

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

GUSTAVO TEIGA

**A COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA COM OS
CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO, À LUZ DOS PRINCÍPIOS
TRANSPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS**

Porto Alegre

2020

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

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: Fundamentos da Experiência Jurídica
LINHA DE PESQUISA: Linha I – Fundamentos Dogmáticos da Experiência
Jurídica – Ênfase V – Direito do Trabalho

A COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA COM OS
CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO, À LUZ DOS PRINCÍPIOS
TRANSPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL E DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

GUSTAVO TEIGA

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2020

RESUMO

A presente dissertação investiga a compatibilidade do instituto da onerosidade excessiva, na forma prevista junto aos Arts. 478 a 480 do Código Civil de 2002, com os contratos individuais de trabalho. A pesquisa tem como problema o questionamento se o instituto da onerosidade excessiva é compatível com os contratos individuais de trabalho. O trabalho tem como objetivo geral verificar a compatibilidade da onerosidade excessiva com o contrato individual de trabalho. Os objetivos específicos são: verificar se o direito do trabalho caminha em direção ao direito civil; analisar se as peculiaridades do contrato individual de trabalho admitem o aporte de instituto não desenvolvido pelo direito laboral; investigar se os requisitos da onerosidade excessiva são compatíveis com as particularidades do contrato individual de trabalho; averiguar em que medida o direito civil se dirige aos preceitos sociais que norteiam o direito do trabalho. Para tanto o trabalho, em seu primeiro capítulo, investiga a evolução do direito do trabalho, buscando demonstrar a tendência de reaproximação entre o direito laboral com o direito civil. No segundo capítulo, efetua-se a análise acerca do contrato individual de trabalho, o qual regulamenta as relações de emprego (relações de trabalho subordinado), apontando-se as principais particularidades da referida espécie contratual. No terceiro e último capítulo, em sua primeira parte, apresenta-se o instituto da onerosidade excessiva, apontando-se requisitos e efeitos. Na segunda parte do capítulo, resta procedida a investigação acerca dos princípios transpositivos do Código Civil de 2002 (eticidade, socialidade e operabilidade), bem como dos princípios contratuais da autonomia privada, boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico do contrato. Na parte final do último capítulo, são analisados como os princípios trabalhados ao longo do capítulo podem fundamentar a compatibilidade do instituto da onerosidade excessiva com o contrato individual de trabalho. Ao final deste trabalho, consideramos que existe a compatibilidade do instituto da excessiva onerosidade com o contrato individual de trabalho, sendo necessárias algumas poucas adaptações.

Palavras-chave: direito do trabalho; contrato individual de trabalho; onerosidade excessiva; princípios transpositivos; princípios contratuais.

ABSTRACT

This dissertation investigates the compatibility of the institute of excessive burden, as provided for in Arts. 478 to 480 of the 2002 Civil Code, with individual employment contracts. The research has as a problem the question whether the institute of excessive burden is compatible with individual labor contracts. The general purpose of the work is to verify the compatibility of excessive burden with the individual employment contract. The specific objectives are: to verify if labor law is closer to civil law; analyze if the peculiarities of the individual labor contract allow the contribution of an institute not developed by labor law; investigate whether the requirements of excessive burdens are compatible with the particularities of the individual employment contract; to what extent civil law is less distant from labor law. To this end, this work, in its first chapter, investigates the evolution of labor law, seeking to demonstrate the tendency of rapprochement between labor law and civil law. In the second chapter, we analyze the individual labor contract, which regulates the employment relations (subordinate labor relations), pointing out the main particularities of the referred contractual type. In the third and last chapter, in its first part, the institute of excessive burdens is presented, pointing out its requirements and effects. In the second part of the chapter, the investigation into the transposition principles of the 2002 Civil Code (ethics, sociality and operability), as well as the contractual principles of private autonomy, objective good faith, the social function of the contract and the economic equilibrium of the contract, are proceeding. In the final part of the last chapter, we analyze how the principles worked through the chapter can substantiate the compatibility of the institute of excessive burden with the individual employment contract. At the end, we consider that there is the compatibility of the institute of excessive burden with the individual employment contract, requiring a few adaptations.

Keywords: labor law; individual employment contract; excessive burden; transpositional principles; contractual principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	11
2.1 A FORMAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO PLANO INTERNACIONAL .	11
2.2 OS EFEITOS DA IDEOLOGIA LIBERAL NAS RELAÇÕES LABORAIS	14
2.3 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	17
2.3.1 Liberalismo monárquico	17
2.3.2 Liberalismo republicano	18
2.3.3 Início do intervencionismo estatal	19
2.3.4 Estado Novo	20
2.3.5 Fim do Estado Novo e redemocratização	22
2.3.6 Regime político de 1964	22
2.3.7 Fim do regime político de 1964 e nova redemocratização	24
2.3.8 Flexibilização trabalhista	26
2.3.8.1 <i>Noções gerais</i>	26
2.3.8.2 <i>Flexibilização no cenário brasileiro</i>	31
2.3.9 Recentes reformas trabalhistas no cenário brasileiro	34
3 CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO	51
3.1 CONCEITO E TERMINOLOGIA	51
3.2 OBJETO	53
3.2.1 Pessoaalidade	54
3.2.2 Não eventualidade	55
3.2.3 Onerosidade	57
3.2.4 Subordinação jurídica	58
3.2.4.1 <i>Os poderes patronais</i>	61
3.2.4.1.1 <u>Poder Regulamentar</u>	64
3.2.4.1.2 <u>Poder de Direção</u>	66
3.2.4.1.3 <u>Poder de Controle</u>	68
3.2.4.1.4 <u>Poder Disciplinar</u>	69
3.3 SUJEITOS DA RELAÇÃO	71
3.3.1 Empregador	71
3.3.2 Empregado	73
3.3.2.1 <i>Noções Gerais</i>	73

3.3.2.2 <i>Empregado rural</i>	75
3.3.2.3 <i>Empregado doméstico</i>	75
3.3.2.4 <i>Empregado aprendiz</i>	76
3.3.2.5 <i>Trabalhador avulso</i>	76
3.3.2.6 <i>Trabalhador autônomo</i>	77
3.3.2.7 <i>Trabalhador cooperativado</i>	78
3.3.2.8 <i>Trabalhador eventual</i>	79
3.3.2.9 <i>Teletrabalhador</i>	79
3.3.2.10 <i>Trabalhador economicamente desinteressado</i>	81
3.3.2.11 <i>Empregado presumivelmente hipovulnerável</i>	82
3.4 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO	84
3.4.1 Contrato <i>intuitu personae</i>	84
3.4.2 Contrato comutativo, sinalagmático e oneroso	84
3.4.3 Contrato consensual	85
3.4.4 Contrato de trato sucessivo	85
3.4.5 Contrato dirigido	86
3.4.6 Contrato realidade	86
3.4.7 Contrato relacional	87
3.4.8 Contrato existencial	87
3.5 OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS.....	89
3.5.1 Obrigações do Empregado	89
3.5.1.1 <i>Obrigação Principal</i>	89
3.5.1.2 <i>Obrigações Acessórias</i>	90
3.5.1.2.1 <u>Dever de fidelidade (lealdade)</u>	90
3.5.1.2.2 <u>Deveres de assiduidade, pontualidade e diligência</u>	92
3.5.1.2.3 <u>Dever de urbanidade</u>	93
3.5.2 Obrigações do Empregador	93
3.5.2.1 <i>Obrigação Principal</i>	93
3.5.2.2 <i>Obrigações Acessórias</i>	94
3.5.2.2.1 <u>Deveres de cuidado e prevenção</u>	94
3.5.2.2.2 <u>A cooperação creditória e o dever de ocupação efetiva</u>	96
3.5.2.2.3 <u>Dever de Urbanidade</u>	98
4 A ONEROSIDADE EXCESSIVA E OS PRINCÍPIOS CIVILISTAS	99
4.1 TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	99

4.1.1 Requisitos positivos	100
4.1.1.1 <i>contratos de execução continuada ou diferida</i>	100
4.1.1.2 <i>Onerosidade Excessiva para uma parte e extrema vantagem para a outra</i>	101
4.1.1.3 <i>Fatos extraordinários e imprevisíveis</i>	102
4.1.2 Requisitos negativos	103
4.1.2.1 <i>Ausência de adimplemento da prestação.....</i>	103
4.1.2.2 <i>Ausência de mora da parte lesada</i>	104
4.1.2.3 <i>Ausência de impedimento pelos riscos inerentes ao contrato</i>	105
4.1.2.4 <i>Adaptação dos requisitos negativos.....</i>	106
4.1.3 Efeitos	107
4.2 OS PRINCÍPIOS TRANSPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	109
4.2.1 Princípio da Eticidade	110
4.2.2 Princípio da Socialidade	112
4.2.3 Princípio da Operabilidade	114
4.3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	116
4.3.1 Princípio da autonomia privada	116
4.3.2 Princípio da boa-fé objetiva.....	123
4.3.3 Princípio da função social do contrato	128
4.3.4 Princípio do equilíbrio econômico do contrato	134
4.4 A COMPATIBILIDADE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA COM O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO	142
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	153
REFERÊNCIAS.....	158

1 INTRODUÇÃO

As relações laborais, as quais em seu início foram regulamentadas pelo direito civil, com o decorrer do tempo, ante à incompatibilidade entre os preceitos civilistas e as demandas do trabalho subordinado, passaram a ser regidas pelo direito do trabalho. Este ramo do direito nasceu, justamente, pelas dificuldades que o direito civil vinha tendo com as especificidades apresentadas pelas novas espécies de prestação de trabalho.

Com o passar dos anos o direito do trabalho, o qual até então apenas conhecia a perspectiva expansionista, iniciou seu processo de flexibilização, tendo como pano de fundo no plano internacional as crises que sacudiram as bases do sistema capitalista na década de 1970. A realidade flexibilizante do direito laboral no Brasil tardou a surgir, ganhando seus contornos a partir dos anos 1990, sendo posteriormente refreada em boa medida durante os anos no qual o país esteve sob a presidência do Partido dos Trabalhadores.

Com o fim da chefia executiva federal do Partido dos Trabalhadores e início do curto governo do Presidente Michel Temer, foi aprovada a Lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista. Com o advento da referida norma, à relação laboral foi conferida uma maior possibilidade de negociação entre as partes. Esta maior abertura à estipulação das condições contratuais restou possibilitada tanto no campo individual, como coletivo do trabalho.

Além da maior liberdade negocial conferida às partes, a qual foi uma das tônicas da a reforma trabalhista, esta suprimiu o chamado “filtro” do até então parágrafo único do Art. 8º da CLT (hoje § 1º). Através da referida alteração legislativa, os preceitos oriundos do direito comum, passaram a ter um acentuado poder de penetração junto às relações laborais, ampliando-se, portanto, a possibilidade de emprego do direito comum como fonte subsidiária do direito laboral.

Apesar da reforma trabalhista ter atenuado a incidência do dirigismo estatal junto às relações de trabalho subordinado, a mesma não se preocupou em trazer qualquer instituto jurídico capaz de corrigir eventuais distanciamentos do programa contratual previamente estabelecido pelas partes. Cogitamos que a referida omissão possa ter sido uma consequência do célere processo de discussão e aprovação da reforma trabalhista, a qual sofreu inúmeras críticas pela ausência de concertação social em torno das impactantes reformulações trazidas às relações laborais. Tais

alterações, inclusive reformularam, pelo menos em parte, o estudo acerca da propedêutica juslaboral.

Através desta constatação, entendemos relevante a pesquisa em relação aos institutos positivados junto ao Código Civil, que tenham como atribuição reestabelecer o equilíbrio contratual perdido ao longo da relação. Quando indicamos o Código Civil, não nos referimos à racionalidade individualista do Código de 1916, mas sim ao diploma de 2002, o qual foi construído sob a estrutura de princípios transpositivos mais compatíveis com os fundamentos juslaborais, permitindo em situações excepcionais a interferência heterônoma junto à relação contratual.

Elegemos o instituto da onerosidade excessiva, por entendermos que sobre o mesmo a literatura contratualista já desenvolveu relevantes construções, as quais enaltecem o que podemos enxergar como fruto de uma maior maturidade acerca das discussões em torno do mesmo. Em virtude das limitações metodológicas que cercam uma dissertação de mestrado, optamos por trabalhar com apenas um instituto, relegando os demais às futuras pesquisas que possam ser empreendidas por aqueles que venham a ter interesse sobre o tema.

Neste sentido, a pesquisa tem como problema o questionamento se o instituto da onerosidade excessiva, previsto no Código Civil, é compatível com os contratos individuais de trabalho. Como hipótese à interrogação, vislumbramos a compatibilidade da excessiva onerosidade com os contratos individuais de trabalho, sem que haja necessidade de desvirtuamento do preceito civilista ou desrespeito às peculiaridades da relação de emprego. Para tanto, eventuais adaptações, quando necessárias, serão sugeridas no último capítulo deste trabalho.

Visando responder o problema, a pesquisa tem como objetivo geral verificar a compatibilidade da excessiva onerosidade, na forma prevista no Código Civil, com o contrato individual de trabalho. Para tanto, visando solidificar à resposta em torno do problema de pesquisa, atendendo às diretrizes metodológicas, a dissertação possui quatro objetivos específicos.

Nosso primeiro objetivo específico, é verificar se o direito do trabalho se encontra mais próximo do direito civil, admitindo, portanto, a compatibilidade de institutos tipificados junto ao Código Civil. Para tanto, no primeiro capítulo, iremos investigar os ciclos evolutivos do direito do trabalho, desde seu surgimento, no qual conforme já antecipado, emancipou-se do direito civil, passando

pelo seu processo de expansão, com a posterior e atual flexibilização das relações de trabalho.

O segundo objetivo específico, é analisar se as peculiaridades do contrato individual de trabalho admitem o aporte de instituto não desenvolvido pelo direito laboral. Para tanto, no segundo capítulo, averiguaremos quais as principais particularidades do contrato individual de trabalho. Esta parte do estudo, em nossa concepção, ganha importância pela preocupação em não subverter os preceitos juslaborais que foram construídos em torno das especificidades da relação de trabalho subordinado.

Nosso terceiro objetivo específico, consiste em investigar se os requisitos da onerosidade excessiva são compatíveis com as particularidades do contrato individual de trabalho, as quais foram destacadas ao longo do segundo capítulo. Para tanto, no início do terceiro capítulo, apontaremos os requisitos da excessiva onerosidade, destacando eventuais alterações que se façam necessárias, justamente com o intuito de não desvirtuar os preceitos trabalhistas, os quais são alicerçados, em larga medida, pelas idiossincrasias da relação de trabalho subordinado.

Nosso quarto e último objetivo específico, é averiguar em que medida o direito civil está menos distante do direito laboral. Este processo no nosso sentir, pode auxiliar na investigação da compatibilidade dos institutos tipificados junto ao Código Civil com a relação de emprego. Para tanto, na segunda parte do terceiro capítulo, apresentaremos os princípios transpositivos do Código Civil de 2002 (eticidade, socialidade e operabilidade). Após, dentro do mesmo objetivo específico, iremos apresentar os princípios contratuais da autonomia privada, boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico do contrato, os quais, sob o nosso ponto de vista, embasam a proximidade do direito civil com o direito do trabalho e a consequente possibilidade de compatibilidade dos preceitos desenvolvidos pelo primeiro, como fonte subsidiária do segundo. Neste sentido, buscaremos apresentar os novos contornos em torno da autonomia privada desenvolvidos pela doutrina, os quais, ao nosso juízo, distanciam-se em certa medida da logicidade individualista que havia marcado a codificação civil de 1916.

Em termos metodológicos, a presente dissertação fez uso da pesquisa bibliográfica em livros e artigos existentes na literatura nacional e estrangeira.

Também, fez-se uso da pesquisa descritiva, visando auxiliar no entendimento de conceitos e institutos apresentados ao longo do trabalho.

Ponderemos que a dissertação é marcada por um sistemático emprego da forma descritiva ao longo do seu desenvolvimento. Porém, esta característica se justifica em razão do trabalho ter como tema os direitos laboral e civil, ou seja, de uma maneira geral supomos que o leitor não possua suficiente conhecimento prévio em relação aos dois ramos do Direito, os quais possuem cada qual sua própria autonomia dogmática.

Observamos que a dissertação não tem como objetivo, geral ou específico, averiguar em quais situações particulares ocorridas junto à relação laboral, restará autorizada a invocação da onerosidade excessiva. O problema de pesquisa, questiona se há compatibilidade ou não da onerosidade excessiva com o contrato individual de trabalho e não a incidência do instituto.

Ressaltamos que a pesquisa também tem como campo de abrangência o direito individual do trabalho, não tendo a intenção de investigar preceitos relacionados ao direito coletivo do trabalho. Apesar de reconhecermos a proximidade e até mesmo a inafastabilidade entre o direito individual e coletivo do trabalho, a investigação gira em torno do contrato individual de trabalho e não dos instrumentos coletivos, como acordos e convenções coletivas de trabalho. Observamos que em alguma medida, parte do estudo abrangerá o direito coletivo laboral, naquilo que seja estritamente necessário aos objetivos desta dissertação.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

A primeira metade do capítulo busca de forma expositiva apontar as principais fases evolutivas do direito do trabalho brasileiro, com uma breve introdução acerca dos precedentes históricos no plano internacional. Visando facilitar a didática do tema, nesta parte empregamos a divisão proposta por Magano¹, com as necessárias adaptações.

Na segunda metade do capítulo procuramos analisar o movimento da flexibilização laboral e seus efeitos, bem como as alterações legislativas no plano nacional, as quais se inserem no movimento de menor rigidez das relações de trabalho. Ao final, refletimos sobre as principais disposições advindas da Lei nº 13.467/2017 que acentuaram o viés contratual das relações de emprego.

2.1 A FORMAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO PLANO INTERNACIONAL

No mundo antigo, o trabalho prestado por conta alheia era desempenhado quase que exclusivamente pela mão de obra escrava², surgindo figuras jurídicas no direito romano, como a *locatio-conductio operis*, a *locatio-conductio operarum* e o *mandatum*³. Na idade média subsiste o regime escravocrata no continente americano, enquanto na Europa, de forma mais atenuada predomina o regime de servidão, manifestando-se no velho continente as primeiras atividades manufatureiras⁴.

O século XVIII se depara com a Revolução Industrial, movimento o qual esquematicamente⁵: a) aperfeiçoa as técnicas produtivas, através das invenções, em especial a máquina a vapor; b) substitui o trabalho manual, com o emprego de

¹MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1985, p. 21.

²DEVEALI, Mario L. **Lineamentos de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Argentina, 1953, p. 186.

³La Cueva aponta as distinções entre às referidas figuras: “Na *locatio-conductio operarum*, o condutor queria o serviço em si, na *locatio-conductio operis* seu resultado, ficando claro que, na última forma, a relação de subordinação quase desaparecia, sobretudo quando aquele que prestava o serviço o fazia em sua oficina e ajudado por outras pessoas para quem, por sua vez, era condutor. Produziu-se então a distinção entre o que mais tarde foi chamado de *arrendamento de serviços* e *arrendamento de obra*. [...] O *mandatum* se distinguia dos contratos anteriores por ser gratuito. [...] A diferença, no entanto, permaneceu e baseou-se na natureza dos serviços, uma vez que o contrato de arrendamento só podia se referir a profissões não liberais e a trabalhos de baixa categoria”. LA CUEVA, Mario de. **Derecho Mexicano del Trabajo**. Tomo I. 10. ed. México: Porrúa, 1970, p. 522. Original grifado e em espanhol.

⁴DEVEALI, Mario L. *Op.cit.* 1953, p. 186-188.

⁵Adotamos a esquematização de Magano. MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 14.

instrumentos próprios, pelo trabalho com máquinas alheias; c) congrega os trabalhadores nas fábricas, as quais são implantadas em centros industriais; d) estabelece a divisão do trabalho, sendo o trabalhador especializado responsável por determinada operação produtiva.

No século XIX, antes do surgimento do direito do trabalho, a massificação do trabalho subordinado era algo novo, assim como os fenômenos laborais coletivos. Defrontado com tais fatos, na esfera coletiva o direito civil durante muito tempo repele e não reconhece a relevância jurídica de tais manifestações⁶. Na França, por exemplo a Lei *Chapelier* de 1791 proíbe o funcionamento das corporações e em 1810 resta tipificado junto ao Código Penal francês a coalizão de trabalhadores⁷.

No plano individual, o direito civil enquadra as relações de trabalho subordinado na figura negocial da *locatio conductio*. O dimensionamento do vínculo laboral dependente junto à figura da *locatio conductio*, justifica-se através da origem romanística da maioria das codificações civis da época, bem como em razão das críticas enfrentadas pela concepção de um contrato de trabalho, especialmente junto à doutrina francesa e italiana entre o século XIX e início do século XX⁸. Dentre as principais críticas esboçadas à época, destacamos: a) a vagueza da expressão contrato de trabalho, por não designar o tipo de prestação exigida do assalariado; b) o melhor enquadramento legal da expressão *locatio operarum* em comparação ao contrato de trabalho; c) a incorreção da expressão contrato de trabalho, pois o trabalho pode ser objeto de diversos contratos, sendo mais adequada a locução *louage de travail*⁹.

Conforme Supiot, no início do século XIX o centro de gravidade do direito do trabalho se situava no arrendamento de obra e no arrendamento de serviços, incompatibilizando-se a figura do trabalho subordinado com os ideais de liberdade e igualdade presentes na Revolução Francesa¹⁰. Por tais razões o Código Civil Francês previa apenas dois dispositivos acerca do arrendamento de serviços, o Art. 1.780 proibia o compromisso de trabalho vitalício e o Art. 1.781 estabelecia regulava a favor do patrão as controvérsias relativas ao pagamento de salário¹¹.

⁶RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 44.

⁷MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 17.

⁸RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012, p. 46-47.

⁹Ibidem.

¹⁰SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2008, p.19.

¹¹Ibidem.

A fundamentação do vínculo relacional no arrendamento de serviços, enseja a desumanização da relação de laboral, tratando a força de trabalho com uma coisa qualquer, suscetível de arrendamento, regendo-se, portanto, pela lei da oferta e da procura, hábil o suficiente para produzir obrigações recíprocas de valor patrimonial entre as partes¹². O até então novo fenômeno de concentração dos trabalhadores sob a dependência das grandes empresas, retira da relação todos os elementos estranhos a mesma, como o domínio pessoal, a supremacia política ou familiar, ensejando uma relação de caráter prevalentemente econômica¹³.

Conforme a teoria desenvolvida no século XIX por Henry Sumner Maine, conhecida como Lei de *Maine*, o processo de desenvolvimento das sociedades humanas sofre a transição do *status* para o *contrato*¹⁴. Segundo Maine, enquanto nas antigas sociedades as relações interpessoais, ou seja, o modo de estar em sociedade, era determinado principalmente pela pertença ou posição ocupada pelo sujeito dentro de um grupo, derivando de modo passivo o seu *status*, nas modernas sociedades, de modo diverso existe a tendência da posição do indivíduo ser fruto da livre escolha, através de sua iniciativa individual e da vontade autônoma, tendo como símbolo e instrumento de atuação o contrato¹⁵.

Dentro da forma capitalista de organização produtiva, se faz necessário o deslocamento da relação imediata (não jurídica)¹⁶ entre produtor e meios de produção para uma vinculação jurídica contratual¹⁷, ensejando o surgimento da figura do contrato de trabalho¹⁸. Os bens produzidos se destinam a troca e não a direta satisfação do produtor¹⁹, sendo a relação laboral imprescindível, tanto à parte que empreende a produção, como para o trabalhador, o qual visa a obtenção dos

¹²LA CUEVA, Mario de. *Op.cit.* 1970, p. 305.

¹³DEVEALI, Mario L. *Op.cit.* 1953, p. 188-189.

¹⁴ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 26.

¹⁵Ibidem.

¹⁶Acerca do tema Supiot afirma: "Para que o Mercado seja um princípio geral de regulação da vida econômica, é preciso fazer como se a terra, o trabalho e a moeda fossem mercadorias, o que não é, com certeza, o caso. A economia de mercado apoia-se, assim, em ficções jurídicas". SUPHOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a Justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre: Sulina, 2014, p.53.

¹⁷Como conceito de juridificação, Clark e Wedderburn afirmam: "processos pelos quais o Estado intervém em áreas da vida social (relações industriais, instrução, família, bem-estar social, comércio) com métodos que limitam a autonomia dos indivíduos ou dos grupos na determinação dos seus negócios". *apud* FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 29.

¹⁸PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 79.

¹⁹Conforme afirma Roppo, o trabalho artesanal independente, pertencente a um sistema econômico arcaico, possuía uma nítida tendência para o autoconsumo e o conseqüente baixo volume de trocas. Nesta estrutura produtiva a difusão do emprego do instrumento contratual, era reduzida e marginal. ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 25.

meios pecuniários necessários à sua sobrevivência²⁰. A troca é a forma econômica das relações, enquanto o contrato é a forma jurídica, sendo ambas alçadas a categorias fundamentais das relações entre os indivíduos²¹.

Visando a perfectibilização da troca entre força de trabalho e dinheiro, é imprescindível que a primeira, objetivando-se assumir a forma de mercadoria, a qual possui valor de troca através de um preço, vendável e comprável como os demais objetos²². A liberalização da força de trabalho, proporcionada pelo sistema jurídico burguês, suprime as amarras dos vínculos corporativos e semifeudais, deslocando o trabalho humano ao conteúdo de contrato livre, no qual capitalista e trabalhador subordinado, formalmente iguais na condição de possuidores de mercadorias, podem negociá-las livremente, por meio de uma troca entre equivalentes²³. Através do sistema capitalista pela primeira vez a diversidade de trabalhos humanos começa a se fundir dentro de uma mesma categoria abstrata²⁴. As diversas formas de expressão laboral, como as artes e os ofícios, os quais se distinguem pela heterogênea qualidade que requerem, foram assimilados a uma noção única de trabalho²⁵.

Com a contratualização da força de trabalho, restou viabilizada a admissão massificada dos trabalhadores, dentro do sistema de trabalho fabril, o qual exigia a concepção de um modelo militar de subordinação, apto a mobilizar um verdadeiro exército industrial no interior das fábricas²⁶. A partir deste momento o centro de gravidade do direito do trabalho passa da imagem do arrendamento para o trabalho subordinado, originando o surgimento da figura jurídica do contrato de trabalho²⁷.

2.2 OS EFEITOS DA IDEOLOGIA LIBERAL NAS RELAÇÕES LABORAIS

Na França, berço da política liberal, nasce o direito do trabalho juntamente com a Revolução Francesa e com a adoção do Decreto *d'Allarde* e com a Lei *Chapelier*²⁸. Com o aniquilamento das organizações corporativas a Revolução

²⁰PRATA, Ana. *Op.cit.* 1982, p. 81-82.

²¹Idem, p. 82.

²²ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 39.

²³Idem, p. 39-40.

²⁴SUPIOT, Alain. **El derecho del trabajo**. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 17.

²⁵Ibidem.

²⁶Idem, p. 19.

²⁷Ibidem.

²⁸Idem, p. 18.

Francesa viabiliza a contratualização das relações de trabalho, as quais restariam positivadas pelo Código Civil francês em 1804²⁹.

A ideologia da liberdade de contratar presente no século XIX acarretava a abolição dos vínculos de grupos, de corporações e de Estado, os quais na antiga sociedade aprisionavam o indivíduo, através de uma rede de incapacidades legais, aptas a impedir a plena expansão da iniciativa do homem, das suas capacidades produtivas e de sua personalidade³⁰. As fontes de pensamento amadurecidas das correntes jusnaturalistas e iluministas, tinham como objetivo restituir ao indivíduo, através do princípio da igualdade de todos perante à lei, a abstrata possibilidade de autodeterminação das relações jurídicas. O ser humano foi inserido em uma forma superior de sociedade, na qual nasce um sistema de múltiplas iniciativas, hábeis ao surgimento de inovações potencializadas pelas suas próprias forças produtivas³¹.

Através de tais premissas em 1776, em nome da liberdade de trabalho, a França suprime as corporações, as quais após um breve ressurgir, desaparecem definitivamente em 1791, mediante a Lei de 17 de Março, a qual decretou³²: “A partir do próximo 1º de abril, todo homem será livre para realizar negócio ou exercer profissão, arte ou ofício que deseje, mas estará obrigado a se prover de uma patente, a pagar impostos correspondentes e a conformar-se com os regulamentos de polícia em vigor ou que venham a vigorar”³³.

Em que pese os elementos de verdade pregados pela ideologia liberal, esta oculta as reais funções do regime *laissez-faire* contratual no sistema controlado pelo modo de produção capitalista³⁴. Formalmente, capitalista (o qual detém os meios materiais de produção) e trabalhador (o qual possui apenas a sua força de trabalho) são iguais, porém a troca realizada pelas partes deve ser desigual, haja vista a necessidade de garantir àquele que possui os meios de produção a apropriação da mais valia, fundamento do sistema capitalista³⁵.

Como regra geral o trabalhador não possui outra opção exceto entregar sua força de trabalho, aceitando condições contratuais desfavoráveis. A liberdade de contratar impedia ao operário, estreitado pela fome, a recusa a uma jornada de

²⁹SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2008, p. 18.

³⁰ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 36.

³¹Idem, p. 36-37.

³²VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999, v.1, p. 91.

³³Ibidem.

³⁴ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 37.

³⁵Idem, p. 37-40.

trabalho que se estendia durante quinze horas, em troca de uma miserável contraprestação³⁶.

A críticas iniciais aos efeitos da liberdade contratual na miserabilidade dos trabalhadores era rechaçada sob o argumento de que a liberdade ainda não era perfeita, sendo a luta pela vida um instrumento para o futuro estabelecimento de equilíbrio entre os fatores de produção, com a predominância da lei da oferta e da procura³⁷. Durante a fase de apogeu do liberalismo, a qual se estendeu de 1789 a 1848, não havia clima propício para o desenvolvimento do direito do trabalho³⁸. Apenas algumas poucas leis trabalhistas surgiram neste período, dentre as quais elencamos³⁹: a) na Inglaterra o *Health and Morals of Apprentices Act*, de 1802, o qual limitou a 12 horas de jornada o labor para os menores de doze anos; o *Factory Act*, de 1833, o qual instituiu normas de inspeção do trabalho, bem como estabeleceu limitações à jornada de trabalho; b) na França a Lei de 22 de Março de 1841 proibiu o trabalho aos menores de oito anos, bem como limitou em doze horas a jornada de trabalho para os operários entre oito e doze anos de idade.

Este cenário de super exploração, com o conseqüente deterioramento do bem material contratado, no caso o ser humano, indivíduo que fornece a força de trabalho, ensejou as bases para surgimento do direito do trabalho, trazendo fundamentos e princípios estranhos ao direito civil, o qual até então regulava as relações laborais. Acerca deste quadro, Barros afirma:

A disciplina em estudo surgiu quando se tentou solucionar a crise social posterior à Revolução Industrial. Nasceu sob o império da máquina, que, ao reduzir o esforço físico e simplificar a atenção mental, facilitou a exploração do trabalho das mulheres e dos menores, considerados “meias forças”, relegando-se o trabalho do homem adulto a um plano secundário. O desgaste prematuro do material humano nos acidentes mecânicos do trabalho, os baixos salários e as excessivas jornadas foram, então, inevitáveis. O Direito Civil já não se encontrava apto à solução desses problemas, os quais exigiam uma legislação mais de acordo com o momento histórico-social. Isso porque a celebração e o cumprimento do contrato de trabalho disciplinados pela liberdade assegurada às partes no direito clássico, intensificavam a flagrante desigualdade dos interlocutores sociais. Diante das agitações dos trabalhadores e das lutas sociais no continente europeu, o Estado resolveu intervir na regulamentação do trabalho, inspirando-se em normas que lhe atribuem critérios próprios, não encontrados em outro ramo do Direito. Essas normas são os princípios

³⁶VIANNA, Segadas. *Op.cit.* 1999, v.1, p. 92.

³⁷Ibidem.

³⁸MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 17.

³⁹Idem, p. 18.

peculiares do Direito do Trabalho, entre os quais está o da proteção, centralizado numa garantia de condições mínimas de trabalho, sustentadas por um outro princípio, o da irrenunciabilidade⁴⁰.

2.3 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

2.3.1 Liberalismo monárquico

No início do século XIX a forma de trabalho escravo era a predominante no Brasil. As atividades agrícolas eram realizadas pelos escravos, os quais não podiam sentir a capacidade de possuir qualquer direito⁴¹. Mas à época o problema do regime escravocrata já era agitado e debatido por uma elite intelectual, a qual reconhecia o aspecto desumano da relação e a resultante inferiorização do Brasil perante os demais povos civilizados⁴².

A legislação laboral no Brasil ainda era incipiente, marcada pelo individualismo influenciado pela Revolução Francesa⁴³, sendo raras as leis de caráter sócio-trabalhista⁴⁴. Este fato contribuiu para o tímido desenvolvimento da legislação laboral brasileira durante este período, pois historicamente em termos globais, verifica-se a íntima correspondência entre a evolução industrial e o surto legislativo trabalhista⁴⁵.

A Constituição de 1824, em que pese tenha sido elaborada sobre as bases liberais de Dom Pedro I, manteve o regime escravocrata. A Constituição de 1824 no Art. 179, n. 25 aboliu as corporações de ofícios, seus juízes, escrivães e mestres⁴⁶, enquanto o n. 24 do referido dispositivo assegurou a liberdade de trabalho⁴⁷.

Em 1850 foi publicada a Lei nº 556, sendo instituído o Código Comercial, o qual se encontra parcialmente em vigor até os dias atuais. Junto ao título da locação mercantil foram agrupadas a locação de coisas, locação de serviços e a empreitada⁴⁸. O Código Comercial representava a estrutura laboral de homens

⁴⁰BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 63-64.

⁴¹VIANNA, Segadas. *Op.cit.* 1999, v.1, p. 55.

⁴²Ibidem.

⁴³CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 17.

⁴⁴BARROS, Almiro Bica Buys de. *Op.cit.* 1942, p. 49.

⁴⁵Idem, p. 54.

⁴⁶MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 22.

⁴⁷BARROS, Almiro Bica Buys de. *Op.cit.* 1942, p. 50.

⁴⁸MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 25.

livres, dos grandes centros urbanos em expansão naquele momento no país, no caso as atividades de comércio, haja vista a baixa exponencialidade da indústria brasileira, recebendo o trabalho a qualificação locativa⁴⁹. Neste momento os detentores do capital passaram a buscar cada vez mais outras fontes de força de trabalho, além da mão de obra escrava.

A legislação laboral do período imperial, conforme afirma Barros provém de mera postura legislativa, sendo de uma forma geral quase inoperante a aplicabilidade de tais normas, haja vista a plenitude da força de trabalho escravo no país, a qual perdurou até 13 de Maio de 1888⁵⁰. Somente após a abolição da escravatura e da Proclamação da República em 1889, tem início uma mudança no quadro econômico social brasileiro e conseqüentemente das leis que o devem regular⁵¹

2.3.2 Liberalismo republicano

No início do período republicano, sob o ponto de vista social permanece a mesma política legislativa do liberalismo monárquico, sendo que a Constituição de 1891 não abordou os problemas relacionados ao trabalho⁵². Porém, aos poucos o liberalismo abstencionista passou a ceder, visando fazer frente às crescentes ondas imigratórias que chegavam ao país⁵³, despontando de forma esparsa as primeiras leis trabalhistas no Brasil⁵⁴.

No ano de 1907 é publicado o Decreto nº 1.637, o qual regulamentou o sindicalismo de uma forma geral⁵⁵, sendo considerada a primeira lei realmente sindical brasileira⁵⁶. O diploma regulamentou a formação de cooperativas, assegurou o direito de associação sindical de forma ampla, inclusive aos profissionais liberais, bem como garantiu a autonomia e pluralidade sindicais⁵⁷. O Decreto foi inspirado

⁴⁹CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 18.

⁵⁰BARROS, Almiro Bica Buys de. *Op.cit.* 1942, p. 50.

⁵¹MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2014, p. 83.

⁵²MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 27-29.

⁵³Idem, p. 29.

⁵⁴CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 19.

⁵⁵Idem, p. 20.

⁵⁶VIANNA, Segadas. *Op.cit.* 1999, v.1, p. 58.

⁵⁷CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 20.

diretamente na lei francesa de 1884, mas não encontrou ambiente para sua aplicação no Brasil⁵⁸.

Em 1916, através da Lei nº 3.071 é promulgado o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. A codificação civil quanto aos problemas do trabalho assalariado nasceu velha, pois embora condenasse a locação vitalícia e consagrasse o aviso prévio⁵⁹, permanecia centrada na figura da locação de serviços e não no trabalho prestado de forma subordinada. O sistema produtivo, o qual fazia uso da mão de obra através do contrato de locação, encontrava-se em desuso nos países desenvolvidos e em vias de defasagem no plano nacional.

2.3.3 Início do intervencionismo estatal

O início do intervencionismo estatal no plano sócio-laboral, deve-se principalmente a pressão oriunda da agitação social provocada pela atuação dos imigrantes europeus que traziam do velho continente idéias de inspirações anarquistas e socialistas⁶⁰, bem como pelo fato do Brasil ser signatário do Tratado de Versalhes de 1919, no qual foi criada a Organização Internacional do Trabalho.

Em 1930 através do Decreto nº 19.398 é instituído o Governo Provisório⁶¹, o qual rompendo com a tradição liberal monárquica e republicada, intervém de forma convicta na ordem socioeconômica do país⁶². Em que pese os inegáveis avanços nos campos econômicos e sociais propiciados pela Revolução de 1930, sob os quais o direito do trabalho brasileiro passou a ser estruturado⁶³, a referida conflagração não buscava reinventar as bases sob as quais se alicerçava o Governo Republicano⁶⁴.

Ante a enxurrada legislativa publicada a partir da Revolução de 1930, o Brasil rompe com o pré-capitalismo e ingressa na Primeira Revolução Industrial⁶⁵. Apesar dos avanços do direito do trabalho durante o período entre 1930 a 1934, o mesmo

⁵⁸MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Op.cit.* 2014, p. 84.

⁵⁹CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 20.

⁶⁰MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 38.

⁶¹CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 22.

⁶²MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 39.

⁶³ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do trabalho - I**. São Paulo: Ltr, 2014, p. 32.

⁶⁴PIMENTA, Joaquim. **Sociologia econômica e jurídica do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 182.

⁶⁵CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 23.

foi marcado pelo excessivo intervencionismo estatal, através do Ministério do Trabalho não havendo clima que propício para a organização espontânea dos trabalhadores⁶⁶.

Em 1934, após o fim do chamado Governo Provisório, o qual reunia todos os poderes em Getúlio Vargas, então Chefe de Estado⁶⁷, foi promulgada uma nova Constituição. Inspirada na Constituição de Weimar de 1919, a nova Carta Magna dedicou um título à ordem econômica e social⁶⁸, sendo a primeira a reconhecer em nosso país além dos habituais direitos políticos e individuais, os direitos econômicos e sociais⁶⁹. Entre o período de promulgação da Constituição de 1934 e do golpe de Estado de 1937, o país assiste a uma sucessão de eventos grevistas, através do crescimento das forças trabalhistas⁷⁰.

2.3.4 Estado Novo

Em 10 de Novembro de 1937, através de um golpe de Estado emerge o Estado Novo⁷¹, com o surgimento da terceira Constituição Republicana. Carta de viés corporativista⁷², inspirada politicamente pela Constituição polonesa e econômico-socialmente pela *Carta del lavoro italiana* de 1927⁷³. Apesar da Constituição de 1937 ter mantido as garantias básicas laborais individuais estabelecidas pela Lei Maior de 1934, houve um considerável retrocesso no direito coletivo trabalhista: proibição da greve e do *lock-out* (Art. 139); com o fim do pluralismo sindical, com a instituição do sindicato único, vinculado ao Estado (Art. 138); c) estabelecimento da contribuição sindical (Art. 138)⁷⁴.

Durante o Estado Novo a legislação laboral é caracterizada pelo “paternalismo governamental”, sendo sua intensa produção justificada como um

⁶⁶MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 40.

⁶⁷MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Op.cit.* 2014, p. 86.

⁶⁸MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 41.

⁶⁹CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 24.

⁷⁰Idem, V. 1, p. 25.

⁷¹Ibidem, p. 25.

⁷²A natureza corporativista da Constituição de 1937 pode ser facilmente percebida pela simples leitura do seu Artigo 140: “Art. 140 - A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público”.

⁷³MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Op.cit.* 2014, p. 87.

⁷⁴MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 42.

instrumento hábil a salvaguardar a autocracia da ditadura de Getúlio Vargas⁷⁵. Em 1939, através do Decreto-lei nº 1.237 é organizada a Justiça do Trabalho, sendo a mesma instalada em todo o território nacional em 1º de Maio de 1941⁷⁶.

Em 29 de Janeiro de 1942 o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Alexandre Marcondes Filho designa uma comissão para elaboração do anteprojeto de Consolidação das Leis do Trabalho e de Previdência Social⁷⁷. Tal iniciativa se devia ao fato de haver à época uma multiplicidade de normas laborais, as quais foram publicadas em distintas fases da evolução jurídico-política brasileira, especialmente entre 1930 e 1942, confundindo os seus destinatários, intérpretes e aplicadores, exigindo-se o ordenamento das respectivas disposições num único texto⁷⁸.

À época prevaleceu a ideia de uma consolidação, a qual não podia se limitar a agrupar as normas até então existentes, pois oriundas de períodos distintos, sendo necessária uma sistematização lógica e coerente das mesmas, a qual exigia a inclusão de “título introdutório, princípios e conceitos fundamentais, capazes de iluminar a interpretação e aplicação dos respectivos preceitos”⁷⁹. Nas palavras de Catharino a CLT foi um “divisor de águas, entre a fase encachoeirada das leis esparsas e a do seu represamento sistemático”⁸⁰.

Aprovada em 1º de Maio e publicada em 09 de Agosto de 1943, a CLT passou a vigorar em 10 de Novembro do mesmo ano⁸¹. Acusada de ser inspirada na *Carta del Lavoro* italiana, conforme Sússekind tal crítica é em grande parte inverídica, pois dos onze títulos presentes na CLT, apenas o título V, referente a organização sindical corresponde ao sistema italiano⁸². A inspiração do título V não foi uma inovação da Consolidação, mas o simples transplante dos Decretos Leis editados entre 1939 a 1942, os quais re-organizaram o sistema sindical brasileiro, conforme as diretrizes da Constituição de 1937⁸³.

⁷⁵CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 25.

⁷⁶VIANNA, Segadas. *Op.cit.* 1999, v.1, p. 64.

⁷⁷SÚSSEKIND, Arnaldo. *Op.cit.* 1999, v.1, p. 65.

⁷⁸Idem, p. 64-65.

⁷⁹Idem, p. 66.

⁸⁰CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 26.

⁸¹SÚSSEKIND, Arnaldo. *Op.cit.* 1999, v.1, p. 66.

⁸²Idem, p. 68.

⁸³Ibidem.

2.3.5 Fim do Estado Novo e redemocratização

Em 1946 o Brasil vive o fim do Estado Novo e a redemocratização. No mesmo ano é promulgada uma nova Constituição, considerada social-democrata, na linha da Constituição de 1934, imprimiu considerável avanço ao direito do trabalho, franqueada pelo entusiasmo democrático dominante à época⁸⁴.

A redemocratização brasileira após fim do Estado Novo permitiu o aumento das atividades coletivas dos trabalhadores, superando a rígida organização laboral coletiva proveniente da estrutura corporativista⁸⁵. Como fruto dos movimentos sindicais foram criadas diversas entidades à margem da organização oficial, tais como: a CTB (Confederação dos Trabalhadores Brasileiros) fundada pelo movimento comunista em 1946; FSD (Fórum Sindical de Debates) criado em 1960; PUA (Pacto de Unidade e Ação) estabelecido em 1961; CGT (Comando Geral dos Trabalhadores) instituído em 1962⁸⁶.

A legislação trabalhista do período entre a Constituição de 1946 e início do Regime Militar de 1964, tem como uma de suas características a sistematização das normas laborais em leis esparsas, deixando de ser a CLT o único texto legal trabalhista⁸⁷. Outra característica é a incompatibilidade entre a nova ordem constitucional e o espírito corporativista que guiou a CLT⁸⁸.

2.3.6 Regime político de 1964

Com o advento do regime político instaurado a partir de 1964, iniciam-se em nosso país as reformas de base⁸⁹, dentre as quais se destacam a agrária, a

⁸⁴CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 27.

⁸⁵MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 43-44.

⁸⁶Idem, p. 44.

⁸⁷CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 28.

⁸⁸NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108-109.

⁸⁹Conforme refere Magano: “O sentido das aludidas reformas era o de eliminar pontos de estrangulamento, preparando o país para a arrancada do desenvolvimento econômico”. MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 45. Esta finalidade, a qual também busca a neutralização dos conflitos sociais, apta a permitir a arrancada do desenvolvimento econômico, encontra-se presente na Constituição Federal de 1967, por exemplo, junto aos incisos IV a VI do Artigo 157: “Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

judiciária, a legislativa, a tributária e a trabalhista⁹⁰. A reformulação da política econômica, a qual buscava combater a inflação e a desordem, contiveram a marcha evolutiva do direito do trabalho, beneficiando medidas financeiras, as quais almejavam resultados de curto prazo⁹¹.

Diversas medidas laborais legislativas foram tomadas⁹²: reformulação do direito de greve⁹³; implantação de uma política salarial⁹⁴; instituição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço⁹⁵. Os reajustes salariais, dentro da nova política econômica, restaram subordinados a fatores de correção monetária padronizadas conforme modelo oficial⁹⁶, o qual perseguia o equilíbrio econômico⁹⁷.

Em 24 de Janeiro de 1967 o Congresso Nacional, o qual havia assumido os poderes constituintes aprova uma nova Constituição⁹⁸. Dentre as alterações de maior relevância no campo trabalhista, citamos⁹⁹: restrição quanto ao exercício do direito de greve apenas aos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei; direito ao salário família; além da proibição de diferença salariais já existente, restou acrescida a vedação à discriminação quanto ao critério de admissão; direito ao trabalhador de integração na vida e no desenvolvimento da empresa; direito ao repouso remunerado de forma semanal e nos feriados, sem ressalva subordinativa as exigências técnicas das empresas, referida pela Constituição de 1946; proibição do trabalho aos menores de doze anos de idade e do trabalho noturno aos menores de dezoito anos; quanto a estabilidade, instituiu direito de indenização ao trabalhador despedido ou direito ao fundo de garantia¹⁰⁰; inclusão do benefício do seguro-desemprego; garantia aos trabalhadores de colônias de férias e clínicas de repouso, mantidas pela União; aposentadoria para as mulheres aos trinta anos de

⁹⁰MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 44.

⁹¹CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 28.

⁹²MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 44-45.

⁹³Vide Lei nº 4.330 de 1964, a qual regulamentou o direito de greve, na forma do Artigo 158, da Constituição Federal de 1946.

⁹⁴Neste sentido vide Lei nº 4.725 de 1965, a qual prevê normas para os processos de dissídios coletivos, em especial quanto aos critérios de reajuste salarial a serem determinados junto às sentenças normativas.

⁹⁵Vide Lei nº 5.107 de 1966, a qual criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

⁹⁶Através da Lei nº 6.078 de 1979 restou estabelecida a correção automática dos salários, modificando a política salarial.

⁹⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op.cit.* 2012, p. 108-109.

⁹⁸VIANNA, Segadas. *Op.cit.* 1999, v.1, p. 82.

⁹⁹Idem, p. 83-85.

¹⁰⁰Conforme destaca Vianna: "Derrogou-se, assim, o princípio da estabilidade no Direito do Trabalho em nosso País, que só admitia a quebra da relação estável nos casos de falta grave ou de imperiosa incompatibilidade entre o trabalhador e o empregador, reconhecida pela Justiça trabalhista". VIANNA, Segadas. *Op.cit.* 1999, v.1, p. 82.

idade; na seara sindical, restaram estabelecidas as contribuições de custeio da atividade sindical, sendo as entidades sindicais e profissionais enquadradas como órgãos, bem como foi determinada a obrigatoriedade do voto nas eleições sindicais. Em relação às posteriores Emendas Constitucionais, conforme afirma Vianna estas “não modificaram os princípios que nortearam os capítulos referentes ao problema social”¹⁰¹.

No que se refere aos diplomas legislativos publicados entre o período de 1967 a 1988, estes tiveram como principal característica a convergência com a ação governamental para o desenvolvimento econômico, propagado pela Constituição de 1967¹⁰². Para tanto, o Regime possuía uma grande facilidade na alteração das normas¹⁰³.

2.3.7 Fim do regime político de 1964 e nova redemocratização

A partir de 1985 inicia-se em nosso país um lento e gradual processo de redemocratização¹⁰⁴, no qual foi restabelecido o sistema de eleições diretas, sendo instituído o direito ao voto dos analfabetos¹⁰⁵. Aos poucos o direito do trabalho brasileiro retomou o rumo iniciado em 1930, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967¹⁰⁶. Durante os anos de 1987 a 1988 foram realizadas discussões acerca da persistência do modelo justralhista tradicional brasileiro, o qual passou a sofrer fortes questionamentos, especialmente em relação à superação democrática do antigo modelo corporativo¹⁰⁷.

Em 5 de Outubro de 1988 a Assembléia Nacional Constituinte promulgou uma nova Constituição¹⁰⁸, trazendo relevantes inovações em relação aos direitos sociais, os quais passaram a integrar o rol de direitos e garantias fundamentais¹⁰⁹. A atual Carta Magna atribuiu novo *status* ao direito do trabalho, através de princípios, regras

¹⁰¹VIANNA, Segadas. *Op.cit.* 1999, v.1, p. 85.

¹⁰²MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 45.

¹⁰³MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Op.cit.* 2014, p. 90.

¹⁰⁴ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Op.cit.* 2014, p. 34.

¹⁰⁵MAGANO, Octavio Bueno. *Op.cit.* 1985, p. 47.

¹⁰⁶ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Op.cit.* 2014, p. 34.

¹⁰⁷DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 122.

¹⁰⁸VIANNA, Segadas. *Op.cit.* 1999, v. 1, p. 85.

¹⁰⁹CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 42.

e institutos jurídicos que ajudaram a ressaltar a força e a projeção do instituto na sociedade e na economia nacional¹¹⁰.

No plano do direito individual do trabalho, a Constituição de 1988 junto ao Art. 7º trouxe como principais inovações¹¹¹: inciso I protegeu a relação de emprego em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, dependendo de regulamentação através de Lei Complementar, a qual não veio a ser editada; inciso XIII reduziu a carga semanal de trabalho ao máximo de quarenta e quatro horas, assim como não outorgou ao legislador infraconstitucional o elastecimento dos limites da carga de trabalho; inciso XVI garantiu o acréscimo de pelo menos cinquenta por cento para os períodos extraordinários laborados; inciso XVII assegurou o acréscimo de pelo menos um terço do salário normal durante o período de gozo das férias; inciso XXI criou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o qual posteriormente foi regulamentado pela Lei nº 12.506/2011; inciso XXXIV equiparou os direitos dos trabalhadores com vínculo de emprego aos trabalhadores avulsos; inciso XXIX ampliou para cinco anos o prazo prescricional dos créditos trabalhistas, limitando em dois o direito de ação a partir do término do contrato de trabalho; parágrafo único, na redação original e de forma mais acentuada com o advento da Emenda Constitucional nº 72 de 2013, estendeu aos empregados domésticos uma série de direitos garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais.

No campo do direito laboral coletivo destacamos como principais avanços trazidos pelo texto constitucional de 1988¹¹²: Art. 9º garantiu direito à greve; inciso I do Art. 8º ampliou a liberdade sindical; inciso VIII do Art. 8º conferiu *status* constitucional a estabilidade do dirigente sindical; Art. 11 assegurou a eleição de representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados.

Na redação original da Constituição de 1988, conforme destaca Delgado: “foram mantidos alguns institutos corporativistas, inerentes ao sistema trabalhista tradicional — e que se caracterizavam por seu desajuste e difícil adaptação à nova dinâmica democrática instituída”¹¹³. Como exemplos da herança corporativista, elencamos¹¹⁴: sistema de enquadramento sindical determinado pelo inciso II do Art. 8º; financiamento compulsório das entidades sindicais, nos termos da parte final do

¹¹⁰DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2017, p. 124.

¹¹¹CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 42-43.

¹¹²Idem, p. 43.

¹¹³DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2017, p. 124.

¹¹⁴Ibidem.

inciso IV do Art. 8º; manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho, conforme redação original do Art. 114, § 2º; representação classista junto à Justiça do Trabalho, previsto entre os Art. 111 e 116, a qual foi suprimida em 1999 com o advento da Emenda Constitucional nº 24.

2.3.8 Flexibilização trabalhista

2.3.8.1 Noções gerais

Desde seu nascimento, o direito do trabalho, de uma maneira geral, viveu um movimento de constante expansionismo¹¹⁵, tanto do ponto de vista vertical como horizontal¹¹⁶, tendo como marca característica a tutela Estatal. Associada a proteção do Estado, a doutrina social cristã e socialista, bem como as convenções internacionais da OIT tiveram forte influência na sedimentação da legislação laboral com características garantistas, assegurando condições mínimas de trabalho¹¹⁷.

Com o passar dos anos, especialmente após as crises econômicas iniciais nos anos 1970, no plano internacional, o alargamento do direito do trabalho foi colocado em xeque. A partir deste momento a mitigação do instituto, através de medidas flexibilizadoras, passaram a ser defendidas e aplicadas.

O processo de flexibilização do direito do trabalho possui relação direta com as alterações dos pressupostos tradicionais das relações laborais, as quais emergiram a partir da década de setenta¹¹⁸. Ramalho elenca três fatores extrajurídicos determinantes¹¹⁹: a) a relativa uniformidade da categoria dos trabalhadores subordinados, associada à crença na sua incapacidade generalizada de auto-regularem os seus interesses laborais e, por consequência, à sua dependência das associações sindicais para esse efeito (mito da incapacidade genética e permanente dos trabalhadores subordinados); b) atenuação da predominância produtiva juntos às grandes unidades do setor secundário, diluindo-

¹¹⁵Conforme La Cueva, esta tendência expansionista conduziu o direito do trabalho a presumivelmente reger as relações nas quais há prestação de serviços. LA CUEVA, Mario de. *Op.cit.* 1970, p. 439.

¹¹⁶RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012, p. 55-56.

¹¹⁷BARROS, Alice Monteiro de. *Op.cit.* 2016, p.64.

¹¹⁸RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012, p. 62.

¹¹⁹Ibidem.

se a força de trabalho entre as empresas do setor terciário e quaternário¹²⁰; c) descrença na sustentabilidade econômica do sistema laboral protetiva para os empregadores e para as empresas.

Identificamos outro fator que contribuiu no processo de flexibilização das relações de trabalho, o qual se encontra disfarçado sobre as palavras-fetiche¹²¹ *globalização* ou *mundialização* da economia¹²². Através deste movimento se fez necessário um recuo das leis positivas em detrimento aos contratos¹²³, o qual se assemelha a um encolhimento do direito público em face ao direito privado¹²⁴. O “credo da “mundialização”¹²⁵, que celebra de um mesmo passo as virtudes do livre

¹²⁰Ramalho aponta as principais distinções de arranjo dentro destas novas formas de produção laboral: “no seio destas empresas os vínculos de trabalho tendem, também eles, a fugir ao modelo tradicional: assim, a retribuição dos trabalhadores é muitas vezes variável e em função dos resultados; a organização do trabalho não é feita em moldes hierarquizados, mas em equipas; O local de trabalho pode não corresponder às instalações da empresa, vulgarizando-se as formas de controlo a distância que a evolução tecnológica propicia e, sobretudo, no âmbito dos grupos de empresas, incentivando-se uma certa migração dos trabalhadores entre as empresas do grupo; é também comum a flexibilização dos tempos de trabalho em função das necessidades da empresa; por fim, a estrutura menos verticalizada destas empresas e as formas mais flexíveis de desenvolvimento do trabalho contribuem para uma maior aproximação dos trabalhadores ao empregador ou ao *management* (frequentemente incentivada por diversas formas de interessamento dos trabalhadores nos resultados, como prémios de produtividade, participação nos lucros ou no capital), que altera a fisionomia classista tradicional do Direito do Trabalho e contribui para diminuir a força do associativismo sindical”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012, p. 68.

¹²¹SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2014, p.54.

¹²²Supiot distingue os fenômenos estruturais dos conjunturais presentes no processo de globalização: “A extinção das distâncias físicas na circulação dos sinais entre os homens é um fenômeno estrutural, advinda das novas técnicas de digitalização. Em revanche, a livre circulação de capitais e mercadorias é um fenômeno conjuntural, originado de escolhas políticas reversíveis (desmantelamento das fronteiras comerciais) e da superexploração temporária de recursos físicos não sustentáveis (preço artificialmente baixo dos transportes). É a reunião desses dois fenômenos diferentes que levam a utopia de um Mercado Total, sob a égide do qual os homens, os sinais e as coisas têm todos a finalidade de se tornarem comensuráveis e mobilizáveis, numa competição tornada global, ou seja, a serem “líquidáveis” no sentido jurídico do termo”. SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2014, p. 54-55.

¹²³SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2016, p. XL.

¹²⁴Neste sentido Supiot aponta a distinção de regras elaborada por Hayek: “o que HAYEK chama “regras universais de justa conduta” ou “regras das ordens espontâneas”, e “regras de organização”, oposição que corresponderia, no dizer deste autor, à nossa distinção entre direito público e direito privado. A diferença fundamental entre estas duas espécies de regras é que as primeiras derivam das condições de uma ordem espontânea (i. e., a ordem do mercado) que o homem não criou, ao passo que as segundas servem para edificar deliberadamente uma organização com objectivos determinados. As primeiras são, ao mesmo tempo, necessárias (exprimem simplesmente práticas já observadas) e abstractas (são gerais, permanentes e organizadas em sistema), enquanto as segundas são contingentes (são arbitrariamente combinadas pelo espírito) e concretas (são criadas para objectivos particulares)”. SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2016, p. 269.

¹²⁵Através da lição de Amauri Mascaro, podemos constatar a divergência doutrinária no que tange aos efeitos da globalização (mundialização): “A globalização é um dos fatores responsáveis pelo crescimento da prosperidade mundial nos últimos anos. Nem todos os especialistas de direito do trabalho concordam com isso. Para alguns, a globalização é um fator perverso de imposição de imperativos da economia em detrimento do avanço social das populações cada vez mais pobres”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

comércio e as do contrato, reputado flexível, igualitário e emancipador, por oposição aos pesos do Estado e às taras da lei, reputada rígida, unilateral e escravizante”¹²⁶.

Atualmente não é uma tarefa fácil a conceituação, bem como a noção jurídica da flexibilidade, pois “de tanto ser repassada no discurso económico, político e jurídico a flexibilidade transformou-se num tópico quase esclerosado, o que não deixa de ser paradoxal numa noção que se pretende dinâmica”¹²⁷. Resumidamente a flexibilização do direito laboral pode ser definida como o “conjunto de medidas destinadas a afrouxar, adaptar ou eliminar direitos trabalhistas de acordo com a realidade económica e produtiva”¹²⁸.

O movimento flexibilizador também enseja à discussão em relação às necessidades empresariais, fundamentadas no discurso primordialmente económico¹²⁹, mas também de forma “camuflada” através de premissas ideológicas¹³⁰, as quais buscam contrariar uma alegada orientação excessivamente garantista da legislação laboral¹³¹. O papel do Estado, especialmente em relação ao

¹²⁶SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. XL.

¹²⁷REDINHA, Maria Regina Gomes. **Relações Atípicas de Emprego** (a cautionary tale). Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015, p. 41.

¹²⁸NETO, José Francisco Siqueira. Direito do trabalho e flexibilização no Brasil. **Revista São Paulo em perspectiva**. São Paulo: v. 11, n. 1, jan./mar. 1997, p. 36.

¹²⁹Em relação às necessidades substanciais das empresas, Amauri Mascaro afirma: “Toma-se, aqui, a palavra flexibilização no sentido de toda medida, do direito do trabalho, destinada a reconhecer que a lei trabalhista e a sua aplicação não podem ignorar os imperativos do desenvolvimento económico. É importante para o País o funcionamento das empresas para produzir bens e prestar serviços à sociedade e para abrir vagas para os trabalhadores. O direito do trabalho é complexo. Tem como principal função a tutela do trabalhador, mas não pode ignorar as necessidades substanciais das empresas. Esse atendimento é necessário. As empresas precisam crescer e impulsionar a economia para dar maior número possível de vagas de trabalho”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

¹³⁰Neste sentido afirma Reis: “o específico sentido que se procura insuflar no direito do trabalho corrente, em última instância, traduz-se, segundo o figurino único neoliberal, na promoção do enfraquecimento das estruturas representativas dos trabalhadores e, em geral, da dimensão coletiva associada ao trabalho, principalmente dos sindicatos e, por via da progressiva descrença “nos amanhãs que cantam”, criar a convicção social de que não há espaço para um direito do trabalho diferente deste. Só haveria lugar, segundo esta crença, para “um direito de trabalho de exceção”. Esta orientação integra-se na ofensiva ideológica para aumentar o poder patronal na relação de trabalho e na distribuição de rendimento. Não devemos, portanto, procurar explicar as alterações do direito do trabalho unicamente em imperiosas e inelutáveis exigências de ordem económica, mas também (ou sobretudo) em causas de ordem social, política e ideológica”. REIS, João Carlos Simões dos. O direito laboral português na crise atual. **Direito e Desenvolvimento**, v. 7, n. 2, p. 9-42, jun. 2017, p. 10.

¹³¹Neste sentido Martinez defende a flexibilidade do direito do trabalho, em detrimento daquilo que entende como excessivo garantismo da legislação laboral: “A flexibilidade, assente em bases neo-liberais, tem, nos últimos anos, preconizado a liberalização do período normal de trabalho, da contratação temporária de trabalhadores, da mobilidade geográfica e funcional da mão-de-obra — a chamada polivalência profissional —, etc., porque tais limites sacrificam os desempregados e os jovens à procura do primeiro emprego, só beneficiando, de forma ilusória e temporária, os que têm emprego, pondo em risco a sobrevivência das empresas, pretendendo-se obstar a uma protecção rígida e pouco razoável dos trabalhadores. Em suma, a designada flexibilidade tem em vista contrariar uma orientação excessivamente garantística da legislação laboral”. MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 115.

modelo de bem-estar social, também é colocado em dúvida, pois o sistema capitalista no qual o paradigma se insere “incorpora a ideia de crise como um dado inerente ao seu desenvolvimento, agora percebido como pendular (expansões e retrações)”¹³².

A flexibilidade do direito do trabalho pode ser identificada essencialmente em duas áreas¹³³: nos tipos de vínculos contratuais, conferindo preferência a regimes diversificados, em detrimento do estatuto único (flexibilização externa); no regime jurídico do próprio vínculo de emprego (flexibilização interna), atenuando a rigidez deste. A flexibilização trabalhista também pode ser classificada quanto aos fins, objeto e forma¹³⁴.

Em relação aos efeitos da flexibilização juslaboral, identificamos três importantes consequências: a desconstrução do direito social¹³⁵, a qual possui intrínseca relação com o processo de privatização do Estado de Bem-Estar Social¹³⁶; a precarização das relações de trabalho¹³⁷; a atenuação da visão laboral

¹³²DORNELES, Leandro do Amaral. Teoria Geral Clássica do Direito do Trabalho e Sociedade Pós-Industrial: Faces de uma Crise e Perspectivas para Superação. In: FINCATO, Denise; VIDALETI, Leiliane Piovesani. (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho**. v. 3. Porto Alegre: Lex Magister, 2019, p. 107.

¹³³RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012, p. 70.

¹³⁴URIARTE, Oscar Ermida *apud* NETO, José Francisco Siqueira. *Op.cit.* 1997, p. 36. Siqueira Neto detalhada a aludida classificação: “Quanto aos fins, a flexibilidade pode ser de proteção (adaptável em benefício do trabalhador), de adaptação (adequação das normas legais rígidas a novas circunstâncias através da negociação coletiva mediante uma valoração global do que é mais conveniente ao trabalhador) e de desregulamentação (derrogação de benefícios trabalhistas). No que se refere ao objeto, a flexibilidade pode ser interna (modifica aspectos de uma relação preexistente que subsiste, como é o caso do horário, jornada, condições de trabalho, remuneração, etc.) e externa (relacionada ao ingresso e à saída do mercado de trabalho). Quanto à forma, a flexibilidade pode ser imposta (pelo empregador e por ato unilateral do Estado) e negociada”. NETO, José Francisco Siqueira. *Op.cit.* 1997, p. 37.

¹³⁵Neste sentido afirma Supiot: “A “pulverização do Direito em direitos subjetivos” deixa, desta maneira, o campo livre ao ajustamento mútuo de indivíduos possuidores dos mesmos direitos. Ao ser reduzido ao estado de mônada contratante e calculista, o ser humano só deveria ser submetido a dois tipos de regras: as que teriam uma base científica e aquelas às quais ele adere livremente. Distribui-se a todos os mesmos direitos individuais, da mesma maneira que se lhes distribuiria armas, esperando-se fazer assim nascer uma sociedade inteiramente contratual na qual ele só teria a obrigação de consentir. Enquanto que todo o Direito Social foi construído sobre uma colocação metódica de dúvida em relação ao consentimento do fraco submetido à vontade do forte, esse consentimento torna-se, com a desconstrução do Direito Social, a condição necessária e suficiente da obrigação jurídica”. SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2014, p. 44.

¹³⁶Acerca do tema *vide* SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2014, p. 41-52.

¹³⁷Redinha apresenta um quadro geral da precariedade: “a precariedade [...] não representa uma categoria jurídica operativa, pois não expressa um predicado da relação de trabalho ou de emprego imediatamente reconhecível ou avaliável. Quer isto dizer que, desprovida de qualquer pré-valorização ideológica ou política, a precariedade reduz-se a uma síndrome de insegurança, de fragilidade que pode atingir o emprego público ou privado, típico ou atípico, duradouro ou temporário, a tempo completo ou parcial, e que, inclusive, se estende para além da barreira do trabalho subordinado, alcançando o trabalho autónomo e até mesmo o exercício da actividade empresarial. Reduzida à sua expressão mais crua, a precariedade é o somatório da instabilidade laboral (seja derivada da

coletiva¹³⁸.

A partir dos resultados negativos oriundos do processo flexibilizador, especialmente a precarização, passou-se a defender que este processo fosse realizado com segurança, ensejando o nascimento do termo *flexisegurança*. Resumidamente, a flexisegurança, tenta conciliar duas realidades antagônicas, *segurança e flexibilidade*, através do desenvolvimento da maleabilidade do mercado de emprego, da relação laboral e da organização do trabalho, visando garantir a segurança social e a estabilidade do emprego¹³⁹.

A flexisegurança parte da premissa de que não é possível conter a evolução flexibilizante dos regimes laborais, haja vista a necessidade de garantir a produtividade e competitividade das empresas¹⁴⁰. Este modelo de desenvolvimento tem como referência o sistema desenvolvido na Dinamarca, o qual busca operar a flexibilidade junto aos três pontos do chamado “triângulo dourado”¹⁴¹: flexibilidade na relação de emprego; generoso sistema dos benefícios de desemprego; nova política de “ativação” do mercado de trabalho¹⁴².

A importação do arquétipo dinamarquês para outros países é um processo de difícil execução, pois a enraizada cultura de coesão social e espírito cívico presente nos países escandinavos não é uma realidade na grande maioria dos Estados¹⁴³. Independente do modelo de flexibilização a ser implementado, o que não se pode admitir é que o direito do trabalho seja um mero instrumento a serviço dos interesses econômicos, pois “o Direito (em geral) não anda a reboque da economia: antes procura afeiçoá-la, na medida do possível, pondo-a ao serviço da Humanidade”¹⁴⁴.

descontinuidade de vínculos contratuais, da sua modelação ou das condições de trabalho) e da insuficiência alimentar do salário”. REDINHA, Maria Regina Gomes. *Op.cit.* 2015, p. 35-36.

¹³⁸Em relação ao tema Reis afirma: “a teoria da “boa governança” tenta promover é uma nova “filosofia” para relação de trabalho, onde, para além da flexibilidade e competitividade, as palavras de ordem mágicas são as de “consenso”, “colaboração” e “negociação”. Enfim, nada de conflitos”. REIS, João Carlos Simões dos. *Op.cit.* 2017, p. 183. Acerca do esvaziamento da identificação coletiva pelo trabalho *vide* SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2016, p. 116-131. Relevante também é a lição de Joaquim Pimenta, para o qual o trabalho é desempenhado de forma coletiva “não só para o desenvolvimento das *condições materiais* de existência da sociedade, como para garantir e perpetuar as *condições sociais* de existência dos indivíduos que, orgânica e psicologicamente, formam a sua estrutura”. PIMENTA, Joaquim. *Op.cit.* 1957, p. 33. Original grifado.

¹³⁹REDINHA, Maria Regina Gomes. *Op.cit.* 2015, p. 50.

¹⁴⁰RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012, p. 78.

¹⁴¹MADSEN, Per Kongshøj. “Flexicurity” through labour market policies and institutions in Denmark. *In: Employment Stability in an Age of Flexibility*. Evidence from Industrialized Countries. Genebra: OIT, 2003, p. 60.

¹⁴²MADSEN, Per Kongshøj. *Op.cit.* 2003, p. 60.

¹⁴³REDINHA, Maria Regina Gomes. *Op.cit.* 2015, p. 51.

¹⁴⁴CORDEIRO, António Menezes. **Direito do Trabalho**. Vol. 1º. Direito europeu, dogmática geral, direito coletivo. Coimbra: Almedina, 2019, p. 68-69.

2.3.8.2 Flexibilização no cenário brasileiro

O Brasil a partir da década de 1990 se depara cada vez mais com as consequências da redemocratização. Dentre elas, a reivindicação pela redução da intervenção estatal junto à economia e à sociedade, a qual acaba se refletindo na tendência de retração da tutela laboral¹⁴⁵. A transição do direito do trabalho iniciada na Europa Ocidental na década de 1970, inicia-se de forma tardia no Brasil, mais precisamente ao longo dos anos 1990¹⁴⁶.

Conforme Mascaro, considerando-se a realidade brasileira, foram três os principais fatores justificantes à atenuação protetiva laboral: “as crises econômicas, a redução de custos como meio de enfrentamento da competição empresarial e o avanço tecnológico que permite maior produção com menor número de empregados”¹⁴⁷.

A partir de 1995, com o início do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, restaram editadas diversas normas legais visando atenuar os efeitos negativos provenientes das transformações provocadas pela globalização, os quais afetaram o Brasil, especialmente pelo avanço da tecnologia e do desemprego¹⁴⁸. Como principais alterações legislativas laborais neste período, citamos¹⁴⁹: Lei nº 9.601 de 1998 possibilitou a instituição do contrato de trabalho por prazo determinado, através de norma coletiva, bem como viabilizou a compensação das horas extraordinárias durante o período de cento e vinte dias (banco de horas)¹⁵⁰;

¹⁴⁵DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2017, p. 125.

¹⁴⁶Ibidem.

¹⁴⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op.cit.* 2014, p. 93.

¹⁴⁸Idem, p. 86.

¹⁴⁹Idem, p. 86-89.

¹⁵⁰Em relação à Lei nº 9.601/1998 Camino tece duras críticas: “Na década de noventa, acentuaram-se as providências legislativas tendentes possibilitar o trânsito da proteção legal para a auto-regulamentação das relações de trabalho. A lei em comento, tendo por declarado escopo possibilitar a migração dos trabalhadores da economia informal para a economia formal, feriu profundamente os princípios da continuidade e da não-discriminação. Instituiu o contrato a prazo determinado de que trata o art. 443 da CLT por negociação coletiva, independentemente das condições estabelecidas no seu § 2º, prevendo a possibilidade da contratação a prazo em percentuais diferenciados conforme o número de empregados existentes na empresa. Tal determina sejam trabalhadores exercentes das mesmas funções, para o mesmo empregador, no mesmo estabelecimento e em idênticas condições de trabalho tratados de forma discriminatória: uns com contratos de trabalho-padrão, a prazo indeterminado e com os direitos daí decorrentes e outros admitidos precariamente, mediante contratos a prazo determinado; uns com a integralidade do FGTS, outros com depósitos com alíquota inferior. Os empresários foram incentivados a contratar sob tal modalidade mediante redução significativa, durante determinado prazo, de alíquotas de vários encargos sociais, inclusive a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Esse incentivo deixou de existir em março de 2003 e a lei, certamente, ficará no esquecimento. Outro aspecto flexibilizador da lei diz respeito à alteração do

Lei nº 9.608 de 1998 regulamentou o trabalho voluntário, o qual não configura vínculo empregatício e não gera obrigações de natureza trabalhista ou previdenciária¹⁵¹; Medida Provisória nº 1.952-28 de 2000 ampliou a compensação das horas extraordinárias até o período de um ano; Lei nº 9.958 de 2000, incluiu o título VI-A junto à CLT¹⁵², instituindo as Comissões de Conciliação Prévia¹⁵³; Medida

art. 59 da CLT, por ela ditada, onde a compensação de jornadas, através do mecanismo do *banco de horas*, passa a ser feita em limites expressivamente mais amplos do que aqueles fixados no art. 7º, inciso XIII”. CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 49-50.

¹⁵¹Neste sentido dispõe o Artigo 1º da Lei nº 9.608/1998 com a redação conferida pela Lei 13.297/2019: “Art. 1º Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa. Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim”.

¹⁵² “Art. 625-A. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representante dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho. Parágrafo único. As Comissões referidas no caput deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical. Art. 625-B. A Comissão instituída no âmbito da empresa será composta de, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros, e observará as seguintes normas: I - a metade de seus membros será indicada pelo empregador e outra metade eleita pelos empregados, em escrutínio, secreto, fiscalizado pelo sindicato de categoria profissional; II - haverá na Comissão tantos suplentes quantos forem os representantes titulares; III - o mandato dos seus membros, titulares e suplentes, é de um ano, permitida uma recondução. § 1º É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei. § 2º O representante dos empregados desenvolverá seu trabalho normal na empresa afastando-se de suas atividades apenas quando convocado para atuar como conciliador, sendo computado como tempo de trabalho efetivo o despendido nessa atividade. Art. 625-C. A Comissão instituída no âmbito do sindicato terá sua constituição e normas de funcionamento definidas em convenção ou acordo coletivo. Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria. § 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados. § 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista. § 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no caput deste artigo, será a circunstância declarada na petição da ação intentada perante a Justiça do Trabalho. § 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido. Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu proposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes. Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas. Art. 625-F. As Comissões de Conciliação Prévia têm prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado. Parágrafo único. Esgotado o prazo sem a realização da sessão, será fornecida, no último dia do prazo, a declaração a que se refere o § 2º do art. 625-D. Art. 625-G. O prazo prescricional será suspenso a partir da provocação da Comissão de Conciliação Prévia, recomeçando a fluir, pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou do esgotamento do prazo previsto no art. 625-F. Art. 625-H. Aplicam-se aos Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista em funcionamento ou que vierem a ser criados, no que couber, as disposições previstas neste Título, desde que observados os princípios da paridade e da negociação coletiva na sua constituição”.

¹⁵³Em relação às consequências das Comissões de Conciliação Prévia, Camino afirma: “A Lei nº

Provisória nº 2.164-41 de 2001 acresceu os Arts. 58-A, 130-A e 476-A à CLT, estabelecendo o contrato de trabalho por tempo parcial, bem como permitiu a suspensão temporária do contrato de trabalho¹⁵⁴, remanescendo o poder diretivo do empregador durante este período¹⁵⁵; Lei nº 10.101 de 2000 regulou a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa.

Entres os anos de 2003 a 2016 estabeleceram-se os governos presidenciais do Partido dos Trabalhadores. De uma forma geral foram reduzidas as medidas de flexibilização da legislação trabalhista, especialmente no que tange às normas tutelares. Porém, em que pese se fizessem necessárias medidas de adaptação da legislação laboral à realidade e às necessidades do mundo do trabalho contemporâneo, estas não se concretizaram¹⁵⁶.

9.958 ostenta feição flexibilizante porque afeiçoada a um dos seus fundamentos teóricos, consistente, além da ab-rogação da legislação do trabalho e a sua substituição pelo direito civil, na abstenção do Estado na administração do trabalho e da Justiça Especial. As comissões de conciliação prévia retiram da Justiça do Trabalho o monopólio da solução isenta dos conflitos trabalhistas, levando-o para a área da autonomia privada, onde a pressão natural do capital atua sem controle. As recentes notícias acerca das irregularidades no âmbito de ditas comissões e a evidência de um verdadeiro processo massivo de renúncia de direitos nas transações praticadas estão a demonstrar, muito mais cedo do que se esperava, o engodo da solução rápida dos conflitos trabalhistas". CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 51.

¹⁵⁴ "Art. 476-A. O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação. § 1º Após a autorização concedida por intermédio de convenção ou acordo coletivo, o empregador deverá notificar o respectivo sindicato, com antecedência mínima de quinze dias da suspensão contratual. § 2º O contrato de trabalho não poderá ser suspenso em conformidade com o disposto no caput deste artigo mais de uma vez no período de dezesseis meses. § 3º O empregador poderá conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual nos termos do caput deste artigo, com valor a ser definido em convenção ou acordo coletivo. § 4º Durante o período de suspensão contratual para participação em curso ou programa de qualificação profissional, o empregado fará jus aos benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador. § 5º Se ocorrer a dispensa do empregado no transcurso do período de suspensão contratual ou nos três meses subseqüentes ao seu retorno ao trabalho, o empregador pagará ao empregado, além das parcelas indenizatórias previstas na legislação em vigor, multa a ser estabelecida em convenção ou acordo coletivo, sendo de, no mínimo, cem por cento sobre o valor da última remuneração mensal anterior à suspensão do contrato. § 6º Se durante a suspensão do contrato não for ministrado o curso ou programa de qualificação profissional, ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador, ficará descaracterizada a suspensão, sujeitando o empregador ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período, às penalidades cabíveis previstas na legislação em vigor, bem como às sanções previstas em convenção ou acordo coletivo. § 7º O prazo limite fixado no caput poderá ser prorrogado mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, desde que o empregador arque com o ônus correspondente ao valor da bolsa de qualificação profissional, no respectivo período".

¹⁵⁵ Neste sentido Camino afirma: "Merece realce nessa modalidade contratual o fato de o empregado continuar sujeito ao poder diretivo do empregador, eis que obrigado a frequentar curso de qualificação e passível de medidas disciplinares, sem receber salários e sem ter computado o tempo de serviço". CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 51.

¹⁵⁶ Mascaro comenta e critica a inércia legislativa do Governo Federal, em relação às necessidades

Como principais mudanças na legislação laboral durante o período de governo do Partido dos Trabalhadores, citamos¹⁵⁷: Emenda Constitucional nº 45 de 2004 ampliou a competência da Justiça do Trabalho, a qual passou a julgar as ações oriundas das relações de trabalho e não apenas das relações de emprego¹⁵⁸, bem como determinou a necessidade de comum acordo para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica; Lei nº 11.101 de 2005 regulou a falência e a recuperação judicial, limitando o privilégio do crédito trabalhista ao limite de cento e cinquenta salários mínimos¹⁵⁹; Lei nº 11.180 de 2005 ampliou a idade máxima do contrato de aprendizagem de dezoito para vinte e quatro anos; Lei nº 11.648 de 2008 reconheceu formalmente as centrais sindicais; Lei nº 11.788 de 2008 regulamentou o contrato de trabalho dos estagiários estudantes; Lei nº 12.506 de 2011 disciplinou o aviso prévio proporcional; Emenda Constitucional nº 72 de 2013 estendeu aos empregados domésticos uma gama de direitos garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais, tendo posteriormente a Lei Complementar nº 150 de 2015 regulado o contrato de trabalho doméstico.

2.3.9 Recentes reformas trabalhistas no cenário brasileiro

No dia 31 de Agosto de 2016 tem início o mandato do presidente Michel Temer, o qual perdurou até 1º de Janeiro de 2019. O novo governo procurou de imediato realizar reformas junto à legislação trabalhista, em grande medida pleiteada

laborais durante este período: “Esperava-se uma reforma da arcaica legislação, o que não houve. A falta de iniciativa é agravada pelo fato de ser um governo que contou com a colaboração direta de lideranças sindicais. As Centrais Sindicais foram legalizadas. Nada se fez quanto à atualização da CLT com a introdução de diversos temas atuais e importantes como dispensas coletivas, direitos de personalidade do trabalhador, novos tipos de contratos individuais, regulamentação do art. 7º da Constituição Federal, encargos trabalhistas”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op.cit.* 2014, p. 90.

¹⁵⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op.cit.* 2014, p. 88-90.

¹⁵⁸ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - as ações que envolvam exercício do direito de greve; III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

¹⁵⁹ “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho”.

pelos representantes dos empregadores¹⁶⁰, as quais vinham sendo contidas pela administração do Partido dos Trabalhadores.

Como primeiro exemplo deste movimento, o Projeto de Lei nº 4.302/1998, o qual já tramitava há quase vinte anos na Câmara dos Deputados resultou em 31/03/2017 na aprovação da Lei nº 13.469/2017, regulamentando a prestação de serviços terceirizados, até então “disciplinada” pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁶¹. A Lei nº 13.469/2017 incluiu os Arts. 4º-A, 4º-B, 5º-A, 5º-B, 19-A, 19-B e 19-C junto à Lei nº 6.019/1974¹⁶², a qual disciplina o contrato de

¹⁶⁰Neste sentido *vide* “101 propostas de modernização trabalhista”, da Confederação Nacional da Indústria – CNI Disponível em: <https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/file_r_public/c0/9e/c09e210e-a7bc-4e12-adfa-7edebcf73578/20130206173400990740i.pdf>. Acesso em 05 out. 2019.

¹⁶¹ “**Súmula nº 331 do TST CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011** I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

¹⁶² “Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos. § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); II - registro na Junta Comercial; III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$10.000,00 (dez mil reais); b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais); c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$100.000,00 (cem mil reais); e e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. § 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. § 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes. § 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato. § 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico,

trabalho temporário. O § 2º do Art. 4º-A prevê que não há vínculo de emprego entre o tomador dos serviços (empresa contratante) e o trabalhador terceirizado, mesmo nas hipóteses de atividade fim do tomador, contrariando o entendimento jurisprudencial consolidado pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Seguindo o projeto de adaptação da legislação laboral às necessidades socioeconômicas, no dia 23/12/2016 o presidente Michel Temer apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.787/2016, o qual originalmente dispunha sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho, trabalho temporário e dava outras providências. Na Câmara dos Deputados o projeto inicial sofreu 883 emendas e 457 emendas ao substitutivo¹⁶³, tendo o texto final sido aprovado pelo Senado Federal em 11 de Julho de 2017, e o projeto sido convertido na Lei nº 13.467/2017. A nova lei, publicada no dia 14 do mesmo mês, a qual vigorou a partir de 11 de Novembro de 2017, ficou conhecida como reforma trabalhista.

Ato contínuo, o Poder Executivo Federal publicou em 14 de Novembro de 2017 a Medida Provisória nº 808, a qual alterou uma série de dispositivos da CLT, especialmente aqueles disciplinados pela Lei nº 13.467/2017. A conversão da Medida Provisória nº 808 em lei sequer foi posta em pauta pelo Legislativo Federal, tendo esta vigorado apenas de 14 de Novembro de 2017 a 22 de Abril de 2018.

ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterà: I - qualificação das partes; II - especificação do serviço a ser prestado; III - prazo para realização do serviço, quando for o caso; IV - valor. Art. 19-A. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa. Parágrafo único. A fiscalização, a autuação e o processo de imposição das multas reger-se-ão pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Art. 19-B. O disposto nesta Lei não se aplica às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Art. 19-C. Os contratos em vigência, se as partes assim acordarem, poderão ser adequados aos termos desta Lei”.

¹⁶³Conforme Martins Filho, durante a tramitação no congresso, o projeto foi submetido a pressão *natural* do empresariado: “de uns 15 artigos a serem modificados na CLT, sofreu, no Congresso Nacional, a pressão natural do empresariado, para que se resolvessem outros problemas pendentes, tendo sido apresentadas mais de 800 emendas ao Projeto de Lei original, que resultou num *substituto do relator*, deputado Rogério Marinho, que *alterava mais de 100 artigos da CLT*”. SILVA MARTINS FILHO, Ives Gandra da. A reforma trabalhista no Brasil. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo, v. 181. Set/2017. p. 23. Original grifado.

O presente trabalho não se presta a analisar a totalidade dos dispositivos alterados pela Lei nº 13.467/2017, pois grande parte dos Artigos acrescidos ou modificados não guardam relação direta com o objeto de nossa pesquisa. Portanto, passaremos a tratar das disposições que acentuaram o viés contratual das relações de emprego.

Iniciamos pela ampliação das possibilidades de utilização dos institutos de direito comum junto às relações de trabalho. O antigo parágrafo único do Art. 8º da CLT, agora § 1º, permitia a aplicação do direito comum como fonte subsidiária ao direito do trabalho, mas continha na parte final de sua redação o chamado “filtro”¹⁶⁴, o qual repelia a importação de institutos incompatíveis com os princípios fundamentais juslaborais¹⁶⁵. Com a aprovação da Lei nº 13.467/2017, restou suprimida a parte final do antigo parágrafo único, resumindo-se a redação do dispositivo a: “§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”.

Eliminado o crivo de importação dos institutos de direito comum, nos parece que a aplicação deste resta possibilitada às relações de trabalho, seja na órbita individual ou coletiva, desde que já não haja regulamentação própria junto às normas laborais. A exclusão da parte final do antigo parágrafo único, também possibilita um estreitamento entre o direito privado e o direito do trabalho, neste sentido afirma Dorneles:

a dificuldade em se estreitar o diálogo com o direito privado (...) tende a ser superado pela própria tônica da reforma estabelecida. Em primeiro lugar, o legislador tenta – e reiteramos isso, apenas tenta – por meio da nova redação impressa ao art. 8º da CLT, eliminar ou enfraquecer um dos principais mecanismos responsáveis por filtrar aquilo que poderia ou deveria ser aportado do direito privado para o direito do trabalho: o “filtro” a que nos reportamos são os princípios de direito do trabalho. Em segundo lugar, procura este mesmo legislador ampliar o uso de institutos jurídicos marcadamente civilistas até então pouco usuais no âmbito do direito do trabalho, como podemos observar a partir de uma maior ênfase na autonomia privada (individual ou coletiva) como instituto disciplinador de

¹⁶⁴DORNELES, Leandro do Amaral. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. *In*: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. (Orgs.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 69.

¹⁶⁵Neste sentido a redação original do parágrafo único do Artigo 8º, a qual vigorou sem alterações até o advento da Lei nº 13.467/2017: “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

inúmeras situações laborais. Assim, ao que tudo indica, gostando ou não, o tom impresso pela nova ordenação juslaboral, a partir da reforma em comento, determinará uma fluência maior na interação entre o direito do trabalho e o direito privado em geral¹⁶⁶.

Passaremos a examinar os dispositivos que guardam relação imediata com o direito coletivo do trabalho, mas que por via de consequência influenciam as relações laborais individuais.

O Art. 8º da CLT, o qual antes da reforma continha apenas o parágrafo único, passou a contar com outros dois parágrafos. O § 3º¹⁶⁷ restringe não apenas a decretação de eventual nulidade das cláusulas inseridas no instrumento coletivo, seja convenção ou acordo, mas também limita a *análise* das normas coletivas, por parte da Justiça do Trabalho tão somente em relação aos elementos essenciais do negócio jurídico, estabelecidos no Art. 104 do Código Civil¹⁶⁸. O § 3º também positivou o até então desconhecido *princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva*¹⁶⁹.

Podemos depreender que a restrição se deve a habitual análise e consequente decretação de nulidade junto à Justiça do Trabalho de uma série de dispositivos contidos nos instrumentos coletivos¹⁷⁰. Verificando mais a fundo a redação do § 3º, percebemos que a análise geral das normas coletivas restam restritas à Justiça do Trabalho e não ao Poder Judiciário como um todo, ou seja, havendo violação à dispositivo constitucional, nada impede a decretação de nulidade da cláusula coletiva por parte do Supremo Tribunal Federal, através do julgamento de recurso extraordinário, nos termos do Art. 102, III, “a” da Constituição Federal¹⁷¹.

¹⁶⁶DORNELES, Leandro do Amaral. *Op.cit.* 2018, p. 69-70.

¹⁶⁷ “§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

¹⁶⁸ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

¹⁶⁹O *princípio da intervenção mínima*, nas relações contratuais privadas, restou estabelecido em 20 de Setembro de 2019, junto ao parágrafo único do Artigo 421 do Código Civil, nos termos da redação conferida pela Lei nº 13.874: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

¹⁷⁰Martins Filho nos fornece um panorama do quadro: “A reforma, sob tal prisma, veio para *colocar limites ao ativismo judiciário* trabalhista, não muito diferente daquele praticado por outros ramos do judiciário, mas vincado pela *unilateralidade* e *excesso*, tornando insuportável o seu peso sobre o empresariado nacional, que tem perdido competitividade internacional e capacidade de geração e manutenção de empregos”. MARTINS FILHO, Ives Gandra da. *Op.cit.* 2017. p. 22. Original grifado.

¹⁷¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição”.

E foram justamente às matérias da convenção e do acordo coletivo de trabalho, os quais o Art. 611-A¹⁷² se preocupou em disciplinar. Conforme o novo dispositivo, as normas laborais coletivas tem prevalência sobre a lei, quando dispuserem sobre as seguintes matérias: jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; banco de horas anual; intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para as jornadas superiores a seis horas; adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE); plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro da jornada de trabalho; troca do dia de feriado; enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; prêmios de incentivo em bens ou serviços; participação nos lucros ou resultados da empresa.

O § 1º do Art. 611-A remete ao disposto no § 3º do Art. 8º, ou seja, a limitação da análise da norma coletiva tão somente em relação aos elementos essenciais do negócio jurídico estabelecidos no Art. 104 do Código Civil. Já o § 2º do Art. 611-A

¹⁷² “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. § 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação. § 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. § 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. § 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito. § 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos”.

prevê como regra geral a desnecessidade de contrapartida entre as cláusulas, sendo que a ausência da mesma não caracteriza um vício do negócio jurídico. De forma contraditória o § 4º estabelece que na hipótese de decretação de nulidade da cláusula convencional, eventual cláusula compensatória, igualmente deverá ser anulada, ou seja, o princípio da intervenção mínima junto à vontade coletiva poderá ser rechaçado para garantir a reciprocidade entre as disposições convencionais, sem que haja, como regra geral, a necessidade de correlação entre as mesmas.

A exceção da desnecessidade de contrapartida entre às disposições normativas ocorre na hipótese de redução salarial ou de jornada, conforme determinação contida no § 3º. Havendo diminuição salarial ou de jornada, deverá o pólo patronal garantir a proteção dos empregados em face da dispensa imotivada, durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. Ressaltamos que a redução salarial resta autorizada como medida excepcional a regra geral de irredutibilidade salarial, estabelecida pelo inciso VI do Art. 7º da Constituição Federal¹⁷³.

Quando do ajuizamento de ação anulatória de cláusula da norma coletiva, as partes que subscreveram o instrumento coletivo deverão figurar no processo como litisconsorte necessário, conforme determina o § 5º do Art. 611-A.

Em relação ao rol de temas elencados junto aos incisos do Art. 611-A, entendemos que este é meramente exemplificativo e não taxativo, restando autorizada a prevalência da norma coletiva em detrimento da lei para as demais matérias, haja vista que o *caput* refere *entre outros*¹⁷⁴. Neste sentido o Art. 611-B¹⁷⁵

¹⁷³ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

¹⁷⁴ Transcrevemos a observação de Dorneles, acerca da glosa restritiva do Artigo 611-A, quanto ao rol meramente exemplificativo de matérias, através da interpretação sistemática do Artigo 9º da CLT: “Estamos afirmando que o art. 611-A da CLT apenas sugere que outros temas possam ser disponibilizados pela via da negociação coletiva. Afinal, não há de ser descartada a possibilidade de que limites a esta disponibilidade tácita sejam arquitetados, especialmente se considerarmos, em interpretação sistemática, que o art. 9º da CLT restou intocado pela reforma”. DORNELES, Leandro do Amaral. Segurança jurídica, ciência da legislação laboral e reformas trabalhistas: um diálogo entre clássico e contemporâneo. **Rev. Esc. Jud. TRT4**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019, p. 142. Original Grifado.

¹⁷⁵ “Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de

elencar uma série de direitos sobre os quais se considera ilícita a supressão ou redução, quais sejam: normas de identificação profissional; seguro-desemprego; Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); salário mínimo; valor nominal do décimo terceiro salário; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; proteção do salário na forma da lei; salário-família; repouso semanal remunerado; adicional mínimo de 50% na hipótese de realização de horas extras; quantidade de dias de férias devidas ao empregado; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença-maternidade e licença-paternidade; proteção do mercado de trabalho da mulher; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço; normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; aposentadoria; seguro contra acidentes de trabalho; prazo prescricional dos créditos trabalhistas, inclusive o período para o ajuizamento da ação; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; isonomia de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador,

férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

inclusive a não incidência de descontos sem expressa e prévia anuência; direito de greve; definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; tributos e outros créditos de terceiros; normas tutelares referentes às trabalhadoras mulheres, elencadas ao longo dos Arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 da CLT¹⁷⁶.

¹⁷⁶ “Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional. Parágrafo único - Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulso ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos. Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. § 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. § 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. [...] § 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. § 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. Art. 394 - Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação. Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento. Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia

Em grande medida as matérias sobre as quais taxativamente o Art. 611-B veda a redução ou supressão de direitos, limitam-se a repetir os incisos do Art. 7º da Constituição Federal, os quais por óbvio não poderiam ser disponíveis pela legislação infraconstitucional e muito menos através de norma coletiva. Neste sentido o parágrafo único do Art. 611-B estabelece que as regras de duração do trabalho e intervalo, para fins do disposto no referido Artigo, não são consideradas normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, numa clara tentativa de tangenciar o inciso XXII do Art. 7º da Carta Magna¹⁷⁷, o qual estabelece como direito fundamental as normas tutelares de redução dos riscos aos quais o trabalhador possa ser exposto.

Ainda na órbita laboral coletiva, o Art. 620¹⁷⁸ determina a prevalência das disposições dos acordos coletivos em face das estipulações contidas nas convenções coletivas de trabalho, demonstrando a opção do legislador pela adoção do princípio hermenêutico da *especialidade*. O referido dispositivo, somado a regra de prevalência do acordado sobre o legislado, ensejam o redimensionamento do princípio juslaboral da norma mais favorável¹⁷⁹ em relação aos postulados clássicos do direito do trabalho. Neste sentido afirma Dorneles:

Fundamentalmente, o princípio da norma mais favorável se projetava, na sua feição clássica: (a) na ampla abertura do sistema normativo juslaboral para recepcionar dispositivos mais benéficos ao trabalhador e, contrario sensu, na resistência deste mesmo sistema em admitir dispositivos menos benéficos (caráter mínimo ou autárquico da norma juslaboral); (b) na aplicação da norma mais favorável ao trabalhador em caso de antinomia entre acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho; (c) na obrigatoriedade de observância do sistema normativo mais benéfico ao trabalhador transferido para o exterior; (d) na impossibilidade de se invocar uma norma da OIT para reduzir ou suplantar direitos já consagrados pelo sistema normativo pátrio.

hora cada um. § 1º Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente. § 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador. Art. 400 - Os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária".

¹⁷⁷ "Art. 7º [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança".

¹⁷⁸ "Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho".

¹⁷⁹ Em relação ao princípio da norma mais favorável Perez del Castillo afirma: "no direito do trabalho, adquire tradicional relevância a regra da *norma mais favorável*, que consiste em decidir pela aplicação do instituto que ofereça, entre várias normas simultaneamente vigentes, melhores condições para os trabalhadores. Trata-se de uma emanção do princípio protetor também chamado de "favorabilidade" ou *favor laboratoris*". PEREZ DEL CASTILLO, Santiago. Hierarquia das fontes no direito do trabalho. In: PLÁ RODRIGUEZ, Américo (coord.). **Estudos sobre as fontes do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 37. Original grifado.

Pois bem, das projeções arroladas, a nosso ver, as mais significativas no cotidiano do contrato juslaboral eram as duas primeiras (“a” e “b”), justamente as mais impactadas pela reforma. A inclusão do art. 611-A na CLT subverte a máxima, até então corrente, de que a negociação coletiva deveria ser balizada minimamente pelos direitos legalmente estabelecidos. Na verdade, esta subversão a que nos referimos não é plena, mas, ao menos, ocorre em relação às matérias arroladas no artigo recém-citado, que são numerosas e bastante impactantes na dinâmica contratual. Observamos, assim, a subversão da premissa clássica de que os direitos legais constituíam, salvo (poucas) exceções, um padrão mínimo de condições a ser observado, passíveis (apenas) de majoração. Com a reforma, os temas elencados no art. 611-A da CLT podem ser mantidos em sua regulamentação legal standard, ampliados ou reduzidos, conforme a vontade convergente das representações coletivas. Além disso, eventuais antinomias entre acordos e convenções coletivos passam a ser regidas pelo princípio geral hermenêutico da especialidade, e não mais pelo princípio da norma mais favorável. É o que reza a nova redação a ser dada ao art. 620 da CLT: “As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho” (grifamos). Sendo assim, é possível visualizar na reforma proposta uma significativa compactação da incidência do princípio da norma mais favorável em nosso sistema¹⁸⁰.

Já o Art. 477-B¹⁸¹ estabelece que o Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada¹⁸² acarreta a quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação de emprego, devendo estes serem previstos em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Conforme depreendemos da leitura do referido dispositivo, apenas quando houver ressalva quanto a quitação dos direitos trabalhistas, estes poderão ser objeto de ação por parte do trabalhador.

O novo Artigo repete, em parte, a tese, com repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em 30 de Abril de 2015 quando do julgamento do

¹⁸⁰DORNELES, Leandro do Amaral. *Op.cit.* 2018, p. 84-85. Original grifado.

¹⁸¹ “Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes”.

¹⁸²Em relação aos planos de demissão voluntária, Barbosa Garcia afirma: “um dos temas de maior controvérsia na atualidade é o da eficácia liberatória dos referidos planos de demissão voluntária (PDV), constantemente objeto de apreciação pelos Tribunais do Trabalho. O primeiro aspecto de relevância é atentar para as particularidades de cada caso em concreto, pois muitas nuances são possíveis, demonstrando o perigo de generalizações apressadas. Principalmente em situações de redução do quadro de pessoal, o que ocorre é o oferecimento, pela empresa, de pagamento de certo valor adicional, como incentivo à demissão voluntária do empregado. De modo geral, como condição para se implementar o PDV, fica estipulada a quitação ampla e total do contrato de trabalho que se extingue. Trata-se, como se vê, de instituto que pode se amoldar à controvertida questão da transação extrajudicial no Direito do Trabalho. Deve-se alertar para a verificação da presença dos requisitos do negócio jurídico em questão. Presente qualquer vício de vontade ou social, a consequência será a sua invalidação em juízo. Nessa situação, já de plano resta afastada qualquer transação (extrajudicial) e seus efeitos típicos”. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 406.

Recurso Extraordinário nº 590.415¹⁸³. A razão determinante do voto condutor do Ministro Luís Roberto Barroso, foi a presumida simetria entre as partes no âmbito da esfera coletiva laboral¹⁸⁴. A decisão da Suprema Corte vai de encontro ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, vertido na Orientação Jurisprudencial nº 270 da SDI-I¹⁸⁵, para o qual a quitação do programa de incentivo à demissão voluntária se restringia aos valores e parcelas discriminadas junto ao respectivo recibo.

Analisadas as alterações reformistas ligadas diretamente ao direito coletivo do trabalho, passaremos a investigar as inovações que impactaram diretamente o direito individual, ensejando um maior afeiçoamento contratual das relações de emprego, especialmente pela maior liberdade negocial conferida às partes.

Junto ao Art. 59, foram acrescentados os §§ 5º e 6º¹⁸⁶. O § 5º permitiu, por meio de acordo individual escrito, a compensação dos períodos de sobrejornada através do sistema banco de horas. A correspondência de folgas deverá ocorrer no período máximo de seis meses a contar da realização das horas extras. Já o § 6º autorizou a

¹⁸³Assim restou afirmada a tese em repercussão geral: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”. (STF, Pleno, RE 590.415/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Data de Publicação DJ: 29.05.2015).

¹⁸⁴Citamos os fundamentos do voto do relator Ministro Luís Roberto Barroso: “Diferentemente do que ocorre com o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho, que emerge com nova força após a Constituição de 1988, tem nas relações grupais a sua categoria básica. O empregador, ente coletivo provido de poder econômico, contrapõe-se à categoria dos empregados, ente também coletivo, representado pelo respectivo sindicato e munido de considerável poder de barganha, assegurado, exemplificativamente, pelas prerrogativas de atuação sindical, pelo direito de mobilização, pelo poder social de pressão e de greve. No âmbito do direito coletivo, não se verifica, portanto, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. [...] Ao contrário, o direito coletivo do trabalho, em virtude de suas particularidades, é regido por princípios próprios, entre os quais se destaca o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, que impõe o tratamento semelhante a ambos os sujeitos coletivos – empregador e categoria de empregados”. (STF, Pleno, RE 590.415/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Data de Publicação DJ: 29.05.2015).

¹⁸⁵ **“OJ-SDI1-270 PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS (inserida em 27.09.2002)** A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo”.

¹⁸⁶ “Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho [...] § 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses. § 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês”.

compensação das horas extraordinárias, também pela esfera individual, mas por acordo tácito ou escrito, desde que as folgas sejam concedidas no mesmo mês¹⁸⁷.

Ressaltamos que a compensação de sobrejornada, através da via individual, vai de encontro ao previsto no inciso XIII do Art. 7º da Constituição¹⁸⁸. O referido dispositivo constitucional permite a compensação de horários, desde que esta seja prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho, sendo ao nosso juízo, inconstitucional a norma infraconstitucional que dispensa a prévia autorização coletiva por parte dos trabalhadores.

A prescindibilidade da anuência coletiva igualmente encontrou espaço no novel Art. 59-A¹⁸⁹, o qual permite, tanto através de acordo individual escrito, como por acordo ou convenção coletiva de trabalho, a adoção do regime laboral de doze horas de trabalho, compensáveis com trinta e seis horas de descanso. Entendemos que o referido dispositivo, pelo menos em relação a negociação individual é inconstitucional, por desrespeito ao já citado inciso XIII do Art. 7º da Constituição, haja vista que tal modalidade de trabalho somente poderia restar autorizada pela vontade coletiva dos trabalhadores, representados pelo respectivo sindicato.

Também restou reservada à via individual a definição quanto aos horários dos dois repousos especiais de trinta minutos cada um, destinados à amamentação. Conforme o § 2º do Art. 396¹⁹⁰ acrescido pela Lei 13.467/2017, os mesmos podem ser definidos através de acordo individual entre a mulher e o empregador. Ao contrário da compensação de sobrejornada, a qual a Lei Maior exige a anuência coletiva, o estabelecimento dos horários de repouso prescinde da manifestação de vontade além da individual.

¹⁸⁷ Observamos que o § 6º é expresse quanto ao requisito de compensação das horas extras dentro do mesmo mês, não admitindo que a inatividade seja oportunizada até o período de um mês.

¹⁸⁸ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

¹⁸⁹ “Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação”.

¹⁹⁰ “Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um. [...] § 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador”.

A nova redação do § 1º do Art. 134¹⁹¹ permitiu o fracionamento das férias em até três períodos, desde que um deles não seja inferior a quatorze dias e os demais sejam de pelo menos cinco dias. Como requisito o dispositivo exige a concordância do empregado, o qual na hipótese de não aquiescência, seguramente estará sujeito ao destino daqueles que não seguem os interesses do empregador, em um sistema normativo no qual não há instrumentos que impeçam a dispensa imotivada do trabalhador. A redação anterior do § 1º¹⁹², incluso em 1977 pelo Decreto Lei nº 1.535, permitia o fracionamento apenas de forma excepcional e em no máximo dois períodos.

No que tange ao término do contrato individual de trabalho, o Art. 477-A¹⁹³ equiparou as dispensas realizadas de forma plúrima ou coletiva às resilições individuais, eximindo a prévia autorização da entidade sindical para efetivação destas. O dispositivo ora acrescido vai de encontro a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹⁹⁴, a qual exige prévia consulta aos

¹⁹¹ “Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subseqüentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito. § 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um”.

¹⁹² Nestes termos a redação anterior do §1º do Artigo 134: “§ 1º - Somente em casos excepcionais serão as férias concedidas em 2 (dois) períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 10 (dez) dias corridos”.

¹⁹³ “Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.

¹⁹⁴ O Artigo 13 da Convenção nº 158 da OIT não menciona expressamente o termo “dispensa coletiva”, mas sim o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos estruturais ou análogos: “Artigo 13 1. Quando o empregador prever términos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos; a) Proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos menos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos: b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos. 2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal. 3. Para efeitos do presente artigo, a expressão “representantes dos trabalhadores interessados” aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou a prática nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os Representantes dos Trabalhadores, em 1971”.

representantes dos trabalhadores¹⁹⁵, visando a redução dos danos ensejados pelas dispensas. Atentamos que a referida Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio em 1996, através do Decreto nº 1.885, sendo denunciada no mesmo ano, mediante o Decreto nº 2.100.

Ainda em relação ao término do contrato de trabalho, o Art. 484-A¹⁹⁶ de forma inovatória, facultou às partes acordarem sobre a extinção da relação de emprego. Nesta hipótese: a) o aviso prévio, se indenizado e a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, são devidos pela metade; b) as demais parcelas trabalhistas são devidas em sua integralidade; c) é permitido o saque de apenas 80% dos valores depositados junto à conta vinculada do FGTS; d) é vedado o recebimento do benefício seguro-desemprego.

Anteriormente a inclusão do citado dispositivo, apenas de forma excepcional era permitida a indenização da rescisão contratual de forma reduzida, no caso pela metade, quando configurada culpa recíproca das partes, em relação ao ato determinante do término da relação, conforme previsto no inalterado Art. 484¹⁹⁷. A inclusão da regra do Art. 484-A, somada a do Art. 477-A, em que pese não signifiquem uma atrofia do princípio da continuidade¹⁹⁸, seguramente acarretam a

¹⁹⁵No sistema juslaboral brasileiro a representação dos trabalhadores, visando a defesa dos interesses da categoria cabe aos sindicatos, os quais obrigatoriamente também devem participar das negociações coletivas de trabalho, conforme previsão do Artigo 8º, III e VI da Constituição Federal: “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; [...] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

¹⁹⁶“Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: I - por metade: a) o aviso prévio, se indenizado; e b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. § 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos. § 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego”.

¹⁹⁷“Art. 484 - Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal de trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade”.

¹⁹⁸Sobre o princípio da continuidade, citamos o conceito de Genro: “Trata-se de buscar, não só nas relações contratuais, como nas normas que regulam estas relações, bem como na oneração legal da rescisão, determinações para que o vínculo de emprego seja mantido. O princípio de continuidade busca, nas relações contratuais, nos institutos sobre a estabilidade, no regulamento do empregador, sempre interpretações favoráveis a continuidade do vínculo. Tal princípio revela uma tendência do direito burguês em entender o contrato de trabalho como contrato de “interesse público””. GENRO, Tarso Fernando. **Direito individual do trabalho**: uma abordagem crítica. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1994, p. 76. Em relação às projeções do princípio da continuidade, nos valem da lição de Plá Rodriguez: “1) preferência pelos contratos de duração indefinida; 2) amplitude para admissão das transformações do contrato; 3) facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou

atenuação deste¹⁹⁹.

O Art. 507-B²⁰⁰ permite a empregado e empregador firmarem termo de quitação anual das obrigações trabalhistas, inclusive após o término da vigência do contrato. O termo deverá ser realizado perante o sindicato dos empregados da categoria, operando-se a eficácia liberatória em relação às parcelas nele especificadas. Ao nosso ver a referida norma não restringe uma posterior análise judicial quanto à satisfatória contraprestação realizada pelo empregador no que tange às parcelas discriminadas junto ao termo de quitação anual, especialmente as decorrentes dos direitos previstos junto ao Art. 7º da Constituição Federal.

A competência da Justiça do Trabalho restou ampliada, através da inclusão da alínea “f” junto ao Art. 652²⁰¹, a qual determina que cabe à justiça especializada a decisão quanto a homologação do acordo extrajudicial em matéria trabalhista. O processo homologatório foi regulamentado pelo novel capítulo III-A (do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial), nos Arts. 855-B a 855-E²⁰².

No referido processo é obrigatória a representação das partes através de um advogado, o qual não poderá ser o mesmo para ambas, sendo dispensada a participação ou assistência do sindicato obreiro. O processo de homologação não prejudicará a fluência do prazo para satisfação das verbas decorrentes do término do contrato de trabalho²⁰³, nem eximirá o empregador do pagamento da multa

nulidades em que se haja incorrido; 4) resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato, por vontade patronal; 5) interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões; e 6) manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador”. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 143.

¹⁹⁹DORNELES, Leandro do Amaral. *Op.cit.* 2018, p. 83.

²⁰⁰ “Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria. Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas”.

²⁰¹ “Art. 652. Compete às Varas do Trabalho: [...] f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

²⁰² “Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado. § 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum. § 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria. Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação. Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença. Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados. Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo”.

²⁰³ Neste sentido o § 6º do Artigo 477 da CLT: “Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o

estabelecida no § 8º do Art. 477 da CLT²⁰⁴.

A petição de homologação suspenderá o prazo prescricional de ação em relação aos direitos discriminados junto ao petitório, cessando a suspensão no dia útil após o trânsito em julgado da decisão denegatória da homologação do acordo. Ressaltamos que não compete ao juízo trabalhista a alteração dos termos estabelecidos pelas partes, cabendo apenas a não homologação do acordo, caso haja fundamentada discordância em relação ao mesmo.

Analisada a evolução histórica do direito laboral, cabe o estudo acerca do contrato individual de trabalho, para o qual se destina nosso próximo capítulo.

empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo. [...] § 6º A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato”.

²⁰⁴ “Art. 477. [...] § 8º - A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora”.

3 CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Este segundo capítulo se dedica ao estudo do contrato individual de trabalho, desde suas noções básicas como conceito e terminologia, seguindo para o seu objeto: a relação de emprego, analisando cada um dos elementos que constituem a mesma, assim como os poderes patronais. Após são abordados os sujeitos da relação, as características do negócio jurídico, as obrigações decorrentes do vínculo.

O capítulo busca, dentro do possível, demonstrar as principais singularidades do contrato individual de trabalho em relação aos demais negócios jurídicos presentes no direito privado.

Ressaltamos que em larga medida, a divisão proposta buscou representar a sistemática adotada nos mais consagrados manuais de direito do trabalho existentes na literatura brasileira, com especial ênfase a estrutura contida junto à obra intitulada *Direito do Trabalho*, de Oliveira e Dorneles²⁰⁵.

3.1 CONCEITO E TERMINOLOGIA

O contrato individual de trabalho encontra previsão no Art. 442 da CLT: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. A referida definição sempre sofreu inúmeras críticas, especialmente no que diz respeito à redundância entre acordo tácito ou expresso e à própria noção de contrato, que simplesmente corresponderia ao referido acordo.

Conforme Dorval de Lacerda, o contrato individual de trabalho resta caracterizado “sempre que um trabalhador consentisse em pôr a sua fôrça de trabalho à disposição de um patrão ou de uma empresa, comprometendo-se aquêle, ou o representante desta, a pagar-lhe, em compensação, um salário”²⁰⁶. A caracterização de contrato para o direito do trabalho foge da acepção jurídica e técnica, haja vista que o conteúdo contratual independe da vontade das partes, quando proveniente de fixação legal ou de convenção coletiva²⁰⁷. Incorporado a esta

²⁰⁵ Vide OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 7-9.

²⁰⁶ LACERDA, Dorval de. **A renúncia no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944, p. 9.

²⁰⁷ Idem, p. 9-10.

característica, Lacerda acresce o fato do contrato de trabalho estar submetido às previsões inseridas no regulamento empresarial, as quais são definidas unilateralmente pelo empregador²⁰⁸.

Desde que preenchido o suporte fático da relação de emprego²⁰⁹, resta formado o contrato individual de trabalho, independentemente da vontade das partes²¹⁰. Neste caso, opera-se a “sobreposição automática da norma tutelar”²¹¹, segundo a qual, as normas trabalhistas, as quais gozam de natureza imperativa, não podem como regra geral, ser objeto de disposição das partes, especialmente pelo trabalhador²¹².

A correspondência entre o contrato individual de trabalho e a relação de emprego também se justifica pelo objeto da relação regulamentada pela CLT²¹³,

²⁰⁸ Neste sentido afirma Lacerda: “Acontece, às vezes, que o estatuto é estabelecido no todo ou em parte por um ato unilateral de uma das vontades intervenientes: a do patrão. É o regulamento de empresa, cuja natureza objetiva é tão nítida quanto a da convenção colectiva. E a ação de tais estatutos e seu conteúdo sobre as partes intervenientes outra coisa não é senão o efeito da ocorrência de um ato-condição, isto é, a admissão”. LACERDA, Dorval de. *Op.cit.* 1944, p. 10.

²⁰⁹ Neste sentido afirma Vilhena: “O contrato de trabalho, ocorridos seus supostos fáticos, cerca-se, em sua tutela, portanto em suas consequências, de limitações e imposições estabelecidas em leis imperativas, que a vontade das partes não pode derogar. Aliás, o princípio da inderrogabilidade, que acompanha o da heteronomia, é fenômeno de apreensão em quase todas as relações jurídicas de direito privado, no chamado tráfico de massa”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 250.

²¹⁰ Assim afirma Camino: “Propositalmente, o legislador quis definir como equivalente relação jurídica e contrato [...] Diante de direito declaradamente tutelar, a rigidez de uma definição purista de contrato, assentada no princípio da autonomia da vontade, ensejaria insuperáveis dificuldades. A flexibilidade da definição legal permite ultrapassar obstáculos intransponíveis à luz da definição de contrato (negócio jurídico pelo qual os seus sujeitos criam, modificam ou extinguem direito). Não fora a apregoada “imprecisão” legislativa, seria impossível adaptar as inúmeras hipóteses de relações de trabalho que emergem no plano fático à conceituação ortodoxa de contrato. Assumidamente, o legislador desapegou-se da forma para dar conteúdo à norma definidora do contrato de trabalho, numa demonstração de fidelidade aos princípios informadores do direito do trabalho, com ênfase, aqui, à primazia da realidade”. CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 249.

²¹¹ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 250.

²¹² Conforme Carmino: “Casos há em que a relação de emprego emerge pela vontade do Estado (leia-se da lei), ao arrepio da vontade explícita dos contratantes. Tal decorre da indisponibilidade da relação de emprego *ex vi legis*, irrenunciável para o empregado. Retira-se do âmbito da autonomia da vontade, quando trabalha para outrem segundo a tipificação do art. 3º da CLT, a possibilidade de “não querer” ser empregado. Em tais situações-limite, a lei atua sobre a realidade dos fatos com toda a força da sua cogência. A regra do art. 9º da CLT, segundo a qual são nulos de pleno direito - portanto, absolutamente nulos - os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos legais, volta-se, também, contra a vontade do emprego, para protegê-lo. Há presunção legal de querer coagido quando o empregado abdica da relação de emprego”. CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 250.

²¹³ Arion Sayão Romita faz uma importante relação entre as fronteiras do direito do trabalho e a evolução histórica do instituto: “A delimitação dos domínios de aplicação do Direito do Trabalho na verdade constitui objeto de medidas de política social, depende da realidade histórica em dado momento e lugar. A afirmação de que o contrato de trabalho configura o domínio de eleição do direito obreiro, e que determina rigorosamente os limites do campo de atuação de suas normas, leva em conta o estágio atual de sua evolução histórica”. ROMITA, Arion Sayão. Conceito objetivo de

sendo a relação de emprego subespécie de relação de trabalho²¹⁴. Neste sentido, as relações de trabalho não se resumem à relação de emprego, mas os dispositivos celetistas, como regra geral sim²¹⁵.

O contrato individual de trabalho pode ser definido como “o acordo pelo qual uma pessoa natural se compromete a prestar serviços não eventuais a outra pessoa natural ou jurídica, em seu proveito e sob suas ordens, mediante salário”²¹⁶. A referida conceituação não se distancia da previsão do Art. 442 da CLT, bem como das próprias definições de emprego e empregador propostas pela norma celetista.

Destacamos que o contrato de trabalho, no que tange ao prestador de serviço, não se limita a garantir o salário do empregado, mas todas as normas de proteção voltadas à melhoria da condição social dos trabalhadores, previstas na CLT, ao longo do Art. 7º da Constituição Federal, bem como as de cunho previdenciário²¹⁷.

3.2 OBJETO

Conforme já referido, o objeto, ou no caso o próprio suporte fático do contrato individual de trabalho, é a relação de emprego²¹⁸, cabendo, portanto, analisar o que constitui esta vinculação. A CLT não traz um conceito expresso de relação de emprego, limitando-se a trazer as definições de empregado²¹⁹ e empregador²²⁰, das quais se extraem os elementos essenciais aptos a configurar o vínculo empregatício entre as partes, quais sejam: a) pessoalidade; b) não eventualidade; c) onerosidade;

subordinação. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, n. 148, p. 75-87, out./dez. 1978, p. 80.

²¹⁴ Segundo Catharino: “trabalhador é gênero, do qual empregado é espécie. Seria rematado absurdo falar-se em empregado autônomo [...]. Daí a correção lógica: *contrato de emprego é espécie do gênero contrato de trabalho, já que nem todo trabalhador é empregado, mas todo e qualquer emprego é trabalhador*”. CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 218.

²¹⁵ Observamos que não constitui objeto do presente trabalho as demais espécies de contrato de trabalho.

²¹⁶ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Op.cit.* 2014, p. 198.

²¹⁷ Neste sentido Lacerda afirma: “fôrça é convir, a importância dêsse capítulo do Direito do Trabalho não reside apenas no fato de compreender a remuneração do trabalhador, mas, também, na circunstância de ser êle quem dá a êste último o título necessário para usufruir todos os benefícios da legalização social, eis que é dêle que emana a conceituação do que seja empregado - o que importa dizer: é êle quem habilita o homem à posse dos direitos que a legislação social confere ao empregado”. LACERDA, Dorval de. *Op.cit.* 1944, p. 17.

²¹⁸ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 252.

²¹⁹ “Art. 3º: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

²²⁰ “Art. 2º: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

d) subordinação jurídica. Acerca dos componentes indispensáveis à relação de emprego é que passaremos a tratar no próximo ponto²²¹.

3.2.1 Pessoaalidade

A pessoaalidade corrobora a tese de que o direito do trabalho, em que pese sua feição protecionista ao trabalhador, igualmente busca salvaguardar os legítimos interesses empresariais necessários ao correto desenvolvimento e aproveitamento dos meios de produção, no qual se insere a força de trabalho, seja de ordem física ou intelectual, disponibilizada pelo prestador²²². Neste sentido, a pessoaalidade justifica a incidência de uma série de normas objetivando adequar as condutas do trabalhador à conveniência do tomador²²³.

Como pressuposto da pessoaalidade, o trabalho deve ser prestado por uma pessoa natural (pessoa física)²²⁴, sendo esta, portanto, “uma obrigação infungível, personalíssima e intransferível, *intuitu personae*”²²⁵. Em decorrência da natureza *intuitu personae* da relação jurídica, o empregado não pode se fazer representar por outro trabalhador perante seu empregador, mesmo que este possua maior capacidade e/ou não comprovados efetivos prejuízos ao tomador²²⁶.

²²¹ Não desconhecemos que a doutrina possa trazer outros requisitos para caracterização da relação de emprego, como, por exemplo, a Alteridade (assunção de riscos). Neste sentido *vide* MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2018, p. 176. Respeitando posicionamentos em contrário, entendemos que a alteridade é uma característica e não um requisito do vínculo empregatício, haja vista que o trabalhador coloca sua força de trabalho à disposição do proprietário dos meios de produção e do capital necessários à realização da atividade. Através da aplicação desta particularidade, eventuais prejuízos decorrentes dos riscos da relação contratual devem ser suportados pelo empregador e não pelo trabalhador.

²²² Barassi explica que não existe um trabalho puramente física ou intelectual, em que pese possa haver uma prevalência de um sobre o outro. BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Alfa, 1953, p. 280.

²²³ Neste sentido, Vilhena: “Quando se menciona pessoaalidade não se cogita apenas da tutela da pessoa do trabalhador ou da tutela do trabalho. A tutela da atividade empresarial também é resguardada por uma rede de normas que se dirigem à conduta do prestador de serviços e que prevêem sanções para qualquer desvio cometido e do qual advenha prejuízo para o regular andamento da atividade”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 396.

²²⁴ Conforme Barassi, ao contrário da pessoa jurídica, somente a pessoa natural pode fornecer energia de trabalho. BARASSI, Ludovico. *Op.cit.* 1953, p. 279.

²²⁵ OLIVEIRA, Cínthia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 47. Barros afirma que obrigação é personalíssima, mas não infungível, pois comumente o empregador pode substituir um empregado por outro, tendo em conta a homogeneidade da qualificação profissional dos trabalhadores. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 159.

²²⁶ Segundo Vilhena: “não há empregado de empregado. O empregado deste é empregado de quem seja o primeiro e originário empregador. Fazendo-se a síntese, completa-se o teorema: o empregado do empregado é ipso facto empregado do empregador”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 397.

Conforme Oliveira e Dorneles²²⁷, dentre os desdobramentos da personalidade, constata-se: a) inseparabilidade entre o sujeito (empregado) e o objeto (prestação de serviço) da relação contratual²²⁸; b) voluntariedade (caráter não coercitivo) na prestação de serviços²²⁹; c) singularidade na prestação²³⁰; d) consagração dos deveres contratuais acessórios de natureza não patrimonial; e) tutela e prevalência dos direitos fundamentais de personalidade do empregado no ambiente laboral; f) impossibilidade de uma pessoa jurídica ser empregado.

Ressaltamos que a personalidade, em relação ao empregador, “não é elemento chave”²³¹. Na ocorrência de sucessão de empregadores, nos termos dos Arts. 10 e 448 da CLT²³², o contrato individual de trabalho não deverá sofrer prejuízos²³³. A ausência de personalidade em relação ao tomador dos serviços se justifica tanto pelo princípio da continuidade da relação de emprego²³⁴, como pelo fato do sócio, detentor do capital, poder se separar deste, enquanto o trabalhador está sempre inserido na empresa, haja vista a inseparabilidade entre o prestador e a energia utilizada pelo contratante²³⁵.

3.2.2 Não eventualidade

A não eventualidade facilmente é associada com a ideia de continuidade da prestação de serviço. Porém, tais conceitos em que pese próximos, não podem ser confundidos. Serviço não eventual, mais do que uma noção de simples lapso temporal, transcende o mesmo, vez que deve ser associado à própria

²²⁷ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 47-48.

²²⁸ Conforme Montoya Melgar : “Essa inseparabilidade entre o trabalho e a pessoa que o realiza é, finalmente, a que provocou a intensa atividade intervencionista do Estado; a implicação da pessoa do trabalhador na atividade laboral determina uma exigência de tutela de sua liberdade e sua personalidade”. MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del trabajo**. 35. ed. Madrid: Tecnos, 2014, p. 38. Original em espanhol.

²²⁹ Acerca do caráter não coercitivo da prestação de serviço, *vide* MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Op.cit.* 2014, p. 39.

²³⁰ Sobre a importância das qualidades pessoais do empregado, *vide* RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 462.

²³¹ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 47.

²³² “Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”. “Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”.

²³³ Acerca do trabalhador que presta serviços para um grupo econômico de empresas, *vide*, CAMERLYNCK, G. H.; LYON-CAEN, G. **Derecho del trabajo**. 5. ed. Madrid: Aguilar, 1974, p. 261-262.

²³⁴ Em relação ao princípio da continuidade, *vide* SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999, p. 144-146.

²³⁵ BARASSI, Ludovico. *Op.cit.* 1953, p. 265.

essencialidade da atividade para a dinâmica empresarial do contratante dos serviços²³⁶.

Conforme afirma Camino “Não é o lapso de tempo o seu fator determinante, mas a natureza do trabalho (...) alguém pode ser empregado trabalhando durante diminuto espaço de tempo e não o ser, mesmo trabalhando durante largo espaço de tempo”²³⁷. Mesmo que a atividade seja prestada de forma intermitente e com lapsos de tempo que superem os padrões habituais de prestação de serviço, desde que o labor se mostre essencial a regular atividade do tomador e preenchidos os demais requisitos (pessoalidade, onerosidade e subordinação), configurada será a relação de emprego²³⁸.

Observamos que a essencialidade da prestação de serviço não diz respeito apenas à atividade-fim do prestador do serviço, considerando-se também serviço não eventual aquele relacionado à atividade-meio do tomador, desde que necessário a dinâmica empresarial²³⁹.

Mas então, o que são serviços eventuais? Em que pese a simples solução aponte para o que não se enquadre como trabalho não eventual, a resolução do problema, haja vista que não há um critério matemático ligado ao lapso temporal, exige um pouco mais de reflexão. Conforme Vilhena²⁴⁰, a análise deve ocorrer primeiramente sob uma perspectiva externa ao prestador de serviço, o qual nas atividades ocasionais “se define como a pessoa que preserva a sua atividade em serviços ofertáveis a outrem, sujeitos a condições prévias e globais de preço”²⁴¹. Em relação ao ângulo do tomador, alinhando-se às noções já apresentadas, na atividade eventual, “esses serviços, em hipótese alguma, não estão catalogados no giro de suas operações técnicas e administrativas nem conexionadas a seus fins”²⁴².

²³⁶ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 188.

²³⁷ *Idem*, p. 189.

²³⁸ Segundo Vilhena: “A expectativa, que é suposto subjetivo da maior significação, mas que é perfeitamente avaliável como situação jurídica tácita e objetivamente configurada, constitui elemento de convencimento da existência de trabalho permanente e necessário na empresa”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 417.

²³⁹ Conforme Oliveira e Dorneles: “É o caso, por exemplo, da faxina nas escolas: a escola não precisa de uma faxineira para desenvolver sua atividade-fim - o ensino; mas, embora a faxina não seja essencial, é, pelo menos, permanentemente necessária à escola”. OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 50.

²⁴⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 417.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² *Ibidem*.

As atividades eventuais, em que pese possam ser objeto de tutela jurídica²⁴³, não estão albergadas dentro da dinâmica da relação de emprego. A ausência do enquadramento da atividade eventual dentro da teoria geral da relação de emprego se justifica tanto sob a perspectiva de uma menor necessidade de proteção do prestador do serviço, bem como pela impossibilidade de emprego²⁴⁴ desta força de trabalho, a qual não se encontra sob a “batuta” da empresa.

3.2.3 Onerosidade

Também denominado de assalariamento²⁴⁵, o requisito da onerosidade decorre da própria obrigação das partes²⁴⁶, a do trabalhador de prestar um serviço de natureza produtiva e do contratante de remunerar o serviço prestado²⁴⁷. Conforme Barassi, “o trabalhador se entrega para conseguir uma retribuição”²⁴⁸. Diante disto, constata-se que o contrato de trabalho é oneroso, no qual, segundo Vilhena, há uma “economicidade do interesse que liga as partes em uma relação”²⁴⁹.

Esta economicidade de interesses, a qual se alia às citadas obrigações contratuais das partes, permite que a ausência de contraprestação, desde que presentes os demais requisitos caracterizadores da relação de emprego, não descaracterize o contrato de trabalho²⁵⁰. Na hipótese, resta configurado ato faltoso

²⁴³ Acerca da tutela da atividade humano, ensina Vilhena: “Eventual ou não, o trabalho foi prestado, com um intensivo tónus de pessoalidade, integrou o patrimônio do credor e correspondeu a um desgaste psicofísico de seu prestador. Esse são os supostos fundamentais que dão nascimento à tutela jurídica no Direito do Trabalho”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 415.

²⁴⁴ Em relação ao ato de empregar para o direito do trabalho, Camino afirma: “Empregar não significa simplesmente “dar emprego” [...]. O empresário que “emprega” a força de trabalho de outrem (o “empregado”), dela faz uso, serve-se, aproveita-se para atingir fins econômicos, apropria-se, enfim, dessa força e, conseqüentemente, dispõe do próprio trabalhador. É indispensável compreender esse exato significado do termo empregar para nos darmos conta do que implica, efetivamente, ser empregador (sujeito que emprega) e empregado (sujeito do emprego e, assim, assimilarmos a essência da relação de emprego. Essa percepção essencial certamente nos levará a compreender a razão-de-ser do direito do trabalho e a sua indispensabilidade no Estado de economia capitalista”. CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 186-187.

²⁴⁵ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 196-198.

²⁴⁶ OLIVEIRA, Cínthia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 48.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Tradução livre do autor, no original: “el trabajador se empeña para conseguir una retribución”. BARASSI, Ludovico. *Op.cit.* 1953, p. 344.

²⁴⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 740-741. Segundo Vilhena: “todos os tratadistas classificam o contrato de trabalho como um contrato oneroso (com sinalagma imperfeito), mas não atentam para a economicidade do interesse que liga as partes em uma relação, salvo o estritíssimo elenco das situações esporádicas, em que se admite o trabalho gratuito”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 740-741.

²⁵⁰ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 196.

do empregador, o qual, inclusive, permite a denúncia do contrato por iniciativa do trabalhador, nos termos do Art. 483, “d” da CLT²⁵¹. Há onerosidade mesmo que não tenha sido ajustado pelas partes qualquer forma de remuneração ou a mesma ocorra através de parcelas *in natura*, desde que a atividade seja despendida na busca do salário²⁵².

Existem hipóteses nas quais o trabalhador disponibiliza sua força de trabalho sem interesse econômico, não caracterizando a onerosidade da relação contratual²⁵³. Tais situações ocorrem quando a pessoa presta serviço com finalidade benevolente e/ou ideológica, em atividades sem fins lucrativos, tais como instituições religiosas, filantrópicas ou políticas²⁵⁴. Aquele que entrega seu próprio trabalho sem fins lucrativos, mas com propósitos altruísticos, não deve ser considerado trabalhador para o direito do trabalho²⁵⁵.

3.2.4 Subordinação jurídica

Em que pese a CLT não faça distinção valorativa entre os elementos que compõem o vínculo de emprego, a subordinação jurídica é considerada o requisito nuclear para fins de configuração da relação de emprego²⁵⁶. Em verdade, a CLT não prevê a subordinação, mas sim a dependência²⁵⁷.

²⁵¹ “Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: [...] d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato”.

²⁵² Neste sentido Camino: “Em se tratando de trabalho prestado em favor de empresa, atividade econômica por excelência, será sempre produtivo e, portanto, assalariado. Impensável admitir gratuidade em tal contexto. Se o trabalhador foi admitido para entregar força de trabalho em atividade econômica, está implícito que o fez na busca de salário”. CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 196.

²⁵³ Salientamos que tais situações são excepcionais, restando presumível a característica onerosa da relação. Neste sentido afirma Vilhena: “Insiste-se que não se presume a prestação de trabalho gratuito ou a título de benemerência, pois o contrato de trabalho é contrato oneroso, de troca, com prestações correspectivas e sinalagmático”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 741.

²⁵⁴ Camino bem observa quanto a não presunção de onerosidade em tais situações: “Ao contrário do que ocorre na empresa, onde a prestação de trabalho é presumivelmente onerosa, não há tal presunção em favor do trabalho prestado no âmbito de instituições sem fins lucrativos, equiparadas a empregador apenas quando contratam empregados para a consecução desses fins. Aqui ter-se-á o cuidado de ver se o trabalho tem caráter profissional, ou se a atividade ali praticada é decorrência da identificação com a causa de tais entidades. A legislação tutelar do trabalho não pode servir aos objetivos escusos de filantropos arrependidos, cabos eleitorais frustrados ou devotos contritos”. CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 196.

²⁵⁵ BARASSI, Ludovico. *Op.cit.* 1953, p. 346.

²⁵⁶ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 50.

²⁵⁷ Arion Sayão Romita lembra que a dependência é apontada pela maioria dos sistemas juslaborais como o elemento diferenciador para fins de caracterização da relação de emprego. ROMITA, Arion Sayão. *Op.cit.* 1978, p. 76. Segundo Vilhena: “nada mais pacífico e controvertido, em Direito do Trabalho [...]. Pacífico como linha divisória, controvertido como dado conceitual”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 510.

Dorval de Lacerda²⁵⁸ afirma que a legislação brasileira optou por empregar a expressão “dependência”, pois esta permite uma conceituação mais ampla, albergando tanto a subordinação jurídica quanto a econômica. Segundo o autor, tal escolha obedece aos bons princípios, assim como segue a anterior jurisprudência brasileira, a qual admitia que a existência de dependência econômica era suficiente para o reconhecimento da relação de emprego.

Segundo Dorval de Lacerda, a utilização do critério da dependência econômica busca a proteção dos trabalhadores economicamente fracos, os quais Cesarino Júnior chama de hipossuficientes²⁵⁹. Contrário censo, não estaria se conferindo tutela aos trabalhadores dependentes econômicos, mas não subordinados ou seria necessário enaltecer o conceito de subordinação, o qual foge dos ensinamentos doutrinários²⁶⁰.

À medida que o direito do trabalho passou a albergar relações de trabalho distantes do ambiente fabril no qual surgiu o instituto laboral, dado o caráter expansionista do direito do trabalho, o conceito de dependência passou a ganhar novos contornos, tentando superar as limitações iniciais do século XIX²⁶¹. Além da releitura da relação de emprego diante da dilatação do direito do trabalho, as constantes transformações dos fenômenos sociais existentes no mundo do trabalho também exigem que os elementos definidores do vínculo empregatício se adaptem às novas demandas, sob pena que não atender às necessidades sociais.

Conforme Arion Sayão Romita²⁶², a jurisprudência passou a adotar o critério da subordinação jurídica, deixando de lado os critérios econômicos e técnicos como caracterizadores da dependência do trabalhador para com o contratante. No plano internacional também restou reconhecida a vagueza do critério da dependência econômica, enaltecendo-se a subordinação jurídica como o traço distintivo entre o trabalho assalariado e o autônomo. Neste sentido afirmam Rouast e Durand:

Em vez da ideia demasiadamente vaga de dependência econômica, é necessário admitir como critério de distinção do contrato de trabalho do contrato de empresa o vínculo jurídico de subordinação que une o trabalhador àquele com quem ele se engaja. Se ele concordar em trabalhar sob a direção deste último, executando as ordens que ele lhe dá para a

²⁵⁸ LACERDA, Dorval de. *Op.cit.* 1944, p. 22-23.

²⁵⁹ *Idem*, p. 31-32.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 190.

²⁶² ROMITA, Arion Sayão. *Op.cit.* 1978, p. 76-77.

execução de seu trabalho, há um contrato de emprego. Se, pelo contrário, ele mantém sua independência e se compromete apenas a entregar uma determinada obra, existe um contrato de empreendimento. A situação social das pessoas em questão não importa: o engenheiro está vinculado por um contrato de trabalho da mesma forma que o trabalhador; o pedreiro que trabalha em tarefas especiais, como escavação ou registro, está vinculado por um contrato de empresa²⁶³.

A doutrina, especialmente a brasileira, classifica a natureza da subordinação jurídica, como objetiva ou subjetiva, sendo esta última a tese majoritariamente acolhida pela jurisprudência e doutrina nacional²⁶⁴.

Segundo Arion Sayão, a subordinação jurídica subjetiva “seria o lado passivo do poder de comando do empregador, isto é, a faculdade, que lhe é reconhecida, de determinar o conteúdo das prestações de trabalho”²⁶⁵. Em sentido parcialmente distinto, Palma Ramalho, tendo em vista o poder disciplinar, entende que a subordinação jurídica não se limita ao papel de contraface do poder de direção:

a subordinação jurídica corresponde a um estado pessoal do trabalhador no seio do vínculo laboral e a não uma qualidade da actividade de trabalho, porque, tomada só por si, a prestação de um trabalho não se presta a tal qualificativo (...) Ora, se a mesma atividade profissional pode ser desenvolvida tanto num contexto autónomo como num contexto de dependência, não oferece dúvidas que o elemento distintivo da segunda situação é um elemento atinente ao sujeito que a desenvolve: é este sujeito que, por força da celebração do contrato de trabalho aceita colocar-se sob a autoridade do credor²⁶⁶.

Já a perspectiva objetiva da subordinação jurídica enxerga a inserção da atividade do trabalhador junto à empresa²⁶⁷. Este ponto de vista auxilia na introdução de atividades nas quais não transparece *prima facie* a aceção subjetiva, como por exemplo, nos trabalhos a domicílio e nas atividades desenvolvidas

²⁶³ Tradução livre do autor, no original: “Au lieu de l’idée trop imprécise de dépendance économique, il faut admettre comme critérium permettant de distinguer le contrat de travail du contrat d’entreprise le lien juridique de subordination qui unit le travailleur à celui avec qui il s’engage. S’il accepte de travailler sous la direction de celui-ci, en exécutant les ordres qu’il lui donne pour l’exécution de son travail, il y a contrat de travail. Si, au contraire, il garde son indépendance et s’engage seulement à remettre un ouvrage déterminé, il y a contrat d’entreprise. La situation sociale des intéressés importe peu: l’ingénieur est lié par un contrat de travail au même titre que l’ouvrier; le tâcheron qui s’emploie à des besognes spéciales telles que celle de puisatier ou de bûcheron, est lié par un contrat d’entreprise”. ROUAST, André; DURAND, Paul. **Précis de Législation Industrielle (Droit du Travail)**. 4. ed. Paris: Dalloz, 1951, p. 346.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 50.

²⁶⁵ ROMITA, Arion Sayão. *Op.cit.* 1978, p. 83.

²⁶⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 445.

²⁶⁷ ROMITA, Arion Sayão. *Op.cit.* 1978, p. 87.

usualmente por profissionais liberais que possuem autonomia técnica, como médicos e advogados.

Em que pese a doutrina de forma majoritária, entenda que o viés objetivo, por si só não caracteriza a dependência do trabalhador, nos filiamos aqueles que compreendem como complementares e não sobrepostas as perspectivas objetivas e subjetivas da subordinação²⁶⁸. Através de ambas as concepções, resta reconhecida a dependência pessoal do trabalhador em relação ao empregador, acarretando os deveres de obediência²⁶⁹ e de submissão às sanções disciplinares aplicadas pelo contratante²⁷⁰.

Ante a preponderante necessidade de manifestação do caráter subjetivo da subordinação para fins de caracterização do vínculo empregatício, necessário se faz o estudo acerca dos poderes patronais.

3.2.4.1 Os poderes patronais

Os poderes patronais decorrem da própria hierarquia existente na relação de emprego²⁷¹. Conforme Moraes Filho e Moraes, o “poder hierárquico ou administrativo do empregador decorre da própria natureza do contrato de trabalho, do estado de subordinação em que, de maneira contínua e geral, se encontra o empregado”²⁷². Estes poderes são consequência da empresa ser um corpo social, sendo necessária a organização e coordenação das forças de trabalho, sob pena de imprestabilidade das mesmas²⁷³.

O Art. 2º da CLT define o empregador como empresa, na qual é dirigida a prestação pessoal de serviço. Ocorre que esta prestação de serviço necessita ser coordenada, em decorrência de sua abstração antes da efetiva integração ao empreendimento empresarial²⁷⁴.

²⁶⁸ Neste sentido ROMITA, Arion Sayão. *Op.cit.* 1978, p. 85.

²⁶⁹ Observamos que este dever de obediência não é absoluto, reconhecendo-se, inclusive, o direito de resistência quando configurada a abusividade. Neste sentido, afirmam Oliveira e Dorneles: “Tendo em vista que a personalidade do empregado não se anula com o contrato de trabalho, reconhece-lhe-se o direito de resistência em situações abusivas”. OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 50.

²⁷⁰ Palma Ramalho chama de dever de acatamento às sanções disciplinares: RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 447.

²⁷¹ CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 113-114.

²⁷² MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Op.cit.* 2014, p. 214.

²⁷³ CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 113-114.

²⁷⁴ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 52.

Justificado o poder hierárquico, cabe o estudo acerca de sua origem: parte da doutrina compreende que tem origem na propriedade privada²⁷⁵, sendo através do contrato de trabalho que se opera sua instrumentalização. Neste sentido, a relação de trabalho subordinado acaba sendo uma consequência da própria inferioridade econômica e social do trabalhador para com o empresário, a qual através do contrato de trabalho passa a ser jurídica²⁷⁶.

Em sentido diverso, parte da literatura entende que o poder hierárquico não tem como fonte a propriedade privada, mas sim a responsabilidade do empresário dentro do sistema capitalista, no qual deve garantir produção e comércio, bem como assegurar o bem comum dos seus trabalhadores²⁷⁷.

Já modernamente, a doutrina busca no contrato o fundamento dos poderes patronais, haja vista a larga indeterminação contida na obrigação assumida pelo empregado²⁷⁸. Conforme Gomes e Gottschalk “Nos outros contratos, o credor de acordo com o devedor apenas fixa o *objeto* da obrigação e o preço. No contrato de trabalho, o empregador adquire um direito de direção *contínua* sobre a atividade do empregado, durante o curso da relação”²⁷⁹.

Quanto ao modo de exercício dos poderes patronais, estes somente podem ser empreendidos em sentido vertical²⁸⁰, podendo ter como titular o próprio empregador (subordinação direta) ou aqueles que estão investidos em cargo de chefia (subordinação indireta)²⁸¹. Apenas de forma excepcional um terceiro a relação contratual pode exercer os poderes patronais, como ocorre nos contratos de trabalho temporário regulados pela Lei nº 6.019/74²⁸².

Observamos que as condições hierárquicas dentro de uma empresa não são uniformes, havendo graus hierárquicos muito variáveis²⁸³, justificados pela própria base heterógena existente na empresa²⁸⁴. A ausência de isonomia na incidência do poder hierárquico, pode vir a colidir com o princípio constitucional fundamental da

²⁷⁵ CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 115.

²⁷⁶ LACERDA, Dorval de. *Op.cit.* 1944, p. 45.

²⁷⁷ Neste sentido ROUAST, André; DURAND, Paul. *Op.cit.* 1951, p. 113.

²⁷⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 70.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ Neste sentido CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 114.

²⁸¹ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 53.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 115.

²⁸⁴ ROUAST, André; DURAND, Paul. *Op.cit.* 1951, p. 112.

igualdade, previsto em nosso ordenamento junto ao Art. 5º, caput da Constituição Federal²⁸⁵.

Em que pese o trabalhador se encontre naquilo que Palma Ramalho chama de estado de sujeição dentro de uma situação passiva complexa²⁸⁶, os poderes do empregador possuem limites²⁸⁷. Conforme Oliveira e Dorneles²⁸⁸, estas limitações podem se dar de três formas: a) *internas* (ou intrínsecas), fornecidas pelas efetivas necessidades empresariais²⁸⁹; b) *externas* (ou extrínsecas), dispostas pelos direitos de personalidade do trabalhador²⁹⁰; c) *voluntárias*, as quais restam ajustadas junto ao contrato de trabalho e ao regulamento empresarial.

Das limitações dos poderes patronais, surge a figura do *ius resistentiae*. Através da mesma o empregado poder se recusar aos comandos do credor que ultrapassem os limites já referidos²⁹¹. O direito de resistência do trabalhador é uma excepcionalidade dentro da relação de emprego, devendo esta ser legal e não abusiva²⁹². Ponderamos que na grande maioria das vezes na esfera individual, ante a dependência econômica do trabalhador em relação ao empregador, a figura da resistência obreira resta esvaecida em detrimento das necessidades de ordem

²⁸⁵ Em relação à incidência do princípio da igualdade na empresa, Supiot afirma: “Esta legalização do poder patronal se expressa, da mesma forma, através da penetração do princípio da igualdade dentro da empresa, que se traduz em um aumento regular do âmbito das discriminações proibidas”. SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2008, p. 77. (original em espanhol).

²⁸⁶ Segundo a autora, através dos poderes do empregador, o trabalhador se encontra “investido numa situação passiva complexa”, sob a qual figura o poder de obediência, bem como o dever de acatamento das sanções disciplinares regularmente impostas pelo empregador, sendo que esta última hipótese reconduz tecnicamente o trabalhador a um *estado de sujeição*: RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 446.

²⁸⁷ Supiot faz um importante esboço de como os poderes patronais anteriormente eram concebidos como se apenas encontrassem limite na legislação penal: “Caracterizado pela subordinação jurídica, o contrato de trabalho submete o empregado ao poder do empregador. Até uma época recente, este poder não conhecia outros limites senão aqueles da lei penal. Ao franquear as portas da empresa, o trabalhador abdicava de toda a liberdade e penetrava dentro de uma ordem normativa privada, completamente dependente da vontade patronal. Esta era uma das razões que conduziram certos juristas a defender a ideia de que a empresa era uma instituição com suas leis próprias e que o interesse da empresa, mais além da divergência de interesses patronais e salariais, devia ser, ao mesmo tempo, o fundamento e a medida dos poderes do chefe da empresa”. SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2008, p. 76. Original em espanhol.

²⁸⁸ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 53.

²⁸⁹ Conforme Supiot: “o empregador não é mais o único juiz em exercício de seu poder de direção e suas decisões dependem de um controle de proporcionalidade e de desvio de poder”. SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2008, p. 79. Original em espanhol.

²⁹⁰ Os limites externos não são uma novidade, pelo menos na doutrina estrangeira. Neste sentido já em 1951 Rouast e Durand afirmavam que o poder patronal deveria se conformar “às exigências da ordem pública ou dos bons costumes (ataques à integridade física, a moralidade, às convicções religiosas do empregado)”. ROUAST, André; DURAND, Paul. *Op.cit.* 1951, p. 117. Original em francês.

²⁹¹ MARANHÃO, Délio. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999, v. 1, p. 253.

²⁹² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 1000.

existencial que prevalecem em primeiro plano, quando da ponderação entre a resistência e a sobrevivência.

Em relação às prerrogativas patronais, o empregador possui três. Conforme Rouast e Durand: “Ele está investido de um poder legislativo, um poder de direção e um poder disciplinar. Assim, como um legislador, um administrador e um juiz, a empresa lembra a sociedade política”²⁹³. Através de tal premissa a doutrina tradicionalmente divide os poderes patronais em três espécies²⁹⁴: a) regulamentar; b) de direção; c) disciplinar. Em relação a estas divisões é que nosso estudo se dirige.

3.2.4.1.1 Poder Regulamentar

A CLT em que pese faça algumas poucas remissões ao regulamento empresarial não disciplina o mesmo, sendo apenas uma faculdade a sua existência²⁹⁵. Mas, “ao introduzi-lo, o empregador se auto-obriga”²⁹⁶. De forma diversa, no ordenamento outros países, com por exemplo, da França²⁹⁷ e de Portugal²⁹⁸, há uma série de previsões a serem observadas na elaboração, alteração e aplicação dos regulamentos empresariais.

Parte da doutrina classifica o regulamento empresarial como um “ato normativo que decorre do poder diretivo do empregador”²⁹⁹. Não seguimos este entendimento, pois uma vez perfectibilizada a fonte normativa juslaboral³⁰⁰, a

²⁹³ Tradução livre do autor, no original: “L'employeur dispose, comme chef de l'entreprise, de trois prérogatives. Il est investi d'un pouvoir législatif, d'un pouvoir de direction e d'un pouvoir disciplinaire. Ainsi pourvue d'un législateur, d'un administrateur e d'un juge, l'entreprise rappelle la société politique”. ROUAST, André; DURAND, Paul. *Op.cit.* 1951, p. 113.

²⁹⁴ A doutrina não é unânime em relação à divisão dos poderes do empregador. Não desconhecemos aqueles que acrescem a estes três poderes os poderes de controle/fiscalização e de adequação da prestação de serviço às necessidades da atividade. Neste sentido OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 53-54. Entendemos que os referidos poderes, em verdade, inserem-se junto aos poderes de direção patronal, sendo a discordância apenas em relação a forma e não ao conteúdo. Neste mesmo sentido DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 790-791.

²⁹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op.cit.* 2012, p. 711-712.

²⁹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Op.cit.* 2017, p. 385.

²⁹⁷ SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2008, p. 79.

²⁹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 614.

²⁹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op.cit.* 2017, p. 87.

³⁰⁰ Observamos que a doutrina é controvertida em relação ao fato do regulamento empresarial ser uma fonte de direito. Em sentido favorável Cassar afirma: “quando o regimento interno de uma empresa contiver cláusulas garantidoras de direitos gerais, abstratos e impessoais direcionados aos seus trabalhadores, será considerado fonte de direito”. CASSAR, Vólia Bomfim. *Op.cit.* 2017, p. 87. Em entendimento oposto, Catharino afirma: “o regulamento empresário, embora oriundo de ato

mesma se insere aos contratos de trabalho que se encontravam em vigor sob sua égide, não podendo ser alterada unilateralmente pelo empregador em prejuízo do empregado, sob pena de violação ao princípio da condição mais benéfica³⁰¹ disciplinado pelo Art. 468 da CLT³⁰².

Com o advento da Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista), restou incluído o Art. 611-A³⁰³, o qual permite às partes no âmbito coletivo, negociarem sobre o regulamento empresarial (inciso VI do Art. 611-A), com prevalência sobre a própria lei, neste caso o Art. 468 da CLT.

Quanto ao modo de exteriorização, o poder regulamentar não se manifesta apenas através do regulamento empresarial, mas também mediante expedientes e

unilateral, é essencialmente contratual. Sem que o empregado o conheça e o aceite, ele permanece em estado potencial. E por considerarmos contratuais, relação de emprego e regulamento empresarial, achamos que nenhum dos dois é fonte do direito positivo do trabalho. O Empregador, quanto aos seus empregados, tem *direitos* resultantes do contrato, e não *poder regulamentar*. Tecnicamente, poder concedido por alguém a si mesmo é um absurdo jurídico, veículo de arbitrariedade. O contrato gera e disciplina relações jurídicas e não estatui regras". CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 113.

³⁰¹ Neste sentido a Súmula nº 51, I do Tribunal Superior do Trabalho: "**NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005** I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento".

³⁰² "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".

³⁰³ "Art. 611-A: A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. §1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no §3º do art. 8º desta Consolidação. §2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. §3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. §4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito. §5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos".

comunicados, inclusive verbais³⁰⁴. O que reduz esta diversidade de atos a uma única categoria, é a sua legitimidade no poder de direção e o fato das normas terem como destinatário o corpo social da empresa³⁰⁵.

3.2.4.1.2 Poder de Direção

Uma das principais peculiaridades do contrato individual de trabalho, distinguindo-o dos demais negócios jurídicos é a indeterminação ou a generalidade da prestação de serviço, a qual legitima o poder diretivo do empregador³⁰⁶. O poder de direção do contratante manifesta o estado de subordinação do empregado³⁰⁷ ou conforme Catharino o *direito subordinativo* do empregador³⁰⁸.

Após a celebração do contrato de trabalho, além do poder regulamentar disciplinar, o empregador possui aquilo que Monteiro Fernandes chama de *poder determinativo da função e poder conformativo da prestação*³⁰⁹, os quais vão ao encontro da referida indeterminação ou a generalidade da prestação de serviço presente no contrato de trabalho, característica que justifica a subordinação jurídica presente na relação de emprego.

A indeterminação enseja a prerrogativa da adequação das condições de serviço às necessidades da atividade empreendida junto à empresa, através do chamado *jus variandi* o qual “consiste na autonomia que o empregador possui de determinar, de forma unilateral, alterações circunstanciais na prestação de serviços, de forma a adequá-la às necessidades empresariais”³¹⁰. Como exemplos de objeto do *jus variandi*, podemos citar: local de trabalho; horário de trabalho; serviço ou cargo. Ressaltamos que “toda vez que o patrão exceder os limites do poder de variar, abusando deste direito, pode o empregado resistir ao ato abusivo, protegendo-se”³¹¹, através do *ius resistentiae*.

Mesmo sendo o estado de dependência umas das principais características da relação de emprego, dentro da empresa o trabalhador também goza de certa

³⁰⁴ Amauri Mascaro denomina tais prerrogativas de poder de organização. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op.cit.* 2012, p. 712.

³⁰⁵ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 271-272.

³⁰⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 446.

³⁰⁷ ROUAST, André; DURAND, Paul. *Op.cit.* 1951, p. 116-117.

³⁰⁸ CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 216.

³⁰⁹ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 267.

³¹⁰ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 54.

³¹¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op.cit.* 2017, p. 1000.

autonomia, decorrente inclusive de sua própria experiência, sensibilidade e de suas competências técnicas³¹².

Em alguns casos, esta maior autonomia pode ensejar o que Catharino denomina de “rarefação da subordinação”³¹³. Esta maior independência pode ser técnica³¹⁴ ou hierárquica, sendo que a liberdade técnica enseja maior incidência da subordinação, em comparação com a hierárquica³¹⁵.

Conforme já referimos, a subordinação jurídica ganhou prevalência como principal elemento caracterizante da relação de emprego, afastando-se a dependência econômica. Ocorre que tradicionalmente, mesmo quando a subordinação jurídica praticamente não existe, o vínculo entre as partes possui o mesmo regramento das relações nos quais os poderes empresariais incidem plenamente. Tal fenômeno ocorre por aquilo que Catharino chama de “pressão social” sobre o legislador³¹⁶, a qual é uma consequência da própria dependência social e econômica do trabalhador (hipossuficiente)³¹⁷, em relação ao detentor dos meios de produção (auto-suficiente e alguns em casos hipersuficiente). Esta divisão social se atenua na medida em que aumenta a rarefação da subordinação³¹⁸.

³¹² BARASSI, Ludovico. Vol. 1: **Il Diritto del Lavoro. I. Le fonti - il rapporto di lavoro - le qualifiche**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957, p. 391.

³¹³ CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 209-214.

³¹⁴ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 270.

³¹⁵ CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 210.

³¹⁶ Nestes termos afirma Catharino: “Rarefeito o elemento caracterizante do contrato de emprego, sua suficiência decai, do ponto de vista científico. Entretanto, como o trabalho, inseparável da pessoa humana e divorciada da jurídica, é a matéria-prima do correspondente Direito, em constante evolução, sob pressão social, o legislador, quando a subordinação chega próxima a zero, vale-se da insuficiência econômica do trabalhador para considerá-lo como empregado, ou a ele equiparado, para determinados efeitos”. CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 213.

³¹⁷ Valemo-nos da lição de Cesarino Júnior, o qual denomina esta divisão econômica-social de *teoria da hipossuficiência*: “Aos não proprietários, que só possuem sua força de trabalho, denominamos *hipossuficientes*. Aos proprietários de capitais, imóveis, mercadorias, maquinaria, terras, chamamos *auto-suficientes*. Os hipossuficientes estão, em relação aos auto-suficientes, numa situação de hipossuficiência absoluta, pois dependem, para viver e fazer viver sua família, do produto de seu trabalho. Ora, quem lhes oferece oportunidade de trabalho são justamente os auto-suficientes [...]. Mas há ainda uma outra categoria, a dos *hipersuficientes*. Estes são auto-suficientes em posição econômica superior. Os auto-suficientes estão, em relação aos hipersuficientes, numa situação de hipossuficiência *relativa*, pois podem ser eliminados da concorrência pelo hipersuficiente”. CESARINO JÚNIOR, António Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980, p. 44-45. (original grifado).

³¹⁸ Em sentido oposto a tradicional característica expansionista juslaboral, a Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), além de uma série de transformações, introduziu o parágrafo único ao Art. 444 da CLT: “Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou

3.2.4.1.3 Poder de Controle

Consequência da direção da prestação do serviço é a necessidade de seu controle, ensejando em atos de fiscalização realizados pelo empregador. Em que pese alguns juristas entendam que o controle seja realizado sobre o trabalho e não sobre a pessoa do prestador³¹⁹, as principais dificuldades surgem pelo trabalho ser inseparável da pessoa que o presta, assim como pelo elemento de pessoalidade ou repersonalização estar cada vez mais acentuado na relação de emprego³²⁰. Mesmo que se admita que o controle não incida sobre o trabalhador, inegavelmente este pode vir a ser um vetor de possível violação a direitos fundamentais de privacidade e intimidade do empregado³²¹.

O poder de controle “seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetiva ao longo do espaço empresarial interno”³²². Como exemplos, citamos os atos de revista³²³, controle interno de câmeras³²⁴, controle de horário e frequência³²⁵, bem como o monitoramento de ligações telefônicas e correspondências (físicas ou

superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”. Portanto, através de critérios de ordem técnica e econômica, o legislador reduziu a incidência protetiva dos trabalhadores que se enquadrem nos requisitos do referido parágrafo único. A esta categoria de trabalhadores, conforme a citada teoria da hipossuficiência, continuamos denominando como hipossuficientes e não auto-suficientes e muito menos hipersuficientes. Podemos aceitar a redução de tais empregados a hipovulneráveis, pelo menos no tange ao plano técnico e econômico, sendo que o legislador também assim considerou quanto ao aspecto negocial. Em relação à incidência da vulnerabilidade na relação de emprego, *vide* OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 76-97. Acerca da teoria das vulnerabilidades e a reforma trabalhista, *vide* DORNELES, Leandro do Amaral. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. *In*: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. (Orgs.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 68-79.

³¹⁹ Neste sentido: MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 358.

³²⁰ REIS, João Carlos Simões dos *Op.cit.* 2017, p. 256.

³²¹ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 53.

³²² DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2018, p. 790.

³²³ Acerca da possibilidade de revista no local de trabalho, *vide* BARROS, Alice Monteiro de. *Op.cit.* 2017, p. 389.

³²⁴ Em relação à fiscalização por instrumentos visuais, *vide* BARROS, Alice Monteiro de. *Op.cit.* 2017, p. 394.

³²⁵ Salientamos que o controle de horário e frequência, nos estabelecimentos com mais de vinte empregados, deixa de ser uma faculdade para se tornar uma obrigação do empregador, conforme determina o Art. 74, §2º da CLT.

eletrônicas)³²⁶. Em relação aos limites de tais prerrogativas, além do que referimos, inclusive quanto ao direito de resistência³²⁷, entendemos que deve ser observado o princípio da proporcionalidade³²⁸, o qual auxilia na solução de conflitos entre os direitos fundamentais das partes (trabalhador e empresa)³²⁹.

Observamos que os poderes de controle não se destinam exclusivamente aos interesses produtivos da empresa, pois o “empregador é responsável pelos atos que seus empregados pratiquem contra terceiros”³³⁰, conforme determina o Art. 932 do Código Civil³³¹. Quando dizemos terceiros, nos referimos tanto aos trabalhadores que fazem parte do corpo social da empresa, como àqueles que podem ser afetados pela sua atividade e/ou resultado, como por exemplo, os consumidores ou qualquer outra pessoa que não possua relação jurídica com o empregador³³².

3.2.4.1.4 Poder Disciplinar

O poder disciplinar pode ser considerado a manifestação mais incisiva dos poderes patronais³³³. Conforme Rouast e Durand: “o poder disciplinar tem por objeto

³²⁶ A doutrina é bastante divergente em relação a esta possibilidade. Em sentido favorável, *vide* MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2018, p. 359. Em sentido oposto, *Vide* BARROS, Alice Monteiro de. *Op.cit.* 2017, p. 399.

³²⁷ Em relação ao direito de resistência do empregado, remetemos o leitor ao ponto 3.2.4.1 do presente trabalho.

³²⁸ Quanto ao princípio da proporcionalidade, *vide* ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 205.

³²⁹ Molina traz um importante exemplo de aplicação do princípio da proporcionalidade quando da análise acerca da possibilidade de incidência dos atos fiscalizatórios por parte do empregador, *vide* MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 218-219.

³³⁰ Neste sentido: MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2018, p. 359.

³³¹ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

³³² Destacamos que o interesse social autoriza, por exemplo, a submissão de motoristas a exames toxicológicos, conforme determina o Art. 235-B, VII e parágrafo único da CLT: “Art. 235-B. São deveres do motorista profissional empregado: [...] VII - submeter-se a exames toxicológicos com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com sua ampla ciência, pelo menos uma vez a cada 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, podendo ser utilizado para esse fim o exame obrigatório previsto na Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997-Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias. Parágrafo único. A recusa do empregado em submeter-se ao teste ou ao programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica previstos no inciso VII será considerada infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei”.

³³³ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 54.

sancionar as faltas cometidas pelos empregados em caso de violação das ordens gerais ou individuais dadas pelo empregador”³³⁴.

O poder punitivo não encontra paralelo nas demais relações de direito privado. Enquanto na lógica privatista o incumprimento de uma obrigação contratual pode ensejar na reparação material ou moral da parte inadimplente³³⁵, o contrato de trabalho vai além: permite a aplicação de sanções disciplinares, as quais em que pese também atinjam a órbita patrimonial do empregado, transcendem a mesma, visando a pessoa do trabalhador³³⁶.

Em que pese as faltas possam ser distintamente classificadas como inadimplemento de obrigações contratuais e infrações de normas disciplinares³³⁷, a resposta do empregador em relação às mesmas na maioria das vezes visará a pessoa do trabalhador e não meramente a restituição patrimonial, a qual resta autorizada pelo §1º do Art. 462 da CLT³³⁸. Neste sentido, sendo um poder privado, o poder de punição não busca a instrução do empregado no sentido benéfico a este, mas sim garantir a consecução dos interesses do empregador³³⁹.

O exercício dos poderes disciplinares por parte do empregador, sendo analisado distintivamente sob o ponto de vista das dimensões da relação de

³³⁴ Tradução livre do autor, no original: “Le pouvoir disciplinaire a pour objet de sanctionner les fautes commises par les salariés en cas de manquement aux ordres généraux ou individuels donnés par l’employeur”. ROUAST, André; DURAND, Paul. *Op.cit.* 1951, p. 118. Em idêntico sentido GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Op.cit.* 2008, p. 70.

³³⁵ La Cueva explica as dificuldades da responsabilidade civil do trabalhador no âmbito da relação de emprego: “A responsabilidade civil é uma sanção pouco eficaz e, acima de tudo, de difícil aplicação: Por um lado, é essencial acudir aos tribunais para provar a culpa cometida pelo trabalhador e a existência do dano ou prejuízo e acontece frequentemente que a quantidade de danos ou o dano é tão insignificante que seu reparo não compensa o inconveniente e as despesas que implicam um processo, independentemente do fato de que, em muitos casos, os bens do trabalhador não seriam encontrados para tornar efetiva a sentença que decreta o pagamento. Também pode acontecer que nenhum dano ou prejuízo aparente tenha sido causado e que, no entanto, a falta cometida implique um princípio de desordem e um relaxamento da disciplina que deve existir em todos os locais de trabalho”. LA CUEVA, Mario de. *Op.cit.* 1970, p. 585-586. Original em espanhol.

³³⁶ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 274.

³³⁷ Neste sentido Guido Bortolotto *apud* Silva, classificou as faltas junto ao contrato de trabalho: “a) inadimplemento de obrigações contratuais, quais sejam as inexecuções do pacto convencional; b) infrações a normas disciplinares emanadas do poder de direção do empregador; c) atos perturbadores que se constituem em atitudes que afetam o bom andamento da engrenagem empresarial”. SILVA, Carlos Alberto Barata. **Compêndio de direito do trabalho: parte geral e contrato individual de trabalho**. São Paulo: LTr, 1976, p. 222.

³³⁸ “Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo. §1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado”.

³³⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2003. v. 1, p. 182-183.

emprego, obrigacional ou laboral³⁴⁰, enseja na ocorrência do desequilíbrio junto à zona obrigacional do negócio jurídico, ante a posição de domínio do contratante para com o trabalhador³⁴¹. Em relação ao aspecto laboral da relação jurídica, os poderes patronais são instrumento hábil ao alcance dos interesses antagônicos das partes³⁴²: a) o empregador visa atingir a finalidade almejada pelo empreendimento empresarial, a qual não é obrigatoriamente econômica, dirigindo para tanto a força de trabalho de outrem; b) o trabalhador ao colocar-se em estado subordinativo, busca o recebimento de uma contraprestação, a qual na maioria das vezes constitui sua única fonte econômica de subsistência, de forma a não assumir os riscos provenientes de qualquer insucesso.

Esta prerrogativa punitiva patronal, a qual no sistema jurídico brasileiro não encontra a figura do contraditório, ressalta o estado de sujeição do trabalhador dentro da relação de emprego. Dependente da empresa, questiona-se qual a efetiva liberdade contratual³⁴³ do empregado quando sabe que este negócio jurídico permite ao polo oposto o exercício de poderes punitivos, os quais somente na esfera judicial poderão ser anulados, na hipótese de arbitrariedade e/ou a ausência de proporcionalidade, por exemplo³⁴⁴.

3.3 SUJEITOS DA RELAÇÃO

3.3.1 Empregador

O conceito de empregador está previsto no Art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Para o direito

³⁴⁰ Palma Ramalho identifica no contrato de trabalho a zona obrigacional e zona laboral, sendo as mesmas indissociáveis uma da outra. Neste sentido *vide* RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2003. v. 1, p. 152-155.

³⁴¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2003. v. 1, p. 181-182.

³⁴² *Idem*, p. 185.

³⁴³ Conforme Josseland: “O princípio da autonomia da vontade domina incontestavelmente todo nosso direito e lhe imprime um sentido essencialmente liberal”. Original em espanhol. JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Tomo I, Vol. I: teorías generales del derecho y de los derechos. las personas. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 130.

³⁴⁴ Em relação ao controle externo do poder patronal, *vide* RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2003. v. 1, p. 180.

do trabalho, a empresa³⁴⁵ possui três dimensões³⁴⁶: a) estática, subjetiva e dinâmica: a dimensão estática diz respeito a estrutura produtiva empresarial, não “humana”, ou seja, o maquinário, bens, matéria-prima, assim como a tecnologia/expertise; b) a dimensão subjetiva é onde está a força de trabalho, independentemente da predominância física ou intelectual da prestação; c) a dimensão dinâmica através da junção das facetas estática e subjetiva, propicia a atividade concertada, a qual é o objetivo empresarial³⁴⁷.

Sendo empregador a empresa, a despersonalização daquele que detém o capital ganha importância no momento da sucessão empresarial, viabilizando a incidência do princípio da continuidade da relação de emprego, impedindo que ela se rompa em função da simples substituição do titular do empreendimento empresarial em que se encontra inserido o trabalhador³⁴⁸. Neste sentido preveem os Arts 10 e 448 da CLT.

A ausência de personalidade em relação ao contratante demonstra que não é necessário haver uma personalidade jurídica para o enquadramento da condição de empregador³⁴⁹, bastando apenas que sua atividade reste caracterizada conforme prevê o Art. 2º da CLT.

Ressaltamos que não se deve confundir a empresa (unidade econômica) com estabelecimento (unidade técnica). Conforme Oliveira e Dorneles: “O estabelecimento é elemento componente da empresa. Uma empresa pode apresentar diversos estabelecimentos, assim como um estabelecimento pode abarcar empresas diversas”³⁵⁰. A CLT não prevê o que é um estabelecimento. Portanto, adotamos a previsão do Art. 1.142 do Código Civil: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

³⁴⁵ Segundo Delgado: “A eleição do termo *empresa*, pela CLT, para designar a figura do empregador apenas revela, mais uma vez, a forte influência institucionalista e da teoria da relação de trabalho que se fez presente no contexto histórico de elaboração”. DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2018, p. 487. (original grifado)

³⁴⁶ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 57.

³⁴⁷ Observamos que nos termos do §1º do Art. 2º da CLT o objetivo da empresa, para fins de enquadramento como empregador na relação de emprego, não necessariamente é econômico, admitindo-se inclusive atividades sem fins lucrativos.

³⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2018, p. 490.

³⁴⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2018, p. 324.

³⁵⁰ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 58.

Outro elemento extraído do Art. 2º da CLT é a assunção dos riscos da atividade econômica, também conhecido como alteridade³⁵¹. Este determina que “o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e a sua execução”³⁵². A expressão “riscos da atividade econômica”, demonstra uma certa inexatidão: a) a empresa não tem obrigatoriamente uma atividade econômica (Art. 2º, §1º da CLT)³⁵³; b) na dinâmica empresarial existem riscos decorrentes do próprio contrato de trabalho, os quais possuem aspectos econômicos³⁵⁴.

A parte final do Art. 2º prevê que o empregador é quem “admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Extraímos deste comando normativo a relação umbilical havida entre empregador e empregado na relação de emprego.

3.3.2 Empregado

O presente ponto não pretende elencar todos as espécies de trabalhadores, trazendo apenas aqueles que entendemos mais adequados a este trabalho, bem como não buscamos exaurir as especificidades de cada uma, mas apenas apontar os aspectos mais relevantes, remetendo o leitor quando necessário a obras que se dediquem de forma mais profunda ao tema.

3.3.2.1 Noções Gerais

A definição de empregado se encontra prevista no Art. 3º da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Através da mesma se extraem os requisitos essenciais para caracterização da relação de emprego, quais sejam: a) pessoalidade (pessoa física que prestar serviços); b) não eventualidade (de natureza não eventual); c) subordinação jurídica (a empregador, sob a dependência deste); d) onerosidade (mediante salário)³⁵⁵. Assim, empregado é o

³⁵¹ Em relação a alteridade, remetemos o leitor ao ponto 3.2 do presente trabalho.

³⁵² DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2018, p. 490.

³⁵³ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 58-59.

³⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2018, p. 491.

³⁵⁵ Acerca da análise mais minuciosa dos elementos da relação de emprego, *vide* o estudo realizado junto ao ponto 3.2 do presente trabalho.

trabalhador subordinado³⁵⁶, não se distanciando a conceituação legal brasileira dos demais países que contemplam a tutela estatal das relações de trabalho³⁵⁷.

O conteúdo do trabalho a ser prestado, desde que lícito e juridicamente possível, não é relevante para a caracterização do prestador como empregado, mas sim “*o modo de concretização dessa obrigação de fazer*”³⁵⁸. Além, a condição de empregado se configura com o cumprimento da obrigação de disponibilização da força de trabalho, não sendo necessário o seu efetivo aproveitamento³⁵⁹.

Quanto aos diferentes tipos de trabalho, o parágrafo único do Art. 3º³⁶⁰ deixa claro que não pode haver distinção entre trabalho de natureza intelectual, técnico e manual. O comando do parágrafo único vem ao encontro do definido junto ao *caput*, pois empregado é *toda pessoa física*, desde que se enquadre à tipicidade legal, independentemente da condição econômica, hierárquica ou profissional do trabalhador³⁶¹. A proibição de separação também encontra previsão no inciso XXXII do Art. 7º da Constituição Federal³⁶², assim como no inciso XXXIV³⁶³ do mesmo dispositivo, o qual garante igualdade de direito entre os trabalhadores com vínculo permanente e os trabalhadores avulsos³⁶⁴. Ressaltamos que a regra geral de não diferenciação jurídica dos empregados, excepcionalmente resta mitigada: a) quando a forma como a relação de emprego se desenvolve justifica tratamento distinto, como no caso do teletrabalho³⁶⁵; b) em decorrência da condição técnica e econômica do trabalhador, pela qual se presume a hipovulnerabilidade do empregado³⁶⁶.

³⁵⁶ CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 161.

³⁵⁷ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 211.

³⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2018, p. 418. (original grifado).

³⁵⁹ CATHARINO, José Martins. *Op.cit.* 1982, V. 1, p. 162.

³⁶⁰ “Art. 3º: Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

³⁶¹ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 212.

³⁶² “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

³⁶³ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”.

³⁶⁴ Em relação aos trabalhadores avulsos, remetemos o leitor ao ponto 3.3.2.5 do presente trabalho.

³⁶⁵ Em relação aos teletrabalhadores, *vide* ponto 3.3.2.9 do presente trabalho.

³⁶⁶ Em relação aos empregados presumivelmente hipovulneráveis, *vide* ponto 3.3.2.11 do presente trabalho.

3.3.2.2 *Empregado rural*

Os empregados definidos pelo Art. 3º da CLT são os trabalhadores urbanos, enquanto os empregados rurais³⁶⁷ tem sua relação jurídica regulamentada pela Lei nº 5.889/73³⁶⁸, vez que o Art. 7º, “b” da norma celetista³⁶⁹ afasta a aplicação de seus preceitos aos trabalhadores rurais.

A definição de empregado rural encontra previsão no Art. 2º da Lei nº 5.889/73³⁷⁰. Quanto aos direitos fundamentais constitucionais, por força do *caput* do Art. 7º da Constituição Federal os trabalhadores rurais se equiparam aos urbanos³⁷¹.

3.3.2.3 *Empregado doméstico*

Também restam afastados da regulamentação celetista os trabalhadores domésticos³⁷², os quais foram estendidos uma série de direitos fundamentais através da Emenda Constitucional nº 72 de 2013, a qual alterou a redação do parágrafo único do Art. 7º da Constituição³⁷³. O conceito de empregado doméstico resta previsto junto ao Art. 1º da Lei Complementar nº 150/2015³⁷⁴, a qual

³⁶⁷ Acerca da distinção entre empregados rurais e o trabalho no campo prestado sob a forma de *parceria, meação* ou *terça*, vide VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 729-740.

³⁶⁸ Para o estudo acerca das especificidades regulatórias do empregado rural, vide ALBUQUERQUE, João Batista de. **O empregador e o empregado rural**. São Paulo: Ltr, 1996.

³⁶⁹ “Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: [...] b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais”.

³⁷⁰ “Art. 2º Empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário”.

³⁷¹ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 212.

³⁷² Neste sentido prevê o Art. 7º, “a” da CLT: “Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”.

³⁷³ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social”.

³⁷⁴ “Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei”. Observamos que o trabalho doméstico não é prestado apenas no interior da residência, podendo ocorrer externamente a mesma, como no caso do motorista que preste serviço para pessoa natural ou sua família. Neste sentido vide MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2018, p. 256-257.

regulamentou os direitos fundamentais resguardados pela citada Emenda Constitucional de 2013³⁷⁵.

3.3.2.4 *Empregado aprendiz*

O empregado aprendiz cumpre todos os requisitos aptos à relação de emprego urbano, porém, por ser um trabalho de cunho educativo, nos qual a atividade laboral deve privilegiar o desenvolvimento pessoal e social do educando em detrimento da exigência produtiva³⁷⁶, a vinculação ocorre através do contrato de trabalho de aprendizagem³⁷⁷, definido junto ao *caput* do Art. 428 da CLT³⁷⁸. O emprego aprendiz não se confunde com o trabalhador estagiário³⁷⁹, pois embora ambos estejam vinculados à uma relação jurídica de trabalho educativo, o aprendiz é empregado, parte de um contrato especial de emprego, enquanto o estagiário é considerado um trabalhar sem interesse econômico³⁸⁰, restando, portanto, ausente o elemento da onerosidade.

O empregado aprendiz possui quase os mesmos direitos do empregado urbano, excetuando-se algumas poucas especificidades³⁸¹ previstas nas legislações trabalhistas³⁸².

3.3.2.5 *Trabalhador avulso*

O trabalhador avulso se assemelha ao trabalhador subordinado, diferenciando-se deste pela ausência do elemento da pessoalidade na relação havida com o tomador de seus serviços³⁸³. Segundo Martins, o avulso é “a pessoa

³⁷⁵ Para o estudo minucioso acerca dos empregados domésticos, *vide* GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2017, p. 143-155.

³⁷⁶ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 281.

³⁷⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2017, p. 162.

³⁷⁸ “Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação”.

³⁷⁹ Em relação ao trabalhador estagiário, remetemos o leitor ao ponto 3.3.2.10 do presente trabalho.

³⁸⁰ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 281.

³⁸¹ Em relação à discussão quanto a constitucionalidade destas previsões, *vide* GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2017, p. 163.

³⁸² Acerca das especificidades de direitos do empregado aprendiz e das formalidades legais exigidas, *vide* OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 281-284.

³⁸³ *Idem*, p. 65.

física que presta serviço sem vínculo empregatício, de natureza urbana ou rural a diversas pessoas, sendo sindicalizado ou não, com intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional ou do órgão gestão de mão de obra”³⁸⁴.

Conforme já referimos³⁸⁵, por força inciso XXXIV do Art. 7º da Constituição Federal, aos avulsos é garantida igualdade de direitos em relação aos trabalhadores com vínculo permanente, os quais preenchem todos os requisitos da relação de emprego.

3.3.2.6 Trabalhador autônomo

Trabalhador autônomo, é “a pessoa física que presta serviços habitualmente por conta própria a uma ou mais de uma pessoa, assumindo os riscos de sua atividade econômica”³⁸⁶. Tais trabalhadores tem como característica a prestação de seus serviços sem subordinação, de forma autodeterminada³⁸⁷.

Em que pese a CLT não traga ressalva expressa, o diploma celetista não se aplica aos trabalhadores autônomos, pelo fato destes não serem empregados. A prestação autônoma de serviços se encontra principalmente prevista junto aos contratos regulados pelo Código Civil ou pelas demais legislações civilistas³⁸⁸, a se saber: contrato de prestação de serviço (Arts. 593 a 609 do Código Civil); contrato de empreitada (Arts. 610 a 626 do Código Civil); mandato (Arts. 653 a 692 do Código Civil); contrato de comissão (Arts. 693 a 709 do Código Civil); contrato de agência e de distribuição (Arts. 710 a 721 do Código Civil); contrato de corretagem (Arts. 722 a 729 do Código Civil); contrato de transporte (Arts. 730 a 756 do Código Civil); contrato de representação comercial (Lei nº 4.886/65).

O Art. 442-B da CLT³⁸⁹, acrescido pela Lei nº 13.467/2017, prevê que a contratação do trabalhador autônomo, desde que cumpridas as exigências legais, afasta a qualidade de empregado. Entendemos que se de fato o trabalhador é autônomo, não poderá ser considerado empregado. Também somos partidários que

³⁸⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2018, p. 168.

³⁸⁵ *Vide* ponto 3.3.2.1 do presente trabalho.

³⁸⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2018, p. 271.

³⁸⁷ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 65.

³⁸⁸ Neste sentido *vide* OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 66-69.

³⁸⁹ “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

a contratação de trabalhador na condição de autônomo, por si só, não afasta a qualidade de empregado, seja pela exigência trazida pelo novel Art. 442-B - *cumprida por este todas as formalidades legais* - seja através da incidência do princípio da primazia da realidade. Além, nos termos do Art. 9º da CLT são nulos de pleno de direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos do diploma trabalhista, ou seja, a contratação de trabalhador autônomo formal, que em realidade cumpra os requisitos do Art. 3º, enseja a nulidade da espécie contratual, enquadrando-se a relação como de emprego.

3.3.2.7 Trabalhador cooperativado

A relação entre o trabalhador cooperativado e a cooperativa é regulamentada pela Lei nº 12.690/2012, a qual no Art. 2º³⁹⁰ traz a definição da sociedade cooperativa de trabalho. Os direitos do trabalhador cooperativo estão elencados pelo Art. 7º³⁹¹ da Lei nº 12.690/2012, podendo ser acrescidos por outros instituídos junto à assembléia geral da sociedade.

O parágrafo único do Art. 442 da CLT³⁹², determina a impossibilidade de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. Ressaltamos que a interpretação do parágrafo único do Art. 442 da CLT deve ser realizada sistematicamente com os demais dispositivos celetistas, em especial os Arts. 2º, 3º e 9º, ou seja, quando presente na prestação de serviço a subordinação, ou descaracterizado o *affectio societatis* entre o trabalhador e a cooperativa, aplicando-

³⁹⁰ “Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho. §1º A autonomia de que trata o caput deste artigo deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos desta Lei. §2º Considera-se autogestão o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei”.

³⁹¹ “Art. 7º A Cooperativa de Trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir: I - retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; II - duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários; III - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; IV - repouso anual remunerado; V - retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; VI - adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; VII - seguro de acidente de trabalho”.

³⁹² “Art. 442 [...] Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

se o princípio da primazia da realidade, necessário se faz o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes³⁹³. Além, o Art. 5º da Lei nº 12.690/2012³⁹⁴ veda a utilização da cooperativa como intermediação de mão de obra subordinada³⁹⁵.

3.3.2.8 Trabalhador eventual

No trabalho eventual, em que pese possam estar presentes quase todos os requisitos da relação de emprego (pessoalidade, subordinação, onerosidade), como o próprio nome refere não traz a marca da não eventualidade. Na prática o trabalhador eventual acaba se confundindo com o autônomo³⁹⁶, recebendo inclusive o mesmo enquadramento junto à legislação previdenciária, nos termos do Art. 12, V, “g” da Lei nº 8.212/91³⁹⁷.

3.3.2.9 Teletrabalhador

Em que pese o teletrabalho seja uma realidade há algumas décadas³⁹⁸, esta espécie de prestação de serviço somente foi regulamentada através da Lei nº 13.467/2017, a qual acresceu à CLT os Arts. 75-A a 75-E³⁹⁹. Embora a norma não

³⁹³ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 70.

³⁹⁴ “Art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada”.

³⁹⁵ Acerca da distinção entre cooperativas de trabalho e cooperativas de mão-de-obra, *vide* CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 241-246.

³⁹⁶ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 75. Martins distingue o trabalhador autônomo do individual: “O autônomo presta serviços com habitualidade ao mesmo tomador dos serviços. O eventual presta serviços ocasionalmente ao mesmo tomador”. MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2018, p. 282.

³⁹⁷ “Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: [...] V - como contribuinte individual: [...] g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego”.

³⁹⁸ Neste sentido *vide* MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2018, p. 243-244.

³⁹⁹ “Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo. Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. §1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. §2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em

determine o que é um teletrabalhador, ela define o conceito de teletrabalho junto ao Art. 75-B como sendo aquele que preponderantemente é desempenhado fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação, desde que por sua natureza não se constitua em trabalho externo.

O controle e supervisão, “telefiscalização”⁴⁰⁰ desempenhados pelos meios telemáticos já eram equiparados à subordinação jurídica antes da reforma trabalhista, por força do disposto no parágrafo único do Art. 6º da CLT⁴⁰¹, incluído pela lei nº 12.551/2011.

Outra alteração realizada pela Lei nº 13.467/2017, foi o acréscimo do inciso III ao Art. 62 da CLT⁴⁰², o qual excluiu os teletrabalhadores da aplicação dos dispositivos relativos à jornada de trabalho, previstos junto ao capítulo II, título II da CLT. Em relação à constitucionalidade das exclusões de controle de jornada do art. 62 da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que o inciso XIII do Art. 7º da Constituição Federal⁴⁰³, possui eficácia contida (restringível e redutível), sendo possível a mitigação do limite constitucional, através de norma infraconstitucional, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade⁴⁰⁴. Porém, nas hipóteses de

aditivo contratual. Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador”.

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 76.

⁴⁰¹ “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

⁴⁰² “Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] III - os empregados em regime de teletrabalho”.

⁴⁰³ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

⁴⁰⁴ **EMBARGOS – RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO – GERENTE – EMPREGADO EXCLUÍDO DO REGIME DE CONTROLE DA DURAÇÃO DO TRABALHO - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62, II, DA CLT – NÃO-OCORRÊNCIA** 1. O exame da compatibilidade de ato normativo pré-constitucional com nova Constituição não se resolve pela declaração de inconstitucionalidade, mas pelo direito intertemporal. 2. O inciso XIII do art. 7º é norma constitucional de eficácia contida (para utilizar classificação consagrada pelo prof. José Afonso da Silva). Se preferirmos a sistemática de Michel Temer, poderemos dizer que é norma de eficácia restringível e redutível (pois o dispositivo constitucional pode ter seu campo de atuação reduzido ou restringido pela lei comum). 3. É legítima, assim, a mitigação do regime de duração do trabalho fixado pela norma constitucional por meio de lei, desde que observado o princípio da proporcionalidade (em

flagrante desrespeito aos direitos fundamentais previstos junto ao Art. 7º da Lei Maior, nos parece que os mesmos devem ser respeitados, em detrimento do dispositivo infraconstitucional⁴⁰⁵.

3.3.2.10 Trabalhador economicamente desinteressado

O trabalhador economicamente desinteressado é aquele que presta serviços por razões não patrimoniais, mas altruística, cívica ou de qualquer foro íntimo de conteúdo não econômico⁴⁰⁶. Esta forma de prestação de serviços se encontra principalmente nas seguintes situações⁴⁰⁷: cabo eleitoral (Lei nº 9.504/97); estagiário (Lei n.º 11.788/2008); residente médico (Lei nº 6.932/81); voluntário (Leis nº 9.608/98 e 10.029/2000).

Nas hipóteses de prestação de trabalho economicamente desinteressado em desacordo com as exigências legais ou na ocorrência de fraude, desde que presentes os demais elementos da relação de emprego, necessário se faz o reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes⁴⁰⁸.

suas três dimensões, sinteticamente expostas por Paulo Bonavides). 4. Na hipótese do art. 62, II, da CLT, é excluído do regime de duração do trabalho o empregado detentor de cargo de confiança, desde que perceba gratificação de, no mínimo, 40% do salário efetivo (nos termos do parágrafo único do referido dispositivo). 5. O cargo de fidúcia e a maior remuneração auferida justificam a exclusão do regime de duração do trabalho, de modo que é imperioso reconhecer a recepção do art. 62, II, da CLT pela atual Carta Política. Embargos não conhecidos. (TST-E-RR-663.225/2000.6, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 28/11/2005, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: DJ 17/02/2006).

⁴⁰⁵ Em relação ao descanso nos dias de repouso semanal, o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu quanto a prevalência da norma constitucional: **“Cargo de confiança. Art. 62, II, da CLT. Repouso semanal remunerado e feriados. Não concessão. Pagamento em dobro. Incidência da Súmula nº 146 do TST.** O empregado exercente de cargo de gestão, inserido no art. 62, II, da CLT, tem direito ao gozo do repouso semanal e à folga referente aos feriados com a remuneração correspondente. Assim, caso não usufrua esse direito ou não tenha a oportunidade de compensar a folga na semana seguinte, o empregador deve pagar, em dobro, a remuneração dos dias laborados, nos termos da Súmula nº 146 do TST. O objetivo do art. 62, II, da CLT é excluir a obrigação de o empregador remunerar, como extraordinário, o trabalho prestado pelos ocupantes de cargo de confiança, mas isso não retira do empregado o direito constitucionalmente assegurado ao repouso semanal remunerado, previsto no art. 7º, XV, da CF. Sob esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negou-lhe provimento. (TST-E-RR3453300-61.2008.5.09.0013, SBDI-I, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, Data de Publicação DJ: 17.11.2016)”.

⁴⁰⁶ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 71.

⁴⁰⁷ Neste sentido *vide* OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 71-75.

⁴⁰⁸ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 71.

3.3.2.11 Empregado presumivelmente hipovulnerável

Com a inclusão do parágrafo único junto ao Art. 444 da CLT, dispensou-se tratamento jurídico diferenciado aos empregados que possuem diploma de curso superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social⁴⁰⁹. A relação de emprego destes trabalhadores, pelo menos em parte, sofre uma menor incidência do dirigismo contratual celetista aplicado de forma geral, por força do *caput* do Art. 444.

Estes trabalhadores, os quais chamamos de *presumivelmente hipovulneráveis*⁴¹⁰ sob o ponto de vista técnico e econômico⁴¹¹, segundo o legislador também são hipovulneráveis sob o ponto de vista negocial, possuindo ampla liberdade de negociação no contrato individual de trabalho em relação às hipóteses previstas no Art. 611-A da CLT, inclusive em detrimento aos instrumentos coletivos⁴¹².

Observamos que a liberdade negocial deve se limitar de forma taxativa às matérias elencadas ao longo dos incisos do Art. 611-A da CLT e não a um rol aberto de temas conforme previsto no *caput* deste dispositivo. Tal entendimento se baseia na própria redação do parágrafo único do Art. 444, o qual dispõe que a livre estipulação aplica-se às *hipóteses previstas no art. 611-A*. Caso o legislador reformista quisesse aplicar integralmente o Art. 611-A aos trabalhadores presumivelmente hipovulneráveis, teria sido expresso neste sentido, determinando a incidência do *disposto* no Art. 611-A e não apenas suas hipóteses.

⁴⁰⁹ Observamos que a Lei nº 13.467/2017 acresceu o Art. 507-A a CLT, o qual passou a facultar a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem para os empregados que percebem remuneração duas vezes acima do limite máximo do Regime Geral da Previdência Social, prescindindo o trabalhador de diploma de nível superior: “Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

⁴¹⁰ Entendemos equivocada a expressão *empregado hipersuficiente*, pois dentro da teoria de divisão econômica-social desenvolvida por Cesarino Júnior, na grande maioria das vezes sequer o empregador está em condição de hipersuficiência, quando muito na condição de auto-suficiência e não rara das vezes em condição de hipossuficiência em relação a uma empresa hipersuficiente. Neste sentido *vide* CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Op.cit.* 1980, p. 44-45.

⁴¹¹ DORNELES, Leandro do Amaral. *Op.cit.* 2018, p. 78-79.

⁴¹² Observamos que a negociação individual com prevalência sobre os instrumentos coletivos de trabalho, ao nosso ver afrontam diretamente o inciso XXVI do Art. 7º da Constituição Federal (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”), configurando-se, portanto, flagrante inconstitucionalidade da parte final do parágrafo único do Art. 444 da CLT. Neste mesmo sentido DORNELES, Leandro do Amaral. *Op.cit.* 2018, p. 78-79.

Ante a improvável prévia negociação das partes em relação às condições gerais do contrato⁴¹³ “pode-se estimar o caráter leonino de tal cláusula de inserção desse grupo de empregados em condições contratuais abaixo das fixadas em lei e, até mesmo, abaixo das fixadas na negociação coletiva concernente à respectiva categoria profissional”⁴¹⁴.

Ressaltamos que esta diferenciação jurídica⁴¹⁵, longe da proteção geral do *caput* do Art. 444, pode causar considerável desequilíbrio entre as prestações contratuais⁴¹⁶, pois na maior parte das vezes, o empregador encontra no outro pólo do negócio jurídico um trabalhador dependente economicamente do vínculo havido entre as partes, o qual estará naturalmente propenso a assumir obrigações manifestamente desproporcionais, ante premente necessidade⁴¹⁷.

Quanto ao critério técnico adotado pelo legislador reformista, entendemos deverá haver correspondência entre o campo de conhecimento do grau acadêmico conferido ao empregado e às funções desempenhadas por este. O simples fato do trabalhador ter concluído determinado curso superior, por si só, não atenua o presumido desequilíbrio técnico da relação, sem que o *saber* exigido para a obtenção do diploma não corresponda à aptidão técnica necessária ao desempenho de suas funções, a qual, de alguma forma poderá reduzir a assimetria entre às partes, conforme entendeu o legislador.

Ponderamos que em certa medida a reforma trabalhista atenuou a excessiva tutela conferida aos altos empregados e dispensada aos pequenos empresários⁴¹⁸.

⁴¹³ Salientamos que a standardização dos contratos é uma realidade dentro de uma sociedade massificada, neste sentido *vide* MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 88.

⁴¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2018, p. 436.

⁴¹⁵ Em relação aos fundamentos da distinção de tratamento jurídico, *vide* DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* 2018, p. 437.

⁴¹⁶ Em relação ao desequilíbrio contratual desarrazoado, *vide* LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131-132.

⁴¹⁷ Não podemos esquecer os ensinamentos de Deveali em relação ao papel de correção de desigualdades desempenhado pelo direito do trabalho: “o direito do trabalho não é um direito de exceção que sanciona privilégios conquistados pela força, mas constitui um direito *especial*, que se distingue do direito *comum*, especialmente porque, enquanto o segundo pressupõe a *igualdade* das partes, o primeiro pressupõe situação de *desigualdade* que tende a ser corrigida mediante outras desigualdades”. DEVEALI, Mario L. *Op.cit.* 1953, p. 151. Original grifado e em espanhol.

⁴¹⁸ Identificamos duas inovações neste sentido trazidas pela Lei nº 13.467/2017: “Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora. [...] § 9º O valor do depósito recursal será

Apesar dos critérios adotados pelo legislador serem objeto de críticas, não podemos nos esquecer que na prática “numerosos dirigentes de empresa são juridicamente trabalhadores, ao passo que numerosos pequenos empresários (em sentido jurídico) pertencem sociologicamente às classes dominadas”⁴¹⁹.

3.4 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

A doutrina não é unânime quanto aos elementos que caracterizam o contrato de trabalho. Adotamos em parte a classificação proposta por Oliveira e Dorneles⁴²⁰, acrescentando mais uma característica: contrato existencial.

3.4.1 Contrato *intuitu personae*

Conforme já abordado no estudo acerca da pessoalidade, o empregado não pode se fazer representar por outro trabalhador perante seu empregador, mesmo que este possua maior capacidade e/ou não comprovados efetivos prejuízos ao tomador.

A obrigação personalíssima sob o ponto de vista do trabalhador não é admitida, pois ensejaria uma ruptura aos poderes de direção patronal. A substituição do trabalhador é permitida, desde que sob o interesse e iniciativa do empregador, formando-se, via de regra, novo vínculo de emprego com o substituto.

Ressaltamos que o caráter *intuitu personae* é apenas em relação ao empregado e não ao tomador dos serviços, haja vista a impessoalização da figura do empregador.

3.4.2 Contrato comutativo, sinalagmático e oneroso

A característica comutativa⁴²¹ do contrato individual de trabalho advém pelo fato das “obrigações⁴²² serem certas e determinadas para ambas as partes”⁴²³.

reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte”.

⁴¹⁹ SUPIOT, Alain. *Op.cit.* 2016, p. 259.

⁴²⁰ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 114-116.

⁴²¹ Em relação à distinção entre contratos comutativos e aleatórios, *vide* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 3, p. 61.

Em relação ao caráter sinalagmático da relação, este resulta da equivalência entre as obrigações contratuais “o empregado recebe porque trabalha (ou se coloca a disposição); não trabalhando, não recebe (salvo situações excepcionais previstas em lei)”⁴²⁴. Quando da definição do sinalagma contratual, as partes estabelecem a equação econômica da relação, delineando qual será o equilíbrio concreto, com a alocação dos riscos do negócio, ou seja, a comutatividade ou correspondência⁴²⁵ entre as prestações⁴²⁶.

A onerosidade⁴²⁷ existe “porque os contraentes auferem vantagens recíprocas, recebendo cada qual o que dá”⁴²⁸.

3.4.3 Contrato consensual

Nos termos do Art. 443 da CLT “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente”. Através do referido verbete, entendemos que não é necessária qualquer formalidade específica para formação do contrato⁴²⁹, bastando apenas o *mero consenso*⁴³⁰.

3.4.4 Contrato de trato sucessivo

O contrato de trabalho é único, mas as obrigações contratuais das partes se executam reiteradamente, geralmente, enquanto perdurar a relação, diversamente dos contratos de execução única ou diferida. O contrato se caracteriza pelo fato dos

⁴²² Em relação às obrigações decorrentes do contrato individual de trabalho, remetemos o leitor ao ponto 3.5 do presente trabalho.

⁴²³ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 114.

⁴²⁴ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 115.

⁴²⁵ Em relação à correspondência entre as prestações nos contratos sinalagmáticos, *vide* MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.* 2018, p. 147.

⁴²⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. vl.6. Belo Horizonte, Out-Dez/2015, p. 11.

⁴²⁷ Em relação à distinção entre os contratos gratuitos ou benéficos dos onerosos, *vide* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95.

⁴²⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Op.cit.* 2008, p. 125.

⁴²⁹ Segundo Gonçalves contratos consensuais: “são aqueles que se formam unicamente pelo acordo de vontades (*solo consensu*), independentemente da entrega da coisa e da observância de determinada forma. Por isso, são também considerados contratos *não solenes*”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* 2015, p. 110.

⁴³⁰ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 115.

pagamentos não gerarem a extinção da obrigação, a qual renasce⁴³¹. A classificação do contrato quanto ao momento do cumprimento ganha importância pela aplicação da teoria da imprevisão contratual⁴³².

3.4.5 Contrato dirigido

Contrato dirigido é aquele no qual o Estado intervém na regulação individual havida entre as partes, com o intuito de proteger a parte frágil da relação a qual, sem a tutela, poderia assumir obrigação sensivelmente desproporcional àquela a qual o predisponente se obrigou⁴³³. O contrato individual de trabalho, pelo menos em grande parte, deve se submeter a uma standardização⁴³⁴ contratual definida pela CLT, especialmente por força do Art. 444⁴³⁵.

3.4.6 Contrato realidade

A característica de contrato realidade pode ser considerada um desdobramento da aplicação do princípio juslaboral da primazia da realidade⁴³⁶. No contrato individual de trabalho “situações fáticas mais benéficas ao empregado e habitualmente estabelecidas têm o poder de modificar o conteúdo obrigacional documental e inicialmente estabelecido”⁴³⁷.

⁴³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2013, p. 62.

⁴³² Conforme Gonçalves: “a teoria da imprevisão, que permite a resolução do contrato por onerosidade excessiva, disciplinada nos arts. 478 a 480 do atual Código Civil, só se aplica aos contratos de execução diferida e continuada (já dizia a cláusula *rebus sic stantibus*: “*Contractus qui habent tractu sucessivum et dependitiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”). GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* 2015, p. 103. (grifo original).

⁴³³ Ressaltamos que o dirigismo contratual não se encontra presente apenas no contrato individual de trabalho, mas de uma forma geral naqueles nos quais existem condições gerais pré-dispostas anteriormente a formação do negócio jurídico. Neste sentido, *vide* MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2018, p. 174.

⁴³⁴ Em que pese divergências doutrinárias, tais definições são determinadas pelos chamados contratos ou pactos normativos, *vide* COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2012, p. 276.

⁴³⁵ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 116.

⁴³⁶ Sobre o Princípio da Primazia da Realidade, *vide* PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op.cit.* 1978, p. 217.

⁴³⁷ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 116.

3.4.7 Contrato relacional

Segundo Barzotto, “O contrato de trabalho pode ser tido como um contrato relacional, desde o seu nascimento, porque cláusulas essenciais são previstas com possibilidades de alterações latentes, como se depreende da interpretação do art. 468 da CLT”⁴³⁸. Soma-se a este aspecto o fato do contrato de trabalho buscar regulamentar o “conteúdo de relações sociais duradouras que tem por finalidade manter uma relação de cooperação de prazo indefinido”⁴³⁹.

Sendo negócio jurídico relacional, “exige das partes comportamento adequado a cada nova situação, e com isso abre a oportunidade para que tais condutas sejam analisadas à luz da boa-fé, do fim social e da equidade. A incompletitude contratual aumenta o risco e amplia o espaço para a exigência de ação cooperativa”⁴⁴⁰.

3.4.8 Contrato existencial

Diferentemente dos contratos onde se almeja o lucro, as relações existenciais⁴⁴¹ levam em conta a conservação ou promoção da dignidade da pessoa humana⁴⁴². Reputam-se como existenciais os contratos que “versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais”⁴⁴³, essencialidade⁴⁴⁴ esta que justifica um regime tutelar

⁴³⁸ BARZOTTO, Luciane. O contrato de trabalho como um contrato relacional. **Revista LTr**. São Paulo: v. 79, n. 11, nov. 2015, p. 1350.

⁴³⁹ Idem, p. 1346.

⁴⁴⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**. Rio de Janeiro, v. 45, jan./mar. 2011, p. 99.

⁴⁴¹ A aptidão existencial transparece em outras espécies contratuais, como nos contratos de consumo, locação residencial, aquisição de imóvel residencial, bem como naqueles destinados a subsistência do contraente. Neste sentido, *vide* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2011, p. 101.

⁴⁴² NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 460.

⁴⁴³ Idem, p. 463.

⁴⁴⁴ Bens e serviços essenciais, relacionam-se às necessidades cotidianas, podendo ser utilizado como rol exemplificativo o contido no Art. 10 da Lei nº 7.783/89 (Lei que disciplina o direito de greve), “Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV – funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII – telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo e navegação aérea; XI compensação bancária. XII - atividades médico-periciais relacionadas com o regime geral de previdência social e a assistência

diferenciado, além dos princípios do direito contratual clássico, tendo em conta a proteção da parte vulnerável⁴⁴⁵. Na relação de emprego, a própria subsistência da parte motiva sua adesão ao negócio jurídico, sendo que a independência econômica do empregado raramente subsiste⁴⁴⁶.

Em que pese o critério da dependência econômica do trabalhador tenha sido de certa forma relegado em detrimento da subordinação jurídica⁴⁴⁷, o que hoje se denomina como característica existencial trouxe ao seio da relação de emprego formas de prestação de serviço que não se amoldam ao aspecto subjetivo da subordinação jurídica, como as atividades desenvolvidas usualmente por profissionais liberais detentores de ampla autonomia técnica.

Visando regulamentar as novas formas de relações laborais, fundamentado no prévio elemento de necessidade existencial do trabalhador inserido nestes vínculos, cada vez mais a doutrina contemporânea juslaboral vem resgatando um papel de maior protagonismo da dependência econômica⁴⁴⁸. Este movimento também se justifica pela cada vez maior insuficiência da subordinação jurídica, em relação às novas formas de trabalho. Neste sentido Reis afirma:

As “metamorfoses” da própria subordinação jurídica - derivadas, desde logo, dos limites jurídicos impostos ao poder de direção do empregador -, o aparecimento de situações colocadas na fronteira entre o trabalho subordinado e o autônomo, o trabalho fora da empresa, o trabalho “benévolo”, e mesmo a progressiva importância do “trabalho intelectual”, desafiaram o modelo típico de subordinação, pensado, desde o início, para o operário da média e grande fábrica.

Contudo, os problemas aumentaram com a transformação verificada nos sistemas de produção da pró-industrialização, com a emergência de novas

social; XIII - atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); XIV - outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

⁴⁴⁵ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo. *Op.cit.* 2006, p. 463.

⁴⁴⁶ Acerca da independência econômica do trabalhador, *vide* VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op.cit.* 2005, p. 742.

⁴⁴⁷ Acerca da evolução do conceito de dependência, *vide* o estudo realizado junto ao ponto 3.2.4 do presente trabalho.

⁴⁴⁸ Conforme afirma Sampaio Oliveira, a dependência precede o contrato de trabalho: “A dependência, antes, encontra-se nas relações sociais constitutivas do mercado de trabalho, nas quais os não proprietários, forçados ao trabalho por razão de estômago, vão se colocar objetivamente como dependentes daqueles proprietários dos meios de produção”. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Relação de emprego, dependência econômica & subordinação jurídica**: revisitando os conceitos - critérios de identificação do vínculo empregatício. Curitiba: Juruá, 2014. p. 207.

formas de colaboração entre o capital e o trabalho e de integração do trabalho na actividade produtiva⁴⁴⁹.

3.5 OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

3.5.1 Obrigações do Empregado

3.5.1.1 Obrigação Principal

Conforme Oliveira e Dorneles, a obrigação principal do empregado junto ao contrato de trabalho é “*disponibilizar a sua energia laboral para realizar as tarefas úteis e/ou determinadas pelo seu empregador*; ou então, simplificada, obrigação de trabalhar (obrigação de fazer)”⁴⁵⁰. Aprofundando, elencamos os seguintes desdobramentos da obrigação de trabalhar: a) o empregado deve estar à disposição do empregador no curso da jornada de trabalho, sendo tal período remunerado como se houvesse efetiva prestação de trabalho⁴⁵¹; b) frente à *posição dominial* do empregador⁴⁵², o empregado deve se submeter ao seu poder disciplinar. A CLT não permite que o trabalhador possa se insurgir no âmbito do contrato em face de uma punição injusta, inclusive na hipótese de suspensão que pode chegar a trinta dias⁴⁵³.

Os direitos e deveres principais no negócio jurídico, constituem a alma da relação obrigacional, definindo a espécie contratual⁴⁵⁴. A principal singularidade do contrato individual de trabalho, quando em comparação com as demais espécies contratuais de prestação de serviço é o poder disciplinar do empregador e o dever de submissão do trabalhador, e não a obrigação de fazer (de trabalhar)⁴⁵⁵.

⁴⁴⁹ REIS, João Carlos Simões dos. *Op.cit.* 2017, p. 254.

⁴⁵⁰ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 116-117. (grifo original).

⁴⁵¹ O tempo à disposição do empregador é regulamentado pelo Art. 4º da CLT.

⁴⁵² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 451-452

⁴⁵³ “Art. 474 - A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”.

⁴⁵⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op.cit.* 2012, p. 76.

⁴⁵⁵ Neste sentido Palma Ramalho: “No que se refere à função que desempenha no contrato de trabalho, o poder disciplinar laboral é um poder absolutamente essencial, por dois motivos: de uma parte, ele constitui a garantia genérica da posição de domínio do empregador no contrato [...] de outra parte, ele constitui um elemento decisivo na operação de qualificação, uma vez que, ao contrário do poder directivo, é um poder sem paralelo noutros contratos de direitos privado”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 454.

Em relação ao dever de obediência, em que pese este também derive do estado subordinativo do empregado, não deve ser confundido com o dever de submissão ao poder punitivo, ante sua singularidade, a qual não encontra paralelo nas demais relações de direito privado⁴⁵⁶. Portanto, a submissão⁴⁵⁷ do empregado também constitui um dos deveres principais da relação obrigacional.

3.5.1.2 Obrigações Acessórias

3.5.1.2.1 Dever de fidelidade (lealdade)

A doutrina juslaboral contemporânea não é unânime em relação à feição e dimensionamentos do dever de lealdade, encontrando divergência entre as concepções propostas por Monteiro Fernandes e Palma Ramalho, conforme examinaremos ao longo do presente ponto.

O dever de fidelidade (lealdade) do empregado, enquanto fonte legal está previsto no Art. 482 da CLT. O referido dispositivo disciplina as hipóteses de rescisão contratual por justa causa por iniciativa do empregador, estabelecendo junto à alínea “c” a “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão

⁴⁵⁶ O estado de submissão não deve ser confundido com o *estado de sujeição*, acerca do qual Almeida Costa afirma: “Pelo que respeita ao *estado de sujeição*, por sua vez, correspondente aos chamados direitos potestativos, traduz-se ele numa situação inelutável de suportar na esfera jurídica própria as consequências do exercício de um direito dessa natureza. Entre inúmeros casos possíveis, lembrem-se os seguintes: o do mandatário quanto ao direito do mandante de revogar o mandato, o de um dos cônjuges perante o direito do outro de requerer o divórcio [...] o direito potestativo exerce-se por mero acto de vontade do seu titular, ou com o concurso da autoridade pública, não se concebendo, conseqüentemente, a inobservância de um estado de sujeição”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op.cit.* 2012, p. 66. (original grifado). Como exemplo deste estado de sujeição, podemos citar o poder diretivo do empregador, excetuada sua face punitiva, bem como a possibilidade de ruptura imotivada do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, ante a ausência de regulamentação do disposto no Art. 7º, II da Constituição Federal.

⁴⁵⁷ A doutrina não faz distinção entre dever de obediência e de submissão, sendo considerada a submissão um sinônimo da subordinação, a qual de forma predominante se entende como jurídica. A classificação se justifica, pelo menos no caso do direito do trabalho brasileiro, na medida em que o ordenamento pátrio não prevê o direito à ampla defesa ou ao contraditório quando da aplicação de sanções disciplinares no curso do contrato de trabalho. Porém, nada impede que as partes, seja na esfera individual (regulamento empresarial) ou coletiva (acordo ou convenção colectiva), prevejam procedimentos que permitam o exercício do contraditório e da ampla defesa durante o processo disciplinar. A lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista), em que pese não tenha tratado do tema, regulamentou a comissão de representante dos trabalhadores na empresa, a qual pode auxiliar na regulamentação do processo disciplinar, especialmente pelo disposto no Art. 510-B, II a IV da CLT: “Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições: [...] II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo; III - promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos; IV - buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais”.

do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço” e na alínea “g” a “violação de segredo da empresa”.

O dever de lealdade não se resume às referidas hipóteses. O mesmo teve origem na concepção comunitário-pessoal da relação de emprego⁴⁵⁸, a qual preponderava no momento de aprovação da CLT. Atualmente os deveres de lealdade não mais necessitam buscar fundamentos na referida concepção, podendo o tema ser reconduzido ao princípio da boa-fé objetiva⁴⁵⁹, o qual deve estar presente em todo processo obrigacional⁴⁶⁰.

A referida recondução permite compreender o dever de lealdade como um dever geral da relação e não limitado a pontuais previsões legais. Este dever geral, conforme Monteiro Fernandes, possui uma face subjetiva e outra objetiva. A feição subjetiva “decorre da sua estreita relação com a permanência de *confiança* entre as partes (nos casos em que este elemento pode considerar-se suporte *essencial* de celebração do contrato e da continuidade das relações que nele se fundam)”⁴⁶¹. A feição objetiva deriva do dever de respeito por parte do trabalhador ao princípio da boa-fé⁴⁶². Através da mesma se exige comportamento da parte não restrito às cláusulas do contrato⁴⁶³.

Palma Ramalho identifica no dever de lealdade uma dimensão obrigacional e uma dimensão especificamente laboral⁴⁶⁴. A primeira se identifica com a face

⁴⁵⁸ Acerca da mesma, Palma Ramalho afirma: “Ao contrário da concepção civilista, que tinha relevado no vínculo laboral os traços que mais o aproximavam de outros vínculos obrigacionais (i.e., a componente de troca patrimonial entre as prestações principais e a igualdade das partes), a nova concepção valoriza os traços da relação de trabalho que mais a afastam daqueles vínculos e que, por isso mesmo, vão viabilizar a sua emancipação dogmática. Estes elementos são, em primeiro lugar, o elemento da pessoalidade e, uns anos mais tarde, o elemento comunitário. Por assentar nestes traços, esta nova construção dogmática do vínculo laboral ficou conhecida como *concepção comunitário-pessoal da relação de trabalho (personenrechtliches Arbeitsverhältnis)*”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 402. (original grifado).

⁴⁵⁹ Segundo Larenz “O princípio da “boa-fé” significa que cada um deve guardar “fidelidade” à palavra dada e não defraudar a confiança ou abusar dela, já que a mesma forma a base indispensável de todas as relações humanas”. LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**, Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 142. Original em espanhol.

⁴⁶⁰ Neste sentido, *vide* FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 239-240.

⁴⁶¹ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 242. (grifo original).

⁴⁶² *Idem*, p. 243.

⁴⁶³ Neste sentido afirma Antunes Varela: “O devedor não pode cingir-se a uma observância puramente *literal* das cláusulas do contrato, se a obrigação tiver natureza contratual. Mais do que o respeito *farisaico* da fórmula na qual a obrigação ficou condensada, interessa a colaboração *leal* na satisfação da necessidade a que a obrigação se encontra adstrita. Por isso ele se deve ater, não só à *letra*, mas principalmente ao *espírito* da relação obrigacional”. VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, Volume II. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 12. (grifo original).

⁴⁶⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 381.

objetiva desenvolvida por Monteiro Fernandes. Já na dimensão especificamente laboral, a autora portuguesa distingue dois elementos inseridos nesta⁴⁶⁵: a) o envolvimento pessoal do trabalhador no vínculo (lealdade pessoal), o qual se assemelha ao elemento subjetivo proposto por Monteiro Fernandes; b) o componente organizacional do contrato (lealdade perante os interesses da organização)⁴⁶⁶.

O dever de lealdade não se resume à abstenção da prática de atos prejudiciais aos interesses do empregador, mas também implica em atos positivos, os quais não sendo praticados, igualmente podem ensejar danos ao contratante⁴⁶⁷. Observamos que a relevância quanto ao dever de confiança, altera-se de acordo com a fidúcia exigida para o cargo ocupado pelo trabalhador, podendo a obrigação ser redimensionada, passando de acessória para principal⁴⁶⁸.

Em que pese a CLT não preveja a incidência da boa-fé nas obrigações decorrentes da relação de emprego, entendemos que a cláusula geral prevista no Art. 422 do Código Civil⁴⁶⁹ pode ser aplicada ao contrato individual de trabalho, em face da previsão do §1º do Art. 8º da CLT⁴⁷⁰. Ressaltamos que a boa-fé é um princípio jurídico fundamental, informando a totalidade do ordenamento jurídico⁴⁷¹.

3.5.1.2.2 Deveres de assiduidade, pontualidade e diligência

A assiduidade e a pontualidade consistem *prima facie* em desdobramento da obrigação principal do trabalhador de disponibilização de sua força de trabalho⁴⁷². A autonomia do dever de assiduidade, advém da “observância, por parte do

⁴⁶⁵ Idem, p. 382.

⁴⁶⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012b, p. 723-724.

⁴⁶⁷ BOLDT, Gerhard. Le contrat de travail dans le droit de la république fédérale d'Allemagne. In: **Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.** Luxemburgo: 1965, p. 267. Na mesma tônica, pode-se inserir aquilo que Almeida Costa chama “dever lateral de velar pela boa conservação dos maquinismos com que actua”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op.cit.* 2012, p. 80.

⁴⁶⁸ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 241.

⁴⁶⁹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁴⁷⁰ “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. §1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”.

⁴⁷¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op.cit.* 1978, p. 269.

⁴⁷² FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 247.

trabalhador, do “programa” da prestação de trabalho, no tempo e no espaço⁴⁷³. O empregado deve estar disponível durante as horas e locais previamente estabelecidos.

A pontualidade se vincula à própria assiduidade, exigindo-se do trabalhador o “cumprimento preciso das horas de entrada e saída em cada jornada de trabalho”⁴⁷⁴.

O dever de diligência envolve os múnus de assiduidade e pontualidade, constituindo “na aplicação do empregado ao trabalho, no seu interesse em aprender e se aperfeiçoar, na sua disposição em colaborar com o empregador, numa postura responsável perante o trabalho, os equipamentos da empresa e seu próprio desempenho”⁴⁷⁵. Violado o dever de diligência, configura-se a desídia, hipótese de rescisão contratual por justa causa praticada pelo trabalhador, conforme o Art. 482, e, da CLT⁴⁷⁶.

3.5.1.2.3 Dever de urbanidade

O dever de urbanidade pode ser sintetizado como a “conduta social adequada, de respeito à idoneidade, à honra e à integridade física das pessoas”⁴⁷⁷. A observância de atos adequados à sociabilidade não se limita às partes da relação contratual (empregado e empregador), estendendo-se aos atos praticados em face dos demais membros da organização social, assim como clientes e terceiros que venham a manter relações com os trabalhadores⁴⁷⁸.

3.5.2 Obrigações do Empregador

3.5.2.1 Obrigação Principal

O empregador tem como obrigação principal, decorrente do caráter comutativo, oneroso e sinalagmático do contrato, “contraprestar pecuniariamente o

⁴⁷³ Ibidem.

⁴⁷⁴ Idem, p. 248.

⁴⁷⁵ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 329.

⁴⁷⁶ “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...] e) desídia no desempenho das respectivas funções”.

⁴⁷⁷ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 329.

⁴⁷⁸ Em relação aos atos que implicam na quebra do dever de urbanidade, *vide* OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 119.

empregado em razão da força laboral disponibilizada, ou das tarefas, desempenhadas⁴⁷⁹. Esta obrigação corresponde ao pagamento do salário⁴⁸⁰.

O salário difere dos tipos de contraprestação existentes nas demais espécies de relação de trabalho. Camino identifica quatro atributos constitutivos do salário: continuidade; reciprocidade; essencialidade; periodicidade⁴⁸¹. Conforme afirma Ramalho, na relação de trabalho subordinado é possível identificar um “conceito amplo de remuneração, a par do conceito estrito de retribuição, como contrapartida do trabalho prestado⁴⁸². A extrapolação da contrapartida ao trabalho ou mera disponibilização por parte do trabalhador se traduz pelos tempos de ausência de labor remunerados pelo empregador, tendo como principais exemplos: férias, com acréscimo de 1/3⁴⁸³; gratificação natalina⁴⁸⁴; repousos semanais e feriados remunerados⁴⁸⁵; faltas justificadas⁴⁸⁶.

A amplitude da obrigação remuneratória difere da lógica sinalagmática presente nas demais relações obrigacionais⁴⁸⁷. Assim como o dever de submissão do trabalhador ao poder punitivo do empregador caracteriza uma peculiaridade da relação juslaboral, o débito do contratante sem uma direta correspondência, auxilia na diferenciação do contrato individual de trabalho das demais espécies contratuais presentes no direito privado.

3.5.2.2 Obrigações Acessórias

3.5.2.2.1 Deveres de cuidado e prevenção

Na esteira do que já restou referido em relação à alteridade, a atividade empresária constitui a assunção de riscos, os quais não se limitem ao “risco

⁴⁷⁹ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 117.

⁴⁸⁰ Palma Ramalho enfatiza que do ponto de vista dogmático “a recondução do dever retributivo à categoria de dever principal decorre da recusa das concepções comunitário-pessoais do vínculo de trabalho e da conseqüente repatrimonialização do vínculo laboral”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 562.

⁴⁸¹ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 330.

⁴⁸² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 563.

⁴⁸³ O direito às férias remuneradas com acréscimo de 1/3 está previsto Art. 7º, XVII da Constituição Federal.

⁴⁸⁴ O direito ao 13º salário está previsto no Art. 7º, VIII da Constituição Federal.

⁴⁸⁵ O direito ao repouso semanal remunerado está previsto no Art. 7º, XV da Constituição Federal. O direito ao feriado remunerado está previsto no Art. 1º da Lei nº 605/1949.

⁴⁸⁶ As hipóteses de ausência ao trabalho sem prejuízo salarial estão previstas no Art. 473 da CLT.

⁴⁸⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012a, p. 563.

económico do negócio, mas também riscos para a segurança das pessoas que vão estar integradas no processo produtivo”⁴⁸⁸.

A Constituição Federal no Art. 7º, incisos XXII e XXVIII⁴⁸⁹, prevê direitos fundamentais de redução dos riscos, bem como encargo patronal em relação ao seguro em face de acidentes do trabalho, sem a exclusão da responsabilização civil do contratante⁴⁹⁰. Tais previsões se justificam na medida em que o ambiente laboral tende a ser um potencializador do aumento de infortúnios ao trabalhador⁴⁹¹.

Além da fonte legal, cabe averiguar os fundamentos dogmáticos que embasam os deveres de cuidado e prevenção do empregador. A doutrina germânica desenvolveu o dever de assistência ou proteção (*Fürsorgepflicht*), através do qual cabe ao empregador “assegurar as condições de higiene e segurança do local de trabalho, nomeadamente pela observância das exigências legais e regulamentares que visam a prevenção de acidentes de trabalho e doenças profissionais, além de lhe ser exigível que ofereça aos trabalhadores o melhor ambiente de trabalho possível”⁴⁹². O dever de assistência do empregador, o qual é uma reconstrução dogmática⁴⁹³ do dever de proteção do senhor dentro do contrato de serviço fiel⁴⁹⁴ é a contraface do dever de lealdade do empregado⁴⁹⁵.

Conforme Ramalho, tais deveres se justificam pela “natureza fiduciária e comunitária do vínculo laboral”⁴⁹⁶. Por outro lado, Monteiro Fernandes propõe o redimensionamento progressivo dos deveres de assistência, em face de dois fenômenos distintos: a) pela teoria do “risco de estabelecimento” (*Betriebsrisiko*) ou

⁴⁸⁸ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 288.

⁴⁸⁹ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

⁴⁹⁰ Acerca dos dispositivos no campo infraconstitucional que consubstanciam os deveres de lealdade do empregador, vide OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 118.

⁴⁹¹ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 288.

⁴⁹² Idem, p. 289. (grifos no original).

⁴⁹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012b, p. 280.

⁴⁹⁴ Em relação ao contrato de serviço fiel, vide GIERKE, Otto Von. **Las raices del contrato de servicios**. Madrid: Civitas, 1982, p. 15-16.

⁴⁹⁵ Observamos que os deveres de cuidado e prevenção, também podem ser assumidos espontaneamente pelo empregador.

⁴⁹⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012b, p. 281. A autora portuguesa ainda complementa: “da integração do trabalhador na comunidade empresarial decorre a sua disponibilidade acrescida para com o empregador e o seu empenho integral na prossecução dos objetivos empresariais; mas porque essa disponibilidade e esse empenhamento determinam prejuízos para a personalidade e a vida do trabalhador, os deveres assistenciais do empregador têm a função de compensar esses prejuízos”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op.cit.* 2012b, p. 281.

de forma mais ampla, pelo ônus do empregador em relação aos riscos proporcionados por uma organização de meios produtivos que ele construiu; b) pela autonomia alcançada por diversos deveres que se originaram da obrigação assistencial, como o direito às férias remuneradas⁴⁹⁷.

3.5.2.2.2 A cooperação creditória e o dever de ocupação efetiva

Segundo Monteiro Fernandes “para se tornar viável a prestação efectiva de trabalho, não basta que o trabalhador se coloque à disposição para ela; é necessário ainda a *cooperação do empregador* que se traduzirá na oferta das aludidas condições materiais e organizativas (o *Arbeitssubstrat* a que amiúde se referem os autores alemães)”⁴⁹⁸. Neste sentido, ante o fato do risco econômico da atividade correr por conta do empregador, este “implica atribuir-lhe os custos de toda a atividade desenvolvida na empresa, desde a mais elementar ferramenta utilizada pelo empregado às máquinas mais sofisticadas e demais insumos necessários ao empreendimento”⁴⁹⁹.

Como consequência deste ônus e em decorrência do princípio da proteção ao salário⁵⁰⁰, resta vedado ao empregador efetuar descontos referentes ao custeio dos equipamentos disponibilizados, conforme prevê o Art. 462 da CLT⁵⁰¹. Caso o trabalhador faça uso de seus próprios equipamentos, o contratante estará sujeito a recompor a perda patrimonial sofrida pelo trabalhador decorrente do emprego dos mesmos⁵⁰².

Não desconhecemos a inclusão do Art. 75-D da CLT⁵⁰³ em face da Lei n.º 13.467/2017 (reforma trabalhista), a qual também regulamentou a relação de emprego através do teletrabalho. Em que pese o Artigo se refira a “disposições relativas à responsabilidade”, entendemos que as mesmas aludem ao caráter

⁴⁹⁷ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 291.

⁴⁹⁸ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 292. (grifo original).

⁴⁹⁹ CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 334.

⁵⁰⁰ O princípio da proteção ao salário, do qual a intangibilidade salarial faz parte, conforme Oliveira e Dorneles “*visa preservar a expectativa econômica e a fonte de subsistência dos empregados*”. OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 29. (grifo original).

⁵⁰¹ “Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo”.

⁵⁰² CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 335.

⁵⁰³ “Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito”.

operacional existente no processo de aquisição dos equipamentos. Dentro da dinâmica estabelecida junto ao teletrabalho é natural que o empregado possa de fato ser responsável pela coordenação da infraestrutura necessária ao desenvolvimento da atividade e até mesmo ao encargo imediato, mas não ao ônus final. Neste sentido as partes podem estabelecer os procedimentos necessários para a aquisição e manutenção dos equipamentos, como por exemplo: prévia autorização da chefia; prazo para reembolso das despesas realizadas; periodicidade na troca dos equipamentos e valor máximo a ser despendido⁵⁰⁴.

Quanto ao dever de ocupação efetiva, mesmo que a obrigação principal do empregador seja o pagamento de salário⁵⁰⁵, a inatividade forçada, mesmo remunerada, como regra geral acarreta a desvalorização pessoal e profissional do trabalhador⁵⁰⁶.

O dever de ocupação efetiva também se traduz na cooperação do empregador em proporcionar as condições necessárias para o trabalhador ocupar o cargo para o qual foi contratado⁵⁰⁷. A cooperação creditória acaba sendo um meio para que se possa alcançar a ocupação efetiva.

Sob o ponto de vista obrigacional⁵⁰⁸, a não ocupação injustificada do empregado, enseja em ato que viola o princípio contratual da boa-fé objetiva⁵⁰⁹, previsto no Art. 422 do Código Civil. Ressaltamos que o dever do empregador também encontra assento na Constituição Federal. Neste caso, os Arts. 1º, IV; 6º e 170 da Lei Maior enaltecem o status constitucional da valorização do trabalho⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ Observamos que havendo dúvida na interpretação do citado dispositivo, dentro da hermenêutica própria aplicada ao direito do trabalho (*in dubio pro operario*), deve ser adotada aquela mais favorável ao empregador. Em relação ao referido princípio interpretativo juslaboral, *vide* PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op.cit.* 1978, p. 42-51.

⁵⁰⁵ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 293-294.

⁵⁰⁶ *Idem*, p. 294. Monteiro Fernandes ainda destaca que em determinadas profissões, a inatividade pode causar acentuados prejuízos profissionais, como por exemplo, no caso dos atores e profissionais de espetáculos em geral, dos jornalistas, dos profissionais de desporto e dos deficientes. FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 294.

⁵⁰⁷ Conforme Monteiro Fernandes: “Se aquela atribuição não é feita, e ainda se estas condições não são fornecidas ou sofrem interrupção, a prestação de trabalho torna-se impossível (o trabalhador não pode definir ele próprio a sua função nem escolher o seu posto de trabalho à revelia do empregador)”. FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 295.

⁵⁰⁸ A violação não se limita ao campo obrigacional, ensejando em verdadeiro dano à imagem do trabalhador. Neste sentido, *vide* CAMINO, Carmen. *Op.cit.* 2004, p. 334.

⁵⁰⁹ FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 299.

⁵¹⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma

As aludidas obrigações não se confundem com o dever de dar trabalho, ou seja, pelo menos no que tange ao empregador, tal encargo se aplica tão somente aos trabalhadores vinculados ao contrato de trabalho.

3.5.2.2.3 Dever de Urbanidade

O dever de urbanidade por parte do empregador enseja no cumprimento de condutas que observem os “padrões morais de comportamento exigíveis de qualquer pessoa”⁵¹¹. Quanto ao mais, aplicam-se os mesmos conceitos referentes ao dever de urbanidade exigido do empregado⁵¹².

desta Constituição”. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

⁵¹¹ OLIVEIRA, Cíntia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Op.cit.* 2016, p. 118.

⁵¹² Em relação aos deveres de urbanidade do empregado, *vide* o estudo realizado junto ao ponto 3.5.1.2.3 do presente trabalho.

4 A ONEROSIDADE EXCESSIVA E OS PRINCÍPIOS CIVILISTAS

No presente capítulo analisaremos o instituto da onerosidade excessiva, na forma tipificada junto ao Código Civil de 2002. Investigaremos os requisitos positivos e negativos em torno do preceito, bem como apontaremos seus efeitos.

Após, apresentaremos os princípios transpositivos do Código Civil de 2002, assim como os mais relevantes princípios contratuais, os quais poderão auxiliar na constatação da compatibilidade da onerosidade excessiva com o contrato individual de trabalho. Ressaltamos que princípios contratuais clássicos, como da relatividade dos efeitos do contrato e de sua conservação, não foram diretamente abordados, tendo em conta os objetivos específicos desta pesquisa.

Por fim, teceremos as considerações pertinentes à compatibilidade do instituto da excessiva onerosidade com o contrato individual de trabalho, à luz dos princípios trabalhados ao longo deste último capítulo.

4.1 TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Prevista nos Arts. 478 a 480⁵¹³, a onerosidade excessiva, tal qual posta no Código Civil brasileiro, em que pese seja de estímulo italiano, não se identifica totalmente com esta. A principal diferença entre ambas as previsões diz respeito à “extrema vantagem” exigida do co-contratante, nos termos do Art. 478 do Código Civil pátrio, requisito que não encontra paralelo no Código Civil italiano⁵¹⁴.

O instituto da onerosidade excessiva pode ser utilizado por qualquer um dos contratantes, *i.e.*, tanto credor como devedor podem ser atingidos por circunstâncias posteriores ao início do contrato que tornem excessivamente onerosa a continuidade da relação contratual, nos termos inicialmente estabelecidos⁵¹⁵. Quanto aos

⁵¹³ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

⁵¹⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. In: FERNANDES, Wanderley (Coord). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva (Série GVlaw), 2012, p. 398.

⁵¹⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 154.

requisitos, os mesmos podem ser divididos em positivos e negativos, sobre os quais passaremos a discorrer.

4.1.1 Requisitos positivos

Os requisitos considerados positivos, são extraídos através da simples leitura do Art. 478, quais sejam: a) contratos de execução continuada ou diferida; b) a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra; c) em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

4.1.1.1 contratos de execução continuada ou diferida

Ao prever a incidência da resolução por onerosidade excessiva, tão somente junto aos contratos de execução continuada ou diferida, o legislador buscou tutelar as relações que apresentam um lapso temporal entre o momento da formação e do cumprimento, estando, portanto, a mercê da superveniência de circunstâncias que alteram sensivelmente a comutatividade inicialmente estabelecida pelas partes⁵¹⁶.

Contratos de execução continuada, também chamados de execução sucessiva ou de trato sucessivo, são aqueles nos quais o contrato remanesce, enquanto persistir a obrigação, a qual se renova periodicamente, até o implemento de uma condição ou com o decurso de determinado prazo, cessando também o próprio contrato⁵¹⁷. A duração ou continuidade da relação contratual assim é desejada por ambos os contratantes⁵¹⁸.

Os contratos de execução diferida ou retardada, são aqueles no qual a prestação não se realiza imediatamente, mas a termo, não restando operada a extinção da obrigação enquanto não se completar a *solutio*⁵¹⁹. Os efeitos do negócio jurídico “hão de começar ou terminar em momento diverso daquele em que se forma”⁵²⁰.

⁵¹⁶DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 399.

⁵¹⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2016, v. 3, p. 62.

⁵¹⁸Idem, p. 62-63.

⁵¹⁹Idem3, p. 62.

⁵²⁰GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed., rev., atual. e aum., de acordo com o código civil de 2002 por: Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 359.

Exclui-se a aplicação da onerosidade excessiva nos contratos de execução instantânea, nos quais o cumprimento da obrigação se exaure imediatamente após sua conclusão⁵²¹. Exemplo do contrato de execução instantânea é a compra e venda, com pagamento a vista, no qual uma parte entrega a coisa e a outra paga o preço⁵²².

Através da leitura do Art. 480, depreende-se que a onerosidade excessiva, além dos contratos bilaterais, também pode ser aplicada sobre os contratos unilaterais onerosos, nos quais as obrigações couberem a apenas umas das partes⁵²³.

4.1.1.2 Onerosidade Excessiva para uma parte e extrema vantagem para a outra

A codificação civil não traz parâmetros objetivos sobre o que seja uma situação excessivamente onerosa. A doutrina, porém, vem considerando que a simples dificuldade no cumprimento da obrigação, não autoriza a resolução contratual por onerosidade excessiva⁵²⁴. Necessária se faz que a prestação a ser cumprida pela parte demande um expressivo e desarrazoado sacrifício patrimonial, o qual não teria levado o contratante a se obrigar no momento de formação da relação contratual⁵²⁵.

A investigação quanto à existência de uma situação de excessiva onerosidade deve ser procedida levando-se em consideração o programa contratual de forma global - vantagens e custos a serem produzidos pela economia geral do contrato - e não apenas da cláusula tida como prejudicial⁵²⁶. As partes, quando da elaboração do programa contratual, normalmente distribuem os riscos junto às cláusulas do contrato, ou seja, “a estrutura econômica da operação contratual, retratada nas prestações de cada uma das partes, pode conter dispositivos que já tenham levado em conta a eventual onerosidade de uma das prestações”⁵²⁷.

⁵²¹DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 399.

⁵²²WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. totalmente reformulada. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 286-287.

⁵²³DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 401-402.

⁵²⁴Idem, p. 410.

⁵²⁵Idem, p. 411.

⁵²⁶COSTA, José Eduardo da. A revisão dos contratos: entre o *pacta sunt servanda* e o equilíbrio econômico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012a, p. 424.

⁵²⁷Ibidem.

A apreciação da excessiva onerosidade do contratante deve ser realizada objetivamente, ou seja, “a onerosidade é sempre do contrato e não da parte contratante, sendo irrelevante para esta análise a condição *subjetiva* na qual se encontra a parte”⁵²⁸. Não se exige que a excessiva onerosidade conduza o lesado a ruína econômica⁵²⁹, devendo a análise do sacrifício se limitar à relação contratual e não além dela.

Em relação ao requisito da extrema vantagem do contratante não prejudicado, de maneira geral, este é muito criticado pela literatura civil, pois em diversas oportunidades haverá onerosidade exacerbada para um contratante, sem que necessariamente haja extrema vantagem ao outro⁵³⁰. Parte da doutrina entende que este requisito deve ser solucionado através da intenção comum das partes, ou seja, deve-se questionar se no momento em que a circunstância alteradora já existe, as partes firmariam o contrato nos mesmos termos⁵³¹. Sendo positiva a resposta, por motivos que levassem as partes a querer o contrato, mesmo diante da situação alterada, não restará preenchido o requisito da vantagem excessiva⁵³². Sendo a resposta em sentido oposto, a manutenção do contrato propicia a parte não onerada uma excessiva vantagem⁵³³.

4.1.1.3 Fatos extraordinários e imprevisíveis

O Art. 478 exige que os fatos ensejadores da excessiva onerosidade para uma parte e a demasiada vantagem para a outra, sejam extraordinários e imprevisíveis⁵³⁴.

Extraordinário é o fato que embora possa ter sido imaginado pelos contratantes, escapa à regra geral, produzindo “um sobressalto, um acidente, no curso ordinário ou série natural dos acontecimentos”⁵³⁵. O evento, além de estar fora

⁵²⁸DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 411.

⁵²⁹Idem, p. 414.

⁵³⁰Idem, p. 415.

⁵³¹SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op.cit.* 2012a, p. 393-394.

⁵³²Idem, p. 394.

⁵³³Ibidem.

⁵³⁴COSTA, José Eduardo da. *Op.cit.* 2012, p. 420.

⁵³⁵COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2012b, p. 339.

dos riscos habituais do contrato firmado⁵³⁶, deve ser externo à relação jurídica, não podendo ser imputável à conduta da parte prejudicada⁵³⁷.

Conforme Costa, o evento extraordinário poderá até mesmo ser de conhecimento das partes, mas “diante dos elevados custos de obtenção de informações mais detalhadas e completas acerca do evento, bem como as despesas acrescidas com as negociações, pode ocorrer que os contratantes tenham deixado de regular as consequências do evento”⁵³⁸.

Imprevisível é o acontecimento que não poderia ter sido antecipado pelos contratantes⁵³⁹. Evento o qual, se as partes tivessem cogitado, não teriam celebrado o negócio ou teriam feito de forma diversa⁵⁴⁰.

Observamos que a extraordinariedade e a imprevisibilidade não se limitam ao fato ensejador do desequilíbrio contratual, mas também se aplicam aos efeitos produzidos pelo evento, *i.e.*, “embora o evento seja em si mesmo previsível, suas consequências são inestimáveis ou inavaliáveis”⁵⁴¹.

4.1.2 Requisitos negativos

Além dos requisitos objetivos extraídos do Art. 478 do Código Civil, três outros requisitos, foram construídos pela doutrina e pela jurisprudência⁵⁴²: a) ausência de adimplemento da prestação; b) ausência de mora da parte prejudicada; c) ausência de impedimento pelos riscos inerentes ao contrato.

4.1.2.1 Ausência de adimplemento da prestação

A prestação sob a qual se alegue a excessiva onerosidade, não poderá ter sido executada pelo devedor ou recebido pelo credor, pois a *contrario sensu*,

⁵³⁶COSTA, José Eduardo da. *Op.cit.* 2012b, p. 421.

⁵³⁷DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 406.

⁵³⁸COSTA, José Eduardo da. *Op.cit.* 2012a, p. 421.

⁵³⁹Ibidem.

⁵⁴⁰DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 406.

⁵⁴¹SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos:** do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 111. Neste mesmo sentido o Enunciado nº 175 da III Jornada de Direito Civil: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/316>>. Acesso em: 02 Nov. 2019.

⁵⁴²DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 417.

pressupõem-se que a satisfação da mesma opere a preclusão ao direito de alegação de sacrifício⁵⁴³. O objetivo do instituto é permitir o restabelecimento das condições originais, visando o adimplemento do contrato, ou seja, tendo este sido adimplido, perde-se a aplicabilidade do preceito da onerosidade excessiva⁵⁴⁴. Caso apenas a outra parte tenha satisfeito sua prestação, caberá o pleito de impossibilidade de execução da prestação por onerosidade excessiva, pela parte prejudicada⁵⁴⁵.

Na hipótese da execução parcial da prestação, resta possível a invocação da onerosidade excessiva no que tange à fração não satisfeita, preservando-se a imutabilidade em relação às parcelas executadas⁵⁴⁶.

4.1.2.2 Ausência de mora da parte lesada

Diversamente do que ocorre na codificação de outros países⁵⁴⁷, o Código Civil brasileiro não exige, expressamente a ausência da mora da parte prejudicada. A literatura nacional não aborda o tema de forma uníssona.

Parte da doutrina entende não ser razoável o cumprimento da obrigação, antes da mesma ser objeto de ação questionando a onerosidade excessiva, pois o contratante prejudicado não deu causa ao fato superveniente ensejador do desequilíbrio contratual⁵⁴⁸. Neste sentido a mora não poderia ser impugnada a uma conduta da parte lesada, pois o incumprimento teve origem exclusivamente em consequência da onerosidade excessiva⁵⁴⁹.

Em sentido diverso, Rosado entende que havendo a mora, e tendo a parte adversa ajuizado ação de resolução fundada no incumprimento da prestação, a onerosidade excessiva, *como matéria de defesa*, justificará a liberação do réu ao pagamento de perdas e danos causados pelo inadimplemento, mas deverá a ação

⁵⁴³DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 417-418.

⁵⁴⁴SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op.cit.* 2012a, p. 383.

⁵⁴⁵DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 418.

⁵⁴⁶COSTA, José Eduardo da. *Op.cit.* 2012, p. 433.

⁵⁴⁷Neste sentido o Art. 438 do Código Civil português: "a parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou". COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op.cit.* 2012, p. 341.

⁵⁴⁸LÓBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 197.

⁵⁴⁹COSTA, José Eduardo da. *Op.cit.* 2012, p. 429.

ser julgada procedente quanto ao pleito de resolução contratual pelo descumprimento da obrigação⁵⁵⁰.

Entendemos que a solução deve ser fundada à luz do comportamento das partes. É vedado ao contratante lesado simplesmente quedar-se ao cumprimento da obrigação, sem que notifique tempestivamente a outra parte, cientificando-a da dificuldade em satisfazer a obrigação, buscando assim a renegociação dos termos iniciais do contrato⁵⁵¹. Fundado no comportamento pautado pela boa-fé, e com base no Art. 396 do Código Civil⁵⁵², compreende-se que a notificação extrajudicial, comunicando a impossibilidade de cumprimento do contato e a busca pela revisão, é medida hábil a impedir a caracterização da mora⁵⁵³. Inexitosa a renegociação do contrato, deverá a parte prejudicada ajuizar a ação fundada na onerosidade excessiva, sob pena de restar configurada a mora pelo incumprimento da obrigação⁵⁵⁴.

Ressaltamos que o simples ajuizamento da ação não possui eficácia liberatória quanto ao adimplemento contratual, sendo necessária prévia decisão judicial neste sentido⁵⁵⁵. Quando a parte lesada já se encontra em mora antes da alteração das circunstâncias, não poderá alegar incumprimento da obrigação fundada em onerosidade excessiva existente após o inadimplemento⁵⁵⁶.

4.1.2.3 Ausência de impedimento pelos riscos inerentes ao contrato

Os contratos comportam para as partes riscos mais ou menos elevados, sendo que a lei tutela o contratante em face dos riscos anormais, mas deixa ao seu cargo os perigos usualmente vinculados à operação⁵⁵⁷. Como condição à incidência da revisão ou resolução contratual por onerosidade excessiva é necessário que o sacrifício na satisfação da obrigação não estivesse inserido no próprio risco do contrato⁵⁵⁸.

⁵⁵⁰AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 159-160.

⁵⁵¹DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 421. No mesmo sentido AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 160.

⁵⁵²“Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.

⁵⁵³DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 421.

⁵⁵⁴Idem, p. 421-422.

⁵⁵⁵Idem, p. 422.

⁵⁵⁶LÓBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 197.

⁵⁵⁷ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 262.

⁵⁵⁸DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op.cit.* 2012, p. 423.

Em larga medida este requisito negativo acaba se confundindo com a exigência de imprevisibilidade e extraordinariedade do fato ensejador do alegado sacrifício. Ao nosso juízo, a distinção entre ambos e a importância da condição negativa, guardam relação com à averiguação dos riscos usualmente proporcionados pelo negócio jurídico. Constitui-se um ponto de partida da investigação tomada no intuito de averiguar a configuração dos fatos como extraordinários e imprevisíveis.

Dentro da lógica do instituto da onerosidade excessiva, este tem como plano de ação os contratos comutativos, nos quais “as partes sabem, de antemão, no momento da formação do contrato, as vantagens que serão atribuídas a cada uma”⁵⁵⁹. Neste sentido, como regra geral, não há que se falar em onerosidade excessiva junto aos contratos aleatórios, nos quais o risco pertence a própria essência do negócio. Excepcionalmente tem se admitido a aplicação da onerosidade excessiva junto aos contratos aleatórios, quando o prejuízo for além da álea própria do contrato⁵⁶⁰.

4.1.2.4 Adaptação dos requisitos negativos

Os requisitos negativos da onerosidade excessiva desenvolvidos pela doutrina contratualista, merecem alguns ajustes. Quanto ao requisito negativo da ausência de adimplemento da prestação, este se mostra incompatível com a forma de cumprimento das obrigações no contrato individual de trabalho e com a dependência econômica do trabalhador em relação ao empregador.

Na relação de emprego, o empregado satisfaz sua prestação em um ciclo praticamente ininterrupto, ou seja, na quase totalidade dos casos não há intermitência entre a ordem patronal e a obrigação principal de fazer. Esta característica subsiste em decorrência da indeterminação ou generalidade da prestação de serviços, a qual legitima o poder de direção do empregador.

Além, a independência do trabalhador raramente subsiste. Em decorrência desta condição, à parte obreira não resta alternativa além do cumprimento da

⁵⁵⁹ COSTA, José Eduardo da. *Op.cit.* 2012, p. 413.

⁵⁶⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 157. Neste mesmo sentido prevê o Enunciado nº 440 da V Jornada de Direito Civil: “É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato”. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/346>>. Acesso em: 02 de Nov. de 2019.

da obrigação. A recusa ao adimplemento da obrigação enseja ao empregado às penalidades oriundas do poder disciplinar, bem como o não recebimento da remuneração que garante sua subsistência.

Por tais características, mostra-se inviável ao trabalhador o ingresso de ação judicial no curso do contrato, sob pena de colocar em risco sua fonte de renda, oriunda do contrato de trabalho, vez que a realidade social nos mostra a intolerância da continuidade da relação após o início da lide. Esta peculiaridade no nosso sentir, autorizaria nos contratos individuais de trabalho, a possibilidade de revisão da cláusula ensejadora da excessiva onerosidade, inclusive após o término da relação.

Em relação ao requisito negativo da ausência de mora, igualmente deve ser ajustado à realidade laboral. A exigência da eficácia liberatória à prévia decisão judicial, restaria suprida no contrato de trabalho à luz da realidade social, a qual não tolera, salvo em raras hipóteses, a continuidade da prestação de serviço após o ajuizamento da reclamatória trabalhista.

No que tange ao requisito negativo de impedimento dos riscos inerentes ao contrato, sob a perspectiva do contratado, este é incompatível com a sistemática juslaboral. A relação de emprego, da qual emerge o contrato individual de trabalho, por si só, caracteriza modalidade de negócio jurídico na qual os riscos decorrentes da relação devem ser suportados pelo contratante e não pelo empregado. Esta característica, projeção da alteridade, é uma das principais assertivas que distingue o vínculo de trabalho dependente do trabalho autônomo.

Outrossim, sendo os requisitos negativos uma construção doutrinária, fruto de uma principiologia diversa da juslaboral, compreende-se que de fato às referidas harmonizações não são desarrazoadas. Neste momento, importante a invocação do princípio hermenêutico trabalhista *in dubio pro operario*, do qual emana o entendimento de que havendo dúvidas acerca de determinado dispositivo legal, o mesmo deve ser interpretado da forma mais favorável ao trabalhador.

4.1.3 Efeitos

Conforme estabelece o Art. 478, ao devedor cabe o pedido de resolução do contrato, sendo que seus efeitos deverão retroagir à data da citação. A resolução é uma faculdade que tem origem na lei ou na convenção das partes, podendo ser

definida como um ato dirigido à dissolução do vínculo contratual em plena vigência⁵⁶¹.

Segundo Betti, a resolução não se dirige contra o negócio, mas sim em face da relação jurídica nascida daquele, constituindo “uma defesa destinada a tutelar a condição de respectiva paridade entre as partes, não no ato da celebração do contrato, mas - em conformidade com a sua destinação (causa) - no desenvolvimento da relação contratual”⁵⁶².

A resolução pela superveniente alteração das circunstâncias tem como principal característica, o fato da mesma não se assentar em violação aos deveres contratuais da contraparte ou em qualquer deficiência objetiva superveniente da prestação⁵⁶³. Conforme Varela, “sua *raiz* mergulha na motivação psicológica do contrato, na deficiente previsão das partes à data da celebração do contrato”⁵⁶⁴.

Diferentemente do que ocorre com a rescisão do contrato individual de trabalho, fundada nas hipóteses previstas junto ao Art. 483 da CLT⁵⁶⁵, na qual há um justo motivo por ato praticado pelo empregador ou seus prepostos, a resolução contratual não se justifica em uma ação praticada pelos contratantes. A resolução, na hipótese da onerosidade excessiva busca seu fundamento na ocorrência de evento externo à relação contratual, a qual enseje o significativo desvio ao programa contratual inicialmente estabelecido pelas partes.

De acordo com Varela, a especificidade da resolução em decorrência da superveniente alteração das circunstâncias, revela-se em três aspectos essenciais⁵⁶⁶: a) a reação da parte prejudicada não possui amparo na vontade real

⁵⁶¹COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op.cit.* 2012, p. 319.

⁵⁶²BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**: anotações de acordo com o novo código civil. V.3. Campinas: LZN, 2003, p. 51.

⁵⁶³VARELA, João de Matos Antunes. *Op.cit.* 1991, p. 280.

⁵⁶⁴Ibidem.

⁵⁶⁵ “Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. § 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço. § 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho. § 3º - Nas hipóteses das letras "d" e "g", poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo”.

⁵⁶⁶VARELA, João de Matos Antunes. *Op.cit.* 1991, p. 281.

das partes (*lex contractus*), mas sim em uma concessão legal (contra a regra clássica do *pacta sunt servanda*); b) a resolução resta subordinada ao princípio da boa-fé, ou seja, o novo condicionamento fático presente na relação contratual, deve atender contra os ditames da boa-fé; c) a incidência da resolução é condicionada a análise da *álea* contratual, ou seja, as novas circunstâncias devem estar fora do risco próprio do negócio jurídico.

Nos termos do Art. 479 a resolução poderá ser evitada, quando a parte adversa, então ré da ação judicial, oferecer a redução equitativa das condições do contrato. Tendo em vista o princípio da conservação dos contratos, deverá se buscar primeiramente a revisão e não a resolução contratual⁵⁶⁷.

De acordo com o Art. 480, na hipótese em que as obrigações couberem a apenas um dos contratantes, este poderá postular a redução da prestação, ou sua alteração, de modo a viabilizar sua execução. Em que pese o dispositivo indique sua aplicação apenas aos contratos unilaterais, a previsão do Art. 480 também poderá incidir junto às relações bilaterais, pois quando a lei faz referência a “contrato”, restam incluídas suas cláusulas, as quais podem criar obrigações a apenas uma das partes, não apenas por meio de sua redação, mas também através de seu sentido final⁵⁶⁸.

4.2 OS PRINCÍPIOS TRANSPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil como “eixo central” do direito privado⁵⁶⁹, constitui uma tentativa de superar a crise provocada pela inflação legislativa “tratada no século passado como uma problemática dos microssistemas, caracterizada fundamentalmente como uma quebra no sistema de direito civil que tinha no Código Civil sua base”⁵⁷⁰. Esta premissa permite compreender que os contratos disciplinados em diplomas diversos,

⁵⁶⁷ Neste sentido estabelece o Enunciado nº 176 da III Jornada de Direito Civil: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/318>>. Acesso em: 02 de Nov. de 2019.

⁵⁶⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 832, n. 670, fev. 2005, p. 132.

⁵⁶⁹ COSTA, Judith H. Martins. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “Ética da Situação”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**: Porto Alegre, v. 20, out 2001, p. 230.

⁵⁷⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do código civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111.

como em leis extravagantes ou em microssistemas legislativos, estão submetidos às regras que regem a liberdade contratual, tais como o princípio da socialidade e a compreensão funcional do contrato⁵⁷¹.

A linguagem adotada pelo Código de 2002, por meio das *cláusulas gerais*, resulta o convite à atividade judicial criadora, sendo o juiz um "legislador" para o caso concreto⁵⁷². Desta maneira, a atual codificação "adquire progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito"⁵⁷³.

O Código Civil de 2002 tem como princípios transpositivos gerais os princípios da eticidade, da socialidade, e da operabilidade⁵⁷⁴. Estes princípios expressam as diretrizes fundamentais concebidas por Miguel Reale⁵⁷⁵, coordenador da comissão elaboradora do anteprojeto que originou o atual Código Civil⁵⁷⁶, as quais auxiliam o funcionamento de um sistema aberto e móvel na era da *recodificação*⁵⁷⁷.

4.2.1 Princípio da Eticidade

No período das codificações oitocentista as normas de direito privado, devido aos valores existentes à época, tinham como foco principal a tutela dos bens patrimoniais "obscurecendo-se a civilidade, dimensão social da existência, e a própria dimensão social do "ser civil" no individualismo egoísta. Através de uma mudança de valores, em primeiro plano restou valorada a pessoa humana, em sua irredutível subjetividade e dignidade, passando o Direito a construir princípios e

⁵⁷¹BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2009, p. 113.

⁵⁷²SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: v. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p. 180.

⁵⁷³SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Op.cit.* 1988, p. 180.

⁵⁷⁴AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed., rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 74.

⁵⁷⁵De acordo com Reale, três diretrizes estiveram presentes na elaboração do anteprojeto do Código Civil: "A) Preservação do Código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu. B) Impossibilidade de nos atermos a mera revisão do Código Beviláqua, dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito. C) Alteração geral do Código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade". REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

⁵⁷⁶COSTA, Judith H. Martins. *Op.cit.* 2001, p. 239.

⁵⁷⁷COSTA, Judith H. Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2002, p. XVIII.

regras com objetivo de tutelar essa dimensão existencial, transparecendo assim a dimensão ética das normas jurídicas⁵⁷⁸.

Esta mudança de paradigma, no qual o direito civil passa a ser o direito dos *civis* e não mais o direito dos *indivíduos*, enseja a reapropriação do direito civil com sua direção etimológica, como sendo o direito das pessoas que vivem na *cive*, sendo necessário prever regras aplicáveis às pessoas enquanto pessoas⁵⁷⁹. Através da utilização de valores éticos, a codificação de 2002 buscou superar o apego ao formalismo jurídico existente no código anterior, mas sem abandonar todas as conquistas das técnicas jurídicas com as quais os novos preceitos devem se compatibilizar⁵⁸⁰.

A eticidade⁵⁸¹, a qual caracteriza o direito contratual presente no Código Civil de 2002, é tradução da chamada ética da situação⁵⁸². Uma das expressões do culturalismo de Miguel Reale na novel codificação⁵⁸³, consubstancia-se na frequente utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, cujo

⁵⁷⁸COSTA, Judith H. Martins. *Op.cit.* 2001, p. 239.

⁵⁷⁹Idem, p. 238-239.

⁵⁸⁰REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.

⁵⁸¹Conforme afirma Martins-Costa: "sendo o Coordenador da Comissão Elaboradora do Projeto um filósofo e humanista do porte de Miguel Reale, é natural que o seu texto encontre-se permeado por regras nas quais é funda a exigência de eticidade que deve pautar as relações extrapatrimoniais e patrimoniais entre as pessoas, portadoras que são de especial dignidade que, agora, a própria Constituição Federal lhes reconhece". COSTA, Judith H. Martins. *Op.cit.* 2001, p. 239.

⁵⁸²BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2009, p. 151. Em relação à ética da situação, Reale afirma: "a *Ética da Situação* tem, do ponto de vista ontogenesiológico, uma natureza interdisciplinar, implicando estudos convergentes de historiadores, antropólogos, sociólogos, politicólogos e juristas, havendo uma correlação essencial entre *homem situado* e *comunidade concreta*. Esta caracteriza-se por não se subordinar a meras declarações formais de direitos e deveres, sendo, ao contrário, a efetiva atualização de uma convivência ordenada graças à livre e harmônica atuação dos indivíduos e dos grupos, numa correlação tal que as partes e o todo se componham em unidades, sem perda do valor essencial da subjetividade como *liberdade* e *inovação*". REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 211-212. Original grifado.

⁵⁸³Em relação ao culturalismo de Miguel Reale, Martins-Costa afirma: "O que caracteriza o culturalismo é a adoção da noção de cultura como "paradigma central" nos domínios das ciências humanas. Não se trata, porém, de uma visão estratificada e estática da cultura: Reale aplica ao mundo da cultura o esquema da teoria tridimensional, segundo a qual toda experiência histórico-social é "uma *forma* resultante da correlação tensional entre *fatos* e *valores*", para, assim, alcançar os três direcionamentos fundamentais da sua pesquisa acerca da cultura, a saber: a) uma relativa aos *elementos factuais* que condicionam a ação humana; b) outra relativa aos *valores e fins* já adquiridos, ou intencionados a adquirir, dando origem a *valorizações que se objetivam em bens* historicamente constituídos e, c) outra pertinente às *formas* que os bens culturais assumem, no curso da história". COSTA, Judith H. Martins. **Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil Brasileiro**. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v. 78, 2002, p. 609. Original destacado.

significado exige a atividade valorativa do julgador⁵⁸⁴ no momento de aplicação da regra⁵⁸⁵.

O princípio da eticidade enseja a concreção jurídica, privilegiando os critérios ético-jurídicos em prejuízo aos critérios lógico-formais, no processo de realização do Direito⁵⁸⁶. Neste cenário a concretização normativa exige maior conhecimento teórico do Direito, sendo uma das funções da doutrina auxiliar o juiz-intérprete diante do caso concreto, ao qual o Código confere “um poder muito grande, não só para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos”⁵⁸⁷.

No campo do direito obrigacional a base ética se expressa: através dos dispositivos com referência direta à boa-fé e aos bons costumes (Arts. 113, 187 e 422)⁵⁸⁸; junto às previsões do estado de perigo (Art. 156)⁵⁸⁹, lesão (Art. 157)⁵⁹⁰; na resolução em razão de fatos imprevisíveis (Art. 317)⁵⁹¹⁵⁹².

4.2.2 Princípio da Socialidade

A codificação oitocentista representava o individual. Através da apologia ao interesse pessoal e ao prazer hedonístico, ignorava-se a utilidade coletiva, tendo o caráter atomístico do individualismo levado a “desconhecer que todo indivíduo é

⁵⁸⁴Segundo Marques e Miragem: “O princípio da eticidade procura incluir valores éticos na prática do direito privado brasileiro pela introdução de muitas (e claras) cláusulas gerais”. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.* 2012, p. 84-85.

⁵⁸⁵COSTA, Judith H. Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2002, p. 51.

⁵⁸⁶AMARAL, Francisco. *Op.cit.* 2014, p. 75.

⁵⁸⁷AMARAL, Francisco. *Op.cit.* 2014, p. 75.

⁵⁸⁸ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁵⁸⁹ “Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

⁵⁹⁰ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

⁵⁹¹ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

⁵⁹²COSTA, Judith H. Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2002, p. 64.

social e que o *telos* da individuação crescente só pode ser alcançado socialmente”⁵⁹³.

O princípio da socialidade foi um dos responsáveis por suprimir da codificação civil de 2002 o caráter individualista o qual predominava no diploma anterior⁵⁹⁴, concedendo ao direito civil a preponderância do social, reconhecendo uma visão mais ampla e menos egoísta do Direito⁵⁹⁵. A refutação à individualização não significa que haja uma desvalorização do indivíduo, mas a ressignificação do individual.

O papel do Estado Social, sob o qual repousam as bases do atual diploma civil, é justamente o de proporcionar a aplicação do axioma da socialidade, ante às desigualdades sociais e à pobreza⁵⁹⁶. As principais expressões de socialidade contratuais presentes no Código Civil, encontram-se presente junto à funcionalização social da liberdade contratual (Art. 421)⁵⁹⁷. Nos contratos de adesão, o princípio socializante exterioriza-se na regra de interpretação mais favorável à parte aderente (Art. 423)⁵⁹⁸ e na nulidade das cláusulas com renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (Art. 424)⁵⁹⁹.

Observamos que a distinção que comumente se realiza entre a eticidade e a socialidade, possui o cunho essencialmente pedagógico⁶⁰⁰. Estes dois princípios possuem intrínseca conexão, “pois as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas tem afinidade com a socialidade”⁶⁰¹, sendo que “a eticidade relevante é aquela que tem dimensão social

⁵⁹³ROUANET, Sergio Paulo. Iluminismo ou barbárie. **Mal-estar na modernidade**: ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 16.

⁵⁹⁴Segundo Branco a preocupação quanto à socialidade não é uma novidade no plano jurídico, estando a mesma presente em vários modelos jurídicos. A novidade no Código Civil se materializa sob o ponto de vista da técnica legislativa. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do código civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

⁵⁹⁵MARINANGELO, Rafael. A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 698.

⁵⁹⁶MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito civil, ideologia e pobreza. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 38.

⁵⁹⁷“Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

⁵⁹⁸“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

⁵⁹⁹“Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

⁶⁰⁰COSTA, Judith H. Martins. *Op.cit.* 2001, p. 238.

⁶⁰¹Ibidem.

e é positivada pelos meios formais de realização do direito, no plano da teoria das fontes⁶⁰².

4.2.3 Princípio da Operabilidade

O princípio da operabilidade, também conhecido como princípio da concretude, influencia no processo de criação ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto, no qual à interpretação jurídica não é reservado o papel de apenas descobrir o sentido e o alcance da regra jurídica⁶⁰³. A concretização resta operada através das regras jurídicas, “enunciados gerais, a partir dos quais deve o intérprete construir uma norma-decisão *concreta e específica* para o caso em tela, considerando o ser humano *in concreto*, circunstanciado, não o sujeito *in abstracto*”⁶⁰⁴. O método de concreção se insere no modelo jurídico adotado pela codificação civil de 2002.

Os modelos jurídicos se distinguem das normas, pois aqueles resultam “de uma *pluralidade de normas* que, entre si articuladas numa certa estrutura, compõem uma unidade lógica de sentido”⁶⁰⁵. Os modelos jurídicos, dotados de flexibilidade, possuem uma vocação *prospectiva* e não *retrospectiva*, pois “se projetam no presente e para o futuro, agregando assim a experiência do passado, mas estando aberto para o que está por vir”⁶⁰⁶. A prospectividade possibilita o valor operativo dos modelos de Direito, permitindo “a abertura do sistema às concretas necessidades humanas e às mutações da escala de valores que se põem constantemente na dimensão da historicidade”⁶⁰⁷.

A operabilidade do modelo de Direito do Código Civil se expressa pela técnica legislativa adotada junto ao diploma, o qual como um *sistema aberto*, assegura a permanente incorporação de novas soluções aos problemas que se apresentam, através da construção jurisprudencial e da complementação futura a cargo do

⁶⁰²BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2009, p. 152.

⁶⁰³AMARAL, Francisco. *Op.cit.* 2014, p. 76.

⁶⁰⁴*Ibidem.*

⁶⁰⁵COSTA, Judith H. Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2002, p. 177.

⁶⁰⁶*Ibidem.*

⁶⁰⁷*Idem*, p. 178.

legislador⁶⁰⁸. A proposta não totalitária do diploma, o qual se encontra em constante construção, é percebida pela adoção das chamadas cláusulas gerais⁶⁰⁹.

As cláusulas gerais representam a superação do modo de legislar casuisticamente, predominante nas codificações dos séculos XVIII e XIX, através do emprego de conceitos com termos intencionalmente abertos e vagos⁶¹⁰. Sendo resultado de técnica legislativa, as cláusulas gerais sempre devem ser expressas, ao contrário dos princípios, os quais podem integrar o sistema jurídico de forma subjacente⁶¹¹. Outro traço marcante das cláusulas gerais, consiste no necessário reenvio a outros espaços do ordenamento ou a valores localizados dentro ou fora do sistema, fazendo com que o intérprete, no intuito de fundamentar sua linha argumentativa, busque subsídio em outras fontes axiológicas⁶¹².

A opção legislativa pelas cláusulas gerais guarda relação com as hipóteses em que se “se exige probidade, boa-fé ou correção (*correttezza*) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica”⁶¹³, podendo ser identificadas nas hipóteses em que há indeterminação do preceito, “cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir, em cada caso, a luz das circunstâncias ocorrentes”⁶¹⁴. As cláusulas gerais não pretendem fornecer uma resposta prévia a todos os problemas da realidade, mas sim que as soluções sejam progressivamente construídas pela jurisprudência⁶¹⁵.

Dentre as cláusulas gerais presentes no Código Civil, podemos citar as da função social do contrato (Art. 421) e da boa-fé objetiva (Art. 422). Estas cláusulas são fruto dos novos princípios contratuais que gravitam em torno da autonomia privada.

⁶⁰⁸COSTA, Judith H. Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2002, p. 117-118.

⁶⁰⁹As cláusulas gerais tiveram origem na Alemanha no final dos anos 1910, após o término da Primeira Guerra Mundial, período no qual a economia alemã vivia uma crise sem precedentes, representada pela hiperinflação. Durante este íterim se demonstrou impraticável a manutenção das cláusulas definidoras de preços junto aos contratos, as quais não estabeleciam um índice de correção monetária, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário. MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 103, set. 2006, p. 70.

⁶¹⁰COSTA, Judith H. *Op.cit.* 1998, p. 132-133.

⁶¹¹MENKE, Fabiano. *Op.cit.* 2006, p. 74.

⁶¹²*Ibidem*.

⁶¹³REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 40.

⁶¹⁴*Idem*, p. 41.

⁶¹⁵COSTA, Judith H. Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2002, p. 118.

4.3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

4.3.1 Princípio da autonomia privada

A doutrina comumente trata a autonomia privada e a autonomia da vontade como princípios idênticos, mas em que pese próximos, não se confundem. A autonomia da vontade, alicerçada na teoria da vontade, possui uma feição subjetiva e psicológica⁶¹⁶, expressão do individualismo e da soberania da vontade individual predominantes até o início do século XX⁶¹⁷. A autonomia privada, embasada na teoria da declaração, de forma objetiva exprime o poder da vontade no Direito, concreto e real⁶¹⁸, distanciando-se da vontade interior, atribuindo primazia à sua exteriorização e à limitação do ordenamento jurídico, por exigências da justiça social⁶¹⁹.

Conforme alerta Lôbo, as razões diferenciadoras entre as duas denominações, resultam de momentos históricos distintos nos quais foram concebidas: a autonomia da vontade teve como ambiente o Estado Liberal, enquanto a autonomia privada o Estado Social, sendo a opção por um ou por outra de ordem doutrinária e ideológica⁶²⁰. Optamos em adotar a expressão autonomia privada.

A autonomia privada encontra previsão constitucional. Apesar de não haver referência expressa no texto constitucional⁶²¹, o instituto alcança status constitucional no momento em que a Lei Maior define a livre iniciativa como um dos fundamentos da República (Art. 1º, IV, *fine*)⁶²², inserindo-a junto aos valores fundantes da ordem econômica (Art. 170, *caput*). A constitucionalização do instituto

⁶¹⁶AMARAL, Francisco. *Op.cit.* 2014, p. 84.

⁶¹⁷LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 57.

⁶¹⁸AMARAL, Francisco. *Op.cit.* 2014, p. 84.

⁶¹⁹LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 57.

⁶²⁰Ibidem.

⁶²¹De forma expressa a Constituição de 1988 aborda a autonomia no âmbito da esfera pública, ou em relação a entes público ou privados, mas os quais detém caráter de interesse público, como a autonomia das universidades (Art. 207, *caput*).

⁶²²“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

historicamente foi marcada pela aspiração dos contornos da sociedade civil junto às Constituições de cada país, “sendo a autonomia um dos principais respiradouros desta sociedade”⁶²³.

Da autonomia privada emerge a liberdade contratual, a qual consiste no poder que os particulares têm de decidir, através do exercício de sua vontade: as relações que participam; o conteúdo e a disciplina jurídica das relações⁶²⁴. Através deste conceito podemos identificar as quatro facetas do princípio⁶²⁵: a) arbítrio decisório quanto a contratar ou não contratar; b) eleger a pessoa com quem se deseja contratar; c) poder de fixar o conteúdo do contrato; d) escolha quanto à espécie de contrato.

A liberalidade quanto à contratação ou não contratação deriva do arbítrio de decidir conforme os interesses e conveniências particulares, “se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico-contratual”⁶²⁶. Contudo, cada vez mais esta liberdade se relativiza, na medida em que a organização social exige, através do avanço da contratualização⁶²⁷, com maior frequência a vinculação jurídica contratual, desde os mais singelos aos mais complexos dos atos⁶²⁸.

Se o titular de um direito, possui o arbítrio de recusar a contratação, quem pode o mais, pode o menos, ou seja, a faculdade de escolher a outra parte da relação⁶²⁹. Ressaltamos que liberdade de eleição quanto àquele com quem se deseja contratar, resta mitigada nas hipóteses em que não há opção em relação à pessoa do outro contratante, como nos serviços públicos concedidos sob regime de monopólio e nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor⁶³⁰.

⁶²³SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 22.

⁶²⁴AMARAL, Francisco. *Op.cit.* 2014, p. 84.

⁶²⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 3, p. 21-23.

⁶²⁶Idem, p. 21.

⁶²⁷Supiot observa que não se deve confundir a contratualização com o contratualismo: “O contratualismo, a idéia segundo a qual o vínculo contratual seria a forma mais acabada do vínculo social e teria vocação de substituir em toda parte os imperativos unilaterais da lei, é um componente da ideologia econômica”, que concebe a sociedade como um amontoado de indivíduos movidos unicamente pela virtude do cálculo de interesses. A contratualização, por sua vez, designa a extensão objetiva do recurso às técnicas contratuais. Ela desvela, ao se operar, efeitos em geral diferentes das promessas do contratualismo”. SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 104.

⁶²⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2013, v. 3, p. 21.

⁶²⁹SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op.cit.* 1998, p. 23.

⁶³⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2013, v. 3, p. 21.

A terceira característica da liberdade contratual corresponde ao poder de fixar o conteúdo do contrato⁶³¹. Quando da definição do conteúdo (regulamento) contratual, é delineada a composição, o arranjo recíproco de interesses das partes envolvidas na operação econômica, “a que o contrato é chamado a dar veste e vinculatividade jurídica”⁶³². O regulamento contratual consiste para as partes no “ponto de confluência e de equilíbrio entre os interesses - normalmente contrapostos - de que as mesmas são portadoras”⁶³³.

A liberdade contratual, na plenitude da autonomia privada⁶³⁴, também faculta às partes a criação de contratos atípicos, ou seja, aqueles que não possuem prévia regulação (tipificação) legislativa, “importando na possibilidade para as partes contratantes de derrogar as normas supletivas ou dispositivas, dando um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento lavrado”⁶³⁵. Os contratos atípicos, concebidos pela imaginação dos contratantes ou pelas necessidades econômicas, exigem que sejam minudenciados todos os direitos e obrigações decorrentes, ao contrário dos contratos típicos (nominados), nos quais os detalhes foram previamente estabelecidos pelo legislador⁶³⁶. Os contratos atípicos, apesar de escaparem dos modelos legais, estão sujeitos aos princípios e normas gerais desenvolvidos pelo direito contratual⁶³⁷.

Aos sujeitos privados é conferida a liberdade de contrair obrigações como quiserem, mas ao se obrigarem, comprometem-se verdadeiramente, ou seja, “aquilo que livremente escolheram torna-se vínculo rigoroso dos seus comportamentos, e se violam a palavra dada, respondem por isso e sujeitam-se as sanções”⁶³⁸. A sanção é necessária à segurança resultante das relações jurídicas, “pois quem é beneficiário de uma promessa deve poder contar com a sua execução”⁶³⁹. Estabelece-se o nexo entre liberdade contratual (utilidade) e responsabilidade contratual (risco)⁶⁴⁰.

Extraiu-se da liberdade contratual o poder dos particulares em legislar com aqueles com quem convencionam. Especialmente através da dicção do Art. 1.134

631PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2013, v. 3, p. 21-23.

632ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 126.

633Idem, p. 128.

634LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 59.

635WALD, Arnoldo. *Op.cit.* 2013, v. 3, p. 232.

636PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2013, v. 3, p. 22.

637LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 59.

638ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 128.

639BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23.

640ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 128.

do *Code*, foi cunhada a concepção máxima a qual o contrato tem força de lei entre as partes. No caso de incumprimento, ao prejudicado resta o direito de postular junto ao Poder Judiciário a execução forçada ou perceber o equivalente em perdas e danos, na impossibilidade de execução: a força obrigatória é garantida pelo Estado, mesmo que o regulamento do contrato não provenha de normas Estatais⁶⁴¹.

Desta concepção, ganhou relevo o princípio da força obrigatória dos contratos, formado pelas partes no livre exercício da sua liberdade assegurada pela ordem jurídica⁶⁴². O referido princípio tem como fundamentos os dois principais efeitos desejados pelas partes⁶⁴³: a) a *estabilidade*, haja vista a necessidade de conferir segurança aos negócios, “que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos”⁶⁴⁴; b) a *previsibilidade*, proporcionada pela expectativa de intangibilidade ou imutabilidade do contrato, o qual não poderia ser alterado unilateralmente por uma das partes ou por um terceiro estranho à relação⁶⁴⁵. Considerando-se a conjugação das vontades livres como fonte da “lei privada” estabelecida pelas partes, somente aos particulares, em conjunto, caberia a alteração da norma criada⁶⁴⁶.

Através do interesse individualista da sociedade é deixado ao arbítrio dos indivíduos a determinação quando a forma de contratação, processo no qual os mais hábeis conseguem obter vantagens sobre os mais inábeis⁶⁴⁷. Ocorre que ao longo do tempo o contratante com maior habilidade negocial foi superado por aquele que detinha o maior poder econômico, fato este que passou a aspirar a ideia de possibilidade de intervenção na relação privada, até mesmo pelos próprios defensores da principiologia liberal⁶⁴⁸.

Os atos praticados no exercício da vontade privada, somente produzem efeitos jurídicos, quando reconhecido o poder de decisão, no âmbito patrimonial da

⁶⁴¹LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 60.

⁶⁴²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* 2015, p. 48.

⁶⁴³LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 61.

⁶⁴⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* 2015, p. 49.

⁶⁴⁵*Ibidem.*

⁶⁴⁶ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 128-129.

⁶⁴⁷SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op.cit.* 1998, p. 23.

⁶⁴⁸*Ibidem.*

sua esfera jurídica e pessoal⁶⁴⁹. O negócio jurídico⁶⁵⁰ é o instrumento legal colocado a disposição dos particulares para realização dos seus interesses, nas relações com outras pessoas⁶⁵¹. O fato jurídico, do qual o negócio jurídico é espécie, constitui o “elemento propulsor da eficácia jurídica”⁶⁵².

Neste sentido, a intervenção junto às relações privadas passou a ser fundamentada pela mudança de concepção quanto à fonte dos efeitos jurídicos provindos do ato praticado no exercício da autonomia privada, considerando-se que a mesma não é um poder originário e ilimitado, derivando do ordenamento jurídico estatal, conforme a passagem do Estado de Direito para o Estado Intervencionista ou Assistencial⁶⁵³. O ordenamento jurídico além de conceder aos indivíduos a esfera para realização dos seus interesses, concede-lhe igualmente os instrumentos necessários a garantir tal realização, sendo a liberdade, reconhecida e tutelada, resultante da lei e a esta subordinada⁶⁵⁴.

O reconhecimento da autonomia privada provém do ordenamento jurídico estatal, que ao assegurar este direito, fixa limites ao seu exercício⁶⁵⁵. O direito subjetivo depende do direito objetivo para o reconhecimento de seu caráter jurídico e de sua força vinculativa, transformando o poder jurídico virtual em poder jurídico real no momento em que o ordenamento identifica o interesse público sobre o negócio jurídico⁶⁵⁶. A liberdade, sob o ponto de vista jurídico, negativamente (externamente) “é o poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei”⁶⁵⁷; positivamente (internamente) consiste no “poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não-exercício de seus direitos subjetivos”⁶⁵⁸.

⁶⁴⁹NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 413.

⁶⁵⁰Conforme conceitua Junqueira de Azevedo, “negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribuiu os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

⁶⁵¹NORONHA, Fernando. *Op.cit.* 2013, p. 413.

⁶⁵²LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 57.

⁶⁵³AMARAL, Francisco. *Op.cit.* 2014, p. 86. Neste mesmo sentido NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo. *Op.cit.* 2006, p. 231.

⁶⁵⁴SANTORO-PASSARELLI, Francesco *apud* PRATA, Ana. *Op.cit.* 1982, p. 21.

⁶⁵⁵AMARAL, Francisco. *Op.cit.* 2014, p. 86.

⁶⁵⁶PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 18.

⁶⁵⁷AMARAL, Francisco. *Op.cit.* 2014, p. 85.

⁶⁵⁸*Ibidem*.

Direito subjetivo e negócio jurídico estão a serviço da liberdade e da autonomia privada, mas com objetivos distintos⁶⁵⁹: o direito subjetivo tem a finalidade estática, no qual a ordem jurídica “resolve o problema de proteger os interesses privados, tais como os encontra constituídos na ordem econômico-social que tutela”⁶⁶⁰; por sua vez o negócio jurídico possui finalidade dinâmica, de iniciativa e renovação, resolvendo o problema de conceder à iniciativa privada “um modo de manifestar e de se mover, modificando a posição de tais interesses de acordo com as diretrizes que os próprios particulares julguem mais convenientes”⁶⁶¹.

O direito subjetivo não pode ser fundamentado unicamente no interesse privado, pois é o direito objetivo, o qual se alicerça nas finalidades de interesse público, quem concretiza a proteção ao sujeito privado, conforme o interesse público⁶⁶². O direito subjetivo privado tem como fonte “a norma que protege um interesse privado (finalidade imediata) para a realização daquele interesse público (finalidade mediata) que se encontra na base da própria proteção, e é a razão última pela qual a proteção é concedida”⁶⁶³.

O interesse público por trás do reconhecimento do ato praticado na esfera privada, atua indiretamente como um elemento do direito subjetivo. Diretamente é o direito objetivo quem impõe limite interno (estrutural) e externo ao poder jurídico da vontade (direito subjetivo), mas é o interesse público quem traduz a vontade do Estado positivada através das normas que compõem o ordenamento jurídico (direito objetivo)⁶⁶⁴. No ordenamento jurídico brasileiro o interesse público orientador da vontade estatal⁶⁶⁵ tem como fonte edificante primordialmente a Constituição Federal, especialmente os objetivos fundamentais da República, estabelecidos pelo Art. 3º⁶⁶⁶, bem como os princípios atinentes à ordem econômica, explicitados pelo Art. 170⁶⁶⁷.

⁶⁵⁹BETTI, Emilio. *Op.cit.* 2003, p. 70.

⁶⁶⁰Ibidem.

⁶⁶¹Ibidem.

⁶⁶²PUGLIATTI, Salvatore, *apud* PRATA, Ana. *Op.cit.* 1982, p. 19-20.

⁶⁶³Idem, p. 20.

⁶⁶⁴PRATA, Ana. *Op.cit.* 1982, p. 18-19.

⁶⁶⁵Conforme afirma Gomes: “a atividade empresarial tem de ser exercida na contextura de um plano estatal. [...] O propósito de organizar a economia através de um plano nacional incrementa a política interventiva e dirigista do Estado, determinando profundas alterações até no espírito das leis e na função do Direito”. GOMES, Orlando. *Op.cit.* 2007, p. 240.

⁶⁶⁶“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁶⁶⁷“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os

O processo de desenvolvimento jurídico do conceito de autonomia privada teve como objetivo estabelecer limites ao princípio, o qual em certa medida importou em sua negação, pois o instituto passou a ser explicado não em razão do poder da autonomia, mas sim a partir dos seus limites⁶⁶⁸. O espaço de atuação da vontade das partes (autonomia privada) se estreita na justa medida que cresce o interesse social sobre os atos praticados pelos privados no seio da sociedade⁶⁶⁹. Com o advento do Estado Social às típicas liberdades negativas⁶⁷⁰ foram acrescentados os limites positivos, os quais tinham no direito público seu típico escopo de atuação, percebendo-se que a limitação apenas negativa se incompatibilizou com os fundamentos expressados pelo Art. 170 da Constituição⁶⁷¹.

As limitações positivas se expressam na intervenção externa, ditadas por normas de ordem pública junto às próprias liberdades negativas: a) em relação a liberdade de conclusão ou escolha da parte contratante, nos contratos de fornecimento de serviço público ou monopolizados; b) quanto ao tipo contratual em determinadas situações, como na relação de emprego; c) acerca do conteúdo do contrato, quando a lei define, de forma cogente, certos elementos, como no contrato de inquilinato⁶⁷².

Atualmente, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, há uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual, acrescentando-se dados e não eliminando-se em uma época de hipercomplexidade⁶⁷³. Ao princípio da autonomia privada, somam-se outros três novos princípios contratuais: a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico do contrato⁶⁷⁴.

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

⁶⁶⁸LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 58.

⁶⁶⁹Idem, p. 59.

⁶⁷⁰Liberdade de escolher com quem contratar; liberdade de escolher a modalidade contratual; liberdade de definição do conteúdo do contrato.

⁶⁷¹LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 59-60.

⁶⁷²Idem, p. 60.

⁶⁷³AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **RT/Fasc. Civ.** São Paulo, v. 750. Abr./1998, p. 115.

⁶⁷⁴Idem, p. 115-116.

4.3.2 Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé, como forma indispensável para todas as relações humanas, significa que “cada um deve guardar fidelidade a palavra dada e não defraudar a confiança ou abusar dela”⁶⁷⁵. Primeiramente cumpre distinguir o princípio da boa-fé objetiva (concepção ética), da boa-fé subjetiva (concepção psicológica)⁶⁷⁶.

A boa-fé subjetiva, ao contrário da objetiva, não é um princípio, mas sim uma qualidade do sujeito, guardando relação com o estado de consciência da pessoa. Este elemento subjetivo, em determinadas hipóteses⁶⁷⁷ é valorado pelo Direito⁶⁷⁸, constituindo fato relevante ao preenchimento do suporte fático de determinadas normas⁶⁷⁹. A valoração se justifica na medida em que a pessoa tem a consciência de estar agindo consoante o Direito, em que pese diversa seja a realidade⁶⁸⁰.

A boa-fé objetiva, constituiu um princípio, mas acima de tudo um princípio geral de Direito⁶⁸¹. A objetivação da boa-fé, como regra de conduta, transpassa as obrigações de natureza negativa, relacionadas à atitude de correção dos contraentes, exigindo uma colaboração ativa em prol da satisfação da expectativa alheia⁶⁸².

⁶⁷⁵LARENZ, Karl. *Op.cit.* 1958, p. 142.

⁶⁷⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* 2015, p. 55.

⁶⁷⁷Junto ao Código Civil de 2002 podemos encontrar diversos exemplo de valoração da boa-fé subjetiva. A título exemplificativo, transcrevemos os dispositivos que diferenciam os efeitos decorrentes da posse: “Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos. Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação. Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio. Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa. Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante. Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis. Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias. Art. 1.222. O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual”.

⁶⁷⁸AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 243.

⁶⁷⁹MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.* 2018, p. 132.

⁶⁸⁰AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 243.

⁶⁸¹Idem, p. 244.

⁶⁸²COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op.cit.* 2012, p. 306-310.

Os deveres emanados pelo princípio da boa-fé, excetuando-se os atos ilícitos, encontram campo de atuação em todas as áreas, devendo as partes agirem em consideração ao *alter*⁶⁸³. No campo do direito obrigacional, o princípio ganha relevância ao limitar o exercício da liberdade contratual e dos direitos subjetivos decorrentes da lei ou do contrato, como poderes jurídicos, direitos potestativos e faculdades⁶⁸⁴.

O Código Civil de 1916 não havia consagrado o instituto da boa-fé objetiva, tendo sido alvo de críticas, na medida que codificações anteriores, tais como a francesa (Art. 1.131) e a alemã (§ 242) já incorporavam a boa-fé⁶⁸⁵. Clóvis do Couto e Silva defendia à época que a presença do princípio no direito obrigacional independe de recepção legislativa, tendo em vista que a boa-fé deve ser considerada fundamental, essencial⁶⁸⁶.

No Código Civil de 2002 o princípio da boa-fé, encontrou espaço através da adoção da técnica legislativa da cláusula geral, sendo considerada uma janela do sistema jurídico, através da qual, baseada em fatores metajurídicos ou princípios jurídicos gerais, ingressam no sistema jurídico elementos externos não positivos, ou positivados em sentido diverso⁶⁸⁷. Sua incidência exige técnica judicial apropriada, pois o “conteúdo da norma de dever, derivada esta do princípio da boa-fé, não está na lei, devendo ser construído pelo juiz, caso a caso”⁶⁸⁸.

Compete ao magistrado, diante do caso concreto, designar qual o modelo ideal de comportamento a ser seguido pelas partes, tendo como norte os princípios ético-jurídicos de lealdade e confiança. Preenche assim o vazio normativo, com o conteúdo e o limite dos direitos e deveres das partes⁶⁸⁹. Estabelecido o quadro paradigma, deve o juiz verificar se as partes procederam conforme com os ditames

⁶⁸³SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 33.

⁶⁸⁴MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.* 2018, p. 132-133.

⁶⁸⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2016, v. 3, p. 19. Conforme observa Fradera, a boa-fé não possui idêntica expressão junto aos diplomas francês e alemão, sendo no *Code* um *standard*, correspondente a uma “medida média de conduta social”, enquanto no BGB representa um verdadeiro princípio. FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, nº 24, 1º Sem/2003, p. 144-145.

⁶⁸⁶SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. *In: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 43-61.

⁶⁸⁷AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 248-249.

⁶⁸⁸Idem, p. 247-248.

⁶⁸⁹Idem, p. 248.

da boa-fé objetiva. Sendo negativo o resultado do exame, necessária se faz a decretação de ilicitude da conduta⁶⁹⁰.

Em relação à aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, o Código Civil confere ao preceito três funções distintas: jurígena (Art. 422); exegética (Art. 113); limitativa (Art. 187).

A função jurígena, fonte autônoma de deveres jurídicos das relações obrigacionais em geral⁶⁹¹, doutrinariamente recebe uma tipologia variada, como a criação de deveres secundários de conduta, também chamados de anexos, laterais ou acessórios, como os deveres de cuidado, previdência e segurança, de aviso e de informação, os de notificação, de cooperação, proteção e cuidado referentes à pessoa e ao patrimônio da contraparte⁶⁹².

Na codificação civil encontra assento no Art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Apesar do dispositivo não ser expresso em relação às fases pré-contratual (*in contrahendo*) e pós-contratual (*post pactum finitum*)⁶⁹³, considera-se aplicável a boa-fé objetiva, pois “cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas no seu espírito”⁶⁹⁴, bastando o *contato social*⁶⁹⁵.

Durante a etapa pré-contratual, quando das tratativas preliminares, a boa-fé assegura os deveres de esclarecimento, especialmente quando um dos contratantes se encontra em posição de superioridade de informações e de conhecimento técnico⁶⁹⁶. Quando a ausência de esclarecimentos não resulta na invalidade por vício de vontade, a incidência da boa-fé objetiva pode viabilizar a resolução da relação, a exclusão de cláusulas ou o reconhecimento de deveres⁶⁹⁷.

Ainda no decorrer da fase pré-contratual, como expressão do dever de lealdade, censura-se o abandono inesperado das negociações já em adiantado

⁶⁹⁰AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 248.

⁶⁹¹Conforme Miragem: “tratando-se de princípio jurídico, sua previsão legislativa expressa não é condição para incidência. Nesse sentido, a aplicação do princípio da boa-fé com sua função jurígena se realiza tanto em relação aos contratos, quanto às demais espécies de obrigações”. MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.*2018, p. 136.

⁶⁹²COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op.cit.*2012, p. 77-78.

⁶⁹³MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.*2018, p. 134-135.

⁶⁹⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2016, v. 3, p. 19.

⁶⁹⁵AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.*2004, p. 250. Acerca do tema contato social, *vide* SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. 2006, p. 75-77.

⁶⁹⁶AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.*2004, p. 250.

⁶⁹⁷Ibidem.

estágio⁶⁹⁸. Tutela-se a justa expectativa e eventuais prejuízos da parte que efetuou despesas ou perdeu outras oportunidades em decorrência do negócio frustrado⁶⁹⁹. Tais fundamentos alicerçaram a tese da responsabilidade civil pré-contratual, a qual “baseada na ideia de que o simples início das negociações cria entre as partes deveres de *lealdade*, de *informação* e de esclarecimento, dignos da tutela do direito”⁷⁰⁰.

Ressaltamos que o princípio da boa-fé não busca a satisfação integral dos interesses da outra parte, mas sim salvaguardar a parte das infringências que se relacionam “sempre com a lealdade de tratamento e o respeito à esfera jurídica de outrem”⁷⁰¹. Os deveres extraídos do princípio da boa-fé, exigem uma aplicação cautelosa, “pois, do contrário, poderia resultar verdadeira subversão da dogmática, aluindo os conceitos fundamentais da relação jurídica, dos direitos e dos deveres”⁷⁰².

A função exegética da boa-fé encontra previsão no Art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O emprego da boa-fé na interpretação, ganha relevo quando há ambiguidade ou contrariedade em relação ao significado do conteúdo negocial⁷⁰³. Além, quando a intervenção judicial resultar na declaração de invalidade parcial do negócio jurídico, visando conservar o negócio, necessitará o magistrado integrar a lacuna formada pela ausência do inválido, incidindo, portanto, a função integrativa⁷⁰⁴.

A função limitativa enseja no controle ao exercício de direito subjetivo e demais prerrogativas jurídicas, tais como faculdades, poderes jurídicos e direitos potestativos⁷⁰⁵. Na atual codificação civil, a restrição dos direitos subjetivos, encontra amparo no Art. 187, o qual tipifica como ato ilícito, aquele no qual o titular de um direito “ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

No direito obrigacional as restrições advindas da boa-fé objetiva podem inibir a própria liberdade de contratar e a fixação do conteúdo do negócio⁷⁰⁶. O referido

⁶⁹⁸AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.*2004, p. 250.

⁶⁹⁹Ibidem.

⁷⁰⁰VARELA, João de Matos Antunes. *Op.cit.* 1991, p. 271.

⁷⁰¹SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. 2006, p. 37-38.

⁷⁰²Idem, p. 37.

⁷⁰³MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.*2018, p. 138.

⁷⁰⁴Ibidem.

⁷⁰⁵Idem, p. 136.

⁷⁰⁶Ibidem.

princípio também pode impedir o exercício do direito resolutivo da relação, como ocorre no caso de adimplemento substancial⁷⁰⁷ ou quando identificado o abusivo exercício de posição jurídica, capaz de causar grave prejuízo ao devedor, sem a correlativa vantagem ao credor⁷⁰⁸. Também, fundamentam-se nas atribuições limitadoras do princípio da boa-fé as figuras de *venire contra factum proprium*, *suppressio*, *surrectio*, *tu quoque*.

O *venire contra factum proprium* representa “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”⁷⁰⁹. Neste caso o direito de rescisão ou outra prerrogativa modificatória não podem ser exercitados quando o titular deste direito frustrar a justa expectativa da outra parte, fundamentada na conduta anterior, a qual fez nascer uma situação sobre a qual a parte podia confiar⁷¹⁰. Para que haja o reconhecimento da proibição do *venire contra factum proprium*, é necessária a conjugação entre o inequívoco comportamento do credor com a real consciência do devedor em relação à conduta esperada pelo credor⁷¹¹.

A *suppressio* corresponde “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé”⁷¹². A *suppressio* não se confunde com a prescrição: a prescrição enseja no desaparecimento da pretensão unicamente pela fluência do tempo; a *suppressio* exige a demonstração de comportamento inadmissível, conforme os ditames da boa-fé⁷¹³.

A *surrectio* é considerada a outra face da *suppressio*, consistindo no nascimento de um direito em decorrência da prática reiterada de determinados atos⁷¹⁴. Enquanto a *suppressio* faz desaparecer a prerrogativa que não corresponda

⁷⁰⁷ Em relação ao adimplemento substancial, Gonçalves afirma: “tem sido reconhecido, pela doutrina, como impedimento à resolução unilateral do contrato. Sustenta-se que a hipótese de resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, ou seja, do incumprimento insignificante da avença, não se afigurando razoável a sua extinção como resposta jurídica a preservação e à função social do contrato”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* 2015, p. 181.

⁷⁰⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 255.

⁷⁰⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 742.

⁷¹⁰ LARENZ, Karl. *Op.cit.* 1958, p. 151.

⁷¹¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 254.

⁷¹² CORDEIRO, António Menezes. *Op.cit.* 2013, p. 797.

⁷¹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 254.

⁷¹⁴ *Idem*, p. 254-255.

a efetividade social, a *surrectio* enseja o surgimento de um direito, juridicamente não existente, mas tido como presente na efetividade social⁷¹⁵.

A *tu quoque* “traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”⁷¹⁶. A fórmula da *tu quoque* fundamenta-se no mesmo princípio que inspirou a *exceptio non adimpleti contractus*⁷¹⁷, na qual aquele que “não cumpriu o contratado, ou a lei, não pode exigir o cumprimento de um ou outro”⁷¹⁸. O fato da parte desrespeitar um comando e depois, exigir do outrem o seu acatamento, viola as sensibilidades primárias, ética e jurídica, mas sua aplicação requer cautela, pois não é líquido que em todas as situações que uma pessoa possa se eximir de seus deveres jurídicos, alegando a violação da outra parte⁷¹⁹.

4.3.3 Princípio da função social do contrato

A partir da generalização do uso do contrato, impulsionado pela possibilidade de qualquer indivíduo, independente da classe, poder econômico ou grau de instrução, ser titular do direito de contratar, ampliou-se a função conferida à convenção⁷²⁰. A atribuição de uma função ao contrato, em que pese seja uma inovação no direito contratual brasileiro⁷²¹, decorre do precedente movimento de *funcionalização dos direitos subjetivos*, o qual demanda um maior equilíbrio entre os interesses particulares e as necessidades coletivas⁷²².

Sem o contrato, “veste jurídica de operações econômicas”⁷²³, o *homo economicus* estagnaria suas atividades, limitando a atividade humana aos

⁷¹⁵CORDEIRO, António Menezes. *Op.cit.* 2013, p. 816.

⁷¹⁶Idem, p. 837.

⁷¹⁷A *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), encontra-se regulamentada junto aos Arts. 476 e 477 do Código Civil: “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

⁷¹⁸AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op.cit.* 2004, p. 255.

⁷¹⁹CORDEIRO, António Menezes. *Op.cit.* 2013, p. 837.

⁷²⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2016, v. 3, p. 10.

⁷²¹LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 65.

⁷²²COSTA, Judith H. Martins. *Op.cit.* 1998, p. 144.

⁷²³ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 127.

momentos primários da civilização⁷²⁴. Além de sua missão econômica, o contrato possui uma função civilizadora, pois através do negócio jurídico o indivíduo assume a possibilidade de obter algo observando normas de comportamento à consecução de seu desejo, relegando o emprego da violência ao passado⁷²⁵. Aquele que contrata igualmente assume naquele momento toda força jurídica social, “o contraente sente em si o impulso gerador da norma de comportamento social, e efetiva este impulso”⁷²⁶.

Previsto junto ao Art. 421 do Código Civil, o princípio da função social estabelece que os interesses individuais dos contratantes devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais, quando estes estiverem presentes⁷²⁷. Esta noção de funcionalização social vai ao encontro da função social do direito de propriedade proclamada pela Constituição Federal⁷²⁸, direito este viabilizado através dos contratos⁷²⁹.

O interesse social em torno da vontade privada negocial não guarda relação apenas com a intervenção Estatal nos interesses privados, especialmente através do dirigismo contratual, mas sim pela própria adequação histórica em torno do direito de propriedade⁷³⁰. Contemporaneamente o referido direito tem como limite ao seu livre exercício o desempenho de deveres compatíveis com sua função social, nos termos da Constituição⁷³¹, sendo que a codificação civil impede que a liberdade de contratar, protegida pelo ordenamento jurídico, divorcie-se daquele ofício⁷³².

Em sua redação original, o Art. 421 estabelecia que a liberdade de contratar deveria ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Em 2019, após a Medida Provisória nº 881, com redação final conferida pela Lei nº 13.874

⁷²⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2016, v. 3, p. 10.

⁷²⁵Idem, p. 11.

⁷²⁶Ibidem.

⁷²⁷LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 65.

⁷²⁸“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

⁷²⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* 2015, p. 25.

⁷³⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. v. 3. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 31.

⁷³¹Em relação ao papel conferido à função social na Constituição de 1988, Marques e Miragem afirmam: “Na Constituição de 1988, o constituinte indicou a função social da propriedade um lugar de destaque na morfologia constitucional. A rigor, a previsão normativa da função social determina-lhe duas diferentes qualidades: trata-se ao mesmo tempo de um *dever jurídico* oponível ao titular do direito de propriedade (art. 5.º, XXIII) e de *princípio informador da ordem econômica* (art. 170, III), nos termos do que já havia sido consagrado pela ordem constitucional anterior”. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.* 2012, p. 171. Original grifado.

⁷³²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2016, v. 3, p. 12.

(Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), restou determinado que a *liberdade contratual* será exercida nos limites da função social, suprimindo-se o termo *em razão* e, bem como foi acrescido o parágrafo único, o qual dispõe que “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

A utilização da expressão *liberdade contratual* em detrimento da *liberdade de contratar*, restou justificada sob o argumento de que a *liberdade de contratar* como regra é ilimitada, pois as pessoas celebram os contratos de forma livre, quando e com quem quiserem, exceto em situações excepcionais⁷³³. A *liberdade de contratar* deriva da possibilidade abstratamente concedida ao indivíduo “de determinar por si só o seu próprio destino no mundo do tráfico e das relações jurídicas”⁷³⁴.

Em sentido diverso a *liberdade contratual*, “é o poder reconhecido às pessoas de estabelecerem, de comum acordo, as cláusulas reguladoras (nos planos do Direito) dos seus interesses contrapostos”⁷³⁵. A liberdade contratual, portanto, relaciona-se com o conteúdo negocial⁷³⁶, podendo esta ser limitada pela função social do contrato, tendo em vista a sua finalidade coletiva⁷³⁷.

A redação original, a qual disciplinava a *liberdade de contratar*, propositalmente guardava uma conotação mais ampla⁷³⁸, concedendo à função social não apenas o papel de disciplinar o contrato em si, mas também de atuar sobre a própria liberdade de contratar⁷³⁹. Para além de uma atribuição meramente limitativa, o Código Civil primordialmente conferia à função social um valor operativo, “constitutivo do próprio contrato, cujas consequências são a interpretação dos contratos e, por igual, a integração e a concretização das normas contratuais

⁷³³TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 591.

⁷³⁴ROPPO, Enzo. *Op.cit.* 1988, p. 36-37.

⁷³⁵VARELA, João de Matos Antunes. *Op.cit.* 1991, p. 236.

⁷³⁶A liberdade contratual, de estabelecer o conteúdo do negócio, também poderá repercutir na escolha do tipo contratual, inclusive em suas formas atípicas, conforme afirma Larenz: “A necessidade de uma certa flexibilidade ao fazer a classificação adentro dos tipos contratuais legais resulta do princípio da liberdade contratual, predominante no domínio dos contratos obrigacionais, o qual tem como consequência que o comércio jurídico nem sempre se atém ao modelo do contrato regulado por ele, mas produz constantemente desvios e novos tipos”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991, p. 428.

⁷³⁷TARTUCE, Flávio. *Op.cit.* 2018, p. 591.

⁷³⁸O anteprojeto do Código Civil de 1972 ia além, pois estabelecia que “a liberdade de contratar somente pode ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, *vide* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* 2013, v. 3, p. 11-12.

⁷³⁹COSTA, Judith H. Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2002, p. 65.

particularmente consideradas, numa atividade de integração do direito que atribui ao Juiz um papel ativo de formação do direito”⁷⁴⁰.

Esta mudança referencial acerca do papel conferido à função social pode ser percebida pela inserção do princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual nas relações contratuais privadas, junto ao parágrafo único do Art. 421. Se antes o juiz tinha um papel ativo na formação do direito, o que se busca agora é sua mitigação, através de um “princípio”, até então desconhecido, o qual aparenta ser um resgate a força cogente oriunda do acordo de vontade das partes.

Quanto a supressão do termo *em razão* e, esta restou fundamentada no argumento de que a autonomia privada é a razão do contrato e não a função social, sendo esta última um limite à liberdade contratual⁷⁴¹. Discordamos do referido entendimento: conforme já referimos, a autonomia privada não é um poder originário e ilimitado, derivando do ordenamento jurídico estatal, conforme a passagem do Estado de Direito para o Estado Intervencionista ou Assistencial.

Sendo a liberdade de contratar uma expressão da autonomia privada, aquela deverá ter como fonte o interesse público justificador do reconhecimento constitucional da livre iniciativa. A redação original do Art. 421 sintetizava a perspectiva contemporânea sobre o contrato, o qual não é mais apenas uma manifestação do poder negocial, mas também um mecanismo de circulação da riqueza na sociedade⁷⁴². Conforme o programa constitucional, indiretamente o contrato é o meio de consecução da função social e da justiça social a serem alcançados, respectivamente pela propriedade e pela livre iniciativa.

As alterações do Art. 421 representam um retrocesso dos preceitos constitucionais, especialmente aqueles estabelecidos junto aos Arts. 3º e 170 da Lei Maior. Esta involução vai ao encontro do pensamento individualista que marcou a codificação civil de 1916 e dos princípios ideológicos por trás do desenvolvimento do direito contratual no século XIX.

Apesar destas modificações legislativas, entendemos que a finalidade da função social do contrato não foi esvaziada. O atendimento à função social resta

⁷⁴⁰COSTA, Judith H. Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2002, p. 66.

⁷⁴¹TARTUCE, Flávio. *Op.cit.* 2018, p. 591.

⁷⁴²COSTA, Judith H. Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op.cit.* 2002, p. 158-159.

evidenciado essencialmente sob o ângulo individual (eficácia interna) e sob o prisma público (eficácia externa)⁷⁴³.

Sob o viés individual, a função social do contrato busca salvaguardar os interesses das partes que se vincularam à relação, podendo ser um pressuposto de validade e eficácia do contrato e de suas cláusulas. Neste sentido, dispõe o Enunciado nº 431 da V Jornada de Direito Civil⁷⁴⁴: “A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais”⁷⁴⁵.

Ainda sob a perspectiva interna da relação, a função social fundamenta a conservação do contrato, devendo a extinção contratual ser declarada como última medida⁷⁴⁶. A referida orientação foi assentada no Enunciado nº 22 da I Jornada de Direito Civil: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”⁷⁴⁷.

Quanto à feição pública da função social, esta atua sobre os interesses da coletividade sobre o contrato⁷⁴⁸, podendo ensejar a flexibilização ao princípio da relatividade dos contratos⁷⁴⁹, também chamado de movimento de “*relativização dos efeitos relativos do contrato*”⁷⁵⁰. Esta mitigação ocorre essencialmente quando um terceiro é vítima de dano ocasionado pelo inadimplemento de uma obrigação, ou quando o terceiro contribui com o incumprimento da obrigação oriunda relação da qual não é parte⁷⁵¹.

⁷⁴³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* 2015, p. 26 e TARTUCE, Flávio. *Op.cit.* 2018, p. 592.

⁷⁴⁴As Jornadas de Direito Civil são eventos promovidos pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), vinculado ao Conselho da Justiça Federal, no qual operadores do Direito oriundos de diversas carreiras jurídicas debatem temas relacionados ao Código Civil de 2002, com o intuito de aprovar enunciados que sintetizem o pensamento da maioria dos integrantes de cada comissão, previamente formada para este fim.

⁷⁴⁵Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/303>> . Acesso em: 02 de Nov. de 2019.

⁷⁴⁶TARTUCE, Flávio. *Op.cit.* 2018, p. 594.

⁷⁴⁷Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/668>> . Acesso em: 02 de Nov. de 2019.

⁷⁴⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.* 2015, p. 26.

⁷⁴⁹MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.* 2005, p. 30. Em relação ao princípio da relatividade (*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*), Negreiros afirma: “os contratos só produzem efeito relativamente às “partes”, não prejudicando ou beneficiando os “terceiros” cuja vontade não tenha participado da formação do vínculo contratual”. NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo. *Op.cit.* 2006, p. 212.

⁷⁵⁰NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. Da estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 290.

⁷⁵¹NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo. *Op.cit.* 2006, p. 232.

Com base no valor social da livre iniciativa, o qual constitui um dos fundamentos da República⁷⁵², supera-se a visão meramente atomística do contrato, pois este não pode ser visto “como um átomo, algo que interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”⁷⁵³. O parágrafo único do Art. 2.035 do Código Civil⁷⁵⁴ inclusive eleva a função social do contrato e da propriedade a norma de ordem pública, estabelecendo que nenhuma convenção prevalecerá quando contrariar o princípio.

Integrando o contrato uma ordem social harmônica, o princípio da função social visa impedir que os negócios jurídicos prejudiquem a coletividade, bem como ilicitamente pessoas determinadas⁷⁵⁵. Esta atribuição da função social não encontra paralelo quando comparado aos efeitos da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, mas poderá assumir o papel de qualificá-la⁷⁵⁶.

A função social em sua faceta qualificadora da boa-fé, aprioristicamente, não pode ser classificada como fonte de deveres, mas poderá intensificar os deveres e o limites já estabelecidos pelos ditames da boa-fé objetiva⁷⁵⁷. Esta maior intensidade se mostra cabível nos contratos que atraem uma maior relevância social, como os oriundos das relações massificadas⁷⁵⁸. Como resultado da qualificação social conferida aos deveres e limites estabelecidos pela boa-fé objetiva, os negócios jurídicos, “deverão ser identificados/interpretados em atenção ao caráter de essencialidade⁷⁵⁹ ou relevância social reconhecida ao objeto destas contratações”⁷⁶⁰.

⁷⁵²Neste sentido o Art. 1º, IV da Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

⁷⁵³AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op.cit.* 1998, p. 116.

⁷⁵⁴ “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁷⁵⁵AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op.cit.* 1998, p. 116.

⁷⁵⁶MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.*2005, p. 31.

⁷⁵⁷Ibidem.

⁷⁵⁸Ibidem.

⁷⁵⁹O caráter de essencialidade do contrato guarda relação direta com a *necessidade* daquele que contrata, neste sentido, importante transcrever a lição de Fachin: “o conceito de necessidade pode e deve migrar de uma conformação meramente formal para uma expressão econômica e social. E essa migração pode ser encontrada justificada pelo direito fundamental a uma vida digna”. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 176.

⁷⁶⁰MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.*2005, p. 31.

A função social do contrato vai de encontro com a concepção clássica conferida à autonomia da vontade, reconhecendo-se contemporaneamente que esta é limitada pela função social, especialmente pela repercussão do negócio jurídico sobre interesses extracontratuais socialmente relevantes, os quais exigem um maior controle sobre a atividade desenvolvida pelas partes⁷⁶¹. Foi este o espírito que ensejou na formulação do Enunciado nº 23 da I Jornada de Direito Civil: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”⁷⁶².

A função social do contrato não se sobrepõe aos demais princípios contratuais, agregando-se aos mesmos, interagindo com a autonomia privada, “mitigando seus contornos e alterando sua essência, diante do interesse social maior”⁷⁶³. Nos contratos classificados como *existenciais*, o paradigma da essencialidade do objeto exige um regime jurídico capaz de realizar a função social do contrato, tanto no plano interno, como externo⁷⁶⁴. No plano interno, a funcionalização social busca um maior equilíbrio entre as prestações, objetivo este que possui forte relação com o princípio do equilíbrio econômico do contrato.

4.3.4 Princípio do equilíbrio econômico do contrato

Ao princípio do equilíbrio econômico do contrato, não é concedido um sentido uniforme por parte da doutrina nacional, o qual repercute na denominação dada ao preceito, sendo comumente utilizadas outras expressões, tais como: *princípio do equilíbrio das prestações*, *princípio da equivalência material dos contratos*, *princípio do equilíbrio econômico-financeiro*, *princípio da igualdade material contratual*, *princípio da justiça contratual*⁷⁶⁵. A diferença de nomenclatura, em justa medida, é um reflexo da própria distinção doutrinária em relação ao fundamento sob o qual se alicerça o princípio.

⁷⁶¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.*2016, v. 3, p. 13.

⁷⁶²Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>> . Acesso em: 02 de Nov. de 2019.

⁷⁶³PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.*2016, v. 3, p. 13.

⁷⁶⁴AGUIAR JÚNIOR, Ruy *Op.cit.* 2011, p. 106.

⁷⁶⁵SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, posição 402.

A fundamentação do princípio calcada na justiça contratual, respalda-se nos critérios da reciprocidade, comutatividade, equivalência material, proporcionalidade, censura ao enriquecimento sem causa, função social do contrato e na distribuição de riscos e ônus⁷⁶⁶. Através da composição harmoniosa destes elementos, chegar-se-ia aquilo que se entende por princípio da justiça contratual⁷⁶⁷.

Parte da doutrina busca inspiração na igualdade substancial, dimensionando o princípio do equilíbrio econômico contratual na proteção do contratante vulnerável⁷⁶⁸. Esta tutela se justificaria nas situações em que há acentuada disparidade de poder negocial entre os contratantes, devendo, portanto, a disciplina contratual buscar meios hábeis a “resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes”⁷⁶⁹.

A fundamentação do princípio também encontra amparo em bases objetivas, as quais afirmam que nos contratos bilaterais, ou unilaterais onerosos, “deve existir certo equilíbrio nas prestações dos contratantes, desde o momento da estipulação até o momento de seu cumprimento”⁷⁷⁰. Havendo a quebra do equilíbrio por um fato externo a relação, restaria autorizada a intervenção contratual⁷⁷¹.

O princípio do equilíbrio econômico contratual igualmente encontra fundamento nos princípios da boa-fé objetiva e na função social do contrato⁷⁷². Conforme este entendimento, o princípio que tenha por objetivo preservar a equivalência entre as prestações é um “desdobramento consequencial, a um só tempo, da função social dos contratos e da boa-fé objetiva”⁷⁷³.

Por fim, parte da literatura compreende que estas diferentes dimensões do princípio do equilíbrio econômico do contrato têm em comum o mesmo elemento: a preocupação com a concretização, cada qual a sua maneira, dos valores constitucionais, em especial a igualdade substancial e a solidariedade social, junto às relações contratuais⁷⁷⁴.

⁷⁶⁶MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op.cit.* 2009, p. 396.

⁷⁶⁷*Ibidem.*

⁷⁶⁸NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo. *Op.cit.* 2006, p. 159.

⁷⁶⁹*Ibidem.*

⁷⁷⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op.cit.* 2017, p. 88.

⁷⁷¹*Ibidem.*

⁷⁷²MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos**. Volume III, Tomo I. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119.

⁷⁷³*Ibidem.*

⁷⁷⁴SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*2018, posição 671.

Apesar da ampla adoção do princípio em questão, a ausência de unicidade quanto ao fundamento do preceito, enseja por parte da literatura contratual e dos tribunais pátrios, um inibido desenvolvimento, levando-se em consideração que se trata de um princípio⁷⁷⁵, a qual indubitavelmente repercute na divergência quanto ao dimensionamento do instituto. Na maioria das vezes o princípio do equilíbrio econômico contratual é aplicado como fundamento dos institutos específicos do Código Civil hábeis a correção das patologias contratuais, não alcançando operabilidade autônoma. Ao contrário do que ocorre com princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, os quais, como cláusulas gerais, influenciam a feição operativa do Código Civil de 2002, o princípio do equilíbrio econômico dos contratos não restou regulamentado pelo diploma civil⁷⁷⁶.

Como consequência, o princípio do equilíbrio contratual pode ensejar a renegociação pelas próprias partes acerca da previsão original, bem como à revisão ou resolução do contrato⁷⁷⁷. Conforme observa Schreiber, essencialmente a doutrina é uníssona quanto a necessidade de haver justiça na relação contratual, sendo que a divergência se relaciona ao que é o “justo”⁷⁷⁸. Parte da literatura contratual compreende que o “justo” consiste naquilo que livremente é desejado pelas partes, enquanto outro segmento enxerga a justiça no equilíbrio objetivo do contrato⁷⁷⁹.

Entendemos que a justiça contratual deve ser pautada no equilíbrio do programa contratual definido pelas partes no livre exercício de sua autonomia privada. Havendo um desequilíbrio desarrazoado, poderá ser realizada a devida correção nas hipóteses que atendam aos requisitos dos institutos estabelecidos junto ao Código Civil.

Não concordamos com o segmento doutrinário que demanda um equilíbrio objetivo entre as prestações contratuais, haja vista que esta não foi a intenção do legislador infraconstitucional. Em que pese a Constituição Federal (Art. 170) expressamente determine que a ordem econômica tem a finalidade de assegurar a

⁷⁷⁵SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*2018, posição 406.

⁷⁷⁶Observamos que a presença dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato no Código Civil de 2002, disposta como cláusulas gerais, propiciam a feição operativa da atual codificação civil.

⁷⁷⁷MATTIETTO, Leonardo. O Princípio do Equilíbrio Contratual. **Revista da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 64, 2009, p. 186.

⁷⁷⁸SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*2018, posição 891.

⁷⁷⁹Nesta perspectiva objetiva *vide* LÔBO, Paulo. *Op.cit.* 2014, p. 67-70. A visão subjetiva, associada a uma concepção liberal é destacada, mas não defendida por Schreiber *vide* SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*2018, posição 891.

todos existência digna⁷⁸⁰, conforme os ditames da *justiça social*, este programa constitucional se encontra atendido quando o legislador civilista estabeleceu remédios com o fito de corrigir patologias contratuais.

Compreendemos que o desejo de concretização da existência digna, seguindo os ditames da justiça social, possam não estar plenamente atendidos através dos institutos estabelecidos pelo Código Civil. Porém, trata-se de escolhas do poder legislativo, as quais foram tomadas por representantes do povo, legitimamente eleitos. O anseio por um sistema infraconstitucional que melhor se alinhe aos objetivos sociais, deve ser concretizado através do processo político, passando ao largo da aplicação isolada de um princípio⁷⁸¹, sob o qual a própria literatura diverge em relação a sua denominação, fundamento e alcance.

Mesmo cientes da eficácia horizontal dos *direitos fundamentais*, a qual propicia a superação do modelo essencialmente formal, hierarquizado e não dialético, o qual construiu um profundo fosso a separar os *direitos fundamentais* da dinâmica individual do direito privado⁷⁸², os novos princípios contratuais, somam-se e não se sobrepõem à autonomia privada. Neste sentido, não podemos tangenciar a força obrigatória dos contratos e seus fundamentos, especialmente o princípio da segurança jurídica das relações, subprincípio⁷⁸³ inerente ao Estado de Direito⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ Acerca do conceito de dignidade da pessoa, valemo-nos das palavras de Sarlet: “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

⁷⁸¹ Conforme destaca Ávila, nem mesmo o princípio da segurança jurídica, subprincípio do Estado de Direito, poderá justificar sem outro fundamento a atuação estatal. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 211.

⁷⁸² COSTA, Judith H. Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 81-82.

⁷⁸³ O princípio da segurança jurídica pode ser classificado como um sobreprincípio, assim como um subprincípio (elemento) do princípio do Estado de Direito. Em relação às funções dos sobreprincípios, Ávila afirma: “Como princípios que são, os sobreprincípios exercem as funções típicas dos princípios (interpretativa e bloqueadora), mas, justamente por atuarem “sobre” outros princípios (daí o termo “sobreprincípio”), não exercem nem a função integrativa (porque essa função pressupõe atuação direta e os sobreprincípios atuam indiretamente), nem a definitória (porque essa função, apesar de indireta, pressupõe a maior especificação e os sobreprincípios atuam para ampliar em vez de especificar). Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a *função rearticuladora*, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado”. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op.cit.* 2016, p. 124. Conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero, identificam-se como subprincípios (ou elementos) do Estado Democrático e

Conforme o Art. 1º, *caput* da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil, constitui-se um Estado Democrático de Direito. Imprescindível à configuração do Estado de Direito, além da universalidade e não-arbitrariedade do Direito, exige-se que a “atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não-contraditórias”⁷⁸⁵. A atuação do Estado também guarda relação direta com a efetividade dos direitos fundamentais, os quais assim não se realizam “se o cidadão não sabe previamente dentro de que limites pode exercer plenamente a sua liberdade (segurança de direitos) e se não há instrumentos que possa assegurar as suas expectativas (segurança pelo Direito) e atribuir-lhes eficácia no caso de restrições injustificadas (segurança frente ao Direito)”⁷⁸⁶.

A separação dos Poderes (dimensão formal do Estado de Direito) também tem profunda relação com a segurança jurídica, pois esta fragmentação favorece o controle sob o exercício do Poder e sua destinação através de regras de competência, as quais contribuem com a concreção da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico⁷⁸⁷. A ausência do controle de atuação do Poder do Estado ensejaria a “plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais da ordem jurídica”, o qual transformaria o titular de direito em “simples instrumento da vontade estatal”⁷⁸⁸. Esta realidade vai de encontro ao Estado de Direito, no qual os governantes devem se sujeitar ao império das leis e não ao da vontade⁷⁸⁹.

Por tais fundamentos, entendemos que a atuação estatal, no caso através dos órgãos do Poder Judiciário, deve respeitar os limites de competência, *i.e.*, não

Socioambiental de Direito, o qual corresponde a forma adotada pelo constituinte de 1988, a supremacia do Direito, a legalidade e a segurança jurídica, os quais conferem forma e conteúdo ao princípio do Estado de Direito. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 348.

⁷⁸⁴ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op.cit.* 2011, p. 207 e 210. Neste mesmo sentido afirma Sarlet: “a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”. SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, Set./Nov, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> . Acesso em: 29 de Dez. de 2018, p. 4.

⁷⁸⁵ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op.cit.* 2011, p. 207.

⁷⁸⁶Ibidem.

⁷⁸⁷Idem, p. 208.

⁷⁸⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2008, p. 7.

⁷⁸⁹ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op.cit.* 2011, p. 208.

poderá a decisão judicial *legislar* de forma contrária a vontade expressa pelo legislador infraconstitucional. Em relação a concreção do Direito, quando da aplicação das cláusulas gerais, em que pese a maior liberdade *criativa* do magistrado, as referidas cláusulas ensejam uma maior insegurança jurídica⁷⁹⁰, devendo ser observado que existem “limites semânticos que não podem ser desprezados na reconstrução normativa que deverá ser realizada pelo Poder Judiciário”⁷⁹¹.

Mas a segurança jurídica vai além do Estado de Direito. Em que pese a República Federativa do Brasil, nominalmente seja um Estado Democrático de Direito, através de seus dispositivos, os quais inspiram ideais sociais⁷⁹², depreende-se que a República pode ser compreendida como um Estado Social Democrático de Direito⁷⁹³. Um Estado Social de Direito visa garantir, não apenas a criação, mas também a segurança social, *i.e.*, “a manutenção de instituições e de medidas que, preventiva ou remediadamente, garantam os meios de subsistência digna aos cidadãos”, havendo um dever estatal de “considerar as posições e expectativas dos cidadãos”⁷⁹⁴.

Como um elo que liga o Estado de Direito e o Estado Social, a segurança jurídica permite a harmonização entre as clássicas garantias do Estado Liberal e a exigência estatal de realizar mudanças sociais, como a distribuição de riquezas, inerente ao Estado Social⁷⁹⁵. Desta forma o atingimento da finalidade almejada pela ordem econômica, pode ser realizada com a necessária intensidade da interferência estatal⁷⁹⁶, sem abrir mão da imparcialidade e da proibição de arbitrariedades, as quais podem corromper à própria justiça social⁷⁹⁷.

⁷⁹⁰KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 150. Na mesma passagem Kaufmann ressalta que a maior margem de livre apreciação, apesar de oferecer a possibilidade de respeito e necessidade das particularidades do caso concreto, abrem caminho ao arbítrio e da conseqüente insegurança jurídica, citando como exemplo o §242 do BGB (boa-fé objetiva).

⁷⁹¹ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op.cit.* 2011, p. 214.

⁷⁹²Exemplificadamente, referimos os seguintes dispositivos constitucionais: o preâmbulo; os Arts. 3º, III, 6º; 7º e Art. 170, *caput*.

⁷⁹³ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op.cit.* 2011, p. 211-212.

⁷⁹⁴Idem, p. 212.

⁷⁹⁵Idem, p. 212-213.

⁷⁹⁶Interferência estatal que nos negócios jurídicos é representada de forma significativa através do chamado dirigismo contratual, especialmente presente nas relações massificadas, as quais tem como característica a vulnerabilidade negocial daquele que na maior parte das vezes se limita em aderir às condições gerais do contrato previamente estabelecidas pela outra parte.

⁷⁹⁷ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op.cit.* 2011, p. 213. Conforme observa Pasqualini, a prática de injustiças e inconveniências do regime capitalista, especialmente a obtenção de lucro através de métodos e práticas anti-sociais, são impossíveis de ser eliminadas, sendo realizável apenas a sua

Talvez como resposta a eventuais intervenções heterônomas junto às relações contratuais civis, bem como fruto de uma agenda política liberal, foi aprovada a Lei nº 13.874/2019. O referido diploma acresce o Art. 421-A à codificação civil⁷⁹⁸, trazendo sensíveis repercussões ao princípio do equilíbrio econômico do contrato.

O *caput* do Art. 421-A estabelece uma presunção de paridade e simetria entre as partes nos contratos civis e empresariais, sendo a pressuposição de equilíbrio negocial mantida até o momento em que surjam elementos concretos, hábeis a afastar a suposição pré-estabelecida pelo legislador. Esta nova disposição vai ao encontro da constatação da literatura pátria, a qual defendia que ao contrário do que ocorre no regime consumerista, no qual aprioristicamente há uma relação desigual, nos negócios regidos pelo Código Civil a mesma não se aplicava, sendo que a prova quanto a desigualdade entre as partes deveria seguir as regras probatórias do Código de Processo Civil⁷⁹⁹.

O inciso I expressamente confere às partes a liberdade de estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução. Aqui merece destaque o que a doutrina já vinha denominando por “cláusulas de renegociação”, as quais buscam “assegurar uma recomposição, pelas próprias partes, do equilíbrio contratual ferido por um evento externo que venha a provocar o rigor substancial a um ou ambos os contraentes, sendo delas paradigmática a cláusula de *hardship*”⁸⁰⁰.

atenuação, as quais exigem a intensa atuação do Estado. PASQUALINI, Alberto. **Bases e sugestões para uma política social**. Rio de Janeiro: São José, 1958, p. 92-93.

⁷⁹⁸ “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

⁷⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.* 2005, p. 32.

⁸⁰⁰ COSTA, Judith H. Martins. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 25. Abril-Jun/2010, p. 19. Em relação à cláusula de *hardship*, Martins-Costa afirma: “O termo *hardship* denota a ideia de um rigor excessivo, uma dificuldade capaz de causar estado de aflição ou infortúnio. Situações de *hardship* passaram a ser tidas em cláusulas contratuais como causa da alteração do pactuado em vista de minimizar a situação aflitiva que, por força do *hardship*, atingiria um ou ambos os contraentes, vindo a afetar o contrato. A cláusula pode conter, já de per si, uma determinação acerca do que os contraentes considerariam um *hardship* ou, diferentemente, aludir, em termos genéricos, a “situações de *hardship*” capazes de ensejar a alteração do contrato, por via da renegociação. A doutrina define como a cláusula cuja eficácia consiste, essencialmente, em provocar uma renegociação do contrato, sempre que a mudança das circunstâncias ocorrer”. COSTA, Judith H. Martins. *Op.cit.* 2010, p. 19.

O inciso II estabelece que o programa contratual previamente definido pelas partes, o qual alocou os riscos alusivos à execução da obrigação contratual, deve ser observado e respeitado. Este parâmetro já vinha sendo defendido pela doutrina, a qual enxergava na revisão contratual o papel de recompor a intenção comum das partes, a qual por alguma razão, não mais se sustentaria⁸⁰¹. O reestabelecimento do programa contratual e não o equilíbrio objetivo se fazem necessários, pois em “cada realidade contratual balança os interesses dos contratantes com um peso diferente e não há um mínimo econômico que seja possível impor sem, com isso, violar o primeiro dos princípios contratuais, a saber, a liberdade contratual”⁸⁰².

Em relação a restrição estabelecida pelo inciso III, antes mesmo do advento das alterações provindas das Lei nº 13.874/2019, a doutrina nacional já considerava a revisão contratual uma excepcionalidade⁸⁰³. Esta realidade é percebida pela ausência de um princípio revisional, sendo necessária uma causa (*rectius*, razão jurídica) autorizadora da revisão contratual pela via heterônoma, sob pena de subversão a vinculação dos pactos inerentes ao direito contratual⁸⁰⁴.

Assim, nos contratos regulamentados pelo Código Civil, não nos parece viável a revisão contratual alicerçada tão somente no princípio do equilíbrio econômico dos contratos. Se este princípio, de fato faz parte do direito contratual, resta operacionalizado através das escolhas feitas pelo legislador, através dos dispositivos do Código Civil de 2002⁸⁰⁵, a saber: lesão (Art. 157)⁸⁰⁶; revisão por motivo imprevisível (Art. 317)⁸⁰⁷; onerosidade excessiva (Arts. 478 a 480). Em relação a este último foi dedicado o nosso estudo.

⁸⁰¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. 2012a, p. 381-382.

⁸⁰² Idem, p. 382.

⁸⁰³ Idem, p. 384.

⁸⁰⁴ Ibidem.

⁸⁰⁵ Conforme afirma Martins Costa: “Emitir essas “normas de direito positivo” constitui tarefa do Estado-legislador (por meio da legislação infraconstitucional), do Estado-administrador (por meio da atividade normativa secundária e pela proposição e implementação de políticas públicas) e do Estado-juiz (pela concretização das cláusulas gerais da legislação infraconstitucional e pela concretização das próprias normas constitucionais)”. COSTA, Judith H. Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 83.

⁸⁰⁶ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

⁸⁰⁷ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

4.4 A COMPATIBILIDADE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA COM O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Conforme abordado no primeiro capítulo, quando da análise acerca do surgimento das relações de trabalho subordinado, estas eram disciplinadas pelo direito civil. Ante a incompatibilidade deste ramo do direito em lidar com às necessidades impostas pelas relações laborais, especialmente pela perspectiva patrimonialista que estava habituado, estas foram se afastando do ramo civilista, dando ensejo ao nascimento do direito do trabalho.

Com o passar dos anos o direito civil foi se “socializando”, permitindo a interferência heterônoma junto às relações contratuais estabelecidas pelas partes, reduzindo assim a distância que guardava do direito laboral. Esta constatação pudemos perceber quando da análise dos princípios transpositivos do Código Civil de 2002.

Se por um lado o direito civil foi abrandando as dificuldades de diálogo com o direito do trabalho, o ramo laboral passou a caminhar em direção ao direito comum. Este movimento é nitidamente percebido no processo de flexibilização, com a redução da tutela estatal, a qual cada vez mais permitiu a negociação acerca das condições de trabalho. Conforme vimos, o ponto nevrálgico desta passagem foi o advento da Lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista.

Foi justamente através da reforma trabalhista que restou conferida à relação laboral, tanto sob a perspectiva individual como coletiva, uma maior abertura à negociação entre as partes. O campo individual encontrou seu ápice com a criação da figura do empregado presumivelmente hipovulnerável.

Porém, se por um lado o legislador reformista atenuou a incidência do dirigismo estatal, aproximando a relação da lógica civilista, por outro lado não se preocupou em instituir remédios jurídicos hábeis a corrigir eventuais distanciamos do programa contratual, previamente estabelecido pelas partes.

Estes fundamentos no nosso sentir, legitimaram a pesquisa por institutos desenvolvidos pelo direito civil. Quando nos referimos ao direito civil, não estamos pensando na lógica individualista da codificação de 1916, mas sim no diploma de

2002, considerado eixo central do direito privado brasileiro⁸⁰⁸, o qual aponta maior vocação para ser fonte subsidiária juslaboral. Neste sentido, retomamos a algumas premissas apontadas ao longo do último capítulo.

Os princípios transpositivos do Código Civil de 2002 nos auxiliam na percepção de que há uma maior compatibilidade entre os dois ramos do direito. O princípio da eticidade conduziu o atual diploma a uma mudança valorativa, alçando em primeiro plano a pessoa humana. Foi justamente esta mesma pessoa humana que levou o direito laboral, no início do seu desenvolvimento, a se preocupar com os prejuízos causados àqueles trabalhadores que se sujeitavam a degradantes condições de trabalho, mas que através do livre exercício de sua vontade, vincularam-se espontaneamente à relação laboral.

Surgia assim a tutela juslaboral, a qual, em termos de preocupação com os efeitos negativos causados à pessoa humana, guarda intrínseca relação com o princípio transpositivo da eticidade.

No mesmo sentido, o princípio da socialidade refutou o caráter individualista do diploma anterior, concedendo ao direito civil a preponderância do social. Foi justamente este social que legitimou à inserção de diversos direitos trabalhistas presentes em nossa Constituição, junto ao capítulo dos Direitos Sociais. Resta assim demonstrada uma nítida conexão entre o princípio transpositivo da socialidade com a lógica social, sob a qual se assentam as relações de trabalho subordinado.

Também apontamos a mudança de compreensão em relação à autonomia privada. Vimos que este princípio não é um poder originário e ilimitado, mas sim derivado do ordenamento estatal, o qual fixa limites ao seu exercício, barreiras estas fundamentadas de acordo com o interesse público. O interesse público resta alicerçado nos preceitos constitucionais, especialmente nos objetivos fundamentais da República (Art. 3º) e nos princípios da ordem econômica (Art. 170).

É justamente neste interesse público, fonte do reconhecimento da relevância jurídica da autonomia privada, expressado junto à Constituição Federal, que se inserem às relações de trabalho subordinado e os princípios fundamentais do direito do trabalho. De forma mais específica: no desenvolvimento nacional (Art. 3º, II), o

⁸⁰⁸ Ressaltamos que pelas limitações de tempo e espaço deste trabalho não foi possível realizar uma investigação acerca da natureza jurídica do direito laboral, mas partimos da premissa de que este ramo do direito cada vez mais se insere, se não totalmente, pelo menos em larga medida sob os auspícios do direito privado.

qual em uma sociedade capitalista somente é possível por meio da harmônica conciliação de interesses entre capital (empregador) e trabalho (empregado); na busca pela redução da pobreza e das desigualdades sociais (Art. 3º III), na qual se insere o princípio laboral da melhoria da condição social do trabalhador; na valorização do trabalho humano, o qual juntamente com a livre iniciativa é um dos valores fundamentais da ordem econômica (Art. 170, *caput*).

Averiguamos que o regulamento contratual é o ponto de confluência dos interesses contrapostos das partes. No caso da relação de emprego, esta por si só, tem como uma de suas principais características o constante conflito de interesses: capital *versus* trabalho. Tradicionalmente, especialmente no direito laboral brasileiro, desde suas raízes corporativistas, a atuação estatal buscou à eliminação do conflito social, pois as experiências internacionais demonstraram que a conflitualidade laboral foi o estopim de revoluções que questionaram o sistema capitalista como um todo. Partindo da premissa que o programa contratual inicialmente tenha propiciado a composição das predileções dos contratantes, existe a possibilidade de desvio deste arranjo inicial, o qual pode ensejar conflitos de interesse público.

Neste sentido, a necessária redução de oposição da relação jurídica, concilia-se com o interesse público presente nos objetivos fundamentais da República (Art. 3º) e nos princípios da ordem econômica (Art. 170). O interesse público visa o desenvolvimento nacional (Art. 3º, II), bem como a harmonia entre trabalho humano e livre iniciativa (Art. 170, *caput*), a qual somente é possível com a conciliação de interesses tradicionalmente contrapostos.

É justamente a conciliação de interesses que ao longo da relação venham a se tornar contrapostos, por eventos extraordinários e imprevisíveis, que autorizam a invocação do instituto da excessiva onerosidade. Este é mais um dos fatores que fundamentam a compatibilidade do referido instituto com o contrato individual de trabalho, o qual também visa a manutenção de uma relação harmônica como forma de cumprimento das obrigações contratuais, as quais apenas atuando conjuntamente, são capazes de gerar riquezas.

Neste sentido, compreendemos que a invocação da excessiva onerosidade junto ao contrato individual de trabalho, como forma de reestabelecer a intenção comum das partes, ou seja, o programa inicial da relação, possa auxiliar na harmonia social necessária ao desenvolvimento da relação de emprego.

Em relação a boa-fé objetiva como princípio contratual, apesar de fundamentalmente estar a serviço da autonomia privada, sua função vai além. A boa-fé objetiva, no campo do direito obrigacional, em sua feição limitativa, obstaculiza o exercício de direitos subjetivos, oriundos da lei ou do contrato. A restrição a tais direitos autoriza a vedação do uso indiscriminado do próprio direito à resolução contratual fundada na excessiva onerosidade causada à parte.

Outrossim, a boa-fé objetiva como cláusula geral no Código Civil, opera como receptáculo do sistema jurídico a fatores metajurídicos. Esta possibilidade de ingresso de elementos externos não positivados, harmoniza-se com a sistemática juslaboral, a qual demanda elucidações, especialmente de viés sociológico, aos seus distúrbios pré-jurídicos, como o prévio desequilíbrio existente entre as partes na relação de emprego.

Ressaltamos que não é de hoje que a boa-fé objetiva atua nas relações de trabalho. Conforme averiguamos ao longo do segundo capítulo, os deveres de fidelidade (lealdade) do empregado, os quais anteriormente exigiam o enaltecimento da concepção comunitária da relação de emprego, hoje podem ser fundamentados no princípio contratual da boa-fé objetiva.

Quanto ao princípio da função social do contrato, este é calcado na ideia de funcionalização dos direitos subjetivos, expressão da função social da propriedade prevista na Constituição Federal (Arts. 5º, XXIII e 170, III). Na propriedade a ser funcionalizada, insere-se a empresa e por conseguinte o empregador. Recordamos que a CLT em seu Art. 2º, considera empregador a empresa.

A função social também limita a autonomia conferida às partes, especialmente quando presentes interesses relativos à dignidade da pessoa humana. Em que pese este último conceito possua uma considerável abrangência, por certo se concerta com a relação laboral subordinada, a qual possui natural propensão à violação dos direitos de personalidade do trabalhador.

Outro fator que permite a invocação da resolução ou revisão contratual pautada na excessiva onerosidade é a supressão do chamado “filtro”, presente no até então parágrafo único do Art. 8º da CLT. Este, conforme já analisamos, tolera uma maior introdução junto ao direito do trabalho de preceitos oriundos do direito comum.

Porém, em que pese a ressaltada relevância da utilização de institutos construídos pela literatura contratualista, estes foram pensados e desenvolvidos com base em uma lógica diversa da trabalhista. Por tais fundamentos, anteriormente sopesamos as necessárias adaptações dos requisitos negativos da onerosidade excessiva, quando de sua utilização no contrato individual de trabalho, à luz das peculiaridades da relação de emprego.

No que tange a operacionalização dos efeitos do instituto civilista, enxergamos na resolução fundada na excessiva onerosidade, uma sistemática similar à rescisão indireta do contrato individual de trabalho. Porém, diferentemente das hipóteses estabelecidas junto ao Art. 483 da CLT, a resolução não se justifica por um ato praticado pelo empregador ou seus prepostos, mas sim por um ato externo, o qual ocasiona relevante desvio ao programa contratual inicialmente estabelecido pelas partes.

Acerca da possibilidade de revisão, com a manutenção da relação, nos parece ser de difícil aplicabilidade nas relações de emprego. Esta constatação guarda relação com a já referida antipatia apresentada pela realidade social, de manutenção do vínculo contratual após o início da lide. Atualmente, este obstáculo não nos parece superável, nem ao menos sob o fundamento do princípio da conservação do contrato, habitualmente invocado nas demais espécies contratuais.

Diante da presente análise, a qual teve como pano de fundo os objetivos específicos trabalhados ao longo da presente pesquisa, consideramos que não há incompatibilidade do instituto da excessiva onerosidade com o contrato individual de trabalho. Esta compatibilidade se mostra mais clara, especialmente à luz dos princípios transpositivos do Código Civil de 2002, bem como dos princípios contratuais trabalhados.

Os princípios civilistas, conforme analisamos, atualmente apontam que a distância entre direito do trabalho e civil não é tão grande quanto imaginada, por exemplo, na época do Código Civil de 1916. Outro fator que nos leva a crer na compatibilidade da excessiva onerosidade com os contratos individuais de trabalho é a ausência de um específico impedimento legal.

A CLT na forma como se encontra tipificada, mesmo após o advento da reforma trabalhista, não traz qualquer dispositivo que expressa ou tacitamente impeça a invocação da exceção onerosidade junto aos contratos individuais de

trabalho. Pelo contrário, através da supressão do referido “filtro”, restou amplificada a possibilidade de emprego subsidiário do direito comum às relações laborais.

Observamos que a compatibilidade da excessiva onerosidade junto aos contratos individuais de trabalho, fundada na simples ausência de impedimento e na maior aplicação subsidiária do direito comum, poderia levar ao desrespeito dogmático do direito laboral. Portanto, nos parece de suma importância a observância das particularidades oriundas da relação de trabalho subordinado, com a conseqüente adaptação da excessiva onerosidade ao direito do trabalho. Ressaltamos que este processo de ajuste não deve subverter a lógica e a essência do instituto contratual, na forma como se encontra positivado junto ao Código Civil de 2002.

Por fim, visando conferir maior base a hipótese confirmada pela pesquisa, edificamos nossas considerações à luz dos princípios transpositivos do diploma civil e dos princípios contratuais. Os referidos fundamentos, conforme já ressaltado, confirmam a maior possibilidade de diálogo do direito laboral com o direito civil, auxiliando-se para tanto da busca nos preceitos presentes no Código Civil, quando compatíveis com à relação de emprego e realizando, quando necessárias as devidas adequações.

4.4.1 SITUAÇÕES AUTORIZADORAS DA INCIDÊNCIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Quanto às situações que permitem a incidência do instituto da excessiva onerosidade junto aos contratos individuais de trabalho, podemos vislumbrar ao menos quatro eventos distintos.

O primeiro deles se configura na hipótese da ausência de estipulação de reajuste salarial junto aos instrumentos coletivos ou individuais de trabalho. Com a nova redação conferida pela reforma trabalhista ao §3º do Art. 614 da CLT⁸⁰⁹, restou proibida a fixação de prazo de vigência superior a dois, bem como a ultratividade da

⁸⁰⁹ “Art. 614 - Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acôrdo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos. [...] § 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”.

norma coletiva⁸¹⁰. Havendo insucesso e término do prazo de vigência do instrumento coletivo, deixará de haver a necessidade de reajustar o salário dos trabalhadores. Apesar da CLT não garantir a manutenção do salário real, os efeitos inflacionários sobre o salário nominal, originalmente previsto pelas partes, podem ensejar superveniente sacrifício do trabalhador.

Também vislumbramos o desarrazoado sacrifício patrimonial superveniente do teletrabalhador, com o custeio dos equipamentos necessários à realização de suas atividades. Nos termos do Art. 75-D da CLT⁸¹¹ as previsões quanto à aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, deverão estar previstas em contrato escrito.

Dentro de um cenário no qual a pactuação preveja que os encargos referentes aos equipamentos devam ser custeados pelo empregado, conseguimos vislumbrar um possível ônus excessivo ao trabalhador. O referido sacrifício pode se dar de forma superveniente, especialmente em um período no qual os maquinários se defasam com uma rapidez cada vez maior, associado ao fato de seu custo, na grande maioria das vezes, estar associado às oscilações do dólar.

Como terceiro exemplo apreendemos a excessiva onerosidade aos teletrabalhadores quando configurado o exagero superveniente do volume de trabalho exigido pelo empregador. Suponhamos que o trabalhador tenha sido contratado para laborar sob a modalidade teletrabalho, sendo-lhe estabelecida inicialmente uma determinada quantidade média de trabalho e posteriormente o empregador venha vindicar uma medida maior de “energia” do empregado, sem a majoração da jornada.

A referida exigência pode ocorrer tanto pela redução do quadro de empregados, com a manutenção global da quantidade de serviço, como pelo maior volume de trabalho da empresa sem que haja a contratação de novos funcionários. Em ambas as pressuposições o empregador estaria tendo maior lucro, seja respectivamente pela redução do custo ou pelo aumento da receita, enquanto o

⁸¹⁰ Em relação à ultratividade *vide* DELGADO, Maurício Godinho. Op.cit. 2017, p. 1663-1667.

⁸¹¹ “Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito”.

teletrabalhador, ao qual não se aplicam as disposições do capítulo II da CLT⁸¹², teria uma excessiva onerosidade quando do fiel cumprimento de suas obrigações contratuais.

Como quarta hipótese, entendemos ser possível a invocação da excessiva onerosidade na hipótese do sistemático incremento das metas necessárias ao recebimento de prêmios ou participação nos lucros e resultados. Por exemplo, a meta estabelecida é o incremento da produção no patamar de dez por cento em comparação ao ano anterior. Repetida a mesma sistemática ao longo dos anos, restaria exigido no terceiro ano uma produção vinte e um por cento superior ao primeiro ano. No caso se torna cada vez mais sacrificante ao trabalhador atingir as metas requeridas, pois a gradação produtiva conserva intrínseca relação com a necessária entrega exigida por parte do empregado⁸¹³.

Inferimos que os exemplos supracitados possuem em comum o fato de haver um distanciamento do programa contratual previamente estabelecido pelos contratantes. Em ambas as hipóteses está presente uma superveniente desproporcionalidade entre a força de trabalho inicialmente entregue pelo empregado e o lucro final obtido com esta transação. Seja pela defasagem salarial, aumento dos custos dos equipamentos, pela maior carga de trabalho ou maior intensidade da força de trabalho entregue para fins de incremento da produtividade. Em ambos os casos há um desvio em relação à valia econômica que levou as partes a contratarem entre si.

Outra característica compartilhada pelas quatro situações referidas se evidencia através do sacrifício patrimonial sofrido pelo empregado. Em ambas as hipóteses se torna excessivamente oneroso ao trabalhador o cumprimento de suas obrigações, quando em comparação ao quadro inicial da relação jurídica. No primeiro e segundo exemplo, a dificuldade do empregado possui cunho pecuniária, pois respectivamente auferir um salário real menor e possui uma redução do valor líquido obtido com a relação laboral.

No terceiro exemplo, o sacrifício patrimonial do trabalhador não possui

⁸¹² O capítulo II da CLT disciplina a duração do trabalho. Acerca do tema, remetemos o leitor ao ponto 3.3.2.9 da presente dissertação.

⁸¹³ Ressaltamos que a menor exigência produtiva do empregado não se confunde com o comprometimento vindicado do trabalhador. Este último possui intrínseca relação com o dever de lealdade do empregado, o qual também pode ser reconduzido ao princípio da boa-fé objetiva e deve estar presente junto aos processos obrigacionais. Neste sentido *vide* FERNANDES, António Monteiro. *Op.cit.* 2009, p. 239-240.

natureza pecuniária, pois estaria laborando o mesmo número de horas, percebendo a mesma remuneração e não tendo gastos adicionais. Porém, a força de trabalho entregue é significativamente superior àquela oferecida no momento da pactuação. Como demonstrado por Charles Chaplin na película *Tempos Modernos*, no momento em que o presidente da companhia ordena o incremento do nível de trabalho da seção cinco, a esteira começa a deslizar em maior velocidade, fazendo com que haja uma majoração dos movimentos exigidos pelos operários, sem que haja aumento da jornada⁸¹⁴.

Diferentemente da realidade predominantemente industrializada captada por Chaplin, hoje o trabalho de maior preponderância mental do que física, demanda uma série estímulos cerebrais. Havendo um incremento da intensidade do trabalho prestado por um teletrabalhador, a maior energia ofertada por força do contrato de trabalho exigirá uma elevação dos influxos cognitivos durante a jornada laboral, a qual poderá impossibilitar a satisfação das obrigações do empregado, haja vista a excessiva onerosidade (sacrifício) supervenientemente configurada.

Como consequência prática de tais situações, cabe analisar a possibilidade de resolução ou revisão do contrato. Em relação à resolução do contrato alicerçada na excessiva onerosidade, conforme já referimos esta possui uma sistemática operacional similar à rescisão indireta do contrato individual de trabalho, mas não busca explicação em um ato praticado pelo empregador, mas sim em um ato externo, o qual ocasiona relevante desvio ao programa contratual inicialmente estabelecido pelas partes. Por tal premissa, restaria autorizada a invocação da resolução no primeiro e no segundo exemplo, pois no terceiro e quarto exemplo, o exagero superveniente do volume de trabalho exigido do funcionário, decorre de um ato praticado pelo empregador.

No terceiro caso entendemos não ser possível a invocação de resolução contratual por onerosidade excessiva, mas sim a rescisão indireta do contrato de trabalho, pela exigência de serviço superior às forças do empregado, na forma do Art. 483, alínea *a* da CLT⁸¹⁵.

No quarto exemplo a resolução igualmente não nos parece cabível, pois a

⁸¹⁴ TEMPOS Modernos. Direção Charles Chaplin. Estado Unidos da América: Classic Line, 1936. 1 DVD (87 min.).

⁸¹⁵ “Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato”.

excessiva onerosidade não provém de um ato externo. Porém, neste caso não restariam configuradas as hipóteses elencadas junto ao Art. 483 da CLT, não sendo possível a invocação de rescisão indireta do contrato.

Quanto à revisão contratual, entendemos ser possível sua invocação nos quatro exemplos. Conforme as considerações tecidas quando do estudo acerca da adaptação dos requisitos negativos da onerosidade excessiva, defendemos a possibilidade da retificação das condições contratuais mesmo após o término da relação jurídica.

Na hipótese de sacrifício patrimonial superveniente do teletrabalhador, com o custeio dos equipamentos, poderá o empregado postular a revisão da cláusula contratual que preveja seu ônus. O requerimento buscará o compartilhamento das despesas com o empregador, com a consequente indenização material pelos valores gastos em demasia.

No caso da ausência de reajuste salarial, ao trabalhador resta facultada a cobrança da perda salarial decorrente dos efeitos inflacionários. A revisão não visa necessariamente o afastamento de uma cláusula do contrato, mas sim o reestabelecimento do sinalagma inicial da relação.

Em relação ao superveniente aumento do volume de serviço, a revisão contratual também buscará o retorno ao sinalagma genético do vínculo, requerendo-se a condenação da empresa ao pagamento de diferenças salariais. Neste caso, o pedido de diferenças salariais guarda relação com à reciprocidade inicialmente estabelecida entre a energia despendida pelo trabalhador e a contraprestação proporcional à força de trabalho entregue. A referência não é o número de horas laboradas, mas sim a intensidade necessária para o aumento da produtividade.

No quarto exemplo o pleito se dirige a revisão do acordo quanto à produtividade necessária ao atingimento de metas correspondente ao cumprimento da obrigação.

Caso o empregado tenha atingido a nova meta, o requerimento se destina ao reajuste do valor devido, com o consequente pagamento da diferença entre o quantum recebido e o valor que teria acompanhado a proporção de produtividade exigida no antigo acordo. Assim como no terceiro exemplo, a busca de diferenças salariais guarda relação com à reciprocidade inicialmente estabelecida entre a força de trabalho transferida pelo empregado e a retribuição proporcional à energia alienada.

Ponderamos que o aumento da produtividade em larga medida é proporcionado pelo desenvolvimento tecnológico dos processos laborais, os quais são implementados pelas empresas a um elevado custo⁸¹⁶. Em que pese o contributo patronal ao incremento laboral dentro do mesmo lapso temporal, os dois últimos exemplos denotam tanto a ausência de reciprocidade entre a energia entregue para concretização do trabalho e sua retribuição, como o desarrazoado sacrifício do empregado para o cumprimento de suas obrigações ou atingimento de metas visando o percebimento de cifras variáveis.

Observamos que as situações trazidas são meramente exemplificativas. Não temos a intenção de exaurir o tema, podendo a doutrina vir a construir outras tantas hipóteses, desde que sejam respeitados os fundamentos dogmáticos dos institutos envolvidos. Defendemos que o aporte teórico desenvolvido pelo direito privado não pode ser empregado como uma panaceia apta a correção de todas as patologias presentes nos contratos individuais de trabalho.

Neste sentido, o mero acúmulo de funções que vem sendo defendido pela doutrina, como situação que atenda aos requisitos do Art. 478 do Código Civil⁸¹⁷, em verdade não satisfaz as exigências do dispositivo civilista. Inferimos que nesta hipótese não se encontra presente o sacrifício laboral hábil a colocar em risco o cumprimento da obrigação por parte do trabalhador.

⁸¹⁶ Como exemplo podemos citar o sistema de chamadas telefônicas implementado pelas empresas de telemarketing, no qual o telefonema é realizado inicialmente por um robô, sendo a ligação transferida ao empregado apenas quando o destinatário do contato telefônico se identifica. Neste caso não existe tempo ocioso entre as ligações, perfazendo-se a atuação do atendente de forma praticamente ininterrupta no curso da jornada.

⁸¹⁷ Neste sentido *vide* SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. O Equilíbrio Econômico do Contrato de Trabalho na Perspectiva do Direito Constitucionalizado. *In*: Almeida, Renato Rúa de (Coord.). SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre (Org.). **Hermenêutica das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 27.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme enfatizamos deste a introdução deste trabalho, dentre as razões que inicialmente motivaram a presente pesquisa, encontra-se o processo de reaproximação do direito do trabalho com o direito civil. Não defendemos que de fato haja uma reprivatização do direito do trabalho, constatação esta que levaria ao estudo acerca da própria posição enciclopédica do direito laboral.

Pelas limitações de tempo e espaço deste trabalho não foi possível realizar uma investigação acerca da natureza jurídica do direito laboral, haja vista que seria necessário ao menos um capítulo inteiro acerca da discussão deste tema que não se limita apenas às diferenças de entendimento doutrinário sobre a natureza jurídica do direito do trabalho, mas também gravita na órbita dos debates em relação à natureza jurídica da própria relação de emprego. Porém, partimos da premissa de que o direito do trabalho, especialmente após o início do processo de flexibilização dos meios de produção e das relações de trabalho, cada vez mais se insere, se não totalmente, pelo menos em larga medida, sob os auspícios do direito privado.

O referido movimento de reaproximação do direito laboral com o direito civil, é constatado não apenas em razão das alterações ocorridas na seara laboral, destacadas ao longo do primeiro capítulo, mas em larga medida restou permitido por aquilo que referimos como “socialização” do direito civil. Como os grupos de operários que participaram da construção do Eurotúnel sob o Canal da Mancha, enxergamos os dois ramos do direito andando na mesma direção, movimento o qual poderá culminar com um cumprimento de mãos, como assim o fizeram em 1990, as equipes de trabalho de Inglaterra e França.

Nesta perspectiva, especialmente com o advento do Código Civil de 2002, o direito civil ganhou contornos que conferem ao mesmo uma maior compatibilidade com o direito laboral. Nos auxiliaram à esta constatação, no terceiro capítulo da dissertação, o estudo acerca dos princípios transpositivos do diploma civil, no caso a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Neste mesmo sentido, quando da análise acerca dos princípios contratuais contemporâneos (boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico do contrato) e do clássico princípio contratual da autonomia privada, pudemos claramente perceber a tendência à uma compatibilização do direito civil com os preceitos laborais. Para tanto, especial ênfase foi conferida ao dimensionamento

atual em torno do princípio da autonomia privada, o qual possui limites ao seu exercício.

Observamos que o direito civil não busca de forma consciente uma compatibilização com o ramo laboral. O que o nosso estudo nos leva a crer é que, especialmente com o advento do Código Civil de 2002, o ramo civilista busca se compatibilizar com o forte viés social presente na Constituição Federal de 1988, o qual, em larga medida levou o Código Civil de 1916, vigente há época, a se incompatibilizar com a nova ordem constitucional.

Quanto ao caminho seguido pelo direito laboral, este teve início com os ideais flexibilizatórios dos modelos de produção, processo que gerou efeitos tardios no direito do trabalho brasileiro, ante a clausura e proteção do mercado nacional. Com a abertura do mercado brasileiro no início dos anos 1990, uma nova lógica legislativa pairou sob o direito do trabalho. Porém, após um grande período de “freio”, durante os governos Lula e Dilma, novo impulso a este rumo tomado pelo direito laboral foi dado, o qual culminou com o maior deles durante o governo de Michel Temer, no caso o advento da Lei nº 13.467/2017, conforme analisamos na segunda parte do primeiro capítulo.

Neste sentido, entendemos que a intenção do legislador reformista da CLT, não foi a de aproximar as relações de trabalho da atual lógica do direito civil, personificado no Código de 2002. Porém, cogitamos que a reforma da CLT possa ter sido pautada como uma tentativa de reaproximação do direito laboral com o direito civil de índole individualista, o qual havia marcado o diploma de 1916.

Ressaltamos que no nosso entender, os referidos fenômenos de aproximação entre os dois ramos do Direito, seguramente não são intencionais. Também, neste trabalho, não há uma defesa a unificação entre os direitos do trabalho e civil, os quais guardam cada qual seus princípios e base principiológica, que garantem a cada um deles, a sua autonomia dogmática dentro do sistema jurídico.

O segundo e subsequente motivo que nos levou a esta pesquisa, foi a maior feição negocial conferida às relações de trabalho, a qual no campo do direito individual laboral, em alguma medida, marcou de forma geral os contratos individuais de trabalho, mas de maneira mais acentuada na nova figura do empregado presumivelmente hipovulnerável. Esta maior liberdade de ampliação estipulatória acerca das condições de trabalho, divorciou-se em larga medida do dirigismo contratual, o qual historicamente incide com acentuada ênfase sobre o

direito laboral.

Este processo de menor ingerência da atuação estatal sobre às relações de trabalho, especialmente após a reforma trabalhista, enseja no nosso entender, um rompimento com o paradigma anterior. Conforme vimos durante o primeiro capítulo, o referido modelo de proteção laboral, foi originalmente construído durante o regime antidemocrático do Estado Novo, sob os ideais corporativistas. Durante este período surge a CLT, construída sob a concepção comunitária da relação de emprego, a qual até hoje recebe críticas e é associada aos regimes totalitaristas do nazismo e do fascismo.

Não defendemos um ataque CLT em decorrência dos ideais político-ideológicos sob a qual foi construída, bem como à concepção comunitária da relação de emprego. Os referidos ataques, em larga medida fundamentaram o discurso pró-reforma trabalhista, especialmente pela superficial e muitas vezes tendenciosa cobertura midiática conferida ao tema da reforma laboral.

Apesar destas ressalvas, inegavelmente, os ideais presentes na consolidação laboral, historicamente se incompatibilizaram com a liberdade dos atores sociais, iniciando pelos coletivos e terminando sobre os indivíduos. No caso do contrato individual de trabalho, foram as partes da relação jurídica que tiveram sua liberdade cerceada.

Este cerceamento à liberdade das partes no campo laboral, foi justificado pela necessária intervenção estatal. Conforme vimos no início do primeiro capítulo, esta interferência estatal visou à paz social, a qual restou ameaçada pelas degradantes condições laborais as quais os trabalhadores eram submetidos à época. Veio à luz naquele momento histórico o princípio da proteção juslaboral.

O referido princípio fundamental do direito do trabalho, subsiste ainda hoje em larga medida. Mas, como consequência do processo de flexibilização laboral, quanto aos seus efeitos, em decorrência dos novéis dispositivos legais, encontra-se cada vez mais mitigado.

Cumprindo o primeiro objetivo específico deste trabalho, analisamos no capítulo inaugural, o ciclo evolutivo vivido pelo direito do trabalho. Na primeira parte, no campo internacional, foram demonstrados os efeitos decorrentes dos ideais liberais aplicados às relações de trabalho dependente. Após, o capítulo conferiu uma especial ênfase à realidade brasileira. Neste ponto específico restou demonstrado que após um inicial expansionismo tutelar, o direito laboral passou a

conviver com a tendência flexibilizadora das relações laborais, ensejando maior feição negocial à relação individual de trabalho, a qual persiste e avança cada vez mais.

Esta tendência vai ao encontro da necessidade de lucro da empresa, a qual muitas das vezes, por uma questão de sobrevivência junto ao competitivo mercado, obriga o empregador a reduzir as despesas produtivas. Redução esta que dentre os encargos tributários, pagamento de fornecedores (matéria-prima) e mão de obra, acabam por falta de outra perspectiva visando o empregado, ou seja, aquele que entrega sua força de trabalho, seu único bem, como forma de sustentar a si mesmo e sua família.

A CLT, a qual historicamente estabelece um estatuto mínimo às relações de trabalho, tendo como função a correção do desequilíbrio pré-jurídico havido entre empregado e empregador, teve aos poucos sua missão mitigada, ao longo dos anos 1990, e de forma mais acentuada com o advento da Lei nº 13.467/2017. A referida mitigação, conforme já referido, não propiciou um absolutismo da autonomia privada junto às relações laborais, mas veio a enaltecer com cada vez mais vigor o clássico princípio contratual.

Com a maior autonomia negocial conferida às partes, estas detêm uma liberdade, não absoluta, mas considerável, quanto ao estabelecimento do programa contratual. Porém, constatamos que apesar desta maior ênfase à autonomia privada, às alterações celetistas não se preocuparam em trazer institutos que pudessem corrigir eventuais afastamentos do programa contratual estabelecido pelas partes.

Por tais motivos, direcionamos nossos olhares ao Código Civil, o qual regulamenta de forma geral os negócios jurídicos. No diploma civilista, encontram-se tipificados institutos os quais se dedicam, ao reestabelecimento do sinalagma definido inicialmente pelas partes, ou seja, fundam-se na noção de reestabelecimento da intenção comum dos contratantes. Esta constatação pudemos perceber quando desenvolvemos nosso terceiro objetivo específico, na primeira parte do terceiro capítulo, ou seja, a averiguação dos requisitos da excessiva onerosidade. Buscamos destacar as eventuais alterações que se fizessem necessárias, justamente com o intuito de não desvirtuar os preceitos trabalhistas, percebidos através do estudo acerca das peculiaridades do contrato individual de trabalho.

Quando do estudo acerca dos princípios que norteiam a atual codificação civil (eticidade, socialidade e operabilidade), na segunda parte do último capítulo, percebemos um esforço do atual diploma civil em se distanciar dos princípios individualistas e não intervencionistas que haviam marcado o predecessor Código Civil de 1916, harmonizando-se, portanto com a atual ordem constitucional, de viés social. Este esforço culminou na incorporação junto ao diploma civil, de pelo menos dois dos princípios contratuais contemporâneos, função social do contrato e boa-fé objetiva, os quais não eclipsam a autonomia privada, mas sim auxiliam em sua adequação aos fundamentos gerais do atual Código Civil.

Diferentemente da antiga codificação civil, o hodierno diploma trouxe institutos que tem a função de corrigir desvios do programa contratual, sendo um deles o da onerosidade excessiva. Quando do seu exame constatamos a compatibilidade do mesmo com às relações individuais de trabalho, não apenas pelo maior viés contratual dos vínculos laborais e pela supressão do “filtro” que facilitou a aplicação do direito comum no direito laboral, mas também à luz dos princípios transpositivos do Código Civil e dos princípios contratuais.

No momento em que investigamos a compatibilidade da onerosidade excessiva com às particularidades inerentes à relação de emprego, ponderamos sobre à necessidade de adaptação dos requisitos negativos à realidade laboral. Esta adaptação, ao nosso juízo, não representa uma tentativa de subversão ao instituto na forma como se encontra tipificado junto ao Código Civil de 2002, mas sim apenas o necessário respeito às particularidades oriundas das relações de trabalho subordinado.

Conforme enfatizado no último capítulo deste trabalho, eventuais interferências junto aos negócios jurídicos estabelecidos pelas partes devem ser previamente autorizadas pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, em que pese o instituto da onerosidade excessiva não esteja expressamente previsto junto ao diploma celetista, os fundamentos que legitimam sua compatibilidade com o contrato individual de trabalho, representam, ao nosso juízo, uma autorização implícita por parte do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**. Rio de Janeiro: v. 45, jan./mar. 2011, p. 91-110.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALBUQUERQUE, João Batista de. **O empregador e o empregado rural**. São Paulo: Ltr, 1996.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: conceitos, fontes, formação**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013. v. 1.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed., rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Vol. II - Facto jurídico, em especial negócio jurídico. Coimbra: Livr. Almedina, 1987.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do trabalho - I**. São Paulo: Ltr, 2014.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. Porto Alegre: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 832, n. 670, fev. 2005, p. 115-137.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **RT/Fasc. Civ.** São Paulo, v. 750. Abr.1998, p. 113-120.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito.** 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BANDEIRA, Paula Greco. A tutela do equilíbrio contratual nas relações de trabalho: o princípio da equivalência. In: TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (Coordenadores). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 263-278.

BARASSI, Ludovico. Vol. 1: **Il Diritto del Lavoro. I. Le fonti - il rapporto di lavoro - le qualifiche.** Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.

BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo.** Buenos Aires: Alfa, 1953.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Entre a autonomia privada e a intervenção do Poder Judiciário na revisão dos contratos de emprego. In: TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (Coordenadores). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325-341.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.

BARROS, Almiro Bica Buys de. **Direito Industrial e Legislação do Trabalho,** volume II. Rio de Janeiro: Labor, 1942.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARZOTTO, Luciane. O contrato de trabalho como um contrato relacional. In: **Revista LTr.** São Paulo: v. 79, n. 11, nov. 2015, p. 1345-1352.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico: anotações de acordo com o novo código civil.** Vol.1. Campinas: LZN, 2003.

BOLDT, Gerhard. Le contrat de travail dans le droit de la république fédérale d'Allemagne. **Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.** Luxemburgo, 1965.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do código civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**: RIDB. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n. 1. 2012, p. 113.141.

CAMERLYNCK, G. H.; LYON-CAEN, G. **Derecho del trabajo**. 5. ed. Madrid: Aguilar, 1974.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Método, 2017.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980.

CHAMIE, Jose F. Equilibrio Contractual y Cooperación entre las Partes: El Deber de Revisión del Contrato. **Revista de Derecho Privado**. Bogotá, n. 14, Jun. 2008, p. 113-138.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito do Trabalho**. V. 1. Direito europeu, dogmática geral, direito coletivo. Coimbra: Almedina, 2019.

COSTA, José Eduardo da. A revisão dos contratos: entre o *pacta sunt servanda* e o equilíbrio econômico. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 401-442.

COSTA, Judith H. Martins. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 25. Abril-Jun 2010, p. 11-39.

COSTA, Judith H. Martins. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 80, n. 670, ago. 1991, p. 41-48.

COSTA, Judith H. Martins. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil Brasileiro. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v. 78, 2002, p. 603-628.

COSTA, Judith H. Martins. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 129-154.

COSTA, Judith H. Martins. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da Situação". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 20, Out 2001, p. 211-260.

COSTA, Judith H. Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77-96.

COSTA, Judith H. Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DEVEALI, Mario L. **Lineamentos de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Argentina, 1953.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. *In*: FERNANDES, Wanderley (Coordenador). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva (Série GVlaw), 2012, p. 385-449.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles D. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. *In*: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. (Orgs.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 63-92.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles D. Segurança jurídica, ciência da legislação laboral e reformas trabalhistas: um diálogo entre clássico e contemporâneo. **Rev. Esc. Jud. TRT4**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019, p. 121-149.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles D. Teoria Geral Clássica do Direito do Trabalho e Sociedade Pós-Industrial: Faces de uma Crise e Perspectivas para Superação. In: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho**. v. 3, 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2019, p. 97-115.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre, v. 82, jan./fev. 2018, p. 51-65.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 24, 2003, p. 127-157.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GENRO, Tarso Fernando. **Direito individual do trabalho**: uma abordagem crítica. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1994.

GIERKE, Otto Von. **Las raices del contrato de servicios**. Madrid: Civitas, 1982.

GILSON, Étienne. **A filosofia na Idade Média**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **O contrato e sua conservação**: lesão e cláusula hardship. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed., rev., atual. e aum., de acordo com o código civil de 2002 por: Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Tomo I, Vol. I: teorías generales del derecho y de los derechos. las personas. Buenos Aires: Bosch, 1950.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LAMY, Marcelo; AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Vícios do consentimento nos contratos de saúde. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 18. Out-Dez/2018, p. 17-47.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968.

LA CUEVA, Mario de. **Derecho Mexicano del Trabajo**. Tomo 1. 10. ed. México: Porrúa, 1970.

LACERDA, Dorval de. **A renúncia no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944.

LAMARCA, Antonio. **Contrato individual de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**, Tomo I. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1958.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.

LÔBO, Paulo. Contratante Vulnerável e Autonomia Privada. *In*: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). **Direito & justiça social**: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159-171.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MADSEN, Per Kongshøj. "Flexicurity" through labour market policies and institutions in Denmark. **Employment Stability in an Age of Flexibility**. Evidence from Industrialized Countries. Genebra, 2003, p. 59-105.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1985.

MARANHÃO, Délio. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999, v. 1.

MARINANGELO, Rafael. A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 669-701.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito civil, ideologia e pobreza. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 22-50.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MATTIETTO, Leonardo. O Princípio do Equilíbrio Contratual. **Revista da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 64, 2009, p. 183-191.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos. Volume III, Tomo I. São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 81, n. 9, set 2017, p. 1094-1099.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *In*: **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 103, set. 2006, p. 69-94.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil**: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes Interpretativas da função social do contrato. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 56, out./dez. 2005, p. 22-45.

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

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del trabajo**. 35. ed. Madrid: Tecnos, 2014.

MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1986.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3.

NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. Da estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 273-291.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado**. 11. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NETO, José Francisco Siqueira. Direito do trabalho e flexibilização no Brasil. **Revista São Paulo em perspectiva**. São Paulo, v. 11, n. 1, jan./mar. 1997, p. 33-41.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Cínthia M. De; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Relação de emprego, dependência econômica & subordinação jurídica**: revisitando os conceitos - critérios de identificação do vínculo empregatício. Curitiba: Juruá, 2014.

PASQUALINI, Alberto. **Bases e sugestões para uma política social**. Rio de Janeiro: São José, 1958.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. Em torno da invalidade do acordo manifestamente desproporcional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos: RBEP**, Belo Horizonte, v. 98, jul./dez. 2008, p. 395-410.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREZ DEL CASTILLO, Santiago. Hierarquia das fontes no direito do trabalho. *In*: PLÁ RODRIGUEZ, Américo (coord.). **Estudos sobre as fontes do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 30-64.

PIMENTA, Joaquim. **Sociologia econômica e jurídica do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

POZZO, Juan D.. **Derecho del trabajo**. Tomo 1. Buenos Aires: Ediar, 1948.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

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

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Estudos de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Parte I: Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012a.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Parte II: Situações Laborais Individuais. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012b.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. Campinas: Bookseller, 1999.

REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REDINHA, Maria Regina Gomes. A precariedade do emprego — uma interpelação ao Direito do Trabalho. *In*: I CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO – Memórias. **Anais...** Coimbra: Almedina, 1998.

REDINHA, Maria Regina Gomes. **Relações Atípicas de Emprego** (a cautionary tale). Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015.

REIS, João Carlos Simões dos. **O conflito colectivo de trabalho**. Coimbra: Gestlegal, 2017.

REIS, João Carlos Simões dos. O direito laboral português na crise atual. **Direito e Desenvolvimento**, v. 7, n. 2, p. 9-42, jun. 2017.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROMITA, Arion Sayão. Conceito objetivo de subordinação. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, n. 148, p. 75-87, out./dez. 1978.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Ltr, 2009.

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

ROUANET, Sergio Paulo. Iluminismo ou barbárie. *In: Mal-estar na modernidade: ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUAST, André; DURAND, Paul. **Précis de Législation Industrielle (Droit du Travail)**. 4. ed. Paris: Dalloz, 1951.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos**. São Paulo: Método, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, n. 15, Set.-Nov, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 29 de Dez. de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHREIBER, Anderson. O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão. *In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord). Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273-291.

SILVA, Almiro Regis do Couto e. Romanismo e germanismo no Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.13, 1997, p. 7-27.

SILVA, Carlos Alberto Barata. **Compêndio de direito do trabalho: parte geral e contrato individual de trabalho**. São Paulo: LTr, 1976.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p. 163-180.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo, 1980, p. 43-61.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e Contrato**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão de Contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 378-400.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA MARTINS FILHO, Ives Gandra da. A reforma trabalhista no Brasil. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo, v. 181, Set/2017. p. 19-29.

STORCK, Alfredo Carlos. A moralidade na interpretação histórica do direito: reflexões sobre o caso Michel Villey. **Conjectura: filosofia e educação**, Caxias do Sul, v. 23, nesp, 2018, p. 230-241.

STORCK, Alfredo Carlos. Direito subjetivo e propriedade: sobre o tomismo de Michel Villey. **Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos**. Curitiba, v. 7, n. 2, out. 2010, p. 47-72.

SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. O Equilíbrio Econômico do Contrato de Trabalho na Perspectiva do Direito Constitucionalizado. *In*: Almeida, Renato Rua de (Coord.). SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre (Org.). **Hermenêutica das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 23-29.

SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SUPIOT, Alain. **El derecho del trabajo**. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo e outros. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999, v. 1.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. volume único. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEMPOS Modernos. Direção Charles Chaplin. Estado Unidos da América: Classic Line, 1936. 1 DVD (87 min.).

TEPEDINO, Gustavo. A incidência imediata dos planos econômicos e a noção de direito adquirido - reflexões sobre o Art. 38 da Lei 8.880/1994 (Plano Real). *In: Soluções Práticas de Direito - Pareceres*. São Paulo, v. 1, 2011, p. 421-444.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado - RDE**. Rio de Janeiro, n. 2, Abr-Jun/2006, p. 37-53.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 6. Out-Dez/2015, p. 9-25.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. O teletrabalho na perspectiva da reforma trabalhista brasileira e do direito comparado. *In: Revista TST*. São Paulo: v. 83, n. 3, Jul./Set. 2017, p. 178-192.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, Volume I. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991a.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, Volume II. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991b.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. v. 3. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Valparaíso: Ediciones Universitárias de Valparaíso, 1976.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito, os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 21. ed. totalmente reformulada. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

ZANITELLI, Leandro Martins. Lesão Contratual e Necessidade: Considerações acerca da análise econômica dos contratos lesivos. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**. Brasília, v. 8, n.1. jan./jun. 2011, p. 17-47.