

Direitos Autorais
Brasil: Fapesp

Direitos de Quilombos de Cordeiros
José Maria Dias

Apresentação - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Imprecisão

Direitos de Quilombos
José Maria Dias

Apresentação - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Imprecisão - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Imprecisão - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Direitos de Quilombos
José Maria Dias

Apresentação - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Imprecisão - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Direitos de Quilombos

Imprecisão - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Apresentação - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Imprecisão - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Direitos de Quilombos

Imprecisão - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Apresentação - *Exatidão e Imprecisão* - Fapesp, Fapesp, Fapesp e Imprecisão Fapesp

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Catálogo Brasileiro do Livro, SP, Brasil)

Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. Gustavo Tepedino coordenador. - 1. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Outros coordenadores: Luiz Philippe Vieira de Mello Ana Frazão
Gabriela Neves Delgado

Valores autorais:
ISBN 978-85-201-4703-4

1. Contratos de trabalho. 2. Direito civil. 3. Direito civil - Brasil. 4. Direito do trabalho. 5. Direito do trabalho - Brasil. 6. Relações de trabalho. I. Tepedino, Gustavo. II. Mello, Luiz Philippe Vieira de Mello. III. Frazão, Ana. IV. Delgado, Gabriela Neves.

13.02370

CDU: 34.331

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito do trabalho 34.331

GUSTAVO TEPEDINO
LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO
ANA FRAZÃO
GABRIELA NEVES DELGADO
Coordenação

DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CIVIL

Ana Carolina Brochado Teixeira • Ana Frazão • Anderson Schreiber • Augusto César Leite de Carvalho • Bruno Lewicki • Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho • Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk • Carlos Nelson Konder • Christiani Marques • Cláudio Brandão • Edilton Meireles • Ellen Mara Ferraz Hazan • Fabiana Rodrigues Barletta • Fábio Túlio Barroso • Flávio Tartuce • Gabriela Neves Delgado • Gisela Sampaio da Cruz Guedes • Helder Santos Amorim • Heloisa Carpena • Ipojuca Demétrius Vecchi • José Afonso Dallegre Neto • José Francisco Siqueira Neto • Lorena Vasconcelos Porto • Luiz Edson Fachin • Luiz Philippe Vieira de Mello Filho • Magda Barros Biavacchi • Marcelo Junqueira Calixto • Marcos Alberto Rocha Gonçalves • Mauricio Godinho Delgado • Melina Girardi Fachin • Milena Donato Oliva • Norma Sueli Padilha • Pablo Rentería • Paula Greco Bandeira • Priscila Mathias de Moraes Fichtner • Renata Queiroz Dutra • Ricardo José Macêdo de Brito Pereira • Wesley de Oliveira Louzada Bernardo

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**

CONTRATOS COLIGADOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

CARLOS NELSON KONDER

Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ e da PUC-Rio. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália).

RESUMO: O artigo defende que a análise dos contratos deve ser pautada por um método que priorize a perspectiva funcional. Isso permite reprimir diversos expedientes abusivos e conferir uma eficácia mais adequada ao contexto social no qual o contrato se insere. Corolário dessa análise é o reconhecimento de efeitos jurídicos à coligação entre diversos contratos, em especial nas relações trabalhistas, em vista de sua função social.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato - Funcionalização - Função social - Qualificação - Coligação.

Abstract: This paper argues that the analysis of contracts should be guided by a method that prioritizes the functional perspective, allowing not only inhibiting various abusive strategies, but also assigning more appropriate effects in regard of its social context. A consequence of this analysis is the recognition of legal effects to linked contracts, especially in labor relations, in view of its social function.

Keywords: Contract - Function - Social function - Qualification - Linked contracts.

SUMÁRIO: 1. Apresentação do problema - 2. Funcionalização dos institutos jurídicos e o primado da realidade: métodos e escolhas - 3. Merecimento de tutela do contrato, abusividade e fraude à lei - 4. O papel da causa-função na qualificação dos contratos e a superação da subsunção - 5. O reconhecimento da coligação contratual em decorrência de um processo de qualificação funcionalizado - 6. Exemplo paradigmático: contratos coligados na relação entre clubes e atletas desportivos.

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

A evolução da vivência cotidiana, a complexificação dos vínculos sociais e o desenvolvimento das relações privadas ensejam, paulatinamente, novas estruturas

contratuais. Os modelos jurídicos consolidados e reconhecidos são insuficientes para a satisfação dos novos e cada vez mais peculiares interesses das partes, que assim recorrem a construções inéditas para alcançar seus objetivos.

Trata-se do que Tullio Ascarelli refere como reação à inércia jurídica, que dá origem a um movimento de "adaptação de velhos institutos a novas funções".¹ O ordenamento não prevê as partes com uma estrutura idônea a satisfazer seus interesses, então elas são obrigadas a recorrer a outras estruturas para buscar a função devida e desejada.

Por vezes, essa rica e criativa produção e bem-vinda e deve ser acolhida como parte natural da abertura e mobilidade do sistema jurídico.² Em outras situações, contudo, as construções são mecanismos para burlar a aplicação de normas imperativas, subterfúgos e artíficios para alcançar resultados que a lei visa evitar. É necessário, portanto, voltar os olhos para os meios e métodos adequados para avaliar tais mecanismos.

Um expediente que é utilizado de forma recorrente nessa linha é utilizar mais de um contrato para alcançar uma mesma função. Por vezes referidos como contratos conexos, coligação contratual ou grupo de contratos, essa técnica e objeto de análise por doutrina e jurisprudência ainda incipientes, e merece exame mais detalhado, haja vista especialmente sua repercussão também nas relações trabalhistas.

2. FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS E O PRIMADO DA REALIDADE: MÉTODOS E ESCOLAS

O jurista e filósofo Norberto Bobbio destacou que uma das características fundamentais do positivismo jurídico era o fato de o jurista priorizar a análise dos institutos, isto é, ao dedicar-se ao estudo de um dado fenômeno normativo, dar mais atenção à composição de seus elementos. O autor italiano destacou que isso era uma forma de "salvaguardar a pesquisa teórica contra a infiltração de juízos de

valores e de evitar a confusão entre direito positivo, o único objeto possível de uma teoria científica do direito, e o direito ideal".³

Hoje se reconhece que a atividade do jurista jamais será neutra, pois a interpretação dos enunciados normativos sempre envolve valores. O próprio direito é construção cultural, social e historicamente determinada, e, portanto, dotada de um viés axiológico e teleológico, orientada por finalidades e por valores. Sob essa outra perspectiva, defende-se que o perfil a ser priorizado no estudo de um instituto jurídico é o funcional, identificar a finalidade em razão da qual o ordenamento prevê aquela figura, compreender que papel ele desempenha no ordenamento e na sociedade, enfim, passar do estudo de "como ele é" para o "para que ele serve".⁴

Isso significa, também, afastar-se de um método interpretativo que se vincula somente à construção teórica, à coerência científica, à pureza da doutrina, e aproximar-se de uma metodologia mais atenta ao impacto social da decisão, à sua atuação na realidade concreta, às suas repercussões sobre o contexto fático.

Trata-se de superar os últimos resquícios do modelo mais clássico – e possivelmente mais extremo – de busca de uma pureza conceitual, que foi a chamada "jurisprudência dos conceitos", ou "Pandectística". Marco histórico influente sobre as teorias contemporâneas do direito civil a Pandectística tem origem no contexto da Alemanha do século XIX, em que a falta de unidade política inviabilizava a construção de uma legislação codificada, nos moldes do Code des Français, o que conduziu a doutrina a centrar seus esforços sobre o tratamento formal dos conceitos clássicos e a descrição neutra dos princípios.⁵ Nesse modelo, em que o processo de reflexão e construção do direito se realiza a partir de operações lógicas e imutáveis, de silogismos automáticos e estereis, buscava-se a construção de uma doutrina neutra, cientificamente adequada independente do contexto social a que se lhe aplicasse, no que já foi descrito como "a definitiva alienação da ciência jurídica em

1. ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1969. p. 91.

2. Na definição pioneira de Claus-Wilhelm Canaris, "entende-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e modificabilidade do sistema", colocada como incompletude e provisoriedade do conhecimento científico e modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Princípios sistematizados e comentários de sistemas na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 104 e ss.).

3. BOBBIO, Norberto. Verso una teoria funzionalistica del diritto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 65.

4. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 94.

5. HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998. p. 186. Como descreve Karl Larenz, "o 'sistema' significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza e facilidade de domínio de uma certa matéria; significa "a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da racionalidade" intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade" (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 21).

face da realidade social, política e moral do direito".⁸ Considera-se que o auge dessa tendência se encontra no normativismo keiseriano.⁹

Esse modelo quase matemático de como o jurista atua, em sua versão mais extrema e exemplificativa, sofreu severas críticas. Sem descuidar a importância da coerência teórica para garantir a cientificidade do direito, a atividade interpretativa não pode abrir mão da perspectiva de que se destina a atuar na realidade social, sob pena de o rigor científico, que deve guiar a análise conceitual, degenerar no puro gosto pela classificação, sem função e alienada da realidade.¹⁰ Nas palavras de Pietro Perlingieri, a jurisprudência dos conceitos "relega a praxe da reflexão, considerando-a um acidente e privilegiando a norma como objeto da interpretação" e "ficam assim garantidas a unidade e a coerência do sistema, mas com a perda do contato com o dinamismo social externo, com a dimensão diacrônica do direito".¹¹

De fato, esse esforço obsessivo pela depuração dos conceitos e institutos nunca será capaz de afastar o direito da realidade concreta de que é produto e assim jamais atinge a pureza teórica pretendida. Ao contrário, desmascarada essa insustentável mistificação de uma pureza teórica, o movimento numo a uma suposta neutralidade revela-se apenas como uma forma de ocultar as escolhas ideológicas por trás da atividade do intérprete. Os conceitos abstratos persistem a carregar em sua estrutura, de forma implícita, os valores que estão por trás de sua construção, e que se revelam quando se analisa o impacto da decisão na realidade social.¹²

6. A frase é atribuída a Franz Wieacker por Karl Larenz (*Metodologia da ciência...*, cit., p. 29). No entanto, vale destacar que embora Wieacker afirme que, por conta da Pandectística, "a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele caráter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do jusnaturalismo moderno", destaca também que "os seus conceitos fundamentais se fundaram numa ética autônoma do dever e da liberdade tal como correspondia a consciência ética da maior parte dos seus contemporâneos" (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 13 e 504, respectivamente).
7. Ironicamente, afirma Karl Larenz, "assim como a jurisprudência dos interesses e da utilidade como teoria, mas foi de grande utilidade prática, assim a teoria pura do direito atingiu um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático seus resultados são escassos" (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência...*, cit., p. 92).
8. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, 5.ª ed. Napoli: ESI, 2005, p. 92-93.
9. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94.
10. Como explica Eros Roberto Grau, "a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84).

Não se trata, contudo, de cair no extremo oposto. Não se pode, a partir da constatação da inviabilidade de neutralidade, abrir mão do compromisso com a teoria e a interpretação do direito. É também falacioso o chamado "realismo sociológico", que em nome de desligar-se de construções abstratas oriundas das classes dominantes para dirigir-se a um direito espontaneamente construído pela sociedade na sua verdadeira vivência cotidiana como grupo. A dissolução das garantias oferecidas pelo ordenamento numa suposta realidade social arrisca entregar-se à lei do mais forte, que pode normalmente traduzir essa suposta autorregulação espontânea do corpo social, ou ainda, lembrando a premissa de que toda atividade interpretativa é marcada por valores, deve-se reconhecer que o próprio processo de "escolha" do que sejam essas normas espontaneamente sociais não é ideologicamente menos tendencioso do que aquele que se pauta nas normas institucionalizadas formalmente. Esquece-se que as garantias formais são conquistas históricas que encontram fundamento da legalidade e na democracia.¹³

Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que o direito é um sistema e, portanto, demanda para seu funcionamento coerência e harmonia entre seus diversos elementos, mas o sistema do direito não é fechado, ou axiomático, pautado pela lógica formal e pela neutralidade dos enunciados, como se pretendera sob uma perspectiva hermética e autorreferenciada, de matriz positivista. Trata-se de um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento do conhecimento científico e, principalmente, da modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica.¹⁴ Por conta disso, o sistema permite – *rectius*, exige – a sua constante renovação através da produção de elementos extratidos da realidade social.¹⁵

Nesse sentido, há muito a prevalência da substância sobre a forma, viabilizando a renovação do instrumental teórico pela vida prática e a avaliação da decisão mais justa por meio não apenas da mediação dos conceitos, mas principalmente da apreensão da realidade fática, vem ocorrendo no âmbito das relações trabalhistas.

11. "Uma coisa é verificar que o jurista, na tentativa de interpretação objetiva da norma, não pode se subtrair do condicionamento histórico-ideológico, outra coisa é querer exasperar esse condicionamento no processo hermenêutico, de maneira a recusar a interpretação do dado normativo e propor que seja justamente essa bagagem cultural, histórico-ideológica, a constituir garantia de justiça" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...*, cit., p. 100).
12. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...*, cit., p. 104 e ss.
13. "Com efeito, sustentar a abertura do sistema jurídico significa admitir mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas; significa, por outras palavras, admitir que o direito, como dado cultural, não se traduz num sistema de autorreferência absoluta" (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 162-163).

tas através da referência ao chamado "primado da realidade". Trata-se, no mais das vezes, de prescindir da avaliação do contrato como acordo de vontades formal, conceitual e abstrato para identificar o contrato como relação jurídica real, concreta e reconstituída como atividade dinâmica: "são privilegiados, portanto, os fatos, a realidade, sobre a forma ou a estrutura empregada".¹⁴ Neste sentido, destaca-se:

"Resalte-se que o contrato de trabalho é contrato-realidade e configura-se independentemente da vontade das partes. Em face do princípio da primazia da realidade, a intenção inicial das partes não se reveste de força vinculativa para a determinação da natureza jurídica da relação estabelecida. Ainda que recusem as posições de empregado e empregador, estarão ligadas por contrato de trabalho, uma vez verificados os requisitos legais. É o primado da realidade sobre a forma que determina o reconhecimento do vínculo empregatício uma vez configurados todos os seus elementos constantes do art. 3.º da CLT."¹⁵

3. MERECIMENTO DE TUTELA DO CONTRATO, ABUSIVIDADE E FRAUDE À LEI

A aferição para a perspectiva funcional reflete diretamente sobre a análise dos contratos. O contrato – antes uma finalidade em si, protegida apenas formalmente como espaço da autonomia individual – passa a ser ele também um instrumento de realização do projeto constitucional.¹⁶ Funcionalizado, ele passa a ser tutelado quando servir à realização daqueles preceitos normativos fundamentais. Quando, contudo, desviado dessa função, não recebera a tutela do ordenamento. O contrato é concretizado e reinserido no contexto de que se origina, em oposição à sua apreensão apenas conceitual e abstrata.

Deixa de ser suficiente a mera análise estrutural da licitude do objeto do contrato, passando-se à avaliação de "merecimento de tutela" (*meritvoltezza*) do contrato, isto é, decidir se, diante de seu cotejo com o ordenamento jurídico, o contrato pode ou não produzir efeitos jurídicos.

14. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 99.
15. TST. RR 13400-12.2009.5.04.0202, 8.ª T., j. 09.05.2012, rel. Min. Dora Maria da Costa. DEJT 11.05.2012.
16. Como afirma Teresa Negretros: "(...) a reflexão acerca do contrato passou a abranger novos temas: justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, proteção ao meio ambiente. Trata-se de valores, princípios e tarefas constitucionalmente impostos, em relação aos quais o direito dos contratos não é – não deve ser – indiferente. Hoje, impõe-se reconhecer que a disciplina contratual não está à parte do projeto de sociedade livre, justa e solidária idealizado pela ordem constitucional em vigor no país" (NEGRETIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 492).

De fato, diante das exigências de que o contrato não apenas possua um objeto lícito, mas também atenda a uma série de imperativos principiológicos, tais como a boa-fé, a função social, o equilíbrio econômico e a dignidade da pessoa humana, impõe-se constantemente um controle da liberdade contratual que não se dê apenas em termos de licitude, mas também de abusividade, isto é, não se pautar apenas pela estrutura do negócio, mas leve em conta sua função.¹⁷

Nesse sentido, a expansão do controle de merecimento de tutela para além da avaliação de licitude do objeto vem amparada pela referência a cláusulas abusivas ou leoninas, aplicação direta e imediata de princípios, abuso do direito e fraude à lei. A fraude à lei é expressamente colhida pelo art. 9.º da CLT¹⁸ e, atualmente, pelo art. 166, VI, do CC,¹⁹ ambos cominando a sanção de nulidade do negócio fraudulento.

Hipótese recorrente nessa esfera consistente exatamente na utilização do tradicional mecanismo de diversificar contratos para evitar a incidência da norma imperativa, seja através da terceirização, da contratação de cooperativas ou pela constituição de pessoa jurídica.²⁰ O que na realidade constitui uma única relação jurídica, diversifica-se em dois vínculos formais, supostamente autônomos e com partes distintas.²¹

4. O PAPEL DA CAUSA-FUNÇÃO NA QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS E A SUPERACÇÃO DA SUBSUNÇÃO

A qualificação funcional dos contratos, isto é, o ato de verificar se o contrato está de acordo com o ordenamento como um todo, apto a produzir efeitos – e de

17. Como explica Pietro Perlingieri: "Não basta que o ato seja lícito, mas é necessário que ele, mesmo quando típico, seja merecedor de tutela naquele contexto particular (em consideração daqueles sujeitos, daquele momento, daquela cláusula acrescida etc.). As particularidades e, portanto, as diversidades, podem ter incidido sobre a função e o interesse contratual, de modo a tornar indispensável o controle de valor por parte do juiz" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...* cit., p. 370).
18. "Art. 9.º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação."
19. "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa."
20. Por exemplo, TST, AIRR – 13241-53.2005.5.03.000, 8.ª T., j. 05.05.2010, rel. Min. Márcio Euzébio de Faria. DEJT 07.05.2010.
21. Na definição de Rodrigo de Lacerda Carelli: "Fraude na relação de emprego (...) é justamente a utilização de artifícios ou contratos vários que tentam mascarar uma relação empregatícia existente na vida real" (As Fraudes na Relação de Emprego. Banco de artigos do CEDES. Disponível em: www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/cidadania/trabalho/fraude.pdf. Acesso em: 28.04.2012).

determinar que efeitos ele deve produzir – costuma ser pausada em ordenamentos estrangeiros pela chamada “causa do contrato”, entendida genericamente como a função objetiva, a razão justificadora ou a finalidade prática que o contrato perseguir.²² Leva-se em conta a função que em concreto o contrato visa desempenhar, isto é, “a função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes detram à operação negociada na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação”.²³

A apreciação das peculiaridades do regulamento de interesses em exame, sob uma perspectiva unitária e funcional, é condizente com a constitucionalização do processo de qualificação contratual, na medida em que determina a busca da normativa mais adequada à realização dos preceitos constitucionais diante das peculiaridades do caso concreto em exame.²⁴ Isso porque, como destaca Perlingieri, “identificar a função não é o mesmo que descrever os efeitos do fato, investigando-os desordenadamente, mas sim aprender o seu significado normativo”.²⁵

Essas transformações metodológicas no tocante à qualificação dos contratos, pautando-se por sua função em concreto para determinar a normativa que lhe é aplicável, têm o mérito de reconhecer a liberdade argumentativa do intérprete, afastando a ideia de que o procedimento de qualificação possa ser concebido como mecânico, subsuntivo. Na lição de Gustavo Tepedino:

“A subsunção parte de duas premissas equivocadas: (i) a separação do mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos, no qual aquelas devem incidir; (ii) a separação entre o momento da interpretação da norma abstrata (premissa maior) e o momento da aplicação ao suporte fático concreto (premissa menor). Como consequência, admite-se que, em tese e de antemão (em relação ao momento da incidência da norma), haveria valorações legítimas efetuadas pelo legislador em normas de conduta às quais deve se moldar, em abstrato, a sociedade.”

Com tal raciocínio: (i) reduz-se a aplicação do direito (*rectius*, a atividade do Magistrado) a procedimento mecânico, especialmente se a etapa anterior – interpretação – concluir que a regra é clara, subtraindo do intérprete o poder-dever de utilização dos princípios e valores constitucionais no exame de cada preceito

22. KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 43, p. 33-75. Rio de Janeiro, 2010.

23. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale...* cit., 370. No âmbito das relações trabalhistas, v. PALERMO, Antonio. Causa del contratto e funzione dei rapporti di lavoro. *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*. Napoli: Jovene, 1972. p. 693-733.

24. KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Forense*, vol. 406, p. 55-86. Rio de Janeiro: 2010.

25. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...* cit., p. 642.

normativo a ser aplicado (no vetusto brocardo latino, *in claris non fit interpretatio*). (ii) a norma infraconstitucional se torna a protagonista principal do processo interpretativo, mediadora entre os princípios – por vezes de pouca clareza analítica – e o suporte fático no qual incide. A tarefa do intérprete acaba sendo a de adequar o conteúdo principiológico extraído de determinado princípio à regra, que será considerada legítima desde que não viole, escancarada e aciniosamente, o Texto Constitucional, esgotadas todas as possibilidades hermenêuticas.”²⁶

Isso repercute na mitigação da dicotomia entre contratos típicos e atípicos, singulares e plurais, principais e acessórios, já que os modelos regulamentares deixam de funcionar como “pacotes fechados”, cujas normas ou se aplicam em conjunto ou não se aplicam. Em lugar de se forçar o contrato concreto para dentro de um dos modelos teóricos, passa-se a procurar em todo o ordenamento, concebido como um sistema, o conjunto de normas mais adequado à função concreta que o contrato desempenha. Como destaca Pietro Perlingieri:

“Em outras palavras, primeiro se deve realizar uma análise meticulosa do caso concreto (método casuístico); depois, em vez de subsumi-lo na *fatispecie* abstrata, ou em um tipo segundo o ordenamento referido, se individuala, no seu âmbito, a complexa normativa a ser aplicada, em modo que resulte mais razoável e adequada. (...) Trata-se de um preciso procedimento: somente com a consideração da *fatispecie* concreta em todas as suas particularidades – diferentemente da adoção do método da subsunção e da recondução, com o qual se acaba por cometer violência ao caso concreto na tentativa de inseri-lo a todo custo no esquema típico (ainda quando aquele esquema “lhe está apertado”, como um vestido confeccionado em série) – se está em condição de colher no sistema como um todo, com a devida sensibilidade hermenêutica, as regras e princípios mais adequados.”²⁷

5. O RECONHECIMENTO DA COLIGAÇÃO CONTRATUAL EM DECORRÊNCIA DE UM PROCESSO DE QUALIFICAÇÃO FUNCIONALIZADO

A metodologia de qualificação dos contratos também repercute no tocante à coligação contratual. A perspectiva tradicional da mera verificação dos elementos essenciais para a qualificação limita-se à análise singularizada do contrato. No entanto, a realidade contemporânea revela frequentemente contratos cujo significado normativo só pode ser completamente compreendido se analisado nas relações que

26. TEPEDINO, Gustavo. O caso da subsunção. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 34, p. iii-iv. Rio de Janeiro, abr.-jun. 2008.

27. PERLINGIERI, Pietro. Tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto del contratto persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003. p. 397-398.

de estabelece com outros contratos, hipótese genericamente referida por conexão contratual.

Um método que não leve em conta a importância da vinculação com outros contratos para a qualificação de cada um poderá obstaculizar a proteção a direitos das partes envolvidas, pois, como observado, somente verificando os efeitos efetivamente perseguidos pelo contrato no seu atuar concreto é que se pode assegurar sua compatibilidade com os preceitos gerais do ordenamento. Para tanto, é necessário adotar uma perspectiva funcional, de forma a verificar a existência de índices de conexão entre os contratos, que façam com que eles persigam juntos uma função ulterior além da função específica de cada um.²⁸

A heterogeneidade do fenômeno, contudo, não permite uma abordagem unitária. De fato, nesse meio há situações muito diversas do ponto de vista do direito. Por exemplo, há conexões estritamente empresariais (com cadeias societárias, entre *holdings* e subsidiárias, operações de transferência de controle ou aporte de recursos para projetos, hipóteses de terceirização) e conexões de consumo (contratos de *leasing*, cartão de crédito, crédito ao consumo, *leasing*, *time-sharing*). O tratamento normativo de tais conexões deve ser diferenciado, em atendimento aos princípios envolvidos: no exemplo, em oposição à paridade normalmente existente entre empresários, nas conexões de consumo prevalece a imposição de tutela especial para o consumidor.

Ainda mais controversa é a hipótese de coligação contratual com diversidade de partes, quando os dois contratos vinculados entre si não foram celebrados pelas mesmas partes, como no crédito ao consumo em que a instituição bancária que financia a aquisição não é parte do contrato de compra e venda do bem. Surge aqui a figura do "contratante-terceiro", "simples parte" ou "parte por equiparação". Justifica-se que ela sofra as consequências da ineficácia de um contrato do qual não foi parte, quando não há qualquer problema estrutural no contrato que ela celebrou?

Assim como na coligação entre contratos com as mesmas partes, a aferição da coligação e do impacto da ineficácia de um contrato sobre outro depende da verificação da vinculação funcional entre eles, em concreto. No entanto, é importante destacar que em princípio não há obstáculo à coligação entre contratos com partes distintas, especialmente diante da mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato promovida pela relevância jurídica da sua função social.²⁹ A

28. Nesta perspectiva: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181. Para uma outra perspectiva do tema, v. o minucioso estudo de: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

29. Para um minucioso exame deste princípio, v. MULHOLLAND, Catilin Sampaio. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.).

diversidade de partes dificulta a prova da vinculação funcional entre os contratos, mas não a inviabiliza.

Dentro da grande heterogeneidade do fenômeno da conexão entre contratos – que pode envolver dois ou mais contratos, as mesmas partes ou partes diversas, estruturas lineares ou triangulares – observa-se um aspecto comum a todas suas facetas: a insuficiência da tradicional análise puramente estrutural dos negócios, presa ao modelo do contrato singularizado, colocando o desafio de como lidar, de forma valorativamente adequada, com as implicações jurídicas das vinculações fáticas existentes entre os negócios jurídicos.

6. EXEMPLO PARADIGMÁTICO: CONTRATOS COLIGADOS NA RELAÇÃO ENTRE CLUBES E ATLETAS DESPORTIVOS

Um modelo de relação jurídica que tem despertado a atenção não apenas pelas vultosas somas de dinheiro envolvidas, mas também pelas peculiaridades jurídicas que revela, é o vínculo estabelecido entre clubes e atletas desportivos. Em que pese a grande controversia acerca da natureza desse vínculo, reconhece-se nele a utilização de diversas estruturas formais para conseguir alcançar, as consideráveis remunerações pretendidas com o menor sacrifício às partes envolvidas.³⁰

Nessa seara, encontramos um exemplo ilustrativo das pontencialidades do reconhecimento da coligação contratual nas relações trabalhistas. No exemplo selecionado, julgado pelo STJ, trata-se de hipótese em que a repercussão envolvida na coligação contratual dizia respeito à determinação de competência.³¹

Luis Mário Miranda da Silva fora contratado pelo Sport Club Corinthians Paulista para exercer a função de atleta profissional de futebol por prazo determinado: de 12.07.1999 a 11.07.2001, posteriormente prorrogado por termo aditivo contratual para 22.01.2002. Na mesma data em que firmou com o clube o contrato de trabalho, celebraram também contrato de cessão de direito de uso de imagem, voz,

Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 255-280.

30. Sobre o tema, v. SOARES, Jorge Migueu Acosta. *Direito de imagem e direito de arena no contrato de trabalho do atleta profissional*. São Paulo: Ed. LTr, 2008. V. ainda, o rico julgado do TRT-2.^a Reg. Processo 01197.2008.034.02.00-6, 1.^a T., rel. Wilson Fernandes.

Em que o relator explica: "Incontestável que a exploração econômica da imagem proporciona lucros vultosos, tanto ao titular quanto ao clube; aquele se beneficia financeiramente e aumenta seu grau de popularidade e fama e este, obviamente, auferindo importâncias consideráveis, valoriza os preços das vendas de transmissões e de direitos de publicidade. Não se pode ignorar, também, que ambas as partes escapam dos altos encargos tributários".

31. STJ, CC 34504, 2.^a Seção, j. 12.03.2003, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ o acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 16.06.2003 p. 256, RDDP 5/211 e RDR 27/252.

... e apêndices dependentes, esse com termo pretermo para 11/07/2003. Durante o ano de 2001, o atleta foi empregado ao Corthiano Futebol Porto Alegre, cuja multa contratual ao Corthiano, onde permaneceu até o fim do contrato de trabalho.

Frente esse, Luis Marro agitou ação declaratória trabalhista contra o Corthiano, pleiteando humanamente a tutela antecipada para que fosse declarado o fim de um contrato e a consequente liberdade para transferir-se para outro clube - no caso, o Corthiano, com quem firmara contrato em seguida à decisão judicial. Embora negada em primeira instância, o atleta conseguiu a liminar por meio de mandado de segurança interposto junto ao TRT/SP. Mas depois desse despacho e de firmado o contrato com o Corthiano o Corthiano agitou ação cautelar junto a J. Vara (1ª) vel do juízo para anular alegando que, com base no ainda vigente contrato de cessão de direitos de imagem, era devido sobre o jogador que o impediam de exercer sua atividade profissional por outra apresentação desportiva. A liminar foi concedida pelo juízo civil em 08/07/2002 para impedir Luis Marro de jogar pelo Corthiano tendo em vista a impossibilidade de separar seu trabalho como atleta, cuja presença não traz em si sua exposição pública, da exposição de sua imagem como homem. Luis Marro suscitou conflito de competência entre a justiça trabalhista e a comum. Diante das medidas de urgência tomadas pela relatoria do conflito, o Corthiano interpeleu a govern de instrumento no qual contestou a alegação do suscitante de que todas as obrigações tidas e assumidas no contrato de cessão de uso de imagem seriam obrigações trabalhistas que, a rigor, sequer necessitariam de expressa previsão em contrato autônomo, com base no fato de que o referido contrato transcendia o mero direito de arena, e afirmou a devolução dos contratos de direito de imagem e de trabalho, exemplificada pelo prazo de duração do primeiro bem mais longo do que o estabelecido no segundo.

Para a relatoria do caso no STJ, Min. Nancy Andrighi de fato o contrato de cessão de uso de imagem excedia o direito de arena não se tratando de obrigação trabalhista. Destacou que a vinculação estratêgica entre os dois jogadores para uma única de contrato, coligados por dependência unilateral, mas sua não implicaria cumulação de competências absolutas, sujeitas a jurisdição civil para a cada um permaneciam apherveis as regras que lhes seriam aplicadas, desde que com base nas disposições do contrato de cessão de imagem este só para o interesse enquanto o desportista jogar pelo clube, ainda, ao contratar com o outro clube o jogador teria reconhecido unilateralmente (e culposamente) o contrato. Em razão disso, a Ministra considerou cabível a medida liminar civil para anular o contrato de cessão de direito de imagem e não conheceu do conflito de competência, no que foi inicialmente acompanhada pelos Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Cesar Asfor Rocha.

Outra foi a posição, entretanto, do Min. Ruy Rosado de Aguiar. Em seu voto, ele destacou que a celebração de dois contratos é um mecanismo também de pagar a

reanunciação do jogador sem os encargos da Previdência, os impostos e outras indenizações. Na operação como um todo prevalece o caráter de vínculo de trabalho. Portanto, na ligação entre os dois negócios, o contrato de trabalho é o principal e o contrato de cessão de imagem é acessório, o qual, nas suas palavras, "se pode funcionar e ser interpretado em função do principal". Atribuiu a competência, portanto, ao juízo trabalhista, no que foi acompanhado pelos ministros Ari Paschoarelli (art. 1º do art. 109 do CF), Celso de Figueiredo Pezello, Carlos Velloso, Antônio de Pádua Ribeiro. Prevaleceu essa posição, portanto, por maioria.

O caso serve a demonstrar a importância da perspectiva funcional na qualificação dos contratos, reconhecendo na coligação entre contratos uma interdependência de efeitos que impõe a consideração da pluralidade de estruturas como um todo único, evitando assim expedientes fraudulentos e abusivos e primando pela aplicação das principais adequadas a realidade concreta do caso.