmática da relação baseada na ideia de comunidade e não apenas do conflito. É o que se fará a partir do próximo capítulo.

3 A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Em todos os ramos do direito é a relação jurídica estudada que define a natureza da área e o sentido da norma. Delgado explica que a relação "[...] emerge como vértice em torno do qual se constroem todos os conceitos e normas de qualquer ramo do Direito[...]".⁸⁵ Os debates acerca da natureza jurídica da relação de trabalho têm vínculo direto com a natureza jurídica da disciplina laboral que nasce privada, publiciza-se e descobre-se direito social, por englobar normas de direito público e privado com o escopo de defender os interesses dos hipossuficientes.

O Direito do Trabalho sempre pertenceu ao ramo do Direito Privado, pois a relação de trabalho era vista como uma relação entre pessoas, formalmente, livres e iguais, um contrato como qualquer outro, logo, as regras que deviam regular as relações entre pessoas privadas pertenciam a esse ramo do Direito.

Ocorre que essa solução, como já se viu, não acomodava todas as particularidades da relação de trabalho, na qual a igualdade entre as partes era apenas formal e não real, o que acabou por exigir a intervenção do Estado, que passou a ditar regras de ordem pública e a limitar a autonomia dos contratantes. É essa a principal razão que faz a ciência jurídica discutir a imprecisão do enquadramento da relação de trabalho como um contrato, na medida em que a autonomia da vontade é requisito essencial e mal aparece no contrato de trabalho, no qual a irrenunciabilidade de direitos é regra, e os contratantes têm pouca liberdade para ajustar direitos e deveres. Logo, a natureza publicista estaria vinculada ao caráter estatutário da relação sobre a qual incidiriam normas administrativas e na qual a autonomia da vontade estaria limitada pelo dirigismo estatal, o fundamento jurídico-filosófico do Direito do Trabalho.

Foram as legislações eminentemente sociais do início do sec. XX que começaram a discutir a natureza jurídica da relação de emprego. De acordo com Orlando Gomes,⁸⁶ com o advento de numerosas leis de proteção ao trabalho, não só o legislador, mas também a doutrina passou a negar ao contrato a condição necessária para a aplicação do Direito do Trabalho.

⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015, p. 295.

⁸⁶GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 23.

Na Alemanha, os debates que antecederam a promulgação do Código Civil, em 1900, foram determinantes para a produção legislativa que se seguiu. Foi nesse ambiente que primeiro discutiu-se a questão da oposição entre o contrato e a relação de trabalho. Segundo Gomes,⁸⁷ dentre os autores que seguiram as ideias lançadas por Von Gierke, destaca-se Potthof⁸⁸ para quem o trabalhador não promete um bem material e sim obriga a si próprio, submete-se a uma relação de subordinação e de fidelidade mútua, semelhante a que ocorre no âmbito da família. Os membros de uma empresa formam um conjunto orgânico, e as regras que regem o contrato não são suficientes para regular essa “sociedade”. Como se verá a seguir, essas ideias suscitaram o desenvolvimento das teorias anticontraualistas.

Ainda, com base na obra de Von Gierke, o Direito do Trabalho chegou a ser classificado como um direito social, categoria que foi defendida no Brasil por Cesarino Júnior, que o conceitua como um:

[...] sistema de princípios e normas jurídicas imperativas que, tendo em vista o bem comum, ajudam a satisfazer às necessidades vitais próprias e de suas famílias aos indivíduos para tanto dependentes do produto de seu trabalho". E como chamamos a esses indivíduos economicamente fracos, de hipossuficientes, poderíamos dizer, em resumo, que o Direito Social é em síntese, "sistema jurídico de proteção aos hipossuficientes".⁸⁹

E em que pesem as tentativas de classificá-lo também como um direito misto, público e privado ao mesmo tempo, ou unitário, um todo orgânico, prevalece atualmente a concepção de que o Direito do Trabalho enquadra-se no campo do Direito Privado.

Importante frisar que foi a partir da discussão sobre a natureza jurídica da relação de trabalho, em razão da natureza fundamental dos direitos envolvidos e da condição fático jurídico do empregado, que praticamente se inaugurou o processo de publicização de todo Direito Privado, sendo o Direito do Trabalho mencionado pelos civilistas como fonte de inspiração das mudanças que experimentou desde a metade do século passado até os dias atuais.

Se, atualmente, a maioria da doutrina concorda que o Direito do Trabalho pertence ao Direito Privado, é verdade então que a relação de emprego encerra-se na ideia de um contrato? Sim e não. De fato, a relação é contratual, contudo, para além de disso, o contrato

⁸⁷Ibidem, p. 142.

⁸⁸ Heinz Potthoff (1875-1945)

⁸⁹ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. Sobre o conceito de “Direito Social”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 36, n. 1-2, 1941, p.118.

de trabalho é a expressão da relação de trabalho, por isso é um contrato realidade, como ensinou La Cueva⁹⁰ e, também, um contrato no qual a autonomia da vontade é relativizada, Catharino explica:

O que está em decadência é essa concepção absoluta de contrato e não ele próprio, nem a obrigação. Ambos são manifestações da liberdade, inseparável da responsabilidade. Pode-se também afirmar, desde já, que, quando o contrato é afastado como gerador de relação jurídica privada, a liberdade também está afetada [...]⁹¹

Fernandes⁹² entende que o Direito do Trabalho é o direito das relações e da liberdade; só existe porque o trabalho é prestado em proveito alheio e voluntariamente, ainda que a liberdade aqui seja, em algumas oportunidades, meramente formal, porque pode estar limitada pela necessidade do trabalho. O autor sintetiza o fenômeno da relação de emprego com propriedade, esclarecendo que algumas relações jurídicas formam-se através de um conjunto de direitos e deveres que advém de um mesmo fato jurídico. São as chamadas relações jurídicas complexas ou múltiplas. Tal modelo corresponde à relação jurídica de trabalho, e o fato jurídico que lhe dá origem é o contrato individual de trabalho.

De acordo com Delgado⁹³, a relevância assumida pelo contrato, nos dias atuais, está relacionada ao fato de que as relações jurídicas e sociais contemporâneas estabelecem-se entre pessoas livres, ainda que tal liberdade possa ter, em alguns casos, uma dimensão enganosa. Dentro dessa perspectiva, o contrato é o veículo do exercício privado da liberdade e da vontade. Contudo, como lembra Orlando Gomes,⁹⁴ não se pode confundir a liberdade e a vontade. Quem contrata aceita as condições do negócio, se tem liberdade para tanto. O trabalhador, como se sabe, não goza do grau de liberdade desejável, porque conta apenas com a sua força de trabalho para sobreviver; por isso, a organização do trabalho moderna tem por objetivo reforçar a liberdade do contratante que é economicamente mais fraco.

⁹⁰ “Em atenção a estas considerações, tem-se denominado o contrato de trabalho-realidade, pois existe, não no acordo abstrato de vontades, senão na realidade da prestação do serviço e porque é o fato mesmo do trabalho e não o acordo de vontades, o que determina a sua existência” (DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Editora Porrúa, Mejico, 1949, p. 475)

⁹¹ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 182

⁹² FERNANDES, Antônio Monteiro. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 15.

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

⁹⁴ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 18

3.1 TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Para entender porque a doutrina concebe a relação de trabalho como um contrato, a despeito do dirigismo estatal que permeia o Direito do Trabalho, é preciso conhecer as teorias construídas e desconstruídas ao longo do século XX e que foram de grande utilidade para o amadurecimento e autonomia dogmática da nova disciplina jurídica e serão o objeto de estudo a seguir. Esclarece-se que a análise dessas teorias e sua classificação é bastante variável na doutrina. Por essa razão, optou-se por utilizar a classificação clássica elaborada por Antônio Martins Catharino, que parece mais abrangente do que as utilizadas atualmente. Segundo o autor, as teorias da relação de emprego, dividem-se em anticontratualismo, institucionalismo puro ou moderado, acontratualismo ou paracontratualismo, contratualismo, teorias ecléticas, como veremos a seguir.

3.1.1 Anticontratualismo

O anticontratualismo factual e antipatrimonial nasce do nacional socialismo alemão, pela crítica à posição contratual e, mais tarde, apresenta-se na Espanha e na Itália. Estaria, portanto, intimamente ligado aos regimes totalitários. A teoria anticontratualista encontrou terreno fértil nos regimes totalitários, pois a relação de hierarquia e disciplina, existente entre Estado e cidadão, nos países que adotaram tais políticas, transbordava para o trabalho. Cumprir as ordens do patrão, em atenção aos interesses da empresa, era uma extensão da obediência e da lealdade devidas ao Führer teoricamente em benefício de toda a nação

De acordo com Gomes⁹⁵, antes de 1934 – ano da criação da Frente do Trabalho Nazista - era possível afirmar que havia, na Alemanha, uma concepção dualista da relação de emprego, que admitia o contrato em harmonia com a ideia de incorporação do trabalhador na empresa, contudo, tal foi abandonada na medida em que o social-nacionalismo estabeleceu-se.

O direito coletivo desapareceu com vistas à eliminação de todos os meios que poderiam servir à luta de classes. A organização e regulação do trabalho passaram quase que inteiramente para o domínio da empresa, que estabelecia as condições que lhe pareciam mais

⁹⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 143.

adequadas para viabilizar os “interesses comuns”. Orlando Gomes resume da seguinte maneira:

A organização do trabalho transferiu-se para a empresa concebida, então, como célula primária da vida econômica nacional. Devia vigorar nela, como norma, o princípio de chefia (Führerprinzip), e simbolizava um microcosmo da vida política nacional. O pessoal (Gefolgsschaft) devia uma estreita obediência ao chefe, que, por sua vez, estava ligado ao pessoal por uma relação de recíproca fidelidade. A empresa assim organizada constituía uma comunidade. O chefe e o pessoal deviam trabalhar para a consecução dos fins da empresa e para a satisfação do bem comum. O chefe podia baixar regulamentos de trabalho estabelecendo normas sobre salários, duração do trabalho, disciplina interna, higiene, indenização por despedida etc. Mas tais regulamentos deviam se subordinar às diretrizes da política social e econômica do Estado. [...] Dizia-se que a empresa constituía uma comunidade concreta, visível e viva (Konkrete, sichtbare, lebendige Gemeinschaft), que se organiza à margem da sociedade política, no seio da qual se formava. Ora toda ideologia comunitária determina ou recuo do contrato, que parece implicar uma filosofia individualista, que aceita a possibilidade de um conflito de interesses. [...] ⁹⁶

Camino⁹⁷ aduz que os anticontratuais não cogitavam qualquer manifestação de vontade dos sujeitos envolvidos na relação de trabalho.

O anticontratalismo factual e antipatrimonial nasce do nacional socialismo alemão, pela crítica à posição contratua. Não haveria, em tais circunstâncias, interesses contrapostos entre empregador e empregado e sim o interesse comum da “instituição-pessoa” ao qual teria de ceder aos de cada um de seus membros, assim que na mesma ingressassem.

Catharino⁹⁸ afirma que o anticontratalismo era involutivo, por que reduzia a vontade do trabalhador a quase nada e considerava a relação de emprego como, exclusivamente, pessoal, negando todo o seu caráter patrimonial. O autor mantém o tom de crítica ao se referir a obra de Von Gierke, que compara a relação de emprego com a relação medieval entre senhor e vassalo, dando à ela um caráter puramente pessoal. O trabalhador seria, simplesmente, inserido na organização e, a partir de então, passaria a pertencer a comunidade empresarial, devendo fidelidade ao seu chefe, havendo, como se viu acima, certa semelhança com as relações societárias e familiares.

3.1.2 Institucionalismo Puro ou Imoderado

⁹⁶ Ibidem., p. 143.

⁹⁷ CAMINO, Carmem. **Direito individual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203.

⁹⁸ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 184.

Dentro da teoria anticontratalista é possível identificar, ainda outra vertente, o institucionalismo puro ou imoderado, na qual o bem comum deve prevalecer sobre os aspectos individuais. Para os institucionalistas radicais não havia, na relação de emprego, interesses pessoais, nem mesmo os do empregador, a serem atendidos, apenas os da instituição (empresa). Segundo Gomes,⁹⁹ a incorporação à comunidade teria o mesmo significado que a adesão à instituição, contudo, a ideia de incorporação é mais radical, pois pode chegar ao desprezo total da participação da vontade na criação da relação.

Ao justificar a falta de perspectiva do institucionalismo puro, Catharino¹⁰⁰ critica o excesso de idealismo e a desconexão com a realidade:

[...] Embebidos de ideais metafísicos, programáticos e generosos, sem desprezo pela pessoa do trabalhador livre, como os anticontratalistas fáticos, combatendo o individualismo anárquico, acabaram abrindo caminho para o extremo oposto: o autoritarismo contrário a liberdade humana. Tudo porque, no seu idealismo desprendido da realidade atual, já têm a empresa como instituição ou grupo comunitário, o que é problemático e prematuro. Eles também incorrem em erro de perspectiva muito comum, ao inflacionarem o conceito de contrato para melhor combatê-lo. Opõem-se a um contratualismo inatual, que já foi, também, em teoria, a exageração de defeitos alheios abre uma via para redução dos próprios, na aparência. O resultado é um duplo falseamento, ou falsidade bifronte, real e atual.

Não se discorda que houve uma apropriação da teoria institucionalista por governos autoritários, sendo pouco provável que se adaptasse tão facilmente em outros regimes políticos, contudo, Ramalho esclarece que o institucionalismo sobreviveu ao declínio destas concepções ideológicas.

Morais Filho¹⁰¹ faz uma síntese das teorias anticontratalistas, do Direito Alemão, aduzindo que são muito semelhantes, pois em ambas não há contrato e sim uma relação de fato, de inserção, pela qual nasce o “status de empregado”.

3.1.3 Acontratualismo ou Paracontratualismo

Segundo Catharino¹⁰² a teoria acontratualista não se contrapõe ao contrato, mas tampouco reconhece a sua existência. Não nega a voluntariedade do ato jurídico bilateral, mas entende que a simples vontade de integração (na empresa) é o suficiente à configuração da relação de emprego.

⁹⁹ GOMES, op. cit., p. 143.

¹⁰⁰ CATHARINO, op. cit., p. 185.

¹⁰¹ MORAIS FILHO, Evaristo. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 325.

¹⁰² CATHARINO, op. cit., p. 186.

É na França que os acontratualistas desenvolvem sua teoria, segundo Camino¹⁰³ amparados na classificação dos atos jurídicos proposta por León Diguít¹⁰⁴ (ato-regra, ato-condição e ato subjetivo), mais especificamente no ato-condição, que não é exatamente um contrato, mas possui um certo grau de subjetividade, delegando às partes a possibilidade de aceitar ou não as condições postas. A aplicação desta modalidade dá-se, primeiramente, para os servidores públicos, cuja nomeação é um ato-condição que só se perfectibiliza com a manifestação da vontade expressa na posse.

De acordo com Catharino, Diguít transporta para a relação de emprego a teoria do ato-condição, na medida em que “[...] sem que o empregador resolva admitir o empregado, e sem a vontade deste, a relação não se perfaz. Como duas vontades paralelas só se encontram no infinito, pode-se afirmar que, no particular, as duas vontades conjugam-se simultânea ou, sucessivamente, mas, sempre, são essenciais à formação do vínculo de emprego, que é contratual”.¹⁰⁵

Assim, sem que o empregador resolva admitir, e o empregado manifeste sua vontade de se inserir na empresa, não há relação, ainda que o conteúdo do contrato esteja pré-definido.

3.1.4 Contratualismo

Os contratualistas defendem a essencialidade da vontade que está presente em todos os contratos. Embora o contratualismo tradicional esteja superado, Catharino reconhece que o fim do contratualismo radical, somado ao maior intervencionismo estatal e ao fortalecimento do papel dos sindicatos foram importantes para a “justiça contratual”, porque, na época da Revolução Industrial o patrão, simplesmente, impunha ao empregado condições leoninas e lesivas. Segundo, o autor, tratava-se de um anticontrato e “[...] o trabalhador ainda era "coisa" imolada, e os patrões, sacerdotes da prosperidade geral, realizando o culto da propriedade absoluta, para satisfação dos fiéis e com a ajuda do Estado abstencionista, ou repressivo”.¹⁰⁶

Alguns autores, como Evaristo de Moraes Filho¹⁰⁷, classificam o contrato de trabalho como um contrato de adesão e alegam que tal situação decorre do dirigismo estatal, presente também em outros ramos do direito, sendo o exemplo mais expressivo de tais contratos os de

¹⁰³ CAMINO, op. cit., p. 204.

¹⁰⁴ Fundamentos do Direito, Leon Diguít (1859-1929)

¹⁰⁵ CATHARINO, op. cit., p. 186.

¹⁰⁶ CATHARINO, op. cit., p. 187 e 188.

¹⁰⁷ MORAES FILHO, op. cit., p. 281.

consumo, nos quais o dirigismo estatal restabelece o equilíbrio contratual rompido pelas condições fático jurídicas das partes. Todavia, é de salientar que, mesmo nessas condições, há vontade na declaração inequívoca de aceitação, e desse ato, que é livre e autônomo, nascem direitos e deveres para ambas as partes.

Assim, ainda que se questione a existência da manifestação da vontade nos contratos de massa¹⁰⁸, dos quais o contrato de trabalho é exemplo, mesmo nesses instrumentos que, normalmente, não são precedidos por grandes negociações, posto que o seu conteúdo deriva de normas imperativas, existe a vontade de contratar, de aderir, de concordar. Não há relação jurídica sem que o mínimo esteja estabelecido entre as partes. No caso do trabalho, a qualidade, a quantidade e o salário serão negociados.

Observe-se que, no contrato de trabalho, não há, exclusivamente, adesão de uma das partes em relação à outra e sim de ambas às normas estatais. Ou seja, o dirigismo contratual limita de tal forma a liberdade de ambos contratantes que se considera impróprio falar em contrato de adesão nos termos usualmente conhecidos¹⁰⁹, pois a vontade do empresário também só pode ser identificada nas lacunas do contrato, na medida em que ele próprio se sujeita ao controle formal e material do Estado.

Existem situações em que sequer há manifestação de vontade do empregador ou, pior, há relação contra a vontade, nas quais, segundo Catharino¹¹⁰, não há contrato e sim relação jurídica obrigatória, como por exemplo “[...] ocorreu no Brasil com o emprego compulsório em bancos nacionais de ex-empregados de congêneres estrangeiros durante a I Grande Guerra, por força de decreto-lei confirmado pelo Supremo”. As medidas afirmativas atuais, cotas para portadores de deficiência e aprendizes, são exemplos da compulsoriedade de algumas contratações.

Segundo Camino,¹¹¹ os contratualistas modernos assimilaram a visão eclética do acontratualismo, na medida em que a relação de trabalho é contratual na forma e institucional na substância, pois deve respeitar o elenco básico de direitos do trabalhador, e o espaço da autonomia situa-se além do contrato mínimo legal.

¹⁰⁸“Provavelmente, as primeiras manifestações das condições gerais se deram no âmbito dos contratos de transporte ferroviário e de seguros. LÔBO, Paulo Luiz Neto. Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 13-14.

¹⁰⁹ O Código de defesa do Consumidor estabelece, em seu art. 54, que o contrato de adesão pode ser tanto aquele em que as normas são ditadas unilateralmente pelo estabelecimento fornecedor, como aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente.

¹¹⁰CATHARINO, op. cit, 189.

¹¹¹CAMINO, 2004, p. 206.

3.1.5 Teorias Ecléticas

3.1.5.1 Institucionalismo Impuro ou Moderado

A subespécie do institucionalismo que, por sua vez, é uma corrente do anticontratualismo, teve origem a partir das críticas dirigidas ao que Catharino¹¹² chamou de “institucionalismo puro”, e seria mais realista que a vertente radical, pois não nega o contrato, mas afirma que a relação é muito mais estatutária do que contratual. O contrato é a via de acesso à empresa. A teoria institucional antecede o contrato e prevalece, se aproximando da teoria do ato-condição.

Ramalho¹¹³ atribuiu a vários fatores o desenvolvimento da teoria institucionalista, sendo o principal o momento histórico em que se desenvolveu. As primeiras manifestações institucionalistas coincidiram com o período em que a força constitutiva das relações jurídicas pelo contrato e o princípio da liberdade foram postos em xeque. A teoria institucionalista, que teve adesão expressiva na França, sendo seu maior expoente Marcel Hauriou, procura conciliar a institucionalização da relação de trabalho com a clássica noção de contrato. Tal posicionamento crítico favoreceu o desenvolvimento de conceitos alternativos, como o da instituição que, segundo Hauriou:

[...] é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização das ideias, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos.¹¹⁴

Do conceito de Hauriou, segundo Ramalho,¹¹⁵ é possível distinguir três elementos que delimitam o institucionalismo: a comunhão de interesses (elemento finalístico), a permanência (elemento temporal) e a organização autônoma hierarquizada (elemento organizacional). Esse último, chamado por Hauriou de *organisation de pouvoir*, é o elemento de autoridade, aquele

¹¹² CATHATINO, op.cit., p. 190

¹¹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 298.

¹¹⁴ HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Fabris, 2009, p. 21

¹¹⁵ RAMALHO, op. cit., p. 304.

que autoriza a instituição a ter uma existência diferenciada de seus membros e permite seu reconhecimento externo.

O mérito da teoria institucionalista é superar a ideia de que só a lei e o contrato são capazes de legitimar situações jurídicas; a primeira no campo público e o segundo no privado. No domínio do Direito Público, a instituição projeta-se na importância da organização dos grupos e, no Privado, permite compreender situações de inserção do indivíduo em grupos, que não se explicam só pela ideia do contrato. O fato é que alguns negócios jurídicos, como os de natureza laboral, encontram, na ideia de instituição, respostas que não são oferecidas pela teoria contratual. De acordo com Ramalho,¹¹⁶

[...] a liberdade negocial é reportada ao momento do ingresso do indivíduo na instituição mas não se projeta posteriormente na imutabilidade do acordo inicial, já que é o interesse da instituição que justifica a alteração superveniente desse acordo, quando tal se revele necessário ou adequado; assim é o objetivo da instituição que explica o efeito externo das situações jurídicas surgidas no seu seio e legitima a quebra do princípio da igualdade evidenciado nos poderes hierárquicos da organização institucional.

Resta saber se o conceito de empresa se ajusta à ideia de instituição. Sob a ótica da relação de trabalho, a empresa está definida como um “[...] conjunto de fatores econômicos e humanos, materiais e imateriais, aglomerados de uma forma duradoura e organizada para prossecução de um determinado objetivo produtivo, com utilidade para o Direito”.¹¹⁷ Através de tal conceito, é possível identificar o tripé que sustenta a ideia de instituição: existe entre empregadores e trabalhadores a comunhão de objetivos. A organização autônoma apresenta-se no fato de que a empresa transcende à pessoa do empresário e a ideia de autoridade ajusta-se ainda mais facilmente, na medida em que é uma condição do processo produtivo.

O problema do institucionalismo impuro é semelhante ao do seu viés mais radical, pois os interesses da instituição elevam-se aos das partes e acentuam a assimetria da relação laboral, diminuindo a liberdade e a vontade no desenvolvimento da relação empregatícia individual.

3.1.5.2. Contratualismo Realista

¹¹⁶ Ibidem, p. 309-310.

¹¹⁷ Ibidem, p. 315.

A teoria do contrato realidade foi concebida por autores mexicanos e tem certa semelhança com a teoria acontratualista. Segundo esses os autores,¹¹⁸ o contrato de trabalho aperfeiçoar-se-ia com o consentimento das partes, mas o fato jurídico, que é a efetiva prestação de serviços, seria o elemento central da relação, mais importante do que a própria manifestação da vontade. O contrato seria, ao mesmo tempo, consensual e real, todavia, seus efeitos só se verificariam quando iniciada a efetiva prestação do serviço, por isso é um “contrato realidade”.

Catharino¹¹⁹ aduz que a teoria do contrato-realidade distingue o contrato, como acordo de vontades, da relação de trabalho, que seria um conjunto de direitos e obrigações derivados da prestação efetiva de um serviço pessoal. Mário de La Cueva destaca-se como o principal teórico dessa corrente e advoga que os efeitos jurídicos da relação de emprego não derivam do simples acordo de vontades e sim da efetiva execução do contrato. Segundo ele o Direito do Trabalho não se ocupa da origem da relação, mas de seus efeitos, da prestação, quando o trabalhador, efetivamente, cumpre sua obrigação de prestar serviços. Para La Cueva pelo contrato não nascem nem o dever, nem a obediência, pois “[...] enquanto o trabalhador não inicia o serviço, não está obrigado a obedecer o patrão, nem tem este o direito para mandar nele”.¹²⁰

Para tutelar a relação, é preciso saber o que ela significa. É o conjunto de direitos e obrigações, que derivam para as partes da execução da prestação de serviços, logo, presume-se a existência do contrato quando uma das partes presta serviço e a outra o recebe. Assim, a relação de trabalho não depende do que as partes ajustaram, mas sim da situação real; por isso, denomina-se o contrato de trabalho como contrato realidade.

Como se verá a seguir, as discussões em torno da natureza jurídica da relação de emprego influenciaram a formação da legislação trabalhista no Brasil, que adotou, na formulação da Consolidação das Leis do Trabalho, um modelo misto, ora fazendo referência à relação de emprego do tipo institucional, ora ao contrato de trabalho, adotando a linha contratualista, sempre na tentativa de conferir à lei um caráter social.

¹¹⁸ De acordo com Catharino, Alfonso Madrid (México, 1932), Pablo Callejo de La Cuesta (Espanha, 1935) e Mario de La Cueva (México, 1949), este último o principal expoente da Teoria.

¹¹⁹ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 190.

¹²⁰ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editora Porruá, Mejico, 1949, p. 471.

3.2 A OPÇÃO DO LEGISLADOR BRASILEIRO

Como se viu, a relação de trabalho é um fenômeno socioeconômico novo na história do Direito e expressa-se numa figura jurídica singular, que demanda uma construção teórica capaz de posicionar a nova relação dentro do Direito, reconhecendo aspectos comuns com outras áreas, sem perder seus elementos característicos. Requer-se uma concepção que destaque os aspectos comuns com figuras jurídicas similares e aqueles que a diferenciam, que lhe conferem uma identidade específica e distintiva.¹²¹ Como se viu acima, na tentativa de encontrar um modelo capaz de atender tais expectativas, muito se discutiu acerca da natureza jurídica dessa relação e de como ela deveria se expressar, mantendo a sua singularidade.

É possível afirmar que o contratualismo, o institucionalismo moderado e o contratualismo realista, para usar as mesmas expressões de Catharino, exerceram influência nas legislações de quase todos os países latino-americanos. São exemplos dessa influência o art. 20, da Lei Federal do Trabalho¹²², do México e o art. 22, da Lei do Contrato de Trabalho¹²³, da Argentina. No Brasil, o que se viu não foi diferente. O texto celetista, redigido na década de quarenta, é o resultado de um “acordo teórico” entre as correntes contratualista e institucionalista, com influência do contrato realidade. Assim, a norma legal tentou harmonizar, no mesmo texto, a noção de contrato com a de relação de emprego.¹²⁴

Para Catharino¹²⁵, o legislador brasileiro teria optado pelo institucionalismo impuro ou moderado, o que teria sido claramente manifestado na elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, pois ficou consignado no Relatório da Comissão da Elaboração do Projeto, composta por Luiz Augusto de Rego Monteiro, Jose de Segadas Viana, Arnaldo Lopes Sussekind e Dorval de Lacerda, o seguinte:

A ordem que presidiu a distribuição da matéria na Consolidação encontra seu fundamento não só no princípio didático e lógico da exposição em grau da complexidade crescente, como também no espírito supra contratual ou institucionalista que caracteriza o Direito Social [...]

¹²¹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2015, p. 319.

¹²² Artigo 20. O termo relação de trabalho, qualquer que seja o ato que dá origem, proporcionando um trabalho pessoal subordinado a uma pessoa, mediante o pagamento de um salário.

¹²³Artigo 22 (Relacionamento de trabalho). Terá relacionamento de trabalho quando uma pessoa realize atos, execute obras ou preste serviço em favor de outra, baixo a dependência desta em forma voluntária e mediante o pagamento de uma remuneração, qualquer que seja o ato que lhe dê origem.

¹²⁴DELGADO, op. cit., p. 296.

¹²⁵CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1982, p.192.

[...] que as denominadas 'normas institucionais' constituem os valores constantes da legislação de proteção ao trabalho, enquanto a estrutura do contrato do trabalho - individual, ou coletivo - comporta elementos variáveis de ajuste, em complemento dos imperativos constantes.

A procedência das 'normas' sobre os 'contratos' acentuou, portanto, a ordem estatutária ou a concepção acontratualista, e isso porque a liberdade contratual pressupõe a igualdade dos contratantes, enquanto que o Direito Social reconhece, como um fato real, a situação desfavorável do trabalhador e promove sua proteção legal.

A "Exposição de Motivos" sob o subtítulo "Instituição ou Contrato" deixa clara a opção legislativa: "[...] Nesse intuito, a precedência das 'normas de tutela sobre os contratos' acentuou, como afirmamos no primeiro relatório, que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção acontratualista [...]. Não admira, portanto, que a sistemática da Consolidação atenda a esse modo de ser do direito social, assinalando que a instituição prima sobre o contrato"¹²⁶

Ainda, segundo Catharino, a definição da relação de emprego do art. 442¹²⁷ da CLT faz lembrar o conceito do Projeto de Lei do Trabalho, elaborado em 1938, pela Academia do Direito Alemão, sob a presidência do Prof. Hueck que destacava o seguinte "O contrato de trabalho é o acordo pelo qual se estrutura e funda a relação de trabalho [...] que seria a [...] relação de comunidade fundada sobre a honra, lealdade e assistência, pela qual o trabalhador coloca sua força trabalho na exploração ou a serviço de um empresário".¹²⁸

A respeito da noção legal transcrita, vale a pena assinalar o que a Comissão de Elaboração da CLT consignou no seu Relatório sobre o Anteprojeto:

Assinala-se, imediatamente, no exame desse título, a compreensiva e lúcida definição que, do contrato individual do trabalho, foi enunciada. Superando as controvérsias entre contratualistas e acontratualistas que tem sido a mais brilhante e talvez a menos fecunda das cogitações doutrinárias entre os clássicos italianos, a moderna corrente filosófica da França e o germânico autoritarismo de empresa, de vez que a legislação social e, por definição, de ordem pública, o enunciado proposto encastou-se em toda a riqueza da complexidade social.

O legislador brasileiro, de acordo com Catharino estava “[...] preocupado e confundido com as controvérsias sobre o instituto[...]" e [...] no seu ecletismo bem brasileiro, acabou nada

¹²⁶ MACHADO FILHO, Alexandre Marcondes. Exposição de motivos [da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho]. In: CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho e leis complementares. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

¹²⁷ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

¹²⁸ CATHARINO, op. cit, p. 193

definindo”.¹²⁹ em razão disso, continua o autor, o conceito de contrato individual do trabalho vertido na CLT peca pela insuficiência e falta de clareza. Dizer que um contrato é um acordo é não dizer nada, pois, obviamente, não existe contrato sem um acordo de vontades, embora nem todo acordo seja contratual. O autor aponta ainda para o desperdício vocabular da locução “acordo tácito ou expresso” que corresponderia a regra geral do antigo Código Civil sobre a manifestação da vontade, que poderia ser tácita, quando a lei não exigisse que fosse expressa.¹³⁰

Ainda analisando o texto legal, Catharino cita o que considera o ponto mais interessante da legislação laboral: as expressões "contrato individual do trabalho" e "relação de emprego" foram empregadas como se fossem correspondentes, o que significa que o legislador “[...] ou cometeu vício tautológico, dizendo a mesma coisa com palavras diversas: o contrato é a relação, ou, apenas, considerou que os dois estão unidos por nexo de causalidade: o contrato, distinto da relação, a esta corresponde, ou seja, o primeiro "correspondente" da segunda”.¹³¹

O sincretismo legal (contratualismo e institucionalismo) pode ser observado em vários artigos da CLT. Por exemplo, os arts. 444 e 468, da CLT¹³² são flagrantemente contratualistas, ao passo que a equiparação do empregador à empresa, nos termos do art. 2º, da CLT,¹³³ tem inspiração institucionalista, assim como o art. 503, da CLT¹³⁴ que, fiel ao institucionalismo, chega ao ponto de permitir a redução salarial em casos de força maior. Segundo Delgado¹³⁵, o art. 442¹³⁶, que define o contrato de trabalho celetista revela a composição entre as vertentes contratualistas e acontratualistas, com inegável prejuízo ao mínimo de lógica formal e jurídica.

¹²⁹ CATHARINO, op. cit., p. 194

¹³⁰ CATHARINO, Ibidem., p. 195

¹³¹ CATHARINO, Ibidem, p. 194

¹³² Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

¹³³ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

¹³⁴ Art. 503 - É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.

¹³⁵ DELGADO, op. cit., p. 327.

¹³⁶ Artigo 422. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego

Camino¹³⁷ discorda que tenha havido prejuízo formal ou jurídico quando se quis dotar a CLT com uma solução híbrida, ao afirmar que o legislador “[...] quis dizer, exatamente, o que está dito [...]”. Para os efeitos da proteção do trabalhado, a relação de emprego (fato) e contrato de trabalho (forma) querem dizer a mesma coisa, são expressões equivalentes. A autora afirma que o legislador estava sim influenciado pela doutrina institucionalista, em voga na época, contudo, se há trabalho subordinado e por conta de terceiro, capaz de gerar efeitos, andou bem a lei brasileira, estabelecendo a correspondência entre contrato e relação. Na Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho, essa intenção resta esclarecida:

43. A clara e total definição que, do contrato individual do trabalho, foi dada pelo anteprojeto da Consolidação, provocou algumas divergências de mero gosto polêmico.

[...]

44. O que os objetantes não alcançaram foi o deliberado propósito de se reconhecer a correspondência e equivalência entre a “relação de emprego” e o “contrato individual do trabalho” para os efeitos da legislação social, correspondência esta que a escola contratualista italiana nega, exigindo expressa pactuação.

45. Na concepção do projeto, admitido como fundamento de contrato, o acordo tácito, é lógico que a “relação de emprego constitui ato jurídico suficiente para provocar a objetivação das medidas tutelares que se contém no Direito do Trabalho em vigor.

46. O conceito firmado na Constituição é tanto mais justo e relevante quando o é o que se evidencia em face dos contratos formalmente nulos ou substancialmente contrários à ordem pública dos preceitos da legislação de proteção do trabalho.¹³⁸

Segundo Camino¹³⁹, o art. 444¹⁴⁰, da CLT é a expressão da opção do legislador pela corrente contratualista. A autora alerta que o contratualismo adotado pelo sistema jurídico laboral, no Brasil, tem várias esferas distintas da autonomia, assim, definidas: a do Estado que deve prevalecer porque não admite disposição de direitos pelos contratantes; a dos grupos profissionais e econômicos organizados e a do contrato individual. A partir da interligação entre as três esferas é possível lidar com os conflitos e a riqueza dialética do contrato de trabalho.

¹³⁷ CAMINO, Carmen. Relação de Emprego e seus efeitos: a delicada questão da eficácia do contrato de trabalho frente às nulidades. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Tema de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 80-93.

¹³⁸ MACHADO FILHO, Alexandre Marcondes. **Exposição de motivos [da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho]**. In: CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho e leis complementares. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

¹³⁹ CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho: do chão da fábrica ao serviço público**. 2010. 120 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

¹⁴⁰ Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

A esfera do Estado seria o núcleo duro do contrato de trabalho, onde não há liberdade para contratar e a autonomia da vontade cede à lei que é a garantia de que haverá um patamar mínimo de igualdade na relação. Na esfera do Direito Coletivo, que é um plano intermediário entre o Estado e o indivíduo, admite-se uma certa flexibilidade, desde que em direitos nascidos da própria autonomia coletiva. Por último, a esfera "relativamente flexível" do contrato, em que as partes exercem a sua autonomia, entabulando verdadeiro negócio jurídico, que a mais restrita. Essa autonomia, no entanto, mostra-se relativa, pois é nessa esfera que atua o princípio da proteção.

Catharino¹⁴¹ sintetiza a discussão, conceituando o contrato de trabalho como “um complexo voluntário-normativo”, um negócio jurídico em que autonomia da vontade é dirigida pelo Estado. Assim, embora sistematizado através de um contrato, não se pode negar a sua matriz “coletivista”, havendo evidente interesse do Estado em manter a harmonia das relações entre capital e trabalho, no intuito de preservar a paz social, interesse público por excelência.¹⁴²

3.3 TEORIA COMUNITÁRIA-PESSOAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Como se viu, a doutrina nacional concentra o estudo sobre a natureza jurídica da relação de trabalho na dicotomia entre contratualistas e institucionalistas, observando-se que as outras modalidades citadas por Catharino são variações das duas principais teorias, tendo a CLT optado por um modelo intermediário entre ambas. Não há, portanto, quase nenhuma referência à teoria comunitário-pessoal da relação de emprego, que se estudará a seguir.

Delgado¹⁴³ não se refere diretamente a ela, mas registra um modelo justaballhista autoritário que se desenvolveu inicialmente na Alemanha e estendeu-se para a Espanha e para a Itália, do qual destaca apenas a tentativa de eliminação do conflito na relação laboral, através do controle excessivo do Estado, repellido uma estruturação democrática do vínculo. Nascimento¹⁴⁴ tece alguns comentários sobre a teoria comunitário-pessoal, referindo-se aos textos de Menezes Cordeiro e Maria do Rosário Palma Ramalho. Cesarino Júnior¹⁴⁵ menciona

¹⁴¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 197

¹⁴² CAMINO, op. cit.

¹⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2015, p. 107.

¹⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 580

¹⁴⁵ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. A natureza Jurídica do contrato individual do trabalho. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1938, p. 138.

a teoria dentro daquelas consideradas anticontratualistas, embora firme posição no sentido de que estaria à margem da polêmica entre contratualistas e institucionalistas. Araújo¹⁴⁶ relata que, na década de 30, autores alemães teriam proposto uma teoria chamada de relação coletiva de direito pessoal, na qual se explorava a ideia de que a relação laboral não era uma situação jurídico-individual de fato, mas uma relação jurídico-social. Catharino, com se viu, ao descrever a teoria do institucionalismo puro ou imoderado, fala que nesse modelo se enxerga a empresa como um grupo comunitário. De resto, apenas referências superficiais são feitas ao tema.

Contudo, a doutrina estrangeira, em especial a Portuguesa, que serve de referência para esse trabalho, bastante influenciada pelo institucionalismo, dedica especial atenção à teoria comunitário-pessoal da relação laboral, criada na Alemanha, a partir da obra de Von Gierke e que, dentro do contexto histórico do Direito do Trabalho, teria sido determinante para sua autonomização como ramo do Direito.

Segundo Ramalho¹⁴⁷, embora a Alemanha fosse um país industrializado ao tempo da aprovação do BGB¹⁴⁸, o contrato de trabalho foi mantido dentro da estrutura normativa civilista como um contrato de prestação de serviços. Entretanto, o BGB reconheceu a situação de dependência pessoal do trabalhador e atribuiu ao credor/empregador uma série de deveres, que denominou de deveres de assistência ao empregado. Tal postura passou a suscitar discussões acerca da construção dogmática desse modelo, pois os pressupostos contratuais da liberdade e igualdade pareciam incompatíveis com o dever de uma parte de zelar pela saúde da outra, por exemplo.

Tais indagações abriram caminho, na década de 20, para uma nova concepção do contrato de trabalho com formulações que valorizavam os traços particulares da relação de trabalho, tais como a pessoalidade, o que acabava por afastar o contrato de serviços de outras relações jurídicas de cunho claramente obrigacional. A teoria comunitária-pessoal da relação de emprego teve, portanto, um papel importante no processo de emancipação do vínculo laboral em relação a sua origem obrigacional, na medida em que reconheceu os traços diferenciadores do vínculo de emprego, destacando a importância dos deveres de lealdade e

¹⁴⁶ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa fé no contrato de emprego**. São Paulo, LTr, 1996, p. 121

¹⁴⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 351.

assistência, como projeções da personalidade, bem como o desenvolvimento do sentido comunitário da empresa.

Ramalho¹⁴⁹ ressalva que a concepção comunitário-pessoal e todo seu embasamento foram influenciados por um "pressuposto ideológico incontornável", que era o do nacional-socialismo alemão e os modelos corporativistas que se desenvolveram em outros países da Europa no final da década de 20 e no início da década de 30. Importante observar que a ordem jurídica não é imune a influências sócio-ideológicas dentro dos vários contextos históricos, e o Direito do Trabalho é especialmente permeável a tais ideologias. Segundo Ramalho, é natural que a legislação trabalhista acompanhe as correntes de pensamento de cada período. São exemplos dessa dinâmica o contexto liberal das primeiras normas de proteção e o Estado Social, no século XX, que explica a imperatividade das suas intervenções normativas. É justamente a partir do Estado Providência que se justifica a extensão do dever de assistência do empregador no que tange aos riscos sociais. Ramalho alerta para o fato de que, embora o Direito do Trabalho sofra natural influência sócio-econômica, não pode deixar-se apropriar por ela, veja-se:

Mas para além desta evolução, decorrente da interação natural do mundo jurídico com a realidade social que lhe é subjacente e à qual se destina, encontramos no domínio laboral, mercê da delicadeza do fenómeno do trabalho subordinado do ponto de vista sociológico e econômico, um terreno propício a conotações e aproveitamentos ideológicos com consequências jurídicas relevantes. É a importância sociológica e econômica do trabalho subordinado que vai determinar a conotação do direito laboral com a difusão do ideário socialista no final do século XIX e nas duas primeiras décadas do século XX, e é ainda ela que propiciará o aproveitamento pelas ideologias corporativas e pelo movimento nacional-socialista, a partir do final dos anos vinte [...]

Do ponto de vista histórico social, o desenvolvimento do direito laboral tem, pois tido condicionado e acompanhado por uma série de fatores de instabilidade, que, de uma forma isolada, também se verificam noutras áreas do direito, mas cuja intensidade e conjugação dificilmente encontra paralelo no universo jurídico e muito contribui para dificultar a sua delimitação.¹⁵⁰

Assim, não se pode negar a influência do estado nacional-socialista sobre a teoria, o que se denota pela proibição das lutas laborais e pelo controle das associações de classe e das convenções coletivas. É também sob a sua influência que a empresa ganha importância fundamental no sistema laboral e que se reconhece a eficácia geral das convenções coletivas. Segundo Ramalho “[...] a valia científica destas concepções é provada pela sua sobrevivência

¹⁴⁹RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Tratado de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2012, p. 406.

¹⁵⁰RAMALHO, 2003, op. cit., p. 29.

ao declínio das ideologias à sombra das quais floresceram, em termos de grande credibilidade científica, uma vez expurgadas dos aspectos com maiores conotações ideológicas”.¹⁵¹

Veiga¹⁵² entende que a teoria teria sido uma resposta à visão individualista do século XIX, contra a qual se pronunciaram outras teorias, defendendo a ideia de que a empresa não poderia ser encarada, exclusivamente, em termos contratuais e individualistas, mas em termos institucionais e comunitários, enxergando solidariedade entre empresários e trabalhadores na realização de uma obra comum.

A concepção comunitário pessoal foi esboçada por Von Gierke a partir do modelo medieval de servo fiel, tendo sido duramente criticada pela ausência de liberdade do vassalo e pela ideia de submissão pessoal, embora destacasse os elementos pessoais e a solidariedade entre as partes:

El contrato de servicios del Derecho alemán tiene sus raíces, por el contrario, em el derecho de personas. Su precursor es el contrato de servicio fiel cuja forma más antigua esta representada por el que concluian los hombres del séquito con el señor del mismo y que se encuentra más tarde, desde el tiempo de los francos, em múltiples configuraciones diversas como Komendation. El contrato de servicio fiel consiste em la propia entrega a la prestación de un servicios in sacrificio de la personalidad. [...] El contrato de servicio fiel, sin embargo, es un contrato del derecho de personas y no un contrato de obligaciones. Estoponeya de manifesto la forma de su consertación: de palabra e dando se la mano. [...] la aceptación verbal de ambas partes coronaba em una recíproca promesa de fidelidade reforzada por parte del servidor mediante un juramento o voto y prestada por el señor sin ninguna forma especial. De esta manera, el contenido esencial del contrato está dado por la creación de una unión duradera (em el caso del vasallaje por toda la vida), que se lleva a cabo entre personas. [...] Este contrato le otorga al señor poder de ordenar y castigar y a su vez la obligación de proteger y representar. El servidor queda sometido a una limitación de su libertad por la que está obligado a la obediencia y a la prestación del servicio, al mismo tiempo que obtiene derecho a la protección y ala representacion. [...]¹⁵³

¹⁵¹ Ibidem, p. 32.

¹⁵² VEIGA, António Jorge da Motta. **Lições de direito do trabalho**. Lisboa: Universidade Lusíada, 1995.

¹⁵³ Ibidem, p. 15-16. “O contrato de serviços do Direito Alemão tem as suas raízes, ao contrário, no direito das pessoas. Seu precursor é o contrato de serviço fiel cuja forma mais antiga está representado pelo que ajustavam os homens do séquito com o senhor dos mesmos e se encontra mais tarde, desde a época dos francos, em múltiplas configurações diferente como Komendation. O contrato do servo fiel serviço consiste na entrega da própria personalidade na prestação dos serviços [...] O contrato do servo fiel, no entanto, é um contrato de direito pessoal e não um contrato de obrigações. O que mostra, desde já, a sua forma como se firma: através da palavra e dando-lhe a mão. [...] A aceitação verbal de ambos os lados coroado numa promessa de fidelidade recíproca reforçada pelo servo juramento ou voto e prestada pelo senhor sem nenhuma forma especial. Assim, o conteúdo do essencial contrato essencial é dado através da criação de uma união duradora (em caso de sujeição para a vida), que tem lugar entre as pessoas. [...] Esse contrato dá poder ao senhor de ordenar e punir em troca da obrigação de proteger e representar. O servo está sujeito a limitação de sua liberdade pelo que está que é obrigado a obediência e prestação de serviços, ao mesmo tempo que obtém direito a proteção e representação”.

Como se vê, a relação laboral estaria hierarquizada sob a chefia do empresário, a quem caberia realizar o bem comum da empresa e de todos os seus membros. A partir dessas ideias, a doutrina alemã amplia os deveres de lealdade e assistência e afasta o vínculo laboral do binômio trabalho e remuneração reconhecendo outras nuances na relação, valorizando a integração do trabalhador na organização do empregador, deslocando o objeto do vínculo laboral do binômio “dever de trabalho x dever de retribuição” para “dever de lealdade x dever de assistência”.

A lealdade é um dever que penetra o vínculo e se relaciona com o dever de empenho pessoal e integral do trabalhador nos objetivos e interesses da organização, não é lealdade ao contrato, mas lealdade à empresa. Segundo Ramalho,¹⁵⁴ vai além do dever de boa fé dos contratantes. O dever de assistência, por sua vez, é uma obrigação de cuidado com a integridade física e o bem estar do trabalhador. Tem o objetivo de compensar os "prejuízos" que a disponibilidade e o empenho do trabalhador causam a sua personalidade e a sua vida, logo, a lealdade e a assistência são deveres essenciais das partes. Invertem a visão tradicional que limita a relação de emprego aos deveres de trabalho e à remuneração e são suficientes para justificar os “desvios” do contrato de trabalho em relação aos contratos civis. Segundo Ramalho, os deveres de lealdade e assistência vistos sob a ótica comunitária dão um novo significado social e ético ao trabalho subordinado, revalorizando o trabalhador como pessoa.

De acordo com Menezes Cordeiro,¹⁵⁵ os exemplos do dever de lealdade são a diligência, o sigilo, a não aceitação de subornos, a não concorrência, a não prestação de trabalho a terceiros, a atuação no sentido de avisar e evitar danos na empresa. Com relação aos deveres de assistência, os exemplos citados pelo autor são os seguintes: cuidados com a higiene e segurança no trabalho, auxílio na doença e nos acidentes, proteção dos bens do trabalhador, dentre outros. Modernamente, o descanso anual, a manutenção do posto de trabalho e a reintegração no caso de dispensa arbitrária emanariam do dever de assistência, enquanto que os deveres de obediência e disciplina derivariam da lealdade. Menezes Cordeiro destaca a importância de tal formulação:

Os deveres de lealdade e assistência, com suas ramificações e regimes próprios, comprovadamente firmados no Direito, seja pela lei, seja pela jurisprudência, tornariam a relação de trabalho irreduzível a uma troca sinalagmática entre trabalho e

¹⁵⁴ RAMALHO, 2003, op. cit., p. 283.

¹⁵⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da Situação Jurídica Laboral: perspectivas dogmáticas do direito do trabalho**. Lisboa: ROA, 1982.

salário; graças a eles a fenomenologia laboral fica definitivamente diversa da obrigacional, sendo as diferenças de regime, bem substanciais, também obra sua.¹⁵⁶

Além disso, ensina Ramalho¹⁵⁷, a legislação trabalhista alemã desse período - AOG/Lei da Organização do Trabalho, publicada em 20/01/1934, projetou o significado comunitário da empresa para o centro do ordenamento jurídico laboral. Ela passou a ser a célula social, na qual empresários e trabalhadores trabalham em conjunto para atingir o objetivo empresarial, que tem consequências para o bem comum e da sociedade. É a partir da visão da empresa como célula comunitária que a maioria dos autores retoma a ideia de inserção do trabalhador na empresa, não mais nos termos da teoria institucionalista como inserção na esfera jurídica alheia e sim como membro de uma organização comunitária, com objetivos comuns, que justificariam o binômio lealdade-dever de assistência.

Não se pode deixar de mencionar que tal ideário reconhece essa comunidade como desigual, em que as partes desempenham papéis diferentes: o empresário define e coordena os objetivos, e o empregado desenvolve a sua prestação pautada por eles, o que justifica os poderes laborais do empresário e o dever de obediência do empregado. Deve se observar que a ideia de que empregado e empregador integram uma mesma comunidade "[...] retira o cunho de suserania pessoal tradicionalmente implícito na posição dominial do empregador – a subordinação é pessoal porque o vínculo o é, mas é funcional porque se justifica objetivamente nos interesses comunitários.”¹⁵⁸

O elemento comunitário representa o envolvimento do trabalhador na organização do empresário, reconhecida ou não como instituição, o que explicaria a limitação de liberdade do trabalhador, a sua sujeição aos interesses da empresa, a possibilidade de alterações posteriores do contrato, as relações externas e os vínculos com outros trabalhadores. Por essas razões, a concepção comunitária afasta a aplicação dos princípios civis do *pacta sunt servanda* e da relatividade dos efeitos do contrato.

A pessoalidade seria, segundo Ramalho¹⁵⁹, o elemento, que nega a matriz patrimonial do contrato, através do caráter *intuitu personae* do contrato, da indeterminação da prestação laboral, da dificuldade de separar o trabalho da pessoa do trabalhador e da subordinação jurídica, características que enfatizam a importância da lealdade na relação de trabalho. Por

¹⁵⁶ Ibidem, p. 106.

¹⁵⁷ RAMALHO, 2003, op. cit. 285.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 289.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 260/269.

fim, a autoridade que, como regra, não está presente em outras relações civis, se manifesta no contrato laboral pela necessidade de coordenação das prestações laborais, permitindo a juridicização da subordinação e possibilitando, conseqüentemente, a limitação objetiva do dever de obediência do trabalhador e dos poderes laborais de direção e disciplina, rompendo claramente com o princípio da igualdade do Direito Civil.

Deve-se esclarecer que a teoria comunitário-pessoal da relação de trabalho adapta-se tanto ao contratualismo como ao institucionalismo, permitindo que a relação seja classificada de um ou outro modo, sem perder suas características essenciais apoiadas no comunitarismo e na pessoalidade.

A teoria comunitário-pessoal do vínculo de emprego, portanto, pode ser explicada pela ótica contratualista, segundo a qual é a partir de um negócio jurídico que o trabalhador manifesta a sua vontade de colocar-se à disposição do credor. O contrato laboral não seria um negócio obrigacional, e sim pessoal, da conjugação do interesse comum dos intervenientes, através de um vínculo de colaboração e confiança. Por essas razões, de acordo com Ramalho, alguns autores sugerem a substituição da expressão contrato de trabalho por “acordo de trabalho” e consideram inadequada a designação de trabalhador e empregador como “partes” do contrato.¹⁶⁰

Por outro lado, parece ser a teoria institucionalista que melhor acomoda a concepção comunitário-pessoal da relação de emprego, especialmente, no que se refere ao papel da empresa. Ramalho explica que, ao atribuir à empresa um papel central, os institucionalistas valorizam-na como célula produtiva, “[...] fazem dela um campo privilegiado para a aplicação do conceito de instituição; o princípio da integração, próprio do cooperativismo, que se revela na ideia de pertencimento e contribui para a natureza comunitária da relação e para a aceitação do aspecto da desigualdade dos sujeitos em prol da ordem empresarial e da ordem social geral [...]”¹⁶¹

Ramalho aduz que, a partir da década de cinquenta do século passado, constata-se uma evolução da teoria comunitária-pessoal, numa tentativa de expurgar os seus contornos ideológicos, e a doutrina faz uma nova leitura do elemento comunitário, dando um maior destaque à pessoalidade e afastando o elemento comunitário da ideia de comunidade geral, aquela em que o empregador e o trabalhador se submetem aos interesses do Estado. Na Itália, segundo Ramalho, busca-se atualizar o princípio da mútua cooperação das partes seja em

¹⁶⁰ Ibidem, p. 294.

¹⁶¹ Ibidem, p. 307

relação a ideia de subordinação, seja na ideia de trabalho conjunto entre empregados e empregadores. Na Alemanha conjuga-se o elemento comunidade com o elemento dominial da relação, dando ênfase à autonomia da organização empresarial. Em Portugal, o elemento comunitário vem expresso no antigo Código do Trabalho Português de 1969¹⁶² que normatiza o princípio da mútua colaboração entre as partes. No Brasil, como se viu acima, a CLT adotou um sistema híbrido, manifestamente contratualista influenciado pelo institucionalismo, sem nenhuma referência legislativa à ideia de comunidade entre as partes.

Nessa mesma época, verifica-se um declínio das teorias institucionalistas e um crescimento das contratualistas na justificação da relação de trabalho, face à permeabilidade do institucionalismo às ideologias, em especial no ramo laboral, mais suscetível às mesmas, além do resgate do contrato como categoria jurídica, que aparece renovada no sentido de que reconhece as particularidades do contrato de trabalho em relação aos demais. Segundo Ramalho, é possível afirmar que o contrato reestrura-se influenciado pela teoria comunitário-pessoal através da ideia de inserção do trabalhador na organização da empresa. Esse movimento é chamado pela autora de "re-obrigacionalização parcial da relação laboral".¹⁶³

A despeito das críticas, Ramalho aponta contribuições importantes do institucionalismo que, até os dias atuais, exercem influência na dogmática laboral. Uma delas é a concepção institucional da empresa, que a concebe como um organismo juridicamente autônomo e a coloca no centro do sistema laboral, “[...] deslocando o Direito do Trabalho para fora do contrato”¹⁶⁴. É a ideia de autonomia da empresa que permite, por exemplo, a justificação dos poderes laborais, que combina o elemento contratual com as necessidades organizacionais. É também essa concepção, que permitiu o desenvolvimento da ideia de interesse da empresa, que implica na limitação funcional e objetiva dos poderes laborais. O

¹⁶² Artigo 18.º - (Princípio da mútua colaboração)

1. A entidade patronal e os trabalhadores são mútuos colaboradores e a sua colaboração deverá tender para a obtenção da maior produtividade e para a promoção humana e social do trabalhador.
2. O Estado fomentará, através da concessão de benefícios de ordem fiscal ou outros, todas as formas de concretizar, nas empresas, a ideia de cooperação dos trabalhadores e da entidade patronal na realização da obra comum.
3. O disposto no número anterior abrange, entre outras, a constituição de órgãos de colaboração destinados a apreciar os problemas directamente relacionados com os interesses dos trabalhadores, bem como a comparticipação destes na gestão de obras sociais e nos resultados do empreendimento.
4. Os órgãos de colaboração e os sistemas de comparticipação podem ser estabelecidos nas convenções colectivas de trabalho, e o Estado poderá, através de adequada legislação, fixar as condições da obrigatoriedade da sua instituição.

¹⁶³ Ibidem, p. 484

¹⁶⁴ Ibidem, p.486

reconhecimento da importância da empresa, na sua aceção organizacional, é uma das principais contribuições do institucionalismo para o moderno direito laboral.

3.3.1 CRÍTICAS E DECADÊNCIA DA TEORIA DA NATUREZA “COMUNITÁRIO-PESSOAL” DO VÍNCULO DE TRABALHO

A partir da década de setenta, a teoria comunitário-pessoal da relação de emprego passou a receber críticas por parte da doutrina que a considerava tecnicamente imperfeita e artificial do ponto de vista prático. Nesse tópico, o trabalho apoia-se, mais uma vez, na doutrina portuguesa. Menezes Cordeiro aponta duas razões para o ceticismo em relação à teoria comunitário-pessoal da relação: uma de ordem política, que é o aproveitamento da teoria por sistemas autoritários, que receberia a reprovação daqueles que se orientam politicamente pelo ideário da luta de classes; outra, de ordem técnica, no sentido de que os defensores dessa teoria não teriam conseguido encontrar “[...] uma fórmula técnico-jurídica suficientemente satisfatória de a expressar”.¹⁶⁵

Além destas, outras críticas foram dirigidas à teoria e centram-se, de acordo com Menezes Cordeiro,¹⁶⁶ nos seguintes aspectos:

a) A expressão “comunitária” estaria relacionada com uma contitularidade de direitos; com uma comunhão de interesses e com uma comunidade sociológica, que não estaria presente na relação de emprego, pois, empresa e trabalhador têm interesses que, mesmo quando não contrapostos, não são partilhados. Não se nega existência de interesses comuns entre as partes – prosperidade da empresa, boas condições ambientais, manutenção monetária, dentre outras. Ocorre que muitas relações obrigacionais também apresentam pontos comuns entre devedor e credor, sem que tal relação seja denominada comunitária. Por fim, a relação laboral não atende a exigências básicas do que venha a ser uma comunidade sociológica: interesse comum, vontade única, fim unitário, dentre outros.

Menezes Cordeiro ressalta que o conflito social na área laboral está na origem desse ramo do Direito e que a manutenção desses conflitos, a necessidade de proteger o contratante mais fraco e o reconhecimento das lutas coletivas foram determinantes para o desenvolvimento do Direito do Trabalho. Não se pode olvidar, ainda, que qualquer ramo do

¹⁶⁵ CORDEIRO, op. cit., p. 111.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 112-123.

Direito tem por escopo dirimir conflitos e, se houver coincidência de interesses, esse deixa de ser útil.

b) No que se refere a expressão “pessoalidade”, o autor afirma que se trata de uma expressão dúbia que pode: a) contrapor-se a uma relação de direitos reais, quando a intenção no direito laboral é no sentido, justamente, de contrapô-la a relação meramente obrigacional; b) confirmar a ideia de uma relação não patrimonial, no entanto, o pagamento do salário trata de afastar essa percepção; c) conceber uma relação entre pessoas determinadas, tecnicamente não fungível para o Direito Civil. Os juslaboralistas, entretanto, pretendiam enfatizar uma relação de confiança mútua entre os participantes, o que, segundo o autor, só se cumpriria na hipótese de contratos com pequenas empresas familiares, fato raro em tempos de massificação das relações e de anonimato. Da massificação negocial pretendeu-se um relacionamento pessoal).

Além da crítica dirigida, especificamente, as expressões utilizadas que, como se vê, não teriam logrado alcançar os objetivos pretendidos, as objeções à teoria comunitário-pessoal da relação de trabalho, segundo Menezes Cordeiro, relacionar-se-iam ao fato de que a teoria estaria intimamente ligada ao institucionalismo, que está completamente superado, na medida em que o contrato corresponde melhor aos princípios sociais atuais, pois a ideia de incorporação conduziu a resultados sociais inconvenientes, em razão de sua dubiedade.

Os deveres de assistência, explicados através da teoria comunitária-pessoal, foram acomodados de várias formas, alguns deles integrados ao direito previdenciário, acidentes, doença, gravidez, aposentadoria, etc., outros ajustaram-se à teoria da remuneração ampliada. De modo geral, institutos como o do abuso do direito, da boa-fé, dos bons costumes e da ordem pública são utilizados para a tutela da parte débil da relação para atingir a justiça social, que, na teoria comunitária-pessoal, seria alcançada pelos deveres de assistência. No que tange à lealdade, Menezes Cordeiro¹⁶⁷ não enxerga nada que o diferencie da lealdade que todo contratante deve guardar na formação e execução de um contrato, não se justificando, portanto, a sua inclusão numa categoria diferenciada, considerando, ainda, que as relações na empresa são dominadas pelo anonimato e pela massificação.

Além dessas críticas, segundo Veiga,¹⁶⁸ a teoria comunitário-pessoal foi especialmente rejeitada pela doutrina marxista, pois a ideia de solidariedade de interesses entre trabalhadores e patrões contraria o postulado da “luta de classes”. Veiga reconhece, ainda, limitações

¹⁶⁷ Ibidem, p. 142

¹⁶⁸ VEIGA, Antônio Jorge da Motta. Lições de Direito do Trabalho. Lisboa, 1995

práticas da teoria comunitária-pessoal em face da estrutura puramente capitalista da empresa, das ideologias de luta e da oposição sustentada por associações sindicais que contrariam o desenvolvimento de um espírito comunitário. Por fim, o autor esclarece que quanto à divisão dos resultados do processo produtivo, os interesses de empregadores e trabalhadores não coincidem e são fonte de conflitos.

A despeito de tais dificuldades práticas, Veiga reconhece o mérito da concepção comunitária em dois aspectos: o de destacar que a empresa não é apenas a simples justaposição de contratos individuais de trabalho e o de reconhecer que, junto com a sua finalidade econômica, a empresa tem também uma finalidade social.

Ramalho¹⁶⁹, embora não concorde com todas as críticas, é da opinião que a teoria comunitário-pessoal do vínculo é inviável nos dias atuais, pois o elemento personalidade, se não é negado completamente nas relações laborais modernas, tem um papel secundário e geral a todos os negócios jurídicos, e o elemento comunitário, em face da conflitualidade inerente da relação, torna a comunhão de interesses uma ficção, sintetiza da seguinte forma:

No nosso entender, é, contudo, a ausência de comunhão em sentido sociológico, manifestada na essência conflitual do fenômeno do trabalho dependente e de outros fenômenos sociais com eles conexos, que obsta, em definitivo, à qualificação comunitária da relação laboral – clima de conflitualidade social subjacente ao sistema jus-laboral se projeta diretamente e com uma tal intensidade nesse sistema que torna artificial e utópico qualquer pensamento comunitário. É certo que todo o direito tem na sua origem relações sociais de efectivo ou potencial conflito, mas, no caso laboral, é o próprio sistema positivo que inviabiliza qualquer ideia de comunhão ao legitimar e, em alguns casos, ao proteger essas relações de conflito [...] [...] esta concepção não era apenas idealista na referência à existência de uma comunhão entre as partes, mas também na ideia de que as partes valorizariam mais o vínculo de lealdade que as unia do que os proveitos econômicos que cada uma delas retiraria do vínculo – o que, obviamente, não corresponde à realidade. Na verdade, mesmo que se admita a importância dos deveres pessoais das partes no vínculo laboral, eles não podem deixar de ser qualificados como deveres acessórios dos deveres principais de trabalho e remuneração.¹⁷⁰

Assim, porque o elemento comunitário não encontra eco nem na realidade sociológica, nem no sistema de direito positivo, ele careceria de consistência para qualificar o vínculo laboral.

Por fim, não se pode ignorar, também, que razões de ordem econômica contribuíram para o declínio da teoria comunitária-pessoal. Como já se viu, a partir da década de setenta a crise estrutural do capitalismo forçou as empresas a romper com os modelos taylorista e

¹⁶⁹ RAMALHO, 2003, op. cit, p. 486.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 488

fordista a fim de recuperar a competitividade, que não poderia ficar atrelada aos elevados custos da mão de obra e da produção em série.¹⁷¹ Assim, na década de 80, os países de capitalismo central racionalizaram o processo produtivo e dentro dessa nova ótica de mercado, que visava o aumento do lucro e a redução dos custos, falar em comunidade entre empregado e empregador seria inócuo e despropositado.

É possível afirmar que o resgate da autonomia da vontade e dos modelos neoliberais estão entre as causas do abandono da teoria comunitário pessoal. A recondução do Direito do Trabalho ao direito obrigacional, em vários países europeus, assentou a ideia de que o contrato de trabalho distingue-se dos demais apenas pela posição de dependência ou de subordinação do trabalhador.

Ocorre que, salvo melhor juízo, o contrato não nega a colaboração entre as partes, ao contrário, a colaboração contribuiria para o sucesso do negócio, para a satisfação das partes e para a pacificação social. Se a relação contratual não é exatamente comunitária, ela é, pelo menos, cooperativa, na medida em que as partes que firmam um contrato, embora tenham interesses creditórios distintos, devem cooperar para que o mesmo seja executado e concluído em bons termos para ambas as partes, muito especialmente se esse contrato prolongar-se no tempo e se ele é essencial para ambas as partes.

O próximo capítulo dedicar-se-á a investigar se, a despeito do abandono da teoria comunitária-pessoal da relação de trabalho e do reconhecimento da natureza contratual do vínculo de emprego, é possível resgatar os ideais comunitários, despidos de qualquer resquício ideológico, muito especialmente nos aspectos em que a teoria promete um significado social e ético para o trabalho, ao destacar os deveres de lealdade e assistência, revalorizando o trabalhador como pessoa.

Assim, passa-se a estudar o conceito e os elementos atuais do contrato de trabalho e, a partir da crítica ao modelo tradicional e da percepção pós-moderna das relações contratuais, buscar alternativas para resgatar uma noção comunitária do contrato de trabalho. A ideia é discutir possibilidades com base no modelo existente e nos mecanismos jurídicos disponíveis no sistema legal brasileiro.

¹⁷¹SOUZA, Rodrigo Trindade de. Relações de trabalho na contemporaneidade: retitularização da classe trabalhadora e a tendência de redefinição dos marcos da relação de emprego e do direito do trabalho. *In*: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 124-157.

4 O CONTRATO DE TRABALHO

Superadas as discussões entre o contratualismo e o institucionalismo, o contrato se impôs como a forma jurídica mais eficaz para regular a relação de trabalho. A contratualidade é indispensável para o Direito do Trabalho, pois, ainda que idealizado dentro de uma estrutura principiológica, a autonomia da vontade tem papel fundamental, sendo o ponto de distinção histórico entre a escravidão e o trabalho livre. A vontade é a criadora do negócio jurídico, e o trabalhador é sujeito de direitos; sua manifestação livre é o que permite suplantar o trabalho como uma imposição, uma obrigatoriedade em favor de outrem.¹⁷² Existe um contrato mesmo que as partes não o tenham formalizado; a vontade está revelada quando o empregador não se opõe a prestação dos serviços e se utiliza deles. É o contrato o instrumento jurídico adequado para que trabalhador e empregador possam criar e desenvolver suas relações jurídicas e só através da vontade é que podem modifica-lo, dentro dos limites que impõe o princípio da inalterabilidade unilateral do contrato de trabalho.¹⁷³

Com apoio nos arts. 2º e 3º, da CLT,¹⁷⁴ é possível conceituar o contrato de trabalho como o acordo expresso, escrito ou verbal, ou tácito firmado entre o empregado, necessariamente uma pessoa física, e outra pessoa, que pode ser física, jurídica ou uma entidade, que será o empregador. De acordo com Moraes Filho, a denominação contrato de trabalho foi usada pela primeira vez na economia por volta de 1872 e passou a ser adotada pela doutrina jurídica em 1885. Reputa-se aos Belgas a primeira referência legislativa à expressão contrato de trabalho em 1900, seguida pelo Direito Francês, tornando-se, a partir de então, de uso corrente. No Brasil, os primeiros registros datam de 1905.¹⁷⁵

Gomes sintetiza várias definições do contrato de trabalho no seguinte conceito: “[...] Contrato de trabalho é a convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa

¹⁷² COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato de trabalho. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. (Org.). **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

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

¹⁷⁵ MORAIS FILHO, Evaristo de. Introdução ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

remuneração e em caráter não eventual, prestam trabalho pessoal em proveito e sob direção do empregador”.¹⁷⁶

Por meio desse ajuste, o empregado compromete-se a executar pessoalmente, em favor do outro contratante, um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica.

4.1 ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS

A partir do conceito de contrato de trabalho identificam-se os elementos fático-jurídicos¹⁷⁷ que compõem a relação de emprego: prestação de trabalho com pessoalidade, não eventual, subordinada e onerosa. Tais elementos são os aspectos distintivos e integradores da individualidade da relação jurídica¹⁷⁸ e permitem a delimitação de seu espaço de aplicação. Alguns autores incluem a alteridade, como mais um elemento da relação a ser observado, pois o trabalho é prestado em proveito de outrem, que auferes os lucros do empreendimento e, portanto, assume os riscos dele decorrente.¹⁷⁹ Embora se reconheça a pertinência de tal característica, opta-se por analisar aqueles elementos que têm sido objeto de indicação pela doutrina majoritária e que permitem singularizar a relação.

4.1.1 Pessoalidade

Embora em todas as relações jurídicas verifique-se a submissão de um sujeito a condutas que satisfaçam o interesse do credor, caracterizando o que se convencionou chamar de relações pessoais, no contrato de trabalho tal vínculo ganha outros contornos. De acordo com Apostolides, “Nos contratos obrigacionais as condutas são devidas por pessoas, consideradas como sujeito de direito, enquanto na relação laboral a prestação da atividade é devida por pessoas, consideradas como seres humanos”.¹⁸⁰

Não há dúvida, portanto, de que o sujeito se coloca na relação de trabalho de modo muito diferente da que o faz em outras relações jurídicas. O dever do empregado levará em

¹⁷⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 121.

¹⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2015.

¹⁷⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal. **A boa fé no contrato de emprego**. São Paulo, LTr, 1996, p. 139.

¹⁷⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 186.

¹⁸⁰ APOSTOLIDES, Sarah da Costa. **Do dever précontratual de informação e sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra, Almedina, 2008, p. 177-178

conta as características próprias da pessoa para a execução. Assim, conforme Araújo “[...] o dever de segurança, a duração da jornada, a submissão a trabalhos que exijam esforço físico acentuado, a diligência, a produtividade, as condições de trabalho das mulheres e dos menores, entre tantas, devem ser fixadas levando em conta o caráter pessoal da prestação de serviços, além da observância do regramento mínimo previsto na lei”.¹⁸¹ Observe-se que os efeitos da pessoalidade não se verificam só no momento da contratação, mas durante a toda a prestação e a extinção, se consideradas as causas de suspensão e interrupção do contrato de trabalho, por exemplo.

Os serviços devem ser executados pela pessoa do trabalhador, não sendo admitida, como regra geral, a sua substituição, o que significa que a relação pactuada deve ser cumprida *intuito personae* com respeito ao prestador de serviços, que não pode se fazer substituir intermitentemente por outro trabalhador, o que, se ocorrer, descaracteriza a relação de emprego.

Sobre a fidúcia, Araújo¹⁸² lembra ser esse um dos aspectos mais importantes da pessoalidade para o contrato de trabalho. Nele como em outros contratos, especialmente nos que se prolongam no tempo, os deveres de diligência, boa fé e lealdade são fundamentais. Vilhena acrescenta que “A pessoalidade tem exatamente a virtude de fixar os contornos individuais dessa fidúcia, que nas relações e trabalho como nos negócios jurídicos, sobretudo nos de natureza continuada, supõe diligência, boa-fé e lealdade, no comportamento das partes”.¹⁸³

Vilhena ainda observa outro aspecto importante da pessoalidade, aduzindo que a pessoalidade não trata apenas da pessoa do trabalhador, relaciona-se também com a tutela da atividade empresarial através de normas, que se dirigem à conduta do empregado e conclui: “[...] o trabalhador, como ser humano, como ser ético, como portador de peculiar capacidade psicofísica e técnica laborativa, move-se na empresa como um feixe de aptidões e deveres jurídicos”.¹⁸⁴

4.1.2 Onerosidade

¹⁸¹ ARAUJO, op. cit., p. 143.

¹⁸² Ibidem, p. 142.

¹⁸³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. Relação de Emprego: Estrutura legal e supostos. São Paulo: LTr, 2005, p. 397

¹⁸⁴ Ibidem, p. 396

O contrato de trabalho pressupõe o dever de prestar serviços mediante o pagamento de salário, o que o caracteriza como um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso. De acordo com Nascimento,¹⁸⁵ a onerosidade resulta da natureza bilateral da relação jurídica e traduz a reciprocidade a que estão sujeitas as partes do contrato de trabalho, essencial para sua existência. Oliveira e Dorneles afirmam que:

“[...] Tem, portanto, a relação de emprego, em função destas obrigações fundamentais, a onerosidade como traço típico, pois ambas as partes constituem a relação com intuito patrimonial: o empregador ao se beneficiar de trabalho produtivo e o empregado ao ter a expectativa de recebimento de salários”.¹⁸⁶

Não há na legislação brasileira um conceito do que venha a ser salário e a CLT se refere em alguns artigos ao salário e em outros à remuneração, tendo ficado estabelecido na doutrina que a ideia de remuneração é mais ampla do que a do salário, contemplando gorjetas e diárias, essas conforme o caso. Segundo Araújo¹⁸⁷, normalmente, o salário é fixado pelo empregador e decorre das condições sócio econômicas gerais. Haverá negociação, no que se refere ao valor do salário e de outras vantagens financeiras, quando a qualificação do empregado tiver relevância na contratação.

Oliveira e Dorneles ensinam que a onerosidade é presumida pelo contexto, pois ninguém limitaria a sua liberdade e obrigar-se-ia juridicamente a prestar um serviço, se não tivesse a legítima expectativa de uma contraprestação, assim, mesmo que não haja efetivo pagamento, existe, por parte do empregado, a expectativa de recebê-lo.¹⁸⁸ Essa expectativa distingue o trabalho voluntário do contrato de trabalho típico, pois, no primeiro, não há, necessariamente, expectativa de contraprestação. Várias circunstâncias reforçam essa presunção, como, por exemplo, a vinculação da atividade à subsistência do trabalhador; o proveito econômico evidente do empregador; a profissionalização do prestador de serviços e o fato de não existir na atividade do empregador nenhum caráter benevolente, ideológico ou religioso.

Logo, é possível afirmar que é em torno no binômio trabalho x salário que gravitam as demais obrigações contratuais, ou seja, embora a onerosidade esteja no centro da relação, não

¹⁸⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26., ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 580.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Manual de direito do trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 47.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 150.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 47/48.

a esgota. Como se verá a seguir o contrato de trabalho comporta obrigações acessórias que não têm precisamente caráter oneroso.

4.1.3 Não eventualidade

O trabalho não eventual é aquele que é habitual e contínuo, expressando a noção de permanência típica do contrato de trabalho, que é de trato sucessivo. O art. 3º da CLT, ao mencionar a não-eventualidade como requisito da relação de emprego, refere-se ao trabalho que não pode ser acidental, colocando o empregado a sua força de trabalho à disposição do empregador de modo contínuo.

A não-eventualidade é a possibilidade, ainda que não realizada, de fixação do obreiro ao tomador do trabalho, que resulta diretamente da aptidão do patrão de ofertar trabalho permanente e regularmente. É aquele que atende às necessidades normais, constantes e uniformes de uma empresa. Oliveira e Dorneles entendem que, além da essencialidade para a atividade do empregador, a não eventualidade pode estar relacionada também à necessidade dos serviços para a execução da atividade tida como essencial, “[...] No entanto a não eventualidade do serviço não diz respeito apenas a sua essencialidade no contexto da atividade produtiva (as chamadas atividades-fim da empresa). Há serviços prestados que não são necessariamente essenciais mas são realizados [...]”¹⁸⁹. Como exemplo, citam a faxineira de uma escola que, embora não exerça atividade essencial, é extremamente necessária no contexto escolar.

Segundo Delgado, a não eventualidade expressa duas dimensões: de um lado a duração que deve ser incentivada e que se verifica no princípio da continuidade e de outro na ideia de permanência (não esporádico, eventual).¹⁹⁰ Ainda, segundo o autor, eventualidade estaria caracterizada pela descontinuidade da prestação dos serviços, pela pluralidade de tomadores de serviços; pela curta duração dos serviços prestados e pela natureza do trabalho, se relacionado com a regular dinâmica do empreendimento e com os seus fins. Logo, não existem critérios exatos a definir a não eventualidade, que se configurará por exclusão e verificar-se-á em cada caso e de acordo com as particularidades do contrato.

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Manual de direito do trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 48.

¹⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2015, p. 306

4.1.4 Subordinação

A subordinação é considerada, de forma unânime, a nota típica do contrato de trabalho. Consiste nas diretivas analíticas sobre o tempo em que deverá ser executada a prestação de serviços, e o modo como ela acontecerá. Ela está fundamentada no contrato e representa uma limitação à autonomia do empregado, que decorre da intensidade de ordens, da obediência ao comando do empregador e da situação de respeito à hierarquia.¹⁹¹

Muitas são as formas de subordinação, que pode se configurar como: **econômica**, quando o empregado se submete em termos econômicos ao empregador; **social** em que o empregado estaria em posição social inferior ao do empregador; **técnica** na qual o empregador teria maiores conhecimentos técnicos que o empregado; **hierárquica** na qual o empregado está submetido ao empregador em razão da estrutura hierárquica da empresa.

Por fim, a subordinação é modernamente considerada **estrutural** que representaria uma visão mais ampla, pois o trabalhador estaria subordinado, se integrado, de alguma forma, à estrutura e à dinâmica organizacional da empresa.

A subordinação pode ser vista, também, sob as óticas objetiva e subjetiva. Na subordinação objetiva, o empregado ao ser contratado “[...] integra-se ao ambiente empresarial e torna disponível sua energia laboral ao empregador, sabendo que desempenhará alguma tarefa útil ou necessária à atividade empresarial”.¹⁹², ao passo que a subordinação subjetiva dá-se com “[...] a efetiva concretização dessa disponibilidade, revela-se na medida em que o empregador ou superior hierárquico emite ordens visando tornar a energia laboral em algo efetivamente útil ao empreendimento econômico”.¹⁹³

Por fim, Delgado¹⁹⁴ sintetiza o fenômeno da subordinação aduzindo que as formas antes mencionadas não se excluem, mas se completam e que, atualmente, o caráter multidimensional da subordinação é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência permitindo o enquadramento de fatos novos do mundo do trabalho.

¹⁹¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 119

¹⁹² OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Manual de direito do trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 49.

¹⁹³ Ibidem, p. 50

¹⁹⁴ DELGADO, op. cit., p. 314/315

Dorneles,¹⁹⁵ acrescenta que a evolução da teoria clássica do Direito do Trabalho abandonou a dependência econômica como elemento da relação de emprego e, portanto, a proteção do direito dirige-se, exclusivamente, ao trabalhador subordinado. Se não há subordinação, ainda que a dependência econômica seja evidente, não haverá relação de emprego e, portanto, proteção da legislação trabalhista.

4.2 REQUISITOS JURÍDICO-FORMAIS

Somam-se aos elementos fático-jurídicos os requisitos jurídico-formais do contrato de trabalho que lhe conferem validade e derivam da teoria geral dos contratos. Assim, o contrato de trabalho deve ser celebrado por agente capaz, com objeto lícito e na forma prescrita ou não defesa em lei.

Delgado estabelece a utilidade de cada grupo:

“[...] a pesquisa sobre os elementos fáticos-jurídicos da relação da relação empregatícia permite responder à pergunta sobre a existência ou não da relação de emprego no caso concreto. Já a pesquisa sobre os elementos jurídicos-formais do respectivo contrato empregatício permite responder à pergunta sobre a validade (ou não) e extensão dos efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes”.¹⁹⁶

Os requisitos jurídicos formais do contrato de trabalho e que conferem validade aos negócios jurídicos de forma geral. São os seguintes:

- a) capacidade das partes - a capacidade é requisito indispensável ao contrato de trabalho, verificando-se aos 16 anos de idade ou 14, no caso do aprendiz, e a não observância da idade, não obstante constitua um vício do negócio, implica o reconhecimento dos direitos trabalhistas e a extinção do vínculo, como ensina Moraes Filho, em razão da essencialidade de vontade;
- b) licitude do objeto - a ilicitude do objeto, dada sua relevância jurídica, retira do negócio todos os seus efeitos, assim, aquele que trabalha pessoalmente, com onerosidade e subordinação em atividade ilícita (contrabando, tráfico de drogas, etc..) não terá reconhecido o contrato de trabalho. Deve-se observar a distinção entre o trabalho ilícito e o vedado a determinadas pessoas como, por exemplo, o

¹⁹⁵ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Teoria da relação de emprego e sociedade pós industrial: algumas reflexões. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; _____ (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

¹⁹⁶ DELGADO, op. cit., p. 316.

trabalho perigoso realizado por menor. A norma, nesse caso, não se destina a assegurar a validade do negócio, e sim à proteção do trabalhador.

- c) forma prescrita ou não defesa em lei - o Direito do Trabalho não prescreve forma especial para o contrato, exceto para os contratos de aprendizagem, que devem estar registrados na CTPS do aprendiz, além da matrícula, frequência e inscrição no programa de aprendizagem (art. 428, da CLT) e por prazo determinado, que será firmado por escrito (art. 29, da CLT). Assim, quanto ao requisito da forma prescrita e não defesa em lei, a validade do contrato dificilmente será questionada, pois a CLT, em seu art. 40, admite que o contrato de trabalho seja pactuado de forma tácita ou expressa.

4.3 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TRABALHO

Catharino define o contrato de trabalho como um complexo voluntário [...] fruta produzida pelo “dirigismo contratual” e amadurecida na estação da “liberdade protegida”, a atual. Sua origem, o contrato. Sua função apressar a revolução da igualdade jurídica, sendo como é visceralmente contratual. Seu sujeito principal, o empregado, daí ser preponderantemente pessoal, além de patrimonial e obrigacional”.¹⁹⁷

A partir da interação dos elementos fático-jurídicos e jurídico-formais é possível definir o contrato de trabalho como: a) *intuiti personae* - o vínculo se forma com uma pessoa que estabelece com o tomador de serviços uma relação de fidúcia; b) comutativo - as partes esperam uma da outra obrigações certas e distintas; c) sinalagmático - a existência de reciprocidade entre as obrigações das partes e subjetivamente, tais obrigações guardam certa equivalência ente si; d) oneroso - o trabalho é um bem que integra o patrimônio jurídico do trabalhador pela qual recebe uma contraprestação equivalente; e) consensual - a mera vontade entre as partes é suficiente para que o contrato realize-se; f) de trato sucessivo - as obrigações dele decorrentes se estendem e se renovam no tempo e g) contrato realidade – a relação surge de uma relação fática, cuja importância é muito grande, porque o que ocorre na realidade tem o poder de modificar o que foi expressamente ajustado pelas partes.¹⁹⁸

¹⁹⁷ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 197

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Cínthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Manual de direito do trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 79-80.

Muitos autores classificam o contrato de trabalho como um típico contrato de adesão, sem que isso retire-lhe a natureza contratual, mas justifique o método de contratação sem uma fase pré-contratual propriamente dita, em que as partes negociam as condições do ajuste livremente. Observe-se que os contratos de massa representam a maioria das contratações laborais. Não se pode esquecer que vários outros contratos de trabalho passam por intensa fase de negociação, como os contratos de altos empregados, artistas, atletas, jornalistas, enfim, profissionais que, pela sua distinção e condição sócio econômica, não só discutem as cláusulas contratuais em condições de igualdade como, em muitos casos, impõem exigências para aceitar a contratação.

Coutinho¹⁹⁹ discorda quanto à classificação dos contratos de trabalho como de adesão e entende que, embora a vontade do trabalhador seja aderente às condições preestabelecidas, não há no caso uma “declaração unilateral de vontade”, pois o contrato não reflete a vontade de uma das partes, e sim a manifestação do dirigismo econômico estatal, seja pela disciplina legislativa, seja pela negociação coletiva, por isso entende mais adequada a ideia de dirigismo contratual, que, na disciplina e regulamentação do trabalho, deixa quase nenhum espaço para a vontade das partes, ou seja, a adesão se dá às condições impostas pelo Estado e não pelo outro contratante.

Vilhena advoga a distinção entre o ato de constituir o contrato e o de clausulá-lo com base no princípio da preservação dos contratos, que explicaria o fato de pactos regulamentares ou de adesão ou contratos-tipo coadunarem-se com o princípio da autonomia da vontade, assim, tais relações jurídicas não deixam de ser qualificadas como contrato, pois ainda que a vontade tenha atuado apenas parcialmente, ou até mesmo não tenha atuado, na clausulação, ela é essencial na constituição do contrato.²⁰⁰

Logo, a liberdade para contratar é valorizada enquanto iniciativa, vontade de contratar ou não, mas o conteúdo da relação passa a ser ditado pelo regramento estatal, e, em alguns casos, nem mesmo o impulso contratual é autônomo, como no caso da obrigatoriedade de contratação de aprendizes ou portadores de deficiência.²⁰¹

¹⁹⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato de trabalho. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. (Org.). **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000.

²⁰⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. **Relação de Emprego: estrutura legal e supostos**. São Paulo: LTr, 2005, p. 242

²⁰¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato de trabalho. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. (Org.). **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000.

4.4 DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES NO CONTRATO DE TRABALHO

No que se refere às obrigações das partes no contrato de trabalho, essas podem ser divididas em obrigações principais e acessórias. As principais ocupam o núcleo central (e conflituoso) da relação e consistem basicamente no binômio trabalho x remuneração.

A prestação mais importante do trabalhador é uma obrigação de "fazer", ou seja, deve prestar serviços, embora possa não estar comprometido com o resultado. Deve fazê-lo com diligência, ou manter-se disposto para tanto. Por parte do empregador, o principal dever é uma obrigação de "dar" a retribuição que evidencia o caráter oneroso e sinalagmático do contrato.²⁰²

Paralelamente aos deveres principais, as partes assumem também obrigações acessórias, necessárias para a melhor e fiel execução das prestações principais. As necessidades organizacionais do empregador, conjugadas com a disponibilidade pessoal do trabalhador reforçam os elementos de fidúcia e boa-fé, que as partes devem ter para a continuidade e o bom desenvolvimento do contrato e da finalidade empresarial, que se concretizam através das obrigações acessórias.²⁰³

As obrigações acessórias podem se extinguir, se alterar, se renovar, ou nascerem ao longo do tempo, segundo Araújo:

São obrigações acessórias que gravitam em torno do núcleo contratual. Basta pensar na hipótese de um vínculo de emprego que dure vinte anos, com inúmeras alterações contratuais, onde pode ser verificada a extrema dinamicidade da relação. As obrigações acessórias podem decorrer de manifestações expressas, ou tácitas, como as decorrentes de fatos dos atos do dia-a-dia, costumes profissionais, aquiescências múltiplas que ocorrem no convívio diário em sociedade e que se projetam para um contexto do vínculo obrigacional.²⁰⁴

Como exemplo dessas pequenas alterações contratuais, podem ser mencionadas: valores que são pagos de forma reiterada; horários, que se repetem; condições de trabalho e tarefas, que se modificam pouco a pouco. O prazo ou periodicidade em que as obrigações

²⁰² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 428-440.

²⁰³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Manual de direito do trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 81.

²⁰⁴ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no término do contrato de emprego: o pagamento das verbas rescisórias – resilitórias**. Revista Justiça do Trabalho nº 185, 2015, p. 91.

acessórias verificam-se não é necessariamente o mesmo que o das obrigações principais, por exemplo, a obrigação de pagamento de salário, principal, realiza-se, na maioria das vezes, mensalmente, ao passo que a concessão de férias, que é uma obrigação acessória, verifica-se de forma anual.²⁰⁵

Os deveres acessórios do empregado são os que seguem: a) dever de obediência - decorre diretamente do elemento subordinação e significa que o trabalhador deve submeter-se às ordens lícitamente dispostas pelo empregador; b) dever de cooperação - consiste no esforço para o fiel cumprimento do contrato; c) dever de lealdade - relaciona-se à conduta do trabalhador na execução do contrato de acordo com a boa fé e, no sentido restrito, projeta-se nos deveres de sigilo, de não concorrência, zela pela preservação do patrimônio, obriga-se a prestar informações adequadas e úteis, não proceder negociação habitual escusa; d) dever de urbanidade - relaciona-se à ética mínima dentro do contrato e aos autos de civilidade em relação ao empregador, clientes e outros trabalhadores.²⁰⁶

Quanto às obrigações acessórias do empregador, são os seguintes: a) dever de documentação - consiste em manter arquivados e atualizados todos os documentos funcionais do trabalhador, dentre eles, exames médicos e certificados de treinamento e qualificação para as tarefas que executa; b) dever de disponibilizar trabalho ao empregado - equivale a proporcionar adequada atividade laboral seja através dos meios necessários para a melhor execução do trabalho, seja através da obrigação de ocupação efetiva; c) dever de respeito - fundamenta-se no cuidado com a integridade física do trabalhador e com os seus direitos de personalidade, adotando medidas de higiene e segurança e oferecendo-lhe serviços compatíveis com as suas condições pessoais; d) dever de lealdade - traduz-se no cumprimento de suas obrigações; o empregador não pode valer-se da sua condição hierárquica para obter serviços inadequados ou ilícitos, abusar do poder punitivo, exigir informações desnecessárias ou abusivas do empregado e ofender a integridade moral e a reputação do mesmo em todas as fases contratuais, inclusive antes e após o vínculo.²⁰⁷

Estabelecidas as premissas básicas do contrato de trabalho é preciso contextualizá-lo e verificar se as relações atuais de trabalho ainda se encaixam nesse modelo estabelecido a partir da ideia central trabalho x remuneração, tendo a subordinação como característica distintiva.

²⁰⁵ Ibidem, p. 93.

²⁰⁶ OLIVEIRA; DORNELES, op. cit, p. 83.

²⁰⁷ Ibidem, p. 82.

Passados mais de setenta anos desde a promulgação da CLT sem que se tenha elaborado qualquer modificação na estrutura do contrato. É de refletir se ele continua representando a realidade e se responde às expectativas das partes envolvidas.

4.5 CRÍTICA AO MODELO CONTRATUAL LABORAL

Como se viu no primeiro capítulo, é através do reconhecimento da desigualdade das partes na relação de trabalho e dos pleitos pela garantia dos direitos trabalhistas que se iniciaram as discussões que levaram à derrocada do velho modelo individualista liberal do Código Napoleônico. Foi da necessidade de proteção ao trabalhador que surgiu o Direito do Trabalho, e seus princípios levaram ao deslocamento do sentido individual da norma para o sentido social, o que acabou por influenciar as demais áreas do Direito. Süsskind afirma que “[...] O movimento socializador do Direito, do qual se tornou o Direito do Trabalho sua mais eloquente expressão, atingia, outros ramos da ciência jurídica, revolucionando a própria ordem jurídica vigente. [...]”²⁰⁸

Se a influência do Direito do Trabalho foi sentida em vários ramos do Direito, é notadamente no Direito Civil que se viu, com maior clareza, essa ingerência, muito especialmente na tutela dos interesses do hipossuficiente. Noronha²⁰⁹ discorre sobre os efeitos que o Direito do Trabalho produziu sobre o Direito Civil:

[...] é interessante observar que tal como Direito Comercial foi o precursor de substantivas mudanças no Direito Civil (por exemplo, enfatizando a importância da riqueza mobiliária, em detrimento dos bens chamados de ‘raiz’, e abolindo formalidades que entravavam as transações, simplificações depois estendidas ao Direito Civil), também, no Direito do Trabalho que primeiro se manifestaram ideias novas que depois contagiaram o direito comum das Obrigações. Assim, da intervenção do estado para proteção das massas trabalhadoras passou-se à proteção das massas dos locatários, dos segurados, dos consumidores etc., todos geralmente obrigados à aceitar contratos desequilibrados. Por outro lado, foi no âmbito do Direito do Trabalho que primeiro se revelou a importância dos princípios jurídicos hoje essenciais no direito das Obrigações, como a necessidade de tutelar uma relação de equivalência entre direito e obrigações das partes contratantes (princípio da justiça ou do equilíbrio contratual), e a ideia de fazer recair sobre a empresa os riscos resultantes de sua atividade (risco da empresa).

²⁰⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo...[et al.]. Instituições de direito do trabalho, volume I. São Paulo, LTr, 2003, p. 128.

²⁰⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 117.

Ocorre que a CLT manteve praticamente inalterada a estrutura criada em 1943. Foi a legislação esparsa que se modificou no decorrer dos últimos setenta anos e renovou o Direito do Trabalho em relação a alguns temas importantes. Foram promulgadas leis esparsas como a que instituiu o FGTS, em 1966, que derrubava a estabilidade no emprego; a lei do trabalho temporário (Lei 6.019/74) em plena crise do petróleo, trazia a ideia de que para assegurar novos postos de trabalho a fim de garantir o emprego; a lei que regulamentou o direito de greve garantido constitucionalmente criando óbices que a própria CR/88 havia afastado (lei 7.783/89); a lei 7.855/89 suprimiu direitos de proteção ao trabalho da mulher em face do isonomia reconhecida pela CR/88; a lei 9.601/98, que autorizou a criação de banco de horas; a lei 9.958/00, que criou as comissões de conciliação prévia; em 2012, a Emenda Constitucional n.º 72 estendeu direitos já garantidos aos trabalhadores em geral, e às empregadas domésticas, para citar as iniciativas legislativas mais relevantes.

Paralelamente a essas mudanças legislativas, os contratos civis e consumeristas caminharam em sentido contrário. Em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, que produziu uma pequena revolução na disciplina dos contratos. Regulando as relações de consumo, propôs a defesa da parte hipossuficiente da relação, para quem adotou um conceito bastante abrangente; reforçou o direito à informação; dotou de poderes processuais organizações coletivas; vinculou o interesse das partes ao interesse público; positivou a boa-fé objetiva; tutelou a saúde e a integridade econômica do consumidor; enfim, decretou que o modelo clássico de contratação não servia mais para as novas relações de massa. Em 2003, entrou em vigor o novo Código Civil, fortemente influenciado pelo Código de Defesa do Consumidor, que também alterou consideravelmente a disciplina dos contratos, refletindo a tendência à constitucionalização do direito civil.

É possível afirmar que o Direito Civil, ao promulgar um novo código em substituição ao anterior, que era de 1916 e refletia a visão individualista do Código de Napoleão e os ideais patrimonialistas do século XIX, já no século XXI, absorveu as inovações legislativas e sociais que deram origem ao Direito do Trabalho e inspiraram a criação da CLT. Ou seja, o Código Civil chegou atrasado. Ocorre que, a despeito do atraso, chegou renovado, adequado a Constituição Federal de 1988 e em sintonia com os novos valores da sociedade. Não que o Código Civil esteja livre de críticas, mas, na área das obrigações e contratos, dada a influência do Código de Defesa do Consumidor, ele apresentou avanços significativos.

Segundo Coutinho se o Direito do Trabalho foi a revelação em si de uma nova concepção de contrato, mesmo tendo estruturando-se com base na autonomia de vontade,

modelou-se a partir das condições sociais e econômicas das partes dirigidas à uma postura promotora de igualdade perante o Código de Defesa do Consumidor “[...] prostra-se diante da CLT, ainda reinante na maturidade dos seus mais de cinquenta e cinco anos, é deparar com um contrato de semblante cansado da luta e que hoje cede às críticas dos que nela identificam uma fala ultrapassada e inadequada às exigências da modernidade, apregoando o retorno a uma autonomia da vontade”.²¹⁰

Camino²¹¹ endossa a crítica, porém em outro sentido, e afirma que, embora o Direito Civil e o Direito do Trabalho tenham compartilhado, na sua gênese, o mesmo valor, a dignidade da pessoa humana, o primeiro avançou significativamente em direção a ampliar a proteção à dignidade, ao passo que o Direito do Trabalho, ao manter a mesma estrutura voltada para o trabalhador hipossuficiente do chão de fábrica, ficou inerte diante da nova e particular realidade, deixando sem proteção um número significativo de trabalhadores. As críticas são procedentes, e a mudança é necessária, embora seja muito complexa. O Direito do Trabalho, vanguardista que era, não parece ter acompanhado o movimento contratual moderno

Por um lado, o contrato de trabalho, pelo menos teoricamente, não atenderia às necessidades do mercado e seria um obstáculo para abertura de novas vagas de emprego, além de encarecer os custos da produção em razão dos encargos sobre a mão de obra, o que obrigaria as empresas a buscarem soluções alternativas com o objetivo de tornarem-se competitivas no mercado mundial. Não é o objetivo deste trabalho investigar a veracidade ou não dessas afirmativas, mas não se pode negar que, a despeito do tradicional “discurso de crise” do patronato, em muitas situações, a legislação trabalhista dificulta e burocratiza a prática de medidas do interesse de ambas as partes, como, por exemplo, o banco de horas, que não raro é anulado em ações individuais em face do descumprimento de aspectos meramente formais.

Também não se pode negar que o Direito do Trabalho tem despersonalizado o trabalhador. Como se disse, as mudanças na sociedade também foram profundas, e o trabalhador evoluiu da figura estereotipada do operário de “chão de fábrica”, sem instrução e

²¹⁰ COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato de trabalho. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. (Org.). **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 33.

²¹¹ CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho: do chão da fábrica ao serviço público**. 2010. 120 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

absolutamente dependente, para um ser que é titular de direitos e deveres. O que parece ser essencial, nos dias de hoje, é reconhecer o trabalhador como um sujeito capaz, ao invés de um sujeito abstrato, mero destinatário passivo da proteção, enquadrado e vigiado. A legislação laboral mantém os ideais que "[...] constroem o sujeito trabalhador como pessoa abstrata, ainda que privilegiada juridicamente pelo contrato mínimo legal".²¹²

Essa concepção retira a dignidade do trabalhador, porque não o reconhece como sujeito capaz e interativo, e sua vontade só tem relevância na qualidade de sujeito titular de um bem com valor econômico, dotado de liberdade apenas para firmar contrato e transferir sua força de trabalho.²¹³ A crítica ao tratamento dispensado ao trabalhador coincide com o que Ramalho²¹⁴ chamou de “mito da incapacidade genética permanente do trabalhador subordinado” que se estabelece a partir da ideia de que, em razão da condição de inferioridade econômica e social do trabalhador em face do empregador, ele não tem capacidade para gerir direta e autonomamente a sua vida laboral. Ocorre que negar a sua condição de sujeito da relação e sua autonomia é negar-lhe, também, a dignidade como pessoa humana. Souza conclui:

A opção de ver o empregado como homem de “carne e osso” pelo sistema jurídico não se limita a afirmar e proteger abstratamente sua dignidade. A proteção em concreto passa pelo reconhecimento de que se trata cada um de sujeito singular. A afirmação da dignidade humana do trabalhador e indissociabilidade do sujeito do trabalho passa, portanto, por poder reconhecer o destinatário da proteção como pessoa que pode e deve fazer opções valorativas. Conclui-se com isso que o trabalho executado passa por uma imprescindível opção de vontade. Não é possível outorgar proteção em concreto ao sujeito sem que se reconheça sua subjetividade, com todas as suas opções valorativas. Ainda que premido por necessidades econômicas, e mesmo que por mero impulso, há uma opção consciente do trabalhador em realizar o trabalho.²¹⁵

Muitos trabalhadores dispensam a proteção do Direito do Trabalho, seja porque não são hipossuficientes, ou porque suas escolhas não coincidem com a proteção que o Direito quer lhes oferecer, e parece que essa condição deve ser respeitada pelo Direito do Trabalho em algumas circunstâncias, como, por exemplo, a possibilidade de fracionamento das férias,

²¹² SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função social do contrato de emprego**. 2007. Dissertação (Mestrado). - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 150.

²¹³ Ibidem

²¹⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 550.

²¹⁵ SOUZA, op. cit., p. 150.

reconhecendo-se a validade dessas escolhas e oferecendo segurança jurídica para ambas as partes, o que significa que tais ajustes não podem ser invalidados pelo judiciário laboral.

Poucas são as disposições legais que admitem a autonomia das partes para negociação de soluções sem a participação da entidade sindical, que preveem regras de colaboração, ou que favoreçam a cooperação entre as partes. Mesmo as negociações realizadas com a interferência de entidades sindicais, que deveriam ser prestigiadas, não são ratificadas pelo poder judiciário, desestimulando a conciliação. Nesse sentido, registre-se a crítica pertinente de Martins Filho.

Tal orientação não se faz sem comprometer o desenvolvimento da pessoa e das sociedades menores, pois considerando-as incapazes de promover adequadamente os seus interesses, substitui sua vontade pela vontade do Estado-juiz, o que, a médio e longo prazo, só contribui para manter na menoridade os indivíduos, sindicatos e empresas, que vão se acostumando a esperar tudo do Estado e se acomodando a esse dirigismo estatal, pelos três de seus poderes.²¹⁶

Deve-se destacar, ainda, que tais críticas não são recentes. Evaristo de Moraes Filho escreveu, em 1976, que o Direito do Trabalho brasileiro nunca viveu nada que se aproximasse da democracia industrial e nunca conheceu, de fato, a auto-regulamentação das formas produtivas, porque tudo sempre veio de fora, da norma estatal para dentro da empresa. Empregados e empregadores são estranhos entre si, e o autor defende que sejam apresentados uns aos outros para um diálogo aberto, franco e construtivo, caso contrário, nossos ricos textos de Direitos Sociais Constitucionais transformar-se-ão em letras mortas.²¹⁷

Outrossim, é de observar-se que a legislação trabalhista organizou-se sobre um pressuposto de conflito de interesses, estabelecendo direitos e deveres de uma das partes em face da outra. Ramalho, ratifica esse entendimento da seguinte maneira:

“[...] É certo que todo o direito tem na sua origem relações sociais de efetivo ou potencial conflito, mas, no caso laboral, é o próprio sistema positivo que inviabiliza qualquer ideia de comunhão ao legitimar e, em alguns casos, ao proteger essas relações de conflito, como é facilmente ilustrado com alguns exemplos: assim, na regulamentação do direito de greve, o facto de ser a própria lei a permitir que um dos contraentes cause um prejuízo ao outro, a assegurar a efetividade desse prejuízo (admissibilidade dos piquetes de greve e as limitações à substituição dos grevistas – arts. 4º e 6º da LG) e a isentar o autor do prejuízo das consequências normais da sua conduta em termos de responsabilidade contratual por incumprimento (pelo efeito

²¹⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Os Pilares do Direito do Trabalho: os princípios jurídicos e as teorias gerais (Uma reflexão sobre sua aplicação). In: Martins Filho, Ives Gandra et al [...] (Org.). **Os Pilares do Direito do Trabalho**. São Paulo: Lex Editora, 2013, p. 56.

²¹⁷ MORAIS FILHO, Evaristo. **O Direito do Trabalho e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1978.

contratual suspensivo de adesão à greve, previsto no art. 7º, n. 1 da LG), demonstra, de forma paradigmática, a recepção e a tutela jurídica de uma relação de conflito social que é incompatível com qualquer tipo de comunhão entre os respectivos protagonistas [...]. Independente destas normas ou destes institutos, eles traduzem em termos jurídicos o clima de conflitualidade e de oposição de interesses que subjaz aos fenômenos laborais, porque apenas fazem sentido na previsão de comportamentos de uma das partes que diretamente prejudiquem a outra ou da manifesta prevalência dos seus interesses particulares sobre os interesses comuns [...]”²¹⁸

A autora cita exemplo da legislação laboral portuguesa em que fica clara a opção do legislador não por soluções de conflito, mas pela tutela do interesse de uma das partes, que lhe parece mais importante. No Direito Brasileiro, o art. 482 da CLT²¹⁹ é exemplo dessa opção do legislador, pois não há outro dispositivo na lei que trate do dever de lealdade do empregado em relação ao empregador, mas o artigo referido permite que o empregado seja demitido por justa causa, se houver violação de segredo da empresa. Ou seja, está estabelecida a medida punitiva que deveria desestimular a conduta desleal, mas não há nenhum dispositivo que estimule o comportamento leal de uma parte para com a outra.

Por outro lado, além dessas questões que, por si só, apresentam-se como um enorme desafio, é de salientar que a proteção do trabalhador continua sendo essencial, pois todas as modificações acima descritas revelam, também, a fragilidade da maioria dos trabalhadores, os menos instruídos, os mais dependentes, os que a sociedade, fundada numa meritocracia excludente, relega ao segundo plano. Gorz critica acidamente essa postura.

Numa tal situação, a exaltação do esforço, a afirmação da unidade entre o ofício e a vida só podem ser a ideologia de uma elite privilegiada que açambarca os empregos bem remunerados, qualificados e estáveis, justificando esse açambarcamento em nome de suas capacidades tidas por superiores. A ideologia do trabalho e a moral do esforço acobertam um egoísmo supercompetitivo e o carreirismo: os melhores vencem, os outros que se virem; é preciso encorajar e recompensar o esforço e, portanto, deve-se evitar premiar os desempregados, pobres e outros “vagabundos”.²²⁰

²¹⁸ RAMALHO, op. cit., p. 489

²¹⁹ Art. 482 - constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;

²²⁰ GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho**: crise da razão econômica. São Paulo: Annablume, 2003, p. 28.

Segundo Honneth²²¹ nunca foi tão difícil defender o caráter emancipatório do trabalho humano como agora; é o fim da curta fase de um status do trabalho assalariado e o que se vê é um retorno ao trabalho desprotegido, como na terceirização, no tempo parcial, no trabalho domiciliar. Gorz afirma que o proletariado pós-industrial é maior do que a classe dos operários e que, desde o último quarto do século XX, o capital quer abolir. O trabalho assalariado, protegido pelo modelo fordista, foi substituído por relações de trabalho e de remuneração individualizadas, precárias. A perda da centralidade do trabalho dá-se porque a economia capitalista não tem mais a mesma necessidade de uma massa de indivíduos para manter a produção nos termos da era fordista, assim, proliferam relações de subproletarização, a partir da expansão do trabalho parcial, temporário, precário e terceirizado.

É preciso avançar, sem retroceder. É preciso continuar a proteger o trabalho, mas mais importante, é preciso tutelar o homem que labora, que não tem outro meio de subsistência além da sua própria força de trabalho e que se encontra, se não em condições precárias, dentro de um modelo de produção que, gera enorme insegurança e incerteza.

Existem, ainda, outros aspectos que suscitam críticas, limitando-se esse trabalho, no entanto, aos temas que se mostram mais relevantes para o desenvolvimento das questões aqui tratadas.

Muitas são as propostas para uma reformulação do Direito do Trabalho como quebra de paradigmas, releitura dos requisitos da relação de emprego, criação de um direito comum do trabalho, mais liberdade para as partes, implantação de normas abertas, criação de microssistemas por categoria profissional, objetivação da subordinação, proteção maior do Estado para direitos tidos como fundamentais, dentre outras. O Direito do Trabalho um ramo muito permeável á ideologias e que comporta relações tão complexas, essenciais e com tantos interesses envolvidos que mudanças profundas são muito difíceis.

Além desses óbices, a pergunta que deve ser feita é a seguinte: num mundo que não para de mudar e em que os feitos da tecnologia parecem não ter fim alterações legislativas já não nasceriam velhas? Vale lembrar, mais uma vez, que esse é um momento que ainda não se completou e que positivar essa ou aquela opção pode, em pouco tempo, tornar a solução obsoleta.

²²¹ HONNETH, Axel. **Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição.** Civitas: Revista de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 8, n. 1, 2008, p. 46-67.

4.6 CONTRATOS PÓS-MODERNOS

A adaptação aos novos tempos não é um problema exclusivo do Direito do Trabalho, embora se mostre mais acentuado nessa área porque a mudança nos modos de produção afeta diretamente a estrutura sob a qual ele foi criado. O Direito, de um modo geral, precisa enfrentar com uma agilidade, que não lhe é própria, questões relacionadas à diversidade, liberdade, comunicação, informação, diminuição do papel do Estado e resgate dos direitos humanos. Feliciano resume:

No campo do direito, a racionalidade liberal e a previsibilidade dos juízos cartesianos comuns o positivismo jurídico cumpriu um papel importante, mas não esgota os caminhos do justo/verdadeiro. Nem tudo poderá ser resolvido na segurança insípida do *pacta sunt servanda* ou da literalidade de textos vestustos. O que o Direito incluso o do Trabalho – deve dar, acima de tudo, é uma objetiva esperança; porque “não necessitamos de mais do que isso, e mais do que isso não nos deve ser dado”. Não necessitamos de certeza.²²²

A racionalidade e a literalidade dos textos legais deixaram de ser suficientes e tanto o Código Civil como o Código do Consumidor podem ser citados como exemplos dessa tendência ao admitirem a utilização de cláusulas abertas e lançarem mão de princípios para auxiliar a resolução de conflitos. É possível afirmar que tais legislações são a expressão de um contratualismo pós-moderno.

Dentro de tais premissas, percebe-se a abertura do modelo positivista, através da valorização dos princípios; da constitucionalização de direitos, que antes eram regulados nas relações privadas; da adoção de cláusulas abertas nos textos legais; da pluralidade do sistema normativo, com a criação de microssistemas; e, por fim, da observância da função social dos institutos jurídicos, tudo tendo em vista a garantia dos direitos fundamentais do homem. Marques explica que a lei protegerá determinados interesses sociais e passará a ser mais concreta e funcional do que conceitual; essa concretude verificar-se-á pela opção por “[...] soluções abertas, as quais deixam clara margem de ação ao juiz e à doutrina, usando frequentemente noções-chaves, valores básicos, princípios como os da boa-fé, equidade,

²²²FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78-79.

equilíbrio, equivalência de prestações e outros [...] fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de inegável força para alcançar a solução justa do caso concreto [...]”²²³

São ideias compatíveis com as que sustentam a teoria geral dos contratos e que pretendem fazer frente aos desafios da pós-modernidade. A conceitualização dos contratos não pode mais ser obtida de forma unidimensional. Exige agora uma visão capaz de enxergar as várias faces do negócio de forma articulada, superando diferenças, contradições e ambiguidades. O modelo estático cede lugar a um outro, dinâmico, complexo, reiterado e de fazeres de longa duração,²²⁴ também, não pode mais ser regulado, apenas, de forma única. A diversidade das situações concretas exige pluralidade de modelos e coordenação das fontes de regulamentação.²²⁵ Ele também não é mais bilateral e comutativo, é múltiplo, conexo e plúrimo, sem perder de vista o viés constitucional que é a sua função social.

Marques²²⁶ aprofunda o tema e afirma que os contratos serão firmados não só considerando o interesse das partes envolvidas e o momento da manifestação, mas também seus reflexos a longo prazo e seus efeitos para a sociedade. O contrato passa a ser considerado, portanto, como a propriedade, um instrumento jurídico vinculado a sua função social e para que ele consiga alcançar esse objetivo, alguns aspectos específicos do contrato precisam ser protegidos, tais como a confiança, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

A boa-fé é apontada por Marques²²⁷ como um mandamento renascido e como fonte de novos deveres especiais de conduta, os deveres anexos, como de cuidado, de cooperação, de lealdade. É também limitadora da liberdade de atuação das partes ao determinar algumas condutas como abusivas, além de ter uma função interpretativa importante, que permitirá uma visão total e real do contrato sob exame.

Theodoro Júnior concluí que o poder individual está, agora limitado, “[...] pela agregação das ideias de justiça e solidariedade social, que passam a figurar também como princípios a se observar no campo do direito do contrato. Daí falar-se em acréscimo de novos princípios como o da boa-fé e o da função social”.²²⁸

²²³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p 179.

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós modernidade**. Tese de doutoramento sob a orientação da Prof. Cláudia Lima Marques, UFRGS, 2006

²²⁶ MARQUES, op. cit.

²²⁷ MARQUES, op. cit.

²²⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

O intervencionismo estatal também é indicado por Marques como tendência nos novos modelos contratuais, o que já se verifica largamente nos contratos de trabalho e que tem merecido questionamentos por parte da doutrina que considera o dirigismo estatal no Direito do Trabalho excessivo. Martins Filho explica que o intervencionismo tem um aspecto negativo “[...] num intervencionismo que, nas relações sociais em geral, e nas trabalhistas em particular, desestimula a negociação coletiva em nome dos princípios da proteção legal e da dignidade da pessoa humana”.²²⁹ ocorre que o papel do Estado é de “[...] apoio e sustentação das iniciativas dos grupos sociais menores, intervindo diretamente apenas nas hipóteses em que esses grupos não tenham condições de se articular devidamente [...]”²³⁰

Por fim, Marques afirma que os contratos serão “um ponto de encontro de direitos fundamentais”, expressão que teria sido cunhada originalmente por Dieter Schwab ao se referir à família e que Marques estende aos contratos de consumo, mas que parece adequar-se perfeitamente aos contratos de trabalho. Quando a Constituição Federal coloca o valor social do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado Democrático de Direito ao lado da dignidade da pessoa humana, não existem dúvidas quanto ao fato de que o trabalho é um valor fundamental e que o contrato deve observar essa condição. Bacarat complementa:

Muda-se, assim, o enfoque preponderantemente patrimonialista. De fato. Na medida em que a Constituição elencou como princípios para esta transformação aqueles relativos à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, à proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária, à ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, da propriedade privada, da função social da propriedade e da busca do pleno emprego, mudou-se o enfoque exclusivamente patrimonialista que deve ser dado às relações de trabalho.²³¹

Estabelecidas as premissas do que seria uma nova teoria geral do contratos, Xavier²³² compila aquelas que seriam as principais características dessa nova realidade contratual: a) dinamicidade das relações negociais - os contratos coligam-se uns com os outros, com formas múltiplas e diversificadas, abrangendo vários sujeitos e relacionando-se com a sociedade; b)

²²⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Os Pilares do Direito do Trabalho: os princípios jurídicos e as teorias gerais (Uma reflexão sobre sua aplicação). In: Martins Filho, Ives Gandra et al [...] (Org.). **Os Pilares do Direito do Trabalho**. São Paulo: Lex Editora, 2013, p. 53.

²³⁰ MARTINS FILHO, op. cit., p. 55.

²³¹ BACARAT, Eduardo Milléo. **A boa fé no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 148

²³² XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós modernidade**. Tese de doutoramento sob a orientação da Prof. Cláudia Lima Marques, UFRGS, 2006, p. 134.

desmaterialização do objeto contratual- os contratos referem-se cada vez mais a fazeres, condutas humanas, que não podem ser avaliadas como coisas, como bens materiais e sim como “dares complexos”; c) valorização do equilíbrio informativo - o contrato, na era da informação, deve primar pela transparência, a informação deve circular de parte a parte; d) adoção de regimes jurídicos plurais - a interferência de normas de diferentes hierarquias e finalidades; e) a internacionalização do direito contratual - o contrato não se restringe mais a uma única nação, deve comunicar-se com outros sistemas jurídicos; e f) unificação interna da teoria contratual - o contrato atual enfraquece as diferenças entre o direito público e privado, favorecendo a interligação e, às vezes, a sobreposição das áreas.

Como se vê, o contrato de trabalho é, de muitas maneiras, pós-moderno, ainda que tenha se estruturado no curso da modernidade, seu objeto, o trabalho humano, foi, há muito, desmaterializado, pelo menos teoricamente; toda sua estrutura está voltada para manter o equilíbrio entre as partes, e a intervenção estatal é uma realidade. Falta-lhe a dinamicidade, flexibilidade contratual, cláusulas abertas, permitindo às partes adaptarem-se rapidamente a mudanças que agora são constantes; falta diálogo com outros ramos do Direito, como Direito Internacional, integração com outros contratos, enfim, condições para torná-lo mais ágil e adaptável. Esse, contudo, não é exatamente o escopo desse trabalho.

A questão que se coloca é como essa nova concepção de contrato pode favorecer o resgate do sentido comunitário nas relações de trabalho?

Parece que a primeira contribuição relevante é a percepção de que a mudança não passa necessariamente pela esfera legislativa, sendo possível através da utilização de normas constitucionais gerais, de regras de interpretação, da valoração de institutos e do resgate de princípios menos utilizados pelo Direito do Trabalho, como a boa-fé, que pode dar o sentido que se quer dar ao instituto jurídico. Assim, parece claro que reconhecer a função social do contrato como um instrumento que não se limita, exclusivamente, ao interesse das partes, mas a toda sociedade, tem também grande importância, bem como o manejo da boa-fé que tem sido utilizado no direito civil e no direito do consumidor e que se mostra instrumento dos mais úteis para revalorizar os chamados direitos acessórios de lealdade e assistência.

4.7 UMA RECONSTRUÇÃO POSSÍVEL

Chega-se a esse ponto da dissertação com algumas premissas bem definidas: a pós-modernidade e a sociedade pós-industrial mudaram definitivamente os modos de produção; o

instrumento que melhor define a relação de trabalho é o contrato; o contrato não pode mais ser visto como era antes e, mesmo o contrato de trabalho, que tem sua gênese na questão social, precisa de adaptações; o trabalhador continua a ser a parte protegida na relação, mas merece ser tratado como sujeito e não mero objeto de proteção; as relações de trabalho estão precarizadas de várias maneiras, e o trabalhador perdeu sua identificação com o trabalho.

Postas essas questões e, na impossibilidade do Direito resolvê-las integralmente, pois, como já se disse, muitas delas escapam da esfera jurídica, questiona-se mais uma vez como seria possível devolver ao trabalho o seu senso ético e moral? Como reestabelecer o sentido de pertencimento e de reconhecimento que ele inspirava nos trabalhadores? Dentre muitas respostas possíveis, o ideal comunitário parece uma alternativa. Bauman, a despeito do seu ceticismo quanto às relações de trabalho atuais, confirma que a ideia de comunidade evoca sensações de solidariedade e de segurança e que, a despeito da hostilidade do mundo atual, somos todos interdependentes e, em razão desse fato, nenhum de nós pode ser senhor de seu destino por si mesmo. O autor completa:

Sentimos falta da comunidade porque sentimos falta de segurança, qualidade fundamental para uma vida feliz, mas o mundo que habitamos é cada vez menos capaz de oferecer e mais relutante em prometer. Mas a comunidade continua teimosamente em falta, escapa ao nosso alcance ou se desmancha, porque a maneira como o mundo nos estimula a realizar nossos sonhos de uma vida segura não nos aproxima de sua realização; em lugar de ser mitigada, nossa insegurança aumenta, e assim continuamos sonhando, tentando e fracassando.²³³

A comunidade seria a expressão de uma totalidade de indivíduos ligados por laços sociais. Segundo Castells,²³⁴ as comunidades são construídas a partir dos interesses e anseios de seus membros, o que faz delas fontes específicas de identidades. Em todas se apresentam processos de identidade, objetivos e interesses em comum, bem como a participação em prol desse objetivo e o sentimento de pertença, oriundo da identidade em questão.

Macedo Júnior²³⁵ ensina que a comunidade, de modo geral, é a qualidade do que é comum e pode assumir formas mais restritas ou mais amplas; pode ser, respectivamente, grupal ou social. Será grupal quando representar um agrupamento de indivíduos caracterizado por uma coesão baseada no consenso espontâneo de todos.

²³³ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca da segurança no mundo atual**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 129.

²³⁴ CASTELLS, M. **O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, v.2, 1999, p. 84.

²³⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 143.

Esse consenso espontâneo a que Macedo Júnior se refere pode ser alcançado através da cooperação entre as partes. Sennett²³⁶ explica que existe a cooperação que pode ser destrutiva, do tipo nós-contra-vocês, ou a cooperação degradada em conluio; por isso, ele sugere uma espécie de cooperação dialética, que seria um tipo de cooperação exigente e difícil que “[...] tenta reunir pessoas de interesses diferentes ou conflitantes, que não se sentem bem em relação umas às outras, que são desiguais ou simplesmente não se entendem. O desafio consiste em reagir aos outros nos termos deles. [...]”. Seria esse tipo de cooperação que sustentaria o grupo social nos infortúnios e reviravoltas, ajudando os indivíduos e os grupos a apreenderem as consequências de seus atos, facilitando a auto-compreensão de cada um. Cooperar é realizar, com destreza, as “habilidades sociais” sérias, que são as chamadas “habilidades dialógicas”: ouvir com atenção, agir com tato, encontrar pontos de convergência e gestão da discordância e evitar a frustração em uma discussão difícil. Sennett acredita que essa cooperação não é um projeto utópico e que, para executá-lo, é preciso repensar coisas muito básicas, como o que é trabalhar bem, cooperar, criar um lugar no mundo para si.

Um contrato pode ser a expressão de uma comunidade? Pode ser esse espaço de colaboração dialética? Sim e não. De modo geral, os contratos acomodam interesses conflitantes, todavia, em alguns contratos os direitos das partes podem convergir, razão pela qual as partes estariam dispostas a cooperar entre si para atingir o fim desejado, tal como ocorre, por exemplo, na sociedade em que concorrem, ao mesmo tempo, interesses comuns, o crescimento do empreendimento; e interesses contrapostos, os interesses de cada sócio individualmente de lucrar com o empreendimento. Macedo Jr.²³⁷ cita o exemplo de empresas rivais que firmam acordos de cooperação para o desenvolvimento de determinado produto que possa ser de interesse mútuo, e existem, ao mesmo tempo, interesses comuns e interesses contrapostos. Gomes afirma que, em tais negócios, o fato de haver interesses comuns não lhes retira a natureza contratual, afirmando que “[...] Se, num negócio, mesmo para a realização de um fim comum, o interesse de cada parte se apresenta em conflito formal com o da outra ou o das outras, e seus efeitos definitivos devem ser distintos para cada qual, dúvida não se pode ter que se trata de um contrato. [...]”²³⁸

²³⁶ SENNETT, Richard. **Juntos – Os Rituais, Os Prazeres e a Política da Cooperação**. Rio de Janeiro, Record, 2012, p. 16.

²³⁷ MACEDO JR., op. cit., p. 141

²³⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 479.

Como a sociedade, muitos outros contratos comportam, ao mesmo tempo, interesses conflitantes e interesses comuns e é nessa esfera, dos interesses comuns, que pode ser reconhecida a ideia de comunidade e de cooperação. O contrato de trabalho parece enquadrar-se na ideia de um acordo de vontades, em que as partes buscam, ou poderiam buscar, ao mesmo tempo, vantagens individuais e benefícios comuns.

Poucos autores reconhecem essa possibilidade, talvez por receio de que, ao reconhecê-la, estar-se-ia negando a conflitualidade da relação e, com isso, negando sua gênese, o que enfraqueceria a necessidade de representação coletiva, por exemplo. Contudo, como afirma Feliciano “[...] pressupostos históricos diferentes reclamam construções dogmáticas diferentes. [...]” é preciso compreender que o Direito do Trabalho hoje não é mais o mesmo de antes, admitir essa evolução é se curvar às evidências [...] negá-la é render-se à cegueira ideológica [...]”²³⁹.

Na doutrina nacional, embora estejam em discussão várias alternativas para tentar dar respostas aos desafios que a pós-modernidade e a sociedade pós-industrial impuseram ao Direito do Trabalho, pouco se tem falado sobre rever o contrato de trabalho para reconhecer essa dualidade, o que permitiria valorizar a esfera comunitária da relação que existe paralelamente àquela conflituosa.

Em Portugal, Maria do Rosário Palma Ramalho, premida por demonstrar a autonomia dogmática do Direito do Trabalho,²⁴⁰ a partir dos estudos de doutorado realizados na Alemanha, propõe uma alternativa de reconstrução dogmática do vínculo laboral “[...] que permita relevar os seus traços de maior originalidade, a par da sua inequívoca dimensão obrigacional e patrimonial, que as concepções mais modernas evidenciam”.²⁴¹

Nascimento comenta a iniciativa portuguesa:

(...) trata-se de uma tese nova e que merece reflexão, principalmente porque procura uma ideia básica para explicar o direito do trabalho e sua unidade dogmática, mas, também, porque há figuras no direito do trabalho que não podem ser compreendidas

²³⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos Princípios do Direito do Trabalho no Mundo Contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n.o 27, 2005, p. 103.

²⁴⁰ A preocupação de Ramalho²⁴⁰ ao desenvolver a Teoria que será estudada é com a perda da autonomia do Direito do Trabalho dentro do sistema jurídico português, no qual existe importante corrente que defende a sua incorporação ao direito civil. No Direito brasileiro não há nenhuma discussão nesse sentido, pelo contrário, face a modernização do Direito Civil especialmente no que se refere ao direito dos contratos, o que se tem visto é parte da doutrina sugerindo a aplicação de soluções civilistas ao Direito do Trabalho, sem nenhum risco para a autonomia das áreas em questão. A despeito de tais fatos, a teoria proposta por Ramalho tem o mérito de reconhecer aspectos da relação de trabalho pouco discutidos no Direito do Trabalho brasileiro e que podem servir como parâmetro para as mudanças necessárias no nosso sistema jurídico.

²⁴¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 424.

unicamente à luz da teoria contratualista que leva fundamentação do vínculo, entre empregado e empregador, a uma relação jurídica, o que pressupõe, como em toda relação jurídica (vínculo intersubjetivo entre duas ou mais pessoas), intersubjetividades que em diversos casos não se dão, mas existem.²⁴²

Ramalho,²⁴³ portanto, elabora estudos no sentido de reconhecer que, dentro da relação de trabalho, concorrem elementos subjetivos e objetivos, construindo a ideia de um "duplo binômio contratual: uma dessas dimensões seria a obrigacional, ou o binômio objetivo na qual se inserem os deveres principais das partes, trabalho e remuneração, que confirmam a sua essência patrimonial e o componente obrigacional da relação; a outra dimensão seria a laboral, ou o binômio subjetivo que se referem especificamente às partes envolvidas: de um lado o empregador com poderes disciplinares e diretivos; e de outro, o trabalhador com posição de subordinação ou dependência na relação. Essa proposta viabilizaria a compatibilidade entre a essência patrimonial do vínculo e as características particulares da relação de trabalho, ou seja, existe conflito, mas existem, também, outros interesses envolvidos na sua dimensão subjetiva.

Além da delimitação de conteúdos proposta, Ramalho²⁴⁴ entende que existem dois componentes da relação de emprego que se conectam com o "duplo binômio" e que alicerçam a singularidade do contrato de trabalho dentro dos negócios jurídicos privados que são a pessoalidade e o componente organizacional.

A autora adverte que, apesar de tomar em consideração os mesmos elementos que alicerçaram a teoria comunitário-pessoal da relação de emprego, se trata de uma construção diferente da que foi realizada anteriormente e que colocava em destaque a pessoalidade do trabalhador ignorando a natureza patrimonial do vínculo, além de defender uma organização comum às partes que era artificial. O que a autora pretende com sua proposta é o reconhecimento da organização do empregador e a valorização da pessoalidade, que não suplantam o eixo central do contrato que é a atividade laboral x retribuição.

No que se refere ao elemento organizacional é de observar-se que o novo Código de Trabalho português, de 2009, em pelo menos em dois artigos (11º e o 126º),²⁴⁵ reconhece não

²⁴² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26., ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 580.

²⁴³ RAMALHO, *op. cit.*

²⁴⁴ *Ibidem.*

²⁴⁵ Artigo 11.º Noção de contrato de trabalho

Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

Artigo 126.º Deveres gerais das partes

1 – O empregador e o trabalhador devem proceder de boa-fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respetivas obrigações.

só o princípio de colaboração entre as partes, como também, que a atividade laboral se desenvolve dentro da organização empresarial. Dessa perspectiva, Ramalho²⁴⁶ destaca três projeções que permitem conceber a ideia de comunidade com uma visão organizacional:

a) O princípio da mútua colaboração entre as partes no contrato de trabalho (ausente no Direito do Trabalho brasileiro) tem uma projeção organizacional pois está relacionado a obtenção da maior produtiva possível na empresa. Como referido no princípio, encontrava-se expresso na legislação trabalhista portuguesa, desde 1969 (art. 18, do Código de Trabalho). Outros autores dedicaram-se a comentá-lo, como Pinto,²⁴⁷ que afirma ser o princípio uma exigência para que as partes atentem ao interesse uma da outra, sendo o contrato de trabalho o instrumento jurídico capaz de satisfazer esses interesses. Ainda, segundo Pinto²⁴⁸, o princípio revela a importância da empresa como “quadro humano, econômico, e jurídico fundamental” integrada à exigência constitucional de que o trabalho seja um modo de realização pessoal do trabalhador e completa:

A esta luz, a colaboração vale como apelo à solidariedade que nos ajuda “a ver o outro [...] não como um instrumento qualquer, de que se explora, a baixo preço, a capacidade de trabalho e a resistência física, para o abandonar quando já não serve, mas sim como um ‘semelhante’, um ‘auxílio [...], que se há de tornar participante, como nós no banquete da vida” (Encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*, pág. 39). No que respeita ao trabalhador, o princípio da colaboração determina que no cumprimento do débito laboral observe a diligência requerida, ponderando a utilidade que a entidade patronal pretende extrair da prestação.

Pinto²⁴⁹ enxerga três leituras possíveis do princípio: o trabalhador como elemento de um organismo; a possibilidade do trabalhador opinar sobre questões da organização empresarial e participar de seus lucros; e a “intuição” de que o contrato de trabalho não se esgota no binômio direção/subordinação, pois os interesses de uma das partes não podem ser irrelevantes para a contraparte. Essas leituras seriam concretizações possíveis do princípio, mas não esgotam as suas possibilidades.

b) a partilha de interesses secundários entre as partes que resulta na aproximação dos trabalhadores ao empregador e que se revela através de novas técnicas de gestão empresarial

2 – Na execução do contrato de trabalho, as partes devem colaborar na obtenção da maior produtividade, bem como na promoção humana, profissional e social do trabalhador.

²⁴⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 143.

²⁴⁷ PINTO, Mário. **Comentário às leis do trabalho**. Lisboa: Lex, 1994. v. 1: Regime Jurídico do Contrato Individual do Trabalho.

²⁴⁸ Ibidem

²⁴⁹ Ibidem

menos verticalizadas, como a participação nos lucros e resultados, dentre outras. Embora ainda não estejam disseminados em todas as relações de trabalho e nem sejam globalmente aceitas, são interesses com grande importância dentro da reconstrução dogmática do vínculo, pois, por um lado, demonstram que a essência conflitual é compatível com a comunhão de interesses e que esses interesses reportam-se à empresa, confirmando a dimensão organizacional do vínculo.

c) a importância do interesse de gestão do empregador verifica-se pelas inúmeras referências à empresa e às suas necessidades, que constituem a justificativa de muitas soluções laborais. Na legislação brasileira, é possível citar diversos exemplos dessas referências: o *jus variandi*, mesmo que limitado, positivado no art. 468, da CLT e a concessão das férias por ato do empregador, prevista no art. 134, da CLT.

Dada a relevância do elemento organizacional, deve-se entender o contrato de trabalho como um contrato de inserção organizacional necessária, e tal condição influenciaria a execução do contrato, entretanto, para Ramalho, a organização não teria um caráter comunitário porque é predisposta unilateralmente pelo empregador e é no interesse dele que se realiza a gestão. É de observar-se, ainda, que todos os contratos, inclusive os não empresariais, estão organizados de algum modo, ainda que de forma rudimentar, no interesse do empresário.

Ramalho entende que a pessoalidade deve ser valorizada como elemento indispensável na reconstrução do vínculo, seja pela inseparabilidade do trabalhador e da prestação, seja pela importância de suas características pessoais, seja pela confirmação da natureza dominial dos poderes do empregador. Uma das razões que tornam o vínculo de trabalho especial é o fato de que a prestação de serviços é inseparável da pessoa do trabalhador, o que, de acordo com Ramalho, está evidenciado pelas seguintes características:

a) indeterminação da prestação laboral que se verifica no momento da contratação e estende-se por todo o contrato pelo exercício do *jus variandi* por parte do empregador, que tem a necessidade de adequar as aptidões do trabalhador a tarefas concretas, aos objetivos de gestão. É justamente em razão da indeterminação que se justifica a disponibilidade do trabalhador como obrigação acessória: mais do que prestar os serviços da forma contratada, interessa ao empregador poder contar com o empregado para uma multiplicidade de tarefas que atendem aos interesses de gestão e estão ao alcance da capacidade do empregado;

b) conteúdo amplo dos poderes laborais, em especial o poder disciplinar, permitem ao empregador impor ao empregado condutas não atinentes à prestação dos serviços mas à pessoa do trabalhador (uniforme, maquiagem, comportamento etc..)

c) relevada obediência, que consiste na atitude de disponibilização permanente às diretrizes do credor, nos limites dos direitos e garantias do trabalhador.

Assim, a inseparabilidade entre a prestação e o trabalhador não desqualifica o conteúdo obrigacional, mas obriga a admitir que pelo envolvimento do empregado a prestação é um bem jurídico peculiar e que interessa ao credor justamente por essa razão.

Outro aspecto que justifica a importância da pessoalidade no vínculo de emprego é o caráter *intuitu personae* da prestação, pois as qualidades pessoais do trabalhador são sempre essenciais para a empresa. Ramalho destaca que o atual anonimato das relações de trabalho não afasta a essencialidade das características pessoais do trabalhador para a constituição e desenvolvimento do vínculo.

Ramalho²⁵⁰ esclarece, ainda, que o elemento pessoalidade explica aspectos da relação laboral que são difíceis de conciliar com o Direito Comum. São a ampla tutela de interesses, que transcendem o contrato de trabalho, como aqueles dirigidos à saúde e à segurança do trabalhador, à sua formação, à ocupação efetiva e à prevalência de alguns interesses pessoais do trabalhador em face do contrato, como o direito do estudante de fazer coincidir suas férias com as escolares, ou o direito de faltar em razão de casamento, ou luto.

Apostolides vê a implicação da pessoa do trabalhador, também, quando “[...] reflete-se na própria organização da vida pessoal e familiar, por exemplo, no que respeita à escolha do local de fixação de residência, da escola dos filhos e na organização do tempo disponível para a família e atividades pessoais”²⁵¹. E acrescenta, também, o viés da dependência financeira e psicológica:

Por outro lado o facto de, em regra, a única fonte de subsistência económica do trabalhador e da sua família consistir na prestação de trabalho subordinado contribui para a forte incidência da relação laboral no plano pessoal do trabalhador, daí advindo até uma situação de dependência psicológica que é tanto mais quanto mais alargada for a taxa de desemprego²⁵²

²⁵⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 151.

²⁵¹ APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 180.

²⁵² *Ibidem*, p. 179.

A despeito da riqueza da teoria proposta por Ramalho, interessa ao presente trabalho o reconhecimento de que a relação de trabalho comporta duas esferas e a ênfase que se dá à personalidade e ao componente organizacional do vínculo.

Ao reconhecer a importância da empresa como o ambiente no qual o trabalho desenvolve-se e, portanto, onde a relação entre as partes pode adotar um aspecto comunitário, a autora dá um passo à frente, pois esse é um aspecto que não pode ser ignorado, para construir uma relação capaz de acomodar o conflito e a cooperação. Se apenas uma das partes recebe a consideração e a proteção do sistema jurídico, mesmo que merecedora desse tratamento em razão de sua hipossuficiência, a relação pode se desequilibrar de outros modos, e o conflito passa a dominá-la.

Ao dar importância à personalidade, a teoria mostra-se em harmonia com as perspectivas que a pós-modernidade trouxe ao Direito, recolocando a pessoa humana e os seus interesses no centro de tudo. O trabalhador não é só mais um elemento da relação, não é insumo, nem capital imobilizado, não é investimento, nem mero fornecedor de mão de obra, ele é o elemento mais importante do sistema produtivo, por isso merece receber proteção especial da lei.

Parece que o Código do Trabalho Português avaliza essa nova perspectiva teórica ao definir, como se viu acima, como deveres das partes a colaboração para obtenção da maior produtividade, bem como para a promoção humana, profissional e social do trabalhador. Sem dispositivo legal semelhante na legislação brasileira e sem a pretensão de sugerir uma nova teoria capaz de explicar a relação de emprego com a propriedade e profundidade de Maria do Rosário Palma Ramalho, a dissertação toma, nesse ponto, outro caminho que, sob alguns aspectos, confronta as ideias de Ramalho.

Ao contrário do que afirma a autora, não parece artificial a ideia de que o contrato de trabalho possa adotar um modelo comunitário, esclarecendo-se, desde logo, que não se pretende negar o conflito da relação e o fato de existirem interesses creditórios distintos, mas admitir a existência de um enorme campo de concertação, um momento em que o contrato pode ser cooperativo e vantajoso para ambas as partes que, para preservá-lo, farão concessões à outra parte e se disporão a colaborar para realização de interesses que são diferentes dos seus, mesmo que tal condição possa lhes causar prejuízos momentâneos, vivendo, portanto, os valores de liberdade e segurança proporcionados pela comunidade. Por parte da empresa, investimentos na formação acadêmica do empregado, extensão dos dias convencionalmente fixados para acompanhamento de atividades de filhos; por parte do empregado, iniciativas

para economia dos recursos da empresa, disposição para atendimento de situações emergenciais, são exemplos de tais condutas.

O dia a dia das relações de trabalho revelam inúmeras concessões mútuas, pequenos ajustes que permitem maior produtividade, mais tempo livre para o trabalhador, mais lucratividade, maiores benefícios aos empregados, sem a necessidades de regras escritas. Da própria explanação de Ramalho, é possível retirar argumentos nesse sentido na análise do que ela chama de partilha de interesses secundários entre as partes ou do princípio da mútua colaboração, como a participação nos lucros e resultados e novos modelos de gestão participativa.

O que parece essencial é que o contrato de trabalho seja capaz de fomentar esse ambiente de colaboração, valorizando tais condutas colaborativas e não as reprimindo, porque não se enquadram nos estritos limites legais. Para tanto, acredita-se que o princípio da boa-fé pode ser útil, porque põe em revelo a lealdade e a confiança que as partes devem ter entre si e especialmente a colaboração no desenvolvimento da relação.

Além de ser considerada um princípio laboral, a boa-fé é um princípio geral de Direito e tem sido classicamente relacionada à teoria geral dos contratos, sendo que as esferas cível e consumerista dão-lhe grande destaque. No Direito do Trabalho, é considerada um princípio de média densidade jurídica conforme classificação de Martins Filho,²⁵³ contudo, acredita-se no enorme potencial transformador que tem para valorizar a colaboração entre as partes no contrato de trabalho. Sobre o tema, Feliciano discorre que:

Ao mais, embora o princípio da boa-fé não seja tampouco um princípio exclusivo do Direito do Trabalho, sustentou-se que, no seu bojo, sobejasse em importância, porque a relação de emprego não se resume a um negócio circunstancial ou a uma fugaz transação mercantil, mas contém vínculos sociológicos pessoais e permanentes. Assim, a justificação e a aplicação deste princípio têm um significado, uma duração e uma necessidade muito superiores às que podem ter em contratos que se esgotam em um intercâmbio único de prestações ou em uma simples correspondência de prestações materiais.²⁵⁴

Utilizar princípios de Direito Civil no Direito do Trabalho contraria a teoria de autonomia dogmática do Direito do Trabalho formulada por Ramalho que entende ser a existência de princípios próprios uma decorrência da autonomia dogmática do Direito do

²⁵³ MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Os Pilares do Direito do Trabalho**: os princípios jurídicos e as teorias gerais (Uma reflexão sobre sua aplicação). In: Martins Filho, Ives Gandra et al [...] (Org.). **Os Pilares do Direito do Trabalho**. São Paulo: Lex Editora, 2013.

²⁵⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos Princípios do Direito do Trabalho no Mundo Contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n.o 27, 2005, p. 105.

Trabalho e rechaça claramente, a utilização da boa-fé, reputando-a desnecessária, na medida em que o Direito do Trabalho possui instrumentos próprios para regular os deveres de lealdade e assistência entre as partes através do relevo do elemento organizacional e da pessoalidade. Ocorre que, como já se disse, não há no Brasil nenhuma ameaça à autonomia dogmática do Direito do Trabalho. Por outro lado, a interação entre as áreas jurídicas é enriquecedora e altamente recomendável. Lembre-se que, dentre as características dos contratos pós-modernos mencionadas no segundo capítulo, estão a unificação interna da teoria contratual, que favorece a interligação e, às vezes, a sobreposição das áreas e a adoção de regimes jurídicos plurais, com a interferência de normas diferentes sobre o mesmo fato. Essa, também, é a opinião de Feliciano:

Não se pode, portanto, reconduzi-lo pura e simplesmente, sob quaisquer pretextos, à dogmática juscivilista – o que não impede, porém, que a dogmática juslaboral empreste teorias e conceitos daquela primeira, ou a favoreça com elementos próprios (como se deu, e.g., com a “apropriação civilista” do princípio da proteção e das suas concretizações). Deve-se ter em mente que os ramos do Direito não são compartimentos lógico-formais estanques, mas sim abstrações científico-pedagógicas que freqüentemente se comunicam.²⁵⁵

Assim, o próximo capítulo propõe-se a verificar de que forma o princípio da boa-fé pode contribuir para a valorização do aspecto colaborativo da relação, construindo um lugar para que o contrato de trabalho possa ser, também, uma relação comunitária.

²⁵⁵ Ibidem, p. 101.

5 BOA FÉ E O CONTRATO DE TRABALHO

A boa-fé e a função social do contrato são os dois princípios que melhor se harmonizam com a moderna teoria dos contratos. Se a função social pretende uma ampliação do campo de visão contratual, levando o contrato de trabalho para além da mera troca econômica, a boa-fé insere-se no corpo do contrato e obriga as partes a um comportamento ético, leal e direcionado ao esperado cumprimento das obrigações e também da sua função social.

Embora atuem em esferas distintas, a boa-fé de fora para dentro do contrato, entre as partes, e a função social de dentro para fora, quando produz efeitos que afetam a sociedade ou terceiros, ambas vinculam o comportamento das partes ao cumprimento efetivo do contrato e ao seu papel na busca pelo bem comum e pela justiça social. Por isso, preliminarmente, estudar-se-á a conexão entre a boa-fé e a função social para, compreendida a íntima relação entre elas, então discutir a aplicação da boa-fé sobre o contrato de trabalho como instituto que viabiliza o aspecto comunitário da relação.

A boa-fé, como se verá a seguir, tem importância fundamental para que a relação de trabalho seja pautada pela cooperação e pela lealdade. Como já se disse, não é o Direito que vai transformar essa relação, são as próprias partes que, ao adotarem condutas coerentes e responsáveis, promoverão essa mudança. O papel do Direito é ratificar e estimular essas condutas, o que só ocorre se a relação deixar de ser medida, exclusivamente, pelo potencial conflito e passar a ser pensada, também, sob a ótica da cooperação.

5.1 FUNÇÃO SOCIAL E BOA-FÉ

Interessa ao jurista atual saber não só a origem do Direito, mas também para o que ele serve, qual a sua função. O Direito e a sociedade se interessam pela eficácia da norma, não só direcionada ao controle e disciplina da sociedade, mas também à novas funções de natureza distributivas, promocionais e inovadoras, especialmente, na relação do Direito com a Economia.²⁵⁶

Funcionalizar uma instituição é reconhecer que os interesses da sociedade devem se sobrepor aos interesses individuais e que o seu objetivo é o bem comum, o bem-estar

²⁵⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 366.

econômico e coletivo, a justiça social²⁵⁷. O desafio dos tempos atuais é garantir que os interesses sociais se realizem sem desconsiderar os interesses dos indivíduos, o objetivo é “a realização da justiça social, sem prejuízo da liberdade da pessoa humana”.²⁵⁸ O interesse da sociedade deve se sobrepor ao individual sem prejudica-lo, Amaral²⁵⁹ complementa:

[...] a referência à função social ou econômico-social de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica, neste caso a autonomia privada e seu instrumento de realização, o negócio jurídico, significa a aproximação do direito com as demais ciências sociais, como a sociologia, a economia, a ciência política, antropologia, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea coloca ao jurista, considerado não mais como a figura tradicional de cultor do direito privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características civilísticas, mas atento à realidade do seu tempo, a exigir-lhe uma postura crítica em prol de uma ordem mais justa na sociedade.

Barzotto ensina que, ao contrário do que pregavam os teóricos liberais, como Milton Friedman²⁶⁰, que afirmavam ser a função social da empresa, exclusivamente, gerar lucros para seus sócios, na atualidade, vigora a ideia de que a função empresarial vai muito além de seus interesses particulares²⁶¹. Supiot explica que [...] esse tipo de concepção monofuncional das empresas só é concebível em um quadro jurídico e institucional que as obrigue a se darem conta das consequências de suas atividades sobre os homens e a natureza”.²⁶² O que, em outras palavras, é admitir que a empresa tem multifunções, sem deixar de atender aos interesses dos acionistas, responde pelas consequências da organização para a sociedade.

Se os efeitos do empreendimento não se restringem apenas aos seus sócios, mas atingem também interesses de terceiros, trabalhadores, sociedade, meio ambiente, é

²⁵⁷ Segundo Barzotto, a expressão justiça social foi utilizada, pela primeira vez, pelo jesuíta italiano Louis Taparelli d’Azeglio, como a justiça entre homem e homem, ou seja, a que é devida pela condição humana. Modernamente a ideia de justiça social está associada a relação do indivíduo com o outro e com a comunidade, na busca do bem comum. Barzotto afirma que “Em uma sociedade de iguais, isto significa que o outro é considerado, simplesmente por sua condição de pessoa humana, membro da comunidade. Assim, o que é devido a um é devido a todos, e o benefício de um recai sobre todos”. (BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 92)

²⁵⁸ AMARAL, op. cit., p. 367-369.

²⁵⁹ Ibidem, p. 369.

²⁶⁰ “Há poucas coisas capazes de minar tão profundamente as bases de nossa sociedade livre do que a aceitação por parte dos dirigentes das empresas de uma responsabilidade social que não a de fazer tanto dinheiro quanto possível para seus acionistas”. (Milton Friedman, “Monopólio e a responsabilidade social do capital e do trabalho” de “Capitalismo e Liberdade”).

²⁶¹ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Responsabilidade social e a Rerum Novarum. In: GHUNTER, Luiz Eduardo (coord.). **Rerum novarum – estudos em homenagem aos 120 anos da encíclica papal**. Curitiba: Juruá, 2011.

²⁶² SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre, Sulina, 2014. p. 131.

necessário reconhecer que a empresa tem responsabilidade social e, portanto, deve adotar uma postura ética e contribuir para o desenvolvimento econômico considerando: a qualidade de vida de seus empregados e familiares, da comunidade local e da sociedade como um todo. A empresa alcança legitimidade pela efetiva participação comunitária e pela sua contribuição para o bem comum.²⁶³

Segundo Salomão Filho,²⁶⁴ a empresa não está reduzida ao interesse social, exclusivamente, para obtenção da eficiência econômica. Segundo o autor, ela deve ser uma organização estruturada e apta ao melhor ordenamento dos interesses nela envolvidos e a solução de seus conflitos num ambiente de cooperação, razão pela qual a participação dos trabalhadores é incentivada e até mesmo o compartilhamento do controle é possível se tal favorecer a diminuição de conflitos

Assim como a empresa, o contrato, também, tem uma função social. A relação contratual atualmente não se presta mais, exclusivamente, a circulação de riquezas e ao exclusivo interesse individual das partes contratantes, estando permeada por novos conceitos, como a solidariedade contratual e a própria função social do contrato, numa tentativa de harmonizar os interesses particulares com a ordem social. Por essas razões, o contrato deve ser funcional, voltado à realização de valores que não sejam apenas patrimoniais e individuais, mas também sociais, em proveito de toda coletividade. Quem dita essa função social é a própria Constituição Federal²⁶⁵ ao estabelecer que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

A função social dos contratos, portanto, traduz também uma ideia de cooperação pela manutenção de trocas justas e úteis, devendo os contratantes colaborar para que atinjam o

²⁶³ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Responsabilidade social e a Rerum Novarum. In: GHUNTER, Luiz Eduardo (coord.). **Rerum novarum – estudos em homenagem aos 120 anos da encíclica papal**. Curitiba: Juruá, 2011.

²⁶⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 2006.

²⁶⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

resultado esperado e que as partes retirem vantagens em condições paritárias, tendo em vista sempre a valorização do trabalho e a livre iniciativa. A ideia da colaboração deve ser vista, também, em razão da coletividade e desta com relação aos contratantes, na medida em que simples interesses conflitantes não podem induzir o desfazimento dos contratos, pois a manutenção dos vínculos também é uma função socialmente reconhecida.²⁶⁶ Theodoro Júnior esclarece que:

A ideia de justiça social, no terreno do contrato, dessa maneira, aparece agora com nova dimensão “que se insere em uma outra categoria, a justiça geral, que diz respeito aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários.”²⁶⁷

Dentro dessa perspectiva, tanto a empresa como o contrato, em especial o de trabalho, têm uma função social integradora e transformadora. É, nesse ponto, que a função social e a boa-fé comunicam-se, porque, para que os institutos jurídicos possam realizar suas funções sociais, é necessário que as relações entre as partes sejam pautadas pelo princípio da boa-fé. Segundo Martins-Costa, a boa-fé seria o princípio jurídico capaz de realizar essa funcionalidade, a autora ensina que “[...] apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é acometida. [...]”²⁶⁸ Theodoro Júnior esclarece para delimitar o campo de atuação dos dois novos princípios deve-se observar que se ofende a boa-fé quando a interpretação ou a execução do contrato causam prejuízo para um dos contratantes, ao passo que a ofensa à função social se verifica quando os efeitos externos do contrato prejudicam a comunidade ou pessoas estranhas ao vínculo laboral.²⁶⁹

Nesse sentido, a boa-fé pode ser considerada um conceito ético ligado à função social do contrato e não se presta, apenas, à proteção do contratante hipossuficiente, sendo um modo de assegurar os interesses da sociedade.²⁷⁰ Na mesma linha, Barzotto afirma que a boa-fé atribui às partes a responsabilidade social pela busca do bem comum e pela realização da

²⁶⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 139.

²⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 23.

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 457.

²⁶⁹ THEODORO JUNIOR. op. cit., p. 116.

²⁷⁰ VIEIRA DE MELLO, Heloisa Carpena. A boa fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 397.

justiça social, na medida em que podem, pessoalmente, transformar a realidade através de uma conduta leal nos contratos.

Portanto, a ideia de responsabilidade social pode ser traduzida em um dever de cumprimento de boa-fé das obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Isto quer dizer que além da obrigação principal do empregado trabalhar e do empregador de dar emprego e de remunerar há uma obrigação implícita no contrato de trabalho. A obrigação de realizar a justiça social não está adstrita ao Estado. Pertence aos agentes sociais que transformam a realidade como esforço concreto e diário.²⁷¹

Martins-Costa reporta que, não raro, a expressão boa-fé vem acompanhada de exclamativos e superlativos e lhe é atribuída a função de “[...] legítima expressão da pós-modernidade [...]”²⁷² o que se justificaria em razão do potencial transformador da boa-fé que interessa à todas as relações jurídicas. Macedo completa aduzindo que a boa-fé seria a principal norma de ligação do direito contratual moderno e acrescenta que a sua importância, na atualidade, pode ser medida pelo crescimento da sua aplicação na *comon law* e pela existência de previsões nos Códigos Civis Francês, Alemão, Italiano, Suíço, dentre outros, além da sua recente revalorização naqueles sistemas no qual ela já fazia parte do ordenamento jurídico.²⁷³ Marques completa:

Este princípio ou novo ‘mandamento’ (Gebot) obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não só as relações de consumo, “significa, portanto, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.”²⁷⁴

Embora admita muitos significados, razoabilidade, lealdade, justiça, decência, comportamento decente, sentido ético comum, solidariedade, a boa-fé reporta-se necessariamente a uma comunidade de valores e expectativas compartilhados. Marques, com base na doutrina estrangeira, explica:

Como ensinam os doutrinadores europeus, *fides* significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, significa, mais além do

²⁷¹ BARZOTTO, Luciane Cardoso. **O contrato de trabalho como contrato relacional**. Revista Justiça do Trabalho, n. 375, ano 383. Porto Alegre: HS Editora, 2015, p. 85.

²⁷² MARTINS-COSTA, op. cit., p. 409.

²⁷³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁷⁴ MARQUES, op. cit, p. 179.

compromisso expresso, a “fidelidade” e a coerência no cumprimento da expectativa alheia independente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído; representando, sob esse aspecto, a atitude lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de “fidelidade” e “cooperação” nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta.²⁷⁵

De acordo com Krost não há um conceito abrangente de boa fé no Direito Brasileiro, que deve consistir numa orientação aos contratantes por um agir diligente e sem vícios.²⁷⁶ Dorneles esclarece que um contrato estabelecido com base no princípio da boa-fé, traduz uma obrigação que “[...] passa a ser percebida também como uma ordem de cooperação, em que parte e contraparte comprometem-se a considerar e a respeitar os interesses do outro, como colaboradores na consecução de um objetivo comum, qual seja o fiel adimplemento do negócio jurídico”.²⁷⁷

A boa fé pode ser enfrentada sob duas perspectivas diferentes: a objetiva e a subjetiva. Fachin explica: "A boa-fé objetiva refere regra de conduta, objetivada nesta perspectiva. A boa-fé subjetiva não se conecta a uma regra de conduta positivada, mas sim a um elemento de natureza interior: não se trata de um guia positivado da conduta, mas uma intenção de agir".²⁷⁸

Assim, a boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico do sujeito, à intenção, à crença de que está agindo corretamente e de que sua conduta não é capaz de causar prejuízo para ninguém. De acordo com Martins-Costa, é um estado de consciência ou de convencimento individual de agir de acordo com a lei, denotando a ideia de ignorância de crença equivocada, do erro baseado na aparência dos fatos. A boa fé objetiva é uma regra de conduta, um dever de agir de modo honesto e leal. Segundo Martins Costa, é um modelo de comportamento segundo o qual cada pessoa deve ajustar a sua conduta a um *standart* jurídico, agindo com honestidade, lealdade e probidade²⁷⁹.

A análise da boa-fé, dentro da perspectiva contratual, deve ser realizada sob a ótica objetiva, sendo a obrigação contratual, modernamente, entendida como um dever de agir

²⁷⁵ MARQUES, op.cit., p. 181

²⁷⁶ KROST, Oscar. O princípio da boa-fé objetiva como balizador de condutas na relação de emprego. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

²⁷⁷ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **O princípio da boa fé na vigência as normas coletivas negociadas**. Revista Justiça do Trabalho, n. 375, ano 32. Porto Alegre: HS Editora, 2015, p. 39.

²⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 305.

²⁷⁹ MARTINS COSTA, Judith. **O princípio da boa fé no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 410.

objetivamente de boa-fé. Essa conduta constitui um procedimento que deve ser seguido em todas as fases da relação contratual: nas negociações preliminares, na declaração de oferta, na transferência de informações, na execução das obrigações principais e acessórias, nas alterações do contrato, no término da relação contratual e, mesmo, na fase pós-contratual.

5.2 BOA FÉ E O DIREITO DO TRABALHO

O boa-fé é um princípio geral de Direito e não uma norma propriamente dita. É uma premissa de todo o ordenamento jurídico, e a sua “intensidade crescente”, segundo Plá Rodriguez,²⁸⁰ deve-se ao fato de ter convertido-se em instrumento de socialização do direito, dentro da ideia de um solidarismo econômico, que é a marca do nosso tempo. É o caminho pelo qual se pode construir uma noção substancialista do Direito porque, como uma cláusula aberta, evolui e transforma-se todos os dias pela incorporação de situações práticas da sociedade ao sistema. Sobre a importância da aplicação prática e cotidiana da boa-fé, Menezes Cordeiro ensina:

Ela só tem sentido, porque, materialmente, tem associada uma técnica específica de resolver casos concretos, justificada e concretizada numa Ciência e num entendimento particular da fenomenologia jurídica. Nada disto pode ser imposto pela lei, que convida, apenas, o intérprete-aplicador ao estudo e à aprendizagem.²⁸¹

Krost²⁸² refere que a primeira positivação da boa-fé no Direito Brasileiro foi no Código Comercial, de 1850, que no art. 131²⁸³, que dispunha acerca da interpretação dos contratos, ficando determinado que tal fosse realizada conforme a boa-fé. O Código Civil, de 1916 fazia referência, em seu art. 112²⁸⁴, à presunção de boa-fé nos negócios indispensáveis à manutenção da empresa. Todavia, nenhum dos dois dispositivos legais logrou produzir grandes efeitos no nosso sistema jurídico durante grande parte do século XX.

²⁸⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

²⁸¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 568.

²⁸² KROST, Oscar. O princípio da boa-fé objetiva como balizador de condutas na relação de emprego. *In*: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

²⁸³ Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

²⁸⁴ Art. 112. Presumem-se, porém, de boa fé e valem, os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial do devedor

A despeito de tal fato, a boa-fé começou a ser discutida na doutrina e passou a ser aplicada pela jurisprudência muito antes da entrada em vigor do atual Código Civil. Segundo Ustárroz,²⁸⁵ não é certo afirmar que o Código Civil de 2002 inovou com a adoção do princípio da boa-fé, pois o princípio era aplicado em decisões judiciais e estava consolidado na doutrina, além de ser reconhecido em legislação esparsa, como no microssistema consumerista²⁸⁶, no qual o princípio encontrou “efetiva consagração”. A boa-fé objetiva foi positivada enquanto regra de conduta para os contratos em geral, através da previsão contida no artigo 422²⁸⁷, do Código Civil, a partir do qual superou-se qualquer discussão atinente à obrigatoriedade do respeito à boa-fé em todas os contratos e não apenas naqueles que envolviam relações de consumo.

A Consolidação das Leis do Trabalho não possui nenhuma norma expressa a respeito da aplicação do princípio da boa-fé no contrato de trabalho. Em que pese, o microssistema trabalhista não ser um sistema completamente fechado, não conta com cláusulas abertas que permitam a sua ressystematização, mas a CLT, através do seu art. 8º²⁸⁸, autoriza que outros princípios e normas gerais de direito sejam aplicadas nas decisões e na interpretação do texto legal. Por fim, esclarece Araújo²⁸⁹ que sendo a boa-fé um princípio geral de direito, teoricamente, não atuaria onde age a regra especial, contudo, os princípios - gerais e específicos - podem interagir diante de uma mesma situação, pois não têm pretensão de exclusividade.

A questão que se coloca é a que segue: positivar a boa-fé é necessário? A resposta unânime da doutrina é negativa. Uriarte aduz que o fato de que os deveres de boa-fé não

²⁸⁵ USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos**: temas atuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁸⁶ Lei. 8.78/1990 - Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:(...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

²⁸⁷ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁸⁸ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

²⁸⁹ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa fé no contrato de emprego**. São Paulo, LTr, 1996, p. 235.

estejam positivados, “[...] não tem impedido que o legislador tenha incorporado dentro do catálogo normativo uma série de figuras que reflitam plenamente a aplicação deste princípio no sentido de assegurar que os direitos e as obrigações devem exercer-se de acordo com a boa-fé”²⁹⁰. e completa:

Independientemente del hecho de si existe recepción concreta en una norma jurídica determinada, lo cierto es que no resultaría admisible restarle valor a este principio por la simple circunstancia de no estar positivado. Los principios son una clase de norma jurídica diferenciada de las reglas de conducta, más allá de si son recogidos expresamente por el legislador. De allí que habrá que sostener que el principio de la buena fe informa al ordenamiento jurídico más allá de si existe o no una norma de carácter legal que lo reconozca como tal.²⁹¹

Ou seja, de nada adianta a positivação de um princípio se, na realidade, ele não alcança nenhuma efetividade. Cordeiro ensina que “A simples referência legal, ainda que solene, a grandes princípios, a não ser precedida ou acompanhada de um esforço doutrinário e jurisprudencial de concretização e aplicação, é insuficiente para corporizar na prática a orientação pretendida”²⁹².

O renascimento ou a revitalização do princípio da boa-fé demonstra exatamente que o esforço doutrinário e jurisprudencial é o que dá sentido e eficácia aos princípios; sem eles o princípio permanece como letra morta na lei.

No Direito do Trabalho, nos primeiros estudos a respeito dos princípios laborais inspirados por valores nacionalistas e coletivistas, os autores mencionavam o princípio do rendimento, pelo qual a interpretação e a aplicação da legislação trabalhista deveria levar em conta, também, a importância da produção. Empregados e empregadores deveriam conjuntamente envidar esforços para desenvolver a produção nacional, que estaria acima dos valores individuais das partes. Na prática, seus efeitos atingiam mais os trabalhadores que os empregadores, pois o mal desempenho ou o desempenho abaixo de um determinado padrão configuraria infração ao contrato.²⁹³

²⁹⁰ URIARTE, Pedro Irureta. **Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno**. Santiago – Chile. Revista Ius et Praxis, Año 17, Nº 2, 2011, p.136.

²⁹¹ Independientemente da discussão de se existe recepção concreta de uma certa norma jurídica, o certo é que não seria admissível reduzir o valor desse princípio pela simples razão de não estar positivado. Os princípios são um tipo de normas jurídicas de diferente padrão de conduta, mas apesar disso são regras reconhecidas expressamente pelo legislador. Por isso, devemos considerar que o princípio da boa-fé informa o sistema legal para além ou não existe uma base jurídica padrão de reconhecê-lo como tal. (URIARTE, Pedro Irureta. **Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno**. Santiago – Chile. Revista Ius et Praxis, Año 17, Nº 2, 2011, p. 138.

²⁹² CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 700.

²⁹³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237-238.

Plá Rodriguez²⁹⁴ esclarece que a obrigação de rendimento do trabalhador, como consequência direta do cumprimento do contrato de trabalho, deve ser um empenho especial para o desempenho da tarefa contratada. Ensina, ainda, que o dever de contribuir para a melhora da produção deve alcançar, também, o empregador no cumprimento de suas obrigações para com o trabalhador, agindo com lealdade. Conclui que ambas as partes são abrangidas pelo dever, por isso o princípio é muito mais da produtividade, do que da produção, seu alcance é mais qualitativo, do que quantitativo.

De acordo com Feliciano²⁹⁵, o princípio do rendimento estava relacionado a uma ideia de interesse público-estatal, acima dos interesses de classe e aparece na CLT no art. 8º, que orienta as decisões administrativas e judiciais pelo interesse público que deve prevalecer sobre os interesses de classe e particulares.²⁹⁶ O conteúdo do dispositivo, nesses termos, desafiaria a atual ordem constitucional, pois a produção e a acumulação de riquezas subordina-se aos interesses e finalidades do Estado Democrático e Social de Direito e não ao interesse público-estatal.

Feliciano relaciona o princípio do rendimento, nos dias atuais, ao que Ramalho chamou de “princípio da salvaguarda dos interesses de gestão” e o vê como uma resposta ao princípio da proteção, afirmado que: “[...] Numa perspectiva atualizadora, o princípio do rendimento pode ser apreendido, hoje, como princípio da prevalência dos interesses de gestão (supra, nota n. 36), reequilibrando se o edifício dogmático e abandonando-se o viés paternalista. [...]”²⁹⁷

Através desse princípio, seria possível assegurar à empresa as condições necessárias para que pudesse cumprir suas obrigações e, com isso, garantir a existência dos postos de trabalho. Ainda segundo Feliciano, na prática, alguns direitos dos trabalhadores seriam

²⁹⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

²⁹⁵ FELICIANO, op. cit., p. 237.

²⁹⁶ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

²⁹⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos Princípios do Direito do Trabalho no Mundo Contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n.o 27, 2005, p. 99.

contemporizados com as dificuldades da empresa a fim de garantir a subsistência dos vínculos empregatícios, atendendo ao interesse público de manter a empregabilidade.²⁹⁸

Embora Delgado classifique o princípio do rendimento entre aqueles considerados controvertidos e de validade questionável, concorda que o princípio do rendimento estaria relacionado com o poder disciplinar, dando suporte às hipóteses de justa causa por desídia e negociação concorrencial, por exemplo.²⁹⁹ Contudo, ainda que seja possível e perfeitamente admissível pela legislação a tutela dos interesses do empregador em contraposição aos do empregado, o autor enxerga, nesse princípio, uma projeção natural dos princípios de lealdade e de boa-fé atuando sobre a conduta de ambas as partes na relação de trabalho, razão pela qual entende mais adequado designá-lo de “princípio da leal contraprestação”.

Efetivamente, na essência, o que propõe o princípio ora focado é a lealdade e a boa-fé do empregado no cumprimento de suas obrigações trabalhistas, exercendo com denodo suas funções contratuais e não degastando injustamente os lícitos interesses do empregador. Ora, nesta medida ele não teria conteúdo distinto da diretriz jurídica geral da lealdade e boa-fé.

Desse modo se admitida essa acepção, ele perde sua particularidade, uma vez que teia sua abrangência alargada no Direito do Trabalho, passando a atuar sobre a conduta de qualquer das partes da relação empregatícia, inclusive o empregador. [...]³⁰⁰

O que se verificou na prática, como ensina Plá Rodriguez, foi o princípio do rendimento sendo gradativamente substituído pelo princípio da boa-fé, como elemento indispensável à interpretação e à integração do contrato: “[...] se acredita que há obrigação de ter rendimento no trabalho, é porque se parte da suposição de que o trabalhador deve cumprir seu contrato com boa fé e entre as exigências da mesma se encontra a de colocar o empenho da norma no cumprimento da tarefa determinada”.³⁰¹

Com o abandono do princípio do rendimento, a doutrina encampou o princípio da boa-fé que tinha o mesmo objetivo do anterior e, segundo Feliciano “[...] o fazia com vantagens, ante o descompromisso com ideologias superadas e a potencial imparcialidade. A doutrina laboral rumava para o rico universo da boa-fé (TreuundGlauben)”.³⁰² Como se verá, modernamente, o princípio da boa-fé guarda pouca afinidade com o princípio do rendimento,

²⁹⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015, p. 217.

³⁰⁰ Ibidem, p. 217

³⁰¹ PLÁ RODRIGUEZ, op. cit., p. 269.

³⁰² FELICIANO, op. cit., p. 239.

que se ajustava melhor aos interesses da empresa, ao passo que a boa-fé advoga a imparcialidade e a obrigação de ambas as partes de agir com lealdade a fim de alcançarem interesses comuns e, em última instância, cumprirem a função social do contrato de trabalho.

No que se refere à boa-fé no âmbito trabalhista, ainda que o ordenamento legal não tenha cláusula geral de boa-fé como ocorre com a legislação civil, não se pode negar que a relação de emprego está estabelecida sobre regras de conduta e necessidades éticas que exigem das partes comportamentos segundo um modelo de conduta social. As normais gerais, assim como as punições por condutas desleais previstas na CLT, permitem afirmar que todo o ordenamento laboral e, em particular, o contrato de trabalho, encontram-se circunscritos necessariamente ao requisito da boa-fé. Uriarte completa:

Devido a própria natureza da relação jurídico-laboral, com um forte compromisso pessoal e com claras invocações ao princípio de confiança [...], tudo indica que as relações jurídicas de trabalho estão imbuídas por uma particular necessidade de honradez e correção na forma de atuar dos contratantes. [...] Nesta perspectiva, a evolução do Direito do Trabalho nos leva a sustentar que a via da boa-fé se relaciona com a lealdade contratual, reciprocamente estabelecida [...]

Feliciano afirma que embora o princípio da boa-fé seja um princípio geral de Direito, ganha destaque no Direito do Trabalho porque “[...] a relação de emprego não se resume a um negócio circunstancial ou a uma fugaz transação mercantil, mas contém vínculos sociológicos pessoais e permanentes [...]”.³⁰³ Logo, a aplicação deste princípio tem significados e necessidades distintas daquelas que se verificam nos contratos de caráter, exclusivamente, patrimonial reduzidos a correspondência de prestações materiais.

Assim, a boa-fé aparece como um princípio informador do contrato de trabalho a permitir que os contratantes levem a cabo seus próprios atos como atuações válidas, tutelando mínimas normas de comportamento, que evitem a frustração do fim do contrato.³⁰⁴ Na década de sessenta, Morais Filho já afirmava que o princípio da boa-fé estava na gênese da relação de emprego que sem ele perdia sua essência. Veja-se:

Há, assim, na relação de emprego, como que um envoltório normativo genérico, uma espécie de halo, construído de boa-fé confiança, que antecede, assiste e mantém viva toda a sua existência. Constitui-se até em seu elemento básico e condicional. De

³⁰³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos Princípios do Direito do Trabalho no Mundo Contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n.o 27, 2005, p. 100.

³⁰⁴ URIARTE, Pedro Irureta. **Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno**. Santiago – Chile. Revista Ius et Praxis, Año 17, n° 2, 2011, p. 149.

jeito que podem muitas vezes ambas as partes cumprir muito fielmente as cláusulas contratuais, *stricto sensu*, com absoluta exação, mas cometer outros atos, laterais a essas obrigações que vem a destruir totalmente o elemento confiança, preexistente e concomitante ao próprio negócio jurídico”.³⁰⁵

Portanto, a boa-fé converte-se em um critério ordenador das relações jurídicas, formatando o contrato de acordo com as regras de conduta socialmente consideradas como dignas de respeito; assim, no âmbito laboral, a boa-fé trará aparelhada a proteção do contratante diligente e que atua fundado num proceder correto, sem que exista fraude ou dolo em seu agir.³⁰⁶ A tutela do contratante diligente, seja ele empregado ou empregador, é aspecto que merece atenção, pois, ao contrário do que ocorre com os típicos princípios laborais, derivados do princípio orientador de todo sistema, o da proteção, o do dever de conduzir-se de forma proba e leal atinge as duas partes da relação, ditando um comportamento que devem adotar durante todas as fases do contrato de trabalho.

Martins-Costa afirma que os deveres de consideração, de coerência comportamental e de proteção cabem aos dois contratantes, assim como a vedação ao exercício desleal de direitos, alertando que, na jurisprudência trabalhista, a boa-fé vem sendo invocada conjuntamente com a razoabilidade e a teoria do risco, havendo superposições em demasias que criam um ambiente confuso. A autora observa, ainda, a falta de desenvolvimento dogmático sobre os conceitos invocados, sendo a boa-fé frequentemente utilizada apenas retoricamente, deixando de lado atuações relevantes do princípio e exemplifica:

[..] na rejeição da conduta deslealmente contraditória (*venire contra factum proprium*) de corretor de imóveis que busca os bônus, mas os ônus da posição de autônomo mas depois, passadas por vezes décadas, quer ver reconhecido o vínculo de emprego; ou, em outro exemplo, quando o empregador demite por junta causa sem observar o princípio da imediatidade entre a falta e a punição, o que acarretaria a *supressio* sobre o direito a punir.³⁰⁷

Os exemplos citados revelam situações em que tanto o empregado como o empregador estariam agindo de forma desleal, o que, possivelmente, causaria prejuízo à parte contrária, ofendendo o princípio da boa-fé. Resta claro, portanto, que a boa-fé não serve para proteção exclusiva do empregado, porque a sua função é harmonizar as relações jurídicas e não pode

³⁰⁵ MORAIS FILHO, Evaristo de. **Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho**. Rio de Janeiro, Forense, 1965, p. 81.

³⁰⁶ URIARTE, op. cit.

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 310

servir de escudo para nenhuma das partes, sendo uma via de mão dupla. Martins Filho endossa esse entendimento.

O princípio alberga noção abstrata, de ausência de malícia presumida, que deveria ser via de mão dupla na análise das relações de trabalhistas, mas que tem sido aplicado unilateralmente pelo TST, praticamente canonizando o trabalhador (que estaria sempre de boa-fé) e anatematizando o empresário (presumindo-se pautado pela cavilosidade). *Vide*, por exemplo, a orientação do SDI-1 do TST, de não admitir a aplicação do art. 940 do CC (que pune pela postulação de dívida já recebida) na seara trabalhista (cf. TST-E-RR-14100-39.2003.5.02.0465, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT 03/04/2012), mas presumir maliciosamente obstativa da aquisição da estabilidade pré-aposentadoria a dispensa do empregado 8 meses antes dos 24 meses que antecedem a sua aposentadoria (cf. TST-E-ED-RR-3779900-06.2007.5.09.0652, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira, DEJT 03/05/2012)³⁰⁸

Essa via de mão dupla, que a boa-fé viabiliza, é determinante para a configuração de uma relação jurídica que se pretende comunitária, porque valoriza a conduta leal de uma parte em relação à outra, o que implica em respeito e cuidado com a contraparte. A obrigação de consideração deve estimular os contratantes a adotarem um espírito colaborativo, que será valorizado pelo ordenamento jurídico, que, por outro lado, coibirá comportamentos desleais a fim de que as partes compreendam que seus atos têm consequências sobre os interesses da outra parte e podem também afetar direitos de terceiros e da sociedade. Ou seja, a aplicação do princípio da boa-fé, espera-se, deve ter um efeito pedagógico sobre a conduta negocial das partes.

Sob esse aspecto, o alcance da boa-fé pode ser maior que o do princípio da proteção, pois este último baseia-se na assimetria da relação laboral e não na conduta real das partes e no padrão de comportamento, que se deve esperar do contratante honesto durante o desenvolvimento do negócio. Ou seja, o princípio da proteção transforma o sujeito da relação numa abstração, sem vontade própria e que deve ser protegido porque é trabalhador e, portanto, hipossuficiente e não porque cumpriu suas obrigações e se portou de forma adequada no negócio. Assim, não importa quem ele é, o que fez, como se conduziu no contrato, se respeitou o seu objetivo, se foi diligente ou respeitou a parte contrária; o princípio da proteção generaliza-o. A boa-fé, por outro lado, individualiza o sujeito, o personaliza-o ao analisar seu comportamento, comparando-o com o que se pode esperar de um contratante leal.

³⁰⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Os Pilares do Direito do Trabalho**: os princípios jurídicos e as teorias gerais (Uma reflexão sobre sua aplicação). In: Martins Filho, Ives Gandra et al [...] (Org.). **Os Pilares do Direito do Trabalho**. São Paulo: Lex Editora, 2013, p. 28-29.

Todavia, a boa-fé não é regra absoluta. Como já se disse, os princípios dialogam entre si e, dependendo da área que regulam, têm prevalência uns sobre os outros. Assim, a despeito da imparcialidade do princípio da boa-fé e da possibilidade de exigir de ambas as partes condutas leais na execução de suas obrigações contratuais, não se pode ignorar o caráter tuitivo do Direito Laboral, e o fato de que é o princípio da proteção que vai conformar a atuação da boa-fé no Direito do Trabalho, na medida em que existe um desequilíbrio entre as condições das partes.³⁰⁹ Araújo ensina que o princípio da proteção é o mais importante do ordenamento jurídico laboral em face da desigualdade entre as partes no plano econômico; portanto, a boa-fé deve levar em conta tal realidade, especialmente no que se refere ao poder de comando do empregador sobre a força de trabalho, cuja expressão é a subordinação³¹⁰

Outro desdobramento da boa-fé, que interessa especialmente ao Direito do Trabalho, é a vinculação da conduta do agente aos objetivos do contrato e a sua função social. Ao estabelecer esse vínculo, valoriza-se o conteúdo organizacional do contrato, pois a conduta será analisada, considerando o fato de que o trabalho desenvolve-se dentro da e para a empresa, assim, a retidão da conduta será medida de forma diferente, por exemplo, em contratos em que o segredo industrial é um aspecto importante, daqueles em que a prestação dos serviços não demandar conhecimento profundo a respeito das particularidades de determinado produto, ou serviço. Também o dever de cuidado e proteção à pessoa do trabalhador terá conotação diferente na prestação de serviço para empresas que desenvolvem atividades capazes de causar danos à saúde do trabalhador e para organizações que nenhum risco implicam à pessoa do trabalhador.

Parece ser a boa-fé o instrumento adequado para criar um clima de confiança entre as partes e de segurança quanto às condições do negócio, indispensáveis para fomentar a colaboração. Por isso, é possível afirmar que a boa-fé atua em favor do contrato e parte do princípio de que ambos contratantes são corresponsáveis pelo correto adimplemento da obrigação. Consiste, como se viu, numa atitude voltada para o cumprimento efetivo do negócio jurídico.

³⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 308

³¹⁰ *Ibidem*, p. 235.

5.3 AS FUNÇÕES DA BOA FÉ NO CONTRATO DE TRABALHO

O princípio da boa-fé, assim como os demais princípios de Direito, destaca-se por servir a funções distintas, que auxiliam os operadores do Direito a lidar com as questões concretas. Embora exista algum consenso quanto às funções da boa-fé, "interpretativa", "criadora de deveres" e "corretiva", o que se percebe é que elas não permitem uma única classificação dada a amplitude do princípio; além disso, como adverte Meireles,³¹¹ não há entre as funções uma fronteira lógica, um conceito firme e rígido, podem haver entre elas sobreposição, dada a sua extensão variável. Passa-se a estudá-las, portanto, com base na classificação sugerida por Martins-Costa³¹², na sua obra mais recente:

5.3.1 Função Interpretativa

Função interpretativa ou hermenêutica, supõe dotar de sentido e sistematizar um ordenamento jurídico específico, dirige-se ao juiz como recurso para o ordenamento do contrato. Quando não encontra apoio no instrumento jurídico, deve ater-se a todas as circunstâncias fáticas e valorá-las, segundo o princípio da boa-fé, para que o contrato atinja o objetivo econômico social que seria lícito esperar.³¹³ Bacarat esclarece qual é esse objetivo:

A finalidade do contrato de trabalho é permitir o desenvolvimento socioeconômico, de modo que o empregado possa, por meio do contrato de trabalho, alcançar sua inserção social, progresso profissional e realização pessoal, enquanto o empregador, servindo-se do trabalho do primeiro consiga, sob o regime da concorrência, desenvolver atividade econômica lucrativa.³¹⁴

Segundo Martins-Costa³¹⁵, essa função é determinante para direcionar o intérprete na análise do contrato, considerando o sentido mais coerente para atingir os resultados pretendidos por aquele **contrato** específico, passando pelo exame das condutas das partes e pelas particularidades de cada contrato. Segundo Uriarte a função “[...] evita que o direito seja concebido como uma estrutura neutra ou de mera geometria social, abrindo espaço para

³¹¹ MEIRELES, Edilton. **Funções da boa fé objetiva aplicáveis ao contrato de emprego**. Revista LTr, v. 74, n. 10, São Paulo, out. 2010, p. 1170-1179.

³¹² MARTINS-COSTA, op. cit.

³¹³ MEIRELES, Edilton, op. cit.

³¹⁴ BACARAT, Eduardo Milléo. **A boa fé no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 184.

³¹⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 507/508

uma moralização do sistema jurídico[...].³¹⁶ Para Mota³¹⁷ a ideia de interpretação do contrato a partir da boa-fé está relacionada a amparar a tutela da confiança, através da atribuição de significação às cláusulas contratuais obscuras e àquelas obrigações de observância a condutas que não estão contidas, exclusivamente, na obrigação principal.

5.3.2 Função integradora das normas ou criadora de deveres jurídicos

Essa função deve ser exercida no sentido de preencher as lacunas legais e contratuais com a boa-fé, interpretando os pontos obscuros, fixando o conteúdo das declarações de vontade e tentando solucionar as dificuldades na aplicação prática dos ajustes. Uriarte esclarece que a função integradora serve para incorporar ao negócio jurídico direitos ou deveres “[...] toda vez que a vontade dos contratantes – como no caso do legislador – é incapaz de prever todas as possibilidades que derivam do negócio jurídico”.³¹⁸ Bacarat completa:

Em outras palavras, o princípio da boa-fé objetiva cria na relação contratual, inclusive trabalhista, deveres às partes (empregado e empregador), cuja fonte não é a previsão contratual nem legal. Tais deveres norteiam o entendimento de que a relação obrigacional deve ser enfocada “como um processo complexo, que tem em vista a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes.”³¹⁹

A função decorre do fato de que a partir da contratação surgem deveres principais e acessórios de cooperação e de proteção dos legítimos interesses das partes, que decorre da aplicação da boa-fé, e dentre os quais podem ser citados: a) os deveres de cuidado, providência, proteção e segurança com a pessoa e com o patrimônio da contraparte; b) os deveres de aviso e esclarecimento; c) os deveres de informação; c) os deveres de prestar contas; e) os deveres de lealdade, colaboração e cooperação; e f) os deveres de omissão e sigilo. A criação de obrigações não especificamente estipuladas é possível a partir da totalidade sistêmica do contrato, voltada para o seu adimplemento. É a ideia de negócio jurídico como processo, por isso os deveres acessórios abrangem toda a relação jurídica e seu

³¹⁶ URIARTE, Pedro Irureta. **Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno.** Santiago – Chile. Revista Ius et Praxis, Año 17, n° 2, 2011.

³¹⁷ MOTA, Jorge Maurício. A pós eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³¹⁸ URIARTE, op. cit., p. 144.

³¹⁹ BACARAT, op. cit., p. 218.

desenvolvimento e, às vezes, a fase posterior ao encerramento do negócio.³²⁰ Desta feita, através de sua função integradora, a boa-fé protegerá a confiança geral.

5.3.3 Função de controle ou corretiva

Por fim, a função de controle realizada pela boa-fé, impondo limites às partes e evitando comportamentos abusivos, tem uma finalidade essencialmente corretiva e limitadora de direitos. Segundo Martins-Costa, é a mais ampla e relevante função da boa-fé, pois impede o exercício “[...] desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas.[...]”.³²¹ É uma atuação multifacetada, pois aqui a boa-fé articula-se com outras regras e princípios que denotam os valores da relação contratual, como é o caso do princípio da proteção, no Direito do Trabalho. Tal finalidade, segundo Uriarte poderá se expressar, por exemplo:

[...] no exercício contraditório de um oposição jurídica, no abuso da nulidade por motivos formais, na anulação de atos abusivos, na proibição do poder formativo da resolução se o cumprimento foi substancial, na aplicação da teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*), na proibição de invocar abusivamente a exceção do contrato não cumprido, em acionar judicialmente para exigir algo que o mesmo demandante deve restituir por outro motivo, bem quando, se impede a exigibilidade de um direito se o titular permaneceu inerte por um longo tempo , gerando na outra parte a expectativa legítima de que o mesmo não seria exercido (o atraso desleal do Direito alemão), entre outras alternativas”.³²²

Como exemplos de medidas corretivas, muitas são as classificações propostas, além da esposada por Uriarte acima, desta feita, propõe-se como modelo às que são citadas pela maioria da doutrina:

- a) *Venire contra factum proprium* – expressa uma ideia de contradição entre a conduta que se propõe analisar e as anteriormente adotadas; não se veda exatamente a contradição da conduta, mas a frustração das expectativas que os atos contraditórios criaram . É medida que tutela a confiança, significa que as partes

³²⁰ MOTA, op. cit.

³²¹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 571.

³²² URIARTE, op. cit., p. 146.

não podem frustrar expectativas criadas pelo seu comportamento anterior, quando ele tenha suscitado a confiança. Exemplo dessa conduta pode ser o perdão tácito de determinada falta do trabalhador, com posterior dispensa por justa causa;

- b) *Supressio* – ocorre quando o não exercício de um direito redundaria na “perda merecida” do mesmo, ou seja, a parte não só deixa de exercer um direito no momento oportuno, mas deixa transcorrer tempo considerável, quedando inerte quanto ao seu exercício, nutrindo, portanto, na parte contrária, a ideia de que não seria mais exercido. Observe-se que esse tempo considerável será avaliado conforme o caso, o tipo de contrato e a conduta, que deixou de ser exercida. Mais uma vez trata-se de proteger a confiança da contraparte, podendo ser citado como exemplo dessa conduta, a transferência ajustada na contratação que nunca se realiza e que, de uma hora para outra, é exigida pelo empregador;
- c) *Tu quoque* – significa, basicamente, que aquele que viola uma norma, de forma reiterada, não pode exigir da outra parte que a cumpra, ou valha-se de sua própria conduta para beneficiar-se de uma condição legal ou contratual; pretende-se, portanto, coibir a conduta abusiva de uma das partes. Ela ocorre, por exemplo, quando o empregador que nunca forneceu ou fornece de forma irregular o EPI – Equipamento de Proteção Individual quer punir o empregado que não o utiliza;
- d) Abuso das nulidades – consiste na minoração das consequências da nulidade sobre o negócio jurídico, impedindo, assim, aquele que conhece a ilegalidade e que se aproveita do contrato deixe de cumprir seu dever, em razão da suposta nulidade. Tal situação permite a interligação de dois princípios, o da primazia da realidade e o da boa-fé. Exemplo clássico é o da contratação irregular de menor, que vem a prestar serviços, mas não recebe a contraprestação sob a alegação de que o contrato seria nulo, por não se observar a capacidade para contratar ou porque menor não estava assistido pelos responsáveis;
- e) Desequilíbrio do exercício jurídico – consiste no exercício de um direito regular fora de seus limites e objetivos, provocando nítida desproporção entre a vantagem obtida por uma das partes e o sacrifício da outra, no Direito do Trabalho, verificasse, por exemplo, na aplicação de pesada punição disciplinar por falta insignificante.

5.4 A BOA FÉ NO DESENVOLVIMENTO DO CONTRATO DE TRABALHO

A boa-fé, como uma cláusula geral, incide sobre todas as fases do contrato e está incorporada ao sistema jurídico. Atua, instrumentalmente, através de valorações na aplicação ao caso concreto; desde as tratativas para a celebração do contrato, as partes devem respeitar os valores jurídicos fundamentais representados pela boa-fé.

Dessa forma, nos ajustes preliminares, quando não existe uma certeza quanto à efetiva contratação, as partes que negociam encontram-se obrigadas por um dever básico de atuar lealmente, pois já existe entre elas uma vinculação jurídica especial que condiciona uma atuação honrada.³²³ Ou seja, na oferta da vaga, nas entrevistas, na exigência de informações, na entrega da documentação e na formalização do contrato, as partes estão obrigadas a observar o dever de prestar informações confiáveis umas às outras, escusado o direito do empregado de mentir quando ao candidato são feitas perguntas embaraçosas e qualquer resposta representar a ofensa ao direito de privacidade do empregado, tal como questões acerca da sua orientação sexual.

Deve observar-se que essa escusa não é absoluta e não pode o empregado deixar de informar, por exemplo, aspectos sobre a sua condição de saúde, que possam interferir na prestação de serviços, ou lhe causar algum dano. Desta feita, a recusa do candidato a responder a todas as indagações que lhe são dirigidas pode representar exercício regular do direito de proteger a sua intimidade e a sua vida privada (CF/88, arts.1º, III e 5º, X) como, também, descumprimento do dever instrumental de informar, decorrente o princípio da boa-fé.³²⁴

Além disso, na fase pré-contratual, o empregador deve abster-se de qualquer conduta discriminatória, sendo-lhe vedado, por exemplo, como decorrência desse dever geral de abstenção, solicitar ao candidato certidão de antecedentes criminais, exceto se tal for uma exigência legal, como ocorre, por exemplo, com os vigilantes, em que a Polícia Federal impõe essa condição para o exercício da função.

³²³ URIARTE, Pedro Irureta. Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. Santiago – Chile. Revista Ius et Praxis, Año 17, nº 2, 2011.

³²⁴ BACARAT, Eduardo Milléo. **A boa fé no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 235.

Quanto aos testes e dinâmicas, que podem ser exigidos do candidato, avaliação desses procedimentos dependerá de cada caso e do potencial discriminatório, devendo estar justificados por razões materiais, prevenindo-se posturas arbitrárias, como a exigência do teste de gravidez para as mulheres, que consiste, claramente, numa prática discriminatória.³²⁵

Como a lei brasileira não dispõe de regras sobre a licitude dos métodos utilizados na seleção de pessoal, busca-se, na legislação estrangeira, subsídios para enfrentar a questão. No caso, a referência à Legislação Francesa pode ser útil³²⁶ para demonstrar que não se deve, desde logo, definir perguntas proibidas e permitidas, assim como o exame de gravidez que, de modo geral, constitui prática discriminatória; contudo, se a função que está sendo oferecida é de auxiliar de radiologia, o exame passa a ser pertinente. Bacarat completa:

(...) o princípio da boa-fé objetiva, como fonte de obrigações, permite ao juiz verificar, dentro das circunstâncias reais, se a pergunta formulada caracteriza, por si só, ato discriminatório, e se a eventual recusa do candidato a respondê-la é legítima, podendo, assim, estabelecer um possível nexo de causalidade entre a pergunta formulada (respondida ou não) e a não contratação do trabalhador, caracterizando o dano.³²⁷

Ainda no que se refere à fase pré-contratual devem as partes guardar sigilo sobre o que tomaram conhecimento, como decorrência lógica do dever de informação e da aplicação da boa-fé.

Por fim, defende-se uma atuação consequente na ruptura das negociações, evitando o abuso da liberdade de não contratar. É evidente que não estão nem empregado nem empregador obrigados a chegar a um acordo e a firmar o contrato de trabalho; contudo, se na fase preparatória incute-se na outra parte a confiança legítima na contratação, levando-a a realizar gastos, ou a deixar de obter outra contratação, para depois frustrar-lhe a expectativa de forma infundada, estão as partes deixando de guardar a lealdade e a boa-fé com a qual devem agir na fase pré-contratual.³²⁸ Assim, o rompimento injustificado das tratativas, quando existentes elementos objetivos que permitem acreditar na celebração efetiva do

³²⁵ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa fé no contrato de emprego**. São Paulo, LTr, 1996.

³²⁶ Art. L. 121-6 Código de Trabalho Francês

" As informações solicitadas sob qualquer forma, o candidato a emprego ou um empregado não pode ter isso como um objetivo para avaliar a sua capacidade para desempenhar as habilidades de trabalho ou de emprego. Esta informação deve ter uma relação direta e necessária com o trabalho oferecido ou a avaliação de competências profissionais. O candidato a emprego ou trabalhador é obrigado a responder de boa-fé . "

³²⁷ BACARAT, op. cit., p. 227

³²⁸ Ibidem, p. 239.

contrato, é caso de comportamento contraditório venire contra factum proprium, quando a boa-fé assume a função de coibir direitos subjetivos, como se verá na sequência do trabalho.

Já no desenvolvimento do contrato, uma das finalidades do princípio é moldar o exercício dos direitos subjetivos, nivelando os interesses de cada parte, são exigências desejáveis tanto do empregador, como do empregado. Nesse aspecto, a exigência da boa-fé não admite graus; dependendo da parte ou da situação, ambas as partes encontram-se obrigadas por um dever genérico, recíproco, de adequar suas condutas aos postulados da boa-fé.³²⁹

Na execução do contrato de trabalho, espera-se das partes comportamentos concludentes, evitando criar falsas expectativas na contraparte, ou seja, a sua atuação deve estar em conformidade com aquilo que razoavelmente espera-se, sendo vedado às partes causar prejuízos à outra em razão de falsas expectativas, comportamentos duvidosos ou fraudulentos. No desenvolvimento do contrato de trabalho, além da obrigação de prestação do trabalho e pagamento do salário, a boa-fé faz com que surjam obrigações acessórias.

No caso do empregado, na obrigação de prestar serviços, deve-se entender que o empregado obrigou-se a todo e qualquer serviço compatível com as suas condições e que não pode recusar o cumprimento do que lhe for exigido de modo adequado e lícito. A boa-fé fornecerá às partes os limites de uma e de outra conduta baseadas na lealdade e na confiança. Além disso, no cumprimento de suas obrigações, o empregado deve ser diligente, podendo o empregador exigir-lhe um rendimento adequado e razoável, além de zelar pelo patrimônio da empresa, optando sempre pela execução da atividade pelo modo mais econômico e produtivo para o empregador, evitando, por exemplo, desperdício de matéria prima, gastos desnecessários de energia, uso incorreto de equipamento de proteção, que causem a sua fácil deteriorização, dentre outras condutas.

Além dessas condutas genéricas, Uriarte enumera outras legitimamente esperadas do empregado, como: a) dever de cooperação - é uma atitude que se encontra na essência das obrigações contratuais e evidencia o compromisso de lealdade com o que foi ajustado, ou seja, o trabalhador colabora quando executa a atividade de acordo com as expectativas, que se tem criado no empregador em razão de sua habilidade e experiência profissional; b) dever de confiança - consistente no fato de que todos os trabalhadores têm o dever básico de probidade

³²⁹ URIARTE, op. cit.

e correção, no qual se funda a fidúcia neles depositada. Cabe destacar que existe um grupo de trabalhadores, que se vincula com o empregador em condições especiais de confiança, cargos de gestão, por exemplo, nos quais o empregado tem um dever de boa-fé maior do que a média, em razão da posição que ocupa no interior da organização.³³⁰

O empregador, por sua vez, deve exercer adequadamente seus poderes empresariais dentro das margens contratuais e observar o princípio da boa-fé, conectando seu direito de dirigir a prestação laboral a critérios de razoabilidade, proporcionalidade, justificação, imparcialidade e paridade de tratamento, de forma que tais atributos não sejam utilizados como desculpa para as arbitrariedades e as iniquidades.

Além de tais obrigações, são-lhe atribuídas outras que Uriarte descreve como: a) dever de proteção - é uma obrigação de cuidado, que, na relação laboral, tem relevo especial dada a pessoalidade com a que a prestação é executada, pesando sobre o empregador não só o dever de tomar medidas de segurança necessárias para proteger a vida e a saúde de seus trabalhadores, mas de fazê-lo eficazmente, devendo tomar todas as providências para evitar que o trabalhador seja exposto a situações que afetem a sua integridade tanto física como psicológica; b) dever de ocupação efetiva - é um obrigação vinculada à boa-fé e consiste na obrigação do empregador de oferecer ao empregado uma ocupação efetiva, ou seja, tem o trabalhador direito ao trabalho, que, de modo geral, não lhe pode ser negado, sob pena de afrontar a sua dignidade, lembrando-se que o trabalho está intimamente ligado à realização pessoal do ser humano, ao reconhecimento e ao sentimento de pertencimento na sociedade, que decorrem da sua contribuição para o bem comum.; c) dever de informar - tal dever está intimamente relacionado à boa-fé e é indispensável em toda relação laboral, impondo a transparência e o fornecimento de toda a informação necessária para o desenvolvimentos do contrato de modo continuado; d) dever de formação - consiste em permitir e estimular que o trabalhador exerça direitos de formação, proporcionando, por exemplo, a adaptação do mesmo ao posto de trabalho, com o objetivo de que ele execute a sua atividade de forma idônea.³³¹

Desdobramento da aplicação da boa-fé ao contrato de trabalho ainda é a sua amplitude no sentido de vedar qualquer ingerência do empregador na vida pessoal do

³³⁰ URIARTE, Pedro Irureta. Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. Santiago – Chile. Revista Ius et Praxis, Año 17, n° 2, 2011, p. 160.

³³¹ Ibidem, op. cit., p. 165.

empregado, que é livre para conduzir e dispor de sua vida da forma que bem entender. Admite-se, entretanto, excepcionar tal regra quando a conduta do trabalhador, fora da empresa, pode prejudicar os interesses organizacionais, o que autoriza o empregador a exigir determinado comportamento na vida privada do trabalhador, como é o caso de certos atletas de alto rendimento, que devem abster-se de práticas consideradas prejudiciais ao seu desempenho.

Ainda no que se refere à boa-fé na execução do contrato, não se pode olvidar das regras de proteção e de segurança da saúde do trabalhador. O tema é extenso e foge à estreita discussão deste trabalho, mas, em que pesem serem tais obrigações decorrentes de imperativos legais, elas revelam uma humanização das relações de trabalho perfeitamente compatíveis com o dever de boa-fé. O dever de criar um meio ambiente seguro de trabalho é do empregador, mas também o é de todos os que participam da cadeia produtiva, trabalhadores, fornecedores, tomadores de serviços.

Na fase de encerramento do trabalho a boa-fé, mais uma vez, deve pautar o comportamento das partes, através dos deveres de informação, de sigilo, de não discriminação, de condução adequada dos procedimentos de rescisão do contrato, pautados pelo respeito à dignidade humana e, como vistas, a viabilização da pronta reintegração do empregado a novos postos de trabalho. Nesse sentido Araújo esclarece:

O mínimo que se pode exigir do empregador é que aja de boa-fé no sentido de garantir o integral pagamento das parcelas resilitórias, já que foi impossível manter o emprego. Mais uma vez reafirma-se que a boa-fé, num caso, não significa estado de consciência do indivíduo, mas norma de conduta de lealdade no cumprimento das obrigações, de modo a garantir o total adimplemento das parcelas devidas.³³²

Extinto o vínculo entre as partes, permanecem as mesmas com o dever de agir com boa-fé e lealdade mutuamente, pois o decurso do prazo não afasta tais deveres, assim, permanece a empresa, por exemplo, obrigada a guardar sigilo sobre as informações pessoais do trabalhador, e o trabalhador, a manter os segredos industriais e comerciais que lhe foram confiados em condição de sigilo.

Como viu, espera-se que as partes sejam leais umas com as outras, sendo a lealdade um dos desdobramentos mais importantes da boa-fé no Direito do Trabalho e pode,

³³² ARAÚJO, Francisco Rossal. **A boa-fé no término do contrato de emprego: o pagamento das verbas rescisórias – resilitórias**. Revista Justiça do Trabalho nº 185, p. 91.

atualmente, ser traduzida na tutela da confiança. A boa-fé e a confiança não se sobrepõem, uma complementa a outra; a confiança é a tutela da expectativa, por isso a confiança não se acha sobreposta à boa-fé, mas entrelaçada a ela, numa relação de complementariedade e não de exclusão, as duas têm um sentido de unidade.³³³

Martins-Costa esclarece que há uma relação intensa entre a boa-fé e a confiança, ambas têm sua gênese na fides, mas distinguem-se porque a confiança tem o objetivo primeiro de tutelar a expectativa de uma parte com relação ao comportamento da outra, ao passo que a boa-fé tem por fim precípua o direcionamento de comportamentos, acrescentando ao papel negativo, não violar as expectativas, o papel ativo ou dinâmico de coordenação da interação social, ou seja, colaborar para que o objetivo contratual seja atingido.³³⁴

Portanto, a boa-fé é regra de conduta, ao passo que a confiança revela-se por meio de atitudes, mas não tem o ingrediente de cooperar com o outro em benefício dele como ocorre na boa-fé. Confiar é entregar-se e esperar que a situação concretize-se em seu próprio benefício. O solidarismo genuíno está na boa-fé e não na confiança, de acordo com Lisboa “[...] o confiante espera ou atua por se sentir seguro. O fiel age por autodeterminação para que o outro se sinta seguro.”³³⁵ A boa-fé não se tutela, se presume-se e espera-se, o que se tutela é a pessoa, que tem a expectativa legítima que o outro agirá de boa-fé, porque depositou nele sua confiança. Logo, as expectativas são geradas a partir de condutas de quem deverá futuramente agir para satisfazer os interesses do outro.³³⁶

Por fim, uma conduta de confiança de uma parte na outra, que se traduz na expectativa mútua de que uma parte não vai explorar a vulnerabilidade da outra implica tanto a ideia da cooperação, como a da solidariedade e, segundo Macedo Júnior, os estudos atuais revelam que a confiança é o elemento produtivo mais importante dentro da estrutura de produção pós-fordista.³³⁷

Os exemplos acima não esgotam todas as possibilidades de aplicação do princípio da boa-fé, mas demonstram a sua relevância para o contrato de trabalho. Ao agir de boa-fé, os contratantes reforçam os laços que os ligam, pois confiar que a contraparte agirá de modo leal proporciona a sensação de segurança e favorece a colaboração. Martins-Costa afirma que o”

³³³ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo, Atlas, 2012.

³³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 236.

³³⁵ LISBOA, op. cit., p.150

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 183.

[...] dever de cooperação é tradicionalmente conotado ao princípio da boa-fé. Trata-se de uma cooperação qualificada pela finalidade, que é alcançar o adimplemento satisfatório, desatando-se o vínculo com a obtenção das utilidades buscadas pelo contrato”.³³⁸ Alerta a autora que não se trata de uma “cooperação sentimental” e sim de um dever orientado ao adimplemento satisfatório da obrigação, à realização da totalidade dos interesses envolvidos. No caso da relação de trabalho, essa totalidade de interesses deve ter em vista a complexidade da relação.

Salomão Filho³³⁹ completa, afirmando que as partes tendem a se comportar de forma cooperativa e não conflitual quando estão em pequenos grupos, que têm informação ampla e mantêm uma relação continuada, como é o caso da relação de trabalho e, nessas circunstâncias, apresentam a capacidade de transformar a empresa na célula propulsora de desenvolvimento que dela espera-se.

Aspecto que merece destaque quanto à incidência da boa-fé sobre as relações laborais é o fato de que a sua atuação é destacada nas obrigações acessórias da relação de emprego, nas quais atua como criadora de direitos, suprimindo lacunas e resolvendo questões que aparecerão, ao longo do contrato, dada a extensão da relação no tempo e no espaço, demandando novas soluções jurídicas. Atuará também, vedando comportamentos incoerentes ou desleais que não estão intimamente ligados às prestações principais, mas que podem aparecer em razão do caráter sucessivo e duradouro que modifica o conteúdo do contrato.

Pode-se dizer, portanto, que a boa-fé age com frequência e de forma mais importante sobre a área que Ramalho³⁴⁰ chamou zona laboral, ou binômio subjetivo, na qual se relacionam a posição de subordinação do trabalhador e os poderes de mando do empregador e se destacam, portanto, a personalidade do trabalhador e o elemento organizacional do vínculo.

Ramalho³⁴¹ chamou de zona laboral, ou binômio subjetivo, na qual se relacionam a posição de subordinação do trabalhador e os poderes de mando do empregador e destacam-se, portanto, a personalidade do trabalhador e o elemento organizacional do vínculo.

Ramalho explica que se o contrato de trabalho estivesse limitado apenas ao que chama de zona obrigacional ou binômio objetivo trabalho x remuneração, seria um contrato como qualquer outro, no qual existe uma atividade de trabalho livre e remunerada voltada à

³³⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., o. 216

³³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 2006.

³⁴⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 425.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 468/470.

satisfação de interesses alheios, contudo, tal binômio não esgota o vínculo laboral. É na zona laboral que se concentra a riqueza e a complexidade do contrato de trabalho, é onde surgem alterações nas obrigações laborais, onde se criam novos direitos, é onde a atividade do empregado completa-se com a ideia de disponibilidade, e onde surgem deveres atinentes à disciplina da organização, assim como as obrigações do empregador completam-se pela obrigação de remuneração ampla e deveres acessórios para tutela de interesses pessoais e familiares do empregado, campo amplo para a incidência da boa-fé.

Outra contribuição importante da boa-fé para a relação de trabalho é o dever de informação e transparência, pois quanto mais informações os sujeitos receberem sobre como o contrato desenvolver-se-á e o que poderão esperar da relação, mais segurança haverá. Barzotto sintetiza, afirmando que a confiança recíproca e a comunicação, que deve estar presente na formação do contrato, na sua adaptação e no momento da rescisão, são condições indispensáveis para que a relação de emprego seja possível ao longo do tempo.³⁴²

Não se trata de “vestir lentes cor de rosa”, pois não se pretende a eliminação ou a negação do conflito inerente às relações de trabalho, mas descortinar outras possibilidades como, por exemplo, a adoção vigorosa da boa-fé nas ações judiciais. Muitos dirão que pouco efeito terá a utilização do princípio da boa-fé no momento em que a relação degenerou-se, transformou-se em puro conflito e já não há entre as partes nenhum traço de cooperação, todavia, o potencial pedagógico da decisão judicial pode ter resultado sobre a conduta das partes, seja desencorajando lides temerárias, seja desestimulando práticas empresárias desleais.

Paralelamente, sempre haverá a possibilidade de ensinar aos futuros professores, juízes e advogados que a relação de trabalho está muito além de um contrato bilateral, comutativo, sinalagmático, oneroso, de trato sucessivo e *intuiti personae*. Ela também pode ser existencial, relacional e fraterna e, dessa forma, dar sentido à ideia de comunidade. É o que se estudará no próximo capítulo.

³⁴²BARZOTTO, Luciane Cardoso. **O contrato de trabalho como contrato relacional**. Revista Justiça do Trabalho, n. 375, ano 383. Porto Alegre: HS Editora, 2015, 76/91.

6 O CONTRATO DE TRABALHO SOB A PERSPECTIVA EXISTENCIAL, RELACIONAL E FRATERNA

Com base nas características do contrato de trabalho, o negócio jurídico é usualmente classificado pela doutrina como um contrato de Direito privado, bilateral, sinalagmático, de execução continuada, consensual e oneroso.

A classificação dos contratos é o resultado da verificação de suas qualidades reproduzidas conceitualmente, apontando as suas especificidades. Ocorre que, de modo geral, as classificações têm obedecido a diferentes pontos de vista doutrinários e atendido a um critério de diferenciação, baseado na natureza da relação, na qualidade das partes, no número de contratantes e na finalidade do negócio, tendo em vista sempre a utilidade funcional, de acordo suas similitudes e diferenças.³⁴³

Segundo Negreiros, as classificações tradicionais dos negócios jurídicos não levam em conta a natureza da prestação contratada, não se ocupam da maior ou menor utilidade existencial, por isso a autora entende que os contratos devem ser classificados de acordo com a natureza do bem a ser protegido.

Tomado o direito contratual como um instrumento a serviço da pessoa e de sua dignidade, também nesse campo os esquemas classificatórios - a determinarem a diversificação dos respectivos regimes jurídicos - deverão refletir a primazia dos interesses sociais sobre os interesses patrimoniais. Ora não há como esta hierarquia ter eficácia se os contratos não forem diferenciados correspondentemente. É nesse sentido que, à semelhança do que propõe Raiser em relação aos níveis de publicismo e de privatismo das relações de Direito Civil em geral, as relações contratuais parece-nos, devem ser escalonadas em níveis diversos, de maior ou menor intervenção, conforme o grau de utilidade existencial atribuído ao bem contratado.
344

O contrato de trabalho encontra-se dentro de um grupo restrito de contratos que tem longa duração e que assume um papel preponderante na vida do homem, porque define grande parte das escolhas das pessoas, logo, não pode ser tratado como um contrato qualquer.³⁴⁵ Por

³⁴³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

³⁴⁴ NEGREIROS, Thereza. **Teoria do contrato**: novas paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³⁴⁵ FERNANDES, Antônio Monteiro. Um direito do trabalho sobrevivente. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Antônio Motta Veiga**. Coimbra: Almedina, 2007.

essas razões, tem merecido do legislador distinção e proteção através dos princípios que orientaram a sua criação, contudo, a classificação clássica do contrato de trabalho, de direito privado, comutativo, sinalagmático, bilateral e oneroso, ignora aspectos importantes da relação jurídica e não dá conta da sua singularidade e da sua complexidade interna, que conjuga um componente obrigacional, trabalho x remuneração, com a pessoalidade, os interesses da empresa e a essência dominial do vínculo, e o fato de que interesses tão distintos equilibram-se dentro da relação, como os interesses de gestão do empregador e os interesses extra e contratuais do empregado.³⁴⁶ Os contratos de trabalho se inserem na restrita lista dos negócios jurídicos que não tem função social, pois são eles mesmos a função social³⁴⁷.

Por fim, a pertinência da classificação do negócio jurídico a partir do interesse da prestação para a sociedade e do paradigma da essencialidade coloca sob proteção especial contratos que não recebem hoje a tutela do Direito do Trabalho, porque não se verifica uma relação de emprego formal com a presença de todos os elementos fáticos-jurídicos, mas existe a dependência econômica, e o contrato consiste, em muitos casos, na única fonte de renda de um dos contratantes, verificando-se autêntico contrato existencial, como se verá a seguir.

O que se propõe é destacar as características do contrato de trabalho que viabilizariam a concepção comunitária da relação tais como a sua essencialidade, a necessária cooperação, que as partes devem manter em uma relação de prestação continuada que se desenvolve a longo prazo e a desejável fraternidade entre elas que apareceria com duplo sentido: favorecer e ser favorecida por uma relação comunitária, humanizando a relação de trabalho.

Ocorre que não existe consenso na doutrina acerca de tais categorias, porque não compõem a classificação clássica do Direito Contratual, geralmente adotada, considerando conteúdo, forma, sujeitos, tempo e previsão legal. O fato de já existirem categorias bem delimitadas não impede que novas classificações sejam sugeridas com base em características que venham sendo observadas ao longo do tempo e que permitam determinar que o contrato adquiriu outras nuances, abandonou elementos e características que, antes eram insignificantes, passaram a ser expressivas. Enfim, a classificação deve ser dinâmica e ajustável, por isso, entende-se possível, ao ser verificado, que as características acima mencionadas encontram-se presentes na grande maioria dos contratos e estão agregadas à classificação do contrato de trabalho.

³⁴⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 496.

³⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Ciccio. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 97.

Todavia, deve-se registrar que pairam dúvidas quanto natureza contratual dos contratos existências que já foram ordenados como atos-fatos³⁴⁸ e, recentemente, como contratos sociais. Pairam sombras, também, sobre os contratos relacionais, cujas construções doutrinárias, no Brasil, datam da década de oitenta e noventa e aos quais muitos doutrinadores negam a natureza jurídica contratual. Martins-Costa, por exemplo, refuta a ideia de que os contratos relacionais sejam um tipo ou categoria contratual, aduzindo o que segue:

A relacionalidade não configura, porém, um tipo ou uma categoria contratual, mas uma característica (ou agrupamento de características) que, em diversas escalas ou graus está presente em qualquer contrato. Há, em qualquer contrato, uma dimensão constitutivamente relacional, no sentido de “intensa contextualização na rica e complexa tessitura das relações sociais em que os contraentes se encontram imersos”³⁴⁹.

Quanto a fraternidade, como se verá a seguir, não se pretende estudá-la como categoria jurídica, mesmo porque não existe unanimidade quanto esse fato, sendo ora estudada como um princípio, ora como um valor norteador do sistema jurídico³⁵⁰, ora como um dever ético. O que esse trabalho pretende é discutir a fraternidade como elemento indispensável à configuração de uma relação de trabalho comunitária ou, como aspecto resultante de tal concepção.

6.1 CONTRATOS EXISTENCIAIS

Os “contratos para a existência”, que definem relações sociais de longa duração, são aqueles cujo objetivo é satisfazer as necessidades essenciais do ser humano, de bens, de serviços e de rendimentos, pois deles dependem a realização e a inserção das pessoas na vida em sociedade.

³⁴⁸ “A teoria das relações contratuais fáticas argumenta que o campo do tráfico em massa não oferece os pressupostos para a incidência daqueles princípios, de sorte que não se poderia ver nas relações jurídicas de prestações existenciais, contrato”. (BECKER, Verena Nygaard. **A Categoria Jurídica dos Atos Existenciais: transformação da Concepção Clássica de Negócio Jurídico**. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre. Ano VII/VIII – 1973/1974, p. 21)

³⁴⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 368.

³⁵⁰ “Assim, mesmo que geralmente reconhecida pelo seu viés cristão, filosófico ou político, e apesar de não constar de uma lei que possa ser coercitivamente imposta, a fraternidade influencia a dimensão normativa e institucional do direito”. NICKNICH, Mônica. A Fraternidade como valor orientativo dos novos direitos na pós-modernidade. *In: Direito e Fraternidade*. Org. Veronese, Joseane Rose Petry [et. al.] Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 55

Becker, em 1973, publicou artigo sobre a classificação dos atos existenciais, expressão que, segundo ela, teria sido introduzida no Direito Brasileiro pelo Prof. Clóvis de Couto e Silva, baseada na discussão presente na doutrina alemã sobre a validade jurídica de tais negócios jurídicos, apresentando a seguinte definição:

[...] compreende-se uma grande variedade de atos que diferem entre si, mas que tem em comum a característica de todos visarem atender às necessidades básicas do indivíduo, tais como vestuário, alimentação, transporte, água, energia elétrica, etc. Tendo como finalidade satisfazer necessidades vitais da existência humana, são atos cuja prática se impõe a todos os indivíduos. Trata-se naturalmente de um conceito essencialmente variável no tempo e no espaço, pois o que se considera necessidade vital varia de uma sociedade para outra, dependendo do tipo de cultura e do grau de evolução de um povo.³⁵¹

O conceito de ato existencial acima transcrito não difere muito do que, atualmente, chama-se de contrato relacional, contudo, é preciso deixar claro que os atos existenciais referem-se a situações em que manifestação de vontade é praticamente nula, por isso já integraram a categoria dos atos-fatos. Não é o caso dos contratos relacionais, como o do contrato de trabalho, que é negócio jurídico no qual a vontade manifesta-se de forma inequívoca, aproximando-se dos atos-fatos relacionais apenas quanto à assimetria da relação que exige da parte que detém maior poder comportamento de absoluta boa-fé. A propósito Martins-Costa afirma, que nesses casos a boa-fé [...] atuará mais fortemente no controle do conteúdo do contrato. Em outros campos (como o das relações negociais paritárias), a boa-fé incidirá como norma de lealdade, pois maior terá sido o espaço para auto regulamentação dos próprios interesses”.³⁵²

Assim, nos negócios privados existenciais, a dignidade da pessoa humana deve ser o valor superior para a interpretação, integração e construção dos contratos, e a situação de um dos contratantes, consumidor, trabalhador, inquilino, deve ser ponderada em face do princípio da dignidade humana, atenuando a visão utilitarista do empreendimento.³⁵³

O Prof. Antônio Junqueira de Azevedo ao atualizar a obra de Orlando Gomes³⁵⁴ propôs uma nova classificação para os contratos que, de acordo com ele, representaria a

³⁵¹ BECKER. Verena Nygaard. A Categoria Jurídica dos Atos Existenciais: transformação da Concepção Clássica de Negócio Jurídico. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre. Ano VII/VIII – 1973/1974, p. 15

³⁵² MARTINS-COSTA. Judith. 2015, p. 251/252.

³⁵³ MARTINS, Fernando Rodrigues; PACHECO, Keila Ferreira. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada. Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. In: **Revista de Direito do Consumidor**. v. 79, p. 265. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2011.

³⁵⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

verdadeira dicotomia contratual do Século XXI: a distinção entre contratos existenciais ou não empresariais e contratos empresariais. Os primeiros dizem respeito à subsistência da pessoa humana, dentre eles estaria o contrato de trabalho, ao lado de todos os contratos de consumo, de locação e de compra da casa própria, por exemplo.

Os sujeitos desses contratos são de um lado um ente desumanizado,³⁵⁵ empresa, operadora, empregador e de outro uma pessoa natural. O objeto contratual experimenta um “salto qualitativo”, pois a obrigação de dar, ou fazer, embora tenha cunho patrimonial, dá espaço para a proteção da pessoa, sendo exigível nas hipóteses de “[...] preservação da vida do vulnerável, integralidade do usuário ou preservação do mínimo existencial”.³⁵⁶

Embora na obra de Orlando Gomes o tema tenha sido tratado de forma sucinta, em entrevista concedida a Revista Trimestral de Direito Civil³⁵⁷, citada por Aguiar Junior³⁵⁸, o Prof. Antônio Junqueira de Azevedo complementa a teoria, afirmando que os contratos existenciais têm como objetivo o respeito e a preservação da vida, da integridade física, da saúde e da habitação, de modo que qualquer cláusula contratual que afronte contra um desses valores deve ser revista, desconsiderada. Assim, o objeto dos contratos existenciais seria um bem indispensável à pessoa, às suas necessidades e, portanto, merecedor da mesma proteção constitucional que se dispensa a ela, a pessoa, como a preservação da sua dignidade.

Pinto considera que a prestação, nos contratos existenciais, personaliza-se, humaniza-se, pois o objetivo do Direito é a tutela da personalidade do indivíduo.³⁵⁹ São prestações com alto conteúdo ético e moral, cujos objetivos são o atendimento à saúde, à manutenção da vida, ao salvamento em situações extremas, à moradia, à propriedade imobiliária como bem de família, à educação, ao trabalho, ao transporte, à energia elétrica, aos meios de comunicação e a provedores virtuais, dentre outros.³⁶⁰ Aguiar Júnior, por sua vez, refere-se à saúde, à moradia, à alimentação, ao vestuário, entre outros, e discorda que dentre os contratos

³⁵⁵ Fernando Rodrigues Martins se refere a tal parte do contrato como o “predisponente”, expressão que, segundo ele, adequar-se-ia melhor aos contratos de adesão e ao contrato de trabalho. Como se viu nas páginas 43/44 desse trabalho, na relação laboral não existe propriamente um proponente, pois as cláusulas não são impostas por manifestação unilateral do empregador, e sim pela manifestação do dirigismo estatal.

³⁵⁶ MARTINS, op. cit., p. 283

³⁵⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. In: Revista Trimestral de Direito Civil. v. 9, n. 34, p. 304-305. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008.

³⁵⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011, p. 91.

³⁵⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Almedina, 1992.

³⁶⁰ MARTINS, op. cit..

existenciais estariam todos os de consumo, pois muitos bens consumidos são supérfluos e desnecessários.³⁶¹

Tais exemplos revelam que a essencialidade de determinado bem ou negócio jurídico será bastante variável e dependerá do tempo e do local onde está inserido o sujeito. Falar na essencialidade dos meios de comunicação, há 50 anos atrás, seria completamente despropositado, ao passo que, nos dias atuais, podem ser considerados uma necessidade vital em determinada sociedade. A indispensabilidade ou essencialidade desse bem precisa ser definida pelo operador do Direito, quando a lei não o faz, todavia, fixar um critério para determinar a essencialidade do bem a ser protegido não é tarefa fácil, tendo em vista a subjetividade que envolve a escala de valores de cada sujeito, o que culturalmente determinada sociedade reconhece como importante e as mudanças históricas que também podem alterar esses parâmetros.

Negreiros sugere um critério classificatório para que os bens sejam divididos entre essenciais, úteis e supérfluos, determinando que as necessidades humanas estejam garantidas entre aqueles considerados essenciais. É à luz de tal entendimento, que a autora denomina de paradigma da essencialidade, que a utilidade do bem contratado passa a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais. A fim de ilustrar tais dificuldades, Negreiros cita Adam Smith que, no célebre *A Riqueza das Nações*, relaciona a noção de necessidade ao que dita a sociedade em cada época “[...] Por artigos de necessidade entendo, pois, não somente as coisas que por natureza são necessárias para a camada mais baixa da população, mas também as que o são em virtude de leis decorrentes da decência”.³⁶²

Negreiros³⁶³ afirma que a Constituição deve oferecer os parâmetros quanto a essencialidade de determinado bem, o que poderia ser medido pelo rol dos Direitos Fundamentais, previstos no art. 5º, da CR/88, por exemplo. Completa afirmando que a ordem contratual contemporânea, embora sensível à disparidade de poder negocial entre os sujeitos do negócio jurídico ao compensar tal aspecto pela especial proteção à parte vulnerável da relação, precisa orientar-se no sentido de reavaliar suas categorias e conceitos para que se tornem mais aptos a concretizar os valores constitucionais.

A instituição do salário mínimo é um exemplo, segundo Negreiros, do compromisso da Constituição com a satisfação das necessidades humanas fundamentais; é o

³⁶¹ AGUIAR JÚNIOR, op. cit.

³⁶² NEGREIROS, Thereza. **Teoria do contrato: novas paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002., p. 388.

³⁶³ Ibidem, p. 388.

reconhecimento de que, dentre as inúmeras necessidades humanas, existem aquelas que são fundamentais, primárias, essenciais a uma vida digna, tais como moradia, alimentação, saúde, previdência social, dentre outras. Ao fixar o salário mínimo, o Estado intervém diretamente nas relações privadas estabelecidas entre empregados e empregadores para garantir que o primeiro receba um mínimo tolerável para suprir as suas necessidades básicas, impedindo assim que o nível de remuneração salarial caia abaixo desse limite, vigorando, acima do mínimo legal, a plena competição e a total liberdade de negociação para as partes.

Não há dúvida de que os contratos de trabalho estão inseridos dentre os contratos existenciais, não só porque consistem no meio de subsistência da maioria da população, mas porque estão no centro da vida do homem. A relevância que o trabalho assume na vida das pessoas confere-lhe características bastante particulares e eleva-o ao mesmo grau de importância que os contratos de habitação, planos de saúde e de previdência privada, por exemplo, justificando, portanto, o tratamento diferenciado que recebe da lei.³⁶⁴

Segundo Baracat,³⁶⁵ os atos existenciais, que se referem ao suprimento das necessidades básicas dos indivíduos na sociedade, embasam a formação do contrato de trabalho na medida em que a necessidade, no caso do contrato de trabalho, é bilateral. O empregado precisa do salário para prover a própria subsistência e a de sua família, e o empregador precisa da força do trabalho a fim de conservar sua atividade produtiva.

Assim, pode afirmar-se que a essencialidade da relação laboral atinge as duas partes. Do lado do trabalhador, é inegável o interesse na relação e na sua estabilidade, pois, segundo Monteiro Fernandes, o contrato de trabalho atribui uma situação econômica e social ao trabalhador não apenas dentro da organização laboral, mas com reflexos no seu círculo familiar e social e “[...] a cessação do contrato significará a destruição de um “quadro de vida” – a quebra de um processo contínuo de angariação de meios de subsistência, o apagamento de perspectivas de “carreira”, de uma crise de “segurança”, em suma”³⁶⁶. Do lado do empregador o interesse na manutenção do vínculo fica evidente seja porque a adaptabilidade ao trabalho representa custo significativo, seja porque precisa contar com a mão de obra para produção. O autor conclui que se é verdade que o empregador tem vantagem em ajustar a duração da jornada à necessidade efetiva de trabalho, também é exato que a participação contínua do trabalhador no processo de realização de escopos alheios gera a sua progressiva

³⁶⁴ FERNANDES, Antônio Monteiro. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 24.

³⁶⁵ BACARAT, Eduardo Milléo. **A boa fé no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

³⁶⁶ FERNANDES, op. cit., p. 151.

identificação com esses objetivos e ele desenvolve assim as suas aptidões específicas, “[...] reforçando e cimentando o complexo dos atos volitivos de apego e de fidelidade à empresa, e atenuando a subordinação”.³⁶⁷

Nesse contexto, não há dúvida que os contratos existenciais necessitam de ampla cooperação entre as partes, que têm interesses na manutenção duradoura do vínculo. Contudo, para o trabalhador que conta, apenas com a sua força de trabalho para sobreviver essa relação é quase vital, por isso, mais do que exigir uma boa-fé alargada da parte que detém mais poder na relação. Deve atuar o princípio da proteção, que, conforme ficou assentado no capítulo anterior, interage como princípio da boa-fé, mas tem acedência sobre ele nas relações laborais.

6.1.1 Princípios para elaboração, execução e interpretação dos contratos relacionais

Dentro de uma concepção humanitarista das relações privadas, os contratos existenciais têm sido objeto de estudos desde 2005, pelo EuSoCo – European Social Contract,³⁶⁸ que, dentre outras iniciativas estabeleceu princípios que devem orientar a elaboração, a execução e a interpretação de tais contratos³⁶⁹. São os seguintes:

- a) dimensão humana – o conteúdo dos contratos existenciais são as situações concretas da vida das pessoas, e o Direito deve controlar o poder que se exerce nessas relações, a fim de permitir o desenvolvimento pleno dos envolvidos. A cooperação entre as partes deve ser contínua e regulada como elemento central da relação e não como mais um aspecto para sua formação. A concepção da dimensão humana do contrato está em perfeita consonância com a teoria geral dos contratos na pós-modernidade, que advoga a desmaterialização do contrato e a sua repersonalização é o que também espera-se do contrato de trabalho especialmente porque não é possível separar a pessoa do trabalhador da prestação;

³⁶⁷ Ibidem, p. 151.

³⁶⁸ The EuSoCo Group was formed in 2005 to promote the social aspects of Member State national law for consumers. It is an expert group set up as an initiative from within the European Coalition for Responsible Credit. Information on the work of the Group is available from the working blog: http://eusoco.com.<http://eusoco.eu/wp-content/uploads/2011/04/eusoco_declaration_hamburg2010_es.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2015

³⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima; MADALENA, Juliano (Trad.). Princípios dos contratos sociais de longa duração: Contratos para a existência: contratos de trabalho, de locação e de crédito ao consumidor (European Social Contract – EuSoCo). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 98, mar./abr. 2015.

- b) relações de longa duração - a confiança mútua deve ser protegida durante toda a duração da relação, e os efeitos de eventuais rupturas antecipadas, admitidas apenas em circunstâncias excepcionais quando a continuidade do vínculo afeta negativamente a liberdade e a autonomia das pessoas, não podem retroagir, produzindo efeitos apenas para o futuro. As relações de trabalho são, ou deveriam ser, duradoras, aspecto que será abordado no próximo tópico e que é indispensável à estabilidade social, porque tanto a empresa como o empregado precisam estabelecer perspectivas a médio e longo prazo; além disso, a continuidade e a persistência da relação cria um ambiente de colaboração entre as partes;
- c) conexão com outros contratos – as relações externas devem ser consideradas para a solução de eventual litígio. Esse é um aspecto que pode ser analisado sob a ótica da função social do contrato, que advoga estar o negócio conectado com a sociedade e, portanto, é uma relação que, em determinadas circunstâncias, é capaz de produzir efeitos para quem não contratou diretamente. Dentro da empresa, esse feixe de negócios pode ser percebido pelo grande número de relações, que o empresário estabelece no interesse da organização, e especialmente pela nova dinâmica dos contratos de trabalho, em que se entrelaçam contatos de trabalhadores terceirizados, com temporários, com trabalhadores efetivos, com clientes e fornecedores, tendo esse paralelismo entre várias relações, especial importância em situações de equiparação salarial, por exemplo;
- d) atenção à situação do co-contratante – as condições materiais, sociais e psicológicas do co-contratante devem ser consideradas para proteger a parte mais frágil da relação, garantindo um nível de proteção adequado ao objeto contratual, a sua duração e à importância na vida dos envolvidos. O dever de reconhecer a importância dos interesses da outra parte e suas particularidades foi amplamente abordado quando se tratou do dever de boa-fé e da confiança nas relações de trabalho, indispensáveis para se cumprir a função social do contrato. Como se verá a seguir, é nesse princípio que se funda a possibilidade de se estabelecer uma relação fraterna;
- e) cláusula de utilidade - os fornecedores de bens e serviços e os que proporcionam acesso a uma fonte de renda devem abster-se de atuações que possam comprometer a dimensão social dos contratos para a existência ou para a utilidade das prestações contratuais. Tal aspecto parece dos mais relevantes na relação de trabalho, seja no dever do empregador fornecer os meios para a prestação dos serviços na medida em

que não frustrem o objetivo do contrato, seja ao exercer o *jus variandi*, pois, dependendo da alteração perpetrada pelo empregador no local, na forma, ou no horário de prestação de serviço, ela torna-se impossível ou demasiadamente difícil para o empregado;

- f) aspectos coletivos e éticos - o Estado deve proteger os trabalhadores, os consumidores e os seus interesses através de mecanismos de representação coletiva, bem como da aplicação dos valores gerais de ética, de bons costumes e de boa fé no acesso, na formação, no conteúdo, na adaptação e na ruptura das relações contratuais. Em que pese a dimensão coletiva do Direito do Trabalho ter perdido parte de sua relevância nos últimos anos dada as alterações experimentadas pelos meios de produção, ela está na gênese do Direito Laboral, e a sua existência foi fundamental para a estruturação do Direito do Trabalho. Quanto aos valores mencionados, como já se viu, eles são indispensáveis não só para a formação da relação laboral, como também, para o seu desenvolvimento;
- g) acesso - os predisponentes devem abster-se, em todas as fases da relação contratual, de qualquer tipo de discriminação, seja com relação ao grupo, ou a características pessoais e sociais da outra parte. Deve-se reconhecer um direito humano de acesso aos contratos, ditos para a existência, pois são indispensáveis à satisfação das necessidades humanas básicas, como moradia, trabalho, oportunidades de renda e participação na vida econômica. A vedação à discriminação insere-se não só no dever de boa-fé e confiança como também na função social do contrato de trabalho, além de consistir em um dos pilares do trabalho digno, segundo a OIT – Organização Internacional do Trabalho;
- h) preço - as obrigações não devem ser exageradamente desproporcionais ou desequilibradas, e os preços devem ser transparentes, relacionados com os custos e não discriminatórios. Ainda que não se possa falar em preço quando o objeto da prestação for o trabalho humano, esse princípio aplica-se perfeitamente ao contrato de trabalho no que se refere à fixação de remuneração que não pode ser pautada por nenhum critério discriminatório e cuja a fixação deve ser o mais transparente possível;
- i) adaptação – a possibilidade de exigir a adaptação no caso de mudança significativa das condições sociais econômicas, nas quais foram baseados os contratos de existência, é possível exigir a adaptação dos mesmos, quando tais modificações afetarem a natureza dos contratos, no momento em que as partes tiverem conhecimento delas, antes de

comprometerem-se. Para que haja a adaptação, deve levar-se em conta as peculiaridades do contrato, e a dificuldade de uma das partes em cumpri-lo, sendo que as regras coletivas devem prevalecer sobre as individuais. No próximo tópico, esse viés será analisado com mais profundidade. Contudo, em que pesem as dificuldades de adaptação em face da vedação de alteração do contrato de trabalho em prejuízo do trabalhador, a possibilidade de modificação dos contratos mostra-se, na atualidade, questão de grande relevância e que precisa ser discutida;

- j) rescisão – os procedimentos para o encerramento do contrato deve ser transparente, responsável e socialmente aceitável, sendo a última alternativa para solução de conflitos. Quando realizada contra a vontade da parte mais fraca, consumidor, trabalhador e inquilino, só tem lugar em hipóteses extraordinárias e justificadas, tendo em vista o comportamento de uma das partes ou quando as circunstâncias financeiras que afetam o fornecedor causam a inviabilidade material do desenvolvimento contratual, sendo, então, adotadas medidas antecipatórias de preparação para a resolução. A possibilidade de rescisão do contrato de trabalho é questão tormentosa no Direito Laboral brasileiro, pois a CR/88 veda a dispensa injustificada, mas como não houve regulamentação da matéria por legislação infraconstitucional, o contrato de trabalho não obedece a esse princípio, atualmente. De todo modo, no estabelecimento de relações fraternas, a rescisão deve ser feita de forma transparente e responsável;
- k) comunicação, informação e transparência - o diálogo e a cooperação entre as partes devem ser estabelecidos com base na igualdade e na confiança de forma individual, focando na realização do objeto contratual durante todo o processo de contratação e em todas as suas fases . A informação entre as partes, desde a negociação até o final do contrato, deve ser adequada, oportuna e compreensível. O dever de informação resulta diretamente do dever de boa-fé e da confiança que as partes devem ter uma na outra na criação e no desenvolvimento da relação de trabalho, além disso, como se viu, a informação e a comunicação entre as partes é um dos elementos da moderna teoria contratual;
- l) garantia do mínimo existencial – a garantia à parte afetada de um mínimo existencial ou de um mínimo de recursos para assegurar a subsistência deve ser mantida em caso de restrição imposta por credores para quitação da dívida, nos contratos gerarem débitos nas rendas ou dedução dos rendimentos O salário pago ao trabalhador deve ser entendido como direito fundamental na medida que viabiliza a sua subsistência e de

sua família, por isso como se viu, acima deve ser protegido e fixado um patamar mínimo razoável.

- m) exclusão social - os riscos sociais do desemprego, endividamento, perda da habitação sob a perspectiva do combate à exclusão social das pessoas e da integração com os preceitos de direito público, na interpretação dos contratos, devem ser levado em conta. Tal aspecto está intrinsicamente ligado a função social do contrato de trabalho e ao valor do ser humano, na medida em que o trabalho não garante apenas o sustento, mas também a dignidade da pessoa que trabalha.
- n) confidencialidade – os dados e estimativas utilizados nas negociações e elaboração de tais contratos devem ser tratados de forma confidencial e podem ser usados apenas para o exercício e propósito do contrato. O dever de lealdade e sigilo estão presentes na relação de trabalho seja pela proteção à intimidade e às informações do trabalhador, seja pelo dever de guardar segredos industriais. O dever de lealdade e sigilo estão intimamente ligados à aplicação da boa-fé e da confiança nos contratos.

Os princípios enunciados pelo EuSoCo são, de forma geral, aplicáveis aos contratos de trabalho, ressalvadas as adaptações legislativas necessárias como, por exemplo, na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, por iniciativa do empregador, permitida no Brasil, mediante pagamento de indenização.

Deve-se observar ainda que tais princípios inserem-se dentro da função social do contrato de trabalho e da empresa e ajustam-se perfeitamente ao instituto da boa-fé e evidenciam as características que se espera estejam presentes em contratos relacionais e fraternos.

6.2 CONTRATOS RELACIONAIS

Segundo Aguiar Júnior³⁷⁰ o Direito das Obrigações foi concebido a partir da ideia de um contrato instantâneo, no qual a manifestação da vontade e a execução das prestações ocorressem no mesmo momento. Por essa razão, a teoria clássica enxerga o contrato com algo isolado e descontínuo. De modo geral, as obrigações esgotam-se num só momento, são instantâneas, como, por exemplo, o contrato de compra e venda; tais contratos são, em regra,

³⁷⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011, p. 97.

impessoais, porque definem o negócio em termos de simples troca de mercadorias e “presentificadores”, pois os elementos essenciais e termos constitutivos são estabelecidos no presente e pouca, ou nenhuma importância dá-se aos aspectos pré-contratuais e às hipóteses de quebra ou de descumprimento contratual. Portanto, segundo Porto Macedo,³⁷¹ acabam por assumir o caráter básico de uma “barganha instrumental” na medida em que presumem uma relação entre duas partes, que forcem os termos da troca para atingir seus próprios, individuais e exclusivos interesses econômicos.

Ocorre que tal modelo representa apenas uma parte dos contratos, havendo um grande número de relações jurídicas de longa duração nas mais diversas áreas, que não se encerram em termos simples; da construção de usinas e barragens à prestação de serviços existem relações que envolvem redes de contratos, contratos complexos, conexos e interligados. Segundo Aguiar Júnior,³⁷² são os contratos relacionais a modalidade que melhor adapta-se a essa sistemática, que exige “remédios de manutenção”, que levam à renegociação e obrigam o operador do Direito a lidar com cláusulas abertas “intencionalmente em branco para futura renegociação”.

A teoria dos contratos relacionais é obra de dois juristas americanos, Ian Macneil e Stewart Macaulay, que desenvolveram uma perspectiva diferente dos contratos clássicos. Segundo Martins-Costa, essa modalidade apresentava

[...] características opostas àquelas sublinhadas pela Teoria Clássica: os contratos são estruturas dinâmicas, tem “passado, presente e futuro”, são compreensíveis por meio da conjugação entre elementos nascidos das declarações negociais das partes (elementos nascidos da vontade) e outros não expressos na declaração, tais como: a personalidade, a confiabilidade, a aptidão para o desempenho, a possibilidade de permitir um planejamento futuro a partir do próprio contrato, lançando “as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que [estatuindo sobre] a ordem específica de obrigações determinadas”.³⁷³

Desta feita, os contratos relacionais podem ser definidos como ajustes de longa duração, cujo escopo são relações contínuas e duradouras, em decorrência da observância de lastros de poder e confiança, que se perpetuam no tempo. Por essas razões, adotam modelos com cláusulas indeterminadas a serem definidas no curso da execução, com espaço para a

³⁷¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://136.142.158.105/LASA97/portomacedo.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

³⁷² AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 98.

³⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 368.

atuação dos princípios da boa fé, com equidade e funcionalidade dos contratos, porque a incompletude exige das partes uma ação cooperativa.³⁷⁴

Macedo Júnior³⁷⁵ adverte que, em maior ou menor grau, todos os contratos são um ato de cooperação, contudo, nos contratos relacionais a cooperação assume a característica de associar para benefício mútuo, e, dentro dessa concepção, os benefícios e os ônus devem ser compartilhados. Alguns contratos relacionais, fundam-se na cooperação de seus membros como, por exemplo parcerias comerciais, ao passo que outros vão além e estabelecem-se sob vínculos de solidariedade.

Segundo Gordon, os autores suplementaram suas pesquisas no campo do Direito com materiais da antropologia e da sociologia e constataram que o tipo usual de contrato é aquele entre participantes de relações contínuas, de comunidades interativas, com projetos e expectativas semelhantes. Dentro dessa visão, “[...] as partes tratam seus contratos mais como casamentos do que como um encontro casual”.³⁷⁶ Gordon destaca como aspecto positivo o fato de que a teoria de Macaulay e Macneil foi baseada na ideia de solidariedade estrutural, que seria capaz de justificar o fato das obrigações nascerem e desenvolverem-se a partir do compromisso que firmaram entre si, podendo tal ajuste ser modificado de acordo com as circunstâncias. Em momentos ruins, a expectativa, nos contratos relacionais, é a de que as partes ofereçam suporte mútuo uma para a outra.

Dada a extensão do contrato e a incompletude de suas cláusulas, ampliam-se os riscos do negócio e exigem-se das partes comportamentos adequados às novas situações, pautados pela boa-fé, pelo fim social do contrato e pela equidade. Segundo Aguiar Júnior, os conflitos, em tais contrato, exigiram um redimensionamento do formalismo interpretativo, ganhando mais espaço as possibilidades de renegociação e revisão do que a invalidação e a resolução.³⁷⁷

Macedo Júnior³⁷⁸ reforça esse entendimento ao dizer que, nos contratos relacionais, é impossível especificar completamente as condições das prestações, tendo em vista as alterações das circunstâncias ao longo do tempo e o fato de regular situações de alto grau de flexibilidade, assim como é impossível prever todas as contingências do futuro. Essa indeterminação ultrapassaria aquelas soluções neoclássicas como, por exemplo, o

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³⁷⁶ GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberto da solidariedade e do poder no direito contratual. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, jan./jun. 2007, p. 187-202.

³⁷⁷ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 99.

³⁷⁸ MACEDO JÚNIOR, op. cit., p. 189.

estabelecimento de cláusulas abertas ou de a fixação de um *standart* objetivo e pré-fixado dadas as possibilidades e variações dos termos dessas relações.

Dentro dessa perspectiva, Barzotto acrescenta que, nos contratos relacionais, há um duplo aspecto: o do acordo, em que se estabelecem os termos e condições contratuais estabelecidos nas cláusulas essenciais e o da promessa, no qual há um compromisso de revisão de cláusulas expressas e implícitas e incluem-se também os deveres acessórios na gestão contratual cooperativa e solidária das partes. Assevera Barzotto o que segue:

Espera-se que, por força da presença da solidariedade e cooperação na relação contratual, as contribuições dos obrigados superem as oposições e restrições, no que diz respeito aos interesses envolvidos. Ou seja, uma parte, cumprindo seus deveres, faculta mediante seu comportamento, que a outra realize seus direitos e vice-versa.
379

Por isso, na perspectiva relacional a boa-fé é evidenciada, pois admite a incompletude dos contratos e os limites da capacidade de previsão humana, os custos e às ameaças à solidariedade e as barreiras para a comunicação perfeita. Ademais, ela enfatiza e valoriza o papel da confiança sem o qual nenhum contrato pode operar e a natureza cooperativa dos contratos; realça o elemento moral de fazer algo corretamente e reporta-se com isso a uma concepção de justiça social. Além disso, tem o mérito de encorajar a continuidade das relações, de acordo com MacedoJúnio: “Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança (“reliance”), mas também reciprocidade, a implementação do planejamento, a efetivação do consenso, a restituição e a confiança (“trust”), a função de integridade, solidariedade e equilíbrio de poder e harmonização com a matriz social [...]”³⁸⁰

Como se vê, tais contratos levam em consideração os custos da relação, mas também as motivações sociais como elementos formadores e informadores do contrato, que deverá dar maior importância a questões de poder e à justiça contratual substantiva, ressaltando os valores de cooperação e solidariedade.

Gordon destaca que o aspecto negativo dos contratos relacionais é o fato de que, de alguma forma, eles favorecem a dominação da parte mais poderosa da relação, na medida em que o tempo estabelece uma relação de dependência profunda entre as partes “[...] aquilo que

³⁷⁹ BARZOTTO, Luciane Cardoso. **O contrato de trabalho como contrato relacional**. Revista Justiça do Trabalho, n. 375, ano 383. Porto Alegre: HS Editora, 2015, p. 77.

³⁸⁰ MACEDO JUNIOR, op. cit., p. 231.

se inicia como uma mera desigualdade de poder de mercado pode se aprofundar a ponto de se tornar, de um lado, dominação contínua, de outro lado, dependência contínua”³⁸¹. A resposta possível seria policiar tais situações, controlando as desigualdades. Deve-se esclarecer que muitas relações jurídicas estão permeadas por relações de poder. Reconhecer tal aspecto não significa negar a autonomia da vontade, mas compreender o papel do Estado como agente regulador e disciplinador das relações contratuais, não só na vedação de práticas abusivas, mas no estímulo à participação mais efetiva da parte da mais fraca da relação, criando um Direito de participação. Macedo Júnior esclarece:

Este tipo de experiência teve particular sucesso na Alemanha, onde ainda hoje os trabalhadores através de influentes sindicatos e dos representantes eleitos têm participação na gestão das empresas. O modelo alemão é responsável pelo alto grau de solidariedade e cooperação dentro da estrutura produtiva, o que permitiu que as empresas alcançassem alto grau de produtividade, competitividade e eficiência, juntamente com o aumento dos benefícios e participação nos lucros pelos trabalhadores.³⁸²

Macedo Júnior alerta, contudo, que, muitas vezes, os mecanismos de equilíbrio de poder contratual repetem vícios do pensamento clássico ao tentar diluir as diferenças entre as partes contratantes, na medida em que apresentam soluções que desconsideram as diferenças de poder dentro do próprio grupo reconhecido como vulnerável e protegido. Ou seja, muitas vezes, os entes coletivos apenas reproduzem as relações de poder externas, fragilizando ainda mais quem já é vulnerável.

São exemplos de contratos relacionais: contratos de franquia, de trabalho, de cooperação tecnológica, de fornecimento entre empresas, de educação, de previdência privada, de financiamento da casa própria, de plano de saúde, de execução de grandes obras de infraestrutura, dentre outros. Claudia Lima Marques esclarece que tais contratos “[...] baseiam-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudanças das condições sociais, econômicas e legais na sociedade nestes vários anos de relação contratual”.³⁸³

Parece possível identificar no contrato de trabalho, de trato sucessivo, com obrigações se projetam no tempo e no o qual adimplemento parcial não extingue a relação, um negócio relacional. Observe-se que a continuidade da relação de emprego é do interesse de todos, da

³⁸¹ GORDON, op. cit. p. 189.

³⁸² MACEDO JÚNIOR, op. cit., p.194.

³⁸³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 70.

sociedade, que busca a estabilidade das relações jurídicas que, nesse caso, proporcionam criação e circulação de riqueza, criando equilíbrio econômico; do empregado, que organiza sua vida a partir da relação de emprego, faz planos, projeta investimentos, assume compromissos, muda de cidade, de atividade, qualifica-se, adia projetos pessoais, enfim, faz com que a vida gire em torno da perspectiva de que o contrato vai durar e projetar-se no tempo; e das empresas, que têm necessidade de estabilidade nas relações de trabalho, pois investe no profissional que contrata, seja devido ao aspecto de formação profissional, seja ao optar por esse ou aquele candidato, pois acredita que o escolhido poderá trazer maiores vantagens para o seu negócio ou seja pela adaptação do trabalhador à organização.

Frise-se que um dos aspectos mais temidos pelas organizações é o *turn over* de funcionários, seja porque há um custo alto na dispensa, captação de novos profissionais, treinamento, adaptação, seja porque a exclusão de um membro da equipe pode provocar a desestruturação de toda uma área produtiva, que, em alguns casos, levou anos para ser construída. Além disso, quanto mais tempo o funcionário permanece na empresa, mais se pode contar-se com ele, pois, teoricamente, aumenta sua identificação com a organização, o seu senso de colaboração e a sua responsabilidade.

Assim, o contrato de trabalho duradouro e estável é do interesse de todas as partes envolvidas e, na visão relacional do contrato laboral, é possível identificar os elementos antes citados, a personalidade, o componente organizacional, a função social do contrato, a boa-fé e a confiança e, especialmente, a colaboração entre as partes envolvidas.

Se, por um lado, o trabalhador e a entidade patronal se vêem ligados por direitos e obrigações que vão renovando com o decurso do tempo, e constituem o conteúdo da relação jurídica que entre eles se estabeleceu – é também, por outro lado, certo que essa relação jurídica (definida pelos direitos e deveres das partes) pode ser “modelada” no decurso da sua existência, pelas vicissitudes acontecidas no contato entre o trabalhador e a entidade patronal ou que nele se reflitam.

Por ter como elemento a continuidade, o que decorre da ideia de temporalidade, o contrato de emprego adquire dinamismo excepcional se comparado com os demais contratos. A realidade forma verdadeiras estruturas contratuais, sendo comum o caso de empregados trabalharem várias décadas em um emprego. É claro que essa realidade é um campo extremamente fértil para a atuação do princípio da boa-fé, já que sucessivamente favorece a criação de novas cláusulas contratuais a todo instante. Imagine-se a quantidade de cláusulas incorporadas ou modificadas no decorrer de um contrato de emprego de longa duração. A cada momento, as partes estão emitindo a sua vontade sobre determinado objeto, construindo nova relação consensual. [...]³⁸⁴

³⁸⁴ FERNANDES, Antônio Monteiro. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 152.

A confiança e cooperação são elementos inerentes aos contratos relacionais e, como não poderia deixar de ser, dos contratos de trabalho, dando-lhes estrutura e estabilidade. "Cria-se e nutre-se uma constante tensão entre reciprocidade e solidariedade. Em síntese, os contratos relacionais pressupõem relações complexas entre os contratantes, de modo que os vínculos pessoais de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes".³⁸⁵

Em que pese existirem, na grande maioria dos aspectos, afinidades entre os contratos de trabalho e aqueles ditos relacionais, algumas ressalvas precisam ser feitas.

A primeira diz respeito à repartição dos lucros e dos resultados a partir das ideias de cooperação e de solidariedade, o que não se coaduna, perfeitamente, com a premissa geral do Direito do Trabalho de que quem auferir o lucro pela atividade, assume seus riscos.

O segundo óbice seria a presença da subordinação que, segundo Barzotto,³⁸⁶ é o aspecto no qual se concentra a maior resistência para a configuração do contrato de trabalho como contrato relacional, eis que a ausência do poder de barganha em posição de igualdade, nas renegociações posteriores, aumentaria a vulnerabilidade do trabalhador, o que romperia o equilíbrio, a boa-fé e a confiança.

De fato, como se viu acima, é possível que o prolongamento da relação no tempo aprofunde as relações de dominação, mas, por outro lado, como frisou Macedo, não se deve negar que os negócios jurídicos envolvem relações de poder e que, nesses casos, o papel regulador do Estado ganha ênfase especial. Salvo melhor juízo, o princípio da proteção e a regra de proibição de alteração contratual prejudicial ao trabalhador cumpririam esse papel.

O terceiro aspecto, que parece dissociado dos contratos relacionais, está conectado à mencionada regra de proibição de alteração contratual, que aparece como medida para impor limites ao poder do empregador, mas que também representa um óbice para a configuração do contrato de trabalho como relacional, dada a necessidade constante de adequação do contrato relacional no tempo.

Ainda que se admita a modificação de cláusulas relacionadas às funções do empregado e ao valor do salário, não poderão ser realizadas alterações em prejuízo do trabalhador, que nem sempre vai atender as necessidades da empresa. Barzotto contemporiza, entendendo que tal dificuldade pode ser contornada, na medida em que o "empregado deve estar aberto à

³⁸⁵XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós modernidade**. Tese de doutoramento sob a orientação da Prof. Cláudia Lima Marques, UFRGS, 2006, p. 162.

³⁸⁶BARZOTTO, Luciane Cardoso. **O contrato de trabalho como contrato relacional**. Revista Justiça do Trabalho, n. 375, ano 383. Porto Alegre: HS Editora, 2015.

proposição de novos postos de trabalho e de novas funções" e que as cláusulas relacionadas à execução dos serviços e à remuneração "podem ser modificadas, observadas as proteções legais do trabalhador e as necessidades do poder de comando". Tais modificações, se balizadas pelas limitações legais protetivas da parte vulnerável ou hipossuficiente, seriam é possível. "Diga-se que o princípio protetivo deveria abarcar os princípios da boa-fé objetiva, da confiança, equidade e transparência para ampliar a esfera de proteção laboral e restituir o equilíbrio contratual, sempre ténue pela posição de subordinação do empregado."³⁸⁷

Em que pese os óbices apontados, o contrato de trabalho é um negócio construído a partir de relacionamentos e quanto mais estáveis e duradouros eles forem, mais chances têm as partes de desenvolverem o trabalhador como pessoa humana e a empresa como organização.

6.3 CONTRATO DE TRABALHO COMO UMA RELAÇÃO FRATERNA

O escopo dessa dissertação, como se viu, é demonstrar que o contrato de trabalho pode ser uma relação comunitária. A perda do sentido comunitário tem sido apontada, por pesquisadores, como fator de desagregação da sociedade e do trabalho e, em que pesem opiniões contrárias, a sensação de pertencer a uma comunidade, contribuindo para o seu desenvolvimento e sendo apoiado por seus pares já foi apontada como um dos aspectos mais importantes do trabalho.

Segundo Honneth, a procura por um trabalho que não assegure apenas a subsistência mas que traga satisfação individual nunca desapareceu e, nos dias atuais, aparece ainda mais viva. Todavia, o que se vê é um distanciamento entre a teoria social e o campo do trabalho e as soluções apresentadas para melhoria profunda na estruturação do trabalho têm sido limitadas a exigências de natureza, exclusivamente, normativas.³⁸⁸

O autor pergunta, então, como se podem abrir perspectivas para essas mudanças que não sejam utópicas. De acordo com o Honneth, desde o começo da Revolução Industrial, foram discutidos vários projetos de reestruturação do trabalho, e uma das ideias mais persistentes foi a de que o modelo da atividade artesanal deveria preponderar, porque

³⁸⁷ Idem, p. 80.

³⁸⁸ HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, 2008, p.48.

destacava traços de cooperação, de atividade autogerida e representava o oposto da produção capitalista compartimentada, que destruía a cooperação criativa dos trabalhadores. Para os herdeiros desse socialismo romântico, todo trabalho humano deveria assemelhar-se a uma obra de arte, contudo, essa ideia de libertação do trabalho não teria efetividade para as formas de organização do trabalho real.

Honneth propõe, então, que a resposta para tal indagação seja dada a partir das próprias estruturas de produção, ou seja, de dentro para fora, afirmando que só se pode articular essa solução [...] se a ideia de um trabalho seguro, dotado de sentido, estiver inserido como exigência racional nas estruturas da própria reprodução social”.³⁸⁹ Para construir essas questões, Honneth parte da obra de dois autores que, para ele, teriam construído as teorias que mais se aproximaram da ideia de um trabalho dotado de sentido, Hegel e Dukheim.

Hegel criou um sistema de valores morais para o trabalho, ao afirmar que a troca do trabalho só poderia ser um meio de satisfação das necessidades, se o “egoísmo subjetivo” fosse transformado em uma vontade de atuar para atender às necessidades dos outros. Cada membro da sociedade deve estar disposto a contribuir para o bem geral através do trabalho. As habilidades de cada um, segundo Hegel, deveriam contribuir para o aumento do patrimônio geral, e cada participante da troca teria o direito de alimentar a si e a sua família no nível culturalmente dado. Assim, a economia moderna seria capaz de criar um sistema de dependência mútua, no qual os sujeitos reconhecem-se reciprocamente como seres privados e autônomos, que estão ativos uns para os outros e se mantêm através das contribuições sociais do trabalho.³⁹⁰

O equilíbrio proposto por Hegel, como aliás o próprio havia previsto, foi rompido pela produção orientada para o lucro que fatalmente concentraria a riqueza nas mãos de poucos, enquanto a grande maioria ficaria submetida a condições de escassez. Como consequência, essa camada empobrecida da sociedade seria mantida com gastos beneficentes, o que romperia a ideia de que a subsistência seria alcançada pelo trabalho, contrariando a honra burguesa e o sentimento de seus indivíduos sobre sua autonomia e honra. A teoria de Hegel, vinculando o desenvolvimento econômico à moralidade, foi criticada nos anos, que se seguiram, e muitos autores passaram a defender o mercado como um mecanismo “auto-regulado”, que não tolera nenhum tipo de limitação moral.

³⁸⁹Ibidem, p. 48.

³⁹⁰Ibidem, p. 55.

Para Honneth,³⁹¹ depois de Hegel, apenas Durkheim tentará compreender as demandas por um trabalho dotado de sentido dentro da nova economia. Durkheim questiona se as novas formas de mercado estão em condições de proporcionar ao trabalhador um sentimento de solidariedade e de pertinência social e, a partir da análise da divisão do trabalho, o autor entende que dessas relações pode surgir uma forma especial de solidariedade, pois, no reconhecimento de suas respectivas contribuições para o bem-estar, os sujeitos tornam-se interdependentes. Assim, a economia só poderia cumprir a sua função de integração social se atendesse às condições morais, que funcionariam como pressupostos dessa relação: condições de partida iguais na aquisição da qualificação necessárias e contribuições sociais remuneradas de acordo com seu valor real para a sociedade.

Logo, Durkheim sugere um mercado de trocas regido pela transparência e pela igualdade, que assegure a todos os envolvidos a noção de colaboração para o bem comum, o que permitiria o cumprimento de sua função de integração social. De acordo com Honneth, é essa última condição que permite a Durkheim³⁹² dar um passo a frente de Hegel, pois o trabalho só vai alcançar o valor perseguido se de cada posto de trabalho for possível divisar dentro do contexto cooperativo a importância da própria atividade para o todo.³⁹³

Honneth concluiu, afirmando que as condições de trabalho nos regimes pós-fordistas põem em evidência a necessidade de condições normativas para o trabalho, que possam ir além das “forças auto-reguladas do mercado” e de que hoje, mais do que nunca, o funcionamento do mercado depende de regras morais. Por isso, seria necessário decidir se a análise do trabalho na atualidade dar-se-ia pela perspectiva da integração sistêmica, visando o lucro ou da visão da integração social. O autor acrescenta que:

Normas propriamente morais encontramos, ao contrário, apenas quando partilhamos com Hegel e Durkheim a convicção de que o mercado capitalista de trabalho não é apenas um meio para o aumento da eficiência econômica, mas também precisa construir um meio de integração social; pois somente sob esta premissa, de modo algum auto-evidente, fica claro que o funcionamento deste mercado depende do cumprimento de promessas morais, que precisam ser descritas com conceitos como a “honra burguesa”, “justiça meritocrática” e “trabalho dotado de sentido”. Neste sentido, ao responder a questão, se dispomos de critérios imanentes para a crítica das

³⁹¹ Ibidem, p. 60.

³⁹² “A divisão do trabalho pressupõe que o trabalhador, bem longe de permanecer curvado sobre a sua tarefa, não perca de vista os seus colaboradores, aja sobre eles e receba a sua influência. Não é portanto uma máquina que repete movimentos de que não apercebe a direção, mas sabe que tendem para algum lado, para uma finalidade que ele concebe mais ou menos distintamente. ele sente que serve alguma coisa”. (Durkheim, 1984, v. 2, p. 167)

³⁹³ HONNETH, op. cit, p. 62.

relações de trabalho existentes, tudo depende da decisão de analisar o mercado capitalista na perspectiva da integração sistêmica ou da integração social: se nos limitarmos à primeira perspectiva, então no mercado se revelam condições e regulamentações pré-econômicas, mas não princípios morais; mas se, ao contrário, nos deixamos orientar pela segunda perspectiva, então no mesmo mercado se revelam as implicações morais que, segundo Hegel e Durkheim, garantem seu ancoramento normativo no mundo social da vida.³⁹⁴

Pensar a relação de trabalho como uma relação comunitária é acreditar ser possível a integração social através da organização, é compreender que, apesar da diferença de forças entre o empregado e o empregador, ambos podem estar comprometidos a tal ponto que a cooperação entre eles faça com que o contrato atinja a sua função social. Isso não significa negar os interesses individuais de cada uma das partes, mas crer que há espaço para a comunhão entre elas.

Barzotto, citando Hannah Arendt, afirma que um dos propósitos dos Direitos Sociais, sob o enfoque dos Direitos Fundamentais, é demonstrar a possibilidade de justiça social “[...] no qual o trabalho representa o equilíbrio entre o desenvolvimento e a riqueza, entre o espaço público e o privado, entre justiça comutativa e distributiva, entre o reino da necessidade e da liberdade”.³⁹⁵ Assim, os interesses privados não precisam, necessariamente, excluir os interesses públicos.

Afirmar que a ideia de comunidade representa também um aspecto desejado pelo setor produtivo, portanto, não significa olhar o trabalho apenas como meio de eficiência econômica e, por isso, abandonar o seu sentido social. Significa apenas admitir que não é preciso contrariar a ótica econômica para conferir ao trabalho a função de promover o bem comum e a justiça social. Aliás, concordar que pode haver interesse do mercado na solução apontada é propor uma solução que não é utópica, é elaborar alternativas que nasçam dentro da relação e se projetem para o mundo real.

Todavia, muito mais do que uma solução voltada para o mercado, a ideia de que a relação laboral pode ser comunitária tem potencial para transformar o trabalho em local de segurança e de liberdade, garantindo-lhe um sentido moral e ético. Em que pese Bauman não acreditar que o trabalho, no capitalismo, possa resgatar esse espírito comunitário, a sua descrição a respeito da dinâmica das relações comunitárias é das mais completas.

³⁹⁴ HONNETH, op. cit., p. 63/64

³⁹⁵ BARZOTTO, Luciane. **Direito humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2007, p. 138.

O autor descreve a comunidade como um local, onde todos se entenderão e poderão confiar no que ouvem, pois as pessoas estarão seguras. Haverá discussões e conflitos, pois as pessoas tentarão tornar o “estar juntos” melhor e haverá discordâncias sobre como fazê-lo, mas nem por isso as partes desejarão o mal uns aos outros. Na comunidade, poder-se-á contar com a boa vontade de todos: se alguém cair, os outros o ajudarão a ficar de pé, se alguém errar, haverá espaço para explicações, desculpas, arrependimentos e perdão. O autor completa:

Quando passarmos por momentos difíceis e por necessidades sérias, as pessoas não pedirão fiança antes de decidirem se nos ajudarão; não perguntarão como e quando retribuiremos, mas sim do que precisamos. E raramente dirão que não é seu dever ajudar nos, nem recusarão seu apoio só porque não há um contrato entre nós que as obrigue a fazê-lo, ou porque tenhamos deixado de ler as entrelinhas. Nosso dever, pura e simplesmente, é ajudar uns aos outros e, assim, temos pura e simplesmente o direito de esperar obter a ajuda de que precisamos.³⁹⁶

Acreditar que o trabalho será sempre assim é uma utopia irrealizável, que não contribui em nada para a discussão. Mas a crença de que há espaço para entendimento, confiança, segurança, cuidado e perdão parece possível, desde que as partes adotem um comportamento para além da obrigação de se conduzir com boa-fé, estabelecendo relações éticas e morais umas com as outras a partir de uma conduta fraterna.

Já se viu, a partir do estudo da teoria de Ramalho e da concepção do duplo binômio, que a relação de trabalho comporta uma zona obrigacional e outra laboral, que é possível encontrar espaço para o desenvolvimento do elemento comunitário na relação, sem a necessidade de negar o conflito. No contrato de trabalho, coexistem elementos aparentemente incompatíveis como “[...] a patrimonialidade e a pessoalidade, com referência ao objeto negocial; a conflitualidade entre as partes e a sua colaboração na organização [...]”³⁹⁷, concluindo a autora que “[...] os sujeitos do contrato perseguem, com base no título negocial, uma multiplicidade de interesses, que criam entre eles, em permanente interacção, relações de conflito e relações de colaboração [...]”³⁹⁸

Portanto, é na zona laboral que se exercem os deveres de lealdade e de assistência e onde haverá a necessária colaboração entre as partes que se verifica, do ponto de vista jurídico, pela aplicação do princípio da boa-fé e pelo reconhecimento do contrato de trabalho como um ajuste existencial e relacional e, do ponto de vista moral, pela adoção de um

³⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca da segurança no mundo atual**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 8.

³⁹⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 472.

³⁹⁸ Ibidem, p. 474.

comportamento fraterno, que traz consigo a obrigação das partes de cuidarem umas das outras e de assumirem compromissos com o próximo, vendo-o como um ser humano, e não apenas como um sujeito do contrato.

Macedo afirma que a solidariedade distingue-se da cooperação, pois teria esse sentido mais amplo, assemelhando-se a uma comunidade de interesses e envolvendo, ainda, um aspecto moral que seria a vinculação de um indivíduo a um determinado grupo social e a preocupação de uns com os outros; esse sentimento de comunidade seria uma conduta moral, capaz de ultrapassar o ego.³⁹⁹ Em que pese o apelo humanista que tem a solidariedade, em regra, ela pressupõe uma relação vertical, na qual aquele que tem melhores condições estende a mão ao que tem menos. Assim, não se mostraria adequada a balizar a conduta das partes numa relação que deveria ser partitória, todavia, a despeito dessa característica, ou por causa dela, a solidariedade teria tido influência decisiva na formatação dos direitos sociais. Supiot explica:

Desenvolvida pela sociologia e pela teoria política no fim do século XIX, a solidariedade oferecia uma base satisfatória aos que pretendiam remediar os excessos do individualismo sem ressuscitar as comunidades paroquiais, religiosas ou corporativas da era pré-industrial. O grande mérito da solidariedade era, efetivamente, o de assentar os arranjos do Direito Social sobre o Direitos das Obrigações, e de preservar, assim, os princípios da igualdade e da liberdade individual que qualquer transferência ligada a estas “comunidades naturais” teia posto em perigo.⁴⁰⁰

Como já se viu nos capítulos anteriores, o combate ao individualismo dos primeiros anos do capitalismo deu-se pela indignação da sociedade, que se solidarizou com as péssimas condições a que estavam submetidos os trabalhadores, criando a consciência de que a assimetria entre as partes precisaria ser corrigida. Assim, os deveres de proteção e assistência impostos aos empregadores pela intervenção estatal surgiram com o objetivo de tutelar a parte mais frágil da relação. Pode-se afirmar, portanto, que a lei impôs a solidariedade ao contrato de trabalho, e a liberdade da parte que detinha mais poder foi limitada como uma manifestação normativa da solidariedade, quando, por exemplo, obrigou os empregadores a conceder férias aos seus empregados, ou a assegurou que, após o parto, as mulheres pudessem

³⁹⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 175.

⁴⁰⁰ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre, Sulina, 2014. p. 141

gozar de período para os cuidados com a prole. Ou seja, as partes agem dessa ou daquela maneira porque são obrigadas à tanto.

Assim, segundo Baggio “[...] algumas formas de “solidariedade horizontal” tiveram como se desenvolver por meio de movimentos históricos concretos, no âmbito das organizações sociais, de defesa dos direitos humanos e, em particular, dos direitos dos trabalhadores e, também como iniciativas econômicas”.⁴⁰¹ Importante esclarecer que a solidariedade pode ser concebida de modo vertical, quando se expressa nas formas mais conhecidas do welfarestate e quando refere-se à atuação dos poderes públicos com o objetivo de reduzir as desigualdades e fomentar o pleno desenvolvimento do homem. No modo horizontal, corresponde a uma ajuda mútua entre os cidadãos, limitando-se o Estado ao papel de mero fiador externo, apoiando a filantropia através de adoção de medidas de incentivo, por exemplo. A partir dessas definições, poderíamos identificar a fraternidade com a solidariedade horizontal,⁴⁰² um compromisso entre iguais.

A despeito de haver um desequilíbrio de forças nas relações de trabalho, não há e nem pode haver, sob pena de violar-se gravemente a dignidade do trabalhador, uma concepção de que o empregador solidariamente “ampara” o trabalhador. Regate-se da lição de Hegel no sentido de que o trabalho concede às pessoas autonomia e honra ao serem capazes de manter com seu próprio esforço a sua subsistência e de sua família e que o assistencialismo ofende gravemente esse valor. Assim, parece ser necessário dar um passo à frente da solidariedade que, de certo modo vitimiza o outro, ao passo que, a fraternidade que o eleva.

A fraternidade vai além da solidariedade, porque implica reciprocidade na relação, propondo uma efetiva paridade entre os sujeitos. Por isso, segundo Aquini,⁴⁰³ não pode ser reduzida ao conceito de solidariedade. É possível afirmar que a solidariedade aparece como uma fase inicial da fraternidade, na qual uma das partes associa-se à causa da outra, que precisa da sua ajuda, ao passo que a fraternidade propõe a superação da identidade e da diferença.⁴⁰⁴ Baggio explica:

⁴⁰¹ BAGGIO, Antônio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. In: _____, **O princípio esquecido**. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008, p. 22.

⁴⁰² PIZZOLATO, Felippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido**. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008, p. 114.

⁴⁰³ AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido**. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008, p. 137.

⁴⁰⁴ SANTOS, Dartagnan Ferrer dos. A relação de emprego como compromisso bilateral: em busca de um consenso fraterno. In: **Cadernos da AMATRA IV**. Ano VIII, n. 18, 2014, p. 167

[...] a solidariedade permite que se faça o bem aos outros embora mantendo uma posição de força, uma relação “vertical” que vai do forte ao fraco. A fraternidade, porém, pressupõe um relacionamento “horizontal”, a divisão dos bens e dos poderes, tanto que cada vez mais se está elaborando na teoria e na prática – a ideia de uma “solidariedade horizontal”, em referência à ajuda recíproca entre sujeitos diferentes, seja pertencentes ao âmbito social, seja do mesmo nível institucional”.⁴⁰⁵

Como falar em paridade, se a relação laboral é intrinsecamente assimétrica? A questão resolve-se a partir da compreensão de que a atuação da lei sobre a relação tem por escopo, justamente, restaurar o equilíbrio. Ou seja, é de presumir que as partes, que são originalmente desiguais, foram equiparadas pela legislação, que concedeu a uma delas proteção especial em relação à outra; assim, aqueles que são de fato desiguais superam essa condição dentro do contrato e tornam-se iguais, portadores de direitos e de obrigações. Fora da relação de trabalho empregado e empregador mantêm suas diferenças sociais e econômicas, mas de fora para dentro são, por força da lei, iguais. Não se pode olvidar que a subordinação não atua sobre o sujeito, mas sobre a prestação dos serviços, portanto, entre o empregado e o empregador, representado por seus prepostos, existe uma relação paritária, que, se propõe, seja também fraterna.

A fraternidade é o princípio esquecido da Revolução Francesa, enquanto a liberdade e a igualdade ganharam destaque na modernidade, tendo sido a clara inspiração da concepção de sociedade que hoje conhecemos e tornaram-se, de acordo com Baggio, “[...] autênticas categorias políticas, capazes de se manifestarem tanto como princípios constitucionais quanto como ideias-força de movimentos políticos. A fraternidade não teve a mesma sorte”.⁴⁰⁶

Segundo Nicknich, a fraternidade não foi aceita pelos iluministas, porque esses acreditavam que o conceito tornava a soberania dos Estados mais vulnerável, ou seja, tratar a todos como irmãos implicava no fim dos limites fronteiriços. Além disso, a amplitude e a vagueza de seu conceito bem como a sua associação com a doutrina cristã foram outros aspectos que contribuíram para o seu esquecimento.⁴⁰⁷ A fraternidade só voltou a ser considerada digna de atenção a partir da década de oitenta, nas proximidades do bicentenário da Revolução Francesa, quando muito estudos foram dirigidos ao tripé revolucionário e, a partir de então, a fraternidade foi redescoberta como fator de conciliação entre a liberdade e a igualdade. Somente uma relação dinâmica entre os três princípios é capaz de fomentar uma sociedade justa. Da mesma maneira que pode atuar positivamente servindo de elo de ligação

⁴⁰⁵ BAGGIO, op. cit., p. 22

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 8.

⁴⁰⁷ NICKNICH, op. cit., p. 42.

entre a liberdade e a igualdade, acredita-se que a fraternidade tenha potencial para transformar a relação de emprego numa relação comunitária, devolvendo o sentido ético ao trabalho.

Dessa forma, se a boa-fé é a obrigação imposta pela lei para que as partes conduzam-se de forma respeitosa e honesta no desenvolvimento do contrato, a fraternidade é o mandamento moral das relações jurídicas. Em que pese o preâmbulo da Constituição Federal de 1988⁴⁰⁸ estabelecer que é dever do Estado garantir os valores de uma sociedade fraterna, não há propriamente uma obrigação legal de portar-se de forma fraterna nas relações jurídicas, por isso a questão coloca-se no plano valorativo, servindo de norte para todo o ordenamento jurídico, na busca pelo bem comum. A Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.649 (julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)⁴⁰⁹

De acordo com Baggio: “A fraternidade é capaz de dar fundamento à ideia de uma comunidade universal, de uma unidade de diferentes[...] e completa [...] A fraternidade é uma condição humana, ao mesmo tempo dada – e, por isso, constitui um ponto de partida – mas também a ser conquistada, com o compromisso de colaboração de todos”.⁴¹⁰ Dentre os muitos aspectos positivos que a fraternidade traz para a relação de trabalho, destaca-se a responsabilidade social dos sujeitos envolvidos na relação; são eles e não o Estado que tem condições de promover o verdadeiro bem comum através do contrato de trabalho. O papel do Estado deve ser meramente subsidiário, cabendo aos sujeitos o compromisso com a relação,

⁴⁰⁸ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁴⁰⁹ “Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade”. (ADI 2.649, voto da rel. min. Cármen Lúcia)

⁴¹⁰BAGGIO, op. cit., p. 53/54.

ideia que se harmoniza com algumas das críticas que foram dirigidas ao modelo atual do contrato de trabalho, nessa dissertação.

Estabelecer uma relação fraterna com o outro significa assumir responsabilidades, abandonar a perspectiva egoísta de que só os próprios interesses importam, concentrar-se nas necessidades do outro e, a partir do seu exercício, criar novas possibilidades de relacionamento. Segundo Lazzarin trata-se de um compromisso com o bem da comunidade e serve de estímulo para a criação de alternativas que viabilizem os direitos humanos, sem passar, necessariamente, pela autoridade Estatal.⁴¹¹ Pizzolato oferece uma definição precisa do alcance da fraternidade:

Ou, dito de outra maneira, a fraternidade exprime-se na estreita correlação entre direitos e deveres ou, ainda, entre liberdade e responsabilidade. É em nome da interdependência estrutural, em razão da qual o indivíduo se reconhece radical e estavelmente dependente, que a solidariedade se transforma em fraternidade, ou seja, numa solidariedade confiada ao próprio sujeito. É nessa fraqueza constitutiva do homem que se fundamenta a fraternidade, para além de todas as diferenças, que continuam a existir, abrindo para a relacionalidade solidária. A solidariedade não fica confinada à ação da autoridade do Estado, mas interpela diretamente a liberdade. Essa dimensão horizontal da solidariedade, já reconhecida, em que a fraternidade encontra espaço destacado, não pode ser reduzida ao cânon, tipicamente liberal, do “não prejudicar os outros”, mas encaminha e orienta o próprio exercício da liberdade, seguindo o mandato bem mais vinculativo do “faça o bem ao outro” (...porque é também o seu).⁴¹²

O compromisso da fraternidade vincula os sujeitos que têm deveres uns com os outros e não apenas direitos, estabelecendo um elo entre a liberdade e a responsabilidade que se volta para a manutenção e para o desenvolvimento da relação com vistas a alcançar o bem comum e a justiça social. Deve-se observar, ainda, que a fraternidade está presente em todas as relações que se estabelecem na organização. Está presente na relação direta entre a empresa através de seus prepostos e do empregado e, muito especialmente, entre o empregado e seus colegas de trabalho, que se identificam, dada a sua condição dentro da organização, entre os empregados e os clientes e os fornecedores da empresa, entre o empresário e os seus clientes e fornecedores. Estabelece-se uma enorme teia de relacionamentos entre pessoas e não meras relações empresariais de caráter puramente econômico.

A fraternidade está intimamente ligada à satisfação do ser humano, tendo as pesquisas mais recentes sobre a qualidade de vida revelado que o dinheiro tem pouca relação com o que

⁴¹¹ LAZZARIN, Sonilde K. **A revitalização do Princípio da Fraternidade:** elemento norteador das relações interprivadas laborais na sociedade contemporânea. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2013, p. 429.

⁴¹² PIZZOLATO, op. cit. 2008, p. 120

torna uma pessoa adulta feliz, ao passo que a autonomia, a auto-estima, a felicidade familiar, a ausência de conflitos e a amizade são mencionados como fatores indispensáveis para o bem estar do ser humano. Segundo Gorz, “[...]Dito de outro modo, a qualidade vida depende da intensidade das trocas afetivas e culturais, das relações fundadas na amizade, no amor, na fraternidade, na ajuda mútua, e não na intensidade das relações mercantis.[...]”⁴¹³ Ou seja, a fraternidade viabiliza a troca de bens imateriais na relação de trabalho, que não podem ser quantificados financeiramente, mas cujo valor para o homem é indiscutível.

Por essas razões, a fraternidade é o elemento capaz de dar um sentido comunitário ao trabalho, pois, a partir da ideia de compromisso com o outro, o trabalhador sente-se parte e co-responsável pelo todo e, de modo semelhante, a empresa, mesmo sem deixar de perseguir o lucro, tem ciência de sua responsabilidade social, atuando em busca do bem comum. Se as duas partes têm consciência de suas obrigações para com o bem do outro, e ambas comprometem-se a buscar, através da relação, o bem comum, não há dúvida que existe entre elas uma comunidade.

⁴¹³ GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho**: crise da razão econômica. São Paulo: Annablume, 2003, p. 103.

CONCLUSÃO

O trabalho que se apresentou discutiu aspectos do contrato laboral que o caracterizam como uma relação comunitária, não nos moldes da doutrina germânica que, na década de trinta, elaborou a teoria comunitário-pessoal da relação de emprego, mas apoiada no sentido ético da colaboração entre as partes e nos deveres de lealdade e assistência, que ultrapassam as simples trocas mercantis do contrato.

A despeito de todo componente ideológico e das falhas apontadas, a teoria comunitária- pessoal tinha o mérito de enxergar a relação de trabalho como um vínculo de cooperação entre as partes envolvidas, além de dar grande importância ao aspecto pessoal da relação, valorizando, assim, a pessoa do trabalhador.

O Direito Português, que expressamente encampou a ideia de mútua colaboração entre os contratantes no seu Código do Trabalho, foi o ponto de partida deste estudo, embora não tenha sido o ponto de chegada. Foi através da doutrina portuguesa que se tornou possível o contato, também, com as críticas que foram dirigidas à teoria comunitário-pessoal da relação de emprego, em especial a formulada por Maria do Rosário Palma Ramalho, que a reputou artificial por negar o conflito da relação de trabalho, mas, por outro lado, foi capaz de, a partir de seu legado, propor uma nova perspectiva dogmática para o contrato de trabalho.

Como se disse, o interesse que foi, a princípio, motivado pelo estudo da autora portuguesa ampliou-se consideravelmente com o estudo da moderna teoria geral dos contratos e de suas propostas de renovação. Assim, a partir do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor identificou-se que os princípios da boa-fé e da função social devem balizar todos os contratos com vistas a alcançar o bem comum e a justiça social.

A boa-fé mostrou-se o princípio mais adequado para conferir ao contrato de trabalho o caráter comunitário, que se acredita existir na relação, porque age direta e concretamente sobre a conduta dos contratantes. A aplicação do princípio da boa-fé permitiu constatar que o aspecto comunitário do contrato de trabalho encontra suporte jurídico na ideia de cooperação resultante da boa-fé. Por fim, a relação comunitária é incrementada pelas características existenciais e relacionais do contrato de trabalho, no qual se pode ainda antever um desejável valor fraterno.

Para viabilizar essa construção, foi preciso investigar, no primeiro capítulo, como se apresentam as relações de trabalho na atualidade, se elas admitem esse aspecto comunitário que se pretendeu atribuir-lhes. Ocorre que, para falar de relações de trabalho nos dias atuais, é

necessário enfrentar as consequências das novas formas de produção na sociedade pós-industrial e da nova configuração social pós-moderna, por isso, foi necessária uma incursão histórica na origem das relações laborais, desde sua pré-história até os dias atuais, examinando-se, ao final do capítulo, se a ideia de comunidade ainda faz algum sentido no contexto atual das relações trabalhistas.

Partindo-se de uma resposta afirmativa, o capítulo seguinte dedicou-se à análise da natureza jurídica do contrato de trabalho, da possibilidade de reconhecê-lo como uma comunidade. Após uma verificação geral das teorias que discutiram o tema, abordou-se, de forma mais detalhada, a teoria comunitária-pessoal da relação de trabalho, segundo a qual a partir da inserção do trabalhador na organização ficava estabelecida entre ele e o empregador uma comunidade. Como se viu acima, após duras críticas, a teoria caiu em desuso, mas parte de suas premissas foi aproveitada na proposta de Maria do Rosário Palma Ramalho para uma nova teoria da relação de trabalho apoiada na autonomia dogmática do Direito do Trabalho.

Antes de enfrentar as propostas de Ramalho, entretanto, foi preciso verificar se o contrato de trabalho no Brasil tem condições jurídicas de configurar-se como uma relação comunitária, se existem dispositivos legais que permitem tal concepção e se outros ramos do Direito apresentam soluções que poderiam ser adotadas pelo Direito do Trabalho.

Ao final do terceiro capítulo, apresentou-se a proposta de Ramalho para a reconstrução da relação de emprego. A autora analisa, de forma objetiva, o fato da empresa ser uma organização e dentro dela existirem diversas relações interligadas. É só a partir da constatação de que, apesar de opostos, os interesses de empregados e empregadores podem, dentro da organização, coincidir em vários aspectos e, que pode haver, concomitantemente, conflito e cooperação é que se pode construir a ideia de comunidade.

Ramalho reforça a distinção de suas propostas da teoria comunitário-pessoal e o faz talvez por receio de contaminação, mas é certo que a inspiração da autora ao propor um duplo binômio para a relação de trabalho, reconhecendo uma área obrigacional e outra laboral, sem negar o conflito natural, com ênfase aos componentes organizacionais e pessoais, tem inspiração na doutrina alemã da década de quarenta.

A presente dissertação contrapõe, em alguns aspectos, as suas ideias, ao acreditar ser possível identificar o aspecto comunitário da relação trabalhista a partir da aplicação do princípio da boa-fé. Com a utilização do princípio da boa-fé obriga-se as partes a observar os direitos e os interesses da contraparte, ressaltando a confiança e a lealdade entre elas, que põe em relevo a necessidade de cooperação.

Após o estudo da boa-fé aplicada ao Direito do Trabalho, analisando-se a sua relação com a função social e a sua influência em todas as fases da relação, concluiu-se que é importante instrumento jurídico para efetivação da pretensão comunitária, seja porque se trata de uma obrigação bilateral, seja porque conjugada à função social pode alcançar o bem comum e a justiça social.

Por fim, no último capítulo, buscou-se em outras características do contrato o realce da concepção comunitária, destacando-se os aspectos relacionais e existenciais do contrato de trabalho. Pouco comentadas no Direito do Trabalho, as modalidades contratuais existenciais e relacionais, segundo a concepção de alguns autores e simples características para outros, podem ajudar a afastar o contrato da concepção de relação meramente obrigacional e patrimonial e aproximá-lo de uma visão comunitária.

O contrato de trabalho é, ao mesmo tempo, existencial e relacional, porque o homem precisa do trabalho para desenvolver todas as dimensões de sua existência e porque a relação que se estabelece com e no trabalho acompanham-no por toda sua vida. A ideia de que o contrato de trabalho é indispensável à vida do homem vem não só de seu aspecto econômico ligado diretamente à sobrevivência e aos bens materiais, mas também de sua importância para o pleno desenvolvimento do ser humano. No que se refere ao enquadramento do contrato de trabalho como relacional, o destaque é para o elemento de colaboração entre as partes, que se associam pela preservação da relação que é do interesse de ambas. São contratos de longa duração e de importância mútua, cuja manutenção é relevante para os sujeitos envolvidos diretamente e para a sociedade como um todo, pois contribuem para a estabilidade e a pacificação das relações sociais.

Por fim, o último capítulo encerra-se com a proposta de que o contrato de trabalho possa ser, também, uma relação fraterna e que a conduta das partes compromissadas com o outro pode conferir ao trabalho o sentido ético, perdido na modernidade. Se agir com boa-fé é um dever legal, o agir de modo fraternal seria uma obrigação moral. A fraternidade seria o componente definitivo para que a ideia de comunidade estabeleça-se na relação de trabalho, pois só haverá felicidade, liberdade e segurança dentro do trabalho, se as partes forem capazes de estabelecer entre elas também trocas de cunho imaterial que lhes devolvam os sentimentos de pertencimento ao grupo e de colaboração para o bem comum.

Dessa forma, pretendeu-se jogar um pouco luz sobre a relação de trabalho, vendo-a sob a ótica comunitária, com ênfase às necessidades das pessoas envolvidas, à importância da relação para a sociedade e à sua contribuição para a justiça social. Como se afirmou, inúmeras

vezes, negar o conflito é um erro que fez fracassar outras iniciativas, mas apoiar-se exclusivamente nele exclui todas as possibilidades de cooperação, pois se crê que para haver vantagem de uma parte, a outra necessariamente deverá ser prejudicada. Assim, defendeu-se que o contrato de trabalho é uma relação rica e tem espaço, ao mesmo tempo, para o conflito e para a cooperação. É o espaço cooperativo que pode ser fomentado pelo Direito, pensando a relação de uma forma mais abrangente e garantindo às partes envolvidas mecanismos para exercitar a confiança e a colaboração.

Ao apoiar o presente trabalho na boa-fé, nas características relacionais e existências e na fraternidade para conceber o contrato de trabalho como uma relação comunitária, o que se pretendeu foi reforçar a crença de que, se existe alguma mudança possível, virá do homem para o próprio homem. É a partir dele, de suas necessidades e de suas expectativas que é feito o Direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Thais Poliana de. **Novas perspectivas para a contratualidade no direito do trabalho**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. *In*: Baggio, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido**. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A boa fé no término do contrato de emprego: o pagamento das verbas rescisórias (resilitórias). *Direito do Trabalho e realidade: valor e democracia*. **Revista Justiça do Trabalho**, nº 185, 2015.

_____. **A boa fé no contrato de emprego**. São Paulo, LTr, 1996.

BACARAT, Eduardo Milléo. **A boa fé no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BAGGIO, Antônio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. *In*: _____. **O princípio esquecido**. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direito humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2007.

_____. Responsabilidade social e a *Rerum Novarum*. *In*: GHUNTER, Luiz Eduardo (coord.). **Rerum novarum – estudos em homenagem aos 120 anos da encíclica papal**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. O contrato de trabalho como contrato relacional. **Revista Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: HS Editora, n.º 375, ano 383. 2015.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **Comunidade: a busca da segurança no mundo atual**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BECKER, Verena Nygaard. A Categoria Jurídica dos Atos Existenciais: transformação da Concepção Clássica de Negócio Jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. Porto Alegre, ano VII/VIII, 1973/1974.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade 2.649/DF. Autor Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros. Julgamento em 08/05/2008, Plenário, DJE de 17-10-2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo524.htm>

CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho: do chão da fábrica ao serviço público**. 2010. 120 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

_____. **Direito individual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Relação de Emprego e seus efeitos: a delicada questão da eficácia do contrato de trabalho frente às nulidades. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Tema de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CASTELLS, M. O poder da identidade. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, v.2, 1999.

_____. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. São Paulo: Zahar, 2013.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1982.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **A natureza Jurídica do contrato individual do trabalho**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1938.

_____. Antônio Ferreira. Sobre o conceito de “Direito Social”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 36, n. 1-2, 1941.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da Situação Jurídica Laboral: perspectivas dogmáticas do direito do trabalho**. Lisboa: ROA, 1982.

_____. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato de trabalho. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. (Org.). **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. Mexico: Porrúa, 1954.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo, LTr, 2015.

_____. **Introdução do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Teoria da relação de emprego e sociedade pós industrial: algumas reflexões. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; _____ (org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

_____. **O princípio da boa fé na vigência as normas coletivas negociadas**. Revista Justiça do Trabalho, n. 375, ano 32. Porto Alegre: HS Editora, 2015, p. 39.

DURKHEIM, Emile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo 1999.

EXAME. São Paulo: Editora Abril, ano 48, n. 14, edição 1.070 de 06/08/14.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos Princípios do Direito do Trabalho no Mundo Contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n.º 27, 2005.

_____, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Antônio Monteiro. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. Um direito do trabalho sobrevivente. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Antônio Motta Veiga**. Coimbra: Almedina, 2007.

FLORIDA, Richard. **A Ascensão da Classe Criativa**. Porto Alegre: L&PM, 2011.

GIERKE, Otto von. **Las raíces del contrato de servicios**. Traducción y comentario crítico de Germán Barreiro González. Madrid: Civitas, 1982.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberto da solidariedade e do poder no direito contratual. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, p. 187-202, jan./jun. 2007.

GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho: crise da razão econômica**. São Paulo: Annablume, 2003

HAURIUO, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Fabris, 2009.

HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. **Civitas**: Revista de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 46-67, 2008.

_____. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

ISTO É. São Paulo: Editora 3, ano 38, n. 2.333, de 13/08/14.

KROST, Oscar. O princípio da boa-fé objetiva como balizador de condutas na relação de emprego. In: OLIVEIRA, Cínthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

LAZZARIN, Sonilde K. **A revitalização do Princípio da Fraternidade: elemento norteador das relações interprivadas laborais na sociedade contemporânea**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2013.

LEITÃO, Luis Manoel Teles Menezes. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Contratos relacionais no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://136.142.158.105/LASA97/portomacedo.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

MACHADO FILHO, Alexandre Marcondes. **Exposição de motivos [da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho]**. In: CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho e leis complementares. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; MADALENA, Juliano (Trad.). Princípios dos contratos sociais de longa duração: Contratos para a existência: contratos de trabalho, de locação e de crédito ao consumidor (European Social Contract – EuSoCo). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 98, mar./abr. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35 n. 139, jul./set. 1998.

_____. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Os Pilares do Direito do Trabalho: os princípios jurídicos e as teorias gerais (Uma reflexão sobre sua aplicação). In: Martins Filho, Ives Gandra et al [...] (Org.). **Os Pilares do Direito do Trabalho**. São Paulo: Lex Editora, 2013.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARX, Karl. **Grundisse**. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. **O leitor de Marx**. Organização de José Paulo Netto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAZURKEVIC, Arion. **A boa-fé objetiva: uma proposta para reaproximação do Direito do Trabalho ao Direito Civil**. In José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord). O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

MEIRELES, Edilton. **Funções da boa-fé objetiva aplicáveis ao contrato de emprego**. Revista LTr, v. 74, n. 10, São Paulo, out. 2010.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS FILHO, Evaristo. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

MORIN, Edgar. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2000.

MOTA, Jorge Maurício. A pós eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26., ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEGREIROS, Thereza. **Teoria do contrato: novas paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NICKNICH, Mônica. A Fraternidade como valor orientativo dos novos direitos na pós-modernidade. In: **Direito e Fraternidade**. Veronese, Joseane Rose Petry [et. al.] (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho.** Curitiba: Genesis, 1997.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Manual de direito do trabalho.** 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil.** Tradução de Maria Cristina De Ciccio. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil.** Coimbra: Almedina, 1992.

PINTO, Mário. **Comentário às leis do trabalho.** v. 1: Regime Jurídico do Contrato Individual do Trabalho. Lisboa: Lex, 1994.

PIZZOLATO, Felippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. *In: O princípio esquecido.* Baggio, Antônio Maria (Org.). São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de direito do trabalho.** Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho.** Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Tratado de direito do trabalho.** Coimbra: Almedina, 2012

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário.** São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, Dartagnan Ferrer dos. A relação de emprego como compromisso bilateral: em busca de um consenso fraterno. *In: Cadernos da AMATRA IV.* Ano VIII, n. 18, 2014.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SENNETT, Richard. **Juntos – Os Rituais, Os Prazeres e a Política da Cooperação.** Rio de Janeiro, Record, 2012.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A projeto da modernidade e o Direito. Brasília: **Revista de Informação Legislativa.** Ano 37, n. 147, jul./set. 2000

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função social do contrato de emprego.** 2007. Dissertação (Mestrado). - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

_____. Relações de trabalho na contemporaneidade: retitularização da classe trabalhadora e a tendência de redefinição dos marcos da relação de emprego e do direito do trabalho. *In:*

OLIVEIRA, Cínthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 124-157.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre, Sulina, 2014.

_____, Alan. **Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

URIARTE, Pedro Irureta. Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. Santiago – Chile. **Revista Ius et Praxis**, año 17, n° 2, 2011.

USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos: temas atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VEIGA, António Jorge da Motta. **Lições de direito do trabalho**. Lisboa: Universidade Lusíada, 1995.

VIANA, Márcio Túlio. As várias faces da terceirização. Belo Horizonte, **Revista Faculdade de Direito UFMG**, n. 54, p. 141-156, jan./jun. 2009.

VIEIRA DE MELLO, Heloisa Carpena. A boa fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós modernidade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.