# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

**LUCIANA DE ABOIM MACHADO**

**VALENA JACOB CHAVES**

**SILVIA GABRIELE CORREA TAVARES**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Luciana de Aboim Machado; Valena Jacob Chaves Mesquita; Silvia Gabriele Correa Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-836-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

## Apresentação

Questionar sobre o futuro do trabalho é algo inerente às relações de trabalho e, por consequência, ao próprio Direito do Trabalho, em razão da grande dinâmica envolvida em todas as questões sociais. A sensação de quem vive o presente é a de que a vida, agora, apresenta caminhos tortuosos e que não temos respostas prontas e fáceis a todos os problemas sociais que se apresentam. Porém, tal sensação não é de exclusividade do presente, uma vez que sempre se repetiu ao longo da História. Sociedades são, naturalmente, eivadas por conflitos e isto não seria diferente quando tratamos de relações altamente complexas e dinâmicas como as de trabalho tem a capacidade de ser.

O Grupo de Trabalho "Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I", ocorrido no dia 14 de novembro de 2019, no XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, não fugiu a explicitar essas questões. Os interessantes artigos, por mais diversos que fossem em temáticas, demonstravam, em suma, uma clara preocupação com o nosso futuro enquanto sociedade que depende do Trabalho e com as recentes reformas na normatização trabalhista brasileira.

Esta XXVIII edição do CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI foi sediada em Belém, Estado do Pará, e uma dentre as tantas peculiaridades sensíveis à Região Norte foi destacada pelos artigos que tratam do Trabalho Escravo Contemporâneo. Discutiu-se o cenário da exploração desta forma perversa de trabalho e sobre as maneiras que Estado e sociedade tem encontrado – e, muitas vezes, falhado – para combatê-la. Concluiu-se, inclusive, que as condições de vida de trabalhadoras e trabalhadores, no Brasil de hoje, são muito piores do que as daqueles institucionalmente escravizados até 1888: estes, à época, eram tratados com maior cuidado, não pela condição de serem humanos, mas porque eram considerados mercadorias com valor econômico. Hoje, como destaca diversos artigos, há trabalhadores submetidos ao labor em condições análogas a de escravo e sendo considerado descartável no mundo. Outro assunto também muito relevante à Região Norte é o de Migrações. Ficou destacada a fragilidade e a vulnerabilidade da pessoa migrante, em especial as que migram de forma clandestina. Estas são especialmente exploradas pelo mercado em função de sua situação de necessidade, dentro de um território que não lhes acolheu formalmente.

Além disso, a maioria dos artigos desta seção tratam de um tema muito valioso para todo o território brasileiro: o Meio Ambiente do Trabalho. O Brasil figura nas maiores colocações

dentre os países em que mais se há ocorrências de acidentes e doenças do trabalho e apenas este fato já torna este estudo muito importante. A discussão sobre os parâmetros para cálculos de danos extrapatrimoniais, criados pela Lei 13.467/2017, foi debatida para destacar a inconstitucionalidade do conteúdo desta norma, uma vez que cria condições de desigualdade entre trabalhadores que tenham sofrido ofensas extrapatrimoniais ou morais. Também na perspectiva do Meio Ambiente do Trabalho, discutiu-se o direito à desconexão e o direito à realização do projeto de vida dos trabalhadores, lembrando-nos a importância de, um dia, ter havido a primeira limitação de jornada e o porquê disto: trabalhadores são pessoas humanas e não objetos que podem ser controlados quando vinculados a um contrato de trabalho. São, portanto, autônomos e tem direito a ter sua vida privada, longe e descolada da relação de trabalho e da subordinação que dela surge.

Temas: Processo, Tecnologia e novas formas de trabalho, Meio Ambiente do Trabalho, Trabalho Escravo Contemporâneo, Flexibilização, Terceirização, Direitos Fundamentais, Migração e Grupos Vulneráveis.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva - UFS

Silvia Gabriele Correa Tavares

Valena Jacob Chaves Mesquita - UFPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL: O ESTADO DA ARTE EM FACE DA LEI 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA) E SUA ANÁLISE ANTE A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS LABORAIS

# THE LEGAL NATURE OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN BRAZIL: THE STATE OF THE ART IN FACE OF THE LAW 13.467/2017 (LABOR REFORM) AND ITS ANALYSIS ACCORDING TO LABOR FUNDAMENTAL RIGHTS.

**Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira** [1]
**Rodrigo Goldschmidt** [2]

**Resumo**

Este artigo discute as teorias sobre a natureza jurídica da relação empregatícia, contrapondo-as com a concepção contratualista da Lei 13.467/2017. Para tanto, analisa as definições das teorias, dividindo-se em duas partes. A primeira, apresenta as teorias anticontratualista, acontratualista, contratualista, e ecléticas. A segunda, aponta a opção da legislação brasileira e a perspectiva de retorno à concepção civilista do contrato de trabalho apresentada pela reforma trabalhista, para, ao final, propor releitura à luz da contemporânea teoria da relação de emprego, sob a égide dos direitos e garantias fundamentais. Por critério metodológico utiliza-se a análise bibliográfica e legislativa, organizada pelo viés dedutivo.

**Palavras-chave:** Relação de emprego, Natureza jurídica, Reforma trabalhista, Direitos fundamentais

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article discusses the theories about the legal nature of the employment relationship, contrasting them with the contractual conception of Law 13,467 / 2017. Thus, it analyzes the theories definitions, divided in two parts. Firstly, presenting anti-contractual, non-contractualist, contractualist, and eclectic theories. Secondly, pointing the option of the Brazilian legislation and the perspective of return to labor contract civilist conception presented by labor reform, in order to propose rereading through the contemporary theory of the employment relationship, under the aegis of fundamental rights and guarantees. For methodological criteria we use the bibliographic and legislative analysis, organized by deductive method.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Employment relationship, Legal nature, Labor reformation, Fundamental rights

[1] Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela UNOESC. Advogado.

[2] Pós-doutor em Direito pela PUC-RS. Doutor em Direito pela UFSC. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESC. Juiz Titular da Vara do Trabalho de Araranguá-SC

## INTRODUÇÃO

A adoção de uma teoria sobre a natureza jurídica da relação de emprego influencia a compreensão a respeito de sua gênese e de alguns de seus efeitos para as partes, bem como no que concerne à intervenção estatal na sua regulação e desenvolvimento.

O presente artigo tem por finalidade analisar as diversas correntes doutrinárias existentes sobre a natureza jurídica da relação de emprego, apresentando suas principais características, argumentos favoráveis e objeções teóricas, para, ao final, evidenciar a opção legislativa brasileira atual, em contraponto às alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 – denominada "reforma trabalhista".

Para tanto, o texto subdivide-se em duas partes, sendo a primeira dedicada à apresentação e análise das teorias anticontratualista, acontratualista ou paracontratualista, contratualista, e, por fim, das teorias ecléticas ou sincréticas. Em seu segundo momento, essa pesquisa apresenta a posição doutrinária da legislação juslaboral brasileira, evidenciando uma forte tendência de retorno da legislação trabalhista às origens civilistas do contrato de prestação de serviços, exemplificando com alterações introduzidas pela Lei 13.467/2017, para, ao final, tecer considerações a respeito do tema à luz da atual compreensão dos direitos e garantias fundamentais. A metodologia utilizada é a da análise bibliográfica e legislativa, organizada pelo viés dedutivo.

## 1. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO: TEORIAS.

À época da escravatura a relação jurídica do trabalho humano poderia ser considerada como uma relação real, pois, o escravo detinha a condição de propriedade de seu senhor. Naquelas condições de trabalho humano não-livre, a relação era real quanto ao objeto, sendo que o escravo e o seu trabalho eram "confundidos em uma só coisa", e de caráter patrimonial, "de referência aos interesses protegidos". Durante os tempos do trabalho servil, a compreensão jurídica do trabalho era a real indireta (CATHARINO, 1982, p. 181).

Apenas quando conceitualmente separou-se o trabalhador (sujeito de direito) do trabalho (o objeto da relação jurídica), que ainda era considerado um bem passível de ser apropriado como verdadeira coisa, é que a relação jurídica passou a ser concebida como de natureza obrigacional, "do tipo locativo". Quando o trabalho passou a ser entendido como "ato da pessoa humana", como verdadeira "emanação de sua personalidade", de tal forma a ser inconcebível a separação entre sujeito (trabalhador) e objeto (trabalho), é que foi "sepultada a

coisificação" do trabalho, surgindo, então, a "fase da liberdade protegida", que tem como corolário a relação de emprego (CATHARINO, 1982, p. 181).

Necessário atualmente perquirir se a relação de emprego tem ou não a natureza contratual. Para tanto, importa primeiramente tecer algumas considerações acerca das diversas concepções de contrato. Para Roppo, o contrato é um conceito jurídico, mas que também deve ser analisado tendo em conta a existência de uma outra dimensão que o define, a noção de contrato como operação econômica. Para o autor, o contrato, na acepção técnico-jurídica, deve ser entendido como uma alusão:

> [...] às implicações e às consequências legais que o sistema das normas dos códigos ou de leis especiais e das regras efetivamente aplicadas pelos juízes, liga à efectivação de uma certa operação económica, ou então, para indicar as elaborações doutrinais construídas pela ciência jurídica sobre aquelas normas e aquelas regras (ROPPO, 2009, p. 8).

Assim, a compreensão jurídica de contrato alude ao conjunto de regras e consequências aplicáveis a determinadas situações da vida humana cujo resultado seja a concretização de uma operação de conteúdo econômico. Isso não quer dizer, contudo, que o contrato (conceito jurídico) não pode ser concebido e analisado como algo diverso e distinto da sua acepção de operação econômica. Na verdade, o contrato – em sua acepção técnico-jurídica – deve ser compreendido como uma "veste exterior" da acepção de operação econômica, e que não deve ser compreendida como um fim em si mesmo, sob pena de resultar "vazia, abstracta, e, consequentemente, incompreensível". A noção jurídica de contrato deve ter por finalidade, então, a definição prévia das consequências atribuídas às operações econômicas que regula e tutela. O conceito jurídico de contrato é, então, instrumento da sua acepção de operação econômica (ROPPO, 2009, p. 9).

Dessa forma, o contrato gera uma obrigação de natureza obrigacional e conteúdo patrimonial, através do qual, dois (ou mais) sujeitos dão nascimento a um vínculo entre si e entre seus patrimônios. A concepção radical ou tradicional de contrato estipula que só existe um contrato quando dois sujeitos de direito, após deliberação, conjuguem suas vontades, "não só para criarem vínculos entre si, mas também para determinarem o conteúdo de suas obrigações e direitos, e regularem a sua execução" (CATHARINO, 1982, p 182).

Essa concepção absoluta de contrato encontra-se em decadência atualmente, especialmente em decorrência das desigualdades econômicas e sociais e da dinamização da vida urbana (com suas relações uniformizadas e em massa), conduzindo a uma regulamentação estatal mais presente do contrato. A fase pré-contratual vem, gradativamente, desaparecendo e dando lugar aos contratos padronizados e estabelecidos pelo polo mais poderoso (como

decorrência da acumulação de poder econômico) da relação. Essa transformação é especialmente verdade naquelas relações onde é verificável uma grande desigualdade entre as partes, como, por exemplo, nas relações de consumo ou de trabalho.

Assim, é possível decompor, na opinião de Catharino, o processo contratual em dois momentos: o primeiro, de formação; e o segundo, o da sua execução. No que concerne às relações de trabalho, alguns doutrinadores passaram a entender o segundo momento como autônomo em relação ao primeiro, negando-lhe, portanto, a natureza contratual. Outros, por sua vez, não chegam a negar a natureza contratual da relação de trabalho e tentam conciliar a sua acepção contratual com a não-contratual (CATHARINO, 1982, p. 183).

Passamos a analisar as diversas teorias a respeito da natureza jurídica da relação de trabalho nos itens a seguir.

### 1.1.Teoria anticontratualista

A teoria anticontratualista subdivide-se em fático (pessoalista antipatrimonial) e institucional pura.

Para a concepção fática e antipatrimonial do anticontratualismo, que tem sua gênese no nacional-socialismo alemão, a vontade do empregado é reduzida a um mínimo na construção da relação jurídica. Essa quase ausência de vontade operária pode ser resultado da prevalência dada ao fato-trabalho (a prestação de serviços, por si só, já seria capaz de criar a relação jurídica), seja por se considerar a relação jurídica em tela como de natureza exclusivamente pessoal (não obrigacional e nem patrimonial). Catharino considera ambas as concepções como involutivas (CATHARINO, 1982, p. 184). Vicejava, à época, uma intensa intervenção estatal na economia, e, por consequência, nas relações entre capital e trabalho, de tal modo que a empresa era compreendida como verdadeira instituição na qual o empregado era integrado, sem a necessária consideração de seu ato volitivo para tanto (CAMINO, 2004, p. 201).

Para a concepção fática, bastava que o empregado começasse a prestar serviços ao empregador para ter seu ingresso jurídico na "comunidade" empresarial, fato esse que teria o condão de atrelar o empregado aos poderes do empregador que passaria, então, à condição de credor da fidelidade e obediência daquele, em estreita semelhança com as relações familiares da época.

Na concepção de Von Gierke, o contrato de prestação de serviços (na acepção germânica) dá lugar a um direito, mas não a um dever, de senhorio, vez que o senhorio na concepção germânica era um relação obrigacional. Para o autor alemão, portanto, a implicação

pessoal do empregado estava caracterizada pelo poder atribuído ao empregador sobre o trabalhador (VON GIERKE, 1982, p. 40).[1]

Com o advento do nazismo[2] alemão, a concepção anticontratualista bifurcou-se, dando origem à concepção institucionalista da relação de trabalho. Para o institucionalismo puro (ou imoderado), a prevalência do "bem comum" (CAMINO, 2004, p. 203), (no qual o mais importante é o coletivo), em detrimento dos interesses particulares, nega a contratualidade da relação de trabalho. Tal corrente considerava a empresa como uma "instituição-pessoa", com exercício normativo interno pelo regulamento empresarial, e o empregado tornava-se parte dessa "comunidade" (RAMALHO, 2003, p. 133) a partir de seu ingresso nela. Desde então não mais existiriam, portanto, interesses contrapostos entre empregado e empregador, mas sim uma comunhão de interesses coletivamente realizável, contra os quais não poderiam prevalecer os interesses particulares a partir do ingresso do sujeito na empresa (CARDOSO, 2013, p. 71).

Essa concepção, que vicejava na Alemanha nos anos trinta do século passado, chegou a considerar o empregado como uma mera "peça de uma engrenagem (a empresa), simetricamente disposta e sujeita a uma dinâmica perfeita em suas conexões estruturais, de cima para baixo" (VILHENA, 1999, p. 466).

### 1.2.Teoria acontratualista ou paracontratualista

Para essa teoria, não é importante negar ou afirmar a contratualidade da relação de trabalho. Segundo essa acepção, o surgimento da relação de trabalho independe da existência de contrato. Ainda que seja resultado de ato jurídico bilateral, bastaria a verificação da vontade de integração na empresa, para configurar-se a relação laboral. Em outras palavras, verificando-se a vontade do empregado em integrar a empresa, e a do empregador em permitir essa

[1] O autor vai mais além em sua análise do contrato de prestação de serviços e afirma que o dever de prestar retribuição pelos serviços não esgota a obrigação patronal, e que esta também abarca o dever de cuidar do empregado. Ao poder sobre a pessoa, desta forma, corresponde um dever de cuidado para com a mesma. O empregado, por sua vez, ao ingressar na relação de trabalho, toma sobre si um jugo de natureza jurídico-pessoal. Como resultado de sua promessa de prestação de serviços, o trabalhador entrega parte de sua personalidade, podendo, por conseguinte, exigir do seu empregador não só o pagamento retributivo, mas também o cuidado pessoal que a este incumbe (VON GIERKE, 1982, p. 43-44).

[2] Nesse caso, a compreensão nazista de regime totalitário, unipessoal, deu mais força à acepção anticontratualista da relação de trabalho eis que o *Führer* era o "condutor do povo alemão", e todos os cidadãos lhe deviam obediência e honra, da mesma forma que o empregado devia submeter-se ao poder do empregador para que a sua produção pudesse fazer crescer o "pangermanismo". Dessa forma, natural negar-se a natureza contratual da relação de trabalho (CATHARINO, 1982, p. 184).

integração, estaria perfectibilizada a relação de trabalho, independentemente da celebração de qualquer contrato (CATHARINO, 1982, p. 186).

Camino assim descreve essa concepção:

> O acontratualismo, ou paracontratualismo, não tem posição frontal contra a ideia de contrato. Aceita a voluntariedade dos sujeitos e admite que ela se expresse no ato jurídico bilateral, mas apregoa a desnecessidade do elemento subjetivo específico, do querer a vinculação. Tem-se como bastantes os atos objetivos do empregado de se integrar na empresa e, do empregador, de integrá-lo na empresa, para que se estabeleça a relação jurídica de emprego da qual emergirão todos os direitos previamente estabelecidos na lei (CAMINO, 2004, p. 204).

Ainda no âmbito da teoria paracontratualista é possível alocar a concepção do "ato-condição" de Duguit, que quer dizer que a vontade do empregado funciona como condição para a incidência de norma, tal como ocorre com a nomeação de um funcionário público. Nesse caso, se faz necessário que a pessoa expresse sua vontade de submeter-se, e que, como medida necessária à perfectibilização da relação, seja efetivada a investidura ou posse, por "ato de sua vontade" (CATHARINO, 1982, p. 186-187).

Catharino, apoiando-se na lição do doutrinador francês, assim transpõe a teoria do "ato-condição" para a relação de emprego privada:

> [...] Sem que o empregador resolva admitir o empregado, e sem a vontade deste, a relação não se perfaz. Como duas vontades paralelas só se encontram no infinito, pode-se afirmar que, no particular, as duas vontades conjugam-se, simultânea ou sucessivamente, mas, sempre, são essenciais à formação do vínculo de emprego, que é contratual. A inexistência de fase pré-contratual e o fato de existir uma regulação legal pré-existente não eliminam a essência ou substância do contrato, como já demonstramos (CATHARINO, 1982, p. 187).

Assim, no paracontratualismo ou acontratualismo, a vontade de iniciar a relação de trabalho tem certa relevância, mas não se configura em elemento indispensável a ponto de definir o surgimento da relação juslaboral como resultado único da conjugação de vontades em verdadeiro processo negociado de construção de regras que definem o comportamento das partes envolvidas. É o elemento objetivo do ingresso do empregado na atividade econômica que assume preponderância (CAMINO, 2004, p. 204).

### 1.3.Teoria contratualista

Segundo a visão contratualista da relação de trabalho, a vontade das partes é elemento essencial à configuração de tal relação. Assim, se não há "a conjunção de vontades, do empregador e do empregado, não há relação de emprego. É a regra." (CATHARINO, 1982, p. 187).

Aqueles que defendem a corrente contratualista acerca da natureza da relação de trabalho apregoam que que o elemento vontade é essencial e que, sem ele, não é possível a constituição do vínculo de emprego. Sendo, portanto, a relação de emprego "contratual na forma, embora institucional na substância, no que respeita ao elenco básico de direitos do trabalhador" estabelecido pela lei, deixando às partes espaço apenas para "acrescentarem cláusulas ou ampliarem aquelas previamente definidas na lei" (CAMINO, 2004, p. 205).

A concepção contratualista é, via de regra, una, com pequenas variações na intensidade com que atribui relevância à vontade das partes. Catharino, contudo, reconhece que o "contratualismo radical está superado", pois, na constituição da grande maioria das relações de trabalho, falta a fase de discussão do conteúdo do contrato. Isso se deve ao fato de que as normas laborais são imperativas e determinam a maior parte de seu conteúdo. Não há, contudo, contratação "em branco", isto é, ainda que lhe falte uma "fase preliminar demorada e exaustiva", a contratação de empregados demanda a negociação a respeito, no mínimo, do valor do salário ou da remuneração, e da quantidade e qualidade do trabalho (CATHARINO, 1982, p. 187).

O contrato de trabalho, portanto, em face da ausência de fase preliminar de debates e definição do seu conteúdo configura-se, a maioria das vezes, em verdadeiro contrato de adesão, através do qual, o empregador estipula as regras e ao empregado cabe, apenas, assentir. Esse fato viola a máxima contratual de ser uma manifestação de duas vontades contrapostas, cuja finalidade é encontrar a convergência mediante a negociação de dois sujeitos iguais em direitos e deveres. A igualdade preconizada pelo contrato, dessa forma, não encontra guarida no contrato de trabalho. Essa característica de prevalecimento do individualismo de um dos contratantes, de dominação da vontade unilateral, "desencadeia um processo de *descontratualização*. Não há *consentimento*, e sim *assentimento* de um sujeito àquilo ditado pelo outro" (CATHARINO, 1982, p. 188).[3]

Essa prevalência da vontade unilateral de um dos sujeitos, o empregador, conduz à necessidade de regulamentação pelo Estado, sob pena de se privilegiar o arbítrio do mais poderoso, o empregador. A "*normatização* do contrato de emprego não deixa de ser uma *normalização*" (CATHARINO, 1982, p. 189).[4]

A intervenção estatal no conteúdo do contrato laboral serve para impedir excessos por um lado, e, por outro, aproxima essa relação da verdadeira vocação do contrato, a igualdade

[3] Grifos no original.
[4] Grifos no original.

entre as partes. Em outras palavras, ainda que alguns considerem a relação de emprego como de natureza contratual em essência, ela ainda demanda a atuação de terceiro (o Estado), de forma a mitigar os excessos porventura cometidos pelo sujeito com maiores condições de fazer prevalecer a sua vontade, o empregador.

Vecchi, por sua vez, afirma que a teoria contratualista é adequada para definir o contrato de trabalho, desde que não concebida na acepção tradicional, mas "no sentido de valorização das condutas típicas e comportamentos concludentes", de forma a fazer presentes os princípios da autonomia da vontade privada, da boa-fé objetiva, da confiança e da função social do contrato. Afirma ainda o autor que a relação de emprego é uma relação jurídico-obrigacional, entendida "como um processo", que nasce de um contrato não tradicional e desenvolve-se de forma concreta na prestação efetiva de serviços de forma subordinada (VECCHI, 2014, p. 373-375).

### 1.4.Teorias ecléticas ou sincréticas

Duas são as correntes a respeito da natureza jurídica eclética da relação de trabalho: a do institucionalismo impuro (ou moderado), e a do contratualismo realista.

O institucionalismo moderado, apesar de não negar a contratualidade do início da relação laboral, afirma que a situação é cada vez mais estatutária, prevalecendo o direito institucional sobre o contratual. Compreende o contrato como mero meio de acesso à instituição empresa, e reconhece que a relação de emprego como "contratual na forma", mas institucional, "na sua substância íntima e fundamental" (CATHARINO, 1982, p. 190). É possível afirmar que essa corrente aproxima-se conceitualmente, da teoria do "ato-condição" (vide item 1.3) que é paracontratualista. Contudo, o institucionalismo moderado está mais próximo do contratualismo, pela forma como aborda a relevância da vontade das partes na constituição do vínculo de emprego, sendo, assim, melhor analisada como teoria eclética que é.

A corrente que defende o contratualismo realista, por sua vez, afirma a relação de trabalho como relação jurídica decorrente da vontade contratual das partes, mas que também se perfectibiliza pelo fato da prestação concreta de serviços. Esse é o ecletismo do contratualismo realista, o nascimento da relação de trabalho pode se dar de forma contratual, mas os seus efeitos só ocorrem a partir do início da prestação de serviços, sendo inaplicáveis as normas trabalhistas antes do efetivo emprego das forças do trabalhador pelo patrão. Não há subordinação, enquanto a prestação não iniciar (CATHARINO, 1982, p. 191).

Cardoso assim define a corrente que defende o contrato realidade:

> Para caracterizar o contrato realidade é imperioso que se estabeleça entre o tomador do serviço – empregador – e o fornecedor dos serviços – empregado – a relação de emprego, que se perfaz com a efetiva prestação de serviços, nos termos definidos pela legislação do trabalho subordinado (CARDOSO, 2013, p. 73).

Dessa forma, para os defensores do contrato realidade, em que pese a relação de trabalho iniciar-se com o acordo entre as partes, seus efeitos jurídicos só são perfectibilizados com a efetiva utilização da mão-de-obra do empregado pelo empregador. Genro entende que o contrato de trabalho, como um contrato realidade, é necessário à manutenção do sistema produtivo capitalista, e que, por isso, a consensualidade nele reflete apenas a existência do contrato entre as partes, mas não é um ato consensual tradicional (GENRO, 1994, p. 95).

Assim, para a corrente do contrato realidade, é a efetiva prestação de serviços que dá existência à relação de trabalho, e é este fato que dá contornos concretos e determina seus efeitos jurídicos, e não o acordo abstrato de vontade. Para Mario de La Cueva, ferrenho defensor do contrato realidade, as condições reais de prestação de serviços não podem diminuir os privilégios estabelecidos pela lei ou pelas normas coletivas atinentes à categoria de trabalhadores. Em outras palavras, o limite do contrato realidade encontra-se no estabelecido no direito cogente e nos diplomas coletivos (LA CUEVA, 1960, p. 479).

## 2. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA DA LEGISLAÇÃO LABORAL BRASILEIRA

Para Camino, o legislador brasileiro deu preferência à corrente contratualista, embora, com certa concessão ao acontratualismo. A CLT surge em momento histórico quando vigoravam com mais força as correntes acontratualistas (com perspectiva bastante eclética), quando conviviam o institucionalismo e o contratualismo (CAMINO, 2004, p. 209).

Cardoso, por sua vez, afirma que a legislação pátria adotou

> [...] posição híbrida, ao recepcionar as duas teorias, a contratualista e a anticontratualista, na definição legal de contrato de trabalho, estampada nos ensinamentos do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho. Para os doutrinadores brasileiros, a definição legal de contrato de trabalho, trazida pelo dispositivo celetista, deveu-se à composição paritária da comissão composta para elaboração do projeto da CLT, em que, dos quatro integrantes da comissão, dois eram contratualista e dois anticontratualistas (CARDOSO, 2013, p. 71).

Oliveira e Dorneles corroboram com a compreensão dualista adotada pela CLT de predominância da corrente contratualista, com nuances de institucionalismo. Afirmam ainda os autores que, na atualidade, a posição mais aceita é a contratual, como "a mais compatível com o atual estágio de compreensão de direitos fundamentais (liberdade) e com a tendência moderna

do direito do trabalho de redução de intervenção estatal e fortalecimento da autonomia privada" (OLIVEIRA; DORNELES, 2016, p. 57).

Camino já alertava para o fato de parte da doutrina se insurgir contra uma excessiva intromissão na autonomia da vontade particular, indicando que a concepção contratualista tem recuperado seu espaço no direito do trabalho:

> Hoje, a corrente contratualista se afirma no bojo de uma tendência em favor da autonomia da vontade e do abrandamento da tutela estatal. Não são poucas as vozes que se levantam contra a intromissão, tida como excessiva, do Estado nas relações entre capital e trabalho e clamam por uma ampla reforma da legislação, com espaço nobre à autonomia da vontade (CAMINO, 2004, p. 201).

A doutrina lusitana também apresenta indícios de um retorno do contrato de trabalho aos moldes preconizados pela legislação civil atinente aos contratos, isto é, com maior privilégio à autonomia da vontade. Ramalho afirma que

> [...] consoante o grau de autonomia que a figura do contrato de trabalho logrou alcançar ao nível do direito positivo – que o contrato de trabalho se reconduz dogmaticamente a uma modalidade do contrato de prestação de serviço, caracterizada pela indeterminação da prestação laborativa, e, por virtude desta indeterminação, pelos poderes de direcção do credor, que, que permitem proceder em cada momento à respectiva concretização (RAMALHO, 2003, p. 142).

Essa é a posição doutrinária a respeito da natureza jurídica da relação de emprego, impulsionada pela ideologia de mercado, que vem ganhando força na reformulação do direito do trabalho no Brasil, bastando, para tal conclusão, análise dos institutos alterados pela Lei 13.467/2017, denominada "Reforma Trabalhista". Passemos a analisar dispositivos alterados e/ou inserido pela citada lei, que evidenciam a tendência de retorno da legislação laboral à concepção civilista de prestação de serviços com concessão de maior espaço para a atuação da autonomia da vontade privada, em detrimento da regulação estatal.

### 2.1. Lei 13.467/2017 e a ampliação da autonomia da vontade privada

Em que pese não ter sido introduzida qualquer alteração no art. 442 da CLT, que estabelece que a relação de emprego corresponde ao acordo tácito ou expresso (de claro indicativo contratual), outras modificações legislativas sugerem um favorecimento e ampliação da natureza contratual da relação de trabalho, tais como: o *caput* e o § 3º, do art. 443, para inserir a possibilidade do trabalho intermitente; o parágrafo único do art. 444, para estender ao empregado portador de diploma de ensino superior, e que perceba salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, a possibilidade de negociar diretamente com o empregador as cláusulas do contrato, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre as normas coletivas; o art. 484-A, que estabelece

a extinção do contrato de trabalho por acordo entre empregado e empregador; o art. 507-A, que dispõe sobre a possibilidade de cláusula compromissória de arbitragem para os empregados que recebam salários superiores a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; os arts. 510-A, 510-B, 510-C e 510-D, que criam e definem as atribuições das comissões de representação dos empregados, e; o art. 611-A, que dispõe a prevalência do negociado sobre o legislado, em relação às matérias de que trata.

O art. 443 e seu § 3º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/2017, estabelece uma nova modalidade flexível de execução do trabalho (trabalho intermitente), em que pese subordinado, de tal modo que as partes podem convencionar livremente a respeito da conveniência, oportunidade e quantidade do serviço a ser prestado. A flexibilização das regras relativas à jornada e à carga horária semanal, nesse caso, outorgam às partes uma maior margem de negociação (sendo fato que o empregador obtém mais vantagens nessa negociação, pois, ele não necessita manter a remuneração ao empregado quando este não estiver efetivamente prestando serviços ou aguardando ordens).

O parágrafo único do art. 444, da CLT, na redação conferida pela Lei 13.467/2017, que permite aos empregados, que sejam portadores de diploma de ensino superior e percebam salário igual ou maior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, negociar livre e diretamente com o empregador suas condições de trabalho, também se configura em evidente exemplo de ampliação da autonomia privada nas relações de trabalho. Digno de nota que essa permissão, de acordo com a lei, suplanta até a autonomia privada coletiva, eis que a negociação individual terá prevalência até mesmo sobre os instrumentos coletivos. De fato, aqui se amplia poderosamente, a autonomia da vontade do particular, afastando até a ferramenta de correção da desigualdade contratual que é a intervenção do sindicato da categoria profissional. Permitir ao empregador e empregado negociar sobre aspectos da prestação de serviços, com a mesma eficácia atribuída à negociação coletiva, é, de fato, "libertar" os empregadores da obrigatoriedade do "contrato mínimo" imposto pela lei e/ou pela negociação coletiva.

O artigo 484-A, da CLT, em conformidade com a redação outorgada pela Lei 13.467/2017, autoriza às partes celebrar acordo extrajudicial para extinção do contrato de trabalho. Essa nova modalidade de encerramento da relação laboral também evidencia a tendência de ampliação da autonomia privada, ao autorizar que os interessados, de comum acordo, decidam pelo encerramento da prestação de serviços com diminuição do ônus indenizatório do empregador e concedendo vantagens mínimas ao empregado, quando a manutenção da prestação de serviços não seja mais interessante para ambas as partes. O regime

celetista anterior onerava a parte que decidisse encerrar unilateralmente o contrato de trabalho, tendo como corolário o princípio juslaboral da continuidade da relação de emprego.

A redação dada pela Lei 13.467/2017 ao art. 507-A da CLT, permite aos empregados, que recebam remuneração igual ou superior ao limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, celebrar cláusula compromissória de arbitragem com o seu empregador. A possibilidade de o empregado e o empregador pactuar pelo afastamento do Poder Judiciário nas situações em que precisarem dirimir litígios relativos ao contrato de trabalho, por si só, configura-se em evidência clara do privilégio à autonomia privada trazido pela legislação reformista. O critério utilizado para a ampliação da autonomia individual, contudo, não parece acertado, vez que o valor atribuído como ponto de corte não se configura em patamar remuneratório bastante para equiparar empregado e empregador na negociação das condições de trabalho, e, muito menos, para que o empregado renuncie à utilização do Poder Judiciário para sua proteção.

Já os artigos 510-A e 510-B, incisos I, II, III, IV e IV, da CLT, nos moldes da Lei 13.467/2017, preconizam a inserção de comissão de representantes dos empregados nas empresas que possuam mais de duzentos empregados, de forma a "promover o entendimento direto com os empregadores". Essa é mais uma evidência do objetivo da legislação reformista em ampliar a autonomia privada nas relações de trabalho. À comissão de representantes é atribuída a função de dirimir os conflitos oriundos da relação de trabalho, através do aprimoramento da relação entre empresa e empregados e do encaminhamento de reinvindicações dos seus representados. Em que pese a comissão de representação não ter o condão de substituir a entidade sindical no papel da negociação coletiva, a autorização concedida para instituir esse grupo representativo e as atribuições a ele conferidas, evidenciam a maior margem concedida à autonomia privada dentro do contrato de trabalho.

Um último exemplo de ampliação da autonomia privada, que aqui vale mencionar, é o art. 611-A, da CLT, de acordo com a Lei 13.467/2017, que estabeleceu a prevalência do negociado sobre o legislado em relação às matérias que dispõe. Nesse caso, o privilégio foi concedido à autonomia privada coletiva atribuindo, aos acordos e convenções coletivas, o poder de prevalecer sobre a legislação estatal quando tratarem das matérias listadas nos incisos de I a XV, do referido dispositivo celetista. Ressalte-se que o *caput* do mencionado artigo deixa claro que o rol é exemplificativo (de fato, a prevalência do negociado sobre o legislado encontra limite no rol do art. 611-B, da CLT), e que, dentre as matérias negociadas que terão prevalência sobre a lei, temos aspectos referentes à remuneração, saúde e medicina do trabalho, jornada de trabalho, intervalos para descanso e alimentação, dentre outros. O que é possível perceber é que

a legislação reformista buscou ampliar a autonomia privada nas relações de trabalho de forma a afastar a intervenção estatal ao máximo possível.

## 2.2. Reaproximação do contrato de trabalho e do direito civil: consequências e possibilidades

Por todo o anteriormente exposto, pode-se afirmar que há crescente tendência na legislação laboral recente de reaproximar a relação de emprego com o contrato civil de prestação de serviços, atribuindo às partes uma maior margem de negociação, bem como reconstruindo o poder patronal em sua vertente mais incisiva na pessoa do empregado. Esse retorno às origens do contrato de trabalho, com acentuação da natureza contratual – verdadeira intensificação da autonomia privada – tem por objetivo, o afastamento da intervenção estatal nas relações de trabalho, sob o pretexto de modernização das relações laborais e estímulo à economia.

Não se pode contestar que a legislação laboral brasileira carece de atualização e adequação às novas relações sociais impostas pelo dinamismo da sociedade contemporânea. Contudo, não deve o legislador esquecer que a relação de trabalho está impregnada de um componente inerente que é a desigualdade econômico-social entre os contratantes – se assim se deseja denominá-los. Empregador e empregado padecem de extrema desigualdade fática, e, portanto, não podem ser tratados de forma idêntica. Insistir nesse aspecto é violar o princípio da igualdade material entre as partes. Em que pese a igualdade formal, é na concreta execução do trabalho (nas condições de desenvolvimento, em verdade) que se verifica a implicação direta da pessoa do trabalhador.

Um possível retorno do contrato de trabalho à sua forma arcaica, com maior ênfase ao nexo civilista patrimonial do acerto entre as partes, só pode prevalecer se conseguirmos diminuir a relevância dos aspectos obrigacionais pessoais, especialmente no tocante ao trabalhador (pessoa física, da qual não se pode separar o trabalho prestado). É a pessoalidade que dá relevância à necessidade de proteção do empregado, em detrimento dos aspectos econômico-financeiros do contrato de trabalho.

Permitir uma ampla margem de negociação contratual, seria retornar aos primórdios das relações de trabalho quando a crença que a maior liberdade contratual, industrial e comercial, com menor interferência estatal, iria produzir uma harmonia econômica desejada, permitindo o livre desenvolvimento humano ao seu máximo potencial, e apregoava a

desnecessidade da regulação das relações de trabalho, relegando às partes a tarefa de construir suas bases. Nesse sentido, manifestam-se Hueck e Nipperdey:

> Existia a crença de que o livre jogo de forças, de que o *laissez faire, laissez passer* desenvolvia ao limite máximo as energias e prestações do indivíduo e ao mesmo tempo conduzia por si a uma harmonia da vida econômica. Dali derivava a exigência da maior liberdade possível sem constrição estatal, liberdade industrial, liberdade contratual, e, também liberdade na fixação de salários e demais condições de trabalho. [...] O empregador individual e o trabalhador individual deviam colocar-se frente a frente e pactuar, em livre contratação, a quantia dos salários e demais condições de trabalho (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 27).[5]

O resultado dessa ampla liberdade negocial, de acordo com Hueck e Nipperdey era uma ampla desigualdade nas condições de pactuação. A igualdade formal não era capaz de trazer efetiva equiparação entre empregado e empregador, sendo resultante dessas condições de desigualdade um contrato de trabalho que servia apenas aos interesses patronais, como decorrência de seu maior poder econômico. Vejamos as palavras dos autores:

> [...] A igualdade do trabalhador e empregador ao celebrar o contrato de trabalho era unicamente formal, existindo só na teoria o livre pacto das relações de trabalho, pois a realidade era bem outra: praticamente o empresário, que se achava na posse dos meios de produção, estava em situação muito superior à do obreiro, carente de tais meios. Este havia que submeter-se em ampla medida às exigências daquele se queria obter trabalho; trabalho que necessitava para poder viver [...] (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 28).[6]

Assim, nessas condições de desigualdade material é que surge o direito do trabalho, como medida de prevenção de abusos cometidos pelo empregador, em nome do poderio econômico. O empregado, despossuído dos meios de produção, detentor apenas de sua força de trabalho, não pode ser concretamente equiparado ao empregador, e, portanto, merece a proteção especial do Estado na estipulação das condições de trabalho. Essa desigualdade econômica entre empregado e empregador "em sua acepção técnica originária" (OLIVEIRA; DORNELES, 2016, p. 77) permite afirmar que o primeiro é hipossuficiente em relação ao segundo.

---

[5] No original: Existía la creencia de que el libre juego de las fuerzas, de que el *laissez faire, laissez passer* desarrollaba hasta un límite máximo las energías y prestaciones del individuo y al mismo tiempo conducía de por sí a una armonía de la vida económica. De ahí derivaba la exigencia de la mayor libertad posible sin constricción estatal, libertad industrial, libertad contractual, y, también, libertad en la fijación de salarios y demás condiciones de trabajo. […] El empleador individual y el trabajador individual se debían colocar frente a frente y pactuar, en libre contratación, la cuantía de los salarios y las demás condiciones de trabajo (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 27).

[6] No original: [...] la igualdad de trabajador y empleador al celebrar el contrato de trabajo era únicamente formal, existiendo sólo en teoría el libre pacto de condiciones de trabajo, pues la realidad era muy otra: prácticamente el empresario, que se hallaba en posesión de los medios de producción, estaba en situación muy superior a la del obrero, carente de ellos. Este había de someterse en amplia medida a las exigencias de aquél si quería obtener trabajo; trabajo que necesitaba para poder vivir […] (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 28).

A desigualdade econômica, contudo, não é o único fundamento utilizado para afirmar a desigualdade existente entre empregado e empregador que impede a negociação em perfeita liberdade. O aspecto da subordinação (OLIVEIRA; DORNELES, 2016, p. 78), tal como hoje conhecemos, é, também, fruto da compreensão de que alguns grupos sociais (para os fins desta pesquisa, os trabalhadores), padecem de "uma cumulação de fraquezas, agora juridicamente relevantes" (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 184). É para corrigir essas desigualdades e constituir uma igualdade material que o Estado deve intervir nas relações de trabalho e promover condições mínimas garantindo a dignidade da pessoa trabalhadora.

Dessa forma, para que possa prevalecer a crescente tendência atual de reaproximação do contrato de trabalho às suas bases civilistas obrigacionais e, predominantemente, patrimoniais, importaria desconstituir a implicação pessoal do trabalhador na relação de trabalho (RAMALHO, 2003, p. 142), o que não é possível na atual conformação do sistema de produção. O trabalhador é pessoa humana, e nessa condição deve ser admitido ao emprego, sendo o empregador responsável pela proteção dos interesses de seus empregados. O empregador deve, então, além de cumprir as suas obrigações contratuais, como decorrência da condição de dependência e vulnerabilidade a que o empregado está submetido, proteger a pessoa deste e o seu bem-estar, prestando-lhe proteção e assistência, bem como suprimindo tudo o que possa causar-lhe prejuízo em seus interesses (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 156).

As normas que contrariem os direitos fundamentais padecem de inconstitucionalidade todas as vezes que violarem o extrato axiológico destes direitos. A edição de qualquer norma que afronte o conteúdo valorativo, ou mesmo a redação literal de uma norma jusfundamental deverá, mediante o exercício do controle de constitucionalidade, ser expurgada do ordenamento jurídico. Para Marmelstein:

> Conforme já visto, os direitos fundamentais estão positivados na constituição. Logo, qualquer norma que seja incompatível com os valores por eles consagrados será inconstitucional. Desse modo, é natural que, através da jurisdição constitucional, seja possível fiscalizar o respeito a esses direitos. Serão esses direitos que fornecerão o substrato ético e a legitimidade material do controle de constitucionalidade (MARMELSTEIN, 2016, p. 267).

Além dos dispositivos eivados de inconstitucionalidade, a lei 13. 467/2017 também apresenta novidades que contradizem a legislação laboral infraconstitucional. Cite-se, como exemplo de extrema precarização do trabalho, mas que não afronta diretamente a ordem constitucional, a redação do art. 442-B que permite a contratação de profissional autônomo, ainda que com exclusividade e continuidade, mas sem a configuração do vínculo de emprego.

Nesse caso, há que se ressaltar que a CLT estabelece regras atinentes ao trabalho

subordinado, e que o trabalho autônomo é regido pelo Código Civil. O estabelecimento dessa exceção ao manto do vínculo de emprego é uma tentativa de autorizar a contratação de trabalhadores para o desempenho de atividades laborais não eventuais, de forma pessoal e subordinada, sem, contudo, atrair a aplicação das normas celetistas.

Outro aspecto que merece atenção é a compreensão do que é o trabalho verdadeiramente autônomo. Autonomia implica, dentre outras, a faculdade de escolher para quem se irá prestar serviços. Falar em trabalho autônomo exclusivo é, justamente, a negação da autonomia em si. Se não tem a liberdade de escolher, não é autônomo de fato.

Assim, possível concluir que a redação do mencionado artigo dá vazão à possibilidade de fraude à aplicação das leis trabalhistas e, por isso mesmo, afronta o disposto no art. 9º, da CLT e ao princípio do contrato-realidade. Além disso, retira do trabalhador dito "autônomo", porém vulnerável, toda a proteção das normas trabalhistas, rompendo com o princípio da igualdade material entre as partes no âmbito das relações de trabalho.

Percebe-se, mais uma vez, que a nova legislação não atende aos princípios tradicionais do direito do trabalho, mas tem por objetivo precarizar as relações laborais, fragilizando ainda mais o empregado ante as faculdades patronais e ao poderio econômico empresarial. O empregado e seus direitos laborais não são os maiores interesses da Lei 13.467/2017, mas a ampliação da lucratividade empresarial através da precarização das condições e dos direitos dos empregados.

Para Souza, as relações laborais são complexas e envolvem diversas variantes, desde a vulnerabilidade do empregado às faculdades empresariais e, portanto, a desregulamentação das leis laborais ou o estabelecimento de acordos coletivos que não contemplem a melhoria das condições de trabalho e que maculem a prevalência dos direitos fundamentais, não podem ser aceitos:

> Todavia, diante da complexidade das relações analisadas, não se mostra admissível aceitar soluções, que não parecem surtir efeito: a simples desregulamentação da legislação, ou ainda pactuações coletivas em prejuízo dos direitos sociofundamentais dos trabalhadores não se mostram satisfatórios. Resta inconcebível a mera retirada de direitos trabalhistas conquistados historicamente (SOUZA, 2012, p. 272).

A legislação laboral deve ser editada com o objetivo de ampliar as garantias e melhorar as condições de trabalho, da mesma forma que a negociação coletiva deve ser o fórum para a pactuação de normas coletivas visando o bem-estar e a segurança do trabalhador.

Contudo, a onda precarizante de agora vem em sentido contrário, e busca a satisfação dos interesses do patrão, e usa como combustível o desmonte das garantias laborais

estabelecidas ao longo de décadas de luta da classe operária, rompendo com o princípio fundamental da igualdade material que deve sustentar as relações laborais marcadas pela assimetria entre as partes. Goldschmidt, ainda em 2009, antecipou o que hoje se tornou um fato:

> Nesse viés – o dos reflexos da globalização neoliberal sobre os direitos sociais – o ideário neoliberal difunde um "discurso de crise" do Direito do Trabalho, que culmina com a conclusão de que o intervencionismo estatal de proteção ao trabalhador atrapalha a nova onda econômica, suprimindo o investimento e, por isso, causando a derrocada do emprego (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 121-122).

As mudanças na legislação não devem afetar negativamente o trabalhador, ser humano que se coloca à disposição do outro portando apenas sua energia vital, canalizada na força de trabalho, como meio de obter sua subsistência. É preciso oferecer resistência às iniciativas precarizantes e que desconstituem o patamar civilizatório atingido. Não se pode permitir o retrocesso e o desequilíbrio de forças nas relações laborais.

A respeito, Vecchi assinala:

> Por tudo isso, podemos afirmar que a flexibilização neoliberal importa na precarização das relações de trabalho, tudo em nome do que se convencionou chamar de "modernização" e "competitividade" que, na verdade, mal conseguem esconder seus reais intentos, ligados, principalmente, com uma maior concentração de capital (VECCHI, 2009, p. 54).

De que forma, então, é possível enfrentar e frear a onda precarizante? Propõe-se, aqui, a retomada das origens do direito do trabalho. O reconhecimento da condição vulnerável do empregado e da maior potência empresarial, pelo que se deve oferecer a maior proteção possível à pessoa humana sujeita ao contrato de trabalho. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e da sua centralidade no ordenamento jurídico constitucional, aponta para a importância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como preleciona Sarmento:

> A centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado, revela-se logo na organização da Lei maior. Se as constituições anteriores começavam disciplinando a estrutura estatal e só depois enunciavam os direitos fundamentais, a Carta de 88 faz o oposto, principiando pela consagração dos direitos das pessoas. A inversão não foi gratuita. Trata-se do modelo adotado em diversas constituições europeias do 2º pós-guerra, que indica a absoluta prioridade dos direitos fundamentais em nosso sistema jurídico. Tal prioridade, por outro lado, se entrevê também na elevação dos direitos fundamentais à qualidade de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, CF), o que ocorreu pela primeira vez na história de nosso constitucionalismo. Como cláusulas pétreas, os direitos são garantidos como "trunfos", postos ao abrigo da vontade das maiorias políticas, mesmo as mais qualificadas (SARMENTO, 2016, p. 72-73).

Possível afirmar, então, que o próprio *locus* atribuído aos direitos fundamentais na Carta Magna de 1988 revela a sua relevância para o ordenamento jurídico-constitucional, da mesma

maneira que a sua cristalização no formato de cláusulas pétreas, indica a priorização de tais direitos diante de todos os demais.

Assim, os direitos fundamentais, por força de sua hierarquia normativa, podem agir como verdadeiros escudos contra os ataques à dignidade da pessoa humana perpetrados pelo capital ávido pela lucratividade máxima e, por isso mesmo, devem prevalecer nas relações intersubjetivas, especialmente nas laborais, vez que nestas há uma inegável disparidade de poderes entre as partes.

A prevalência do negociado diante do legislado subverte essa lógica da centralidade da pessoa humana e de sua dignidade e, portanto, não deve persistir. Limites devem ser impostos à pactuação laboral coletiva, sob pena de ameaçar a pessoa humana e precarizar as condições de trabalho para além do aceitável. Tais limites podem ser encontrados na prevalência dos direitos fundamentais, como forma de alcançar a igualdade material necessária ao equilíbrio entre as partes.

Souza propõe frear a predominância da racionalidade econômica com a preservação da dignidade da pessoa humana, sujeito hipossuficiente na relação laboral. A preservação do homem é essencial nesse contexto de precarização laboral. Assim se expressa a autora:

> É nesse contexto que a flexibilização deve ser abordada, mantendo-se o contrato como alicerce da relação jurídica entre empregado e empresa, mas freando a predominância da racionalidade econômica, preservando-se o mínimo de dignidade ao hipossuficiente. Se, do ponto de vista econômico, as mudanças impostas pelas leis do mercado, no campo das relações entre capital e o trabalho, visando à manutenção da empresa e do emprego, são inevitáveis, fundamental que seja preservado o homem (SOUZA, 2012. p. 274).

É na afirmação do ser humano como fim e não como meio, na promoção de sua dignidade através da prevalência dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas, que será possível encontrar a igualdade material que permite a existência e o desenvolvimento de relações laborais justas e dignas.

O que se quer aqui dizer é que não é possível atribuir à negociação coletiva total prevalência nas relações de trabalho sob o risco de serem os processos de negociação dominados pelos interesses arrebatadores do capital, o que implicaria relegar o cidadão-trabalhador à extrema vulnerabilidade e precariedade das condições de trabalho.

Dessa forma, necessário atribuir ao ser humano a primazia dos interesses sociais, e isso só pode ser efetivamente realizado ao se garantir a prevalência do direito, em especial, o direito fundamental, nas relações intersubjetivas. Sarmento, com apoio em Honneth, assevera a importância do direito para a autonomia do sujeito, que poderá desenvolver suas relações em

igualdade e liberdade:

> Já o Direito representa, para Honneth, uma forma de reconhecimento que independe da estima pelo outro e de uma avaliação positiva das suas características e realizações. Nas sociedades modernas, o Direito torna-se a expressão de interesses universalizáveis, e a concessão de direitos subjetivos se desvincula do *status social*. Atribuir à pessoa direitos é reconhecê-la como sujeito autônomo, capaz de se engajar em relações de reciprocidade, baseadas na igualdade e liberdade dos participantes. Esse reconhecimento, por outro lado, propicia o desenvolvimento do autorrespeito. Daí porque a privação de direitos acarreta, também, um rebaixamento da pessoa, que pode deixar de se enxergar como um sujeito capaz de formular juízos morais, merecedor de igual respeito na vida social (SARMENTO, 2016, p. 248-249).

Por todo o acima exposto, é possível afirmar a importância de uma "necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco" (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 15-21).

Para Camino, os "direitos sociais adquiriram *status* de direitos e garantias fundamentais. O extenso elenco desses direitos, contemplados no art. 7º, reafirma a prevalência da vontade do Estado sobre a autonomia individual" (CAMINO, 2004, p. 201). Dito de outra forma, para que fosse levada a cabo uma reforma do direito do trabalho que afastasse a intervenção estatal, se faz necessária uma reforma constitucional, sem a qual não seria possível a supressão de tais garantias mediante lei infraconstitucional. A recente tendência de favorecimento à autonomia privada merece, portanto, interpretação e aplicação em estrita consonância com os ditames constitucionais atinentes às relações de trabalho.

## CONCLUSÃO

À luz de todo o exposto, é possível afirmar que a legislação laboral brasileira adotou, à época da Consolidação das Leis do Trabalho, uma posição doutrinária híbrida entre a natureza jurídica contratual e anticontratual da relação de trabalho ao equiparar, no art. 442 da mesma CLT, o contrato de trabalho à relação de emprego. Também é possível afirmar a existência de uma crescente tendência de ampliação do espaço da atuação da autonomia da vontade na estipulação das condições da prestação de trabalho, em conformidade com a legislação laboral reformista.

Essa restauração da importância da autonomia privada na contratação de trabalho evidencia um retorno do direito laboral à sua origem civilista, na qual as partes eram livres para pactuar as cláusulas do contrato de trabalho, privilegiando a igualdade meramente formal. Restou evidenciado que a igualdade formal não é bastante para garantir a proteção ao

trabalhador dependente e subordinado ao empregador, vez que este último – detentor de maiores poderes e dos meios de produção – pode, facilmente, fazer prevalecer a sua vontade em detrimento dos interesses do empregado mais vulnerável.

O empregado, dessa forma, necessita da proteção estatal através da regulação das condições mínimas do contrato e, em que pese as alterações introduzidas pela Lei 13.467/2017 apresentarem clara opção pela ampliação da autonomia da vontade no contrato de trabalho, essa autonomia deve ser exercida em conformidade com o regime dos direitos e garantias fundamentais estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Da mesma forma, sempre que uma norma juslaboral contiver, concreta ou potencialmente, lesões aos direitos fundamentais laborais, deverá sofrer o controle estatal mediante o aferimento de sua constitucionalidade, como forma de garantir a concretização do princípio constitucional da igualdade material.

Finalmente, os direitos fundamentais são verdadeiros escudos contra os ataques à primazia do ser humano nas relações sociais, em especial as laborais. São tais direitos, em função de seu enraizamento no diploma constitucional, os fundamentos da compreensão do ser humano como fim, e jamais como meio, funcionando, portanto, como base para a necessária concretização do mencionado princípio da igualdade material nas relações intersubjetivas.

## REFERÊNCIAS


CARDOSO, Jair Aparecido. **Contrato realidade no direito do trabalho.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho.** 4ª. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho.** Vol. 1. 3. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982.

GENRO, Tarso. **Direito individual do Trabalho.** 2. ed. São Paulo, LTr, 1994.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas:** Ações afirmativas da dignidade como forma de resistência. São Paulo: LTR, 2009.

HUECK, Alfred; NIPPERDEY, Hans Karl. **Compendio de derecho del trabajo.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo.** México: Porrúa, 1960.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Cínthia Machado; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho.** 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Estudos de direito do trabalho.** Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Lisboa: Almedina, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia – 1ª edição, 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. **Flexibilização dos direitos trabalhistas & o princípio da vedação do retrocesso social.** 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Contrato de trabalho & eficácia dos direitos fundamentais de primeira geração**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Direito material do trabalho:** noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2014.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos.** 2ª. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999.

VON GIERKE. Otto. **Las raices del contrato de servicios.** Traducido y comentario crítico por Germán Barreiro González. Madrid: Editorial Civitas, 1982.