

O Contrato-Realidade e a atualidade

Fernando Hoffmann^()*

1. INTRODUÇÃO

Esta investigação científica tem por objetivo a análise do posicionamento do autor mexicano MARIO DE LA CUEVA exposto em sua obra intitulada “*Derecho Mexicano del Trabajo*” a respeito do contrato-realidade, de sua confrontação ao princípio da primazia da realidade e da possível utilidade daquela teoria para enfrentar alguns obstáculos impostos ao desenvolvimento do direito do trabalho como ciência autônoma.

No capítulo XVI da referida obra, DE LA CUEVA trata, com muita propriedade, da natureza jurídica da relação de emprego e difunde a idéia da existência do contrato-realidade, expressão muito utilizada posteriormente para retratar o princípio da primazia da realidade que informa o direito do trabalho.

Não obstante o juslaboralista mexicano não tenha sido o criador desta expressão, inegável que foi através do alcance de seus ensinamentos que o direito do trabalho mundial conferiu reconhecimento à teoria do contrato-realidade, sendo utilizada ora para explicar a natureza jurídica do vínculo que une empregado e empregador, ora para retratar um dos princípios cardeais da ciência laboral.

Mas, como será visto adiante, o que se pretendeu dizer com a locução “contrato-realidade” nem sempre correspondeu ou corresponde ao objeto abordado pelos intérpretes do direito laboral que, por desaviso ou por leitura equivocada da teoria, terminam, de certa forma, por baralhar conceitos básicos de institutos fundamentais deste ramo especializado do direito.

Aliado ao já exposto anteriormente, a investigação também tem como objetivo perquirir a possibilidade de revitalização da teoria defendida por DE LA CUEVA no direito do trabalho brasileiro, uma vez que, para regular o conflito existente entre capital e trabalho, o legislador adotou o

^(*) *Fernando Hoffman é Mestrando pela Universidade Federal do Paraná Professor Substituto de Prática Trabalhista da Universidade Federal do Paraná Ex-Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*

contrato individual de emprego como centro principal dos direitos e obrigações de empregados e empregadores

2. IMPORTÂNCIA DO TEMA

Poder-se-ia até cogitar que o objeto de abordagem não justifica o empreendimento da investigação científica pelos operadores do direito do trabalho

Tal conclusão, entretanto, não se sustenta, sendo que qualquer posicionamento neste sentido afigura-se inaceitável, principalmente por aqueles que se prestam a estudar o direito do trabalho de forma séria e como ciência autônoma

Ademais, tratando-se de expressão largamente utilizada no meio jurídico, correta ou incorretamente, não se pode negar que as conclusões acerca do contrato-realidade aludem a natureza jurídica da relação de emprego e ao princípio da primazia da realidade, de tal maneira que o estudo revela-se de extrema importância, qualquer que seja o ângulo tomado pelo intérprete

Portanto, de um lado tem-se a sempre necessária análise da essência do principal instituto do direito individual do trabalho, qual seja, o contrato individual de emprego, enquanto opção realizada pelo legislador para reger o conflito capital-trabalho, de outro, observa-se a indispensabilidade do exame do princípio da primazia da realidade que, sabido de todos, ao lado dos princípios protetivo, da irrenunciabilidade e da continuidade da relação de emprego informam a ciência laboral

Necessário esclarecer que não se pretende “criar” uma lacuna no corpo do direito do trabalho para se efetuar digressões destinadas a vagar pelo meio acadêmico. O problema efetivamente existe e, muito embora não se possa afirmar que os efeitos deletérios da utilização equivocada da expressão “contrato-realidade” não sejam nitidos, nem por isso se descarta, neste particular, a necessidade de enfrentamento do tema

Ademais, nem sempre se presta o contrato para proporcionar a solução do conflito obreiro-patronal, o que tende a se agravar com as reformas que despontam no horizonte do direito do trabalho, sendo certo que se trata de opção do legislador para disciplinar um dos fatores do processo econômico-produtivo do sistema capitalista ocidental, qual seja, o trabalho humano⁽¹⁾

⁽¹⁾ *Alias nesta linha de raciocínio consignou JOSE AFFONSO DALLEGRAVE NEIO em sua dissertação de mestrado intitulada Elementos do Contrato*

3. ORIGEM DA EXPRESSÃO “CONTRATO-REALIDADE”

Ao contrário do que se tem apresentado na maioria dos estudos doutrinários a respeito do tema, quem primeiramente formulou a expressão “contrato-realidade” foi ALFREDO INÑÁRRITU, Ministro da Suprema Corte de Justiça do México⁽²⁾, e não DE LA CUEVA.

Entretanto, revela-se perfeitamente explicável que os louros desta terminologia sejam atribuídos ao juslaboralista mexicano, em face do mencionado alcance mundial de sua obra e das clareza e estruturação de sua sedutora teoria sobre o contrato-realidade. Por outro lado, importante registrar que, na história do direito do trabalho, nenhuma teoria foi tão bem retratada em poucas palavras, tal como se deu com a formulada pelo juslaboralista mexicano.

Entretanto, há que se ressaltar, como o fez LUIZ DE PINHO PEDREIRA DA SILVA⁽³⁾, que, num primeiro momento, o termo “contrato-realidade” foi conferido pelo Ministro Alfredo Inñárritu à sua idéia de que contrato de trabalho existe não no acordo abstrato de vontades e sim na realidade da prestação de serviços, porque é o fato mesmo do trabalho e não o acordo de vontades que o produz e determina a aplicação do Direito do Trabalho.

Com base nesta premissa, MARIO DE LA CUEVA inicia seu estudo asseverando que a vigência e aplicação do direito do trabalho pressupõe a existência de efetiva prestação de serviços; esta, e não o contrato, seria a instituição fundamental do direito do trabalho e ensejaria a sua aplicação, afastando, de tal sorte a incidência das normas de direito comum.

Individual do Trabalho - Reflexões acerca da gênese civilista, caracteres, elementos essenciais e acidentais”.

“Admitimos que pequenas mudanças e adaptações sejam necessárias na atual legislação trabalhista, contudo “estou convencido que a imiscuição estatal deve permanecer nesta seara contratual Não podemos ir de forma desenfreada na onda da modernidade européia para defender, como alguns mais afoitos, a total desregulamentação da relação capital-trabalho”

⁽²⁾ *Competência 133/36, suscitada entre a Junta Federal de Conciliação e o Décimo Juiz Cível da Cidade do México, para conhecer da reclamação apresentada por José Molina Hernández contra a Companhia Mexicana de Petróleo “El Aguila”*

⁽³⁾ *SILVA, Luiz De Pinho Pedreira da Principiologia do direito do trabalho, p 205-208*

4. CONTRATO-REALIDADE

Interessante notar que, à época da formulação da teoria do contrato-realidade, as doutrinas mexicana e estrangeira tinham como certo que o vínculo que unia empregado e empregador era contratual e a única dificuldade a ser superada, naquele momento, seria o enquadramento num dos tipos contratuais do direito civil.

Mutatis mutandi, é o que se verifica no direito do trabalho contemporâneo, no qual é aceita, como se dogma fosse, até em função da legislação vigente, a idéia de que o contrato de trabalho é o marco inicial da relação de emprego e, por conseqüência, da aplicação das normas trabalhistas.

Mas o ideal defendido arduamente por MARIO DE LA CUEVA, embora relativamente utópico, permanece atual, valendo a transcrição da seguinte passagem de sua obra, onde são tratadas as duas concepções relacionadas ao direito do trabalho:

Uma, a concepção que poderíamos chamar privatística do direito do trabalho, segundo a qual, seria um estatuto destinado a regular as relações obreiro-patronais, consideradas como um negócio de direito civil; e outra, a idéia publicista e humanista do direito do trabalho, que postula, como princípio essencial, a tese de que o direito do trabalho e a norma que procura dar satisfação às necessidades do homem que trabalha, tornando efetivo o direito do homem a alcançar uma existência digna.

... (omissis);

O direito do trabalho diferencia-se do direito civil pelos fundamentos e pela finalidade. Aquele não se destina a regular a conduta dos homens com as coisas, mas se trata de um direito para o homem. Não se destina a regular somente a energia humana de trabalho, mas também a assegurar a cada trabalhador uma posição social adequada” (*sem grifos no original*).⁽⁴⁾

E, por mais que se façam críticas à teoria eminentemente anticontratuálista exposta pelo autor mexicano, inegável que seu discurso seduz, não só pela estruturação de sua argumentação, como se disse há pouco, mas, principalmente, pela sempre presente preocupação com a figura do empregado e, em última ratio, com o ser humano que se sujeita a prestar de serviços e atribuir os frutos de seu trabalho a outrem.

⁽⁴⁾ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, p. 460.

Isto justifica, em parte, o repúdio manifestado por DE LA CUEVA contra as teorias civilistas sobre a relação de trabalho (arrendamento, compra e venda, sociedade e mandato), cujos defensores jamais aceitariam o posicionamento anticontratalista, por significar uma revolução na teoria das fontes das obrigações.

Para ele, o direito dos contratos e das obrigações serve para regular a tradição das coisas que estão no patrimônio de uma pessoa ao patrimônio de outra; o homem, como pessoa, não é contemplado por este direito, pois sua condição pessoal não importa para fixar o direito sobre as coisas; a idéia de contrato tende a permitir a aplicação do direito dos contratos e das obrigações à relação de trabalho, o que não pode ser aceito pelo direito do trabalho em função de sua essência e, também, de sua existência em harmonia com os valores do homem.

O que se indaga e nos interessa responder nestes mares atribulados pelos quais singra o direito do trabalho é o seguinte: não estaria tal disciplina prestando-se pura e simplesmente ao regramento de uma categoria econômica do sistema capitalista, qual seja, o processo produtivo, em regime de total subserviência? Que relação contratual é esta em que uma das partes é carente de poder e à outra é assegurada ampla gama de poderes? Haveria, enfim, outra alternativa a ser adotada?

Ora, segundo o autor mexicano, os civilistas equivocam-se porque partem de uma falsa premissa para explicar a natureza jurídica da relação de emprego, qual seja, o contrato. Isso porque as relações jurídicas podem modificar-se quando mudam os pressupostos jurídicos, sociais e econômicos nos quais se fundamentam. A partir do momento em que o direito do trabalho desprende-se do direito civil e conquistou sua autonomia como direito do homem, a premissa passou a ser outra, que não fulcrada no contrato.

Seria inviável adotar este posicionamento hodiernamente? Assim não nos parece, uma vez que cada ciência do direito deve ser aplicada consoante suas natureza, principiologia e finalidade. Nesta linha de raciocínio, veja-se o ensinamento de CARLOS MAXIMILIANO⁽⁵⁾ a respeito do tema.

⁽⁵⁾ *“Preceito preliminar e fundamental da Hermenêutica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo de direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata. A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo, além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável*

Reconhece-se que o abandono do contratualismo que impera no direito do trabalho é tarefa quase que impossível, ou melhor, inviável, mormente se consideradas as condições sócio-econômicas vigentes no Brasil (em especial, a constitucionalização da ordem econômica que adotou postulados básicos do capitalismo, dentre os quais, a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência - artigo 170, *caput*, II e IV, da Constituição Federal).

Mas isto não impede que sejam feitas críticas e abordagens a respeito do tema ventilado nesta investigação. Ao contrário, em face do conteúdo manifestamente econômico que assume o direito do trabalho, parecem extremamente atuais e recomendáveis as incursões nesta seara^{(6) e (7)}.

Ora, na quase totalidade dos contratos de trabalho, o que se observa é a “admissão” do empregado no momento da pactuação. Admissão

conforme fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, essencial à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e frequentes” In Hermenêutica e aplicação do direito, p 303.

⁽⁶⁾ Assim o fez VITAL MOREIRA, em sua obra intitulada *A ordem econômica do capitalismo*, p 75, valendo destacar a seguinte passagem: “Porém, no direito liberal, o direito não é verdadeiramente o regulador da vida econômica. Direito de propriedade, contrato, não são institutos econômicos, mas sim institutos da ordem jurídica geral da sociedade, não sendo essa por sua vez mais do que a expressão da ordem natural da sociedade. As categorias econômicas, empresa, empresário, mercado, concorrência, trabalho, são desconhecidas do direito. Não existe ordem jurídica no mercado, do trabalho, da empresa. O direito ignora a fábrica, pára aos seus portões, dentro desta é ainda o direito geral da propriedade que dá ao empresário o poder regulamentar do processo do trabalho (*jus utendi, fruendi*). A propriedade da empresa não se distingue da propriedade de qualquer outro bem. O contrato de compra da força do trabalho é apenas mais um contrato entre pessoas livres.

⁽⁷⁾ Também, neste sentido, o ensinamento de ARION SAYÃO ROMITA: “Outro mito que é preciso desmontar é o que alude à pretensa intervenção do Estado a favor das classes trabalhadoras. Afinal, o regime econômico é o capitalista! Observa com propriedade Ralph Miliband que, sempre que os governos decidiram intervir diretamente nos conflitos entre empregadores e empregados, eles o fizeram em detrimento dos últimos. Os governos sempre desempenharam papel decisivo no fracasso das greves, muitas vezes valendo-se do próprio Estado e usando a violência direta. Argumentam com o respeito à lei, com o interesse público, com a preservação de ordem, etc e embora não declarem um apoio direto aos empregadores, o certo é que a intervenção não é menos útil para estes” *In Globalização da economia e direito do trabalho*, p 42.

tida não no sentido de ingresso ou entrada, mas sim no de aceitação das normas internas da empresa e do estatuto mínimo vigente, o qual também será observado pelo empregador.

E, por mais que se tenha presente a crítica de ORLANDO GOMES⁽⁸⁾, no sentido de que os anticontratalistas confundem formação (indispensabilidade do consentimento para o nascimento do vínculo, mesmo que por adesão) com conteúdo da relação (que pode ou não estar pré-regulamentado normativamente) e liberdade (não necessariamente presente na contratação) com vontade (sempre presente) é inegável que a autonomia privada - categoria fundamental do próprio sistema capitalista - sofre grave violação, gerando impactos deletérios, inclusive, na corrente contratualista.

Ademais, nossa legislação afigura-se contraditória, ora adotando o contratualismo (e, conseqüentemente, o patrimonialismo) quando conveniente, ora baseando-se no anticontratualismo para regradar situações um pouco mais complexas ou “desinteressantes”.

Cite-se o caso de cometimento de justa causa pelo empregador, quando, na maioria das vezes, o empregado deverá provocar a Justiça do Trabalho para a declaração da rescisão indireta do contrato de emprego. Ora, salvo as excepcionalíssimas hipóteses nas quais o empregador deverá se valer do inquérito de apuração para falta grave, nada impede que este dispense seu empregado por justa causa, mesmo se detentor de garantia no emprego.

E, ainda, sabido de todos que, no direito comum, a todo direito corresponde uma obrigação, que, inadimplida, ensejará a execução das cláusulas contratuais. No direito do trabalho, entretanto, o não cumprimento das obrigações de prestar serviços, diligência, fidelidade e obediência ensejam a aplicação do poder punitivo do empregador, observados, é bem verdade, certos limites.

Mas não é digna de credibilidade a conclusão de que o contratualismo estaria presente nestas hipóteses, assim como em outras tantas (férias, prescrição, adicional de insalubridade, apenas a título exemplificativo).

Seguindo a linha de raciocínio de MARIO DE LA CUEVA, há que se observar que o autor adverte para o fato de que a subordinação deriva não do cumprimento do contrato mas do adimplemento da principal obrigação desta pactuação, que é a de prestar serviços; não iniciado o serviço, não está o trabalhador obrigado a obedecer ao empregador.

⁽⁸⁾ GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*, p. 152-160.

Tal situação remete o intérprete e o aplicador do direito do trabalho à questão dos efeitos da pré-contratação sem efetiva prestação de serviços (e também da competência para julgamento), a qual suscita acirradas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, evidenciando que a corrente contratualista, assim como a anticontratualista (fato inegável), tem as suas deficiências.

E, após enfatizar a prestação de serviços como marco inicial da aplicação do direito do trabalho, conclui DE LA CUEVA, empregando pela primeira vez a locução “contrato-realidade”, que:

Em atenção a estas considerações, tem-se denominado o contrato de trabalho como contrato-realidade, pois existe, não no acordo abstrato de vontades, senão na realidade da prestação do serviço e porque é o fato mesmo do trabalho e não o acordo de vontades, o que determina a sua existência.⁽⁹⁾

Interessante registrar que não há negativa de que, num primeiro momento, deve haver a concorrência de vontades para a formação da relação de trabalho. Mas haverá casos em que não há a convergência das vontades dos contratantes⁽¹⁰⁾. Assim sendo, como restou admitido pelo próprio DE LA CUEVA, os críticos de sua teoria não contratualista equivocam-se ao afirmar que tal corrente nega que a relação de trabalho sempre decorra de um acordo de vontades, quando, em verdade, tal concepção é aceita em alguns casos (trabalho doméstico e pequena indústria, nos quais prevaleceria o contrato mínimo) e refutada em outros (grande indústria, quando predominaria os contratos coletivos de trabalho).

Em momento nenhum é desprezada a vontade do trabalhador para prestar os serviços e o consentimento do empregador para receber os frutos deste trabalho. O que se discute é que nem sempre o acordo de vontades determinará a aplicação do direito do trabalho, sendo certo que, em tais situações, apenas a efetiva prestação de serviços que atrairá a incidência das normas reguladoras dos conflitos entre o capital e o trabalho.

⁽⁹⁾ DE LA CUEVA, Mario. *Obra citada*, p. 475

⁽¹⁰⁾ *Verbi gratia* a “cláusula de exclusão de ingresso” existente do direito mexicano - pela qual, no caso de vacância de um posto, cabe ao sindicato indicar o novo ocupante, somente não contratável em caso de inaptidão ou ausência de honestidade - e o contrato originariamente de prestação de serviços que, com o tempo, descamba para o contrato de emprego

5. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Uma leitura atenta do enunciado pelo autor MARIO DE LA CUEVA a respeito da natureza jurídica da relação de emprego elucida um dos maiores erros na interpretação da expressão “contrato-realidade”, que consiste no seu emprego como se fosse apenas e tão-somente o princípio da primazia da realidade.

Com muita propriedade, LUIZ DE PINHO PEDREIRA DA SILVA asseverou que a expressão contrato-realidade destina-se à formulação de uma teoria sobre o contrato de trabalho e não um princípio de Direito do Trabalho⁽¹¹⁾, sendo certo, ainda, que a locução em comento foi alvo de críticas por autores de renome⁽¹²⁾, o mesmo ocorrendo com a teoria formulada a respeito⁽¹³⁾.

Apenas à guisa de ilustração quanto ao já exposto, transcreve-se passagem dos estudos feitos pelo autor acima nominado, nos quais há certa confusão quanto ao real alcance do que se pretendeu dizer com o termo “contrato-realidade”:

É este um dos mais novos princípios do Direito do Trabalho Formulou-o Plá Rodriguez, servindo-se para a sua construção de materiais como as considerações de Deveali quanto à prevalência da situação de fato sobre a ficção jurídica em todas as fases da relação de trabalho, a teoria do contrato-realidade de Mário [sic] de La Cueva e a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica (lifting of the corporate veil)

Mas, no início do estudo sobre o princípio da primazia da realidade, ao tratar do contrato-realidade, adverte o próprio AMERICO PLÁ

⁽¹¹⁾ “Mario de La Cueva sistematizou e adotou essa teoria até abandonar totalmente a concepção contratualista da relação de trabalho (omissis) Mas, paralelamente, foi-se usando princípio de Direito do Trabalho, da realidade sobre escritos e formas O próprio La Cueva de certo modo autorizou esta acepção secundária quando escreveu que “O contrato de trabalho é um contrato-realidade, pois existe nas condições reais de prestação dos serviços independentemente do que se houver pactuado entre o trabalhador e o patrão” SILVA, LUIZ DE PINHO PEDREIRA DA *Principiologia do direito do trabalho*, p 205-208

⁽¹²⁾ Evaristo de Moraes, citado por Amauri Mascaro Nascimento em sua obra intitulada *Curso de direito do trabalho história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*, p 279

⁽¹³⁾ GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson *Obra citada*, p 133-134, e DÉLIO MARANHÃO in SUSSEKIND, Arnaldo et alii *Instituições de direito do trabalho* p 234

RODRIGUEZ que “a rigor, essa expressão foi usada por De La Cueva com um sentido algo diferente, vinculado à concepção da relação de trabalho que expõe, se bem que também lhe atribua o significado que, no momento, estamos definindo”⁽¹⁴⁾. Prossegue o juslaboralista uruguaio asseverando que várias idéias afins e distintas resultam da teoria de MARIO DE LA CUEVA sobre o contrato-realidade⁽¹⁵⁾, o que explica, de certa forma, a confusão verificada na doutrina e na jurisprudência.

Interessante registrar, também, a conclusão formulada por ALFREDO J. RUPRECHT, na qual afirma que o princípio da realidade consiste na primazia desta sobre os fatos consignados, por escrito, no contrato e que, geralmente, é referido pela expressão formulada por MARIO DE LA CUEVA, qual seja, “contrato-realidade”⁽¹⁶⁾.

E, se na doutrina não são poucas as obras que trabalham equivocadamente a noção do contrato-realidade, a jurisprudência não deixa por menos, registrando-se as seguintes ementas:

VIGIA. COMPROVAÇÃO DA FUNÇÃO. *O contrato de trabalho é um contrato realidade; um dos princípios que informam o direito do trabalho é o da primazia da realidade, sobre quaisquer documentos, fórmulas ou ajustes, conforme ensinamento de Américo Plá Rodrigues. Convergindo todas as provas dos autos para o exercício da função de vigia, clara está a função exercida pelo autor, ainda que a CTPS contenha anotação de função diversa.*⁽¹⁷⁾

VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO RECONHECIMENTO. *Na análise acerca da existência ou não da relação de emprego, deve prevalecer sempre o contrato realidade, ou seja, a primazia da realidade sobre a forma, sendo que a força probante dos documentos não tem a mesma intensidade no*

⁽¹⁴⁾ RODRIGUEZ, Américo Plá *Princípios de direito do trabalho*, p 217

⁽¹⁵⁾ “A primeira é que para pretender a proteção do Direito do Trabalho não basta o contrato, mas requer-se a prestação efetiva da tarefa, a qual determina aquela proteção, ainda que o contrato seja nulo ou inexistente. Esta é a idéia básica encerrada na noção de relação de trabalho (omissis). Uma segunda idéia é a de que, em matéria trabalhista, há de primar sempre a verdade dos fatos sobre os acordos formais. Este segundo sentido fica especialmente manifesto na frase que considera “errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tenham pactuado, uma vez que se a estipulações consignadas não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor”.

⁽¹⁶⁾ RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios de direito do trabalho*, p 80-82

⁽¹⁷⁾ TRT-PR-RO 8 261/93 - Ac 1ª T 7 537/94 - Rel Juiz Iverson Manoel Pereira Rocha - DJPr 29/04/94

direito do trabalho, que se lhe empresta o direito comum, podendo ser a qualquer tempo desconstituída pela prova testemunhal desde que esta se apresente convincente o suficiente para afastar a validade dos documentos apresentados Assim, se a reclamante pautou seu pedido em ilegalidades com as quais ela própria concorreu de forma consciente, não há como se reconhecer o vínculo empregatício com a reclamada.⁽¹⁸⁾

Contudo, deve-se prestigiar a correta referência ao conteúdo da teoria formulada por MARIO DE LA CUEVA, tal como se deu no seguinte julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

VÍNCULO DE EMPREGO. CONTRATO DE FATO. *O contrato de trabalho, na feliz assertiva de Mário de La Cueva, é um contrato realidade, posto que sua existência é determinada pelas condições reais em que os serviços são prestados e não pelo acordo abstrato de vontades, sendo por isso irrelevante que as partes o tenham pactuado expressamente, basta que tenha existido a prestação de serviços, a subordinação e a onerosidade.*⁽¹⁹⁾

Enfim, há que se registrar que, como bem assinalou ALFREDO J. RUPRECHT⁽²⁰⁾, o autor mexicano alterou, de certa forma, seu posicionamento em obra intitulada *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, México, 1972, t I, p. 193, dizendo que, em verdade “*a relação de trabalho é uma realidade viva consistente no fato real da prestação de um trabalho pessoal subordinado, prestação diária que reafirma todos os dias a independência da relação com referência ao ato ou causa que lhe deu origem, Essa condição confirma, por sua vez, a primeira característica, porque a realidade da prestação de um trabalho não pode nem se destruir nem se prender por um distante acordo de vontades, pois a realidade não se nega por uma declaração*” E, acertadamente, o professor argentino arremata: “*Com esse conceito, a expressão contrato-realidade pode ser usada com base no princípio, embora seja mais correta e compreensiva a da primazia da realidade*”

6. UTILIDADE DA TEORIA DE MARIO DE LA CUEVA

Certo é que o direito do trabalho brasileiro presencia uma fase nada alvissareira, com fundadas desconfianças de que ocorram alterações

⁽¹⁸⁾ TRT-PR-RO 13 599/93 - Ac 2ª T 17 083/94 - Rel Juiz Luiz Fernando Zornig Filho - DJPr 29/09/94

⁽¹⁹⁾ TRI-PR-RO 16 172/94 - Ac 2ª T 22 155/95 - Rel Juiz Luiz Eduardo Gunther - DJPr 01/09/95

⁽²⁰⁾ RUPRECHT Alfredo J Obra citada, p 81

legislativas substanciais em nome do combate ao desemprego, mal maior deste final de milênio.

Pelo que se viu até o presente momento, o Governo errou na mira e na munição. Ao invés de fomentar o desenvolvimento econômico com base na política de pleno emprego e justiça social (valores também resguardados pela ordem constitucional), o que se tem notado é a precarização do núcleo do direito individual do trabalho: a relação individual de emprego.

Exemplos óbvios disto são o contrato de trabalho temporário e a tempo parcial instituídos pela Lei 9.601/98 e pela medida provisória 1.709/98 que, mesmo considerado o curto período de vigência destes diplomas legais, não surtiram os efeitos desejados. Inclusive, note-se que o prazo de redução das contribuições sociais previsto no artigo 2º da Lei 9.601/98 expira no mês de julho de 1999 e se, tido como certo por muitos que esta lei não “vingou”, por certo é que, a partir deste mês, a adoção do contrato “provisório” de trabalho será ainda menor.

Imperioso ressaltar que não se pretendeu discutir a crise econômica, mas os efeitos dela no âmbito do direito do trabalho, que são cada vez mais intensos. Também não se ignora que há preeminente necessidade de se assegurar o direito ao trabalho, mesmo que, para alguns, isto ocorra em detrimento ao direito do trabalho.

O problema que se põe é justamente repensar o direito do trabalho a partir de sua categoria fundamental: o contrato individual do trabalho. Ou melhor, a opção adotada em nosso ordenamento jurídico para regular um determinado tipo de trabalho⁽²¹⁾, sabendo que, os autores que elegem o contrato de trabalho como figura central do direito do trabalho, como MELGAR, reconhecem que nele não se esgota o conteúdo desta ciência especializada, pois *“decir que el contrato de trabajo es la figura fundamental del Derecho del Trabajo no significa que sea la única; a su lado existen, en efecto, una pluralidad de relaciones jurídicas que yo agruparía en tres grandes familias o categorías. las relaciones de participación, las relaciones*

(21) *“Es precisa la mediación de la técnica jurídica para que las puras categorías sociales se transmeten en categorías jurídicas Ese tránsito, auténtico proceso generador del Derecho del Trabajo, tiene lugar con la invención de una fundamental institución jurídica el contrato de trabajo, que presta forma jurídica a lo que hasta entonces era simple substancia social, apenas normada por el esbozo de legislación que suponían los preceptos de los Códigos civiles dedicados a la regulación del arrendamiento de servicios” ALFREDO MONTOYA MELGAR, in Derecho y trabajo, p 21*

de conflicto y las relaciones de tutela. Estos três grupos de relaciones atienden necesidad que el contrato de trabajo no puede solucionar por sí mismo”.

Por certo, o futuro nos reserva surpresas no campo da prestação de serviços. Hodiernamente, com um certo ar de perplexidão, os juslaboralistas já presenciaram formas de prestação de serviços (que não as tradicionais) semelhantes ao objeto tutelado pelo direito do trabalho, a relação de emprego.

Um a um, os elementos conceituais do contrato de trabalho - autonomia privada, atividade, onerosidade, não eventualidade, alteridade e subordinação - vão sucumbindo de acordo com o nascimento de novas e criativas modalidades contratuais de prestação de serviços⁽²²⁾, de modo que o movimento expansionista do direito do trabalho presenciado até a atualidade tende a cessar em breve.

Estaria, então, o direito individual do trabalho condenado a ter restringida sua esfera de atuação, ou melhor, limitada sua aplicação ao contrato de trabalho? Entende-se que justamente neste ponto que a teoria de DE LA CUEVA recobra forças para superar os obstáculos impostos pela necessidade de acompanhamento da ciência econômica pelo direito do trabalho.

Não se prega, evidentemente, o retorno à teoria anticontratuálista, em completa subversão ao próprio ordenamento jurídico pátrio, até porque são diversas as falhas desta corrente. Tão-somente, quer-se demonstrar que, naquelas hipóteses inovadoras, há a possibilidade e a necessidade de aplicação da teoria do contrato-realidade, porque haverá casos em que, além da ausência de alguns ou todos os requisitos necessários à configuração da relação de emprego, entre nós previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, sequer convergência de vontades haverá entre o prestador e o tomador de serviços, quanto mais liberdade contratual ou consentimento por parte daquele.

Nestes casos, então, o regramento contratual que predomina no direito do trabalho não se prestará a regular o conflito ainda existente entre o capital e o trabalho manifestado sob outra roupagem, a não ser que o intérprete da ciência laboral tenha em mente algumas das conclusões oferecidas por MARIO DE LA CUEVA na obra em comento:

⁽²²⁾ *Verbi gratia, a partilha de emprego, o contrato de trabalho com cláusula de intermitência e o próprio contrato “provisório” de trabalho*

“A relação individual de trabalho goza de plena autonomia frente aos contratos de direito civil, seja por estar regida por um estatuto autônomo, seja porque nenhuma das figuras civis é apta a explicá-la.

É preciso distinguir o contrato de trabalho, acordo de vontades para a produção de determinados efeitos jurídicos queridos pelas partes e a relação individual de trabalho, que é o conjunto de direitos e obrigações que derivam, para o trabalhador e o patrão, do simples fato da prestação de serviço

(omissis),

Em consequência, o aspecto essencial na vida das relações obreiro-patronais, é a relação de trabalho, ou seja, o fato mesmo da prestação de um serviço, o qual determina, por si só, a aplicação do direito do trabalho, qualquer tenha sido a vontade das partes

(omissis),

O contrato de trabalho, em sua acepção de relação de trabalho, é um contrato-realidade, pois existe nas condições reais de prestação dos serviços, independentemente do que pactuado entre o trabalhador e o patrão, com a limitação, que não está por demais fazer, de que essas condições não podem reduzir os privilégios contidos na lei ou nos contratos coletivos de trabalho”⁽²³⁾

Somente através da correta interpretação da teoria do contrato-realidade é que o aplicador do direito do trabalho poderá solucionar as presentes e futuras questões que envolvem uma nova tipologia da prestação de serviços.

Enfim, afigura-se imprescindível que o juslaboralista tenha em mente os ensinamentos e o ideal defendido por MARIO DE LA CUEVA, sob pena do direito do trabalho resumir-se ao contrato de emprego e render-se servilmente à uma concepção essencialmente patrimonialista da relação de trabalho, quedando inerte em acompanhar a dinamicidade do processo produtivo.

7. BIBLIOGRAFIA

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Elementos do Contrato Individual do Trabalho - Reflexões acerca da gênese civilista, caracteres,*

⁽²³⁾ DE LA CUEVA, Mario *Obra citada*, p 493-495

elementos essenciais e acidentais. Curitiba: Universidade Federal do Paraná. Biblioteca do Setor de Ciências Jurídicas, 1997.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 3ª ed. México D. F.: Editorial Porrúa S.A., 1949.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal*. In: Revista LTr, São Paulo: LTr, 1997 - ano 61, n. 5.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho y trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

MOREIRA, Vital. *A ordem econômica do capitalismo*. 3ª ed. Coimbra: Centelha, 1973.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 9ª ed. atual. São Paulo: Saraiva.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios de direito do trabalho*. Tradução de Edilson Alkmín Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 205-208, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo et alii. *Instituições de direito do trabalho*. 16ª ed. atual. São Paulo: LTr, 1996.