

CONTRATO DE TRABALHO E A AUTONOMIA PRIVADA

Luciano Augusto de Toledo Coelho^(*)

"Bate breve o gongo,
Na amplidão do tempo ecoa
O som lento e longo."

HELENA KOLODY

1 O PRIVADO E O PÚBLICO

O trabalho na antiguidade ligava-se ao espaço privado. Trabalhar era uma atividade impura, indigna e relegada a escravos e mulheres. O espaço público era reservado aos cidadãos, que, usufruindo dele, demonstravam a capacidade de conservar uma vida privada que lhes proporcionasse a satisfação das necessidades vitais básicas. Tais categorias iniciam no mundo antigo, mais particularmente, na *polis* grega. Na Grécia, Público e Privado eram espaços bem delimitados.

Na versão helênica, apesar de dissídio doutrinário, a separação entre a vida pública e a vida privada correspondeu, de início, ao contraste entre a religião doméstica - culto aos antepassados, aos *dei domestici* e aos *dei gentilis* - e a religião oficial da *polis* - *dei externi*, *dei superiores* - símbolo da instauração da esfera política e, por conseguinte, berço do *zoon politikon*. Com o florescimento da democracia ateniense - ritualizada pela *ekklisia* (reunião

^(*) Juiz Federal do Trabalho. Mestrando em Direito pela PUC-Pr. Professor (licenciado) da Universidade Tuiuti do Paraná

de todos os cidadãos) na *agora* ou colina *Pnice* -, o homem antigo apropriou-se de uma segunda vertente de convívio,

mais além das relações familiares: a *bios politikos*. Cada indivíduo passou a representar a intersecção de duas órbitas de existência que, chocando-se contra a outra, traçaram pela primeira vez, a linha demarcatória entre o que era próprio do indivíduo (*idión*), portanto privado, e o que era comum a todos (*Koinón*), conseqüentemente jurídico.¹

Em Roma, o desfecho não foi diverso. Na *urbs*, todos os caminhos conduzem ao culto público do privado. Se os cidadãos de Atenas foram escravo do discurso, os romanos o forma da *auctoritas*. O rigor da disciplina substitui o arbítrio das palavras. Enquanto os gregos, na *agora*, protegidos pela *parrehesia* (liberdade de falar), deliberavam sentados, os romanos, nos *comitia*, sem o direito de intervir pelo discurso, votavam de pé, sob o vigilante aguilhão da autoridade.²

No período feudal, privatista já no seu fundamento econômico e em sua violência iminente, não existiu, em decorrência da dominação fundiária e de vassalagem, um projeto de esfera pública cuja manifestação se pudesse qualificar de governo inspirado em princípios universais. Houve, apenas, soma desencontrada e anárquica de despotismos individuais, encarnados

¹ PASQUALINI, Alexandre O público e o privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. **O direito público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 16.

² *Ibidem*, p. 20.

por senhores isolados, cada qual soberano em seu domínio, a ninguém ou a poucos prestando contas de suas ações e vontades.³

No século XVIII, o pensamento iluminista e o fim do absolutismo fortalecem a burguesia e a separação entre público e o privado. Ao procurar proteger o indivíduo da opressão estatal, fortalecendo-lhe os direitos, o modelo liberal trabalhou, desse modo, por uma esfera econômica privada, dona de estruturas alheias ao Estado, potencialmente capazes de garantir, sem constrangimento, plena autonomia do indivíduo frente à comunidade social.⁴ Grassa daí uma idéia longínqua que retorna hoje com toda sua retórica: o que é público é ruim, o que é privado é bom.

Nesse sistema, as relações de Direito Privado com Direito Público são muito claras. O Direito Privado coincide com o âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto o Direito Público é aquele emanado pelo Estado, voltado para objetivos de interesse geral. As duas esferas são quase impermeáveis, reconhecendo-se ao Estado o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender as exigências dos próprios indivíduos. Estes conceitos são repetidos na conhecida fórmula Kantiana, pelo qual dois ramos se distinguem, pela diversidade da fonte; que no Direito Privado reside nos princípios da razão, no Direito Público na vontade do legislador.⁵

Em analogia com o lema da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade - afirma-se que os direitos fundamentais desenvolveram-se em três gerações.⁶ A primeira

³ *Ibidem*, p. 27.

⁴ *Ibidem*, p. 30.

⁵ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 87, v. 747, p. 38-39, jan. 1998.

⁶ Há doutrinadores que defendem a existência de quatro gerações. Nesse sentido v. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Melhoramentos, 1994, p. 514 e ss. e COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do**

geração, ligada às liberdades individuais, procurou fixar direitos mínimos limitadores da intervenção estatal frente ao sujeito de direito, protegendo a vida, a privacidade e a liberdade. Já a segunda geração é fruto dos conflitos oriundos da Revolução Industrial, quando, quer por concessão ou conquista, os trabalhadores lutaram por condições de trabalho mais justas, procurando organizar contra a exploração da classe dominante. Surge o Estado do Bem Estar Social, após a Segunda Guerra Mundial, quando o princípio da igualdade supera a formalidade para adquirir caráter mais substancial. Finalmente, pela fraternidade, tem-se a terceira geração, representada pelos direitos coletivos e difusos. Esse processo evolutivo demonstra que a teoria dos direitos fundamentais superou o aspecto individualista para se adequar a um referencial social e fraterno.

Ao mesmo tempo, os direitos da personalidade, em que pese ligados aos direitos fundamentais de primeira geração, tiveram também um processo evolutivo que atualmente lhes dá um aspecto social. Se, num primeiro instante, os direitos da personalidade tinham caráter individualista, tendo no *Code Napoleon* um exemplo de estrutura normativa criada para embasar esse modelo sócio-econômico nas relações interpessoais, durante o século XX ocorreram mudanças que resultaram no desenvolvimento de tais direitos, tendo em vista uma sociedade que se mostrava mais complexa e cujas relações privadas já não poderiam mais se valer de um sistema no qual a propriedade era a medida de todas as coisas. Exemplos desse processo evolutivo são o BGB alemão e a Constituição de Weimar. Desde então, em especial no pós-guerra, os direitos da personalidade começaram a

futuro. Florianópolis: Fundação Boiteaux/ UFSC, 2000. Este último autor inclui os direitos enquadrados no espaço virtual e no bio-médico como característicos à quarta geração. Ao mesmo tempo, critica-se a doutrina da divisão, ao procurar dar escala de importância a direitos equivalentes.

exibir seu perfil atual. A doutrina passa a identificá-los como meio de tutela de um mínimo essencial, salvaguarda de um espaço privado que proporcionasse condições ao pleno desenvolvimento da pessoa⁷.

Assim, GIORGIANNI lembra que a distinção entre Direito Público e Privado encontra-se há tempos em "crise", sobretudo na doutrina juspublicista. Se se quisesse procurar razões pelas quais os privatistas – especialmente os civilistas – sinalizaram muito pouco aquela "crise", ou a entenderam quase exclusivamente como "crise" do Direito Privado, elas deveriam ser individualizadas, talvez, em uma postura intelectual de "conservação" frente a própria disciplina. É observação bastante comum que tal postura intelectual é certamente favorecida, se não mesmo totalmente provocada, pela codificação que – cristalizando um determinado esquema de ordenamento jurídico – cria a ilusão de eterna validade. Os privatistas, portanto, estão geralmente ancorados a um esquema, por assim dizer, "jusnaturalista" do Direito Privado, como foi aquele repcionado pelo *Code Napoléon*, ainda que com as impurezas que acompanham qualquer "idéia" quando ela se transforma em "ato". Aquele esquema ficou intacto no Código Italiano de 1865 e, substancialmente, também, no de 1942, por razões sobre as quais não é possível aqui deter-se, mas que foram colocadas em evidência ainda recentemente por renomados privatistas italianos. Aliás, tampouco o Código Civil do império germânico de 1896 afastou-se daquele esquema, mas, pelo contrário, levou-se às extremas conseqüências sistemáticas (por exemplo, a decodificação do "negócio jurídico"), a tal ponto que desse código foi dito, com razão, que ele abriu as portas do século XX, mas fechou as do

⁷ V. DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 38-40.

século XIX.⁸

2 A CONSTITUIÇÃO EM TERAPIA

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. ÁVILA demonstra que elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). Por isso afirma Häberle, referindo-se à Lei Fundamental Alemã, muito menos insistente na proteção da esfera privada do que a brasileira: "*Exagerando: o interesse privado é um ponto de vista que faz do conteúdo de bem comum da Constituição*".⁹ Em vez de uma relação de contradição entre interesses privado e público há, em verdade, uma <<conexão estrutura>> (*ein struktureller Zusammenhang*). Se eles - o interesse público e o privado - são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos.

A verificação de que a administração deve orienta-se sobre o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupões uma relação de prevalência. Daí a afirmação de Häberle: "*Eles comprovam a nova, aberta e móvel relação entre ambas as medidas...*".¹⁰

⁸ GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 38.

⁹ Haberle, apud, Ávila.

¹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. O

Nesse sentido, a Constituição nada mais é do que um enorme projeto para a nação. Porém, ou não passa de carta programática, de boas e belas intenções ou então ela contém força normativa, *i.e.*, é norma jurídica, e como tal incide nas relações sociais, como questiona GEHLEN.¹¹

O choque da modernidade liberal com a regulamentação constitucional já fazia antever a crise na qual entraria o modelo de Estado fundado no constitucionalismo. Na Europa, o advento da constituição da União Européia e as diretivas supra-nacionais colocam em xeque a própria idéia de constituição. No Brasil, a dependência econômica que nos impele a seguir a cartilha dos grupos econômicos dominantes não vê a constituição como um obstáculo relevante ou fundamental quando se trata de interesses do mercado. No "desemprego estrutural", os postos de trabalho simplesmente desaparecem e pelo discurso da necessidade de atração de novos empregos pela instalação de grandes corporações no país, a política neoliberal exacerba a idéia de que os excessivos direitos sociais seriam os responsáveis pelas dificuldades enfrentadas pelo Estado.

Sérgio Cotta classifica em três fases o movimento de expansão, ora do público ora do privado: (1) da Constituição e da afirmação da monarquia absoluta, (2) liberal-constitucionalista e (3) das políticas de massa. Cotta ressalta que, na primeira fase houve um predomínio das funções estatais públicas com características diretivas e reguladoras; na segunda, o predomínio da iniciativa

direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 112.

¹¹ VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: COSTA, Judith Martins [org.]. **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: RT, 2002. p. 179.

privada e a diminuição das funções do Estado; e na terceira, o auge do poder público, que toma função intervencionista, protecionista e empreendedora. A última fase iniciou-se após a 2.^a Grande Guerra, visto que o Estado, assumiu o papel de fomentador das atividades que restaram enfraquecidas em decorrência dos desastres bélicos, viu-se obrigado a desempenhar um papel de maior destaque no cenário social, diante das profundas alterações ocorridas.¹²

Sob o ponto de vista dialético, o Estado Social foi uma reação ao período liberalista, caracterizando-se pela crescente noção social, do coletivo, com poderes de intervenção, possibilitando até mesmo que, em nome do interesse coletivo, limitasse a livre iniciativa dos indivíduos. Reconhece-se, assim, cabalmente, a insuficiência da tese liberal a defender uma mera igualdade perante a lei. Não obstante, repelir toda a desigualdade (material), conforme tentado nos países comunistas, ocasionou o efeito colateral da limitação da liberdade individual além dos limites necessários. Curioso que a hegemonia do sistema capitalista não atenda aos anseios de liberdade com igualdade, e os antigos regimes socialistas também não tenham dado conta de atender. A aparente diferença entre os sistemas residiu mais na formação ideológica do que nos efeitos reais sobre as parcelas da população. A aproximação real é tanta que, no Brasil, o atual governo, de um partido de esquerda, segue todas as regras e ditames de uma economia liberal de mercado, ou seja, é o fim da ideologia de esquerda e o início de um pragmatismo que ainda não se sabe se será de esquerda, de direita ou de centro.

GEHLEN sugere, como forma intermédia, deve se admitir

¹² Apud, Von Gehlen, p. 75.

determinadas "condições-marcos" para realização de liberdade real, se não se deseja uma mera liberdade de "folha de papel". E tais condições são justamente um empenho permanente e eficaz na redução das desigualdades sociais, pois liberdade e igualdade condicionam-se mutuamente, não podendo haver a primeira sem que coexista a outra, efetivas e reais. Em síntese, a desigualdade social acarreta, ao fim e ao cabo, a ineficácia completa do princípio da liberdade.¹³

Nessa seara, o texto constitucional foi adequado para a enunciação dos princípios fundamentais da nova sociedade civil, que o Estado de Direito Social almejou impor no lugar da sociedade burguesa do século XIX. A supremacia do direito público, assim, foi corolário da nova ordem ideológica. A Constituição que, num primeiro momento, era totalmente desvinculada dos Códigos, passou a enfraquecê-los, à medida que direitos anteriormente neles assentados como exclusividade foram também recepcionados pelo diploma fundamental, que, além do mais, trouxe outros direitos de natureza privada nem sequer cogitado pelo legislador codificador. Tal fenômeno favoreceu o declínio da codificação clássica e o crescimento e fortalecimento do Estado. A Constituição, em conseqüência, foi o desaguadouro lógico de todos os avanços do público.

Com efeito, conforme MARTINS-COSTA, a Constituição, fonte por excelência dos princípios positivos é perspectivada, hoje, como determinado do *conteúdo* das leis e os direitos fundamentais são agora vistos – à diferença ocorrida no passado – como *princípios objetivos e ativos*, porquanto visualizados também no ponto de vista positivo e não apenas do pólo negativo, ao contrário do que ocorria anteriormente quando sua função consistia em garantir ao indivíduo uma esfera protegida contra o peso do Estado, na qual pudessem os particulares decidir

¹³ GEHLEN, *op. cit.*, p. 202.

livremente o que dissesse respeito à sua vida, liberdade, opiniões, relações sociais e, principalmente, atividades, relações econômicas.¹⁴

A oposição colocada pelas políticas neoliberais e pela globalização incide de forma direta nas instituições do Estado e coloca em xeque a própria idéia de constituição que parece não se adaptar aos novos postulados. Somente através da constituição dirigente, da soberania e do Estado Social, os Estados que ainda não chegaram ao pleno desenvolvimento podem sobreviver. Assim, no Brasil, em face das necessidades de políticas públicas contra a miséria e as desigualdades, o ordenamento constitucional aponta para um Estado Forte, intervencionista e regulador, em contrapartida, a prática constitucional é frágil, e o pensamento dogmático dominante impede uma adequada filtragem constitucional a ser realizada no plano da jurisdição constitucional.¹⁵

Muito embora essa nova fase do constitucionalismo tenha trazido as idéias de força normativa, constitucionalismo dirigente, superação da idéia de Constituição meramente programática e a importância dos princípios e da materialidade da Constituição a idéia matriz do constitucionalismo dirigente vem perdendo terreno a ponto de Canotilho, defensor da Constituição dirigente, asseverar, mudando sua posição, que a força normativa terá que ceder parcialmente diante de novos modelos políticos, que se

¹⁴ COSTA, a boa-fé no Direito Privado. São Paulo, RT, 1999, p. 25-26.

¹⁵ Paulo Ricardo SCHIER, em obra sobre o assunto (**Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1999), diz que a expressão "filtragem constitucional" denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.

defronta com o desafio de substituir um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz por outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade, e conclui que: "a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias".¹⁶ Todavia, levando em conta as diversidades entre os Estados principalmente a realidade europeia e a brasileira, continua, entre nós, perfeitamente válida a tese da constituição dirigente, sendo que Canotilho deixa claro que não é possível ignorar as especificidades que cercam hoje a noção de Estado-nacional-soberano mormente levando-se em conta a globalização excludente, o neoliberalismo e a desregulamentação, diante dos quais a noção de Constituição dirigente assume relevância como contraponto.

Lênio STRECK¹⁷ retoma a questão da superação do Estado Social pelo Estado Democrático de Direito que se constitui no novo paradigma engendrado no campo do Direito Constitucional e que leva em conta a noção de Constituição como valores a serem realizados que surgem do contrato social que por sua vez adquire um viés hermenêutico não podendo ser entendida

¹⁶ Lênio refere-se ao prefácio à nova edição do "Constitucionalismo Dirigente" de Canotilho. Esta discussão já foi abordada pelo grupo e o próprio Lênio esclarece que na realidade há que se contextualizar as afirmações de Canotilho tendo em vista a Constituição portuguesa. Com efeito, esta tinha um caráter revolucionário que foi "normalizado" por sucessivas alterações no texto, diversamente da Constituição brasileira que não contém esta função normativa-revolucionária. Assim, deve-se compreender a questão do ponto de vista de que a constituição possui um núcleo que será diferenciado de Estado para Estado e que, tendo em vista países periféricos e de modernidade tardia, permite afirmar a validade da tese da Constituição dirigente. Prefácio. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constitucionalismo dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra ed. 2001.

¹⁷ STRECK, Lênio. **Hermenêutica constitucional: a nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

do ponto de vista de uma filosofia baseada no sujeito, mas na filosofia do ser enquanto *essência*, ou seja, a Constituição passa a ser um sentido, que deve constituir uma nova sociedade,¹⁸ a partir de uma interpretação, pois uma coisa só é na medida em que é compreendida como coisa (*dasein* – o ser é o ser aí e somente assim poderá compreendê-lo, como diz Heidegger). Diante disso, impõe-se que o judiciário não tome uma postura passiva diante da sociedade, afastando a prática procedimentalista e atuando e realizando os fins sociais onde o processo político do legislativo e do executivo falha ou se omite. Lênio propõe assim uma resistência constitucional entendida como processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores, superando o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material.

3 O CONTRATO NO DIVÃ

Com o declínio do dogma da vontade, diante da distância econômica entre os contratantes, o Código Civil, enquanto espinha dorsal do sistema privado nacional, trazia modelo de contrato fundado na manifestação dogmática da vontade dos contratantes. Tamanha a força vinculativa da vontade contratual no Código Civil brasileiro que é estranho ao seu texto assuntos já vertentes na Europa, fonte de grande inspiração do codificador, como a resolução ou rescisão negocial a partir da Teoria da Pressuposição

¹⁸ Para facilitar a compreensão Lênio exemplifica fazendo um analogia com uma ponte: a ponte não é uma construção isolada, ela liga margens que aí estavam desde sempre mas que a ponte faz aparecer como margens, ou seja, lugar, que não havia antes da ponte, assim, o ser da coisa (ponte) funda um lugar e tem um sentido, que é o de fazer com que as margens se comuniquem, permitindo, por exemplo, o comércio entre habitantes das duas margens. Mas a ponte não existiria como ponte se não houvesse estradas que conduzam a ela, nem as estradas sem aqueles que as usam, e assim por diante.....

(Windscheid - 1850), avaliada por conta dos estudos preparatórios do BGB, ou ainda a própria teoria da cláusula *rebus sic stantibus*. No plano da interpretação dos atos jurídicos (*lato sensu*), vinculou-se o Código Civil à Teoria Subjetiva, ao dispor o artigo 85 que *Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*, bem revelado o perfil subjetivista e individualista impresso, pelo código nas relações em geral, em que predomina o querer íntimo em detrimento da vontade manifestada.¹⁹

Conforme PIERLINGIERI, evidencia-se no ordenamento uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalíssimo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a "redução" quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne a avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a "humilhar" a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação - tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento - pela qual não se pode ser "radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado". Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre,

¹⁹ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. v. 2, p. 77-78.

porém, inclinados a adequar-se aos novos "valores", na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades exteriores, como se fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e portanto sobre a sua natureza.²⁰

A autonomia da vontade, base da anterior (?) concepção do contrato, não é mais absoluta. O contrato é um adolescente que perdeu suas referências infantis, ainda novo demais para enfrentar o mundo adulto.

Para LORENZETTI:

Es evidente que el contrato es un fenómeno que dista de ser solamente la expresión de la autonomía privada. Como dijimos y confirmaremos más adelante, está desde el inicio, consustanciado con la regulación legal. La regulación privada expresa lo que las partes quieren hacer; la regulación legal lo que la colectividad pretende que hagan. Ninguna de ellas son neutras en términos económicos y distributivos. Aquí surge un primer problemas. El estudio del derecho se ha situado tradicionalmente en la zona de la transgresión, en el conflicto bilateral. Es natural que los juristas comenzaran a investigar casos particulares y de ellos derivaran sus reglas. Este esquema de indagación es legítimo mientras el conflicto individual coincida o le resulte indiferente al conflicto social. En la sociedad actual, harto compleja, es notorio que el conflicto intersubjetivo bilateral no es análogo al que involucra magnitudes diferentes de individuos. Pero por otro lado, la relación interpartes no es indiferente para los demás, en un mundo interrelacionado; lo que hacen dos incide sobre los demás. Se trasladan permanentemente valoraciones, normas, y

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

*efectos económicos individuales al resto de la comunidad, generándose un nudo de tensión.*²¹

Em verdade, lembra NALIN, a teoria geral do contrato, revestida e acolhida integralmente pela noção de "ato jurídico", acabou por servir como medida exata à teoria do negócio jurídico de E. Betti, que, para se adaptar àquela vertente teórica, respeitou a evolução jurisprudencial e doutrinária destes anos de vigência do Código Civil.²² Tem-se o negócio como os "actos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses da suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica".²³ Portanto, como assevera Betti (contratos), quando o direito passa regulamentar o contrato enquanto negócio jurídico, como instrumento posto à disposição dos particulares para servir de base aos seus interesses na vida de relação, é porquanto reconhece ser um "fato social" e, por sua relevante função social, o vínculo existente entre pessoas para comutatividade de mercadorias ou serviços.

Todavia, a idéia da *liberdade de contratar* insere no conceito de negócio jurídico uma vontade livre para os contraentes interessados, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo. O negócio jurídico foi produto da doutrina pandectista alemã e fundou-se no dogma liberal da autonomia privada, assim, mesmo a classificação do negócio jurídico baseada na teoria dualista parece fragilizada uma vez que o único elemento diferenciador do ato

²¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Análisis crítico de la autonomía privada contractual.** p. 8-9.

²² NALIN, *op. cit.*, p. 78.

²³ *ib*

jurídico em sentido estrito e do negócio jurídico seriam os efeitos jurídicos decorrentes da vontade.

4 CONTRATO DE TRABALHO E NEGÓCIO JURÍDICO

O contrato de trabalho é um contrato *intuitu personae* de trato sucessivo. O empregado realiza uma prestação geralmente diária e o empregador tem o débito periódico. O consenso das partes, aí, não fixa a sucessividade, mas sim a natureza da prestação, havendo os que entendem, como DALLEGRAVE NETO²⁴ que se trata de contrato de adesão, uma vez que as partes não discutem seu conteúdo.

A formação consensual coloca o contrato de trabalho no campo dos negócios jurídicos. Não há negócio jurídico sem declaração de vontade, e o contrato de trabalho é considerado negócio jurídico bilateral. Conforme mencionado no início, as teoria anticontratuais ou institucionalistas entendiam que não há manifestação volitiva do empregado. *De La Cueva* entendia que a relação de trabalho seria uma situação jurídica objetiva entre um trabalhador e um empregador, para a prestação de serviço subordinado, iniciada por qualquer ato que inequivocamente lhe dê início. Assim, o simples fato da prestação dos serviços seria o elemento relevante e gerados de direitos e obrigações.

"A relação de trabalho como situação jurídica objetiva, estabelecida entre um trabalhador e um empregador, para a prestação de um serviço subordinado, qualquer que seja o ato ou a causa de sua origem".²⁵ Tal concepção originou a expressão "contrato realidade" ou seja, a efetiva prestação de trabalho é

²⁴ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998

²⁵ *Apud* Magano, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano, p. 20.

essencial para o nascimento de direitos e obrigações. Tal teoria teve influência nas legislações do México e da Argentina. No Brasil, o artigo 442 ficou em um meio termo doutrinário que até hoje é objeto de críticas, eis que define contrato como acordo correspondente à relação de emprego, o que implica em uma contradição lógica na medida em que as expressões (contrato e relação) revelam a mesma situação jurídica.

Contrato de trabalho é acordo de vontades pelo qual uma parte coloca à disposição de outra seus serviços pessoais, de forma não eventual e subordinado, mediante salário. A grande regulamentação não deslocaria a relação jurídica de fundo para o Direito Público, na medida em que existe a liberdade de contratar na vontade do sujeito contratual. Entretanto, modernamente, não se olvidam as limitações óbvias à autonomia da vontade, entretanto, tendo a vontade como elemento, haveria contrato, em que pese essa vontade não seja o elemento principal, eis que existe outro que mais se destaca na dinâmica da relação de emprego: a subordinação. A importância de tal elemento é tanta que para alguns juristas não importa o conteúdo da prestação, mas sim se os serviços são subordinados ou não.

A subordinação é o elemento que permite a distinção entre um contrato de trabalho e os demais contratos, esses, tendo o trabalho como principal prestação, não seriam de trabalho, e sim de simples atividade, como o mandato, o arrendamento, a parceria e a representação comercial. Registre-se que, em todos esses contratos, existe um determinado grau de dependência e de subordinação, o que demonstra as duas faces: subjetiva e a objetiva.

A subordinação consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços, ou seja, limitaria sua autonomia da vontade para transferir ao empregador o poder de direção sobre sua

atividade.²⁶

Existem, nessa conceituação, alguns obstáculos jurídicos. Não é de hoje que se questiona o poder diretivo do empregador. No sistema brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, a idéia de uma sociedade solidária e fraterna ganha espaço em detrimento do individualismo-patrimonialista próprio dos regimes liberais desde o século XVIII.

Ao tratar da faculdade de fiscalização do empregador, Márcio Túlio VIANA afirma que a resistência do empregado a tal investida é necessária, em havendo violação de sua dignidade. Infelizmente, o parâmetro de usos e costumes da maioria das empresas viola, sem a menor cerimônia, os direitos fundamentais dos trabalhadores.²⁷

José Affonso DALLEGRAVE NETO é enfático ao afirmar: "Enquanto, no início do século XX, constatou-se a universalização de direitos trabalhistas e a constitucionalização de direitos sociais, hoje, com o transpasse do Estado Social para o Neoliberal, o que se vê é um processo de desuniversalização e desconstitucionalização de direitos sociais e trabalhistas".²⁸

Maurício Godinho DELGADO enfoca a mudança de paradigma: "A linha evolutiva do poder intra-empresarial, nos últimos dois séculos, tem crescentemente reduzido a configuração verticalizante, assimétrica, unilateral dessa relação de poder em benefício de uma configuração mais democrática".²⁹

O poder diretivo, assim, encontra limitações. A subordinação presente no contrato de trabalho não retira do

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 300.

²⁷ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 231.

²⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Inovações na legislação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2002, p. 21.

²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **O Poder empregatício**. São Paulo. LTr, 1996, p.146.

empregado a garantia de seus direitos fundamentais, que nunca se dissociam do indivíduo, acompanhando-o em todas as suas relações.³⁰

Assim, a subordinação jurídica, em sua concepção subjetiva, não permite dar conta de todas as situações surgidas na relação de trabalho, nem mesmo para distinguir o contrato de emprego dos contratos de atividade. Liga-se mais à dependência, na forma econômica ou técnica, em entendimento já superado doutrinariamente.

A subordinação é, assim, jurídica, e essa não atua sobre a pessoa do trabalhador, mas sobre o modo de prestação do serviço. A doutrina, entretanto, parece ainda não ter superado o fato de que a pessoa do trabalhador encontra-se em estado de sujeição permanente com relação ao empregador.

Deve-se superar o conceito vigente de subordinação e poder diretivo, pois são mitigadores da condição de **sujeito de direito** do empregado, de acordo com a denúncia de Ricardo Marcelo FONSECA:

O sujeito de direito trabalhador é sujeitado pelas teias da "norma", presentes de modo invisível nas relações humanas, mas também presentes de modo visível no direito. Embora de modo geral o direito (e também o Direito do Trabalho) se manifeste na defesa do sujeito trabalhador na imposição dos limites jurídicos além dos quais o empregador entrará no campo da ilicitude, o "o poder disciplinar", ao contrário, se manifesta de modo

³⁰ Nesse sentido, ver SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 101, *Apud* DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 105, p. 233,

contínuo, permanente e tenaz. A lei trabalhista veicula o "poder disciplinar" precisamente naqueles espaços largos, naqueles conceitos amplos e imprecisos, naqueles "estados" ou "situações" mal definidos nos quais o trabalhador fica à mercê de seu empregador: estado de "subordinação jurídica", dever de "lealdade", "obediência" e "dedicação" do empregado, exercício do 'jus variandi' do empregador, repressão à "incontinência de conduta", ao "mau procedimento" ou ao comportamento excessivo e indecoroso do empregado, etc. Trata-se de uma zona cinzenta onde o empregador pode, em meio à imprecisão jurídica e à vagueza conceitual, exercer a dominação, o controle, a normalização e a disciplina.³¹

Busca-se a **socialização do contrato de trabalho**. Na tentativa de superar as teorias anti-contratualistas, a concepção da relação de emprego, como forma de contrato (teoria contratualista), deve primar pela efetivação do empregado como sujeito de direito que figura em um dos pólos da relação contratual. Uma das conseqüências desse entendimento é a equiparação das partes contratantes. O empregado estaria no mesmo nível do empregador, não pela hipossuficiência prevista em lei exclusivamente, mas pelo seu reconhecimento enquanto sujeito de direito, apto a praticar atos jurídicos e com direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.³²

³¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho. do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2001, p. 180.

³² Esse último trecho foi retirado do texto (E mail do empregado - limites ao poder diretivo do empregador sob a ótica do novo Código Civil, de Luciano Augusto de Toledo COELHO e Alberto Emiliano de OLIVEIRA NETO. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GUNTHER, Luiz Eduardo [coord.]. **O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.

Segundo Aldacy Rachid COUTINHO, seria então imprescindível que a subordinação se readequasse à **função social do contrato**. A direção do empregador estaria restrita ao cumprimento do contrato, na exata medida da ordenação do laboro. Não se trataria de um poder sobre a pessoa do empregado, senão sobre o objeto do contrato, limitado sempre à observância da dignidade da pessoa trabalhadora.³³

A visão teórica, entretanto, não encontra um grão de amparo na dura realidade do trabalhador atual, que se subordina cada vez mais para manter o contrato que lhe garante a sobrevivência, isso sem falar na ausência cada vez mais sentida de um patamar mínimo na medida em que mesmo os direitos constitucionais do trabalhador são reiteradamente desrespeitados. É rotina na prática trabalhista diária o não pagamento de horas extras, aviso prévio, fundo de garantia e demais verbas previstas na constituição. Com naturalidade os empregadores assumem o não pagamento de verbas mínimas e muitas vezes resolvem o problema através de acordo, não raras vezes acabando por lhes ser vantajosa a supressão dos direitos.

Ora, se não se respeita o mínimo, que dizer da direção "restrita às obrigações contratuais"? O empregado, literalmente "vende a alma" ao patrão, e, assim, na prática, como garantir um patamar de dignidade?

Ainda, são cada vez mais sentidas no foro trabalhista as situações em que não há reconhecimento, por parte do contratante, empregador, da própria condição de empregado do contratado, ou da própria condição de prestação de serviços subordinados. A terceirização é o lado mais conhecido desse fenômeno, mas

³³ COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato individual de trabalho. In: ____; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo [coord.]. **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 46.

encontram-se também nessa linha ténue representantes comerciais, corretores de imóveis, taxistas, vendedores, religiosos, chapas....e diversos outros trabalhadores que engordam as estatísticas do emprego informal no Brasil.³⁴

A concepção objetiva permite, assim, explicar melhor as hipóteses de subordinação, reconhecendo como ponto fundamental o fato do empregador beneficiar-se do trabalho do empregado, independentemente da sujeição. Conforme Eduardo BARACAT:

a autonomia que descaracteriza o trabalho subordinado é o da iniciativa do empreendimento, ou seja, autônomo é o trabalho em que o trabalhador organiza o próprio empreendimento e, para tanto, corre o risco de este empreendimento apresentar lucro ou prejuízo. Mas para o empreendimento ser próprio, é necessário que o trabalhador tenha efetuado investimento material no negócio (dinheiro, equipamento, aparelhos, etc. ...), de onde se poderá verificar se efetivamente está correndo risco na hipótese de o negócio fracassar...é importante esclarecer que o trabalhador que recebe proporcionalmente pela produção, na verdade, não corre nenhum risco, já que nada investiu no empreendimento. Trata-se, na verdade, de emprego cujo salário foi estipulado por unidade de obra....os profissionais liberais são os que mais geram confusão na jurisprudência e doutrina, pois nesses é que se verifica, normalmente, a autonomia de efetuar o trabalho, critério insuficiente para se verificar a existência ou não de subordinação jurídica.

³⁴ Isso sem falar dos apontadores do jogo do bicho e das prostitutas, marginalizados não pela questão jurídica, mas pela hipocrisia social que fecha os olhos à realidade.

Necessário, em decorrência, verificar se no caso o profissional liberal dispõe de autonomia de empreendedor ou se, ao contrário, seu trabalho é utilizado por outrem que, dentro de uma organização produtiva própria, realiza a atividade econômica.³⁵

A concepção objetiva, paradoxalmente, a meu ver, aproxima novamente o contrato de trabalho das teorias anticontratualistas, na medida em que a relação de emprego se caracterizaria pelo ato, independentemente da vontade. Baracat coloca o problema do trabalhador que celebra contrato para laborar ao menos 8 horas diárias e 44 semanais pelo equivalente ao salário mínimo brasileiro. Para ele, não existiria, aqui, vontade real do trabalhador.

A categoria do negócio jurídico se nutriu doutrinariamente das teorias voluntarista ou subjetiva, objetiva e da auto-responsabilidade. Para a teoria voluntarista, negócio jurídico é a declaração de vontade cujos efeitos são determinados e controlados pelas partes, e constituído pela vontade interna e a declarada. Controverte a doutrina, na concepção voluntarista, sobre os efeitos da vontade interna. Nesse sentido, a teoria da declaração não se preocupa com a vontade interna, apenas pela declaração do agente. Tal teoria, defendida por Orlando GOMES, foi adotada no Código Civil (artigo 112). Ainda, para a teoria da confiança, se houver divergência entre a vontade interna e a declaração, o contratante de boa-fé, para quem foi dirigida a declaração, a considera válida, se houve confiança.³⁶

A teoria objetiva concebe o negócio jurídico como auto-

³⁵ BARACAT, Eduardo. *A boa fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p.159.

³⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

regulamentação de interesses pela vontade, e divide-se em preceptiva e normativa. A teoria preceptiva, idealizada por BETTI,³⁷ destaca o interesse no negócio, e a declaração dentro do conjunto comportamental e circunstancial que confere valor ao contrato. A teoria normativa diz que o negócio cria norma que disciplina as relações entre as partes.

A teoria da auto-responsabilidade se volta aos sujeitos e às conseqüências de sua conduta, prevalecendo o que a declaração suscitou, dentro do comportamento concludente dos contratantes. O comportamento concludente impõe espírito de coerência de acordo com a lógica do agir de acordo com o que se espera na consciência social. Para essa teoria, o ato que atende as necessidades básicas do indivíduo seria apto a formar o negócio. As críticas decorrem do fato de que para um ato assim não se exige a capacidade do agente, ou seja, o ato não poderia ser negocial.

Assim, a vontade para a formação do negócio jurídico seria uma vontade apta a produzir os efeitos jurídicos queridos pelas partes. No contrato de trabalho, todavia, nenhuma das teorias mencionadas explica o fato concreto da subordinação em estado de necessidade, que é o normal na situação de excesso de oferta no pólo da mão-de-obra. Nesse sentido, conclui BARACAT, citando Oscar Correias:

a vontade é um fenômeno social, embora tenha existência na consciência do indivíduo. Os homens não são seres individuais, mas sociais. Quando o trabalhador aceita uma oferta de trabalho, não o faz em seu nome, nem manifesta um atributo de sua alma; ele expõe, na verdade, a vontade do conjunto de relações sociais nas quais vive. Em outras palavras, quando o trabalhador pensa acerca de determinado contrato de trabalho, as relações sociais

³⁷ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negocio jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1969.

objetivas nas quais esta inserido se fazem presentes na sua consciência, e se expressam em seu pensamento e por conseguinte, em sua linguagem.³⁸

O trabalhador, assim, não tem o grau de vontade exigido pelos doutrinadores que cunharam o dogma do negócio jurídico, sendo que a teoria do comportamento concludente encontra o mesmo óbice do contrato de trabalho para inserir-se na categoria do ato negocial.

5 UM CONTRATO DIFERENTE

O contrato de trabalho talvez tenha sido sempre o primo pobre dos contratos, em face da super regulamentação celetista, que coloca em cheque, em seu bojo, os conceitos de disposição e vontade das partes. Não poderia ser diferente. O contexto do trabalho nunca permitiu a aplicação plena da autonomia da vontade e igualdade formal. Aliás, muito se discutiu acerca do enquadramento do direito do trabalho no ramo do direito privado.³⁹

A presunção da contratualidade assentaria na liberdade do trabalho e o consenso ficaria impresso na atitude das partes contratantes, todavia, já lembrava o saudoso mestre Martins

³⁸ BARACAT, *op. cit.*, p. 113.

³⁹ A discussão, já superada, decorria justamente da afirmação, por parte dos defensores da corrente do direito público, de que nas relações de trabalho a livre manifestação de vontade foi substituída pelo interesse do Estado. Os defensores da corrente contrária entendem que as normas trabalhistas são decorrentes do Direito Civil, e as normas irrenunciáveis não tem força suficiente para deslocar o campo para o Direito Público. A par de tais discussões, lembramos Cesarino Jr, que classificava o Direito do Trabalho como Direito Social.

CATHARINO⁴⁰ que o Decreto-Lei 4362 de 6/6/1842 e o de número 5576 de 14/6/43, respectivamente sobre colocação de empregados maiores de 45 anos e reemprego de bancários, impunham a admissão de empregados, assim, não haveria contrato, mas simples relação de emprego. Temos, ainda, no sistema jurídico trabalhista atual, as normas que impõe ao empregador o início e a continuidade na relação de emprego, como as do artigo 429 da CLT⁴¹, 10 do ADCT⁴² da Constituição Federal, o artigo 625 - B⁴³, parágrafo 1º da CLT.

⁴⁰ CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego**. Salvador: Edições Trabalhistas, 1961.

⁴¹ Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

⁴² Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição:

Jurisprudência Vinculada

Doutrina Vinculada

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no artigo 6º, caput e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

Doutrina Vinculada

Prática Processual Vinculada

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

Doutrina Vinculada

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

⁴³ § 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 cometeram falta grave, nos termos da lei.

O desemprego estrutural trazido pela globalização e pela ultra tecnologia da era trans moderna, provocou a crise do emprego formal e estável. Na visão de Carmem Lucia Antunes ROCHA, o desemprego é uma negativa de trabalho, nega-se o direito ao trabalho àqueles que, dispendo de vontade e condições de trabalho, a ele não têm acesso por dependerem de uma estrutura na qual lhe seja possibilitado prestá-lo... mais adiante, prossegue a autora: O desempregado é, hoje, vítima de preconceitos. Vivendo cada vez mais nas sombras de muros e viadutos encostados nos quais se recolhem e se escondem, tornam-se invisíveis aos próprios cidadãos.⁴⁴

Viviane FORRESTER coloca em dúvida as vantagens do capitalismo moderno e adverte que o novo modelo das relações de produção fulmina os empregos definitivamente, posto que o trabalho tem cada vez menos poder diante do capital, já que precisa cada vez menos do esforço humano. A velocidade do capital pode transferir fábricas do dia para a noite, para países com legislações mais flexíveis, restando ao trabalhador, sem outra alternativa, submeter-se a condições contratuais cada vez mais degradantes. Diz:

A tendência, entretanto, é exatamente essa. Uma quantidade importante de seres humanos não é mais necessária ao pequeno número que molda a economia e detém o poder. Segundo a lógica reinante, uma multidão de seres humanos encontra-se assim sem razão razoável para viver neste mundo, onde, entretanto, eles encontraram vida.⁴⁵

⁴⁴ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, São Paulo, n. 4, p. 45, out./dez. 1999.

⁴⁵ FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 27.

Nesse contexto, questiona BARACAT,⁴⁶ há, efetivamente, vontade de partes no contrato de trabalho?

Importa lembrar que as teorias contratualistas no campo do Direito do Trabalho quiseram comparar o contrato de trabalho aos modelos civis da compra e venda, do arrendamento ou do mandato. Difícil, entretanto, tratar de uma categoria jurídica na qual o objeto do contrato não se separa, nunca, da pessoa do contratante.⁴⁷ As sociedades robotizadas imaginadas por Asimov, talvez fossem o paradigma dos teóricos da matriz civilista do contrato de trabalho, ou o sonho de um empreendedor mais arrojado, na medida em que as necessidades básicas do ser humano atrapalhavam a produção nas fábricas.

A peculiaridade do ramo juslaboral com relação ao direito privado sempre foi objeto de controvérsia na discussão sobre as duas esferas.

No direito do Trabalho, onde as situações jurídicas são complexas, existem retenções pela regra de direito, de parcelas de poder jurídico, cuja titularidade não se desprega do sujeito tutelado, mas cujo exercício só se verifica em determinadas condições jurídicas pré-estabelecidas e resguardadoras de sua hipossuficiência real. Essa imediação de interesse público, que se costumava colocar nas bases do Direito Penal, não vai além de uma adicionalidade de tutela de bens jurídicos individuais, que mais fortemente se resguardam através de sanções

⁴⁶ BARACAT, Eduardo Milléo. A vontade na formação do contrato de trabalho: o problema do negócio jurídico. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; DALLEGRAVE NETO, José Affonso [coord.]. **O impacto do Novo Código Civil no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 245-266.

⁴⁷ Ou poderíamos dizer "ainda" na medida em que a tecnologia avançará talvez para uma possibilidade de trabalho virtual que possibilite tal separação.

cumulativas e impostas pelo Estado, que vem a integrar outra relação jurídica, como sujeito de direito.⁴⁸

Na relação de trabalho subordinado, exigências pessoais e familiares do trabalhador ensejam um estatuto mais propriamente normativo e de tutela a favor da sua personalidade, no âmbito da específica relação.

A autonomia privada funda-se na capacidade de a pessoa auto-regular autônoma e responsabilmente sua vida. Isso somente se torna possível quando uma parte na relação negocial não tem sobre a outra uma posição de supremacia e controle, de maneira a conformar a decisão do pólo mais fraco. É dado a um trabalhador, hoje, o direito de não contratar, desde que aceite as implicações de seu ato no mundo capitalista. Porém, tal não basta para que se qualifique o contrato como um negócio jurídico, dentro da concepção doutrinária de que a vontade das partes dispõe sobre todos os efeitos do pacto.

Lembrando que não é uma operação simples definir a autonomia privada e que sobre o conceito adensaram-se questões das quais depende em grande parte a configuração do ordenamento, PERLINGIERI menciona:

A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência. Não se delinear os aspectos nos quais se manifesta a autonomia privada. Tradicionalmente, afirma-se que ela se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o

⁴⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito público, direito privado sob o prisma das relações jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 73.

contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato. É necessário verificar se esta ou estas liberdades, em razão da fisionomia que a autonomia privada assume com base nos princípios gerais do ordenamento, encontram correspondência efetiva na teoria dos atos. São esses princípios que servem de base para avaliar se a autonomia privada é digna de proteção por parte do ordenamento: ela não é, portanto, um valor em si. Revela-se indispensável o reexame da noção à luz do juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*) de cada ato realizado, de modo tal que se possa deduzir se estes, individualmente considerado, podem se regulados, pelo menos em parte, pela autonomia privada.⁴⁹

As teorias até aqui desenvolvidas, portanto, não dão conta de explicar a complexidade do fato da prestação do trabalho humano por conta da sobrevivência ou do sistema capitalista de mercado, cada vez mais a própria categoria do trabalho é desconstituída, e a relação de trabalho, que jamais conseguiu resolver à altura a questão de sua natureza, talvez seja agora o grande paradigma para a transformação das demais relações contratuais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre:

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17-18.

Livraria do Advogado, 1999. p.99/129.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. A vontade na formação do contrato de trabalho: o problema do negócio jurídico. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; DALLEGRAVE NETO, José Affonso [coord.]. **O impacto do Novo Código Civil no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 245-266.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negocio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Melhoramentos, 1994.

CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego**. Salvador: Edições Trabalhistas, 1961.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo; OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano. E mail do empregado: limites ao poder diretivo do empregador sob a ótica do novo Código Civil. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GUNTHER, Luiz Eduardo [coord.]. **O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003. p186/203.

COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. Florianópolis: Fundação Boiteaux/ UFSC, 2000.

COSTA, Judith Martins [org.]. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Boa fé no Direito Privado**. São Paulo. RT, 1999.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato individual de trabalho. In: _____; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo [coord.]. **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2001.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo [coord.]. **O impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Inovações na legislação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

_____. **O poder empregatício**. São Paulo. LTr, 1996.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador. **Revista de Direito do Trabalho**, n. 105, p. 233.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2001.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. São Paulo: UNESP, 1997.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: COSTA, Judith Martins [org.]. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 87, v. 747 jan. 1998.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Análisis crítico de la autonomía privada contractual**. NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. v. 2.

PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.15/37.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 4, p. 45, out./dez. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica constitucional: a nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002..

SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. **O valor solidariedade nas relações contratuais**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) - Setor de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito público, direito privado sob o prisma das relações jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 1972.