

**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**AUTONOMIA DA VONTADE NO  
DIREITO DO TRABALHO  
(DO CHÃO DA FÁBRICA AO SERVIÇO PÚBLICO)**

**Carmen Camino**

Dezembro de 2010

**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**AUTONOMIA DA VONTADE NO  
DIREITO DO TRABALHO  
(DO CHÃO DA FÁBRICA AO SERVIÇO PÚBLICO)**

**Carmen Camino**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

**Orientador:** Prof. Dr. Cezar Saldanha de Souza Junior

Dezembro de 2010

Dedico esse trabalho, *in memoriam*,  
àquele que plantou a semente, meu  
mestre inesquecível, **João Antônio  
Guilhembernard Pereira Leite.**

## Agradecimentos

- À minha mãe, *in memoriam*, **Dona Eli Keller Camino**, pelas noites insones, desde meus tempos de graduação, a verter, enquanto pode os textos em alemão em auxílio à filha rebelde à língua materna.
- A meu orientador, Professor Doutor **Cezar Saldanha de Souza Junior**, pela generosidade de seu saber e pela infinita tolerância à aluna rebelde aos prazos.
- À **Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, por me ter formado rebelde à injustiça.
- À amiga fiel de duas décadas, **Rosmari Azevedo**, Secretária do Programa de Pós-Graduação em Direito, sem cujo incentivo de todos os dias eu não teria chegado até aqui.
- Aos meus **alunos** da graduação, única razão pela qual eu ainda acredito.

## RESUMO

O direito do trabalho hipertrofiou-se: transitou do chão da fábrica para o serviço público. Protege não apenas o trabalhador hipossuficiente, mas qualquer trabalhador empregado, do analfabeto ao pós-graduado, do tipicamente subordinado àquele sem qualquer traço aparente de subordinação, do ostensivamente dependente do emprego, àquele em relação ao qual é o empregador o dependente, especialmente no aspecto técnico; do minimamente assalariado, no limite da subsistência, ao regamente assalariado, apto a situação patrimonial invejável. A ideia de hipossuficiência, intrínseca ao genoma desse direito novo, foi substituída pela de vulnerabilidade e esta se relativiza entre a absoluta, própria ao hipossuficiente, dos, ainda, milhões de trabalhadores existentes no mundo do trabalho, e a quase imperceptível ou inexistente, encontrada entre altos executivos regamente remunerados ou profissionais altamente qualificados que rejeitam a condição de empregados enquanto prestam serviços, mas não hesitam, quando já livres da possibilidade concreta de sujeição ao poder diretivo daquele que os contratou, uma vez findos os contratos, em postular judicialmente direitos decorrentes da relação de emprego. Agrega-se, a esse contingente de trabalhadores tão diversificados, o servidor público, e aqui a dificuldade de aplicar o direito do trabalho, tal como idealizado para o operário do chão da fábrica, não está no pólo empregado, mas nas peculiaridades do empregador, diante da total incompatibilidade dos princípios que regem a Administração Pública e aqueles que protegem o trabalhador. Vislumbramos o paradoxo de um direito de índole protetora do trabalhador hipossuficiente fechado para milhões de trabalhadores nessa mesmíssima condição econômica, mas não empregados, que dele permanecem excluídos por não prestarem trabalho sob subordinação clássica, enquanto trabalhadores privilegiados, sem qualquer traço de hipossuficiência, mas empregados, dele se servem para obter os direitos garantidos na lei, sob o manto da indisponibilidade e dos princípios da proteção e da irrenunciabilidade idealizados em favor do trabalhador hipossuficiente. Nesse complexo contexto a autonomia da vontade ganha contornos multifacetados e está a exigir olhar diferenciado, à luz da ponderação de princípios e normas e diante de cada caso concreto, ora a exigir a aplicação da do direito tuitivo com toda a sua carga de valores e princípios históricos, ora a abrir espaço para a liberdade na medida em que ela pode ser e deve ser exercida.

## ABSTRACT

Labor Law is hypertrophied: it moved from factory floor to public service. Not only does it protect the hyposufficient worker but also any employed worker, from the illiterate to the post-graduated, from the typically subordinated worker to the one without any apparent trace of subordination, from the highly dependent on the job to the one who the employer is the real dependent on, especially concerning technical aspects; from the one who earns very little, being on the edge of subsistence to the handsomely paid one, eligible to an enviable financial situation. The idea of hiposufficiency, intrinsic to the genome of this new law, has been replaced by this idea of vulnerability, which is relativized between the absolute, characteristics of the hyposufficient; of, still, millions of workers at work, and the almost imperceptible or absent one, frequently found among handsomely paid senior executives or highly skilled professionals who reject the status of employees while providing services, but do not hesitate when they are free from the real possibility of subjection to the governing law from those who have hired them, but once contracts end, they do not hesitate to present their legal rights concerning the previous employment relationship. Joining this group of workers that is so diverse, we find the civil servant. Here, the difficulty of enforcing labor law as designed for the worker on factory floor does not rely on employees, but on employer's peculiarities concerning the total incompatibility of principles that rule Public Administration and those that protect workers. We see the paradox of a protective right for the hyposufficient worker unable to reach millions of workers in this very same economic condition, but not to employees, who remain excluded for not providing service under the typical subordination, while privileged workers, without any trace of hiposufficiency, but employed, use it to obtain the rights guaranteed by law, under the cloak of unavailability and of the principles of protection and non-waving of rights, created in favor of hyposufficient workers. In this complex context, freedom of choice gains multi-faceted contours and it is demanding a different look, considering principles and standards concerning each particular case, sometimes requiring the application of protective law with its entire set of values and historical principles, other times making room for freedom as it can be and must be exercised.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>I CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO</b> .....	14
<b>1 VISÃO GERAL</b> .....	14
<b>2 RETROSPECTO HISTÓRICO</b> .....	16
2.1 ANTECEDENTES REMOTOS.....	16
2.1.1 Direito romano.....	16
2.1.2 Direito canônico.....	17
2.2 ANTECEDENTES PRÓXIMOS.....	18
2.2.1 A doutrina de Charles Doumolin.....	18
2.2.2 O direito natural.....	19
2.2.3 A autonomia da vontade enquanto dogma basilar do direito moderno.....	21
<b>3 QUESTÃO CONCEITUAL</b> .....	27
3.1 ABORDAGEM GERAL.....	27
3.2 DIVERSOS ENFOQUES DA AUTONOMIA PRIVADA.....	31
3.3 LIBERDADE DE CONTRATAR.....	35
3.4 SÍNTESE CONCEITUAL.....	37
<b>4 RAREFAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE A PARTIR DA SEGUNDA FASE DO DIREITO MODERNO</b> .....	38
<b>II DIREITO DO TRABALHO E AUTONOMIA DA VONTADE</b> .....	42
<b>1 FASE DA CONQUISTA, A CAMINHO DA IGUALDADE</b> .....	42
1.1 ANTECEDENTES: A CONSCIÊNCIA DE CLASSE E AS PRIMEIRAS BRECHAS NO ESPAÇO DA LIBERDADE.....	42
1.2 AUTOPROTEÇÃO E AUTONOMIA COLETIVA.....	46
1.3 FASE DA AFIRMAÇÃO: DIREITO À IGUALDADE.....	56

<b>2 FASE DA AUTONOMIA E DA CONSOLIDAÇÃO DE UM DIREITO DO TRABALHO DE PROTEÇÃO</b> .....	62
2.1 EMERGÊNCIA DO “DIREITO NOVO” MARCADAMENTE PLURALISTA.....	62
2.2 HETEROPROTEÇÃO E ANULAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL: MÁXIMA EFICÁCIA DO CONTRATO MÍNIMO LEGAL .....	74
<b>3 O PORQUÊ DE SE PROPOR DISCUSSÃO EM TORNO DE UM DIREITO DO TRABALHO ABERTO À PONDERAÇÃO, MAS NÃO FLEXÍVEL</b> .....	86
3.1 GIGANTISMO E CRISE DO DIREITO DO TRABALHO.....	86
3.1.1 O impacto do direito novo nas relações privadas.....	86
3.1.2 O dilema do tratamento igual de trabalhadores profundamente desiguais .....	89
3.2 EM BUSCA DE UM DIREITO FIEL AOS SEUS PRINCÍPIOS NA MEDIDA DA SUA UNIVERSALIDADE.....	98
<b>4 EXCLUSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DO ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA DO DIREITO DO TRABALHO</b> .....	108
<b>III PROPOSIÇÃO DE UM DIREITO DO TRABALHO RECONSTRUÍDO A PARTIR DA AUTONOMIA DA VONTADE PROTEGIDA</b> .....	113
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	117

## INTRODUÇÃO

Esse estudo não tem caráter flexibilizador de princípios, nem se propõe a desregulamentar o arcabouço normativo do direito do trabalho,<sup>1</sup> impregnado de ordem pública, única forma de garantir o mínimo de igualdade substancial, indispensável ao trabalho decente e à garantia de vida digna de quem dele retira a única ou principal fonte de subsistência.

Justiça, que Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, definia como a virtude perfeita, foi captada, na sua dimensão transcendente por Hans Kelsen, no seu magnífico “O que é Justiça?”,<sup>2</sup> ao buscar a definição de uma ordem justa como aquela capaz de regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos e todos encontrarem, sob ela, felicidade. Essa felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social tem o traço objetivo-coletivo, nunca subjetivo-individual, de modo que “por felicidade, somente poderemos entender a satisfação de certas necessidades

---

<sup>1</sup> Segundo Uriarte, a flexibilização do direito do trabalho pode ser definida como “a eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa.” Em linhas gerais, apresenta-se sob a forma de desregulamentação, pela ação do legislador, através da derrogação de benefícios trabalhistas preexistentes, ou da sua substituição por outros inferiores (flexibilização heterônoma); da prescindência da proteção da lei pelo “garantismo coletivo”, através da negociação coletiva (flexibilidade autônoma) e desta pela negociação individual, que significa, praticamente, a garantia do retorno ao simples contrato de adesão, e, ainda pela chamada “flexibilidade jurisprudencial”, através da ação dos tribunais do trabalho, que na falta de uma mudança legislativa, modificam sua orientação “para interpretações desreguladoras ou mais favoráveis ao empregado” (vide, Súmula nº 294 do Tribunal Superior do Trabalho que, ao alterar a orientação anteriormente consagrada na Súmula nº 168 e proclamar a possibilidade da prescrição do fundo do direito, praticamente tornou inócua a proteção contra as alterações contratuais lesivas do art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho). (URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTR, 2002. p. 13-7)

Embora não constitua o objeto desse estudo, não é demais lembrar que a flexibilização do direito do trabalho constitui um dos reflexos da profunda crise desencadeada com o processo de desorganização do capitalismo, impactado pelas profundas e notórias transformações ocorridas a partir da segunda metade do Século passado, especialmente nas suas últimas décadas, do qual, entre outras conseqüências, resultou no discurso da perda da “centralidade do trabalho”, fenômeno tão bem destacado na obra de Dorneles, embora os valores e a lógica capitalista ainda perdurem. Daí a advertência de que, se esses valores ainda perduram, “a ideia de uma sociedade do trabalho em hipótese alguma pode ser descartada. A efetiva passagem para uma sociedade do não trabalho, portanto, apenas se daria com a criação de mecanismos concretos de integração social daqueles que detêm como única forma de acesso à renda a inserção no mercado de trabalho.” (DORNELES, Leandro Amaral D. de. *A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTR, 2002, p. 125)

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 2-3.

reconhecidas como tais pela autoridade social”, exemplificativamente, “alimentação, vestuário, moradia e equivalentes”. Acrescentaríamos, também, “trabalho”, como, aliás, o garante, nossa Constituição, entre os direitos sociais nela assegurados, em seu art. 6º. A humanidade tem perseguido essa ideia de Justiça ao longo dos milênios. A percepção de determinados valores e a apreensão gradativa de comportamentos intuitivos afirmadores desses valores, que comumente chamamos de princípios, tem pautado o direito em busca de uma concretização da ideia de Justiça. As normas estão na ponta desse processo e quando resultantes da efetiva e correta apreensão dos princípios, constituem a síntese que instrumentaliza a felicidade de caráter objetivo-coletivo.

O Estado Moderno nasceu sob o signo da Liberdade e a partir da percepção desse valor erigiram-se os direitos civis, espaços individuais irredutíveis, com comando restritivo à atuação do Estado. Levados esses postulados às últimas consequências, já em seu primeiro século, o Estado Liberal Burguês foi sacudido pelos movimentos sociais e descobriu-se que o exercício da liberdade pressupunha igualdade em seu sentido substancial, e concluiu-se que somente o Estado seria capaz de implementá-la, através de normas impositivas e de caráter protetor dos mais fracos. Essa igualdade idealizada nos movimentos sociais do século XIX brotou no veio das relações econômicas. Nesse campo emergiu o “Direito Novo”, impregnado de proteção ao hipossuficiente na relação de trabalho. “Direito Novo” porque precursor da intervenção do Estado nas relações econômicas, contestador do dogma da autonomia da vontade, então vigente no direito privado. Hoje, a igualdade substancial transcende as diferenças econômicas e impregna-se da visão do ser humano e sua dignidade intrínseca. Essa dignidade pressupõe, sim, os direitos de liberdade, mas exige se implementem os direitos de igualdade, consubstanciados em bens indispensáveis à vida digna: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, seguridade social, maternidade, infância e velhice protegidas são condições materiais essenciais ao exercício da liberdade e sem as quais não há Justiça porque impossível o acesso à felicidade que, intrinsecamente, todo homem deve ter.

Detemo-nos no trabalho, direito subjetivo público que exige do Estado que faça, implemente políticas capazes de proporcionar a todos o acesso ao trabalho, seja por conta própria, seja por conta alheia. No campo específico do trabalho por

conta alheia, o direito do trabalho constitui uma dessas políticas de Estado, voltada não só à proteção do trabalhador, mas à garantia de emprego.

Esse direito do trabalho hipertrofiou-se: transitou do chão da fábrica para o serviço público. Protege não apenas o trabalhador hipossuficiente, mas qualquer trabalhador empregado, do analfabeto ao pós-graduado, do tipicamente subordinado àquele sem qualquer traço aparente de subordinação, do ostensivamente dependente do emprego, àquele em relação ao qual é o empregador o dependente, especialmente no aspecto técnico; do minimamente assalariado, no limite da subsistência, ao regimento assalariado, apto a situação patrimonial invejável. A ideia de hipossuficiência, intrínseca ao genoma desse direito novo, foi substituída pela de vulnerabilidade e esta se relativiza entre a absoluta, própria ao hipossuficiente, dos, ainda, milhões de trabalhadores existentes no mundo do trabalho, e a quase imperceptível ou inexistente, encontrada entre altos executivos regimento remunerados ou profissionais altamente qualificados que rejeitam a condição de empregados enquanto prestam serviços, mas não hesitam, quando já livres da possibilidade concreta de sujeição ao poder diretivo daquele que os contratou, uma vez findos os contratos, em postular judicialmente direitos decorrentes da relação de emprego. Agrega-se, a esse contingente de trabalhadores tão diversificados, o servidor público, e aqui a dificuldade de aplicar o direito do trabalho, tal como idealizado para o operário do chão da fábrica, não está no pólo empregado, mas nas peculiaridades do empregador, diante da total incompatibilidade dos princípios que regem a Administração Pública e aqueles que protegem o trabalhador.

Vislumbramos o paradoxo de um direito de índole protetora do trabalhador hipossuficiente fechado para milhões de trabalhadores nessa mesmíssima condição econômica, mas não empregados, que dele permanecem excluídos por não prestarem trabalho sob subordinação clássica, enquanto trabalhadores privilegiados, sem qualquer traço de hipossuficiência, mas empregados, dele se servem para obter os direitos garantidos na lei, sob o manto da indisponibilidade e dos princípios da proteção e da irrenunciabilidade idealizados em favor do trabalhador hipossuficiente.

Nossa experiência profissional de mais de três décadas, na magistratura e, posteriormente, na advocacia em casos emblemáticos, dos quais destacamos três ao longo desse estudo, autoriza-nos a questionar até onde é possível cogitar de efetiva Justiça no tratamento igual, fundado na aplicação mecânica dos dispositivos

do contrato mínimo legal – núcleo duro do direito do trabalho – de trabalhadores tão desiguais, especialmente quando estivermos diante dos atos volitivos desses trabalhadores. Daí termos nos inclinado a questionar até que ponto é possível medir o peso da autonomia da vontade nas relações individuais de trabalho, desafio que nos instiga desde o primeiro caso enfrentado, há décadas, ainda como juíza do trabalho de primeiro grau.

Para cumprir tal desiderato, propomo-nos a uma incursão introdutória na qual nos detemos na construção do instituto da autonomia da vontade, desde seus antecedentes remotos no direito romano e no direito canônico, e seus antecedentes próximos, fixando-nos na doutrina de Charles Doumolin e no direito natural, para chegarmos à sua consagração enquanto instituto basilar do direito moderno. Em seguida, dedicamo-nos ao estudo conceitual da autonomia da vontade à luz da doutrina, dos diversos enfoques da autonomia privada, com destaque especial à autonomia coletiva e à liberdade de contratar, especialmente no aspecto da sua limitação a partir da segunda fase do direito moderno, mais precisamente, na pós-modernidade.

A segunda parte desse trabalho é dedicada à autonomia da vontade no direito do trabalho e diz respeito à tese por nós defendida, dividida em quatro subtítulos. O primeiro é dedicado à fase da conquista da igualdade, com a emergência da autonomia coletiva e o exercício da autoproteção alicerçada na consciência de classe dos trabalhadores. O segundo é dedicado à fase da autonomia e da consolidação do direito do trabalho marcadamente pluralista, dito como o “direito novo”, de heteroproteção e anulação da autonomia individual e máxima eficácia do contrato mínimo legal. O terceiro está voltado à discussão em torno das razões de se propor discussão em torno de um direito aberto à ponderação no caso concreto, sem que tal implique torná-lo flexível em seus princípios e normas. Nesse tópico, com ênfase à linha preconizada por Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios*, e às novas diretrizes traçadas por Piero Perlinguieri, ao ombrear o legislador e o aplicador na construção da norma jurídica, sustentamos serem, os dispositivos legais de ordem pública, reguladores do contrato mínimo legal, pontos de partida, dos quais resultará, mercê da interpretação a eles dada na casuística, a norma aplicável ao caso concreto e nesse ato de reconstruir o direito aplicável, será possível, considerados os princípios ou dispositivos legais eventualmente em oposição, ou as circunstâncias de fato ou pessoais do trabalhador, também

“ponderar” o ato volitivo. A instrumentalização dessa forma de manter o direito do trabalho fiel aos seus princípios, na medida da sua universalidade e adequado à realidade multifacetada que, hoje, constitui o seu universo de aplicação, serão, segundo nossa proposta, cláusulas gerais que autorizem o juiz do trabalho a avaliar, *in concreto*, o peso da autonomia da vontade no contrato individual de trabalho. O quarto subtítulo da segunda parte desse estudo é dedicado ao serviço público, no qual propomos sua exclusão do campo de incidência do direito do trabalho, com a instituição de contrato de trabalho com o Estado regido pelo direito administrativo, segundo os princípios regentes dessa área do direito público. Conquanto tal proposta constitua verdadeiro tema para nova tese, consideramos indispensável que, no mínimo, constitua referência no contexto desse estudo porque envolve um dos aspectos do contrato de trabalho que mais tem contribuído para deturpar a estrutura axiológica do direito do trabalho.

Ao final, traçamos quadro conclusivo, no qual como síntese de nossas reflexões, vamos a busca de um direito do trabalho reconstruído como instrumento de Justiça, a partir da autonomia da vontade protegida, na qual todo trabalhador tenha a proteção adequada, na medida exata de seu espaço de liberdade.

Carmen Camino  
Porto Alegre, dezembro de 2010

## I CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO

### 1 VISÃO GERAL

Historicamente, a autonomia da vontade e o direito do trabalho têm em comum o fato de serem de construção recente, frutos das multifacetárias consequências que a Revolução Francesa de 1789 determinou no cenário dos três últimos séculos. A primeira, erigida a verdadeiro dogma no bojo do individualismo jurídico, passou a presidir as relações privadas sob a égide da liberdade e do princípio segundo o qual quem diz contratual diz justo. O segundo, na reação a tal princípio, na emergência dos direitos sociais, sob o signo da igualdade. Daí, a lição tantas vezes ouvida segundo a qual no Século XVIII nasceram os direitos de liberdade, em cujo cerne está a autonomia da vontade, e no Século XIX emergiram os direitos sociais, de compensação das desigualdades.

Voltemos, por ora, nosso olhar para o instituto que constitui o ponto principal de nossa reflexão.

A visão do “novo homem”, “sujeito de direitos pelo simples fato de ser homem”, firmado na “originariedade do *cives* perante o Estado”, em contraposição ao preceito vigente no *Ancien Régime*, segundo o qual a cidadania era um estado consentido pelo monarca, trouxe intrínseca a liberdade de contratar, fundada na autonomia da vontade.<sup>3</sup>

Contudo, a recomendar exame abrangente, os ordenamentos jurídicos mais remotos, sem a ênfase dada no direito moderno, também se ocuparam da vontade humana. E não é dado, a quem deseje percorrer tal seara, olvidar o legado das escolas estatutárias, com destaque ao grande jurisconsulto do século XVI, Charles Dumoulin, tido por muitos como o verdadeiro pai da teoria da autonomia da vontade e, especialmente, à obra de Immanuel Kant, expoente máximo do Iluminismo, cujas concepções em torno da liberdade enquanto direito inato do homem fundamentaram a corrente do direito natural e o ideário dos movimentos revolucionários que, no século XVIII, varreram o mundo ocidental.

---

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 76-9.

A Revolução Francesa de 1789, “no seu breve e tumultuado processo político, revelou, numa espécie de prólogo alucinante, todas as ‘faces culturais’ que a experiência jurídica universal viria a assumir durante dois séculos, não sendo exagero dizer que ainda continuamos a viver sob os signos de Mirabeau, Danton, Robespierre e Napoleão, ou, no plano das ideias, sob o influxo do pensamento de Voltaire, Rousseau, Babeuf e Montesquieu”.<sup>4</sup> Constitui o divisor de águas a estabelecer concepções nitidamente distintas acerca da vontade humana no âmbito do direito.

Mais remotamente, à luz do direito romano e do direito canônico, vislumbramos enfoque objetivo dos efeitos dos atos de vontade humana, profundamente impregnado do sentimento religioso que, nesses ordenamentos, ainda permeava o direito.

No século XVI, as reflexões de Dumoulin, desdobradas nas escolas estatutárias que o sucederam, anteviram a vontade como fonte geradora de situações jurídicas.

No século XVIII pontificou a Escola o Direito Natural. A vontade humana libertou-se definitivamente das influências extrínsecas, em especial as de fundo religioso, e sua autonomia passaram a ser proclamada como princípio e fonte de direito.

A autonomia da vontade, tal como hoje a conhecemos, é instituto concebido no direito moderno, nasce e se fortalece no ideário de liberdade, norte do individualismo jurídico e do liberalismo econômico e, já no início do século XX, começa a experimentar os primeiros reflexos dos postulados de igualdade, com a emergência dos chamados direitos sociais, ditos de segunda dimensão.

O direito do trabalho surge como um “direito novo”, de compensação de desigualdades, com intensa atuação do Estado e de feição pluralista, antecipando a tendência acentuada, nas três últimas décadas da centúria recém findada, de profundas implicações na autonomia da vontade, especialmente, na visão predominantemente individualista, de novas modalidades contratuais, os chamados “contratos de massa” e os contratos coletivos.

---

<sup>4</sup> REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 93-5.

Para o único fim de ordenar a exposição, dividimos esse breve estudo histórico em três partes:

- a primeira, voltada ao direito romano e ao direito canônico, que situamos nos antecedentes históricos remotos, em período no qual a vontade humana não ocupou papel relevante no direito, prestando-se muito mais a reflexões de ordem filosófica e religiosa;
- a segunda, voltada aos antecedentes próximos, à luz da teoria de Dumoulin e, em especial, das ideias de Kant;
- a terceira, voltada ao nascimento e a evolução da ideia de autonomia da vontade no direito moderno cujas três fases, sistematizadas por Reale,<sup>5</sup> coincidem com as diversas dimensões de enfoque do instituto: a primeira, iniciada com a Revolução Francesa de 1789, até fins do século XIX, marcada pela ideia de liberdade, com a exacerbação da autonomia individual; a segunda, a partir do início do século XX, sob o impacto dos direitos de igualdade, com evolução durante, aproximadamente, suas seis primeiras décadas; a terceira, iniciada nos anos setenta do século passado e em pleno desdobramento, em tempos de apregoada pós-modernidade.

## 2 RETROSPECTO HISTÓRICO

### 2.1 ANTECEDENTES REMOTOS

#### 2.1.1 Direito romano

O direito romano não registra qualquer ênfase à autonomia da vontade, tal como hoje a identificamos, à luz dos postulados do individualismo jurídico dos séculos XVIII e XIX.

Embora os romanos dessem atenção ao *pactum* ou *conventio*, a partir da manifestação da vontade livre, ou, mais precisamente, de um “poder de determinação volitiva”,<sup>6</sup> não a consideravam relevante nos aspectos da validade e da

---

<sup>5</sup> REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 93-113.

<sup>6</sup> SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. São Paulo: Forense, 1999. p. 7.

eficácia das relações contratuais, decorrentes, substancialmente, da observância rigorosa de rituais e de requisitos formais, estes sim aptos a validar a pactuação.

Tinham, os romanos, a exemplo dos demais povos da época,<sup>7</sup> uma noção diversa do ato volitivo, ao qual o sujeito ficava vinculado por fatores religiosos ou de ordem sociopolítica.

Sob esse aspecto, honrava-se a palavra dada. O conceito de contrato perpassava por uma perspectiva objetiva, formal. Tal não afasta concluir pela necessidade de registro da presença da vontade humana nas relações jurídicas com alguma ênfase, reconhecida à época.

Nos limites do formalismo e da necessidade de seguirem-se à risca os rituais que validavam a contratação, poder-se-ia vislumbrar um germe (mais especificamente uma consequência) da autonomia da vontade na obrigatoriedade dos pactos.<sup>8</sup>

Daí, a discussão doutrinária que não aceita pacificamente a tese da irrelevância da autonomia da vontade no direito romano. Parte dela visualiza “na relação de forças entre o disposto na *lex* e as instituições do *ius* (incluindo aqui os atos jurídicos) um conceito de autonomia da vontade bastante semelhante ao atual, como espaço reservado para a autodeterminação dos indivíduos”.<sup>9</sup>

### 2.1.2 Direito canônico

O restrito formalismo e o apego aos rituais, próprios ao direito romano, cederam espaço mais generoso, no direito canônico medieval, à autonomia da vontade, à qual reservado papel preponderante na promessa, tomada em sua força intrínseca (“força obrigatória por ela mesma”).<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Caldeus, egípcios e chineses, consoante relatado por Hans Wehberg, em digressão sobre o princípio *pacta sunt servanda apud* SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. São Paulo: Forense, 1999. p. 7.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>9</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 40. Na referida obra, destaca-se a controvérsia doutrinária, segundo o ensinamento de Puig Peña, acerca dos institutos do *pactum* ou *conventio*.

<sup>10</sup> *Id.*

A obrigação jurídica passou a ter no pacto, não apenas o seu nascedouro, mas, como fruto do ato humano, o fundamento da obrigação, dando ao contrato o status de categoria jurídica, de instrumento abstrato de força vinculante. Mas, ainda era predominante o caráter religioso da vinculação, a ponto de se proclamar a santidade dos contratos. Os contratos eram feitos sob juramento e caía em pecado quem os descumprisse.

No aspecto, é importante trabalhar com os conceitos de autonomia e heteronomia, tão bem delineados por Ferri:<sup>11</sup> antinômicos, os dois conceitos se completam e permitem a adequada compreensão de cada um. A autonomia privada concebida no direito canônico, ainda que em perspectiva menos restrita do que aquela do direito romano tem em comum com este último a dependência de fatores externos (heteronomia), consubstanciados no temor a Deus. Vale dizer: embora presente na origem (direito romano) ou até admitida como fator determinante do efeito vinculativo dos contratos (direito medieval), não era da exclusiva vontade dos sujeitos envolvidos na pactuação que emergia a sua força, mas de algo dela transcendente, de conteúdo religioso e não jurídico. Preponderava a visão objetiva dos efeitos dos atos de vontade, alicerçada em força extrínseca, consubstanciada no temor a Deus.

## 2.2 ANTECEDENTES PRÓXIMOS

### 2.2.1 A doutrina de Charles Dumoulin

Na obra do grande jurisconsulto do século XVI é possível detectar a gênese conceitual da autonomia da vontade, a ponto de se lhe atribuir o galardão de seu legítimo fundador.<sup>12</sup>

A partir de um caso concreto, em torno de conflito de leis aplicáveis ao regime de bens na constância do casamento, Dumoulin demonstrou que à união entre marido e mulher estabelecida pelo costume vigente (no caso, em Paris) estendiam-se também os bens existentes na jurisdição de direito escrito. Isso porque a união,

---

<sup>11</sup> FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Trad. Luis S. Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

<sup>12</sup> STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade – direito interno e internacional*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2000.

ainda que estabelecida pelo direito consuetudinário, nascera em razão do consentimento dos cônjuges. Daí, a ideia de que a vontade dos contratantes, “lei do contrato”, implica o poder de determinar, eles próprios, as leis que devem reger a validade dos efeitos. A partir dessa concepção da força da vontade dos cônjuges na determinação da lei aplicável ao regime matrimonial, consagrou-se a orientação da doutrina francesa do direito internacional privado atual.

A revolucionária concepção de Dumoulin representou um duro golpe no princípio da territorialidade dos costumes e suscitou, por mais de dois séculos, intensos debates nas escolas estatutárias que se sucederam. A exata compreensão do seu conteúdo ainda é causa, até os nossos dias, de discussão doutrinária.<sup>13</sup>

A partir do mesmo tema, Dumoulin sistematizou uma teoria geral da lei competente nos contratos, passando a afirmar que “o costume num contrato não intervém como lei pública, mas como lei privada e querida, não devendo, portanto, estar submetido à regra estrita da territorialidade.”<sup>14</sup>

O mérito de Dumoulin reside no fato de ter sido ele “o primeiro jurisconsulto a formular, em termos expressos, a ideia de autonomia” e a perceber que essa ideia “tinha o valor de um princípio.”<sup>15</sup>

### 2.2.2 O direito natural

A consciência do valor da pessoa humana, mais especificamente, da personalidade, resulta de longo processo histórico, ainda em pleno desdobramento, materializado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1848.

Sem dúvida, a corrente do direito natural ensejou o mais profícuo debate em torno desse valor, travado entre as suas duas grandes correntes: a do direito natural transcendente e a do direito natural transcendental.

---

<sup>13</sup> CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. II, 1956. p. 162. Também citado e, em parte, contestado, por STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade – direito interno e internacional*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2000.

<sup>14</sup> STRENGER, id., p. 92.

<sup>15</sup> Ibid., p. 100.

A primeira corrente, alicerçada num conceito substancialista de pessoa,<sup>16</sup> sustenta estar, a experiência histórica, alicerçada em valores eternos, inerentes à racionalidade intrínseca do ser humano, e consiste numa tentativa nunca acabada de deles se aproximar. Manifesto, segundo Reale, o sentido implicitamente religioso do direito natural transcendente, porque inseparável da ideia de homem criado por Deus, à sua imagem e semelhança, e por isso, dotada, ab origine, de dignidade intocável.<sup>17</sup>

A segunda corrente tem profunda influência do pensamento de Immanuel Kant e foi a que, efetivamente, teve maior reflexo no direito.

Da ênfase da pessoa humana, como condição transcendental de possibilidade da experiência jurídica, da máxima “tu deves, logo tu podes”, resulta a natural igualdade das pessoas entre si, a fim de que todas possam cumprir com o seu dever.<sup>18</sup> Deixadas de lado as resistências ao pensamento de Kant, a ele devemos

... o reconhecimento de que o homem, enquanto homem, mesmo tomado como simples possibilidade de realizar-se na sociedade e no Estado, já possui um valor infinito, sendo condição de toda a vida ética, da jurídica inclusive.(...) Imerso no mundo das coisas sensíveis, mas, apesar de tudo, superior a ele, por abrangê-lo com o seu pensamento, o homem põe-se como **personalidade**, sujeito a uma ordem que não é a ordem das coisas mesmas. Como tal, personalidade é **liberdade**, é independência em relação ao mecanismo de toda a natureza, sendo, assim, o homem um ser pertencente a dois mundos que nele se tocam, o mundo profano que nos oprime e o mundo moral que nos emancipa: ‘O homem é sim bastante profano, mas a humanidade, na sua pessoa, torna-o sagrado’.<sup>19</sup>

As ideias de Kant trouxeram ao direito o substrato filosófico necessário à libertação da vontade das influências heterônimas, em especial as de fundo religioso. A pessoa humana passou a ser vista como um “ente de razão”, ela mesma uma fonte de direito através da sua vontade. A autonomia da vontade passou a ser “o único princípio de todas as leis morais e dos deveres que lhes correspondem”.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> “Pessoa é substância individual de natureza racional” (São Tomás de Aquino *apud* REALE, Miguel. Nova fase do direito moderno. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 60).

<sup>17</sup> REALE, Id.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>19</sup> Id.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 60.

Na Alemanha, a influência do pensamento kantiano ensejou a sistematização do direito e dos conceitos jurídicos e a vontade manifestada sem vícios passou a ser proclamada como a verdadeira fonte dos contratos, apta a legitimar, por si mesma, os direitos e as obrigações deles resultantes. O dogma da liberdade contratual que iria influenciar profundamente a corrente do individualismo jurídico, com a elevação do contrato ao status de “lei entre as partes”, nasce do pensamento kantiano que influenciou profundamente o jusnaturalismo.

A síntese retirada dessa digressão aos primórdios do instituto da autonomia da vontade nos permite concluir:

1º - Na antiguidade, reconhecia-se um poder de determinação volitiva na gênese dos contratos, sem, contudo, emprestar-lhe relevância enquanto fonte vinculante de direitos e obrigações. Os requisitos de validade e eficácia eram formais, de observância rigorosa, no direito romano. A manutenção da palavra dada decorria de fatores religiosos ou de ordem sociopolítica, extrínsecos ao âmbito das relações jurídicas.

2º - No direito canônico medieval, embora atribuída à vontade dos sujeitos contratantes força vinculante intrínseca, geradora de direitos e obrigações, esta decorria de vínculo religioso e não jurídico. As obrigações eram assumidas sob juramento. O perjuro era tido como pecado, com a sanção da danação da alma. A cogência dos contratos dava-se de forma heterônoma.

3º - À luz do direito romano e do direito canônico, não se pode falar em autonomia da vontade enquanto princípio jurídico obrigatório.

4º - A ideia da autonomia da vontade enquanto princípio surgiu no século XVI, com a doutrina de Charles Dumoulin.

5º - O direito natural, na esteira da filosofia kantiana, consagrou a ideia transcendente da pessoa humana e a intrínseca relação entre a personalidade e a liberdade e ensejou o reconhecimento da liberdade de contratar como natural ao homem, somente passível de ser restringida pela vontade do próprio homem. Foram firmados aí os alicerces sobre os quais construída a autonomia da vontade como uma das pedras angulares do direito.

### 2.2.3 A autonomia da vontade enquanto dogma basilar do direito moderno

Para o exame dos aspectos situados na modernidade, iremos nos socorrer, fundamentalmente, da obra de Reale, desdobrada em três momentos históricos sucessivos, marcados por eventos significativos, ainda que simbólicos, porquanto impossível “fixar cortes absolutos entre os diversos momentos do processo cultural”.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 102.

As sementes lançadas por Immanuel Kant frutificaram na fertilidade dos ideários da Revolução Francesa de 1789, manancial infinito de diversas correntes de pensamento e de diretrizes ideológicas, inclusive, conflitantes.<sup>22</sup> Há convergência, contudo, quanto a um fenômeno social irrefutável: o triunfo da burguesia liberal e, como decorrência, do individualismo jurídico e do liberalismo econômico.

As profundas alterações no plano jurídico ensejaram o nascimento de um novo direito, no bojo do qual a autonomia da vontade viveu seu apogeu, que se esvanece após a 1ª Guerra Mundial, quando o individualismo oitocentista cede lugar ao Direito Social, “num amplo espectro que vai desde moderadas revisões, como as do chamado ‘dirigismo contratual’, até soluções extremadas do tipo bolchevista, com a apregoada vitória do comunismo proletário”.<sup>23</sup>

O direito moderno emerge, portanto, com a Revolução Francesa de 1789.

No desdobramento desse fato histórico de extraordinária repercussão, podemos identificar três fases do direito moderno, projetados de Reale:

1ª Fase - Inicia-se com a Revolução Francesa e estende-se até a última década do século XIX.

2ª Fase - Tem seu início na primeira década do século XX e desdobra-se, aproximadamente, até a década de sessenta.

3ª Fase - Estabelece-se na década de setenta e encontra-se em pleno desdobramento.

Essas três fases do direito moderno coincidem com fatos marcantes no aspecto tecnológico e aquilo que chamaremos de ideologia dos diversos campos do pensamento humano, com profundas repercussões no direito.

No início da sua primeira fase, podemos detectar o período pré-legal da autonomia da vontade, que antecede a promulgação do Código de Napoleão, em 1804, marcado pelo “absolutismo da concepção subjetivista”, no qual se preconizava a vedação do Estado de ir além de limites que pudessem importar restrição ao exercício da liberdade individual ainda que para assegurar a liberdade coletiva ou social.

---

<sup>22</sup> “Foi dito, acertadamente, que, se os norte-americanos foram os primeiros a estabelecer uma democracia moderna, os franceses tornaram-se um credo militante. Há, além disso, na Revolução Francesa, um sentido de universalidade que inexiste na Declaração Americana de Independência, cumprindo observar, por outro lado, a riqueza polivalente de motivos e conjeturas atuantes no processo revolucionário de 1789, envolvendo liberalismo, democracia, nacionalismo, anarquismo, socialismo, estatismo, ou seja, todas as diretrizes político-econômicas que iriam agitar o século seguinte até nossos dias.” (REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 74)

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 73.

O espírito dominante era considerar o direito como liberdade de agir, atribuindo-se ao indivíduo a faculdade de desenvolver sua atividade física, intelectual e moral.” Implicava mais, um direito de “querer juridicamente, um direito de poder, por um ato de vontade e, sob certas condições, criar uma situação jurídica.<sup>24</sup>

As premissas do *qui dit contratuel dit juste*, do *laissez-faire*, *laissez-passer* frutificaram e o princípio basilar do contrato enquanto lei entre as partes acabou por ser consagrado no Código de Napoleão.

O direito moderno confrontou-se com seu primeiro impacto a partir de meados do século XIX. A descoberta de meios de utilização industrial do vapor, produzido do carvão mineral, ensejou o fenômeno do “maquinismo” e a questão social no bojo da qual se iniciaram os primeiros movimentos sociais de massa, gênese do chamado “direito social”.

O advento da eletricidade enquanto fonte de energia potencializou extraordinariamente o capital e os instrumentos de produção e consolidou a convicção já madura em favor de melhores condições de vida dos trabalhadores, indispensáveis, não apenas enquanto força de trabalho no processo produtivo, mas na formação de um mercado consumidor.

O domínio do átomo, e conseqüente surgimento de uma nova fonte de energia – a energia atômica – estabeleceu, a par de um inimaginável avanço nas mais diversas áreas do conhecimento humano, uma nova correlação de forças entre as nações, marcadamente a partir do final da II Guerra Mundial, com o horror das bombas lançadas sobre Hiroxima e Nagasaki.

Aliado ao domínio da energia atômica, o avanço da eletrônica, em especial, no campo da cibernética, revolucionou as relações humanas em todos os campos.

As últimas décadas desse século, coincidentes com a terceira fase do direito moderno, estão marcadas pelo que se convencionou chamar de a “crise da pós-modernidade”, que encontra a sociedade globalizada, massificada e estereotipada, onde os valores tradicionais dos povos, preservados no isolamento nas distâncias, com os meios de comunicação instantânea e plenamente acessíveis, são sucessivamente atropelados. Estamos em tempos de “desconstrução” e o direito enfrenta desafio que os mais pessimistas apostam como perdido.

---

<sup>24</sup> STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade* – direito interno e internacional. 2ª ed. São Paulo: LTR, p. 2000. p. 107.

Do texto de Marques, extraímos os traços marcantes dessa era pós-moderna:

- a) Sociedades democráticas, marcadas pelo capitalismo neoliberal extremamente agressivo, a determinar a substituição do Estado pelas empresas, à exacerbação do consumismo e, em contraponto, a profunda exclusão social.
- b) Multiplicidade de culturas e formas, reconhecimento do direito às diferenças e euforia do individualismo e do mercado.
- c) Globalização e “volta ao tribal”.
- d) Comunicações imediatas e de livre acesso.
- e) Insegurança jurídica.
- f) Desemprego em massa.
- g) Perda dos valores da sociedade moderna, consagrados no ideário da Revolução Francesa.
- h) Em *ultima ratio*, profunda crise do Estado do Bem-Estar Social.<sup>25</sup>

Já se prenunciam os elementos da pós-modernidade, detectados, em especial, na doutrina alemã, apontadas por Marques, a partir da construção de Erik Jayme, da Universidade de Heildelberg, que ditarão repercussões importantes no direito: (1) o pluralismo, (2) a comunicação, (3) a narração, (4) o “retorno aos sentimentos” e (5) o resgate dos direitos humanos.

O primeiro revela-se na multiplicidade de fontes legislativas, reguladoras dos mesmos fatos, com a deterioração dos grandes sistemas normativos.<sup>26</sup>

A segunda se expressa na prevalência do discurso através do qual se legitimam todas as ciências, “valor máximo da pós-modernidade”.

A terceira afeta o processo legislativo, com a superação do método tradicional de elaboração das normas, que deixarão de regular condutas para expressar o seu próprio sentido, “normas-objetivo”.

O “retorno aos sentimentos” expressa um fenômeno alinhado com o discurso jurídico tendente a uma certa “emocionalidade”, com a procura de novos paradigmas sociais e ideológicos, que influenciam as decisões judiciais e criam incerteza jurídica.

<sup>25</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91-2.

<sup>26</sup> No campo do direito do trabalho, o exemplo desse complexo fenômeno pós-moderno consubstancia-se na desregulamentação estatal, em favor dos contratos coletivos.

Por fim, o resgate dos direitos humanos, “como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador”.<sup>27</sup>

No campo do direito, em breve registro, as profundas influências que esses avanços determinaram nas relações entre os homens e entre os povos, ensejaram alguns fenômenos importantes que, nesse momento, merecerão apenas breve citação, com o único fito de situar uma espécie de “pano-de-fundo”, retomando as três fases sistematizadas por Reale:

Na primeira fase:

a) Surge o Código Civil na França (1804), um sistema unitário e completo de leis. Conhecido como o Código de Napoleão, seu impacto no mundo jurídico é de tal monta que, durante várias décadas, a função dos juristas fica adstrita à sua exegese e sistematização. Reina, incontestemente, o positivismo jurídico e a experiência francesa marca os países de língua latina e germânica.

b) Ao lado do direito positivo, de inspiração marcadamente francesa, os países da *Common Law*, prestigiam as normas decisórias do Poder Judiciário, sem, contudo, consubstanciar um direito consuetudinário, eis que a força *erga omnes* dos usos e costumes somente emerge das decisões judiciais que os proclamam.

c) Em apertada síntese, é possível vislumbrar, à luz dos dois grandes sistemas jurídicos vigentes, nessa primeira fase, a prevalência de uma ordem jurídica estatal, da preocupação com a norma jurídica, em detrimento da vida do direito e da ciência de um sentido objetivo do direito.

Na segunda fase:

a) Na esteira do fenômeno da “revolta dos fatos contra os códigos”,<sup>28</sup> inicia-se o processo de declínio do modelo jurídico marcadamente individualista. O liberalismo que informara o Estado de Direito dá lugar ao conteúdo social do direito. Adota-se uma nova compreensão da propriedade, que passa a ter função social e a exagerada extensão da autonomia da vontade cede lugar à busca de um equilíbrio socioeconômico. Nessa linha, altera-se a visão do contrato, especialmente nas relações econômicas, com ênfase às entre capital e trabalho.

b) O direito especializa-se, com o surgimento de novas e importantes disciplinas jurídicas: direito do trabalho, direito tributário e direito administrativo. O

---

<sup>27</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 89-95.

<sup>28</sup> GASTON, Morin *apud* REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 103.

primeiro, no bojo da visão social do direito, especificamente nas relações entre capital e trabalho; o segundo e o terceiro, como consequência das crescentes atribuições do Estado.

Na terceira fase:

a) A cibernética determina a “potencialização da memória das normas jurídicas”, tanto no sistema do *Civil Law* como no sistema do *Common Law*. As memórias dos computadores passam a substituir, gradativamente, os códigos, determinando que o jurista passe por um processo de adaptação progressiva a novas metodologias de pesquisa, apontando numa perspectiva de “normas desde logo coordenadas com outras normas de análogo teor”,<sup>29</sup> a implicar modificações na hermenêutica jurídica. Surge a juscibernética.

b) Rompem-se as barreiras ideológicas, após a superação da “Guerra Fria” e o advento de tecnologias com inegável força uniformizante (Internet), daí o fenômeno tão apregoado – e, por vezes, tão mal compreendido – da globalização, em todos os campos.

c) A contraposição entre a livre iniciativa e o intervencionismo estatal determina uma nova visão, mais moderada do social-liberalismo.

d) Emergem os novos valores, reconhecidos pelo direito, da intimidade e da privacidade.

e) Surge o direito ecológico, com preocupação explícita do legislador, fator redutivo da autonomia da vontade.

f) Há superação de alguns dogmas que prendiam o juiz a aspectos formais em detrimento da busca da justiça real e que também repercutem no âmbito da autonomia privada.<sup>30</sup>

g) A preocupação crescente com a regulação das relações de consumo, em decorrência da extraordinária projeção dos contratos de adesão e “de massa” dita um novo olhar sobre o papel da vontade dos contratantes.

---

<sup>29</sup> REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 115.

<sup>30</sup> A título de exemplo: o Código Civil prestigia, em várias de suas passagens, o julgamento por equidade, restritíssimo no código anterior. Na mesma linha, importantes avanços da doutrina podem ser registrados, com destaque à teoria do *disregard of legal personality, or legal entity*. No plano legislativo, essa mesma preocupação já está plasmada no conceito de propriedade expresso na Lei das Sociedades Anônimas e na responsabilidade remanescente nos processos de cisão.

h) Identificam-se esses fenômenos com a “crise da pós-modernidade”, cujos elementos já se fazem notar, com ênfase ao pluralismo jurídico, à prevalência de normas de princípio e tendência ao emocionalismo do discurso jurídico, donde a emergência dos direitos humanos como únicos valores seguros.

Numa síntese, podemos concluir, à luz do panorama histórico antes tracejado em rápidas pinceladas:

a) O instituto da autonomia da vontade encontra campo fértil para seu nascimento e sua consagração nos postulados do individualismo jurídico, produto do ideário da sociedade burguesa afirmada no bojo da Revolução Francesa de 1789, firmando-se como pilar de sustentação do direito moderno, em sua primeira fase.

b) A emergência de movimentos sociais importantes no final do século XIX, alinhadas com o progresso tecnológico, em especial o advento da energia elétrica, determinou a intervenção do Estado, em busca de efetivação da igualdade substancial, com ênfase especial ao proletariado, detentor da força de trabalho e integrante de um mercado consumidor necessário à consecução dos objetivos econômicos, com o nascimento do direito do trabalho. A crescente solicitação do Estado faz surgir o direito tributário e o direito administrativo. Em decorrência, operam-se restrições importantes à autonomia da vontade, tal como concebida na primeira fase do direito moderno.

c) Na dita pós-modernidade, que podemos relacionar a terceira fase do direito moderno, tão bem dissecada por Reale, a autonomia da vontade sofre impacto em pleno processo de assimilação. Nasce o fenômeno da juscibernética e da globalização e dá-se ênfase a novos valores e à preocupação de busca da justiça substancial em detrimento da justiça formal, com prestígio à equidade

### **3 QUESTÃO CONCEITUAL**

#### **3.1 ABORDAGEM GERAL**

Embora erigida a verdadeiro dogma, a autonomia da vontade não encontra unanimidade conceitual.

Sob o ponto de vista da etimologia, autonomia deriva do grego *autonomia* (*autos* – por si próprio + *nomos* – regra) e significa “a faculdade de se governar por

si mesmo; o direito ou faculdade de se reger...”.<sup>31</sup> No plano ético, quer dizer a “propriedade pela qual o homem pretende poder escolher as leis que regem a sua conduta.”<sup>32</sup> Envolve, portanto, um poder de autodeterminação individual, a partir de atributo exclusivo da espécie humana: aptidão para valorar conscientemente.

Iniciemos com a observação de Gherzi que, a partir do ensinamento de Pfander, logra uma síntese feliz, ao destacar a autonomia da vontade, como um fato intuitivamente evidente.<sup>33</sup>

O voluntarismo jurídico é um fenômeno típico do século XIX, no transcorrer do qual nasceu e conheceu seu apogeu, fruto, substancialmente, do pensamento dos juristas alemães.

Em síntese, duas correntes doutrinárias consubstanciaram, num primeiro momento, as tentativas de obter uma explicação científica para o primado da vontade: a Teoria da Vontade, com ênfase ao pensamento de Savigny e Windscheid, e a Teoria da Declaração, cuja construção é devida aos pensamentos de Liebe e Bülow. Mais recentemente, diante da emergência de novas modalidades contratuais, em especial os contratos dito de massa, uma terceira corrente afirma-se na Teoria da Confiança (no sentido de confiabilidade), ainda na Alemanha.

Dediquemos, rapidamente, atenção aos principais postulados de cada uma dessas correntes, à luz do excelente estudo de Pedro Arruda França.

A afirmação mais radical do poder da vontade aninha-se na Teoria da Vontade, segundo a qual “a vontade em si é, por si só, importante e eficaz, mas

<sup>31</sup> HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 236.

<sup>32</sup> Id.

<sup>33</sup> ... *la autonomía de la voluntad es un hecho intuitivamente evidente, necesario del yo, centro en nosotros desde siempre*. (GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires: Astrea, 1990. p. 67)

A propósito, Emílio Betti, rememorando o relato de um navegador veneziano do século XV, Alvise de Cá da Mosto, acerca do comércio de sal que a tribo dos Tegazza mantinha com outras tribos: “Todos aqueles de quem é o sal fazem com ele montes enfileirados, marcando cada um o seu, e em seguida toda a caravana volta meio dia para trás; vem, depois, outra geração de negros que não querem ser vistos, nem falar com os outros e, ao verem, o sal, colocam uma quantidade de ouro junto de cada monte de sal, e voltam para trás, deixando o ouro e o sal; e logo que eles partem, vêm os negros do sal; vêm ver se a quantidade de ouro deixada pelos outros é, em sua opinião, suficiente para comprar a quantidade de sal correspondente. E se a acham suficiente, levam-na, deixando o sal; se não estão de acordo, deixam o ouro e o sal, e retiram-se de novo, esperando que os outros voltem e acrescentem a quantidade de ouro que ainda falta. Depois do que, obtido o acordo, levam o ouro e os outros vêm buscar o sal.” Acresça-se o comentário de Betti: “Em casos desse gênero, não existe, evidentemente, uma ordem jurídica que regule o negócio; e, no entanto, na consciência daqueles que o realizam, ele é reconhecido como plenamente vinculativo.” (BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 1969. p. 89-90)

como fato interior e invisível, precisa de um sinal exterior que a revele, havendo entre esse sinal de quem manifesta a vontade e a sua declaração uma relação não accidental, mas natural.” Em decorrência, “constituem-se os negócios jurídicos pela conjugação de dois elementos: a vontade interna e a declaração da vontade que devem ser, portanto, coincidentes. A vontade interna não é apenas o suporte da declaração, mas a força criadora dos efeitos do negócio jurídico”.<sup>34</sup> A declaração constituiria, nessa linha, apenas de meio pelo qual a vontade chegaria ao conhecimento dos demais. Conseqüentemente, demonstrada divergência entre a vontade e a declaração, decide-se a favor da primeira, donde a regra segundo a qual, na interpretação dos negócios jurídicos, deve-se atender à intenção do declarante.<sup>35</sup>

A largueza atribuída à vontade na Teoria da Vontade encontrou resistência na corrente agasalhada na Teoria da Declaração, à luz da qual “o verdadeiro elemento sobre o qual pode repousar a validade jurídica do ato não se encontra na expressão da vontade, mas em circunstâncias que a fixam.”<sup>36</sup> Aperfeiçoada por Bülow, a Teoria da Declaração acabou por constituir a antítese da Teoria da Vontade, ao afirmar a predominância da declaração sobre a vontade interna.<sup>37</sup>

A Teoria da Confiança, também conhecida como Teoria da Aparência, desloca o enfoque da declaração do seu autor para o outro, dela destinatário. Exprime situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas.<sup>38</sup> Salvo má fé de quem acreditou na verdade aparentemente declarada, atribuem-se efeitos à aparência da vontade. Daí se afirmar que, havendo dissenso entre a

<sup>34</sup> FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 2-3.

<sup>35</sup> BRASIL. No vetusto Código Civil brasileiro (Lei nº 3.071/1916), art. 85: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.” Vejam-se as considerações de Clovis Bevilacqua, em 1940: “Esse preceito é mais do que uma regra de interpretação. É um elemento complementar do conceito de *acto jurídico*. Afirma que a parte essencial ou nuclear do *acto jurídico* é a vontade. É a ella, quando manifestada de acordo com a lei, que o direito dá efficacia.” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, v. I, p. 233)

O contraponto, já em contexto social diverso daquela à luz do qual frutificaram as ideias atreladas à teoria da vontade, pode ser encontrado no art. 47, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” No mesmo sentido, o disposto no art. 4º da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998). Também o art. 423 do Código Civil.

<sup>36</sup> FRANÇA, op. cit., p. 3.

<sup>37</sup> Ibid., p. 6.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: A autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *Revista do Consumidor*, n. 23-24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

vontade interna do declarante e a declaração, o contratante para o qual a vontade foi imperfeitamente declarada tem direito a considerar como firme a declaração que, razoavelmente, podia ser inteligida, mesmo que não tenha sido, a declaração, expressão correta da verdade declarada. Essa nova visão do conteúdo da vontade nos contratos deságua na Teoria do Crédito Social, que empresta valor à aparência da vontade sobre a qual Cláudia Lima Marques dedica parte substancial de sua obra, em especial à luz de um novo cenário no qual se desdobram as relações obrigacionais:

É o elemento social representado pela confiança, ganhando significação. De modo que, pela Teoria da Confiança, hoje majoritária, admite-se a responsabilidade de quem, por seu comportamento na sociedade, fez nascer no outro contratante a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações. (...) Em outras palavras, na nova concepção de contrato, o declarante deve responder pela confiança que o outro contratante nele depositou ao contratar.<sup>39</sup>

Retomando os aspectos históricos antes dissecados, podemos estabelecer íntima relação na evolução da compreensão do conteúdo da vontade nas relações jurídicas: da visão exacerbada e ortodoxa, na esteira de uma postura essencialmente individualista, próprias à primeira fase do direito moderno, as Teorias da Vontade e da Declaração, mesmo que com posições dialeticamente opostas, têm em comum a ode ao voluntarismo. A Teoria da Confiança amolda-se às profundas transformações sociais a partir do final do século XIX e no transcorrer de todo o século XX, no bojo de uma nova concepção de contrato, “uma concepção social (...) para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta.”<sup>40</sup>

Muito mais afeita às mudanças substanciais das relações sociais, em especial a partir da segunda metade do século recém encerrado, a Teoria da Confiança

<sup>39</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 104.

<sup>40</sup> MARQUES, *ibid.*, p. 101. Relevante destacar a nota de nº 220 da autora: o direito do trabalho, nascido no bojo da revolução industrial e cuja universalização nas primeiras décadas do século XX revestiu-se de impressionante rapidez constituiu o primeiro golpe à autonomia da vontade e, se presente, tratar-se, o contrato de trabalho, de um típico contrato de adesão, onde a manifestação da vontade do empregador é praticamente unilateral, à qual o empregado apenas assente (e não “consente”), a teoria da aparência ganha enorme significado. O mesmo se diga em relação aos contratos levados a termo nas relações consumeristas, aos contratos de massa e aos contratos anexos ou conexos.

frutifica numa nova visão do direito, porque, como acentua Neri Junior, é “a teoria que mais satisfaz aos interesses do declarante, declaratório e terceiros de boa-fé”.<sup>41</sup>

Como teremos oportunidade de enfatizar mais adiante, opera-se, ainda na segunda fase da modernidade do direito, a partir dos movimentos sociais no bojo da primeira revolução industrial, um gradativo processo de rarefação da autonomia da vontade, para, sem deixar de emprestar papel prevalente das relações contratuais, limitá-las em seus efeitos quando em causa interesses de ordem pública.

### 3.2 DIVERSOS ENFOQUES DA AUTONOMIA PRIVADA

Se a força vinculativa da vontade nas relações sociais é – recordando Ghersi – um fato intuitivamente evidente, nem por isso deixa de suscitar intensa e sempre renovada discussão doutrinária.

A síntese de Marques, a partir de uma premissa da força obrigatória dos contratos, expressa a concepção clássica, prevalente na primeira fase do direito moderno, e vem em auxílio ao propósito de apreender esse fato intuitivamente evidente:

Se, para a concepção clássica de contrato, a vontade é o elemento essencial, a fonte, a legitimação da relação contratual; se (...) até mesmo a sociedade politicamente organizada tem sua fonte em um contrato social; se o homem é livre para manifestar sua vontade e para aceitar somente as obrigações que sua vontade cria; fica claro que, por trás da teoria da autonomia da vontade, está a ideia de superioridade da vontade sobre a lei. O direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la e reconhecer sua força criadora. O contrato, como diz o art. 1.134 do Código Civil francês, será a lei entre as partes. A própria lei, oriunda do Estado, vai buscar o seu poder vinculante na ideia de um contrato entre todos os indivíduos desta sociedade. A vontade é, portanto, a força fundamental que vincula os indivíduos.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> NERI JUNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 14.

<sup>42</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 47

Em síntese, o ato de vontade expressa um poder jurídico, “aptidão para estabelecer normas de comportamento individual e social”, que adquirem o status de normas jurídicas quando providas de sanção.<sup>43</sup> É de Kelsen a afirmação da função criadora de direito do negócio jurídico manifestada na autonomia privada.<sup>44</sup>

Há, portanto, uma relação intrínseca e necessária entre vontade-poder-direito<sup>45</sup> e esse poder negocial que os particulares têm de regular, por seus próprios atos de vontade, as respectivas relações jurídicas, chama-se autonomia privada.

Remonta a Savigny a crítica severa à ideia de autonomia privada. Encontramos tal registro na obra de Castro y Bravo, quando, trazendo à lembrança o insigne jurista alemão, afirma não ser possível estabelecer relação entre o conceito jurídico de autonomia e o seu conceito etimológico, porquanto tal levaria a consagrar a ideia de expressar-se, na autonomia (nomos = lei e autos = próprio), um poder ilimitado do indivíduo.<sup>46</sup>

Com a precisão lógica, marca de sua obra monumental, Miranda se detém no exame da autonomia da vontade, ao tratar da sua inserção no mundo jurídico, com o mesmo espírito crítico, de não admiti-la da forma ilimitada. Ao contrário, fica implícita a liberdade contratual, como uma espécie de pressuposto da autonomia:

A chamada ‘autonomia da vontade’, o auto-regramento, não é mais do que ‘o que ficou às pessoas’. Há situações que predeterminam relações jurídicas, sem que as pessoas possam evitá-las ou modificá-las. (...) O campo de auto-regramento é apenas o que resta. Mais ilegítimo ainda é alargar-se o conceito de auto-regramento da vontade, que é conceito de quem vê, de cima, as regras jurídicas cogentes e o que elas deixam sem o repelirem do mundo jurídico (...) Evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de auto-regramento de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento de vontade, em direito público, - o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 288.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 139.

<sup>45</sup> A propósito, três correntes sintetizadas por Francisco dos Santos Amaral Neto, socorrendo-se do subsídio de Miguel Reale: “A relação poder-direito suscita duas concepções tradicionalmente antagônicas: uma de IHERING, JELLINEK, AUSTIN, defende a estatalidade, para a qual o direito nasce do Estado ou por ele é reconhecido; outra, adepta da socialidade do direito, defende o ‘caráter originário de cada ordenamento jurídico entre os quais o do Estado’. Terceira corrente, intermediária, de MIGUEL REALE, considera que “não há anterioridade do poder ou do direito”, que estão em relação de polaridade. ‘O conceito de poder é essencial à determinação do de direito, mantendo-se distintos, independentes, irredutíveis um do outro.’ O direito sem poder é ineficaz; o poder sem direito é arbítrio.” (REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 289)

<sup>46</sup> CASTRO Y BRAVO, Frederico. *El negocio jurídico*. INE, Madrid, 1963. p. 13.

<sup>47</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Bookseller, v. III, 2000. p. 83.

Do texto de Pontes emerge a ideia central de exercício da autonomia da vontade num espaço a ela reservado – “que ficou às pessoas” – no contexto de um ordenamento maior e no qual ela se submete ao interesse público.

Betti construiu rica doutrina a respeito da autonomia da vontade. Apregou não ser ela obra do direito, mas fenômeno social por ele reconhecido, peculiar aos interesses de direito privado, uma espécie de “aparelho motor” de qualquer regulamento específico de interesses privados.<sup>48</sup>

Atente-se a essa reflexão:

Se os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças à sua autonomia, os escopos que melhor correspondem aos seus interesses, a ordem jurídica continua, porém, a ser o árbitro para valorar tais escopos, segundo os seus tipos, de acordo com a relevância social, tal como ela a compreende, de harmonia com a socialidade da sua função ordenadora.<sup>49</sup>

Esse critério de relevância social, segundo Betti, deverá ser

sempre, em definitivo, o critério da harmonia com o qual o direito – qualquer direito – é necessariamente (ainda que inconscientemente) levado a valorar as manifestações da autonomia privada, antes de reconhecê-las e sancioná-las, deriva do próprio destino do direito e do nexos indissolúvel entre sociedade e direito. De resto, que a valoração da utilidade seja, por si mesma, qualquer coisa essencialmente relativa a um sujeito, a uma época histórica e a um determinado ambiente de cultura, portanto qualquer coisa histórica e contingentemente variável, compreende-se sem dificuldade. (...) qualquer instituto jurídico representa a solução de um problema prático – solução que costuma ser determinada por uma valoração comparativa dos interesses em conflito.”<sup>50</sup>

Daí, concluir, o insigne mestre, quanto à obviedade de não poder, o direito, “dar o seu apoio à autonomia privada para a consecução de qualquer escopo que ela se proponha a atingir.”<sup>51</sup>

Em síntese, o negócio jurídico, nascido da autonomia privada, adquire caráter preceptivo, fonte criadora das relações jurídicas, mas não se atribui poder irrestrito ao exercício dessa autonomia, sujeita que estão os seus escopos à função ordenadora do direito, em conformidade com um critério de relevância social.

<sup>48</sup> ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39.

<sup>49</sup> BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 1969. p. 106-7.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 104-5.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 106.

A posição de Betti é contestada por Ferri, para quem a autonomia privada é inconcebível sem o direito, constituindo-se, em síntese, um “problema de limites” a ser estabelecido no próprio ordenamento jurídico.<sup>52</sup>

Na visão de Ferri, a autonomia da vontade, a par da sua força preceptiva, reveste-se também de um caráter de sanção e nessa perspectiva, são estabelecidos níveis diversos de autonomia, com espaços delimitados para o seu exercício: inicialmente, essa autonomia expressa-se numa instância de poder dos cidadãos, preliminar à relação jurídica travada entre os indivíduos. Na primeira esfera está o poder de criar normas que vão regular determinadas relações “circundadas pela lei”.<sup>53</sup> Melhor dizendo: a autonomia da vontade desdobra-se, na esfera maior, num exercício de cidadania, pelo exercício do poder de fazer as leis (através do exercício dos direitos políticos) que vão disciplinar os espaços da autonomia individual (que, no dizer de Pontes, seria o espaço “que ficou às pessoas”; na esfera menor, no exercício de um poder individual de estabelecer relações jurídicas e fazer valer seus efeitos, no espaço deixado pela lei.

Nas palavras de Ferri,

*la autonomía privada no es un poder originario o soberano. Es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo. La ley puede incluso, interviniendo posteriormente, modificar el contenido de una norma negocial ya establecida. Aunque sean excepcionales, estas intervenciones de la ley tienen su justificación formal en la superioridad de la fuente legislativa sobre la negocial (...) La autonomía privada no significa, pues, poder originario independiente o **selbstherrlich**, que no recibe de fuera la razón de su validez. El carácter no originario del poder en que se concreta la autonomía privada implica que no puede considerarse originaria o soberana tampoco la voluntad de los sujetos que establecen las normas negociales. No es que la voluntad privada cree derecho por sí o por fuerza propia.<sup>54</sup>*

Arriscando-nos a uma conclusão simplista, diríamos que, enquanto Betti confere à autonomia privada um caráter preceptivo intrínseco, que se projeta até onde o permite o interesse social, Ferri a situa sob a lei que, em *ultima ratio*, é a fonte da força vinculante do ato negocial.

<sup>52</sup> FERRI, Luigi *La autonomía privada*. Trad. Luis S. Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p. 49

<sup>53</sup> FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos: Do Código Civil ao Código do Consumidor*. São Paulo: Forense, 1999. p. 20.

<sup>54</sup> FERRI, op. cit., p. 51-2 e 56.

Em linha convergente, Santoro-Passarelli acentua que a vontade somente é apta à produção de efeitos jurídicos porque outra vontade, “aquela que se exprime no ordenamento jurídico”, assim o autoriza.<sup>55</sup>

Dessa sorte, a autonomia privada integra o ordenamento jurídico numa hierarquia de normas que se prendem por elos de validade, como bem o demonstra Kelsen.<sup>56</sup>

### 3.3 LIBERDADE DE CONTRATAR

A autonomia da vontade está visceralmente ligada à liberdade de contatar e esta decorre do espaço deixado pela lei aos indivíduos.

A mesma convergência da evolução doutrinária em torno da extensão dos efeitos da autonomia privada, desde o caráter preceptivo intrínseco até a sua inserção no espaço deixado pela lei, desde as teorias da vontade, da declaração e presentemente, da aparência, com a evolução dos fatos sociais determinantes de novas concepções sociológicas e jurídicas, revela-se no trato da liberdade de contratar. Ora praticamente irrestrita, sob o manto do ideário de liberdade, levado às suas últimas consequências nos planos jurídico e econômico, ora a sofrer as limitações impostas pelo direito social, permeado dos reclamos de igualdade, ora vergada sob o impacto recente da globalização, das novas tecnologias e das relações de consumo, a ditarem um direito voltado para o sentimento e a valorização da dignidade da pessoa humana.<sup>57</sup>

A liberdade de contratar é um fenômeno jurídico e social típico do século XIX, com desdobramentos no século XX.

---

<sup>55</sup> SANTORO-PASSARELLI *apud* ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 40.

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>57</sup> A lembrança às dimensões do direito, de primeira (direitos de liberdade), segunda (direitos de igualdade) e terceira (direitos de solidariedade) gerações merece ser registrada. A respeito, cabe remeter a SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999.

O exercício dessa liberdade abarca “poderes de auto-regência de interesses”, de livre discussão das condições contratuais e de escolha do tipo de contrato que convém ao contratante, donde manifestar-se, o seu exercício, sob três aspectos: a liberdade de contratar, propriamente dita; a liberdade de estipular o contrato e a liberdade de determinar o respectivo conteúdo.<sup>58</sup>

O direito contratual caracteriza-se, justamente, por deixar esse espaço de liberdade para os particulares, através das leis supletivas, destinadas apenas a complementar a vontade individual, aplicando-se apenas quando esta não é declarada.

Atentemos, porém, ao conteúdo restrito da liberdade contratual, que não se confunde com a liberdade humana.

Como bem acentua Prata,

a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial. (...) Por outro lado, o conceito só por extensão é adequado a subsumir todas as situações de ‘poder contratual’, pois nuclearmente, ele apenas abrange aquelas em que se exprima conteúdo directamente patrimonial (...). Ela constitui, pois, um mero instrumento jurídico de actuação/concretização e tutela/defesa de interesses privados”.<sup>59</sup>

A liberdade contratual abre, assim, o espaço necessário ao exercício da autonomia da vontade, nas relações de direito privado e em torno de bens disponíveis.

Tal como concebida inicialmente, a liberdade contratual tinha conteúdo meramente formal. O estabelecimento de uma nova ordem social, ao abrigo dos postulados da revolução burguesa, implicou profundas alterações nas relações interindividuais. Passou-se do regime do *status* em razão da origem e do nascimento para o individualismo jurídico e o voluntarismo. A vinculação ao poder do senhor feudal foi substituída pelas relações contratuais e, *ipso facto*, todos os indivíduos passaram a ser capazes de direitos e de obrigações.

<sup>58</sup> FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 16.

<sup>59</sup> PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 13-4. Oportuno destacar as ressalvas da autora, em suas notas de n<sup>os</sup> 9 e 12, diante da extensão dos limites da autonomia da vontade a relações não patrimoniais, como o casamento e as prestações sem valor pecuniário. Destaca a autora, que o casamento é, independentemente de seus outros aspectos, um instrumento de relações patrimoniais. Quanto às prestações sem valor pecuniário, a ressalva é de que os valores morais e ideais são também aptos a exprimir-se num valor de mercado.

Contudo, à igualdade formal não se somou a igualdade substancial e o testemunho da história nos demonstra o quão funesta foi a exacerbação da liberdade contratual, em especial nas relações de ordem econômica, onde a desigualdade de forças determinou o aviltamento dos salários e a exploração da força de trabalho à exaustão. Como pontua Ghersi,

*en lo económico, la autonomía era la expresión última del libre juego de las fuerzas económicas, aun cuando luego la literatura social (León Duguit) haya expresado que solo le sirvió al hombre para morir de hambre.*<sup>60</sup>

### 3.4 SÍNTESE CONCEITUAL

A tarefa de conceituar de uma forma exaustiva e abrangente a autonomia da vontade tem constituído um desafio e seria temerário de nossa parte qualquer exercício com tal escopo.

À guisa de exemplo, rememoremos algumas das definições de lavra ilustre:

Abreu Filho conceitua a autonomia da vontade como “os poderes que o ordenamento jurídico outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies.”<sup>61</sup>

Ghersi aponta-a como

*una potestad legal, conferida para los miembros de una sociedad jurídicamente organizada, sujetos de derecho, para regular su actuación negocial, en la medida que corresponda a una función tutelada socialmente.*<sup>62</sup>

Prata acentua traduzir-se, a autonomia privada ou liberdade,

no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires: Astrea, 1990. p. 68.

<sup>61</sup> ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 40.

<sup>62</sup> GHERSI, op. cit., p. 70.

<sup>63</sup> PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 11.

É possível vislumbrar pontos comuns nas definições antes apontadas que, de resto, não destoam da praticamente totalidade dos estudiosos da matéria:

a) Adotada a linha de Ferri, temos que a autonomia da vontade não tem intrinsecamente, força preceptiva, mas atua no espaço permitido pelo ordenamento jurídico. A liberdade de contratar está implícita nesse espaço.

b) A autonomia da vontade pressupõe aptidão do sujeito para exercitá-la e essa aptidão deverá estar juridicamente assegurada.

c) A autonomia da vontade envolve relações de conteúdo diretamente patrimonial ou valores aptos a exprimir-se economicamente.

#### **4 RAREFAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE A PARTIR DA SEGUNDA FASE DO DIREITO MODERNO**

Retomada a digressão histórica à luz do magistério de Reale, na segunda fase do direito moderno, especialmente a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, das primeiras manifestações do fenômeno do “dirigismo contratual”, em especial no direito do trabalho, no bojo de economia planejada para uma sociedade de massa, a par da interferência do direito administrativo no âmbito das relações privadas, observa-se o fenômeno crescente da rarefação da autonomia da vontade, que deixou de ter o antigo caráter preceptivo.

No plano econômico, surgem os monopólios estatais de determinadas atividades, que, por razões estratégicas, inclusive de segurança nacional e de traços nacionalistas – as duas grandes guerras acabaram por exacerbar esse instituto – ficaram vedadas à iniciativa privada. No campo social, criam-se os “contratos ditados”, em especial no campo das relações entre capital e trabalho, e prepondera a preocupação com os limites do exercício do direito de propriedade, com as leis protetivas do inquilinato e dos arrendamentos rurais, além da possibilidade de desapropriação diante de interesse público.

O princípio clássico da autonomia privada é abandonado, em favor de um ideário de igualdade, na onda do que se convencionou chamar direitos de segunda geração. Já em desdobramento, a sociedade moderna convive com o ideário de solidariedade, com ênfase ao plano do direito internacional, onde são significativas

as preocupações transcendentais aos interesses unicamente privados, como as que envolvem a preservação do meio ambiente, a autodeterminação dos povos e o patrimônio da humanidade, ensejadoras do que tem se convencido chamar de “direitos de terceira geração”, objeto das preocupações do direito nesse último quarto do século.

De outra parte, não é possível dissociar o princípio da autonomia da vontade do instituto do contrato. Este adquiriu dimensão totalmente diversa daquela até então concebida, na esteira das mesmas profundas repercussões da Revolução Francesa. Podemos afirmar que o Novo Direito dela emergente também projetou um novo contrato e em ambos o princípio da autonomia da vontade constitui a pedra angular.

No último quarto da recém finda centúria, esse novo contrato, concebido à luz da autonomia da vontade, sofreu alterações profundas, tornou-se um “velho contrato”, fundamentalmente porque superada a ideia clássica de autonomia da vontade.<sup>64</sup>

A prevalência dos contratos de serviços, com a generalização das terceirizações, os reclamos pela efetivação dos direitos sociais, com a invocação de “direitos subjetivos públicos” em que não se tem, precisamente, como identificar o destinatário de demandas sociais, tem ensejado uma “publicização” do direito privado e uma conseqüente fragilização do império da autonomia da vontade.

A concepção ortodoxa da autonomia da vontade não se mostra adequada às novas modalidades contratuais, com destaque aos ditos contratos “de massa”, nas relações de consumo. Tais contratos, com seus múltiplos aspectos (contratos de adesão, os pactos de inclusão, a abusividade das chamadas cláusulas gerais, os ditos contratos relacionais ou “cativos” de longa duração...) minimizam a autonomia da vontade, quer pela multiplicidade de sujeitos envolvidos direta ou indiretamente, com a imposições de deveres anexos, quer pela submissão que intrinsecamente trazem, fruto de um “poder de imposição” do sujeito estipulante.

---

<sup>64</sup> Ou seria o contrário? Porque as relações sociais acabaram por determinar uma pleora de novos contratos, em número e complexidade crescentes, o princípio basilar da autonomia da vontade fraqueja.

É possível vislumbrar, nesses fenômenos regulamentados em defesa dos consumidores, uma espécie de libertação do contrato do dogma da autonomia da vontade, dando lugar a uma concepção social de contrato, na busca de um equilíbrio contratual com prevalência ao papel da lei e a uma maior liberdade do juiz, que poderá se socorrer de preceitos éticos e invocar o princípio da boa-fé nas suas decisões. Em síntese, a autonomia da vontade encontrará legitimidade na lei e deixará de ser um valor preceptivo prevalente.

Daí se apregoar, já a título de uma síntese, na última quadra do século passado:

a) o evento da socialização da teoria contratual, em que o contrato passa a ser um instrumento do direito para possibilitar a autorregulamentação dos interesses dos particulares. A vontade, fonte geradora das obrigações, já estará regulada em abstrato e em geral pelas normas jurídicas, perfilada com outros valores, como a equidade, a boa-fé e a segurança nas relações jurídicas;

b) a prevalência do princípio da boa-fé objetiva<sup>65</sup> como novo paradigma das relações contratuais de consumo;

c) o intervencionismo do Estado, com a edição de leis limitadoras do poder de autorregulamentação e de contratos ditados para determinadas relações de fornecimento de serviços essenciais.<sup>66</sup>

d) a limitação da liberdade de contratar, com implicações diretas no dogma da autonomia da vontade, consequência natural da intervenção do Estado que ditará o conteúdo de muitos contratos, a par do renascimento do formalismo, como forma de garantir direitos das partes mais vulneráveis. Na interpretação dos contratos, fatores como o tempo serão considerados, fundados num princípio de razoabilidade;

e) a relativização da força obrigatória dos contratos, não só diante da intervenção do Estado, com destaque ao papel da lei. Esta é que reservará espaço para a autonomia da vontade. Os juízes serão levados, na esteira da doutrina, à busca de uma interpretação teleológica dos contratos;

---

<sup>65</sup> Um *standard*, parâmetro objetivo que não está a depender da boa-fé subjetiva, mas de um patamar geral do homem médio, fundada no princípio da razoabilidade. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 106. Ver, ainda, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>66</sup> O Código de Defesa do Consumidor emerge como expressão dessa nova forma de intervenção estatal.

f) a ênfase ao princípio da confiança, com o fito específico de proteger as expectativas legítimas do contratante que confiou nas obrigações assumidas pelo outro, não só no momento da celebração do contrato, mas no curso da sua execução, que se mostra particularmente importante nos contratos cativos de longa duração;

g) o estabelecimento de equilíbrio mínimo nas relações contratuais, com a valorização da equidade e do sinalagma.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 106, 117-38.

## II DIREITO DO TRABALHO E AUTONOMIA DA VONTADE

“Por que é que todos não se reúnem, para sofrer e vencer juntos de uma vez?”  
(João Guimarães Rosa. Grande sertão: veredas)

### 1 FASE DA CONQUISTA: A CAMINHO DA IGUALDADE

#### 1.1 ANTECEDENTES: A CONSCIÊNCIA DE CLASSE E AS PRIMEIRAS BRECHAS NO ESPAÇO DE LIBERDADE

Podemos situar os antecedentes dessa primeira fase evolutiva do direito do trabalho na percepção da *consciência de classe*. Os movimentos coletivos dos trabalhadores marcaram com traços, ao mesmo tempo, dramáticos e alvissareiros os contornos da Questão Social do século XIX. Dramáticos porque expuseram, em toda a sua crueza, para uma sociedade inicialmente indiferente, a exploração humana até os limites da exaustão; alvissareiros porque, gradativamente, a partir da organização coletiva, os trabalhadores conquistaram espaços significativos de exercício de autoproteção<sup>68</sup> e sensibilizaram os quadros mais esclarecidos da sociedade e das lideranças políticas europeias que se ombream na luta pela igualdade. Nascia um juslaboralismo coletivo,<sup>69</sup> com autonomia intermediária (nem individual, nem estatal, mas da coletividade organizada), marcado pelo espírito de classe e pela solidariedade,<sup>70</sup> contraposto ao juslaboralismo liberal, da larga autonomia privada individual.

Na síntese de Gomes e Gottschalk é possível vislumbrar o manancial criador da autonomia privada coletiva:

<sup>68</sup> CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. *Direito Social: Teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTR, v. I, 1993. p. 39.

<sup>69</sup> Preferimos a designação “coletivo” àquela consagrada na doutrina, “corporativo” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 50), afeita às décadas de 20/40, com a marca dos Estados Fortes europeus (Alemanha, Itália, Portugal, Espanha ...). No Brasil, o juslaboralismo corporativo marcou o surgimento do direito do trabalho, a partir de 1930. Esse juslaboralismo corporativo, com forte mão estatal, é precedido pelos movimentos coletivos, inicialmente, à margem do Estado e, posteriormente, assimilados pelo Estado, no trânsito do século XIX (a partir de 1891) para o século XX (primeiras duas décadas).

<sup>70</sup> Os sindicatos são produto desse fenômeno e, por isso, não se confundem com as organizações corporativas da Antiguidade (*collegia*) e da Idade Média (corporações de ofício), que tinham organização hierárquica rígida onde as lutas de classe eram intestinas (*compagnonagges*: confronto entre companheiros e mestres pela disputa de poder interno nas corporações de ofício).

A história do movimento operário é uma ligação de sociologia que nos fornece precisa ideia do grupo social oprimido. O envilecimento da taxa salarial, o prolongamento da jornada de trabalho, o livre jogo da lei da oferta e da procura, o trabalho do menor de seis, oito e dez anos, em longas jornadas, e o da mulher em idênticas condições, criaram aquele estado de *détresse sociale* de que nos fala Durand, no qual as condições de vida social se uniformizaram no ínfimo nível. A identidade de condições de vida cria sólidos liames de solidariedade entre os membros do grupo social oprimido. Para que o grupo chegue, então, à formação de uma consciência grupal própria, de um nós superior e distinto de cada eu em que se dispersa e fragmenta a força grupal, não resta mais do que intensificar esses vínculos com a luta aberta, dirigida contra o outro grupo social, que está em posição antagônica. Indivíduos colocados em condições de vida semelhantes tendem sempre ao associativismo, e com tanto mais força atrativa quanto mais precária sejam suas condições de existência. Sob este prisma, nada mais exato do que a lição de um sociólogo quando emite a opinião de que *'La loi de formation de la solidarité est la lute entre chaque groupe et tous les autres'* (Gaston Richar) e a história do Direito do Trabalho confirma perfeitamente a tese. O associativismo, clandestino a princípio, tolerado numa etapa média e reconhecido pela autoridade pública afinal, foi a concretização material de uma “consciência de classe”, que se foi formando lentamente no seio das sofridas massas trabalhadoras, em vários países da Europa, no curso do século XIX. Contra elas não puderam prevalecer nem a coação da Lei Penal, nem a ganância do capitalismo desenfreado, nem os famosos princípios do individualismo jurídico. Entre as *societés de resistance* e o *syndicalisme libre* há um longo percurso histórico entremeado de reivindicações, de lutas e de sofrimento.<sup>71</sup>

Essa lição é comum à melhor e mais abalizada doutrina juslaboral. A consciência de classe, ou o “espírito de classe” a que se refere Vianna,<sup>72</sup> fez emergir o fenômeno da “autonomia privada coletiva”, no espaço intermediário do Estado e do indivíduo, com força normativa de caráter objetivo, uma lei profissional. “A ação dos trabalhadores reunindo-se em associações para defesa dos interesses comuns é uma das assinaladas forças modeladoras do direito do trabalho.”<sup>73</sup> Assim, podemos afirmar, que o direito do trabalho nasceu na esfera privada, mas coletiva, não individual.

Nas relações coletivas de trabalho, o sujeito transmuda-se para o plano abstrato, impessoal: não é mais o indivíduo, é parte do ser coletivo, expressão do grupo organizado;<sup>74</sup> não é mais paciente da lei, mas agente da sua criação, no vazio deixado pelo Estado indiferente, pela eficácia dos mecanismos de pressão, descobertos na luta de classes, e pela organização coletiva. Essa organização,

<sup>71</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 2.

<sup>72</sup> SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTR, 1992. p. 53.

<sup>73</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 29.

<sup>74</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 39.

inicialmente efêmera, através das coalizões,<sup>75</sup> transitou para entes duradouros, de autoproteção e autotutela, e com papel fundamental na gênese do direito do trabalho e na definição de um “direito novo”, com perfil acentuadamente social, os sindicatos.<sup>76</sup> As relações intersindicais, a evolução da organização sindical, as garantias e prerrogativas hoje garantidas a esses entes coletivos por excelência consubstanciam o fenômeno do sindicalismo, capítulo destacado do direito do trabalho e revestido de tantos e tão peculiares aspectos que poderiam constituir um ramo autônomo do direito social.<sup>77</sup>

Essa peculiar manifestação de autonomia coletiva caracterizou-se, inicialmente, pelo seu exercício unilateral, através das coalizões, e o berço desse fenômeno, novamente, situou-se nos espaços de organização coletiva dos trabalhadores franceses e ingleses. Colhemos de Giugni esse registro:

A determinação unilateral foi típica das origens e teve alguma importância somente na experiência francesa, até a I Guerra Mundial, e, também, na experiência anglo-saxônica. Sem contratar nada com a contraparte, o grupo de trabalhadores decidia assumir o trabalho somente sob determinadas condições. Os empresários se encontravam, assim, diante de coalizão que, se bem organizada, conseguia impor as condições estabelecidas pelo grupo.<sup>78</sup>

Desse exercício unilateral de autonomia, as relações entre capital e trabalho evoluíram para a negociação. Na origem, a negociação era voltada, quase que exclusivamente, aos “acordos de tarifa”, limitados ao estabelecimento de níveis de remuneração, circunscritos à empresa. A negociação coletiva evoluiu para os atuais e complexos sistemas, aptos a criar verdadeiros estatutos normativos objetivos, capazes de disciplinar, exaustivamente, todos os aspectos da relação de trabalho, abrangendo grandes universos de trabalhadores, representados pelos seus sindicatos, e de empresas, hoje, também, sindicalizadas. “No arco de tão complexa

<sup>75</sup> Uniões de fato, informais e transitórias de trabalhadores para atendimento de demandas coletivas específicas. Foram as primeiras manifestações de autonomia coletiva no direito do trabalho.

<sup>76</sup> Sindicato tem a mesma raiz de síndico, do grego *syndikos*, “advogado”, “defensor” (*syndicu* no latim). Traz, no seu significado intrínseco, a ideia de defesa dos interesses dos que nele se integram. É o ente coletivo por excelência. O direito do trabalho acabou por criar outros entes coletivos: as comissões de fábrica, os delegados sindicais, os representantes dos trabalhadores junto à empresa (art. 11, CF/1988), os piquetes, as comissões de prevenção de acidentes.

<sup>77</sup> Já se fala, na melhor doutrina juslaboral, num *direito sindical*. A guisa de exemplo, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, em seu *Compêndio de direito sindical* (São Paulo: LTR, 2000. p. 17), para quem o direito sindical tem dois sentidos: o objetivo, quando se ocupa dos direitos dos sindicatos no desempenho das suas atribuições legais; o subjetivo quando se manifesta como um braço do direito do trabalho e diz respeito à organização e à ação sindical.

<sup>78</sup> GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. Trad. e notas Eiko Lucia Etioka. São Paulo: LTR, 1991. p. 97.

evolução, a contratação coletiva adquiriu, progressivamente, novos conteúdos, novas funções, sempre maior articulação de níveis e sempre maior amplitude de intervenção.”<sup>79</sup>

Todo esse rico e complexo processo, desdobrado ao longo de aproximadamente um século, forjou-se no amálgama de um valor: a solidariedade, forjada na consciência de classe, fenômeno social de enorme significado que, paulatinamente, sedimentado no princípio da autodeterminação coletiva, “prevaleceu sobre a lei que tipificava a coalizão como delito, deitou por terra o liberalismo, venceu a resistência do capitalismo e obrigou o Estado, até então inerte, a se voltar para as questões sociais, freando o ímpeto do capital através da tutela do trabalho”.<sup>80</sup> Daí se afirmar que “o impulso inicial dado para o aparecimento do direito do trabalho foi obra do próprio operário e não da benevolência de filantropos, da classe patronal ou do Estado.”<sup>81</sup>

Essa conquista da autonomia coletiva pelos trabalhadores abriu as primeiras brechas no espaço da liberdade: teve o mérito de construir o espaço intermediário de poder normativo e constituiu eficiente instrumento de autoproteção. Podemos visualizar os movimentos coletivos como típicos exercícios de autodefesa revestidos de natureza completamente distintos das formas anteriores de organização corporativa do trabalho. Esse exercício, que viria a constituir um dos pilares do direito do trabalho e sobre ele é necessário que nos dediquemos a tópico específico, a seguir.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. Trad. e notas Eiko Lucia Etioka. São Paulo: LTR, 1991. p. 98.

<sup>80</sup> Ver CAMINO, Carmen: *Direito individual do trabalho*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 26.

<sup>81</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 3.

<sup>82</sup> Os movimentos coletivos dos trabalhadores do Século XIX vieram no bojo do desdobramento dos extraordinários fatos históricos determinados pelo surgimento do Estado Moderno, marcados inicialmente pela conquista das liberdades individuais, num segundo momento pela emergência dos direitos sociais. A visão restrita da Questão Social do século XIX não nos proporciona a verdadeira dimensão do fenômeno. Sua leitura descontextualizada e pontual leva-nos à falsa percepção de ter sido, a condição indigna do operariado fruto exclusivo do Estado Liberal Burguês, como se a indignidade do trabalho humano não fosse um estigma secular. Temos de reconhecer que a conquista da igualdade teve como pressuposto a sedimentação dos direitos civis, mais especificamente, no âmbito da classe trabalhadora, do trabalho livre. Se remontarmos a época mais distante, da servidão da gleba e da escravização do trabalhador às corporações da Idade Média, é forçoso reconhecer o enorme avanço jurídico fruto da efervescência social, cultural e política no rescaldo da Revolução Francesa de 1789. A garantia das liberdades foi uma conquista necessária para, mais tarde, se abrir o espaço da igualdade.

## 1.2 AUTOPROTEÇÃO E AUTONOMIA COLETIVA

1.2.1 Destaca Cesarino Júnior o fato dos trabalhadores, “já antes das leis sociais”, ter encontrado “um meio de *autoproteção*, procurando suprir sua fraqueza econômica, pela sua *união*, o que lhes permitia opor-se aos patrões...”.<sup>83</sup> Esse exercício de autoproteção é o princípio fundante da autodeterminação coletiva. Já tivemos oportunidade de afirmar que, em nosso ponto de vista,

a qualificação da autodeterminação coletiva enquanto princípio constitui um equívoco. Em verdade, o exercício dessa autodeterminação é mera consequência da concretização do princípio da proteção que, no caso, instrumentaliza-se como autoproteção. Os trabalhadores autoprotegem-se na organização coletiva e, assim, adquirem autonomia capaz de qualificá-los a negociar com maior liberdade. No plano das relações individuais, são protegidos, daí o pequeno ou praticamente nenhum espaço de liberdade para a negociação com o empregador.<sup>84</sup>

Em suma, no exercício da autonomia coletiva, os trabalhadores são agentes da sua proteção (protegem-se – autoproteção); quando limitados ao exercício da autonomia individual, são pacientes da proteção (são protegidos – heteroproteção).

Não se pode cogitar de estudo da autonomia da vontade no direito do trabalho sem dedicar espaço nobre à autonomia coletiva. Os contratos coletivos estão geneticamente atrelados ao direito do trabalho e permanecem como seu instituto peculiar, fundamento irrefutável da sua autonomia em relação ao direito civil. As soluções dos primeiros conflitos de natureza trabalhista, num Estado absenteísta, nasceram da negociação coletiva, peculiaríssima espécie de exercício de autonomia. Abriu-se a primeira brecha nos monolíticos alicerces do individualismo jurídico, com o nascimento de

*una categoria jurídica absolutamente nueva y por completo fuero dos cuadros tradicionales del Derecho Civil (...) un convenio-ley que regula las relaciones dos clases sociales (...) una ley que establece relaciones permanentes e duraderas (...) el régimen según el cual deberán pactar-se los contractos individuales entre los miembros de esos grupos...*<sup>85</sup>

O fenômeno da coletivização do direito, a emergência de um direito civil *social*, voltado ao sujeito vulnerável, a função social do contrato e a explosão das

<sup>83</sup> CESARINO JUNIOR, José. *Direito social*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1993. p. 39.

<sup>84</sup> CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 5ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 108.

<sup>85</sup> DUGUIT, Léon *apud* FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 31.

relações consumeristas revigoram postulados que, há cem anos, já constituíam a pauta do direito do trabalho. A autonomia coletiva, sua marca genética, volta ao palco das especulações juscientíficas na explosão das relações de consumo, trazendo novamente ao proscênio os contratos coletivos e, com eles, a necessidade de uma maior atenção ao fenômeno da autonomia coletiva, cuja compreensão pressupõe visitar a polêmica obra de Gurvitch, à luz de uma visão pluralista do direito e da consagração de um direito social, efetivamente existente.<sup>86</sup>

A esse exercício nos propomos, a seguir, em rápida digressão.

Segundo Gurvitch, o direito social não deve ser visto apenas à luz da normatividade produzida pelo Estado, com o fito de proteger os hipossuficientes e vulneráveis e intervir na atividade econômica,<sup>87</sup> porque tal levaria a uma compreensão parcial de fenômeno marcante do direito moderno: a autorregulação das coletividades organizadas, à margem da regulação estatal. Impõe-se aceitar a existência de uma “pluralidade de ordens”, diante da constatação de que

*Chaque groupe et chaque ensemble possède, em effet, la capacité d'engendrer seon propre ordre juridique autonome réglant as vie intérieure.*<sup>88</sup>

Conclui-se ser, o direito estatal, uma das ordens de um direito de diferentes gêneros. Essa organização pluralista da produção do direito implica identificar um direito preexistente na sociedade.

Nessa perspectiva, ao lado do direito estatal de regulação de uma parte das relações sociais, há um direito autônomo, de cada grupo.

1.2.2 Esse fenômeno da autorregulamentação está no genoma do direito do trabalho, nas relações entre os grupos sociais organizados e representativos do

<sup>86</sup> O jus-sociólogo russo, radicado na França, teve profícua obra, com destaque ao direito social, na qual merecem referência: GURVITCH, Georges. *L'Idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIème. siècle jusqu'à la fin du XIXème siècle*. Paris: Recueil Sirey, 1931; *Le temps présent et l'idée du droit social*. Paris: J. Vrin, 1931; *La déclaration des droits sociaux*. Paris: J. Vrin, 1946. Ver, ainda, MORAIS, José Luis Bolzan de. *A ideia de Direito Social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>87</sup> As prestações positivas do Estado às quais se refere SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 277.

<sup>88</sup> GURVITCH, Georges. *La déclaration des troats sociaux*. Paris, J. Vrin. 1946, p. 72. Em tradução: cada grupo ou conjunto possui com efeito capacidade de realizar sua própria ordem jurídica autônoma regulando sua vida interior.

capital e do trabalho, os sindicatos, aos quais, a própria lei reconhece o *status* de sujeitos coletivos.<sup>89</sup>

Hoje, os estatutos normativos obtidos da autonomia coletiva encontram sua efetividade na sanção do Estado.<sup>90</sup> Nos primórdios dessas relações, o Estado esteve ausente e nem por isso, as condições de trabalho nascidas na ação unilateral dos grupos de trabalhadores organizados (as *coalizões*) e, mais tarde, da negociação desses grupos com o dono da fábrica, deixaram de ser eficazes. Releva, então, lembrar que, para Gurvitch, a sanção estatal, enquanto meio de fazer valer a ordem jurídica, não se reveste de caráter fundamental porque a força obrigatória vem do próprio grupo, um todo resultante do “direito de comunhão”, que se autorregula num “direito de integração”, em uma “associação igualitária de colaboração” (e não numa “associação hierárquica de dominação”).<sup>91</sup> Daí resulta o grande diferencial entre os sindicatos – associações igualitárias de colaboração – e as formas coletivas de organização do trabalho experimentadas anteriormente (*collegia* na em Roma, corporações de ofício na Idade Média), associações hierárquicas de dominação. Esse diferencial no âmago da organização dos trabalhadores constituiu o traço diferenciador do movimento social do qual emergiu o direito do trabalho.

Na concepção do direito social, adquirem relevância os “fatos normativos”, capazes, por si mesmos, de se revestir de positividade e de condições mínimas de

<sup>89</sup> BRASIL. Constituição Federal/1988, art. 8º, inc. VIII.

<sup>90</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 611, 619 e 620. A Lei nº 8.984/1995 (CF/1988) estende a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento das convenções coletivas de trabalho ou dos acordos coletivos de trabalho e reconhece ao sindicato dos trabalhadores a legitimidade para propor a competente ação judicial, típica hipótese de substituição processual (art. 1º).

As convenções coletivas de consumo têm o reconhecimento estatal no art. 107 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

<sup>91</sup> O direito social é “um direito de comunhão, integrando de uma forma objetiva cada totalidade ativa real, que encarna um valor positivo atemporal. Este direito advém diretamente do todo em questão, para regular-lhe a vida interna, independentemente do fato que este todo seja organizado ou não. O direito de comunhão faz participar o todo de uma forma imediata na relação jurídica que dele resulta, sem transformar este todo em um sujeito distinto de seus membros. O direito de integração institui um poder social que não está essencialmente ligado a uma coação incondicionada e que pode se realizar plenamente na maior parte dos casos, através de uma coação relativa, à qual se pode subtrair; sob certas condições este poder social funciona, às vezes, mesmo sem coação. O direito social precede, na sua camada primária, toda organização do grupo e não pode se exprimir de uma forma organizada a não ser que a associação esteja fundada sobre o direito da comunidade objetiva subjacente, quer dizer, ao mesmo tempo em que constitui uma associação igualitária de colaboração e não uma associação hierárquica de dominação. O direito social se dirige, na sua camada organizada, a sujeitos jurídicos específicos – pessoas coletivas complexas – tão diferentes dos sujeitos individuais isolados quanto das pessoas morais – unidades simples – que absorvem a multiplicidade dos seus membros na vontade única da corporação ou da organização.” (MORAIS, José Luis Bolzan de. *A ideia de direito social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37)

justiça. Esses fatos devem atender aos requisitos da durabilidade temporal e impregnação de valores jurídicos e materiais atemporais. Para adquirir caráter normativo intrínseco, o fato social deve se justificar nos valores que ele encarna,

valores positivos (...) atrelados à justiça e servindo ao ideal moral. (...) Assim, o fato normativo justifica em si mesmo sua autoridade, quer dizer, o respeito espontâneo dos membros da comunidade, dispensando-lhes de recorrer à coação do Estado, ao mesmo tempo em que priva as demais fontes formais do direito do seu grande prestígio ou, mais exatamente, de sua pretensão a resumir todas as formas de direito.<sup>92</sup>

Daí, a distinção entre “direito positivo formal” e “direito positivo intuitivo”, o primeiro identificado com o poder normativo estatal, o segundo retirado da observação dos fatos normativos.

A existência equilibrada e harmônica entre essas espécies de direito positivo representa a possibilidade de um desenvolvimento jurídico, já que significa uma boa adaptação do direito positivo formal ao intuitivo, referendando, assim, a cristalização dos fatos normativos.<sup>93</sup>

As coalizões determinantes de limitações ao exercício abusivo de exigir força de trabalho, pelo exercício de resistência dos trabalhadores e, posteriormente, as primeiras negociações tendentes a essas mesmas limitações são fatos normativos de enorme significado na construção do direito do trabalho, revestidos de perenidade diante da crescente capacidade de organização coletiva, e pautados nos valores da solidariedade e da igualdade.

Paulatinamente, esses fatos normativos conseguiram mover o Estado inerte e absenteísta. Inicialmente vistas como delito, as coalizões resistiram, a organização coletiva deixou de ser efêmera dando lugar aos sindicatos, iniciando-se a fase da tolerância para, afinal, conquistarem o reconhecimento da lei. A mesma trilha seguiram os instrumentos de pressão coletiva. A greve é, hoje, direito constitucionalmente assegurado.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *A ideia de Direito Social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvich*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 41-2.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 42-3.

<sup>94</sup> BRASIL. Constituição Federal, art. 9º: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.”

O trânsito de um “direito intuitivo” para um direito “direito formal estatal” revela a própria linha evolutiva do direito do trabalho.

1.2.3 É, ainda, à luz da doutrina de Gurvitch que encontramos a sistematização do direito social, no que respeita às suas variadas espécies, outro contraponto perfeito à evolução do juslaboralismo.

a) Sob o ponto de vista da organicidade, as associações “de colaboração” ou “de cooperação”, não hierarquizadas, constituem a fonte de expressão por excelência de uma ordem social organizada. Esse, sem dúvida, o tempero do gosto da novidade, tão assinalada no direito do trabalho emergente, que o habilitou ao *status* de um “direito de contestação”, onde os meios de pressão e de organização da classe oprimida se mostraram distintos daqueles que a história já registrara, especialmente, as corporações de ofício. Os sindicatos de trabalhadores constituem, sem dúvida, o exemplo mais perfeito dessa espécie associativa não hierarquizada.

b) À luz da sua abrangência, o direito social somente adquire forma organizada quando se expressa através de uma associação de colaboração ou de cooperação. A greve, instituto proeminente do direito coletivo do trabalho, pressupõe o exercício sindical.

c) No que respeita às sua posição em relação ao direito estatal, o direito social, na visão de Gurvitch, apresenta-se segundo a forma pela qual interage com aquele. Nessa perspectiva, aprofunda-se o estudo quanto aos aspectos da sua pureza, quando dispensa o recurso da sanção incondicionada, ou da sua independência, quando colocado em pé de igualdade com o direito estatal ou com ele em conflito,<sup>95</sup> ou da sua submissão à tutela estatal, sem prejuízo da sua pureza. Ainda nesse campo de pesquisa, é possível cogitar de um “direito social anexado”, autônomo, de um grupo, posto a serviço da ordem estatal – e tal implicaria a perda da sua pureza –, ou de um “direito social condensado”, definitivamente vinculado à

---

<sup>95</sup> Num olhar prospectivo, na linha do discurso oportunista da prevalência do negociado sobre o legislado, há o temor de se efetivar, no âmbito das relações de trabalho, um “direito social independente”, colocado em pé de igualdade com o direito estatal e capaz de ab-rogá-lo. A prescindência da proteção estatal pelo *garantismo coletivo* é preconizada em momento de notória fragilidade do movimento sindical em todo o mundo, fragmentado e confinado aos limites territoriais nacionais, impotente diante do capital supranacional.

ordem **até aqui** normativa do Estado, cabendo a este o monopólio do poder coercitivo sancionado, um especial “direito social estatal”.<sup>96</sup>

Se tivermos presente a trajetória do direito do trabalho até nossos dias, podemos vislumbrar com clareza o caminho percorrido: na gênese, um direito totalmente “puro”, que prescindiu da sanção estatal e, paulatinamente, a formação de um direito social estatal, onde o Estado reserva para si o poder coercitivo<sup>97</sup> e a possibilidade de, ele próprio, impor a solução do conflito coletivo, quando as instâncias naturais das categorias envolvidas não logram superá-lo.<sup>98</sup>

c) No campo da sua *titularidade* e da sua *efetividade*, impõe-se a incursão aos domínios do direito subjetivo, visualizado por Kelsen enquanto poder jurídico de um indivíduo em face do qual o outro está obrigado a determinada conduta (dever jurídico).<sup>99</sup> De outro lado, se a evocação a um direito social puro e independente suscita resistência e ainda permanece contida no plano de cogitações juscientíficas, é pacífico o reconhecimento, pela ordem jurídica estatal, do poder normativo dos grupos sociais organizados.

<sup>96</sup> Exemplo desse fenômeno são os *contratos coletivos*. Especificamente, no aspecto do direito do trabalho, tal como regulado no Brasil, a autonomia coletiva está incorporada ao direito estatal, inclusive no aspecto da sua coercitividade, como antes destacado. Mais, frustrada a auto-regulamentação, o Estado pode ser chamado a regular o conflito coletivo, através do poder normativo da Justiça do Trabalho (BRASIL. Constituição Federal, art. 114, § 1º). Dessa sorte, à luz do pensamento de Gurvitch, o direito social emergente nas relações de classes, seria um direito social estatal, porque definitivamente incorporado à ordem do Estado. Não perde, na sua origem, a sua face de ordem normativa social, oriunda de organizações igualitárias (não hierarquizadas), mas é absorvido pelo ordenamento estatal que mantém, através da lei, o poder de coerção. Esse parece ser o mesmo destino das convenções coletivas de consumo, diante do expressamente disciplinado nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

O que se vislumbra no ordenamento legal, é a anexação do direito social ao direito estatal. Sob o ponto de vista da ciência do direito, especula-se em torno de um direito social revestido de pureza e independência, com ênfase aos seus aspectos inorganizado e comum, como transparece na obra de GURVITCH, Georges *apud* MORAIS, José Luiz Bolzan de. *A ideia de direito social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 47-52.

<sup>97</sup> As condições de trabalho obtidas na negociação coletiva, quando não observadas nas relações individuais, efetivam-se através da ação perante a Justiça do Trabalho, para cujo exercício, o sindicato representativo da categoria profissional tem legitimidade, atuando como substituto processual dos trabalhadores lesados. A sentença judicial instrumentaliza a coerção estatal, ao compelir o empregador resistente a observar a normatividade oriunda nos acordos e convenções coletivas de trabalho.

<sup>98</sup> BRASIL. Constituição Federal, art. 114, § 2º. Na impossibilidade de negociação exitosa e não havendo opção pela arbitragem, a ação de dissídio coletivo judicial, perante a Justiça do Trabalho, provoca o poder a ela atribuído constitucionalmente, de “decidir o conflito”. A sentença emerge, então, com a estatalidade que lhe é própria, numa espécie de “subida” à esfera de poder estatal, ao poder normativo da Justiça do Trabalho que, a nosso sentir, ainda remanesce, malgrado as posições doutrinárias que o definem como “mitigado”, após o advento da Emenda Constitucional 45/2004.

<sup>99</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

O direito social insere-se no ordenamento jurídico estatal em dois planos: o coletivo, através do espaço da autonomia dos grupos sociais organizados; o individual, dos direitos subjetivos públicos, de igualdade, concretizado em “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente”.<sup>100</sup> Nesse plano individual, o direito subjetivo também implica a associação e a participação em entidades associativas, de personalidade coletiva complexa. Estas, por sua vez, têm direito subjetivo ao exercício da autonomia coletiva, que se transfunde com o próprio direito subjetivo de cada um dos seus integrantes. Como corolário, há necessidade de se enfatizar “um inevitável entrecruzamento entre esses espectros no campo individual e no campo social”,<sup>101</sup> diante da indissociável relação resultante dessas duas esferas de atuação dos sujeitos sociais.

Aqui, é possível estabelecer uma ponte de integração entre a ideia do indivíduo, ao mesmo tempo detentor do poder jurídico de exercer, enquanto integrante de uma coletividade organizada – o sindicato –, o direito de voto em assembleia destinada a estabelecer as cláusulas de um contrato coletivo, e de contratar individualmente, com o exercício da autonomia individual da vontade idealizado por Ferri.

Em suma, a autonomia coletiva envolve um poder normativo, que pode ser definido como o poder de autorregulação, de criar o direito objetivo para toda a coletividade envolvida. Como bem destaca Pedreira, tem sido assinalado que a autonomia coletiva é um fenômeno de descentralização normativa no sentido genérico de centros normativos menores e periféricos em relação à fonte normativa estatal, embora, verdadeiramente, se trate de *autonomia*, uma capacidade normativa que é ínsita ao próprio fato da organização associativa, onde a tutela do interesse grupal, impessoal e coletivo não se confunde com a tutela dos interesses individuais de cada um de seus integrantes. Destaca-se, assim, a autonomia coletiva como uma projeção da autonomia individual, porém em outra dimensão, transcendente dos interesses egoístas e meramente individuais.<sup>102</sup> Numa perspectiva diversa, mas que não colide no aspecto prático, Genro aponta como aspecto marcante da autodeterminação coletiva o fato dela extinguir a autonomia individual, “vinculando o

---

<sup>100</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 277.

<sup>101</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *A ideia de Direito Social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 46.

<sup>102</sup> ROMITA, Aron Sayão (Coord.). *Sindicalismo*. São Paulo: LTR, 1988. p. 39-40.

indivíduo trabalhador a sua classe, quando ela está representada no conflito, pela associação profissional.”<sup>103</sup>

Essa dimensão transcendente aparece no direito do trabalho, regido pelo princípio da irrenunciabilidade (projeção da indisponibilidade de direitos), no plano das relações individuais, e pelo princípio da autodeterminação coletiva, no plano das relações intercategoriais, sem tal implique contradição. Ao contrário, da ponderação de ambos os princípios resulta o equilíbrio necessário a evitar a aplicação mecânica de qualquer um deles.

Encontramos exemplos de abertura, na lei, de espaços para o exercício da autonomia coletiva. A Constituição Federal relativiza a irredutibilidade salarial e os limites de duração do trabalho, ao ressaltar a possibilidade de negociação coletiva flexibilizadora.<sup>104</sup> Outro exemplo de abertura para a autonomia coletiva privada encontramos no art. 462 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando afasta a atuação do princípio da intangibilidade salarial em relação a descontos permitidos em negociação coletiva.

À luz de um direito social estatal, os sujeitos coletivos, aptos ao exercício da autonomia coletiva, são os grupos sociais investidos de capacidade normativa, os sindicatos.<sup>105</sup> A empresa, ente naturalmente coletivo, também pode assumir esse status de sujeito apto à negociação coletiva, quando o faz diretamente com o sindicato representativo de seus empregados, através dos acordos coletivos de trabalho.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> GENRO, Tarso Fernando. *Direito individual do trabalho: Uma abordagem crítica*. São Paulo: LTR, 1985. p. 61.

A título de exemplo: a irredutibilidade salarial (art. 7º, inc. VI, CF/1988, Lei nº 4.923/1965), a intangibilidade salarial (art. 462 da CLT), a jornada de trabalho (art. 7º, incs. XIII e X e XIV, CF/1988).

<sup>104</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 7º, incs. IV, XIII, XIV e XV. No aspecto da redução salarial mediante negociação coletiva, o espaço aberto pela Constituição encontra limites da Lei nº 4.923/1965, a nosso ver, com ela plenamente compatível, salvo o disposto no § 2º do art. 2º. A possibilidade de acordo sem a intervenção sindical conflita com o art. 8º, inc. VIII, do atual texto constitucional e, além disso, ao admitir a intervenção da Justiça do Trabalho no processo, a revelia do sindicato, atrai a atuação estatal, quando o inc. IV do art. 7º ressalva, apenas, a negociação coletiva, portanto, o restrito exercício da autonomia coletiva privada.

<sup>105</sup> Na legislação brasileira, até o advento da Lei nº 8.078/1990, apenas os sindicatos representativos das categorias profissional e econômica detinham tal prerrogativa. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 107, ao permitir a celebração de convenções coletivas de consumo, abriu espaço para os entes coletivos de defesa dos consumidores. Socorrendo-nos da analogia às disposições específicas de direito do trabalho, é possível que tais associações de consumidores venham a celebrar acordos coletivos com fornecedores individuais, atribuindo-se a estes, excepcionalmente, a mesma capacidade de contratar no plano coletivo reconhecida aos empregadores individualmente considerados. Ver art. 611 da CLT, especialmente, seu § 1º.

<sup>106</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2000. p. 24

1.2.4 A melhor doutrina juslaboral não hesita ao apontar a natureza privada da autonomia coletiva, “onde haja democracia sindical”.<sup>107</sup> Essa autonomia, como bem lembrado por Santos,

Não se confunde com a mera liberdade de contratar ou com a simples liberdade natural; ela é mais do que isso. Trata-se da possibilidade do exercício de um poder ou de uma potestade. Poder de estipular normas jurídicas.<sup>108</sup>

Embora de caráter privado, as regras nascidas de um contrato coletivo têm força de lei e, como tais, podem ser invocadas como verdadeiras fontes formais de direito.<sup>109</sup>

À autonomia coletiva, no âmbito do direito do trabalho, concede-se, inclusive, a prerrogativa de instituir comissões de conciliação prévia, através de acordos ou convenções coletivas, com o fito de compor os litígios individuais entre empregados e empregadores, cujos termos de conciliação revestem-se de efeito liberatório e constituem título executivo extrajudicial.<sup>110</sup>

1.2.5 O exercício da autonomia coletiva não se limita às relações interassociativas. A doutrina também a vislumbra quando as entidades de classe exercem poder unilateral interno (instituição de seus estatutos, estabelecimento de sanções para seus associados, sem necessitarem se socorrer do Estado para tornar efetivas tais medidas). Nas relações entre capital e trabalho, a autotutela se projeta para fora do corpo associativo, quando da declaração de greve.<sup>111</sup> Embora exercício unilateral, o ato declaratório de greve pelo sindicato dos trabalhadores implica, *ex vi lege*, imediata integração do empregador no polo passivo de uma relação jurídica

<sup>107</sup> PEDREIRA, Luiz de Pinho. Autonomia coletiva profissional. In: ROMITA, Arion Sayaão (Org.). *Sindicalismo*. São Paulo: LTR, 1999. Obviamente, nenhuma dificuldade se haverá de enfrentar em sustentar o mesmo em relação à autonomia coletiva atribuída às associações de consumidores, porque nesse campo inexistente discussão em torno da natureza jurídica de tais entidades associativas, diferentemente do que ocorreu em relação aos sindicatos. No Brasil, a discussão em torno da natureza jurídica dos sindicatos está superada desde o advento da Constituição Federal de 1988, que afastou qualquer possibilidade de intervenção do Estado na organização e na gestão dos sindicatos, diferentemente do que ocorria anteriormente (ver art. 8º, inc. I, da CF/88). A título de ilustração, é oportuna consulta aos arts. 515 a 521, ainda integrados ao texto da CLT, mas não recepcionados pela Constituição.

<sup>108</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2009, p.115.

<sup>109</sup> A Lei nº 8.984/1995 atribui aos próprios sindicatos profissionais legitimidade ativa para ajuizarem ações na Justiça do Trabalho com o fito de fazer valer as cláusulas de convenções coletivas de trabalho. O mesmo direito é assegurado ao empregado, individualmente.

<sup>110</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (redação da Lei nº 9.958/2000), arts. 625-A a 625-H.

<sup>111</sup> A “greve” do empregador (*lock out*) é vedada na lei. Sendo, basicamente, fato, não deixa de ocorrer, eventualmente, e nem por isso seus praticantes têm merecido sanções, tendo, o próprio Estado, optado pela via da negociação. Exemplo atual têm sido as greves dos caminhoneiros, em sua expressiva maioria, autônomos, empreendedores de sua própria atividade econômica e muitos deles, empregadores.

coletiva: os contratos de trabalho ficam suspensos (art. 7º da Lei nº 7.783/1989); é vedado despedir os empregados, bem como admitir trabalhadores para a substituição dos grevistas durante o movimento paredista (art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 7.783/1989).

#### 1.2.6 Na busca de uma síntese:

- o exercício da autonomia coletiva pelos trabalhadores é o grande e singular instrumento compensador da sua vulnerabilidade frente ao empregador, através da qual foi possível abrir caminho para construir mínimas condições de obtenção da igualdade substancial;
- a autodeterminação coletiva não é um princípio em si, mas resultado da autoproteção construída na organização dos trabalhadores, movidos pela solidariedade;
- dessa organização emergiram os sindicatos, “entes igualitários de colaboração”, intrinsecamente distintos das formas anteriores de organização corporativa do trabalho (*collegia*, corporações de ofício), “entes hierarquizados de dominação”;
- as ações primitivas de autoproteção, verdadeiros “fatos normativos”, pautados nos valores da solidariedade e da igualdade, geraram um direito social, intuitivo, cuja pureza prescindia da sanção estatal;
- progressivamente, esse direito social intuitivo evoluiu até sua integração ao direito social cuja sanção é exercida pelo Estado, um “direito social estatal”;
- há um inevitável entrecruzamento dos campos individual e social e uma indissociável relação resultante dessas duas esferas de atuação dos sujeitos sociais;
- a autonomia coletiva traduz-se em poder normativo e é de natureza privada porque se projeta das autonomias individuais;
- uma vez estabelecido regramento das relações individuais através de uma convenção ou um acordo coletivo, as normas ali estabelecidas configuram verdadeiro direito negociado, daí a definição de Duguit, de se tratar de um “convênio-lei”.
- a autonomia coletiva volta-se, também, para o interior do grupo organizado, ao disciplinar as regras estatutárias, impor sanções aos seus componentes, inclusive com poder de executar tais penalidades sem interferência do Estado;
- no âmbito das relações de trabalho, a autonomia coletiva pode fazer-se valer unilateralmente para fora das relações internas, nos casos de exercício do direito de

greve, atraindo o empregador para o polo passivo da relação jurídica coletiva que daí decorre.

Fica a convicção em favor de ser, o direito do trabalho, marcado pelo pluralismo, cuja emergência, em pleno século XIX, e afirmação na primeira metade do século XX, constituiu o prenúncio da conquista dos direitos de igualdade e da irresistível atração do direito privado para o campo social.

### 1.3 FASE DA AFIRMAÇÃO: DIREITO À IGUALDADE

Nas primeiras décadas de vida do Código de Napoleão, a Europa experimentava uma incipiente indústria, a população ainda era prevalentemente agrícola, as relações interindividuais eram restritas. Os trabalhadores viviam, praticamente, à margem da sociedade produtiva. Não se vislumbrava, ainda, a Questão Social, senão “unicamente, uma questão de pauperismo”. A condição dos operários não preocupava ninguém, “nem o governo, nem a sociedade, nem mesmo a literatura”. Os operários não constituíam partidos políticos e permaneciam “disseminados por toda a superfície do país.”<sup>112</sup> Em pleno apogeu do *État Gendarme*, sob o império da igualdade formal, o poder público não se importava “como viviam os indivíduos na realidade, como trabalhavam, quanto ganhavam, o que comiam, sob que teto moravam e assim por diante”.<sup>113</sup> Foram os socialistas utópicos<sup>114</sup> os primeiros a denunciar a desigualdade social crescente sob o primado da liberdade formal, onde, logicamente, “na luta entre os fortes, que possuíam os meios de produção, e os fracos, que só dispunham de sua força de trabalho, saíam vitoriosos os primeiros.”

É comum limitarmos a emergência do *juslaboralismo*<sup>115</sup> aos fenômenos econômico-sociais da Revolução Industrial e da Questão Social que sacudiram o

<sup>112</sup> ALVAREZ, Alexandre. *Une nouvelle conception des études juridiques*. Paris, 1904. p. 15-6. O trecho transcrito é citado, vertido para o português, por MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, v. I, 1961. p. 329.

<sup>113</sup> MORAES FILHO, Ibid., p. 326.

<sup>114</sup> Destacaram-se como formuladores do pensamento socialista, Saint-Simon (1760/1825), Charles Fourier (1772/1837), Louis Blanc (1811/1882) e Robert Owen (1771-1858), este último, especificamente, com ações de repercussões diretas nas relações entre capital e trabalho. As ideias defendidas por esses pensadores foram, mais tarde, identificadas como doutrina do *socialismo utópico* por pensadores de outra corrente também de cunho socialista, autodenominada de *socialismo científico*, entre os quais pontificou Karl Marx, daí também serem identificados como *marxistas*. A principal crítica feita aos socialistas utópicos residia no fato de seus defensores preconizarem uma sociedade ideal sem apontar os meios para alcançar tal desiderato, daí a qualificação de “utópicos”, recolhida da obra *Utopia* de Thomas More (1478/1535). Robert Owen chegou a por em prática o ideário socialista utópico em sua empresa, reduzindo a jornada de seus empregados e aumentando os salários, além de construir casas destinadas à moradia dos trabalhadores.

<sup>115</sup> Expressão cunhada por CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 19, para identificar a “ciência do direito do trabalho”.

Estado Moderno no século XIX, com ênfase aos trabalhadores famintos e andrajosos. Esse cenário projetado da realidade marcada pelo profundo sofrimento de homens, mulheres e crianças submetidos a condições desumanas de trabalho, reduzidos a mera força produtiva, explorada até a exaustão e a preço vil, existiu e comoveu a sociedade europeia mais esclarecida, aguçou a intelectualidade nas várias áreas do conhecimento e verteu posições ideológicas antagônicas. Engels dedicou-se exaustivamente ao tema, Marx teceu o princípio da *plus valie*, Leão XIII, o da função social da empresa.<sup>116</sup>

<sup>116</sup> A título de ilustração, fiquemos com dois relatos:

1. FRIEDRICH, Engels. *In Die Lage der arbeieden Klasse in England* (A situação da classe operária na Inglaterra), trad. Régis Barbosa: "Tal é a antiga cidade de Manchester – e quando releio mais uma vez minha descrição, preciso reconhecer que em vez de exagerada não é nem de longe suficientemente penetrante para tornar visível a sujeira, a decadência, a inabitabilidade e o tipo de construção incompatível com toda consideração sobre limpeza, ventilação e saúde deste bairro, que abriga pelo menos vinte a trinta mil moradores. E em um tal bairro existe no centro da segunda cidade da Inglaterra, a primeira cidade industrial do mundo! Se alguém desejar ver o quão pouco espaço precisam as pessoas para movimentar-se, de quão pouco ar – e que ar! – necessitam para respirar e como podem sobreviver com tão pouca civilização, então basta-lhe apenas vir para cá. É, todavia, a *antiga* cidade – e isto recorre a gente aqui, quando se lhes fala sobre a horrível situação deste inferno sobre a terra –; mas o que significa isto? Tudo o que mais intensamente provoca o nosso desprezo e nossa indignação é de origem nova, pertence à *época industrial*. Estas centenas de casas que pertencem à antiga Manchester, já foram há muito abandonadas pelos seus antigos moradores; somente a indústria as abarrotou com os bandos de trabalhadores que agora são alojados ali; somente a indústria construiu em cada pequeno espaço entre as antigas moradias um teto para as massas que ela removeu dos campos e da Irlanda; somente a indústria permitiu, aos proprietários desses chiqueiros, alugá-los a pessoas por altos preços e fazê-los de moradia, explorar a pobreza dos trabalhadores, estragar a saúde de milhares, para que *eles* se enriqueçam; somente a indústria conseguiu tornar possível que o trabalhador apenas recém libertado da servidão pudesse outra vez ser usado como simples material, como *objeto*, que ele tenha que se deixar trancar numa moradia que para qualquer outro seria péssima, e que ele agora, com seu dinheiro sacrificado, tenha o direito de deixar-se arruinar totalmente. Somente a indústria fez isto, ela que, sem estes trabalhadores, sem a sua pobreza e a sua escravidão, não poderia existir."

Fonte: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *História*. São Paulo: Ática, 1989.

2. VIANNA, Segadas. In: *Capitalismo e proletariado*. "Criara-se o contraste flagrante e violento entre o supermundo dos ricos e o inframundo dos pobres. No seu supermundo, em monopólio absoluto, os ricos avocaram para si todos os favores e todas as benesses da civilização e da cultura: a opulência e as comodidades dos palácios, a fartura transbordante das ucharias, as galas e os encantos da sociabilidade e do mundanismo, as honrarias e os ouropéis das magistraturas do Estado. Em suma: a saúde, o repouso, a tranquilidade, a paz, o triunfo, a segurança do futuro para si e para os seus. No seu inframundo repululava a população operária: era toda uma ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação; inteiramente afastada das magistraturas do Estado; vivendo em mansardas escuras, carecia dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva; oprimida pela deficiência dos salários; angustiada pela instabilidade do emprego; atormentada pela insegurança do futuro, próprio e da prole; estropiada pelos acidentes sem reparação; abatida pela miséria sem socorro; torturada na desesperança da invalidez e da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo. Só a caridade privada, o impulso generoso de algumas almas piedosas, sensíveis a essa miséria imensa, ousava atravessar as fronteiras deste inframundo, os círculos tenebrosos deste novo Inferno, para levar, aqui e ali, espaçada e desordenadamente, o lenitivo das esmolas, quero dizer: o socorro aleatório de uma assistência insuficiente. Os capitães da indústria ocupados com a acumulação e a contagem de seus milhões e o gozo dos benefícios de sua riqueza, não tinham uma consciência muito clara do que significava a existência do inframundo da miséria que fica do outro lado da vida, longe das suas vistas aristocráticas e cujos gritos de ódio, cujas apóstrofes indignadas, cujas reivindicações de justiça eles não estavam em condições de ouvir e, menos ainda, de entender e atender."

Fonte: SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Delio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. I. 13. ed. São Paulo: LTR, 1996. p. 35-6.

Ainda, Marx desenvolveu a mais-valia em sua obra *O Capital*. Leão XIII dedicou-se à sua doutrina na Encíclica *Rerum Novarum*.

Esse riquíssimo manancial infrajurídico, tão enfatizado na gênese do direito do trabalho, fonte material de extrema riqueza, não explica, exclusivamente, seu surgimento. Vamos recolher em Menezes Cordeiro a análise juscientífica da emergência do “direito novo”, cuja íntima vinculação com o elemento volitivo que preside as relações jurídicas permite-nos articular os seus diversos componentes, no caminho da liberdade para a igualdade, em sua dimensão sócio-cultural.

Duas questões pontuais são apontadas pelo prestigiado mestre português que, para não perder o seu precioso conteúdo, rememoramos *ipsis litteris*:

1. “a História mostra que em épocas anteriores e em culturas diversificadas, muitas vezes, grandes massas humanas foram subjugadas por minorias, em condições bem mais degradantes do que as verificadas no século XIX e que um seu levantamento logo poria cobro à situação; não houve, no entanto, um Direito do Trabalho que desse corpo à movimentação social que essas situações sempre vieram provocar;”

2. “no próprio processo de formação juslaboral, no auge da questão social, poderiam ter sido aproveitados esquemas anteriores de proteção aos trabalhadores ou, pelo menos, utilizados quadros já utilizados para lançar novas medidas; não foi, no entanto, isso que sucedeu: o juslaboralismo esqueceu as experiências anteriores, ainda quando isso tenha, depois, obrigado a percorrer uma maior distância.”<sup>117</sup>

Impregnado da realidade econômico-social do século XIX, esse “direito novo” emergiu de um processo contestador, no âmago da própria ciência do direito, à total indiferença do direito civil em relação ao contrato de trabalho subordinado, como procuraremos demonstrar, em apertada síntese, a partir das reflexões da fonte múltipla referida.

O continente europeu experimentou, a partir da Revolução Burguesa de 1789, intenso processo de codificação. O direito civil que daí resultou constituiu “uma clivagem entre as experiências francesa e alemã”.<sup>118</sup> O Código de Napoleão de 1804 surgiu em momento ainda distante da Revolução Industrial e da Questão Social que aflorariam mais tarde, em meados do século XIX. As relações de trabalho travavam-se sem o impacto da luta de classes, embora já existentes as graves desigualdades resultantes da concentração de riqueza e da miséria que se acentuaria algumas décadas depois. O núcleo do sistema do código francês fixou-se na pessoa humana enquanto indivíduo e nos bens indispensáveis à sua sobrevivência e à sua expansão. O sistema francês veio com a marca do individualismo, “preocupado em

<sup>117</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

<sup>118</sup> *Id.* p. 44.

regular a posição do sujeito individualmente considerado, ao qual era reconhecido um campo de actuação rigorosamente igualitário”,<sup>119</sup> dirigido “às classes médias, sem preocupações sociais.”<sup>120</sup> O contrato de trabalho mereceu uma única referência, ainda sob a forma de locação de serviços. Essa precária e superficial regulamentação sequer de longe atentou à realidade diferenciada que se prenunciava com força irresistível já em boa parte do território europeu.

O Código Civil Alemão de 1896, em vigor a partir de 1900, recolheu da História e da cultura “vectores sensíveis, capazes de permanentes adaptações”, onde “a relação jurídica faz uma aparição intensa para descrever as diversas situações cuja classificação propicia”.<sup>121</sup> Se a indiferença do código francês de 1804 pode se explicar pelo fato de ter surgido cinquenta anos antes da fase mais aguda da Questão Social que já se esboçava, o código alemão nasceu em momento fortemente marcado pelos desdobramentos da Revolução Industrial instalada na Europa a partir de meados do século XIX. No entanto, atestando que o direito moderno não tinha, à época, “meios para promover a redução dogmática e subsequente enquadramento da questão laboral” em decorrência de uma “incapacidade estrutural da Ciência do Direito”,<sup>122</sup> o código alemão também ignorou o contrato de trabalho, não obstante já tivesse, a doutrina, avançado significativamente no estudo dessa nova modalidade contratual e a organização dos trabalhadores em sindicatos fosse uma realidade consumada.<sup>123</sup> Vislumbrou-se,

<sup>119</sup> Não tomemos aqui a expressão em seu sentido substancial. O sentido igualitário do *Code* parte da igualdade formal.

<sup>120</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 46.

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 45.

<sup>122</sup> *Ibid.* p. 49.

<sup>123</sup> Sem nos desviarmos do foco desse estudo, num breve registro da evolução do sindicalismo, remontamos à França e, especialmente, à Inglaterra do início do século XIX, seu berço. Os movimentos de caráter coletivo e corporativo estavam, então, banidos da ordem jurídica. Conquistada a existência legal em 1824, os sindicatos ingleses deflagraram uma série de greves, que acabaram por determinar a revogação da lei permissiva um ano depois. O marco mais significativo da organização dos trabalhadores situa-se em 1834, com a fundação dos *Grandes Sindicatos Nacionais Consolidados*, sob a liderança de Robert Owen, que passou a congregar quinhentos mil trabalhadores. A partir de 1859, começaram a surgir os sindicatos nacionais. Na França, os trabalhadores seguiram o exemplo de seus companheiros ingleses, inicialmente, através das *sociétés de résistance*, que tiveram importante papel nos movimentos classistas entre 1830 e 1840. Em 1871, o sindicalismo inglês obteve o reconhecimento definitivo, com a *Lei dos Sindicatos*. Na França, somente a partir de 1884, a lei passou a garantir o direito às pessoas da mesma profissão ou de profissões conexas organizarem-se livremente em associações, com personalidade civil, sem qualquer autorização prévia do Estado, desde que destinadas à defesa de interesses exclusivamente profissionais. Portanto, ao apagar das luzes do século XIX, o movimento sindical europeu era uma pulsante realidade.

apenas, o dever de assistência do empregador em favor do empregado doente ou acidentado.<sup>124</sup>

Embora resultantes de metodologias opostas, as codificações francesa e alemã convergiram em alguns aspectos pontuais e, entre esses, adquire interesse para os fins de nosso estudo o vetor da autonomia privada, mantida e reafirmada, em sua essência, já consolidada anteriormente.

O individualismo jurídico repeliu as organizações até então conhecidas (corporações de ofício e guildas) e abriu-se o largo campo das relações presididas pela autonomia privada de caráter individual. O contrato era a lei e esta resultava da livre deliberação dos contratantes.

A extinção das corporações, na Europa, marcou, em torno dos anos trinta da era oitocentista, o início da exploração desenfreada da força de trabalho, do *juslaboralismo liberal*. Presidida unicamente pelo contrato individual, a relação de trabalho subordinado desenvolvia-se no império do poder econômico, sob a égide da liberdade e a complacência do Estado absenteísta. A aguda percepção de Roppo possibilita retratar a ordem de consequências daí advindas:

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contratantes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica' (...): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contratantes consistia a garantia de que as trocas (...) respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer 'contratual' equivale a dizer 'justo' ("*qui dit contractuel dit juste*"). (...) Mas, desta forma, esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades abstractas, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder – e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente – a gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força económico-social entre contraentes que detém riqueza e poder e contra e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho. O empresário com pleno controle do mercado de trabalho e o operário que, junto deste, procura emprego são juridicamente iguais, e igualmente livres – num plano formal – de determinar o conteúdo do contrato de trabalho. Mas é evidente (...) que o segundo, se não quiser renunciar ao trabalho e, conseqüentemente, à sua própria subsistência, estará sujeito a suportar (pelo menos até que surjam adequadas providências 'limitativas da liberdade contratual') todas as condições, até as mais iníquas, que lhe sejam impostas pelo primeiro.<sup>125</sup>

<sup>124</sup> Código Civil Alemão, §§ 617 e seguintes.

<sup>125</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 35-58.

Mais especificamente, no campo do direito do trabalho, Azuela, traça idêntico quadro:

*Dentro de este orden de ideas y com clara intención represiva, se reconoció el principio de autonomía privada de los sujetos de las relaciones de trabajo como soporte sustancial de los contratos. La locación ou arrendamiento de servicios fue la figura acuñada para contratar los obreros. Carecía de normas protectoras para quienes ofrecían su fuerza de trabajo; las jornadas eran inhumanas; los salarios miserables; no existía estabilidad en el empleo y el patrón fijava, sin limitaciones, las condiciones generales de trabajo; los obreros no contaban com seguros para enfermedades y accidentes laborales, ni era lícito asociarse para defenderse en sindicatos.*<sup>126</sup>

Em apertadíssima síntese, podemos dizer, com Menezes Cordeiro, que o direito do trabalho “representou uma crítica a esse estado de coisas.”<sup>127</sup>

Esse direito, em relação ao qual, ainda nos meados do século passado falava-se num “direito novo”, apresentou-se “autônomo, independente da comum ciência jurídica”, cujas características mais marcantes foram destacadas por Moraes Filho:<sup>128</sup>

- a) um direito *in fieri*, um *werdendes Recht*,<sup>129</sup> que tende cada vez mais a ampliar-se;
- b) um *direito de classe*;
- c) um direito intervencionista, contra o dogma liberal da economia, por isso mesmo, cogente, imperativo, irrenunciável;
- d) um direito de cunho nitidamente cosmopolita e universal;
- e) um direito cujos institutos mais típicos são de ordem coletiva ou socializante;
- f) um direito de transição, para uma civilização em mudança.

<sup>126</sup> AZUELA, Héctor Santos. *Derecho del trabajo*. México: McGRAW-HILL, 1998. p. 28.

<sup>127</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 49.

<sup>128</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos, v. I, 1960. p. 32.

<sup>129</sup> “Um direito em vir-a-ser”, MORAES FILHO, id.

Com força irresistível, prenunciava-se, no apogeu do seu crescimento, o que, hoje, consideramos um dos seus maiores desafios, daí a razão deste estudo: a diversidade de sujeitos sob o manto da sua proteção. Moraes Filho recolheu, nos meados do século XX, da mais abalizada doutrina europeia, as três direções bem nítidas para as quais o direito sinalizava a ampliação do seu conteúdo:

a) em intensidade, porque aumentavam cada vez mais os benefícios em favor dos sujeitos por ele protegidos;

b) em extensão territorial, porque se estendia sempre mais no espaço geográfico, procurando atingir o direito positivo de todos os povos da terra, constituindo um sistema de leis de aplicação universal;<sup>130</sup>

c) em extensão pessoal, pela sua tendência de incluir em seu âmbito “um número cada vez maior de pessoas, até então ausentes de sua proteção.”<sup>131</sup>

É em torno desse último aspecto que centraremos nossa reflexão a partir do terceiro tópico *infra*.

## 2 FASE DA AUTONOMIA E DA CONSOLIDAÇÃO DE UM DIREITO DO TRABALHO DE PROTEÇÃO

*Pauvre, nu, sans travail, mais libre, muert de faim.  
Delphine Gay (Ouvriers de Lyon)*

### 2.1 EMERGÊNCIA DO “DIREITO NOVO”, MARCADAMENTE PLURALISTA

Esse estudo é voltado ao campo da autonomia individual, objeto da nossa reflexão principal, mas não é dado compreendê-la sem visualizá-la no pluralismo do direito do trabalho.

Começemos com a reflexão de Moraes, em seu clássico “Apontamentos de direito operário”, há cem anos:

<sup>130</sup> Cabe, apenas a título de registro, por não constituir objeto desse estudo, o processo de desregulamentação do direito do trabalho ocorrido nas duas últimas décadas do século passado.

<sup>131</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos, v. I, 1960. p. 32-3.

Suponhamos dois homens dotados de forças iguais.

Não é necessário promulgar leis para que eles não se batam ou não se prejudiquem; pois, no caso de um investir contra o outro, virá a imediata repulsa equilibrar as situações, sendo de interesse de ambos ficarem quietos. Mas, admitindo que não tenham iguais forças, se lhes deixarmos toda a liberdade de ação, o mais robusto não demorará para agarrar o outro e subjugar-lo.

Daí resulta este princípio: – dada a desigualdade de forças econômicas, a liberdade sem freio constitui causa fatal de usurpação e de opressão. E deste princípio surge a necessidade de se precisarem certas condições do trabalho assalariado, pondo de parte o respeito fetichístico da liberdade.<sup>132</sup>

Frei Lacordaire, em conferência na Catedral de *Notre Dame*, em Paris, em 1848, já cunhara a célebre máxima que ornamenta todos os tratados de direito do trabalho: “entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servidor, a liberdade oprime, a lei liberta.” As mentes mais esclarecidas foram tocadas com o drama dos trabalhadores, exposto em toda a sua crueza com as profundas transformações da economia determinadas pela introdução da máquina a vapor, com o surgimento dos primeiros centros industriais e das grandes concentrações de operários, em situação de miséria sem precedentes.

O exercício da autonomia coletiva permitiu que os trabalhadores adquirissem instrumentos de autodefesa capazes de mitigar as condições desumanas impostas sob a égide do individualismo jurídico. Esse movimento ascendente de grandes proporções, impulsionado pelo espírito de classe consolidou-se no curso do século XIX, sem, contudo, sensibilizar o Estado, fiel ao princípio da não intervenção no domínio econômico. Como já enfatizamos, embora se justifique a ausência de quaisquer disposições específicas sobre contratos de trabalho no Código de Napoleão, nos albores do século XIX, quando a questão social, embora latente, não era ainda perceptível enquanto fonte material relevante, surpreende que o Código Civil alemão, ao final do mesmo século, quando já existente, na Europa, mais de um milhão de trabalhadores sindicalizados e a negociação coletiva avançara na conquista de direitos importantes, tenha ignorado fenômeno social de tal relevância.

---

<sup>132</sup> MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro: 1905. p. 16-7.

Gomes e Gottschalk dividem a evolução histórica do direito do trabalho em quatro períodos marcantes:

- 1º Período – Fim do século XVIII, marcado pela Revolução Francesa de 1789
- 2º Período – Publicação do Manifesto Comunista de Marx e Engels (1848)
- 3º Período – Publicação da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (1891)
- 4º Período – Fim da 1ª Grande Guerra Mundial, com a emergência do Tratado de Versalhes (1919).<sup>133</sup>

Os três primeiros períodos situam-se na fase histórica precedente ao surgimento do direito do trabalho enquanto ramo autônomo da ciência jurídica e ficam como mera referência. Na correta percepção de Catharino, o direito do trabalho, malgrado tenham, as primeiras leis trabalhistas, surgido ainda no século XIX, nasceu efetivamente no século XX, com a conquista dos direitos sociais, entre os quais o direito do trabalho ocupou espaço proeminente.<sup>134</sup> São marcos históricos sempre lembrados a Constituição Mexicana de 1917 e os nove princípios fundamentais proclamados pelos Estados firmatários do Tratado de Versalhes, em 1919, que traçaram o norte a ser seguido pelas legislações de proteção respectivas.<sup>135</sup>

Foi, efetivamente, o fim da 1ª Grande Guerra o marco definidor do surgimento do direito do trabalho legislado, com traços de autonomia: grande número de normas, capaz de propiciar estudo sistemático; identificação de perfil deontológico e axiológico perfeitamente definido; possibilidade de adoção de método próprio de busca da verdade e codificação. Legisla-se intensamente no entre-guerras em todo

<sup>133</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 4-8.

<sup>134</sup> CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1981, p. 11.

<sup>135</sup> São os seguintes os princípios do Tratado de Versalhes: 1) o trabalho não há de ser considerado mercadoria ou artigo de comércio. 2) Tanto patrões como empregados têm o direito de associação visando a alcançar qualquer objetivo lícito. 3) O salário a ser pago aos trabalhadores deverá assegurar um nível de vida conveniente, em relação à época e ao seu país. 4) O trabalho será limitado a oito horas por jornada e quarenta e oito horas semanais. 5) O descanso semanal será de, no mínimo, vinte e quatro horas, preferencialmente, aos domingos. 6) Supressão de trabalho das crianças e imposição de limitações ao trabalho dos menores de ambos os sexos, necessárias para permitir-lhes continuar a instrução e assegurar seu desenvolvimento físico. 7) Salário igual sem distinção de sexo, por um trabalho de igual valor. 8) Tratamento econômico equitativo nas leis relativas a condições de trabalho, promulgadas em cada país, para trabalhadores que nele residem legalmente. 9) Organização, em cada Estado. De um serviço de inspeção, que incluía mulheres, a fim de assegurar a aplicação das leis para a proteção dos trabalhadores.

o mundo ocidental capitalista<sup>136</sup> e desse processo legiferante de traços universais, balizado pelos nove princípios do Tratado de Versalhes e pela intensa atuação da Organização Internacional do Trabalho, molda-se o direito do trabalho de feição pluralista e eclético, com espaços em que a vontade da lei impera absoluta, sem nenhuma concessão à autonomia da vontade, mas com preservação da autodeterminação, no âmbito das relações coletivas.

A necessidade de reerguer o parque industrial europeu, destruído na 1ª Guerra, e de apaziguar a luta de classes foi uma das razões que fez com que o Estado passasse a atuar fortemente na construção de um sistema legal de heteroproteção dos trabalhadores. Embora não se desconheça a contribuições de doutrinas sociais, nas quais pontificam, ainda nos seus primórdios, o socialismo

---

<sup>136</sup> Merecem referência, no Brasil, antes da 1ª Guerra: 1904: Decreto-Lei nº 1.150 de 5 de janeiro: concedeu privilégio ao pagamento de dívidas salariais no trabalho rural; 1905: Lei nº 1.137 de 5 de janeiro: primeira lei sindical do país; 1911: projeto de lei tratando da locação de serviços no comércio, considerada o embrião de uma legislação do trabalho de ordem geral no Brasil antes da primeira Guerra. Não foi apreciado. No curso da 1ª Guerra, deve ser destacado o projeto do Código do Trabalho, que não chegou a ser votado, e o fato do Código Civil de 1916 ter dedicado dezesseis de seus artigos à locação de serviços. No pós-guerra: 1923: Lei Eloy Chaves, de 24 de janeiro, cria as caixas de aposentadoria e pensões para os ferroviários; 1925: Lei nº 4.982, de 23 de dezembro: disciplina o direito às férias; 1930: instalação do Governo Provisório após a revolução vitoriosa sob a liderança de Getúlio Vargas, com a criação do Ministério do Trabalho, sob o comando de Lindolpho Collor, com a incumbência de colocar o Brasil no mesmo patamar das legislações trabalhistas mais avançadas. 1935: Lei nº 62, de 14 de janeiro: regulamentou a rescisão do contrato de trabalho. No curso da 2ª Guerra: 1939: Decreto-Lei nº 1.402 de 5 de julho: regulamentação das associações profissionais e sindicais; 1943: Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio: Consolidação das Leis do Trabalho. No plano supralegal, a Constituição do Império de 1924 não se ocupou de direitos sociais. Sob clara influência da Revolução Francesa de 1789, proibiu as corporações de ofício quando essa espécie de organização do trabalho, tipicamente urbana, era fato absolutamente irrelevante no Brasil. A primeira Constituição republicana de 1891 limitou-se a garantir a liberdade do trabalho de qualquer natureza. A partir da década de 30, mais precisamente, da Constituição de 1934, os direitos sociais passaram a ter presença garantida nas Cartas Políticas brasileiras. Os sindicatos passaram a ser reconhecidos, com algumas nuances, ora com ênfase a maior ou menor liberdade sindical. A Constituição de 1937, de forte conotação corporativa, os transformou em entes de colaboração do Estado e os autorizou a cobrar contribuições de caráter compulsório. Em contrapartida, proclamou a ilicitude da greve, qualificada como ato anti-social. Desde 1934, os direitos básicos, no âmbito das relações individuais de trabalho, vêm sendo mantidos, com poucas alterações (salário mínimo, limitação da jornada, repouso semanal, férias, isonomia salarial, proteção do menor e da maternidade, etc.). A Constituição de 1988 consagrou os direitos dos trabalhadores no âmbito dos direitos fundamentais, marco significativo de garantia da sua manutenção, destacado como uma forma de resistência à tentativa de desregulamentação que já se anunciava fortemente nos anos 80 do Século passado (URIARTE, Oscar Ermida: *A flexibilidade*. São Paulo: LTR, 2002. p. 27). Além disso, a Carta Política avançou no plano das relações coletivas, ao conceder aos sindicatos garantias de participação nas negociações coletivas e de representação da categoria para a defesa de interesses coletivos e individuais (art. 8º), proclamou a greve como direito e ampliou o rol dos direitos individuais a eles acrescentando a relação de emprego garantida contra a despedida aleatória, a proteção do salário contra a retenção dolosa, a responsabilidade do empregador frente a acidentes do trabalho, entre outros.

utópico<sup>137</sup> e o materialismo histórico,<sup>138</sup> é através do intervencionismo do Estado, como elemento regulador das classes sociais, que o direito do trabalho emerge como instrumento eficaz de harmonização das relações entre capital e trabalho, como fica claro na síntese de De La Cueva:

*La existência de las clases sociales es um dato real que se impone al sociólogo, al político y al jurista, mas el Estado actual, el Estado democrático, no es patrimonio de ningún grupo o clase, sino que los engloba y representa a todos; se encuentra, pues, em uma de esas etapas de que hablaba Engels; como elemento regulador de las clases no puede permanecer inactivo, porque la lucha desenfreada, a más de debilitar a la nación, acabará, com el tiempo, por destruirla; su función consiste, em consecuencia, em la interacción em los fenómenos económicos, a efecto de que, dentro del sistema jurídico imperante, cada clase obtenga aquello que justamente le pertenece; no tolerará, por lo tanto, la explotación de una clase por la otra y para impedirlo, promulga la legislación del trabajo, prohíbe los monopolios, resuelve autoritariamente por medio del arbitraje obligatorio (...) los conflictos entre el Capital y el Trabajo...<sup>139</sup>*

A forte intervenção do Estado, a partir das primeiras décadas do século XX, plasmou o direito do trabalho de caráter compensador, marcado pelo princípio da proteção, expresso em normas de ordem pública, com forte dose de tutela de direitos indisponíveis nas relações individuais. Esse caráter tuitivo expressa-se através de presunções que atuam em favor do trabalhador e da higidez do contrato individual de trabalho, da força jurígena dos fatos e da preservação das condições contratuais mais benéficas, insuscetíveis de alterações *in pejus*. Expressam essa ideologia, na legislação brasileira, v.g., os arts. 9º, 442, 447, 456, parágrafo único, 468 e 460, todos da Consolidação das Leis do Trabalho, nos quais a autonomia da vontade tem pouca ou nenhuma força atuante na relação jurídica. Atua a vontade da lei.

<sup>137</sup> Doutrinadores renomados no campo juslaboral apontam os socialistas utópicos como os iniciadores do direito do trabalho, entre os quais DE LA CUEVA, Mário. *Derecho Mexicano Del Trabajo*. 2ª ed. México: Editorial Porrúa, v. I, 1954. p. 18 e CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. *Direito Social: Teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, v. I, 1993. p. 62-3. Ver, a respeito, Nota 111.

<sup>138</sup> O marco doutrinário dessa corrente foi o Manifesto Comunista, de MARX e ENGELS, de grande influência na formação da mentalidade dos trabalhadores, na segunda metade do século XIX, orientadora da chamada “luta de classes”.

<sup>139</sup> DE LA CUEVA, op. cit., 4ª ed. p. 78.

Reserva-se esse espaço de autonomia apenas nas relações coletivas de trabalho, das quais emerge o “direito negociado”, fonte formal peculiar do direito do trabalho de onde nascem condições de trabalho de caráter indisponível no âmbito das relações individuais, mas de caráter precário porque vigem enquanto vigentes os acordos e as convenções coletivas de trabalho.

Essas esferas de autonomia ficam perfeitamente delineadas no art. 444 da CLT: a individual, em que empregado e empregador, enquanto sujeitos singulares, estabelecem as condições *in concreto* de trabalho; a coletiva, na qual as categorias profissional e econômica negociam a sua ordem específica, traduzida em direito objetivo; e a estatal onde dispostas as cláusulas compulsórias do contrato mínimo legal. A conjugação dessas três esferas de autonomia expressa, na feliz definição de Catharino, “o sincretismo legal do contratualismo com o institucionalismo”.<sup>140</sup> Esse sincretismo, ao traduzir a ideia de um amálgama de doutrinas ou concepções heterogêneas, não pode ser tomado na sua acepção exata no momento em que nos deparamos com questões controvertidas do contrato individual de trabalho porque, embora tenha logrado, o legislador, harmonizá-las no texto legal, essas esferas de autonomia individual, coletiva e legal não se fundem. Conservam sua fisionomia própria, têm seus princípios e reclamam exegese específica. Nesse ecletismo reside a riqueza do direito do trabalho.

O art. 444 da CLT pode ser apontado como expressão manifesta da opção do legislador pela corrente contratualista, ao dispor, em sua primeira parte, que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes...”. Assim, a leitura de Russomano, ao acentuar “que se dá à vontade do empregado e do empregador, no ato da celebração do contrato, amplo poder deliberativo. São as relações contratuais de trabalho objeto de livre estipulação dos interessados. Essa é a premissa central.”<sup>141</sup> Quem preferir outro enfoque, dirá, sem dificuldade, que esse prestígio à autonomia individual não é assim tão amplo. Relativiza-se, significativamente, em decorrência da preservação do contrato mínimo legal (“em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho...”), inibidor da autonomia individual e onde o espaço de liberdade praticamente não existe. E haverá quem afirme a prevalência, nesse contrato dito “individual”, da autonomia

---

<sup>140</sup> CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1981. p. 192-6.

<sup>141</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 7ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, v. III, 1982. p. 656.

coletiva (“em tudo quanto não contravenha [...] os contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis”). Em verdade, temos definidas no art. 444 três esferas distintas de autonomia, em ordem de precedência no aspecto da sua força vinculativa: a do Estado, prevalente porque não admite qualquer possibilidade de disposição pelos contratantes; a dos grupos profissionais e econômicos organizados, na ordem coletiva, intermediária entre o Estado e os indivíduos, e a destes últimos, sede do contrato individual de trabalho, objeto da nossa principal reflexão.

Por uma razão de método, optamos pelo seu estudo desdobrado na ordem hierárquica dessas três esferas, segundo o plano das fontes formais de direito, e não, necessariamente, na ordem do texto do artigo em comento:

1) a destinada à atuação do Estado (“...em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho...”);

2) a concedida às categorias organizadas, profissional e econômica (“...aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis”) e, subsidiariamente, ao poder normativo da Justiça do Trabalho (“e às decisões das autoridades competentes”);

3) a reservada aos sujeitos contratantes (“As relações contratuais de trabalho poderão ser objeto de livre estipulação das partes interessadas...”).

Transitar em cada uma dessas esferas pressupõe o conhecimento das peculiaridades que lhe são próprias, as quais, sucintamente, trataremos de destacar.

Partimos da área destinada à atuação do Estado, do contrato mínimo legal, aí compreendidas todas as disposições estatais de tutela do trabalho, inclusive aquelas provenientes dos atos normativos de natureza administrativa, especialmente do Ministério do Trabalho, num complexo normativo que chamaremos de “núcleo duro” do contrato de trabalho. Nesse núcleo não há liberdade de contratar e a autonomia individual cede à vontade da lei. Essa restrição à autonomia individual é libertadora porque tem o escopo de garantir um patamar mínimo de igualdade no espaço de atuação do direito de compensação, expressão da política de realização, pelo Estado, da ordem social. Preserva-se o empregado, protegido de si mesmo, invalidando todo ato que venha a praticar em detrimento de direitos a ele garantidos na lei. Atua com toda a força o art. 9º, a presunção legal de querer coagido. Estamos na esfera de garantia do trabalho minimamente digno, logo, da dignidade da pessoa humana, valor fundante do princípio da proteção que orienta todo o direito do trabalho. Podemos cogitar de direitos humanos do trabalho, cuja efetivação é escopo de toda a sociedade politicamente organizada. O instrumento dessa

efetivação são as normas de ordem pública. Todo contrato de trabalho, desde aquele tacitamente celebrado com humilde trabalhador ao exaustivamente negociado com profissional qualificado e extremamente disputado no mercado, tem esse núcleo duro de tutela, patamar mínimo de igualdade garantido na ordem estatal.

É importante que compreendamos a medida universal dessa tutela porque, condicionados ao estreito conceito de hipossuficiência do empregado, geneticamente atrelado ao direito do trabalho, não nos damos conta de que a desigualdade entre empregado e empregador também está na gênese desse direito de compensação. O empregado sempre é vulnerável em relação ao empregador e é, justamente, essa condição natural do contrato de trabalho que determina a ação libertadora da tutela estatal.

As profundas transformações ocorridas na ordem socioeconômica no terço final do século recém findo dão outra dimensão às relações entre capital e trabalho. O conceito original de hipossuficiência evolui para o de vulnerabilidade. A tutela estatal não mais se volta apenas ao trabalhador pobre, mas a qualquer trabalhador que entrega força de trabalho para outro explorá-la.

Daí, o equívoco de quem sustenta desnecessária a proteção do empregado contemplado com alto salário. A medida da vulnerabilidade não é absoluta (tamanho do salário), mas relativa: que força econômica terá o empregador que paga esse alto salário? E que concessões não fará o empregado para se manter nesse patamar salarial? Na relação entre esse abonado empregado e seu empregador, a desigualdade permanece e chama a necessidade de um direito de proteção. A medida da vulnerabilidade está na medida da necessidade do emprego e essa necessidade existe, tanto para o hipossuficiente, como para o autossuficiente, eis que essa autossuficiência que lhe possibilita – e à sua família –, bom padrão de vida, nasce do alto salário, e, conseqüentemente, do emprego. Contudo, enquanto a necessidade do salário, para o trabalhador hipossuficiente é vital, nem sempre o será ou, até sequer existirá, para aquele autossuficiente, cujos altos salários já lhe possibilitaram amealhar patrimônio suficiente para dele não mais depender. Reside aqui um dos pontos da nossa reflexão em torno da medida do espaço de exercício da autonomia da vontade que, mais adiante, teremos oportunidade de desenvolver.

Num plano intermediário, entre o Estado e os indivíduos, encontramos o espaço das relações coletivas de trabalho. O art. 444 faz referência aos “contratos coletivos de trabalho”, conservando a redação original da Consolidação.<sup>142</sup>

Há substancial diferença entre as fontes formais provindas da ordem pública, estatal, e aquelas nascidas na ordem privada coletiva. A luz das primeiras há direitos adquiridos. Por força das segundas, há direitos precários, suscetíveis de reversão caso assim venha dispor nova ordem normativa. Acentua-se a predominância da corrente eclética que apregoa a precariedade dos direitos obtidos na esfera coletiva, em contraponto à posição conservadora, que somente admite *reformatio in pejus* do estatuto normativo-coletivo para novos contratos individuais de trabalho.<sup>143</sup> Ambas as correntes têm em comum a prevalência da ordem estatal, salvo as exceções

<sup>142</sup> No aspecto da terminologia, a legislação brasileira é vacilante, como bem o atesta a exaustiva pesquisa de Sérgio Pinto Martins. Remonta a 1932 o primeiro diploma legal disciplinador da negociação coletiva no Brasil. O Decreto nº 21.761/1932 utilizou a expressão *convenção coletiva de trabalho*, definida como “ajuste relativo às condições de trabalho, concluído entre um ou vários empregadores e seus empregados, ou entre sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores e sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregados.” (art. 1º). A convenção assim celebrada tinha caráter normativo (art. 5º). As convenções coletivas de trabalho foram colocadas no vértice constitucional em 1934, como direito reconhecido aos trabalhadores (art. 121, § 1º, alíneas **a** e **b**). A Constituição de 1937 manteve tal reconhecimento, mas referiu-se aos *contratos coletivos* (art. 137, alíneas **a** e **b**). Em 1943, esta Consolidação conservou a mesma denominação (art. 611), ficando explícito, no art. 612, que as normas obtidas na negociação aplicavam-se apenas aos trabalhadores associados do sindicato celebrante, salvo extensão a todos os integrantes da categoria profissional por ato do Ministério do Trabalho. A Constituição de 1946 resgatou as convenções coletivas de trabalho (art. 157, inc. XIII), mas a expressão *contrato coletivo* foi conservada na Consolidação que, somente em 1967, por força do Decreto Lei nº 229, sofreu parcial adaptação. Os arts. 611 e 625 tiveram sua redação alterada. A expressão *contrato coletivo* deixou de existir em ambos os artigos, dando lugar à *convenção coletiva de trabalho*. No art. 611, § 1º, há referência aos *acordos coletivos de trabalho*, condições de trabalho negociadas entre uma empresa singular, em favor de seus empregados, e o sindicato profissional da categoria. As convenções coletivas de trabalho mantiveram-se desde então (Constituição de 1967, art. 158, inc. XIV; Emenda Constitucional nº 1/69, art. 165, inc. XIV e Constituição de 1988, art. 7º, inc. XXVI, agora abrangendo também os acordos coletivos de trabalho). (MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 619-20)

A discussão em torno do exato significado das expressões *contrato coletivo* e *convenção coletiva* não está definida. Ora o contrato coletivo é apresentado como gênero, do qual a convenção e o acordo coletivos são espécies (assim, em nosso CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 72), ora como espécie. Grosso modo, podemos, à luz da própria legislação brasileira, identificar no contrato coletivo de trabalho instrumento normativo de eficácia restrita, aplicável apenas aos contratos individuais em que figurem como empregados associados do sindicato profissional celebrante (art. 612, em sua redação original), enquanto a convenção coletiva estende sua eficácia a todos os trabalhadores integrantes da categoria profissional, associados ou não do sindicato convenente. Da mesma forma, o acordo coletivo, embora restrito aos empregados de uma empresa.

Atualmente, no Brasil, não paira dúvida quanto à universalidade da normatividade coletiva, estendida à categoria profissional. Tal está perfeitamente definido no art. 8º, inc. III, da Constituição Federal. À luz dessa inserção sistemática na ordem vigente, a expressão *contratos coletivos de trabalho* inserta no artigo em comento tem mero valor histórico. Leiam-se, ali, *convenções e acordos coletivos de trabalho*.

<sup>143</sup> Assim, COSTA, Orlando Teixeira. *Direito coletivo e crise econômica*. São Paulo: LTR, 1991. p. 165-70.

expressamente admitidas. Numa terceira linha doutrinária, situa-se a corrente liberal, à luz da qual prevalece o negociado sobre o legislado. Adotamos a corrente eclética, com prestígio à autodeterminação coletiva, o que significa admitir uma esfera flexível do contrato de trabalho, regida pela cláusula *rebus sic stantibus*, na qual é possível tanto avançar na conquista de novas ou melhores condições de salário e de trabalho, como revertê-las ou substituí-las por outras, segundo a conveniência das categorias envolvidas na negociação. Essa flexibilidade repercute, no contrato individual de trabalho, estritamente no conjunto das cláusulas recolhidas na esfera coletiva. Vale dizer: só é possível modificar *in pejus* direitos nascidos da autonomia coletiva porque é somente nessa esfera que se situa a liberdade de negociação.<sup>144</sup>

Subsidiariamente, havendo recusa ou impossibilidade de negociação, e não tendo os sujeitos coletivos optado pela arbitragem, atua o Estado na composição dos conflitos coletivos, através do exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho. As sentenças normativas expressam essa competência extraordinária do Poder Judiciário para estabelecer, objetivamente, normas e condições de trabalho, através das sentenças normativas. Ditas sentenças têm a mesma eficácia vinculante e a mesma precariedade das convenções e acordos coletivos de trabalho e incluem-se no âmbito das decisões das autoridades competentes a que se refere o art. 444.

A primeira parte do art. 444 reserva espaço para o exercício da autonomia privada dos sujeitos contratantes, sendo perfeitamente possível cogitar de verdadeiro negócio jurídico, no qual são estabelecidas as condições de aquisição, fruição, modificação e extinção de direitos. Embora essa não seja a regra, eis que a expressiva maioria dos contratos individuais de trabalho é do tipo de adesão, nos quais o empregado apenas assente às condições propostas pelo empregador, com mínima ou nenhuma possibilidade de discuti-las, há contratos de trabalho

---

<sup>144</sup> Para melhor elucidarmos essa ideia de flexibilidade, imaginemos um trabalhador cuja categoria profissional tenha obtido, em convenção coletiva anterior, adicional de 100% sobre as horas extraordinárias. O contrato individual de trabalho recolheu essa cláusula imediatamente e o trabalhador passou a receber suas horas extras em dobro, consoante a norma mais favorável. Sobrevindo nova negociação, a convenção coletiva dela resultante reverteu tal vantagem. Imediatamente, a contar da vigência da nova convenção coletiva, horas extras serão pagas com apenas 50% de adicional, voltando a atuar a norma mínima (art. 7º, inc. XIII, CF). Enquanto vigente a primeira convenção coletiva, o direito ao adicional de 100% permaneceu no contrato individual indisponível para o trabalhador singular. Sobrevindo a nova convenção e suprimido o direito, porque disponível na autonomia coletiva, este reverte também no contrato individual. As mesmas regras valem para o laudo arbitral, caso seja esse o estatuto normativo vigente (art. 114, § 2º, Constituição Federal). Se o conflito coletivo obtiver solução na via judicial, através do exercício da competência normativa da Justiça do Trabalho, a sentença normativa que daí resultar terá o mesmo tratamento (Súmula nº 277/TST).

longamente negociados. Lembremos os atletas profissionais, especialmente aqueles extremamente valorizados no mercado, a cada renovação de seus contratos de trabalho com os clubes que os empregam.

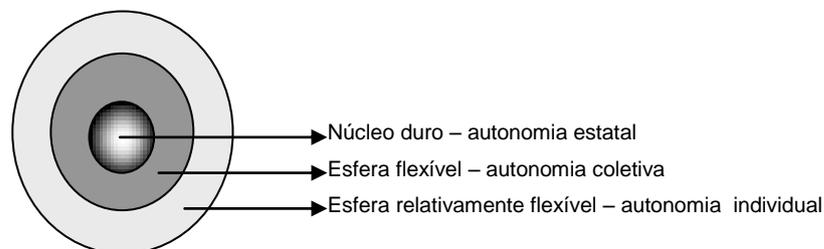
Essa liberdade de contratar, contudo, não é total.

Encontra limitação no art. 468 da CLT, no qual vedada a alteração lesiva em detrimento do empregado. Como destaca Wagner Giglio, a manutenção, entre os preceitos de proteção do trabalho, do referido artigo, “praticamente transforma todos os direitos contratuais em garantias irrenunciáveis.”<sup>145</sup> Isso significa que jamais poderemos ler o art. 444 isoladamente. Sempre haveremos de realçar a preservação da condição mais benéfica subsumida na Consolidação: as disposições contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas (art. 444, primeira parte), mas só será lícita sua alteração desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado (art. 468).

Daí afirmarmos tratar-se de esfera de liberdade individual relativa: as partes tudo podem para criar novas condições de trabalho (ou condições mais favoráveis em relação à lei); nada podem se quiserem revertê-las em prejuízo do empregado porque em tais casos a alteração, ainda que sinceramente querida e feita com o consentimento, contravém disposição legal de proteção ao trabalho e é nula.

Portanto, não é inteiramente correto apregoar a atuação do princípio da autonomia da vontade nesse espaço reservado às relações contratuais individuais porque atua nessa esfera o princípio da proteção, especialmente no aspecto da preservação da condição mais benéfica.

Um corte do contrato individual de trabalho permite visualizar nitidamente suas três esferas de autonomia:



<sup>145</sup> GILGIO, Wagner. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1987. p. 49.

Sempre que estivermos diante de conflito de interesses num contrato individual de trabalho, nossa primeira preocupação deverá ser a de indagar de que fonte provém o direito controvertido:

a) se de fonte estatal, estamos no “núcleo duro” do contrato e nele atuam as normas de ordem pública do direito de compensação. Rege a espécie o art. 9º e os princípios atuantes serão os da proteção e da irrenunciabilidade;

b) se de fonte normativo-coletiva estamos na esfera flexível do contrato e nela atua o princípio da autodeterminação coletiva. Numa visão eclética, direitos nascidos da autonomia coletiva nela podem reverter e os efeitos jurídicos daí advindos repercutem imediatamente nos contratos individuais. Não há direitos adquiridos, vivem enquanto viver o estatuto coletivo. Ainda que precários, tais direitos são indisponíveis para o empregado. Estamos no espaço da liberdade. O princípio atuante será o da autodeterminação coletiva. Atuando fonte oriunda do poder normativo da Justiça do Trabalho (sentença normativa), a sua subsidiariedade em relação às fontes negociais autônomas dita idênticos critérios de interpretação;

c) se de fonte contratual (individual), estamos na esfera da autonomia individual, relativizada pelo princípio protetivo que torna irreversíveis as condições benéficas. Rege a espécie o art. 468 da CLT.<sup>146</sup>

Bem apreendidas essas várias e ricas facetas de um mesmo contrato, não teremos dificuldades em lidar com os conflitos e toda riqueza dialética do direito do trabalho virá à tona.

---

<sup>146</sup> Lembremos que o TST, ao alterar orientação consolidada há décadas, expressa na Súmula nº 168, segundo a qual nas alterações lesivas do contrato de trabalho, das quais resultavam lesões periódicas, não prescrevia o fundo do direito, para admitir a dita “prescrição total” (vale dizer, do fundo do direito) na Súmula nº 294, praticamente, sepultou a garantia da inalterabilidade *in pejus* do contrato de trabalho, diante da natural inibição do empregado de demandar contra seu empregador com o contrato de trabalho em vigor.

## 2.2 HETEROPROTEÇÃO E ANULAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL: MÁXIMA EFICÁCIA DO CONTRATO MÍNIMO LEGAL

Foquemos nosso olhar no contrato mínimo legal, núcleo duro do direito do trabalho, no qual atua a sobreposição automática da norma cogente e de ordem pública com sua máxima eficácia, porque será esse o espaço no qual centraremos nossa preocupação daqui em diante.

2.2.1 Perduram, ainda, as dissensões em torno da natureza do direito do trabalho, justamente em face da forte atuação das normas de ordem pública sobre as relações individuais de trabalho. A discussão em torno tema tem sido penosa. Leva-nos a enveredar pelas intrincadas trilhas do direito público e do direito privado, sem contar os vários caminhos intermediários forjados em discussão doutrinária que ainda está longe de adquirir contornos definitivos. Ao mesmo tempo, conduz ao campo mais rico de discussão da teoria geral do direito.

Fixemos, num primeiro momento, o cenário no qual se desdobra esse intrincado enredo. Para tanto, socorremo-nos de Tarso Genro, que destaca a questão do Estado, num regime de economia onde os interesses dos grandes conglomerados econômicos, não raro, são confundidos com os interesses da sociedade, e onde essa mesma sociedade reclama a intervenção estatal, exatamente como forma de fazer frente ao avanço dos interesses do Capital. “Por isso, ocorre um movimento dialético e contraditório: o Estado tende a privatizar-se no sentido que passa a representar diretamente os monopólios e o Direito, em geral, publiciza-se para atender os interesses do Estado”.<sup>147</sup>

Remonta aos romanos a discussão do *ius publicum* e do *ius privatum*, a partir da constatação de Ulpiano: direito público era o que dizia respeito ao Estado Romano; direito privado, aos interesses dos indivíduos (*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*). Essas premissas ainda balizam, grosso modo, os conceitos de direito público e de direito privado nos dias de hoje. O direito público tutela o bem comum, faz-se a justiça distributiva. O direito privado, os interesses interindividuais, faz-se a justiça comutativa, predominantemente contratual. As normas de direito público que se

---

<sup>147</sup> GENRO, Tarso Fernando. *Direito individual do trabalho: Uma abordagem crítica*. São Paulo: LTR, 1985. p. 53.

revestem de cogência e de sanção mais severa são, em geral, irrenunciáveis. As de direito privado são dispositivas. Contudo, as fronteiras entre o interesse público e os interesses privados não são, assim, tão definidas e, precisamente, na sua indefinição e na interrelação existente entre o interesse público, encarnado no próprio Estado, e os interesses dos indivíduos que, em última análise, são a razão do próprio Estado, reside a dificuldade de estabelecer critérios classificatórios estanques. Daí encontrarmos, na esfera das relações tipicamente individuais, bens tutelados por normas jurídicas de ordem pública quando, no bojo dessas mesmas relações, estiver em jogo, também, o interesse da sociedade. As regras disciplinadoras do direito de família, no âmbito do direito civil, são exemplo expressivo.

O direito do trabalho não foge à regra, pelo contrário, constitui um dos ramos onde se afigura mais difícil delimitar as fronteiras entre o interesse do Estado, enquanto expressão da sociedade organizada, e os interesses individuais. Nele convivem normas de direito público e disposições de vontade das partes, tipicamente de direito privado.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu precitado art. 444, expressa essa dicotomia, ao estabelecer que as relações individuais de trabalho poderão ser livremente estabelecidas pelos sujeitos contratantes, mas, também, ressaltar a prevalência das disposições de proteção do trabalho, estabelecidas nas normas legais e as de autorregulamentação, estabelecidas nos contratos coletivos. Consagra-se, ali, uma espécie de entrelaçamento entre a vontade da lei e a vontade das partes, o interesse público e as relações coletivas e individuais.

As normas de direito do trabalho, como antes visto, têm a peculiaridade do pluralismo de suas fontes. As normas estatais de direito do trabalho, consubstanciadas na lei em sentido lato, são de ordem pública, cogentes e irrenunciáveis. Essa conclusão emerge da inteligência do art. 9º da CLT, onde cominada a nulidade absoluta a qualquer ato tendente a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos. Por outro lado, ocupa-se, o direito do trabalho, de um contrato, o contrato de trabalho, instituto de direito privado por excelência.

Outro aspecto a ser destacado é o pluralismo do direito do trabalho, porque reconhece outro centro normativo além do Estado, ao atribuir às categorias organizadas de empregados e empregadores autonomia para criar normas e condições abstratas de trabalho, através da negociação.<sup>148</sup> Essas normas traduzem uma ordem objetiva situada no plano intermediário entre o Estado e os indivíduos. São prevalentes nos contratos individuais, onde reconhecida a plena autonomia dos sujeitos contratantes para estabelecer as condições de trabalho, desde que não contravenham as disposições legais de tutela e as convenções e acordos coletivos. O contrato individual de trabalho tem, portanto, um acervo peculiar porque, diante da irrenunciabilidade, pelos indivíduos que lhe são sujeitos, das normas que o disciplinam, quer as estatais (ordem pública) quer as negociadas (plano coletivo), a manifestação individual de vontade não prevalece e a relação de emprego se estabelece *ex vi legis* e, quando existentes normas de autorregulação coletiva, também a estas se submete, mesmo à revelia do que pretenderam os sujeitos contratantes no plano individual.

Não olvidemos, ainda, a irreversibilidade das condições contratuais instituídas no âmbito das relações individuais entre empregado e empregador, diante da impossibilidade jurídica de *reformatio in pejus* contemplada no art. 468 da CLT.

Assim, o direito do trabalho, embora sistematizado a partir de um contrato – instituto de direito privado – tem matiz publicista e “coletivista” muito definida. Há evidente empenho do Estado em manter a harmonia das relações entre capital e trabalho, no intuito de preservar a paz social, interesse público por excelência. Daí ser, o direito do trabalho, vanguardeiro, porque anunciou, desde a sua origem, há um século, a autonomia da vontade protegida – e não raro totalmente inibida – que, nos dias de hoje, é informadora do direito civil, privado por excelência, mas impregnado de conteúdo social, tendente, cada vez mais, a garantir uma igualdade mínima dos contratantes. O valor social do contrato, que hoje seduz o direito civil, como resposta às desigualdades, sempre esteve presente no direito do trabalho.

---

<sup>148</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 7º, inc. XXVI.

Numa primeira síntese, afirmamos a complexidade dessas relações jurídicas agasalhadas no direito do trabalho:

- No plano estatal, balizados pela Constituição, atuam os Poderes Constituídos, especialmente o Legislativo e o Executivo, este com posição de relevo aos atos normativos provindos do Ministério do Trabalho. Daí resulta a normatividade heterônoma. Estamos no campo das leis, do “direito legislado”. Subsidiariamente, atua o Poder Judiciário, ao qual se atribui competência normativa nos dissídios coletivos, quando impossível a negociação. Nesse caso, o juiz do trabalho não diz o direito (exercendo jurisdição), faz o direito (edita ato normativo). Daí resulta a sentença normativa.

- No plano coletivo, atuam os sujeitos coletivos, as categorias organizadas representadas pelos sindicatos profissionais (de trabalhadores) e econômicos (de empregadores) e a empresa, ente intrinsecamente coletivo. Nesse plano, o conflito se dá diante de pretensão a uma ordem normativa, objetiva, de condições abstratas regedoras das relações individuais. Constrói-se a norma em tese, por força do poder normativo que naturalmente brota da organização social e é reconhecido pelo Estado. As convenções coletivas de trabalho<sup>149</sup> e, em espectro de abrangência menor, os acordos coletivos de trabalho<sup>150</sup> são os instrumentos pelos quais essa ordem objetiva se expressa como resultado da negociação, daí se dizer o “direito negociado”. Eventualmente, o conflito coletivo pode se resolver mediante arbitragem, ainda no plano restrito da autonomia das categorias envolvidas, porquanto o lado arbitral tem sua força vinculativa no compromisso arbitral, de natureza contratual.<sup>151</sup>

- No plano individual, travam-se as relações obrigacionais tradicionais, intersubjetivas, dando ensejo a direitos subjetivos e deveres jurídicos. Aqui, o direito atua em concreto, fruto da autonomia da vontade dos sujeitos contratantes, empregado e empregador. Essa autonomia, contudo, é rarefeita, porque limitada pelas normas legais (estatais) e também pelas normas coletivas (resultantes das convenções coletivas, dos acordos coletivos, do eventual laudo arbitral ou, subsidiariamente, da sentença normativa da Justiça do trabalho).

---

<sup>149</sup> BRASIL. Art. 611, *caput*, da CLT. Estatutos normativos resultantes da negociação intersindical, entre entidades representativas das categorias profissional e econômica.

<sup>150</sup> BRASIL. Art. 611, § 1º. Estatutos normativos resultantes da negociação entre o sindicato profissional representante dos empregados e a empresa ou grupo de empresas, estas em negociação direta, sem representação sindical.

<sup>151</sup> Nossa posição em favor da natureza autônoma da arbitragem não é pacífica. Boa parte da doutrina atribui à arbitragem caráter heterônomo, por ser o árbitro terceiro equidistante do conflito.

2.2.2 Presentes essas peculiaridades, passemos ao exame das principais correntes doutrinárias em torno do tema – nada pacífico – do direito do trabalho frente à dicotomia.

a) **Corrente publicista.** Há expressiva corrente doutrinária que enquadra o direito do trabalho entre os ramos do direito público, muito embora sistematizado a partir de um instituto de direito privado. Quem melhor sintetiza o conteúdo desse seletivo grupo de doutrinadores, por ele destacada como a prevalente, é Moraes Filho:

Quando o Estado intervém nas relações privadas de trabalho, substitui a livre manifestação da vontade de cada um pela sua própria vontade, pela proposição legal. A teoria da autonomia da vontade cede passo à teoria da lei. O interesse maior que está em jogo é o do Estado, da sociedade, da comunidade, desaparecendo, a rigor, as pessoas particulares de empregados e empregadores. O pouco que subsiste de direito privado é absorvido pelo direito público, que lhe traça imperativamente as condições mínimas e essenciais de existência. A rigor, de contratual não existe mais nada, ou quase nada, tornando inteiramente regulamentarista o próprio núcleo central do novo direito.<sup>152</sup>

A corrente publicista admite variantes. Alguns autores cogitam de um *direito híbrido*, *dúplice* ou *misto*, constituído de um entrelaçamento de normas de direito público e de direito privado, com prevalência, em número e importância, para as primeiras porque os institutos fundamentais do direito do trabalho estão contemplados em normas de ordem pública. Há divergências, quanto a essa forma de ver o direito do trabalho, tomando-se, exemplificativamente, a crítica de De La Cueva:

*La política social de los Estados modernos há venido creando estatutos jurídicos nuevos, los cuales, no ostante constituir una unidad, no pertenecen ni al derecho público ni al derecho privado; la aparición de estos estatutos entre ellos el de derecho del trabajo, no significa que haya desaparecido la distinción entre derecho público y derecho privado, pues, em los regimens jurídicos positivos de nuestros días, es, todavía, un presupuesto necesario.*<sup>153</sup>

b) **Corrente privatista.** A corrente privatista do direito do trabalho também não se acanha em sustentar substanciosos argumentos. Partem, seus adeptos, da constatação, cada vez mais concreta, de uma publicização do direito privado,

<sup>152</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos, v. I, 1960. p. 130. Também *in* Introdução ao direito do trabalho, do mesmo autor.

<sup>153</sup> DE LA CUEVA, Mário. *Derecho mexicano del trabajo*. 4ª ed. México: Editorial Porrúa, v. I, 1954, p. 217.

permeando-o de normas de ordem pública, revestidas de cogência e irrenunciabilidade, sem que se perca, contudo, o conteúdo interindividual das relações jurídicas. Assim, o direito civil admite restrições à autonomia da vontade, ao disciplinar, de forma imperativa, vários aspectos das relações obrigacionais, do regime de propriedade e sucessões, sem falar no direito de família e no direito do consumidor. Nem por isso se haverá de cogitar do direito civil no âmbito do direito público. Estaríamos diante de um direito-privado-social, permeado de interesses individuais e estatais. A propósito, é interessante verificar as posições de Catharino<sup>154</sup> e de Nascimento.<sup>155</sup>

Enriquece-se o debate, diante do direito coletivo do trabalho, no qual atuam, não só os segmentos sociais interessados na autocomposição (negociação coletiva), como o Estado, na edição de normas (sentenças normativas). Na primeira hipótese (autocomposição), estamos no raio do direito privado: as associações sindicais envolvidas são de pessoas jurídicas de direito privado e somente elas podem negociar coletivamente. A eficácia dessas normas sobre os contratos individuais não vem da força do Estado, mas da força das categorias envolvidas na negociação. Contudo, por imperativo legal (art. 444 da CLT, segunda parte), as condições de trabalho estabelecidas nas convenções e acordos coletivos são irrenunciáveis no plano individual, enquanto estiverem vigentes. Integram o núcleo de direitos indisponíveis para o empregado, próprio a qualquer contrato de trabalho. Não se pode afastar uma certa perplexidade, diante de tão rica combinação: um poder privado, disponível em sua gênese negocial, e indisponível na sua aplicação nas relações individuais. A autonomia das vontades coletivas tem raiz no direito privado, mas se reveste de matiz publicístico na aplicação das normas e condições que dela resultarem porque a lei dita seus preceitos como indisponíveis no plano individual (art. 444, segunda parte). Contudo, se tais normas são geneticamente privadas (porque resultam da autonomia de sujeitos coletivos privados), haveremos de dar prevalência ao ramo do direito privado.

---

<sup>154</sup> CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1981. p. 51-4.

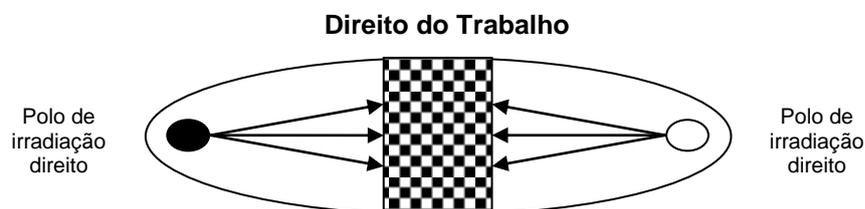
<sup>155</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 112-9.

A síntese da concreção do direito público e do direito privado pode ser obtida na lúcida abordagem a respeito da crise do direito privado, de Raiser,<sup>156</sup> com subsídios, a nosso ver, definitivos em favor da inserção do direito do trabalho nessa esfera de autonomia, a partir da distinção, no direito privado, de vários campos de função, a serem identificados numa visão elíptica, que toma o lugar das duas esferas tradicionais, nos polos de irradiação do público e do privado.

Na linha do pensamento de Raiser, a propósito da emergência do novo Código Civil brasileiro, Martins-Costa brinda-nos com lição que consideramos perfeitamente adequada ao direito do trabalho:

A perspectiva de um escalonamento em graus de publicismo e privatismo a incidir nos institutos componentes do direito privado foi traçada em meados do século XX por Ludwig Raiser que, atento com o complexo e plurificado painel da vida social contemporânea que esfacelava o rígido muro divisório erigido entre o direito público e o direito privado desde a Codificação, propôs visualizar o ordenamento como uma elipse estruturada em dois núcleos ou polos, um centrado na autonomia privada, na autodeterminação e na ideia da responsabilidade social, outro no interesse público e na heterodeterminação, nos quais constituíram, respectivamente, os polos de irradiação de graus de privatismo e publicismo. O direito privado teria, assim, uma estrutura escalonada, consoante o grau de relevância pública de cada situação social concretamente regulada.<sup>157</sup>

Acrescentamos, nós, a existência de uma integração desses campos de função, onde situado o direito do trabalho. Projetada em visão esquemática<sup>158</sup>, podemos visualizar a elipse concebida por Raiser, que, inclusive, invoca o direito do trabalho como o exemplo mais acabado da irradiação dos polos do público e do privado:



<sup>156</sup> RAISER, Ludwig. *Il futuro del diritto privato*. In: RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato*. Milão: Giuffrè, 1990. O mesmo artigo tem versão em português na Revista da Procuradoria Geral do Estado, nº 325, Porto Alegre.

<sup>157</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 149.

<sup>158</sup> Na concepção da Professora Judith Martins-Costa, da qual nos apropriamos, na condição de privilegiada aluna, numa reminiscência das magistrais aulas do curso de mestrado em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Nesse campo de irradiação, “num escalonamento de graus de publicismo e privatismo”, as relações entre empregado e empregador ora apresentam-se sob clara incidência do direito público, no campo do contrato mínimo legal, indisponível e impregnado de cláusulas legais de incidência automática e independentes de qualquer ato volitivo; ora impregnam-se de plena autonomia, própria ao direito privado, mas no campo intermediário, e são revestidas da precariedade própria à autodeterminação coletiva, infensas, a qualquer disponibilidade no campo da autonomia individual, próprias à esfera de poder normativo imanente aos sujeitos coletivos; ora têm caráter privado, mas no qual a autonomia da vontade mostra-se fortemente protegida em relação ao sujeito vulnerável, porque se trata de relação jurídica que não se desprega do direito social.

Se, nos albores do século passado, esse traço protetor constituía forte argumento de resistência à corrente privatista do direito do trabalho e à natureza contratual da relação de emprego, nos dias atuais não é óbice à sua aceitação. A lição de Marques, detendo-se sobre a autonomia da vontade protegida nas relações contratuais de consumo, poderia constar de qualquer tratado de direito do trabalho, sem necessidade de correção de uma vírgula sequer:

Segundo a nova visão do direito, o contrato não pode mais ser considerado somente como um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. Hoje, a função social do contrato, como instrumento basilar para o movimento das riquezas e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos, exige que o contrato siga um regramento legal rigoroso. A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição de normas cogentes, que traçarão um novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade.<sup>159</sup>

---

<sup>159</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 118.

A discussão que nos propomos sustentar, nos tópicos a seguir, situa-se, exatamente em que medida a autonomia da vontade deve ser protegida pelo direito do trabalho frente a trabalhadores profundamente desiguais, diante do processo de hipertrofia de seu universo de proteção, no qual são acolhidos os hipossuficientes “históricos”, “do chão da fábrica”, iguais ou em situação, quiçá, ainda de maior vulnerabilidade do que seus pioneiros e heroicos companheiros de dois séculos atrás,<sup>160</sup> os profissionais liberais, os executivos de altos salários, não raro resistentes, enquanto vigente a relação de emprego, à ideia condição de empregado subordinado, mas que não titubeiam, tão logo cessado o vínculo contratual, em pleitear tal *status* em juízo, e os servidores públicos.

Não nos afigura correta a tese, alhures sustentada, de estar superada a fase da proteção “pesada” do direito do trabalho, diante de não ser, mais, o trabalhador, aquele mesmo operário de dois séculos atrás e de também não existirem empresas como as então existentes. A reflexão de Reimann responde, com exata medida, essas apressadas conclusões:

Mas, enfim, acabou a *Era dos Direitos*? Tudo indica que, para uma grande parcela da população trabalhadora brasileira (fiquemos com os direitos trabalhistas) essa era não chegou e já está em vias de passar. A Constituição atual diz claramente, em seu art. 7º, que *são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais* todos aqueles elencados nos trinta e quatro incisos que se seguem. Não há referência a *trabalhadores empregados*, ou seja, aqueles detentores de um contrato de trabalho ou um vínculo empregatício. No entanto, os aplicadores e intérpretes constitucionais só reconhecem a maior parte desses direitos aos *empregados*. Começam aí as restrições e limitações da eficácia do texto legal. E a limitação de todos aqueles direitos apenas aos empregados, dada a *inexequibilidade* de sua extensão aos demais trabalhadores, tornou-se um estímulo à contratação de diaristas, falsos autônomos, precários, etc. O jogo é criar a dúvida sobre a existência ou não da relação de emprego.<sup>161</sup>

<sup>160</sup> Não esqueçamos, situando-nos no cenário brasileiro, do enorme contingente de bóias-frias semi-escravizados ou em reais condições de escravidão, e das crianças submetidas ao trabalho nas carvoarias ainda existentes no “Brasil profundo”; dos operários da construção civil sujeitos à absurda estatística de acidentes do trabalho, a maior do mundo; aos trabalhadores terceirizados discriminados e submetidos a tratamento salarial notoriamente inferior aos empregados ditos “efetivos”; dos milhões de trabalhadores informais, sem direitos sociais, apenas para citar os de conhecimento notório.

<sup>161</sup> REIMANN, Marcos Francisco. *Cidadania e contratos atípicos de trabalho: as políticas sociais e o ordenamento do trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris (ed.), 2002. p. 61. Ver observação na Nota 168.

Há milhões de trabalhadores tão ou mais necessitados de um direito do trabalho contemporâneo com o mesmo grau de tutela estatal, impregnado da irradiação provinda do direito público, instrumentalizado por normas cogentes, no campo dos direitos indisponíveis, logo, irrenunciáveis, sem espaço para a autonomia da vontade, onde o empregado precisa estar protegido de si mesmo. Para esses trabalhadores, o direito do trabalho deve preservar a ortodoxia da máxima eficácia de suas normas de ordem pública.

c) **Corrente do direito social.** Diante de todas as peculiaridades que expressam a riqueza do direito do trabalho, surgiu a ideia de um *tertium genus*, preconizado, no Brasil, pelo Professor Cesarino Júnior, segundo o qual o direito do trabalho não seria nem privado, nem público, mas um direito social.<sup>162</sup> A tese tem sido recorrente na doutrina, com grande prestígio em determinados países. Lembremos o exemplo do México, onde “*predomina la corriente que estudia al derecho del trabajo como una rama importante del derecho social, ya que su función tutelar y dignificadora predente reivindicar a los grupos humanos homogéneos económicamente desvalidos*”.<sup>163</sup> Visto sob o enfoque das prestações positivas do Estado,<sup>164</sup> na esfera dos direitos subjetivos públicos, há um direito social ao trabalho, ao lado de outros direitos fundamentais de igualdade, tais como educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados (CF, art. 6º). O direito do trabalho não se confunde com o direito ao trabalho. Situa-se entre as políticas através das quais o Estado procura de desincumbir da prestação positiva de criar condições para o acesso ao trabalho.

Não devemos nos escusar de enfrentar a discussão em outro plano do direito, mais especificamente do direito coletivo, traço diferenciado do direito do trabalho, balizador da sua autonomia e expressão perfeita e acabada do pluralismo jurídico, diante da peculiar característica dos contratos coletivos, das convenções coletivas e dos acordos coletivos de trabalho. O fenômeno da autonomia natural dos grupos sociais, da qual resulta um direito próprio, independente, marginal ou até conflitante com o direito estatal, constitui um dos mais instigantes desafios da área juscientífica.

<sup>162</sup> CESARINO JÚNIOR, José. *Direito Social*. São Paulo: LTR, 1980. p. 61-2.

<sup>163</sup> AZUELA, Hector Santos. *Derecho del Trabajo*. México: McGraw-Hill, 1998. p. 60. O autor elenca, ao lado do direito do trabalho, o direito agrário, o direito previdenciário e o direito econômico como integrantes do direito social.

<sup>164</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 277.

No ramo do direito do trabalho, a autonomia coletiva profissional, emergente dos movimentos sociais que resultaram na formação de categorias profissional e econômica organizadas e aptas a envergar o *status* de sujeitos coletivos, nos obriga a sobre ele refletir. Nesse campo da teoria geral do direito, brilha o gênio de Georges Gurvitch, em seu monumental *L'Idée du droit social*, acerca da qual já nos detivemos em tópicos anteriores. Nesse aspecto, efetivamente, é possível cogitar do direito social acerca do qual cogita a doutrina, enquando um terceiro gênero. Contudo, nosso propósito, nesse estudo, centra-se nas relações individuais de trabalho, que estão no âmbito da autonomia privada individual e que, diante do caráter pluralista do direito do trabalho, pedem visão compatível, a nosso sentir, com a corrente privatista, impregnada, contudo, do adequado grau de proteção da autonomia da vontade, ponderada no caso concreto.

2.2.3 À luz do multicitado art. 444 da CLT, fica claro o restrito espaço da autonomia da vontade nas relações individuais de trabalho. Elas estão sob o jugo “das disposições de proteção do trabalho” (subentendidas as legais em sentido lato)<sup>165</sup> e dos contratos coletivos (convenções e acordos coletivos de trabalho).<sup>166</sup> Não dispõem os sujeitos individuais de nenhum espaço volitivo para contravierem o que estiver disposto na lei, porque aí imperam as cláusulas do contrato mínimo legal – núcleo duro indisponível de direitos irrenunciáveis sob a proteção do art. 9º da CLT, ou nas normas coletivas, enquanto estiverem estas vigentes, porque aí se sobrepõe o interesse de classe sobre o interesse individual. Cogita-se do princípio da sobreposição automática da norma legal (ou coletiva) sobre qualquer cláusula do contrato individual que a contrarie, salvo se o for em condição mais favorável para o empregado.

---

<sup>165</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Art. 444 da CLT. Constituição, leis, regulamentos, portarias e demais atos normativos.

<sup>166</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, art. 611.

A autonomia da vontade, no âmbito do contrato individual, atua, em síntese, para ampliar o contrato mínimo legal ou o que estiver disposto em acordos ou convenções coletivas de trabalho, ou para estabelecer condições de trabalho no vazio da autonomia estatal ou coletiva e, em assim vindo a ocorrer, essas cláusulas que se acrescem àquelas já preestabelecidas na lei ou nos estatutos coletivos, tornam-se também protegidas pela irreversibilidade, mercê da proteção legal expressa no art. 468 da CLT. Logo, a autonomia das vontades individuais atua para criar condições de trabalho, mas não para revertê-las ou reduzi-las, apenas para alterá-las *in mellius*.

Nota-se, em suma, que a proteção da autonomia da vontade, no contrato individual de trabalho chega a limites extremos, ao ponto de não permitir, em termos absolutos, qualquer possibilidade de seu exercício em detrimento, objetivamente, de direitos adquiridos do empregado, ressalvada a orientação jurisprudencial permissiva da convalidação da alteração contratual lesiva pelo decurso do prazo prescricional sem esboço de defesa pelo empregado.<sup>167</sup> Dizemos “objetivamente” porque, na casuística, é comum encontrarmos alterações contratuais lesivas à luz da lei ou concessões pontuais do empregado em face de direitos protegidos na lei que, no plano subjetivo, dos interesses particulares do seu titular, não envolvem prejuízo concretamente caracterizado. Atado ao preceito legal e à indisponibilidade do direito, o juiz proclamará a nulidade do ato praticado, a invalidade da renúncia posteriormente invocada, como ocorre com frequência em casos concretos, por trabalhadores que estão longe da condição de hipossuficiência que reclama a proteção irrestrita do direito do trabalho. São situações como essas que reclamam, a nosso sentir, visão mais equânime da multifacetada realidade das relações de trabalho hoje existentes, sem que tal implique abandonar o caráter tuitivo do direito do trabalho quando assim se fizer necessário diante do trabalhador sem condições de resistir ao poder do empregador no momento de estabelecer as condições contratuais de trabalho.

---

<sup>167</sup> BRASIL. Tribunal de Superior do Trabalho, Súmula nº 294: “Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrentes de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.”

### 3 O PORQUÊ DE SE PROPOR DISCUSSÃO EM TORNO DE UM DIREITO DO TRABALHO ABERTO À PONDERAÇÃO, MAS NÃO FLEXÍVEL

#### 3.1 GIGANTISMO E CRISE DO DIREITO DO TRABALHO

##### 3.1.1 O impacto do direito novo nas relações privadas

O direito do trabalho foi gestado no ventre dos movimentos sociais do século XIX e suas primeiras normas foram fruto do mais puro exercício da sua autonomia privada coletiva, fenômeno absolutamente novo no campo do direito. Gradativamente, migrou para os parlamentos europeus, vindo a conquistar sua autonomia, enquanto direito legislado, nas primeiras décadas do século XX.

Sem medo de apelo ao exagero, podemos afirmar que dentre os novos campos do direito, abertos a partir da primeira metade do século passado, foi o que mais rapidamente tomou as características de uniformização e universalização no mundo ocidental, especialmente a partir da criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919. No Brasil, desde a década de 30 do século passado, passou-se legislar intensamente sobre direito do trabalho, sem que o direito negociado, sua marca genética, sequer tivesse se esboçado como prática incipiente no país.

Esse direito, inicialmente, surpreendeu pelo seu apelo revolucionário frente ao dogma da autonomia da vontade e encontrou resistências. Inicialmente, tratado como “direito novo”,<sup>168</sup> goza, nos dias de hoje, de inegável autonomia e é visto como uma das pioneiras manifestações do direito social, eficaz instrumento do Estado de efetivação dos direitos de igualdade. Paralelamente, o direito civil assimilou princípios que se forjaram nesse campo, o dogma da autonomia da vontade deu lugar à autonomia da vontade protegida, o contrato de adesão mereceu proteção específica e a função social do contrato passou a ser reconhecida. Em síntese, aproximaram-se campos do direito que antes mostravam-se antinômicos, fundamentalmente porque há em comum a dignidade da pessoa humana, valor estruturante de todo o direito contemporâneo. Contudo, enquanto o direito civil avançou extraordinariamente na construção de novos paradigmas, para atender a

---

<sup>168</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho. Vide Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.

multifacetada realidade das relações sociais e a complexidade dessas mesmas relações, o direito do trabalho, que teve parcela decisiva na conquista desses novos paradigmas, fecha olhos diante da sua nova e particular realidade, mantendo a mesma estrutura ortodoxa, gestada no chão da fábrica para o trabalhador hipossuficiente, sem se aventurar a novo e transformador olhar para a incontável diversidade de trabalhadores e de empregadores que nada têm em comum com aquele modelo de relação de emprego gerador de um direito protetor irredutível e inflexível.<sup>169</sup>

O direito civil, universal por natureza, abriu-se à proteção de sujeitos hipossuficientes e vulneráveis que, antes, não tinham lugar em seu espectro incidência, fincado na ideia formal de igualdade, hoje abandonada. O direito do trabalho, particularizado, em sua gênese, no sujeito hipossuficiente, continua impregnado dessa proteção “dura” e monolítica, aplicando-a, indistintamente, a todo trabalhador sujeito a qualquer grau de subordinação, sem considerar que, diante da verdadeira hipertrofia do seu campo de abrangência nos dias atuais, nem todo o trabalhador sob sua égide é hipossuficiente e suscetível de submissão incondicional à fraude e à coação presumida do empregador. Há, nesse mesmo universo, muitos trabalhadores – e esse número aumenta de forma crescente – que não necessitam de proteção com tal grau de eficácia. Nas relações de trabalho mantidas com seus empregadores pode haver espaço para a liberdade de contratar. Nesses casos concretos, cada vez mais frequentes, ao invés de partirmos da invariável premissa de estarmos diante de trabalhador hipossuficiente e da inexigibilidade de conduta diversa a não ser a de submissão incondicional ao poder econômico e hierárquico do empregador, por que não cogitarmos de medir o grau da vulnerabilidade – que sempre existirá – e, segundo a medida e a intensidade desse grau, ponderarmos, também, a medida da proteção? Há, ainda, relações de trabalho em que o

---

<sup>169</sup> Fecha também os olhos para a realidade de incontáveis trabalhadores “parassubordinados” que têm em comum com os empregados típicos os traços da hipossuficiência e da dependência econômica, mas por não trabalharem sob a subordinação típica, cada vez mais rarefeita nas novas modalidades de trabalho que proliferam na multiplicidade de modelos que permeiam a atividade produtiva descentralizada e complexa, permanecem à margem da sua proteção pela inércia do legislador e pela ausência de provocação dos tribunais do trabalho que, atualmente, por força da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, decorrente da Emenda Constitucional nº 45/2004, poderiam ser desafiados a dar o passo inicial para a ampliação dessa proteção enquanto o legislador não o faz. Embora não constitua matéria específica de nossa reflexão nesse estudo, o registro é necessário e, a propósito, é de grande valia a leitura das seguintes obras a respeito da matéria, a partir da experiência da legislação italiana sobre o trabalho parassubordinado: GRIECO, Anna Maria. *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*. Napoli: Eugenio Jovene, 1983. PEDREIRA, Pinto. Um novo critério de aplicação do direito do trabalho: A parassubordinação. In: ALVES, Amauri Cesar. *Novo contrato de emprego: Parassubordinação trabalhista*. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo: LTR, n. 103, 2005.

empregador não pode, dada a sua natureza, submeter-se às normas de máxima eficácia tuitiva do direito do trabalho. Estamos no âmbito do serviço público, no qual, a nosso sentir – contra boa parte da doutrina que trilha em sentido contrário – não há espaço para a relação de emprego, tal como concebida historicamente “no chão da fábrica”. Nesse nicho do universo de trabalhadores, haverão de imperar, nas relações de trabalho, os princípios de direito administrativo, público por excelência e deontologicamente incompatível com o direito do trabalho.

Essa a questão de fundo que nos propomos a enfrentar, por ser premente a necessidade de encontrarmos soluções para a busca de um direito do trabalho capaz de honrar suas origens, mantendo sua vocação protetora e compensadora em favor do trabalhador necessitado do Estado como única força capaz de manter o equilíbrio contratual mínimo, garantidor da sua subsistência digna e do trabalho decente, inclusive nas várias formas de prestação de trabalho que não se revestem dos traços típicos da relação de emprego, mas revestido do ecletismo capaz de também reconhecer, no contrato de trabalho, o espaço adequado para o exercício da autonomia da vontade quando esta nele tiver lugar, por trabalhador com condições pessoais de exercê-la, a serem devidamente avaliadas pelo juiz, casuisticamente. Ainda, a exigir adequado enfrentamento, com vista a providência legislativa que já tarda, a delicada questão dos contratos de trabalho com o Estado, sob pena de decisões do Tribunal Superior do Trabalho, que qualificamos de “híbridas”, acabarem por consagrar verdadeira distorção de pilares estruturantes do direito do trabalho.

Em suma, vislumbramos nas questões aqui destacadas, pontos críticos do direito do trabalho que nada têm a ver com o fenômeno da flexibilização. Estão muito mais no fundo da sua própria estruturação enquanto ciência do direito. Nos dias de hoje, nos saguões de espera das Varas do Trabalho, os trabalhadores do “chão da fábrica”, destinatários históricos do direito do trabalho e que hoje, raramente, logram ter acesso ao Tribunal Superior do qual nasce a jurisprudência em súmulas que orientam as decisões das instâncias inferiores, dividem espaço com altos executivos, de formação acadêmica privilegiada, regiamente remunerados, empregados de grandes estatais, destinatários de verdadeiro direito especial de ordem regulamentar, e profissionais liberais. Não se haverá de negar a proteção desse direito a qualquer deles, como vaticinou um de seus maiores tratadistas no Brasil:

... estamos em presença de um direito que ainda não se encontra na plenitude de sua própria doutrina, abrangedora da totalidade de seus institutos primordiais. Cada ano que passa, renovam-se os seus quadros, com a aquisição de novas formas ou manifestações jurídicas. Caminhando rente à vida, sentindo a própria realidade concreta, altera-se, permanentemente a legislação do trabalho, procurando acudir aos mínimos pormenores das relações da estrutura econômica. O dinamismo é a sua essência, como um organismo jovem que cresce incessantemente sem que ninguém saiba ou possa vislumbrar qual seja o seu ponto de saturação ou de cristalização.<sup>170</sup>

Contudo, a medida da força protetora desse direito não poderá ser a mesma para trabalhadores que dela necessitam de forma tão diferenciada.

### 3.1.2 O dilema do tratamento igual de trabalhadores profundamente desiguais

Ao se deter no fenômeno jurídico, mais especificamente, sobre a norma jurídica, definindo-a como “modelo de conduta estabelecido pela comunidade jurídica, como resultado da valoração dos fatos da vida, com a finalidade de obter a adaptação do homem à vida social harmônica”, Mello vislumbra-o em três dimensões:

a) Dimensão política, na qual a comunidade jurídica decide sobre a edição da norma jurídica, a partir de valores fundamentais da juricidade e de outros que “encarnam o próprio espírito do povo, suas tradições, seus costumes, sua consciência cívica, os valores culturais da sociedade.” É a dimensão axiológica do direito, “porque nela atuam como elementos-guia, os valores jurídicos”.

b) Dimensão normativa, na qual o direito é tratado apenas em razão de seus comandos, objetivados em normas jurídicas, “tais como postas no mundo, despregadas do legislador, na sua pura expressão normativa.” Estamos no campo da expressão dogmática da norma, em que a mesma incide sobre seu suporte fático e atua independentemente da vontade das pessoas, “subordinando aos seus ditamos a conduta humana”.

---

<sup>170</sup> MORAIS FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos, v. I, 1960.

c) Dimensão sociológica, traduzida na efetividade da norma, quando se dá a perfeita realização do direito através da “subordinação dos fatos da vida à norma jurídica que os previu e regulou”. Vindo, essa subordinação, a ser defeituosa. “por não coincidirem a aplicação e a incidência, ter-se-á a evidente imperfeição na organização jurídica da sociedade.” A perda da dimensão sociológica da norma não se dá diante da sua simples infração individual, mas porque a realidade social é diferente da norma prescrita e “discordância se manifesta pela discordância da comunidade à norma, insistindo o grupo em se comportar de modo diferente do estabelecido.” Fica evidente que norma com tal grau de rejeição não pode prevalecer: é norma sem vigência, embora do ponto de vista dogmático, esteja em vigor.<sup>171</sup>

A reflexão de Bernardes de Mello serve ao nosso propósito de trazer ao campo de discussão, não uma norma em si, mas todo o conjunto de normas de proteção do direito do trabalho, voltado, inicialmente, a momento histórico no qual a necessidade de proteção voltou-se para determinado grupo de trabalhadores submetido a condições aviltantes de trabalho acobertadas pelo *laissez faire*. Na sua dimensão política, o direito do trabalho encontrou sólidos alicerces na dignidade da pessoa humana e na igualdade, que também alicerçaram reconhecimento dos direitos sociais ao longo do século XX, ainda que ainda não se possa falar da sua plena realização. Na sua dimensão normativa, esse “direito novo” obteve rápido incremento no entre-guerras, adquiriu *status* constitucional e, em moldes praticamente pautados pelas convenções da Organização Internacional do Trabalho, passou a integrar as legislações do mundo ocidental capitalista, com a universalização de seus principais institutos. Consolidou-se como um ramo do direito social, definido por Cesarino Júnior como “direito social restrito”,<sup>172</sup> voltado à “hipossuficiência absoluta”.<sup>173</sup> Recolhe-se da mesma fonte, consistir, segundo a tendência do direito moderno, a diferença econômica um dos fatores fundamentais de distinção entre os homens, dispostos em dois status: o de proprietários e o de não proprietários. A estes só resta a força de trabalho como meio de subsistência, são os hipossuficientes. Aqueles possuidores de bens (capitais, mercadorias,

<sup>171</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14-6.

<sup>172</sup> CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. *Direito social: Teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1993. p. 28.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 32.

imóveis, terras, rendas...) são os autossuficientes. Os hipossuficientes têm, em relação aos autossuficientes, relação de absoluta dependência, porque são estes que propiciem àquela oportunidade de trabalho e, portanto, fonte de subsistência. “Há uma troca entre os bens excedentes dos ricos e os serviços dos pobres.”<sup>174</sup> A CLT, um Decreto-Lei de 1943, ao definir empregado como pessoa física que presta serviços “sob dependência” do empregador, bem retrata a ideia dominante à época.<sup>175</sup>

Evidente que frente a esse trabalhador não deve haver espaço para a liberdade contratual e a disponibilidade de direitos no plano das relações individuais de trabalho. Deixar esse empregado – e eles ainda somam-se aos milhões no Brasil e pelo mundo – a mercê da sua autonomia significa reduzi-lo ao que Ghersi anteviu como *la esclavitud consentida*.<sup>176</sup> Daí, a impossibilidade do retrocesso de conquistas históricas do direito do trabalho e da preservação de seu núcleo duro de direitos indisponíveis e da preservação das normas estatais de proteção, contra as quais não prevalecem os atos de vontade.

Em relação a esse trabalhador hipossuficiente e dependente do emprego, o direito do trabalho conserva sua dimensão sociológica e a vigência de suas normas deve se revestir de máxima eficácia, com plena irradiação do polo do direito público, cogente e inderrogável.

Mas, essas normas são sociologicamente eficazes – ou mais precisamente, axiologicamente adequadas – em relação à universalidade dos trabalhadores hoje abrigados sob o manto do direito do trabalho?

Ao trabalhador hipossuficiente e visceralmente necessitado de proteção, foram-se agregando, ao longo das décadas, levas de trabalhadores intrinsecamente deles diferenciados:

- O fenômeno da “proletarização” das profissões liberais agregou ao mercado do emprego advogados, médicos, odontólogos, engenheiros, arquitetos, jornalistas e tantos outros que, a partir da década de 60 do século passado,

<sup>174</sup> CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. *Direito Social: Teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTR, v. I, 1993. p. 32.

<sup>175</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho, art. 3<sup>o</sup>, CLT. “Considera-se empregado a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.”

<sup>176</sup> GHERSI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica – Uma discusión abierta*. Buenos Aires: Gowa Ediciones, 1995. p. 41-2.

passaram a disputar o mercado de trabalho também no âmbito do emprego, inclusive com regulamentação especial de seus contratos de trabalho.

- A sofisticação do mercado de trabalho em determinados setores exigiu empregados de grande capacitação técnica e formação superior, ensejando-se o surgimento dos altos executivos, regidamente remunerados, identificados, na peculiar formulação de Catharino, como *hipoempregados*.<sup>177</sup>

- O Estado agregou ao seu contingente de servidores os regidos pelo regime “celetista” ou “celetário”, com adoção do direito do trabalho como regente do serviço público.

A questão que se impõe, frente a profissionais tão qualificados, quer quanto à sua formação acadêmica, quer quanto ao seu *status* econômico ou a sua posição no mercado, ou frente à notória colisão de princípios do direito do trabalho e da administração pública, e em que medida deveremos considerar a força da autonomia da vontade nos contratos de trabalho celebrados com seus empregadores ou, até, se tais profissionais, necessariamente, devem ou não manter com seus contratantes, relação de emprego.

Tomemos como norte, a casuística, traduzida em três situações concretas, por nós vivenciadas, duas delas na magistratura do trabalho e a última na advocacia:

- O primeiro caso,<sup>178</sup> semente plantada nos primeiros anos de magistratura, em processo submetido a nosso julgamento, ainda na condição de juíza do trabalho de primeiro grau, trinta anos depois, germina nessa tese. Caso nunca esquecido, porque desafiador e emblemático, no qual conhecido advogado, especialista em direito do trabalho (*sic*), militante no foro trabalhista e com expressiva clientela, demandou contra entidade de classe patronal, para a qual prestara serviços ininterruptos, durante vinte e nove anos, como assessor jurídico na área trabalhista, mercê de sucessivos contratos celebrados e por ele próprio elaborados, nos quais sempre figurara como advogado, profissional liberal, pretendendo ver-se declarado empregado, com direito, porque estável a luz do art. 492 da CLT, à reintegração no emprego, ou indenização em dobro, em face da denúncia do último contrato vigente. Sustentou presente a tipicidade do art. 3º da CLT, que, uma vez configurada, traduz

<sup>177</sup> CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1981. p. 154.

<sup>178</sup> Processo nº 00476/83-RO. Origem: 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre. Registro obtido no Arquivo Geral. Autos incinerados.

o suporte fático do contrato de trabalho, indisponível e irrenunciável, constituindo, os contratos de prestação de serviços de cunho liberal, fraude à sua caracterização, logo, nulos de pleno direito nos termos do art. 9º da CLT.

- O segundo, também um dos primeiros submetidos a nosso julgamento, perdeu-se no tempo, sem, contudo, ter sido relegado ao esquecimento, porque bem demonstra o peso da ortodoxia do direito do trabalho, levada às últimas consequências: gerente de banco estatal, lotado em agência do Interior do Estado, ao enviar a escala de férias dos empregados sob seu comando, em meados do ano, para a matriz, como era o costume, nela não incluíra seu nome, daí resultando memorando, chamando-lhe atenção para o lapso, com advertência de que o prazo de concessão previsto no art. 134 da CLT se esgotaria em setembro. Em resposta, o gerente argumentou não ter interesse em gozar as férias até setembro porque programara viagem com sua esposa, professora estadual, e seus dois filhos, ambos em idade escolar, nas férias destes, em janeiro. Portanto, ainda que fora do prazo, preferiria fazer suas férias coincidirem com as de sua família. O setor de pessoal acabou por acolher as ponderações do gerente. Tempos depois, esse gerente ingressou com ação trabalhista na qual pretendida a condenação do banco em várias prestações decorrentes do contrato de trabalho, entre as quais, o pagamento em dobro, com fundamento no art. 137 da CLT, das férias concedidas fora do prazo previsto no art. 134.

- O terceiro é recente, no qual atuamos como advogada.<sup>179</sup> Ex-empresário da construção civil, bastante conhecido no meio, após ter desativado sua empresa, na condição de engenheiro com alta experiência no mercado, constituiu empresa de consultoria para a prospecção de negócios nessa mesma área, que mantém paralelamente a outros negócios, conforme confessado nos autos. Nessa condição, contratou seus serviços junto a empresa de grande porte do Estado, para a qual intermediou negócios e prestou assessoria na área de incorporações imobiliárias, com continuidade e pessoalidade, inclusive orientando o pessoal empregado de sua cliente, tendo, para tanto, uma sala na sede de sua contratante, na qual permanecia durante parte do dia. Findo o contrato de prestação de serviços, ingressou com ação trabalhista contra sua ex-cliente, dizendo-se dela empregado, com pretensão ao pagamento de direitos tipicamente trabalhistas. Em depoimento pessoal, perante o

---

<sup>179</sup> PROCESSO nº TST-RR-0102400-06.2007.5.04.0004. Origem: 4ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Atualmente, em fase de liquidação de sentença.

juiz do trabalho que conduziu a instrução do processo, admitiu que, enquanto fora empresário da construção civil, jamais tivera empregados, porque sempre os contratara como “empreiteiros”, embora em expressivo número, e que para sua atual cliente, com a qual mantém contrato de consultoria semelhante ao que mantivera com a empresa ré no processo, “não postulou o reconhecimento de vínculo” tendo sido esta “uma condição que o depoente se impôs quando saiu [da ré] porque precisava de tempo para dedicar-se à empresa de confecção e também à corretagem de imóveis e outras atividades”.<sup>180</sup>

Em todos os casos acima detalhados, os autores da ação não lograram êxito nos julgamentos de primeiro grau, mas, tendo, a matéria, sido devolvida a julgamento nos respectivos recursos ordinários, prevaleceu a aplicação ortodoxa do direito do trabalho.

No primeiro deles, sentenciando em primeiro grau, invocamos o princípio da boa-fé como prevalente em relação aos princípios específicos do direito do trabalho, por não ser concebível que advogado especialista em direito do trabalho, a quem competia dar assessoria jurídica à agora apontada empregadora justamente nesse campo do direito, com atividade tipicamente liberal, expressiva clientela e assídua militância no foro da Justiça do Trabalho, pudesse ser vítima de coação por empregadora, uma entidade associativa sem natureza econômica, submetendo-se a contratos “fraudulentos” que ele próprio redigira ao longo de vinte e nove anos. Embora os sucessivos contratos de prestação de serviços tivessem agregado, ao longo dos anos, algumas obrigações e alguns direitos comuns aos contratos de trabalho, como cumprimento de expediente na sede da entidade, em alguns dias da semana, com horário previamente estabelecido para atendimento dos garagistas associados, gozo de férias e pagamento de 13<sup>o</sup> salário, consideramos tais fatos irrelevantes, porque nada impede que tais obrigações e direitos também integrem contratos de prestação de serviços de trato sucessivo e revestidos de pessoalidade, mormente quando celebrados sob a orientação de advogado especialista em direito do trabalho, em seu próprio proveito. Entendemos que, naquele caso concreto, a autonomia da vontade, estampada em típicos contratos de prestação de serviços de advocacia liberal, deveria prevalecer, não havendo incidência do art. 9<sup>o</sup> da CLT, em face das condições pessoais do trabalhador, que no caso, detinha ascendência

---

<sup>180</sup> Transcrição literal do depoimento pessoal nos autos do processo nº 0102400-06.2007.5.04.0004, em audiência perante o Juiz da 4<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Porto Alegre, realizada em 22.10.2008.

técnica sobre o empregador. O Tribunal entendeu de forma diversa, convencido de estarem presentes os traços tipificadores da relação de emprego, conforme art. 3º da CLT, donde a prevalência da vontade da lei, com aplicação do princípio da sobreposição automática das normas de proteção.

No segundo caso, o banco logrou provar com documentos jamais impugnados a clara manifestação do seu gerente quanto ao desinteresse de gozar férias até o mês de setembro porque desejava fazê-las coincidir com as férias de sua esposa e de seus filhos, em viagem já programada. Salientamos na sentença de I Grau o claro intento malicioso do pedido de férias em dobro quando a sua concessão fora do prazo fora a pedido do próprio empregado que, sem qualquer coação, manifestara desejo de que assim fosse feito, para poder usufruir, logo adiante, de férias com sua família do prazo. Argumentamos, ainda, que não se tratava de trabalhador hipossuficiente, mas de um gerente de agência de grande banco estatal, no qual o poder hierárquico do empregador não é exercido de forma direta, mas através de instâncias que foram devidamente provocadas a flexibilizar o prazo das férias pelo próprio empregado, donde inaplicável a presunção, no caso concreto, do art. 9º da CLT e válida a manifestação de vontade. O recurso ordinário do gerente foi provido, sob o argumento de se tratar, o gozo das férias no prazo de doze meses após a respectiva aquisição, de direito indisponível, donde a invalidade do pedido de postergação.

Não mereceu outra sorte o processo relatado no terceiro caso. O magistrado de primeiro grau, impactado pelo depoimento pessoal do autor no qual evidenciado seu comportamento ostensivamente em fraude aos direitos de seus próprios empregados, à época em que ele empreendia a atividade econômica na construção civil e convencido de que longe de estar diante de trabalhador hipossuficiente, identificava na pessoa do autor típico empresário, sentenciou pela improcedência da ação e, dentre outros argumentos, assim destacou:

Como se denota, a prestação de trabalho em si não é negada, como não o é a sua duração (...). Por conseguinte, segundo o entendimento amplamente predominante na doutrina e na jurisprudência, recai sobre as demandadas o encargo de comprovar a ausência dos requisitos do contrato de trabalho, demonstrando a existência de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito ao reconhecimento do vínculo. No caso concreto, entendo que as rés desvencilham-se de tal encargo, como passo a analisar. (...)

O trabalho do reclamante, conforme esclarecido na prova oral, era de prospectar (descobrir) imóveis que pudessem ser adquiridos para projetos

pelo grupo reclamado (...). Não é uma atividade que necessariamente tenha que ser exercida de forma coletiva, o que pressupõe organização e comando. Bem ao contrário; sobreleva o caráter individualista da atuação, a iniciativa, o *olho clínico*, a avaliação das pessoas e circunstâncias segundo a especialização e a experiência pessoal de cada um – virtudes que o reclamante certamente detém.

Dito isso, convém insistir em que o presente feito retrata situação peculiar, ainda que não inédita; e essas peculiaridades do caso concreto tornam impositivo que se apliquem adequadamente os princípios próprios do direito obreiro, especialmente o princípio tuitivo. A razão de ser desse conjunto de princípios, o da proteção ganhando especial relevo, é a proteção do hipossuficiente social, o indivíduo que tem na alienação da sua força de trabalho, física e/ou mental, a sua única chance de subsistência própria e da família. Pondere-se, ademais, que hipossuficiência social de regra vem acompanhada de menor acesso à instrução e à cultura, dificultando-lhe até mesmo o entendimento das coisas em geral e dos atos jurídicos e suas consequências, em particular. Daí porque vigoram no Direito do Trabalho princípios como o da primazia da realidade, segundo o qual o que se verifica na prática tem prevalência sobre os rótulos e as fórmulas jurídicas e negociais. Da mesma forma quanto à continuidade e à irrenunciabilidade de direitos, princípios que informam, por exemplo, a regra do art. 477, § 1º, da CLT. Frise-se que esse arcabouço protetivo, que afasta o princípio da liberdade de contratar tem por objetivo (...) proteger quem precisa de proteção, quer por não ter outra alternativa senão aceitar formalmente as condições que lhe são impostas, quer por não ter capacidade ou conhecimento intelectual para entendê-las. Não é, à evidência, o caso do demandante. O seu depoimento pessoal é suficientemente esclarecedor: após carreira profissional consistente, atuando como engenheiro de empresa de grande porte, constituiu seu próprio negócio, a Construtora e Incorporadora Dockorn, chegando a ter duas dezenas ou mais de empregados. Nota: essa empresa não empregava operários, utilizando-se sempre de *empreiteiros*, como está bem esclarecido no depoimento. O contrato de empreitada é lícito, como disciplina civil e trabalhista; mas o fato deixa bem claro que ao reclamante, de longa data, não era estranha a possibilidade de trabalho fora dos limites da relação de emprego, não se podendo olvidar que o labor desses operários tinha relação direta com os objetivos econômicos dessa empresa do autor. Posteriormente, passou a dedicar-se a um negócio familiar, que mantém com sua esposa e filhos, uma empresa de confecção de roupas esportivas, para a qual buscou a abertura no mercado exterior, no qual obteve êxito. (...) Mais, o reclamante confirma que após o término da relação com as demandadas passou a executar o mesmo trabalho para o grupo Goldsztein Cyrela. Quando inquirido a respeito de eventual reconhecimento de vínculo com essa tomadora, apresenta resposta negativa, justificando quer para o novo tomador exigiu ausência de exclusividade, o que não ocorria com as demandadas; aduz que tal exigência ocorreu porque precisava de tempo para dedicar-se à empresa de confecção e também a serviços de corretagem de imóveis entre outras atividades (...).

A partir do depoimento pessoal, firmo a convicção de que o reclamante, por sua condição econômica, social e cultural não pode alegar qualquer sorte de coação (nem mesmo econômica), induzimento a erro ou outra forma de vício ou turbação de vontade quando aceitou as condições propostas pela reclamada, inclusive o não reconhecimento de vínculo.”<sup>181</sup>

<sup>181</sup> Excerto da sentença publicada em 28.11.2008, pelo Juiz José Cesário Figueiredo Teixeira, titular da 4ª Vara do Trabalho de Porto Alegre.

O recurso ordinário interposto pelo autor, contudo, foi exitoso, por ter, a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, entendido que “é empregado o trabalhador que exerce cargo de alta fidúcia, com poderes de mando e gestão, para a consecução de objetivos ligados à atividade-fim da empresa contratante”, firmando convicção em tal sentido a partir da “descrição das atividades desempenhadas pelo reclamante, tal qual apresentada pelas partes”, à luz das quais chega-se “à conclusão no sentido de que suas atribuições guardavam relação direta com a atividade econômica principal das empresas tomadoras de seus serviços, qual seja a incorporação de empreendimentos imobiliários, conforme informação obtida por meio do *sítio* da Receita Federal do Brasil, em consulta ao número do CNPJ das reclamadas.” No aspecto da subordinação, entendeu-se demonstrada no contexto probatório, ainda que “de modo tênue”, diante das “transcrições de mensagens eletrônicas juntadas com a inicial”, a evidenciar que “inúmeras transações realizadas pelo autor durante o exercício de suas atribuições dependiam de prévia anuência do presidente da primeira reclamada”, dados que, agregados a “outros elementos de prova, ainda que de pouca relevância se individualmente tomados, demonstram, agregados ao todo, que a relação mantida entre as partes constituiu efetivo contrato de trabalho”.<sup>182</sup> Não se deteve, o Colegiado *ad quem*, em nenhum momento, nas circunstâncias específicas do caso concreto que tanto sensibilizaram o juízo *a quo*, a ponto de levá-lo a ponderar o ato volitivo do autor da ação, no momento da contratação de seus serviços, sem vínculo de emprego e se pronunciar pela improcedência da ação por entender que, naquele caso, os princípios da proteção e da irrenunciabilidade deveriam ceder em face do peso maior da autonomia da vontade, sem negar a força de tais princípios e o caráter compensador do direito do trabalho em relação “a quem precisa de proteção”.

A pergunta que não quer calar, diante dos três casos relatados – a exemplo de tantos outros, frequentemente vistos – é se o direito do trabalho efetivamente cumpre sua destinação histórica e sua verdadeira vocação axiológica em situações limite como essas e se não é possível buscar no próprio direito soluções que possam instrumentalizar o julgador a fazer melhor Justiça.

---

<sup>182</sup> Tais elementos são relacionados no acórdão: licença anual remunerada de 30 dias com acréscimo de um terço, equivalente a férias na relação trabalhista; remuneração extra anual e custeio de despesas médicas, próprias a quem contrata serviços com assunção dos riscos da atividade econômica, ou seja, empregador.

A resposta, obviamente, será afirmativa, bastando que o juiz se despregue da literalidade da lei e busque nas demais fontes do direito os meios próprios a tal desiderato. Sabemos, contudo, ser penosa tal tarefa, não só pelo legalismo arraigado em nossos julgadores, como pela extenuante quantidade de julgamentos deles exigida, que os impede de se dedicar à busca de soluções que não têm o imediatismo encontrado na lei. Daí a necessidade de que o próprio direito positivo ofereça esses instrumentos ao juiz, a fim de que ele possa deles lançar mão sempre que estiver convencido de necessidade de ponderar princípios ou a própria lei.

Somente assim, diante da realidade multifacetada que se descortina nas dezenas de processos que se obriga a estudar todos os dias, o juiz poderá dar a esse direito que caminha “rente à vida, sentindo a própria realidade concreta”, a sua verdadeira dimensão axiológica, com toda a força da sua máxima eficácia protetiva em favor daquele que dela assim necessitar, sem que tal implique anulação da autonomia da vontade quando diante de quem detiver condições de exercê-la, na medida em que for permitido esse exercício.

## 3.2 EM BUSCA DE UM DIREITO FIEL AOS SEUS PRINCÍPIOS, NA MEDIDA DA SUA UNIVERSALIDADE

### 3.2.1 Através da ponderação de princípios e normas

Para cumprirmos esse desiderato, vamos nos socorrer de Ávila, quando conclui não haver correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – no sentido de onde houver um não terá de haver, necessariamente, a outra. Em lúcida crítica, sustenta não ser plausível aceitar a ideia de que a aplicação do direito envolve apenas a subsunção entre conceitos prontos antes do respectivo processo de aplicação. Partindo da premissa de que “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa *reconstruir*”, convida-nos a preciosa e desafiadora reflexão:

... é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir de dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer (...) que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção

ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização desses fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade da interpretação traduz melhor a atividade de *reconstrução*: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.<sup>183</sup>

Em síntese, a norma nasce da interpretação, é obra da reconstrução feita pelo intérprete, a partir dos fins, dos valores e dos bens jurídicos essenciais estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Esses “pontos de partida” devem, também, ser observados na aplicação da lei e, no nosso caso, do direito do trabalho, impregnado de bens jurídicos essenciais à realização de seus fins e à preservação dos valores que orientaram sua formação histórica. Tal implica exercício de interpretação, ou de “reconstrução”, do qual resultam normas qualificadas ou como princípios ou como regras.

Atente-se à mesma lição, nas linhas traçadas por Perlingieri:

Deve-se criticar o dogma do *estar em si mesmo* do direito positivo. Com essa expressão se indica a difundida opinião pela qual o sentido das proposições que exprimem o direito positivo pode ser procurado tão somente no interior do direito. Se fosse assim, seria errado qualquer recurso que a interpretação fizesse a elementos estranhos ao texto legislativo: legitimam-se assim comportamentos formalísticos, já que o sentido do texto estaria fechado dentro de si mesmo. (...) O objetivo do dar (o texto) é *dado* (o conteúdo do texto) porque *dado* ao destinatário, não como sujeito passivo da entrega, mas para que ele o possa aferrar. O conteúdo não se forma no momento da produção do texto por parte do legislador: a produção é uma fase à qual é preciso flanquear uma outra, ou seja, a recepção do texto por parte do destinatário, isto é, o intérprete. A positividade não deriva de um universo transcendente, mas da circunstância de que o direito é *cognoscível para o observador*. Portanto, o direito é positivo *se, mas somente se, ele é interpretado*: a positividade do direito é a sua interpretabilidade.<sup>184</sup>

Em geral, sustenta-se que somente há cogitar concretamente de antinomia entre regras, cuja solução se dá com a declaração da invalidade de uma delas em relação da prevalência da outra, ou com a abertura de uma exceção. Entre princípios, inexistiria antinomia porque, em eventual conflito, no caso concreto, a solução se daria pela ponderação entre ambos, dando-se prevalência ao princípio com maior peso, sem que tal implicasse invalidar o princípio afastado. Humberto Ávila insurge-se com essa posição amplamente difundida, que admite como

<sup>183</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 34-6.

<sup>184</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 66-7.

tentadora, ao sustentar não ser apropriado afirmar ser, a ponderação, método privativo de aplicação dos princípios. E afirma:

A ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contrarrazões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (...). Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultados de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações inicialmente não previstas. Nessas hipóteses, o aplicador deve analisar a finalidade da regra, e somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso pode decidir que elementos de fato têm prioridade para definir a finalidade normativa.<sup>185</sup>

Essa posição crítica é feita com base em cinco argumentos que, por servirem de alento à nossa linha de reflexão em torno do peso da autonomia da vontade nas relações individuais de trabalho, frente à realidade diferenciada que hoje se descortina diante do intérprete dos dispositivos legais que regem o contrato mínimo legal, trataremos de resumir, detendo-nos nos três primeiros por ele destacados.

1. Há casos em que as regras podem entrar em conflito sem perderem sua validade e para cuja solução o intérprete dará maior peso a uma delas. O exemplo trazido pelo autor põe em conflito duas regras: uma que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei nº 9.494/1997), outra que determina que o Estado forneça gratuitamente medicamentos excepcionais para pessoas hipossuficientes (art. 1º da Lei Estadual nº 9.908/1993). A premência da necessidade de fornecimento do remédio obriga o juiz a conceder a liminar e esta esgota o objeto litigioso.

Embora essas regras instituem comportamentos contraditórios (...) elas ultrapassam o conflito abstrato *mantendo sua validade*. Não é necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas. Não há exigência de colocar uma regra dentro e outra fora do ordenamento jurídico. O que ocorre é um conflito concreto entre regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar: ou prevalece a finalidade de preservar a vida do cidadão, ou se sobrepõe a finalidade de garantir a intangibilidade da destinação já dada pelo Poder Público às suas receitas.<sup>186</sup>

<sup>185</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 55-57.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 53.

2. As regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, “mediante um processo de ponderações de razões”, como ocorre nas hipóteses de relação entre a regra e suas exceções. Trazendo o exemplo invocado por Ávila, estaríamos diante da regra de trânsito limitadora da velocidade de 60 km por hora, infringida pelo taxi que leva ao hospital passageiro gravemente ferido. Embora tal exceção não esteja prevista em nenhuma lei, “outras razões, consideradas superiores à própria razão para cumprir a regra, constituem fundamento para seu não cumprimento.” Logo, a exceção justificadora do descumprimento da regra e que a afasta para fins de sanção “pode não estar prevista no ordenamento jurídico, situação em que o aplicador avaliará a importância das razões contrárias à aplicação da regra.

3. A ponderação de regras também ocorre na “delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídicos-políticos como *Estado de Direito, certeza do Direito, democracia*”. Caberá ao intérprete examinar as várias razões pelas quais deverá ou não fazer incidir a regra, ou investigar o conjunto de razões que o levarão a decidir quais os elementos que constituirão os conceitos jurídicos-políticos. O exemplo da proibição de cães em restaurantes contraposta à necessidade de ingresso do animal para encontrar drogas ou um suspeito de tráfico de drogas bem ilustra esse terceiro ponto de argumentação: “o aplicador, em vez de meramente focalizar o conceito de ‘cão’, deverá avaliar a razão justificativa da regra para decidir pela sua incidência.”

Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultado de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações inicialmente não previstas. Nessa hipótese, o aplicador deve analisar a finalidade da regra, e somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso pode decidir que elemento de fato tem prioridade para definir a finalidade da norma.<sup>187</sup>

Conclui-se não serem, os princípios, os únicos a possuir a “dimensão do peso”.

A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam a resguardar. As interpretações, extensiva e restritiva, são exemplos disso.<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 57.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 59.

Assim,

não são os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto. A citada *dimensão de peso* (...) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas *resultado de juízo valorativo do aplicador*.<sup>189</sup>

A dificuldade que temos encontrado na aplicação do direito do trabalho à realidade multifacetada por ele absorvida ao longo desses duzentos anos da sua evolução reside, justamente, na “dureza” com que seus dispositivos têm sido aplicados – e não *interpretados*. Aplicam-se os dispositivos como se fossem normas imperativas inflexíveis, sem a participação do intérprete. De outra forma, os princípios regentes desse mesmo ramo do direito são invocados de forma quase que banal, como se todos os casos fossem iguais e como se a “dimensão de peso” fosse um atributo abstrato e intrínseco, pré-definido e inflexível. Retomando os exemplos concretos antes descritos, percebemos que o experiente advogado especialista em direito do trabalho e contratado para prestar consultoria, justamente nessa área, a entidade de classe patronal, assim o tendo feito por vinte e nove anos, logrou ser investido na condição de empregado pela aplicação pura e simples de dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho que define como tal aquele que presta serviços com pessoalidade, não eventualidade e subordinação e porque a relação de emprego, tipificada a partir da figura traçada no dispositivo definidor de empregado do art. 3º da CLT, é regida pelo princípio da irrenunciabilidade; o prestigiado empresário da construção civil, dedicado a vários negócios, entre os quais o de consultoria nessa área, mercê de sua condição de ex-titular de conhecida empresa do mesmo ramo, que conseguira a proeza, à época, de mantê-la sem empregados, todos admitidos como “empreiteiros”, logrou ver-se declarado empregado em vista de, objetivamente, enquadrar-se no mesmo modelo tipificado no dispositivo legal; o gerente do banco, que teria “renunciado” ao direito de gozar suas férias no prazo legal, dentro do qual estaria impedido de usufruí-las com sua família, para satisfazer esse desejo três meses após, obteve, quando questionou em juízo o direito previsto

---

<sup>189</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 59.

no art. 137 da CLT, o respectivo pagamento em dobro em vista do prazo de concessão ser peremptório e “inderrogável”. Pergunta-se: teria o direito do trabalho, atingido seus fins nesses três emblemáticos casos concretos? Não estaríamos diante de três situações típicas de ponderação de normas ou de princípios? No caso do advogado experiente, e profundo conhecedor do direito do trabalho, e do empresário, confesso descumpridor das normas trabalhistas enquanto tal, não caberia ao aplicador, ainda que presentes, na objetividade dos dispositivos legais, elementos típicos da relação de emprego, sopesar princípios, como o da boa-fé, e não seria o caso de dar maior peso a este e não ao da proteção, em se tratando de pessoas sem nenhum traço de hipossuficiência e dependência econômica do emprego? Ao contrário, a dependência – no caso do advogado, de natureza técnica e não econômica, seria do empregador, que o contratara justamente para se assessorar em direito do trabalho! Diante do gerente do banco, não caberia ao aplicador examinar as várias razões pelas quais deveria ou não fazer incidir a regra, ou investigar o conjunto de razões que o levariam a decidir quais os elementos que constituiriam os conceitos jurídicos-políticos aplicáveis ao caso, a começar pelo princípio da lealdade processual totalmente ignorado pelo empregado? Honra o direito do trabalho decisão condenatória do empregador que, tendo atendido interesse perfeitamente plausível de seu empregado, em nome do desejo de usufruir férias com a família, que não lograria obter fosse a lei cumprida sem qualquer contemplação?

Estivéssemos diante de três trabalhadores hipossuficientes, visceralmente dependentes do emprego para a garantia da subsistência, ludibriados, os dois primeiros, em seu direito à relação de emprego com todos os consectários legais, como soe acontecer nos inúmeros casos de exigência de constituição de pessoa jurídica como condição de admissão ao emprego, e compelido, o segundo, a postergar o gozo de suas férias por estratégias enganosas do empregador, os dispositivos legais cumpririam, pelo seu conteúdo intrínseco, os fins do direito do trabalho, instrumentalizando o princípio da proteção a sua máxima eficácia. Sem nenhum esforço exegético, o aplicador de tais dispositivos faria a Justiça, bem maior perseguido. Contudo, a privilegiada condição pessoal de tais trabalhadores habilita-os a atos volitivos com peso de validade que em nada compromete o arcabouço ideológico do direito do trabalho e que, fossem dados como válidos e eficazes, não

viriam em detrimento desse mesmo direito, claramente usado com intuito menos nobre.

Não estamos, com essa reflexão, preconizando um direito do trabalho flexível. Nossa proposta não implica mexer numa vírgula sequer nos dispositivos de proteção do trabalhador empregado. Visa, apenas, a possibilitar que o juiz ou outros intérpretes da lei, aí também incluídos os demais agentes que atuam na sua aplicação, especificamente, auditores fiscais do trabalho e procuradores do trabalho, possam, em casos concretos, no ato da “reconstrução” desses dispositivos, de cujo processo resultarão as normas, ponderá-las e – especificamente, em face do tema que nos propomos abordar – dar ao ato volitivo praticado pelo empregado o peso adequado segundo as circunstâncias que envolveram a sua prática.

*3.2.2 Mediante inserção de cláusulas gerais na Consolidação das Leis do Trabalho que autorizem o juiz a avaliar, no caso concreto, o peso da autonomia da vontade no contrato individual.* Como vimos nos exemplos antes relatados, há situações-limite em que o juiz é desafiado – podemos dizer assim – em sua sensibilidade e em sua inteligência. Marques de Lima tangencia essa delicada questão quando se detém no princípio da razoabilidade, que “separa o homem da máquina, levando-o a compreender os fatos muito além do que aos olhos aparecem”, para, adiante, concluir: “se o juiz é um tanto de ciência e outro tanto de consciência, esse princípio emana do exercício da consciência”.<sup>190</sup> A própria Consolidação das Leis do Trabalho socorre-se desse princípio, donde se concluir pela sua plena aplicabilidade no direito do trabalho: ao fixar critérios para o arbitramento dos valores correspondentes ao salário *in natura*, estabelece que sejam “justos e razoáveis”;<sup>191</sup> na falta de prova ou estipulação do objeto do trabalho pelo qual o empregado se obrigou na relação de emprego, entender-se-á que o fez em face de “todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal”,<sup>192</sup> em claro exercício do que é razoável. Em estudo anterior, já tivemos oportunidade de, a respeito do mesmo princípio, apontá-lo como o “contrapeso necessário ao princípio da proteção, uma espécie de seu redutor ou fator de contenção. Isso porque a ideia de proteção do hipossuficiente, levada às últimas consequências, pode consagrar

---

<sup>190</sup> MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. São Paulo: LTR, 1994. p. 141.

<sup>191</sup> BRASIL. CLT Vide arts. 458, § 1º.

<sup>192</sup> BRASIL. CLT Vide art. 456, parágrafo único.

absurdos que acabam por negar o próprio princípio, *virar o fio*, romper o ponto de equilíbrio necessário à sustentação de todo o arcabouço doutrinário do direito do trabalho.”<sup>193</sup>

Vislumbramos a conveniência de instrumento explícito no corpo da legislação consolidada que possibilite ao aplicador desse direito, intrinsecamente protetor e compensador, adotá-lo na sua exata medida, a partir da extensão da vulnerabilidade – que nem sempre se expressa na hipossuficiência – do prestador do trabalho.<sup>194</sup> Com efeito, como já tivemos oportunidade de realçar, a partir da clara lição de Cesarino Junior, a ideia de hipossuficiência foi construída sobre uma estrutura binária rico-pobre. Sobre essa ideia construiu-se um direito voltado ao trabalhador dependente do emprego com fonte única de sua subsistência. Nos albores da estruturação científica do direito do trabalho, o conceito de dependência antecedeu a ideia de subordinação hierárquica, hoje definida como jurídica ou contratual. Catharino brinda-nos com exaustiva resenha sobre a evolução doutrinária da dependência do trabalhador em relação ao empregador, elemento integrante do conceito legal de empregado, no art. 3º da CLT, partindo da constatação de ser, esse aspecto da relação de emprego, “historicamente, uma constante substantiva, variando de grau e natureza. Já o problema da sua qualificação é adjetivo com as variações (...) “técnica, moral, econômica, jurídica e social”.<sup>195</sup> Ainda à luz da mesma lição, “apesar de extrajurídico, não há dúvida que, salvo excepcionalmente, a

---

<sup>193</sup> CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 102.

<sup>194</sup> A propósito, não resistimos ao desafio de questionar se não é chegada a hora de se pensar – novamente, malgrado as tentativas já frustradas – em um Código do Trabalho, em vez do projeto de nova Consolidação, em que a proteção do hipossuficiente possa ser estendida à imensa gama de trabalhadores visceralmente dependentes do trabalho por conta alheia, não apenas aos empregados, com meios eficazes de proteção do trabalho parassubordinado, e no qual o conceito de hipossuficiência possa coexistir com o de vulnerabilidade em suas variadas dimensões, dando ao aplicador desse direito meios de dimensionar a sua proteção no caso concreto de forma equânime.

<sup>195</sup> CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1981, p. 198. Em rápida síntese: dependência técnica, nascida sob influência da legislação suíça, em 1905, ao diferenciar contrato de trabalho – no qual haveria exercício constante de atividade industrial sob orientação técnica do empregador – e empreitada, e objeto de crítica em face do progresso tecnológico em que empregados altamente qualificados têm o comando técnico de determinadas atividades nas empresas; dependência moral, a partir dos deveres de cooperação, eficiência e lealdade que vinculam o empregado à empresa, a refutada por se tratar de deveres éticos comuns a qualquer contrato e pelo fato de se tratar de deveres recíprocos e não exclusivos do empregado; dependência econômica, critério alicerçado na história, diante do direito do trabalho ter nascido com o fim de compensar a desigualdade econômica entre o empregado e o empregador. Embora questionável como critério científico para definir conceitualmente o empregado, tem sido aceita como substrato da subordinação jurídica; dependência social, segundo a qual todas as vezes em que a dependência social se torna dominante na relação jurídica em que um presta serviço a outrem, há contrato de trabalho. A corrente merece crítica em vista do critério da dependência social não ser exclusivamente contratual.

dependência econômica serve de substrato à subordinação jurídica, pois o empregador é subordinante por ser economicamente forte, dono dos meios de produção.”<sup>196</sup> Nessa mesma linha, Cesarino Junior, ao sustentar que a legislação social é dispensada a “trabalhadores economicamente dependentes” e não, apenas, a “pessoas economicamente dependentes”.<sup>197</sup>

Essa ideia de absoluta dependência está, efetivamente, atrelada à ideia de hipossuficiência econômica, definida por Cuche, em obra multicitada na doutrina juslaboral mais tradicional:

a) o trabalhador deverá ter no seu trabalho a única ou a principal fonte de subsistência, tal significando que deva viver do seu trabalho e que o que dele venha a ganhar não ultrapasse muito do necessário para prover suas necessidades e de sua família;

b) que quem paga pelo trabalho prestado absorva de forma integral e regular a atividade desse trabalhador, de tal sorte que este não tenha disponibilidade para oferecer seu trabalho para outrem.<sup>198</sup>

Ocorre que o direito do trabalho contemporâneo abriga contingente diversificado de trabalhadores, em grande parte ainda enquadrados nesse perfil, mas com expressivo número dele destoante. São cada vez mais frequentes os casos de empregados com múltiplas atividades profissionais que conjugam empregos e profissões liberais, empreendem atividades econômicas por conta própria concomitantemente com trabalho subordinado cumprindo jornadas de trabalho flexíveis, são servidores públicos e paralelamente mantêm empregos na iniciativa privada ou são altos executivos regidamente remunerados que estão longe dos traços da hipossuficiência. Tais trabalhadores conservam a situação de vulnerabilidade em relação a seus empregadores, mas o grau dessa vulnerabilidade não pode ser avaliado na mesma medida e com o mesmo peso com que se mede e se pesa a vulnerabilidade do hipossuficiente. Devemos, então, substituir a ideia absoluta de hipossuficiência pela de vulnerabilidade, continente da hipossuficiência, mas que, ao contrário desta, comporta nuances e ponderação na aplicação da lei de proteção com o peso necessário à compensação do estado de fraqueza de cada

---

<sup>196</sup> CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v. I. 1981. p. 202.

<sup>197</sup> CESARINO JUNIOR, José. *Direito social*. 2ª ed. São Paulo: LTR, v. I, 1993. p. 80.

<sup>198</sup> CUCHE, Paul. *Du rapporte dependence, élément constitutif du contrat de travail*. Paris: Revue Critique, 1913. p. 412.

trabalhador em relação a seu empregador, seja ele o típico hipossuficiente, para o qual teremos a máxima eficácia do contrato mínimo legal e o mínimo ou nenhum espaço da autonomia da vontade, seja ele o “hipoempregado”, para o qual ponderaremos a eficácia da norma de proteção, com maior ou, se for o caso, total espaço para o ato volitivo. A medida exata dessa ponderação será estabelecida no caso concreto, quando o aplicador será chamado a “reconstruir” a norma de proteção a partir dos dispositivos da lei ou das cláusulas do próprio contrato coletivo ou individual.

Socorrendo-nos do abalizado magistério de Judith Martins-Costa, segundo a qual a lei não deve ser vista como limite, mas como “ponto de partida para a criação e o desenvolvimento do direito”,<sup>199</sup> abre-se a possibilidade ao juiz, diante do caso concreto, de avaliar até que ponto deverá considerar o “peso” do ato volitivo do empregado, considerando o eventual conflito de normas ou de princípios aplicáveis, as circunstâncias de fato ou pessoais desse mesmo empregado que o levaram a assim agir, as situações imprevistas pelo legislador que eventualmente possam interferir na incidência da lei idealizada em face de hipóteses genericamente consideradas, etc. Para tanto, a partir do clássico exemplo do Código Civil Alemão,<sup>200</sup> já incorporado no Código Civil Brasileiro,<sup>201</sup> poderemos cogitar de incluir na Consolidação das Leis do Trabalho cláusula geral que permita ao juiz ponderar o ato volitivo do empregado, quer quando o pratica enquadrado no art. 9º, caracterizando objetivamente renúncia a direito protegido na lei, ou celebra com seu empregador alteração objetivamente lesiva de seu contrato de trabalho, enquadrável, em tese, no art. 468, mas, em ambos os casos, diante das circunstâncias avaliadas *in concreto*, há colisão de princípios, com peso maior, v.g., de outros princípios gerais de direito, como o da boa-fé, ou não há afronta ao arcabouço deontológico ou axiológico do direito do trabalho, em face de circunstâncias de fato ou da condição peculiar do empregado no momento do ato volitivo. Nessas situações concretas peculiares, os dispositivos legais interpretados pelo juiz permitirão que exsurja a norma “reconstruída” na exata medida que aquele

---

<sup>199</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 292.

<sup>200</sup> CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. § 242 “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*” (tradução livre: O devedor deve cumprir a prestação em conformidade com a boa-fé e de acordo com os costumes do tráfico jurídico).”

<sup>201</sup> BRASIL. Código Civil Brasileiro, Art. 442: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

determinado trabalhador necessita – ou não necessita, sem que se retire do direito do trabalho a força protetora que lhe é própria e que conservará sua máxima eficácia para o trabalhador que dela continuará necessitado se, efetivamente, for o seu destinatário histórico.

A partir dessa convicção, e tomando como ponto de partida para o debate, sugerimos que os arts. 9º e 468 da CLT sejam complementados com um parágrafo único e um parágrafo segundo, respectivamente, cláusulas gerais permissivas do espaço de liberdade para o intérprete “reconstruir” a norma emergente da liberdade dos dispositivos neles estabelecidos, quando assim estiver convencido:

Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

*Parágrafo único. O juiz avaliará, no caso concreto, se o ato praticado foi contrário à boa-fé ou realizado em circunstâncias que redundaram em maior benefício para o empregado.*

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.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

§ 2º *O juiz avaliará, no caso concreto, se o ato praticado foi realizado em circunstâncias que redundaram em maior benefício pessoal para o empregado.*

Nesse ato de “reconstruir” a norma, o juiz deixará de ser seu simples aplicador para atuar como seu co-autor, em constante processo de interpretação, caso a caso, frente a um direito que a ele se mostra mutante e “cognoscível”, portanto, carregado de efetiva positividade. A sentença será, efetivamente, a lei subsumida no caso concreto e não um mero ato formal, divorciado da realidade.

#### **4 EXCLUSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DO ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA DO DIREITO DO TRABALHO**

Tem sido crescente a adoção do dito “regime celetista” no serviço público, através do qual o Estado contrata seus servidores na condição de empregados, com a adoção do direito do trabalho como regulador da relação de trabalho.

Ao longo de nossa atividade na magistratura do trabalho enfrentamos o paradoxo de aplicar um direito voltado à proteção do trabalhador frente ao empregador, empreendedor de atividade econômica que corre o risco dessa atividade, comanda a prestação pessoal dos serviços e dela se apropria em busca do lucro, apropriando-se também da mais-valia, em típica atividade de caráter privado, onde não impera o interesse público.

Apontamos algumas entre as incompatibilidades mais gritantes entre o direito do trabalho e a Administração Pública:

- As atividades próprias do Estado não se confundem com as atividades econômicas empreendidas pela iniciativa privada. Aquelas fundam-se da organização da sociedade e buscam o bem comum. Estas, na propriedade privada e na perseguição do lucro.

- O Estado tem poder de império, expressão da soberania. O empregador privado tem poder diretivo, contratual, decorrência de empreender a atividade econômica por sua conta e risco.

- Nas relações de trabalho com o Estado não existe a figura típica do empregador que integra ao âmbito da sua esfera jurídica a força de trabalho do empregado. O servidor público presta **serviço público**, do qual o próprio Estado é devedor. O destinatário é o cidadão.

- As obrigações do empregado são próprias à esfera das relações privadas, exigíveis pelo empregador, pessoa singular. Os direitos e deveres do servidor são de ordem pública, exigíveis pela sociedade enquanto credora frente ao Estado.

- O berço natural do contrato de trabalho é a atividade econômica. O serviço público atende necessidades essenciais da sociedade e do próprio Estado em esferas indelegáveis.

- Rege o contrato de trabalho na iniciativa privada o princípio da mais-valia e o direito do trabalho protege o empregado, enquanto prestador do trabalho, pondo-o a salvo da apropriação abusiva do empregador. Nas relações com o Estado inexistente a mais valia e o direito do trabalho perde sua razão de proteger.

- Nas relações entre empregado e empregador, especialmente em relação a este último, há espaço para a negociação e o exercício da autonomia, enquanto o a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade.

Como, então, harmonizar um direito idealizado para proteger o trabalhador numa relação desigual no âmbito da autonomia privada, com o serviço público destinado à realização do bem comum?

Essas intransponíveis dificuldades têm martirizado os juízes do trabalho, às voltas com ações de servidores públicos, nas quais invocados princípios próprios do direito do trabalho, muitas vezes frontalmente colidentes com os princípios regentes da administração pública. Apenas para ficarmos num único entre os tantos exemplos, imaginemos o, talvez, mais frequente, do servidor a pleitear incorporação de direitos à luz do art. 468 da CLT, inspirado na preservação da condição mais benéfica – uma das faces do princípio da proteção, diante de nova lei que venha alterar determinado aspecto das condições de trabalho, por absoluta necessidade de atender ao interesse público. Ou ação de servidor que, diante de chefia leniente, pretenda incorporar a seu contrato de trabalho condição mais benéfica tacitamente consolidada sob o princípio da primazia da realidade, diante da força jurígena dos fatos?

A que princípio o juiz atenderá? A que interesse dará prevalência?

Se o fizer alicerçado no princípio protetivo, genético do direito do trabalho proferirá sentença colidente com o interesse público. Se preferir ignorar o princípio protetivo e der prevalência ao interesse público, irá de encontro ao direito do trabalho à luz do qual o servidor adquiriu direito.

A autonomia coletiva não tem espaço nas relações com o Estado porque o Administrador – leia-se Poder Executivo – não tem liberdade negocial para estabelecer condições salariais ou outras que envolvam encargos para o Estado ou vantagens para os servidores. Não há disponibilidade de direitos nesse espaço de negociação para o empregador público. No emprego público, a dificuldade no campo dos atos de caráter volitivo não se situa no polo empregado, mas é ostensivamente presente no polo empregador. Resulta, então, no âmbito dessas relações, ditas “celetistas” ou “celetárias”, um direito do trabalho mutilado em sua estrutura axiológica, como fica claro na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho ao negar, v.g., validade aos contratos de trabalho sem concurso público e, conseqüentemente, direitos elementares a milhares de trabalhadores, embora presentes, de fato, todos os requisitos da relação de emprego, especialmente, nas

terceirizações ilícitas que a Administração Pública continua a praticar impunemente.<sup>202</sup>

Essas observações preliminares deixam claras as dificuldades de se aplicar o direito do trabalho, tal como foi concebido para reger relações de trabalho no âmbito da iniciativa privada, nas relações entre servidores públicos e o Estado. Embora se trate de matéria própria a estudo específico, as limitações impostas ao administrador público deixam evidente a necessidade do registro da absoluta impossibilidade de adequação do regramento juslaboral privado para o serviço público, a começar com as próprias normas de proteção da autonomia da vontade do trabalhador, tais como idealizadas para o empregado hipossuficiente, porque estas se postam em claro conflito com os princípios do direito público e da própria destinação do serviço público. Isso não significa negar aos servidores públicos os direitos trabalhistas, mas apenas torná-los objeto de contratos de trabalho regidos por normas adequadas à natureza do serviço público que em nada se assemelha à relação de emprego nascida e desenvolvida entre os particulares.

Não vemos óbice na adoção de regime contratual para a admissão de servidores públicos no âmbito da Administração Pública Direta desde que o regime do contrato de trabalho esteja sob a égide do direito administrativo. A exemplo de tantas formas de contratos administrativos, nos quais, *ex vi legis*, é preservado o interesse da Administração na gerência da coisa pública, teremos de enfrentar o desafio de regulamentar um *contrato de trabalho público*, de feitio e ideologia diferentes do *contrato de trabalho privado*, sem prejuízo dos direitos sociais comuns a empregados de ambas as esferas, conquistas definitivas e constitucionalmente asseguradas também aos servidores públicos, inclusive os estatutários que, nem por isso, estão sob a égide do direito do trabalho. A Justiça do Trabalho deverá manter a competência para dirimir os conflitos resultantes desse contrato especial de trabalho, com ferramenta legal adequada aos princípios de direito público e aos fins do Estado, sem necessidade de criar um direito do trabalho híbrido que acaba por contaminar o próprio direito do trabalho na sua essência tuitiva e compensadora de desigualdades no campo das relações intrinsecamente privadas.

---

<sup>202</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Súmula nº 263. Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo no respectivo art. 37, inc. II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

A ressalva não parece necessária, mas a cautela aconselha que destaquemos não se antepor nenhum óbice à aplicação do direito do trabalho aos contratos mantidos no âmbito da atividade econômica promovida pelo Estado. As sociedades de economia mista e as empresas públicas, pessoas jurídicas de direito privado, em nada diferem do empregador comum no aspecto das relações com seus empregados, aqui se fazendo sentir, com a mesma intensidade, a necessidade de um direito de compensação da desigualdade, como destacado no art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição, ressalvadas as ponderações em torno do peso da autonomia da vontade antes sustentadas. Admitir um direito do trabalho especial para esses entes estatais que exploram atividade econômica e concorrem no mercado com a iniciativa privada implicaria odioso privilégio em favor do Estado.

### III PROPOSIÇÃO DE UM DIREITO DO TRABALHO RECONSTRUÍDO A PARTIR DA AUTONOMIA DA VONTADE PROTEGIDA

Estamos longe de realizar – e talvez jamais a alcançaremos – a utopia de De La Cueva – quando se referia a uma das mais bonitas ideias do homem, “um ser que vive de ilusões e de esperanças”, de que, “de uma vez para sempre, na luta entre o capital e o trabalho, ponha-se o primeiro (...) a serviço do segundo”.<sup>203</sup>

Algo impensável ao tempo em que a autonomia da vontade imperava como um dogma no direito privado, a ideia de protegê-la, limitando-a diante de dois sujeitos totalmente desiguais, quando a necessidade de contratar de um, de tão premente, o colocava a mercê do poder do outro, emergiu no “direito novo”. Ao inibir a liberdade de contratar, libertou o trabalhador e impregnou o direito privado dos postulados da igualdade substancial que, depois, passaram a balizar o próprio direito civil contemporâneo.

Em nenhum momento pensamos em afastar o direito do trabalho desses seus postulados genéticos porque existem, aos milhões, trabalhadores que têm na força e na ciência de seu trabalho sua única ou principal fonte de subsistência e, por isso, a ele dedicam todo o seu tempo disponível, não raro, em prejuízo de seu repouso e de seu lazer. Para esse trabalhador, o direito do trabalho deve conservar a máxima eficácia de seu núcleo duro, de ordem pública, de “direito legislado”, de heteroproteção, no qual a irrenunciabilidade não deixa espaço à autonomia da vontade porque o trabalhador necessita ser protegido de si mesmo. A desregulamentação desse sistema legal de proteção significará a “escravização consentida” através do contrato, retrocesso impensável no campo do direito social que tende sempre a avançar, como está claro no *caput* do art. 7º da nossa Carta Política.

O próprio direito privado impregna-se, hoje, dessa ideia de proteção que o direito do trabalho, pioneiramente, consagrou. O contrato de adesão, marca típica na relação de emprego está albergado no Código Civil, onde disposta regra de interpretação em favor do aderente que bem poderia constar na Consolidação das Leis do Trabalho. Atua no direito privado o princípio da autonomia da vontade protegida da qual o direito do trabalho originalmente cogitou e prenuncia-se o ponto

---

<sup>203</sup> DE LA CUEVA, Mário. *Panorama de direito do trabalho*. Trad. Carlos Alberto Chiarelli. Porto Alegre: Sulina, 1965. p. 7.

de equilíbrio entre dois ramos do direito que já se postaram ideologicamente antagônicos.

Vislumbramos o direito do trabalho de caráter prevalentemente privado, embora impregnado de ordem pública em seu núcleo duro de proteção, quando preserva direitos fundamentais, de caráter indisponível. Nossa proposta, como ponto de partida para uma visão transformadora desse direito, sem retirar-lhe o conteúdo protetivo e compensador das profundas desigualdades entre o Capital e o Trabalho, reside na mudança de foco: em lugar do pressuposto inflexível da indisponibilidade de direitos em favor de todo trabalhador sob presumível coação, a ponderação do ato volitivo do trabalhador segundo seu grau de vulnerabilidade, avaliado casuisticamente. Estando, esse trabalhador, no patamar da hipossuficiência, a invalidade do ato volitivo será sempre proclamada, com o peso da ortodoxia do direito do trabalho. Tratando-se de trabalhador autossuficiente, com condições de estabelecer negociação com seu empregador ou, segundo específicas situações de mercado de trabalho, de formação profissional ou peculiaridades colhidas no caso concreto, ao juiz caberá avaliar em que medida a proteção legal será aplicada. Vale dizer: o princípio da autonomia da vontade protegida constituirá critério universal que tanto poderá atuar com total eficácia de decretação da indisponibilidade de direitos, como também será instrumento de ponderação quando necessário atenuar o peso da proteção legal. Partir, de forma simplista, do princípio da absoluta indisponibilidade de direitos nos dias atuais, em que nem todos os trabalhadores sob a proteção do direito do trabalho são hipossuficientes, cria distorções inaceitáveis como as antes destacadas.

Os dispositivos legais não são normas bastantes em si, mas pontos de partida para que o juiz, através da interpretação, “reconstrua” o direito, no caso concreto. Gradativamente, o direito do trabalho saiu do chão da fábrica para conquistar espaços nobres que não estiveram na sua gênese e possui, hoje, eclético universo de incidência que reclama ponderação na aplicação de seus dispositivos de proteção e de seus princípios e, de seus aplicadores, esforço exegético e alta sensibilidade no exame do caso concreto. Não preconizamos um “direito dúctil”, nem flexível em seus princípios, mas um direito capaz dar espaço ao exercício do ato volitivo do trabalhador na exata medida em que ele estiver apto a esse exercício válido e eficaz e também de proteger, inibindo esse mesmo ato de autonomia, com a máxima eficácia da força da lei, quando assim se fizer necessário. Para tanto, ao

mesmo tempo em que necessita voltar seu olhar para o enorme contingente de trabalhadores hipossuficientes, integrados na sua carga genética, ainda que não caracterizados como empregados subordinados, dando a eles a mesma proteção de suas normas, é necessário que o direito do trabalho pondere seus valores e, também suas normas, quando diante dele se postam trabalhadores diferenciados, quer porque longe de se enquadrar entre aqueles historicamente destinatários de sua proteção clássica – visceralmente dependentes de seu emprego como única ou principal fonte de subsistência – ou porque detentores de privilegiada formação técnica que os coloca em situação também privilegiada não só perante o empregador como no próprio mercado de trabalho. Tais trabalhadores estão aptos ao ato de contratar com liberdade totalmente diferenciada em relação ao destinatário clássico das normas de proteção do direito do trabalho e, nesses casos, a autonomia da vontade haverá de ter peso também diferenciado, não havendo razão plausível para presunções de querer coagido, de induzimento em erro *a priori* ou de inexigibilidade de conduta diversa. Princípios como o da irrenunciabilidade poderão, se for o caso, ser afastados se, v.g., prevalecerem com maior peso o da boa-fé, ou circunstâncias pessoais do empregado que poderão afastar a norma de proteção, segundo a criteriosa avaliação feita pelo juiz, assim autorizado por cláusulas gerais insertas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Atento ao que a doutrina qualifica como “elementos extrapositivos” do método da subsunção, o juiz deverá fazer a necessária correlação entre a norma e o fato, “a consideração do contexto, do direito como elemento de uma realidade global”, com ênfase às “exigências de justiça racionalmente individuadas, mas não adequadas traduzidas em textos legislativos”.<sup>204</sup> E, porque o juiz não é simples “copiador” ou “repetidor” de normas preexistentes, mas delas também “autor e criador *sem mediações*”, que extrai “do princípio do direito e trabalha em torno das fontes do direito”, sendo, por isso, através da interpretação, ou da “reconstrução”, “garante de modo qualitativamente igual” desse mesmo direito, dele se haverá de exigir que o aplique em conformidade com as circunstâncias do caso concreto, a fim de que a Justiça, efetivamente, possa ser vista como a “virtude perfeita”.

Em busca dessa nova visão integradora do legislador e do aplicador da lei, propomos, no campo do direito do trabalho:

---

<sup>204</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 66-7.

a) A manutenção de seu arcabouço normativo intocado, de ordem pública, integrado de direitos objetivamente indisponíveis, sem espaço para a autonomia da vontade no plano das relações individuais de trabalho, construído sob os dois alicerces erigidos nos arts. 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

b) Sem prejuízo dessa estrutura de proteção, a inserção de cláusulas gerais que possibilitem ao juiz, no caso concreto, e diante das circunstâncias que, eventualmente assim o autorizem, ponderar princípios e normas, chamando-o à responsabilidade de atuar em “coautoria” com o legislador na criação do direito em busca da realização da Justiça.

c) Presentes todos os aspectos aqui enfatizados, retomar a discussão em torno da elaboração de um Código do Trabalho, no qual fiquem preservados os princípios do direito do trabalho, especialmente, o da proteção e da irrenunciabilidade, mantidas as normas do contrato mínimo legal em relação aos direitos históricos fundamentais dos trabalhadores, e nele também abrangidos os hipossuficientes não enquadráveis na tipicidade do empregado subordinado.

d) Exclusão do âmbito de incidência do direito do trabalho do contrato de trabalho do servidor público, a ser regido pelo direito administrativo e sujeito aos princípios da Administração Pública.

**BIBLIOGRAFIA**

- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995
- ALVES, Amauri Cesar. Novo contrato de emprego: Parassubordinação trabalhista. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, n. 103, 2005.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.
- AZUELA, Héctor Santos. *Derecho del trabajo*. México: McGRAW-HILL, 1998.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 1969.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica, Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 1, 1976.
- CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4ª e 5ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito individual do trabalho*. 4ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CASTRO Y BRAVO, Frederico. *El negocio jurídico*. INE, Madrid. 1967
- CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. II, 1956.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1981.
- CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. *Direito social: Teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1993.
- CESARINO JÚNIOR, José. *Direito social*. São Paulo: LTR, 1980.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- COSTA, Orlando Teixeira. *Direito coletivo e crise econômica*. São Paulo: LTR, 1991.
- CUCHE, Paul. *Du rapporte dependence, élément constitutif du contrat de travail*. Paris: Revue Critique, 1913.

DE LA CUEVA, Mário. *Derecho mexicano del trabajo*. 2ª e 4ª ed. México: Editorial Porrúa, v. I, 1954.

\_\_\_\_\_. *Panorama de direito do trabalho*. Trad. Carlos Alberto Chiarelli. Porto Alegre: Sulina, 1965.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito coletivo do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2003.

DORNELES, Leandro Amaral D. de. *A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTR, 2002

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos: Do Código Civil ao Código do Consumidor*. São Paulo: Forense, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Trad. Luis S. Mendizabal. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1969.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GENRO, Tarso Fernando. *Direito individual do trabalho: Uma abordagem crítica*. São Paulo: LTR, 1985.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires: Ástrea, 1990.

GHERSI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica – Uma discussão aberta*. Buenos Aires: Gowa Ediciones, 1995.

GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. Trad. e notas Eiko Lucia Etioka. São Paulo: LTR, 1991.

GIGLIO, Wagner D. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

GOMES, Orlando; GOTTSCHLAK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GRIECO, Anna Maria. *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*. Napoli: Eugenio Jovene, 1983.

GURVITCH, Georges. *L'Idée du droit social*. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIème. siècle jusqu'à la fin du XIXème siècle. Paris: Recueil Sirey, 1931.

\_\_\_\_\_. *Le temps présent et l'idée du droit social*. Paris: J. Vrin, 1931.

\_\_\_\_\_. *La déclaration des droits sociaux*. Paris: J. Vrin, 1946.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. Porto Alegre: LTR, 1994. p. 141.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *História*. São Paulo: Ática, 1989.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Bookseller, v. III, 2000.

MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos, v. I, 1960.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, v. I. 1961.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *A ideia de direito social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvich*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTR, 2000.

NERI JUNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NOVO AURÉLIO SÉCULO XXI. *Dicionário da língua portuguesa (versão 3.0)*. Editora Nova Fronteira.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: A autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *Revista do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23-24, 1998.

PEDREIRA, Luiz de Pinho. Autonomia coletiva profissional. In: ROMITA, Arion Sayaan (Org.). *Sindicalismo*. São Paulo: LTR, 1999.

PEDREIRA, Pinto. Um novo critério de aplicação do direito do trabalho: a parassubordinação. In: ALVES, Amauri Cesar. *Novo contrato de emprego: Parassubordinação trabalhista*. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo: LTR, n. 103, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato*. Milão: Giuffrè, 1990.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REIMANN, Marcos Francisco. *Cidadania e contratos atípicos de trabalho: As políticas sociais e o ordenamento do trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris (ed.), 2002.

ROMITA, Sayaan (Coord.). *Sindicalismo*. São Paulo: LTR, 1988.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 7ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, v. III, 1982.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. São Paulo: Forense. 1999.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade – Direito interno e internacional*. 2ª ed., São Paulo: LTR, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTR, 1996.

URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTR, 2002.