

(NOVOS) LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO: um convite à reflexão**(NEW) LIMITS TO THE AUTONOMY OF INDIVIDUAL PRIVATE WILL IN EMPLOYMENT RELATIONS: an invitation to reflect**

Fernanda Cabral de Almeida¹
Nelson Osmar Monteiro Guimarães²

Resumo: A autonomia privada individual da vontade, na relação de emprego, sofre limitações da ordem jurídica visando ao equilíbrio das partes nela envolvidas. No Direito do Trabalho brasileiro, recentes decisões do STF, chancelando a negociação direta entre empregados e empregadores, e as flexibilizações trazidas pela Lei n. 13.467/2017, somadas a um contexto multifacetado de crise, impõem que suas funções sejam revisitadas. Impõe-se, ainda, rever os valores e princípios que historicamente fundamentam as limitações à autonomia privada individual nas relações de emprego sob a ótica contemporânea. O objeto central deste artigo é trazer algumas reflexões sobre o tema, com o fim de instigar o debate na comunidade jurídica e acadêmica.

Palavras-chave: Autonomia privada individual. Limites. Crise. Princípios do Direito do Trabalho.

Abstract: The individual private autonomy, in the employment relationship, suffers limitations of the legal order aiming the balance of its parties. In Brazilian Labor Law, recent decisions of the Supreme Court, endorsing direct negotiation between employees and employers, and the flexibilities brought by Law no. 13,467 / 2017, added to a multifaceted context of crisis, require a revisitation of its functions. It is also necessary to review the values and principles that historically underlie the limitations to individual's private autonomy in employment relationships from a contemporary perspective. The central object of this article is to bring some reflections on the theme, in order to instigate the debate in the legal and academic community.

Keywords: Individual freedom of will. Limitations. Crisis. Labor Law principles.

Sumário: Introdução. 1. A guinada no entendimento do STF, a Reforma Trabalhista e o novo Direito do Trabalho. 2. A autonomia privada individual da relação de emprego em um contexto multifacetado de crise. 3. Considerações finais. Referências.

Summary: Introduction. 1. The major shift in the understanding of the STF, the Labor Reform and the new Labor Law. 2. The individual private autonomy of the employment relation in a multifaceted context of crisis. 3. Final considerations. References.

¹ Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-RIO. Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. fernanda.cabral5@gmail.com

² Mestrando pelo Programa de Pós Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. nomg0602@gmail.com

Introdução.

“Uma crise como nenhuma outra, uma recuperação incerta”, diagnosticou, em junho de 2020, o Fundo Monetário Internacional.³ Com a economia em crise, os efeitos sobre o trabalho são automáticos – as previsões da Organização do Trabalho Internacional (OIT) para a América Latina e o Caribe são desanimadoras. Esta crise, deflagrada com a pandemia de Covid-19 e classificada como a mais severa sofrida em toda a história da região, afetará sobremaneira o mercado de trabalho, “destruindo empregos, aumentando o desemprego e tornando mais precárias as condições de trabalho”.⁴

No Brasil, pouco tempo após as medidas de estímulo ao isolamento social e de proibição às aglomerações terem sido estabelecidas, o Governo Federal lançou um conjunto de normas visando à proteção do emprego e da renda, que iam desde o fornecimento de crédito a empresas até alterações sensíveis nas relações de emprego. Destacam-se, neste último sentido, as Medidas Provisórias n. 927 e 936, respectivamente publicadas em 22/03/2020 e 01/04/2020.⁵

Sob o fundamento da emergência, da calamidade e da preservação do emprego, as providências autorizadas pelo Governo prestigiavam a negociação individual e direta entre empregado e empregador. Na MP n. 927/2020, cujas disposições não implicavam, diretamente, ônus para a União, ficou permitido o acordo individual escrito, com preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e coletivamente negociados, a fim de garantir a permanência do vínculo de emprego (artigo 2º). Medidas como o teletrabalho, a antecipação de férias, o banco de horas e o aproveitamento e a antecipação de feriados foram previstas em rol meramente exemplificativo, como se extrai do *caput* do artigo 3º. Tudo diretamente acertado entre empregado e empregador e instrumentalizado em acordos individuais.

³ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). *World Economic Outlook Update*, June 2020.

⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). *Employment Situation in Latin America and the Caribbean: Work in times of pandemic: the challenges of the coronavirus disease (COVID-19)*, maio de 2020.

⁵ A MP n. 927/2020, não convertida em lei, teve sua vigência encerrada em 22/03/2020. Já a MP n. 936/2020 foi convertida na Lei n. 14.020, de 06/07/2020, que manteve o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, abrindo, inclusive, ao Poder Executivo a possibilidade de prorrogação dos prazos máximos das medidas de suspensão do contrato e de redução da jornada e do salário (artigo 7, § 3º, e artigo 8º, § 6º).

A MP n. 936/2020 ia além. Permitia a redução proporcional da jornada de trabalho e do salário e até a suspensão temporária do contrato de trabalho, por um prazo máximo de 90 e de 60 dias, respectivamente. Tudo mediante “acordo individual escrito”⁶, que apenas deveria ser “comunicado” ao respectivo sindicato laboral pelo empregador em até 10 dias (artigo 11, § 4º). Em que pese a previsão de pagamento de um Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, a ser custeado pela União, aos empregados que tivessem o contrato suspenso ou a jornada reduzida, fato é que, à exceção daqueles que recebessem um salário mínimo⁷, haveria uma possibilidade real de redução do salário nominal dos trabalhadores, particularmente porque o pagamento de uma “ajuda compensatória mensal” pelo empregador era facultativo para boa parte das empresas.⁸ Em contrapartida, a MP previa a garantia do emprego pelo mesmo prazo de duração da suspensão do contrato ou da redução proporcional da jornada e do salário (artigo 10).

Tão logo publicadas as Medidas Provisórias, foram ajuizadas inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁹ contestando, dentre outras questões, a possibilidade de transação de direitos pela via negocial direta entre empregado e empregador.

Até o momento, apenas foram apreciadas pelo Plenário da Excelsa Corte as medidas cautelares requeridas nestas ações¹⁰, contudo, em todas elas, não houve qualquer suspensão de

⁶ Exigiu-se a negociação coletiva, apenas, para os empregados com salários superiores a R\$ 3.135,00 e inferiores ao dobro do teto dos benefícios do RGPS para qualquer hipótese de suspensão do contrato e do salário e para a redução da jornada e do salário superior a 25%. Em outras palavras, mesmo nesta faixa salarial, a redução da jornada e do salário em até 25% poderia ser pactuada por acordo individual (artigo 12, parágrafo único).

⁷ O Benefício Emergencial é calculado com base no valor do seguro-desemprego (artigo 6º da MP n. 927/2020), de modo que, por exemplo, aquele que tem 25% da jornada e do salário reduzidos, receberá 25% do valor da parcela do seguro-desemprego e assim por diante. Como a menor parcela do seguro-desemprego equivale ao salário mínimo, na prática, não há diminuição do valor nominal dos salários dos empregados nesta faixa de renda.

⁸ As empresas que, em 2019, tiveram receita bruta superior a R\$ 4,8 milhões obrigatoriamente deveriam pagar a ajuda compensatória mensal de, no mínimo, de 30% do salário do empregado (artigo 8º, § 5º, da MP n. 936/2020). Afirma-se que boa parte dos empregadores não foi atingida por esta medida, uma vez que, segundo dados do SEBRAE, as micro e pequenas empresas são responsáveis por 52% dos empregos formais no setor privado (SEBRAE. *Pequenos negócios em números*. 2020. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 18 set. 2020).

⁹ A MP n. 927/2020 foi questionada nas ADI 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354, julgadas em bloco, e nas ADI 6375, 6377 e 6380. Já a MP n. 936/2020 foi objeto da ADI 6363.

¹⁰ Ainda não foram disponibilizados os votos e nem publicados os acórdãos. Entretanto, os vídeos com os julgamentos estão disponíveis na internet.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Consulta a sindicato para acordos de redução salarial*. 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hWVcam3KGdE>. Acesso em: 18 set. 2020. _____
Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Redução de salários por acordo individual em decorrência da pandemia de*

eficácia de nenhum dos dispositivos que previam a negociação individual como forma de transacionar e, às vezes até renunciar, direitos trabalhistas. Os votos vencedores proferidos ao vivo pelos Ministros da Corte traziam as ideias de “excepcionalidade”, de “emergência”, de “calamidade pública”, de “situação atípica” e de “gravidade” imprevista e imprevisível.¹¹ Também foi lembrada a contrapartida da União com o pagamento do Benefício Emergencial, o que mitigaria o prejuízo dos empregados.

Não obstante a temporariedade das medidas e a situação completamente atípica e excepcional na qual foram instituídas, já se pôde constatar, ao longo da história do Direito do Trabalho, que as crises econômicas pelas quais passa lhe deixam “cicatrices visíveis”.¹² Como está “ligado de modo estrutural às relações sociais sobre que atua”, enquanto houver capitalismo, haverá Direito do Trabalho, cuja função principal é servir de “instrumento de mediação e de institucionalização do conflito entre o trabalho assalariado e o capital”.¹³ Contudo, as “cicatrices visíveis” de que trata Palomeque Lopez sempre existiram, de modo que é justamente durante as crises econômicas, quando elas se formam, que se deve revisitar os fundamentos, os valores e os princípios informadores do Direito do Trabalho sob a ótica contemporânea e, quiçá, sob novos paradigmas. Afinal, “os princípios não são obstáculos às mudanças exigidas pelos tempos e pelas circunstâncias. Sua própria maleabilidade lhes permite manter a substância mesmo que tudo o mais se mude”.¹⁴

Esta revisitação é proposta neste artigo, que está dividido em duas partes. Na primeira, serão abordados alguns acontecimentos recentes e relevantes, como a guinada no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à autonomia privada individual nas relações de emprego – o que, para alguns inaugurou um *novo Direito do Trabalho no Brasil*¹⁵ – e as

Covid-19. 17 abr. 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ONpu8U3zM_4. Acesso em: 18 set. 2020. _____, Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Mudanças em regras trabalhistas na pandemia*. 23 abr. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cqmiaqvHL8k&t=7295s>. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Flexibilização de regras trabalhistas durante pandemia*. 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CGIHDn-h2L8&t=7408s>. Acesso em: 18 set. 2020.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Flexibilização de regras...*, cit.

¹² LOPEZ, Manuel-Carlos Palomeque. *Direito do Trabalho e Ideologia: meio século de formação ideológica do Direito do Trabalho espanhol (1873-1923)*. Tradução de António Moreira. Almedina, 2001, p. 39.

¹³ LOPEZ, Manuel-Carlos Palomeque. *Direito do Trabalho...*, cit., p. 39.

¹⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 82.

¹⁵ GOMES, Fábio Rodrigues. O novo direito do trabalho. *Revista TST*, São Paulo, v. 84, n. 3, p. 120-167, jul/set 2018, p. 141.

principais inovações legislativas sobre o tema trazidas com a Reforma Trabalhista perpetrada pela Lei n. 13.467/2017.

Por fim, o artigo procura resgatar os fundamentos que embasam os limites à autonomia privada individual nas relações de emprego, revisitando-os, contudo, sob um olhar contemporâneo e sob a perspectiva de um contexto multifacetado de crise.

A exposição está permeada de questões provocativas que objetivam instigar a reflexão – urgente e necessária – acerca dos limites impostos à negociação direta e individual entre empregados e empregadores.

1. A guinada no entendimento do STF, a Reforma Trabalhista e o novo Direito do Trabalho.

As medidas de proteção ao emprego e à renda levadas a cabo durante o estado de calamidade pública decorrente do novo coronavírus, como vimos, privilegiou a negociação direta entre empregados e empregadores, o que teve sua constitucionalidade discutida na Corte Suprema do país.

Ao relatar as ações diretas que contestavam a constitucionalidade da MP n. 927/2020, o Ministro Marco Aurélio, referindo-se ao seu artigo 2º, que prevê, de modo genérico, a celebração de acordo individual escrito para garantir a permanência do vínculo empregatício, declarou que, não sendo o empregado um tutelado do sindicato, sua liberdade, “especialmente em época de crise (...), quando a fonte do próprio sustento sofre risco, como na espécie (...), há de ser preservada (...), desde que não implique, como consta na cláusula final do artigo, a colocação em segundo plano de garantia constitucional”.¹⁶

Porém, indaga-se: não estaria a fonte do próprio sustento do trabalhador (seu salário) em risco diante de qualquer possibilidade de demissão?

Mas o Ministro vai além. Particularmente quanto ao inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal, que preconiza ser direito dos trabalhadores o reconhecimento das

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Mudanças em regras trabalhistas...*, cit.

convenções e acordos coletivos de trabalho, disse, em seu voto, que este “preceito não coloca em segundo plano (...) a vontade do cidadão, a vontade do trabalhador”.¹⁷

Novamente questiona-se: a vontade que obriga não pressupõe a liberdade?¹⁸ Qual a medida da liberdade daquele que vive exclusivamente da venda de sua força de trabalho?¹⁹

Precisamos voltar um pouco na história.

Veio do Supremo Tribunal Federal (STF) o precedente que alguns chamam de *embrião do novo Direito do Trabalho no Brasil*²⁰. Em 2015, no Recurso Extraordinário 590.415, a Corte suplantou jurisprudência consolidada em Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST)²¹, para conferir validade à quitação ampla do contrato de trabalho em consequência de adesão de empregado a plano de demissão voluntária fixado em norma coletiva.²²

Entretanto, se naquela decisão se reafirmou ter havido, com a Constituição de 1988, uma transição de um modelo justralhista corporativo-autoritário para um modelo democrático, foi expressamente no sentido de dar prevalência à autonomia privada coletiva.²³

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Mudanças em regras trabalhistas...*, cit.

¹⁸ O fundamento e os efeitos do negócio jurídico assentam-se na vontade e o “princípio pelo qual se lhe reconhece o poder criador de efeitos jurídicos denomina-se *autonomia da vontade*, que se enuncia por dizer que o indivíduo é livre, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, para criar direitos e contrair obrigações” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I. Revisão Maria Celina Bodin de Moraes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 389).

¹⁹ Ao discorrer sobre o processo incipiente de industrialização mundial, anterior à organização coletiva dos trabalhadores e à intervenção do Estado na regulamentação das relações de trabalho, Palomeque Lopez afirma que “a troca de trabalho por salário estava submetida, tal como quaisquer outras relações económicas, à lei da oferta e da procura dos bens objeto de transação (trabalho e salário)”. De tal sorte, “o empresário podia assim livremente dispor de condições de trabalho a baixo custo (tempos de trabalho prolongados e salários reduzidos), sabendo que seriam aceites por um ou outro indivíduo de uma sobrepopulada oferta de trabalho” (LOPEZ, Manuel-Carlos Palomeque. *Direito do Trabalho...*, cit., p. 23).

²⁰ GOMES, Fábio Rodrigues. *O novo direito...*, cit., p. 141.

²¹ Pela Orientação Jurisprudencial n. 270 da Seção de Dissídios Individuais-1 do TST, “a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo”.

²² Foi fixada a seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 590.415/SC*. Recorrente: Banco do Brasil S/A (sucessor do Banco do Estado de Santa Catarina S/A – BESC). Recorrida: Claudia Maira Leite Eberhardt. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJe de 29/05/2015.).

²³ A autonomia da vontade coletiva sempre foi reconhecida pela CLT, em que pese o controle estatal exercido sobre os sindicatos no alvorecer das normas trabalhistas na década de 1930, no que se pode identificar como um modelo “lastreado no corporativismo” – sindicato como instrumento dos interesses do Estado, unicidade sindical,

Ou seja, prestigiou-se “a autonomia coletiva da vontade como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão a sua própria vida, inclusive no trabalho”²⁴, nos expressos termos do voto do Ministro relator. A liberdade individual do trabalhador, deste modo, limitava-se a aderir ou não a plano de demissão voluntária cujos termos já haviam sido coletivamente negociados.

Ainda assim, este precedente é visto, mesmo com todas as sutilezas do caso concreto, como precursor de uma nova tendência ao alargamento da limitação da autonomia da vontade individual²⁵, o que veio a se consolidar, no campo legislativo, com a Reforma Trabalhista perpetrada pela Lei n. 13.467/2017.

Até então, a negociação individual e direta entre empregado e empregador era rigorosamente limitada, sendo poucas as hipóteses em que se podia realizar.²⁶ Para ficarmos com alguns exemplos, podemos citar o acordo individual escrito para compensação de jornada de trabalho²⁷ (Súmula 85 do TST) e o ajuste individual expresso com o empregado bancário para que o sábado seja considerado dia de descanso remunerado (antiga redação do item I da Súmula 124 do TST). De modo geral, as alterações contratuais em benefício do empregado sempre foram permitidas (artigo 468 da CLT).

Este rigor, contudo, foi recepcionado pelo novo modelo justicialista democrático instituído pela Constituição de 1988, como se extrai das razões da decisão do próprio RE 590.415. A situação de inferioridade do empregado perante o empregador justifica o papel das

organização por categorias. A sutileza reside no fato de que, com a Constituição de 1988, passar-se-ia de um simples reconhecimento da autonomia da vontade coletiva para sua prevalência como instrumento de proteção da classe trabalhadora “derivada de sua própria força” (ROMITA, Arion Sayão. O princípio da proteção em cheque. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 4, n. 36, 2002. Não paginado).

²⁴ BRASIL, *Recurso Extraordinário*, cit.

²⁵ GOMES, Fábio Rodrigues. *O novo direito...*, cit., p. 140.

²⁶ Desde 2000, existe previsão para que empregados e empregadores fizessem acordos extrajudiciais perante Comissões de Conciliação Prévia (Lei n. 9.958/2000), não havendo qualquer restrição quanto à matéria a ser transacionada após o término da relação contratual. A doutrina, assim, diferencia de forma bem marcada o momento em que a negociação direta entre as partes do contrato ocorre, de modo que há maior liberdade após o término do contrato, ao passo que alterações contratuais permitidas durante a relação de emprego, até a Reforma Trabalhista, eram bastante restritas e, em regra, apenas permitida quando em benefício do empregado.

²⁷ Este acordo, para ser válido, depende da inexistência de norma coletiva em sentido contrário e, ainda, se volta à compensação de jornada dentro da mesma semana. O item V da Súmula veda a instituição de “banco de horas” por acordo individual.

regras heterônomas na defesa do hipossuficiente, uma vez que “a condição de subordinação, a desinformação ou a necessidade podem levá-lo a agir em prejuízo próprio”.²⁸

No entanto, com a Reforma Trabalhista, alguns ajustes individualmente negociados passam a ter sua validade reconhecida pelo legislador e o número de artigos que, de alguma forma, tratam do assunto dá a dimensão da mudança. Exemplificativamente, pela sistemática instituída, o empregado pode, por acordo individual escrito, pactuar banco de horas para compensação em até seis meses (artigo 59, § 5º, CLT); se a compensação ocorrer no mesmo mês, admite-se, até mesmo, o acordo individual tácito (artigo 59, § 6º, CLT); o regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso também passou a poder ser pactuado mediante acordo individual escrito, inclusive com a indenização, ao invés da observância, dos intervalos para repouso e alimentação (artigo 59-A, CLT); e disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto (artigo 75-D, da CLT).

Ainda, dispensou-se a assistência do Sindicato quando houver pedido de demissão ou dispensa de empregado com mais de um ano de serviço com a revogação do § 1º do artigo 577 da CLT.²⁹

Conferiu-se a faculdade de empregado e empregador firmarem termo de quitação anual de obrigações trabalhistas perante o sindicato da categoria dos empregados, com eficácia liberatória das parcelas ali especificadas (artigo 507-B, CLT). Embora haja a participação do sindicato, o próprio ato de se dirigir à entidade sindical para firmar o termo é uma faculdade, ou seja, trata-se de uma decisão a ser tomada, na esfera individual, entre empregado e empregador.

O entendimento do STF quanto à eficácia liberatória da adesão a plano de demissão voluntária ou incentivada, pactuado em norma coletiva, foi positivado no artigo 477-B da CLT. Instituiu-se uma nova modalidade de término de contrato de trabalho – a extinção por acordo

²⁸ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O direito coletivo do trabalho no Supremo Tribunal Federal: planos de demissão incentivada e autonomia da vontade, um estudo de caso. *Revista TST*, São Paulo, v. 84, n. 2, p. 19-42, abr/jun 2018, p. 26.

²⁹ A redação do § 1º do artigo 577 da CLT, dada pela Lei n. 5.584/1970, era a seguinte: “O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social”.

entre empregado e empregador, na qual as verbas resilitórias indenizatórias³⁰ serão devidas pela metade e que não garante o recebimento do seguro-desemprego (artigo 484-A).

Estas possibilidades de negociação individual entre empregado e empregador podem ser aplicadas a qualquer contrato de trabalho regido pela CLT. Contudo, o legislador reformista entendeu que existe um grupo de empregados que pode ir além. Trata-se do que, em boa parte da doutrina³¹, se convencionou chamar de *empregado hipersuficiente*³², definido como aquele cuja remuneração seja superior ao dobro do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e que seja portador de diploma de nível superior. Este empregado ganhou “permissão legal para estipulação de cláusulas contratuais menos favoráveis”.³³

Enquanto o *caput* do artigo 444 da CLT trata da livre estipulação entre as partes no contrato de trabalho, em tudo o que não contravenha às disposições legais e coletivamente negociadas, o parágrafo único estratifica os empregados dentro de uma mesma empresa e prevê que, para este determinado grupo que presumidamente “não se encontraria submetido à subordinação intensa”³⁴, o individualmente pactuado tem a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos normativos coletivos.³⁵

Facultou-se, ainda, aos empregados que recebem acima deste mesmo patamar salarial, embora aqui não se tenha exigido a formação na educação superior, a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem (artigo 507-A).

Ao que tudo indica, a guinada no entendimento da Suprema Corte do país – ainda que diante de situação calamitosa -, as recentes e profundas mudanças na dogmática jurídica e

³⁰ Aviso prévio e indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS (artigo 18, § 1º, da Lei n. 8.036/1990).

³¹ A título exemplificativo, Maurício Godinho Delgado não usa a expressão “hipersuficiente”, optando por se referir ao empregado indicado no parágrafo único do artigo 444 da CLT como “empregado relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado” (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 77).

³² Enquanto ainda tramitava no Senado Federal o projeto que deu origem à Lei n. 13.467/2017, o Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), Guilherme Guimarães Feliciano, utilizou o nome “hipersuficiente econômico” para se referir ao empregado que viria a ser tratado no parágrafo único do artigo 444 da CLT (24ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da 3ª sessão legislativa ordinária da 55ª legislatura do Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?reuniao=6276&codcol=34>. Acesso em: 20 set. 2020.

³³ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos para a reconstrução*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 157.

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho...*, cit., p. 158-159.

³⁵ Para que não houvesse dúvidas acerca da extensão das matérias que podem ser diretamente negociadas, o legislador fez expressa menção ao artigo 611-A, também inserido na CLT pela Lei n. 13.467/2017, que, em rol exemplificativo, indica assuntos que podem ser objeto de norma coletiva, prevalecendo sobre o que legislado.

a crise socioeconômica sem precedentes que se avizinha formam a tempestade perfeita para que novos rumos no regramento da autonomia da vontade individual na relação de emprego sejam tomados.

Uma vez que “o problema da autonomia privada, na sua existência e eficácia, é apenas um problema de limites”³⁶, antes que se deixe marcar o Direito do Trabalho pelas cicatrizes, é importante que se reflita sobre estes limites. Tal reflexão passa, necessariamente, pela revisitação dos princípios, valores e fundamentos que regem as relações de emprego, particularmente, sob a ótica da crise.

2. A autonomia privada individual da relação de emprego em um contexto multifacetado de crise.

A vontade é elemento essencial à relação de emprego conforme entendimento da quase unanimidade da doutrina justtrabalhista.³⁷ Decorre de tal assertiva que a relação de emprego tem natureza jurídica de contrato.³⁸ Não assume a forma de nenhum dos contratos típicos do Direito Civil, como preconizavam os adeptos das teorias contratualistas³⁹ tradicionais⁴⁰, mas sim a de um contrato com características próprias que decorrem, justamente, do *modo de ser* de sua prestação, que se desenvolve em um estado de subordinação de uma das

³⁶ AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 102, p. 207-230, 1989, p. 215.

³⁷ PEDRA, Marcelo Nogueira. Relação de emprego no direito brasileiro: natureza jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 17, n. 1, p. 133-158, 1994, p. 138-139.

³⁸ Em definição bastante sintetizada, “contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: volume 3: contratos. 24. ed. Revisão Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Edição do Kindle, posição 640).

³⁹ Opõem-se às teorias contratualistas, que enfatizam o papel da vontade na relação de emprego, as teorias acontratualistas, que ora consideram inexistente a vontade, ora não lhe conferem importância. (PEDRA, Marcelo Nogueira. *Relação de emprego...*, cit., p. 138-139).

⁴⁰ Dentre as teorias contratualistas, as clássicas ou tradicionais são aquelas que procuravam enquadrar o contrato de trabalho em uma das figuras contratuais típicas do Direito Civil, como, por exemplo, os contratos de compra e venda, arrendamento, mandato e de sociedade.f (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação do direito do trabalho*. 41. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 183).

partes em relação à outra.⁴¹ No entanto, como contrato que é, traz na sua essência a vontade. Mais precisamente, a exteriorização da vontade.⁴²

A autonomia da vontade⁴³ surge como a consagração do liberalismo no plano jurídico⁴⁴, tentando conciliar a “liberdade formal e a segurança, conceitos que se qualificavam como verdadeiros alicerces das relações privadas”.⁴⁵ Contudo, como a própria crença na igualdade formal dos indivíduos como instrumento apto a assegurar o equilíbrio dos contratos foi desacreditada pela vida real, impôs-se a interferência do Estado em inúmeras relações – não só trabalhistas – o que implicou uma “limitação legal da *liberdade de contratar* e o encolhimento da esfera da *autonomia privada*”.⁴⁶

A técnica do tratamento desigual foi utilizada para equilibrar as partes na relação contratual e seu exemplo mais eloquente é justamente o Direito do Trabalho.⁴⁷ Este ramo do direito tem em sua gênese um propósito de proteção⁴⁸, tendo surgido “com o preciso objetivo

⁴¹ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*, volume I. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 238.

⁴² “A vontade interna ou real é que traz a força jurídica, mas é a sua exteriorização pela declaração que a torna conhecida, o que permite dizer que a produção de efeitos é um resultado da vontade, mas que esta não basta sem a manifestação exterior”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – v. I*, cit., p. 392). Esta declaração sequer precisa ser formal, bastando que o indivíduo traduza o seu querer em uma atitude inequívoca – como fazer um sinal para o ônibus parar, por exemplo.

⁴³ Embora em muitos textos seja possível observar o uso indistinto dos termos “autonomia da vontade” e “autonomia privada”, há quem afirme a existência de diferenças entre eles. Assim, a autonomia de vontade se refere à concepção subjetivista ou individualista do termo, própria do liberalismo burguês; Conforme tal concepção foi sofrendo fortes críticas doutrinárias, que cobravam a imposição de limites e contenções, o termo “vontade” passou a ser repudiado, colocando-se em evidência o vocábulo “privada”. (RODRIGUES JUNIOR. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.41, n. 163, p.117-126, 2004.)

⁴⁴ Além do plano jurídico, o liberalismo, que se relaciona diretamente com a noção de liberdade e tem suas raízes fincadas na revolução burguesa, atua no campo político através do respeito aos direitos individuais, da soberania do Estado, da democracia e da separação de poderes, e no campo econômico, pela não interferência do Estado no mercado. (LOPEZ, Manuel-Carlos Palomeque. *Direito do Trabalho...*, cit., p. 21)

⁴⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade...*, cit., p. 216.

⁴⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8.

⁴⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 9.

⁴⁸ A ideia de proteção como finalidade ou função do Direito do Trabalho é criticada por alguns autores que entendem que a proteção pressupõe uma relação de dominação entre o protetor e o protegido (OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Direito do trabalho e emancipação. Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 46, p. 190, 2007). Segundo esta linha argumentativa, a função do Direito do Trabalho seria a de regular as relações entre empregados e empregadores, equilibrar “as posições econômicas dos respectivos sujeitos por meio da concessão de garantias ao mais fraco, com o intuito não de protegê-lo, mas de realizar o ideal de justiça”. (ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção...*, cit.)

de equilibrar, com uma desigualdade jurídica favorável, a desigualdade econômica e social que havia nos fatos”.⁴⁹

O princípio da proteção é, assim, o “critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho”⁵⁰, informando outros princípios dele decorrentes. Fundamenta-se na desigualdade existente, no mundo dos fatos, entre os contratantes – empregado e empregador. Tal desigualdade, por sua vez, é expressa não apenas em uma dimensão social ou econômica, mas, sobremaneira, na subordinação jurídica⁵¹ de uma das partes em relação à outra.

A subordinação jurídica na relação de emprego é o revés do poder que é conferido ao empregador.⁵² A “questão do poder está no coração do direito do trabalho”⁵³ e ela se explica pela alteridade. O empregador, detentor dos meios de produção, dentre os quais se inclui o trabalho, assume os riscos do seu empreendimento, podendo dispor de tais fatores de modo a atingir seus objetivos. Assim, o direito confere ao empregador a faculdade de se utilizar da força de trabalho na consecução de seus fins e ao trabalhador, a obrigação de deixar-se dirigir.⁵⁴ Deste modo, a subordinação do trabalhador como característica essencial do contrato de trabalho, além das explicações fundadas na dependência econômica, técnica ou social, exprime-se com melhor clareza como contraposto da autoridade do empregador.⁵⁵

É, então, em decorrência do princípio da proteção que normas de ordem pública limitam a autonomia da vontade de trabalhadores e empregadores com maior rigidez na esfera individual. Um de seus corolários é o princípio da irrenunciabilidade⁵⁶, segundo o qual aquelas normas de ordem pública – a legislação trabalhista – não poderiam ser voluntariamente

⁴⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios...*, cit., p. 80.

⁵⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios...*, cit., p. 83.

⁵¹ Não obstante o legislador, na CLT, não tenha falado em “subordinação”, mas sim em “dependência” do empregado em relação ao empregador (artigo 3º), a doutrina e a jurisprudência sedimentou-se no sentido de identificar na subordinação jurídica o signo distintivo da relação de emprego que, não obstante, deve se somar aos outros elementos fático jurídicos eleitos pelo legislador – personalidade, trabalho prestado por pessoa física, não eventualidade e onerosidade. (SÜSSEKIND *et al.*. *Instituições...*, cit., p. 239-243).

⁵² Conforme lições de Amauri Mascaro Nascimento, são desdobramentos do poder de direção do empregador os poderes de organização, de controle e disciplinar. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação do direito...*, cit., p. 268-172).

⁵³ SUPIOT, Alain. *Crítica do direito do trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 145.

⁵⁴ SÜSSEKIND *et al.*. *Instituições...*, cit., p. 239-243.

⁵⁵ SUPIOT, Alain. *Crítica do...*, cit., p. 150.

⁵⁶ Para Américo Plá Rodriguez, o princípio pode ser sintetizado na seguinte formulação: “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em proveito próprio”. (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito...*, cit., p. 142)

renunciadas pelo trabalhador. Apesar dessa orientação geral, enxerga-se, na doutrina e na jurisprudência, que a irrenunciabilidade alcançaria um núcleo de regras juslaborais de caráter imperativo, de modo que, *a contrario sensu*, haveria normas de caráter dispositivo, “às quais corresponde o campo onde tem eficácia o ajuste decorrente da autonomia da vontade entre as partes contratantes”.⁵⁷ Neste sentido, fala-se também em princípio da indisponibilidade.

Todavia, os conceitos de ordem pública transmutam-se com o tempo, assim como o conteúdo de suas normas, de modo que não passa o contrato de um momento de equilíbrio de forças, “reduzindo-se o campo da liberdade de contratar na medida em que o legislador entenda conveniente alargar a extensão das normas de ordem pública, e vice-versa”.⁵⁸

Devemos pontuar, contudo, que, não obstante estes limites sejam, na maior parte das vezes, explicados diante de uma perspectiva individual – o princípio da proteção que se fundamenta na desigualdade oriunda da subordinação jurídica de uma das partes à outra –, não podemos olvidar que também se tutela, por meio do Direito do Trabalho, direitos que ultrapassam o mero interesse das partes.⁵⁹

Este objetivo transparece, dentre outras, na função do Direito do Trabalho como instrumento regulador da concorrência, que pode ser apreendida em três acepções diferentes: a concorrência entre nações, a concorrência doméstica entre empresas e a concorrência entre os trabalhadores.⁶⁰

No nível internacional, procura-se manter a competição sadia entre os países a partir do primado constante da Declaração de Filadélfia, segundo o qual “a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras

⁵⁷ SÜSSEKIND *et al.* *Instituições...*, cit., p. 199.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume 3*, cit., posição 991.

⁵⁹ Para José Felipe Ledur (2010), além da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, dentre os quais se incluem os direitos sociais do trabalho, existe uma dimensão jurídico-objetiva, transcendente da esfera individual e que constitui desdobramentos de opções valorativas identificáveis nos artigos 1º, 3º, 170 e 193 da Constituição Federal. Deste modo, o conjunto dos fundamentos e objetivos da República brasileira e das ordens econômica e social informam a interpretação e a aplicação do Direito do Trabalho (LEDUR, José Felipe. A proteção como função jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalho. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, n. 05, 2010).

⁶⁰ OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018, p. 40-41.

nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios”.⁶¹ A questão é de suma importância na contemporaneidade, particularmente em razão da globalização, da transferência de postos de trabalho de países centrais para países periféricos⁶² e da ausência de fronteiras ao capital financeiro.

Contudo, aqui, focaremos nas outras duas acepções. A limitação da autonomia privada individual nas relações de emprego pode funcionar como instrumento regulador da concorrência entre trabalhadores, a partir do momento em que há um patamar mínimo não negociável, o que mitigaria os nefastos efeitos que a lei da oferta e da procura poderiam gerar aos empregados.

Um exemplo eloquente da concorrência entre trabalhadores, e que ocorre até mesmo antes da sua contratação, é a crescente utilização de contratos de prestação de serviços de profissionais altamente qualificados e que estão se revestindo de outras formas que não a típica relação de emprego. Tudo isso com a chancela do Poder Judiciário, que além de entender constitucional a prestação de serviços terceirizados na atividade-fim do tomador⁶³, inclusive quando desempenhado pelo próprio sócio da empresa prestadora⁶⁴, afasta a figura da relação de emprego sempre que não constatada, no caso concreto, uma subordinação direta.⁶⁵

Já sob a ótica da concorrência empresarial, as condições para a atuação no mercado devem ser isonômicas para os que nele competem. Cabe falar, neste sentido, até mesmo do

⁶¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo* (Declaração de Filadélfia). [1944].

⁶² DÄUBLER, Wolfgang. Challenges to Labor Law. *Law: J. Higher Sch. Econ.*, p. 189-203, 2016, p. 189-193.

⁶³ O STF, nos autos do RE 958.252, fixou a seguinte tese jurídica: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 958.252/MG*. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no Dje em 13/09/2019.).

⁶⁴ A nova redação do § 2º do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, que passou a regulamentar a terceirização a partir das alterações que lhe foram impressas pela Lei n. 13.429/2017, dispõe que “não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços (...) e a empresa contratante”.

⁶⁵ A título ilustrativo, segue trecho de ementa de acórdão proferido pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que reconheceu a validade da contratação de médicos como pessoas jurídicas, em razão da Lei da Terceirização e da Lei n. 13.467/2017, ressaltando o reconhecimento do vínculo de emprego apenas dos médicos que efetivamente trabalhavam de forma subordinada antes da vigência das leis. “(...) Recurso de Revista da empresa. Mérito. Ação Civil Pública. Serviços de medicina diagnóstica. Médicos contratados como pessoa jurídica. Terceirização. Pejotização. Vínculo de emprego. Reconhecimento apenas nos casos de configuração individual da subordinação. Incidência das Leis NºS 13.429/2017 e 13.467/2017. (...). (TST - RR: 102878320135010011, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 13/03/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/03/2019).

tratamento diferenciado dispensado pelo legislador a determinadas empresas visando a atingir esta isonomia mediante o equilíbrio.⁶⁶

De certa forma, esta lógica foi, ainda que muito timidamente, incorporada à normatividade trabalhista, o que se percebe em algumas regras que levam em consideração o porte do empregador. São exemplos o § 2º do artigo 74 da CLT, que dispensa a anotação dos horários de entrada e de saída de empregados em estabelecimentos com menos de 20 trabalhadores; e o artigo 510-A da CLT, que assegura a formação de uma comissão de representantes dos empregados nas empresas com mais de 200 trabalhadores.

Sendo assim, indaga-se: os limites à autonomia privada individual do trabalhador deveriam levar em consideração aspectos concernentes ao porte do empregador ou à concorrência leal entre empresas? E ainda: em que medida a ampliação desta liberdade desequilibraria a concorrência entre os próprios trabalhadores?

Analisar os limites à autonomia da vontade individual sob a perspectiva da concorrência, particularmente nestas duas últimas acepções, pode levar a resultados úteis e inovadores. Afinal, “quando mudam os paradigmas, muda com eles o próprio mundo”.^{67/68}

Embora se referindo ao Direito do Trabalho alemão, podemos compartilhar, em certa medida, as conclusões de Wolfgang Däubler⁶⁹ no sentido de que três características deste ramo do Direito lhe conferem ampla capacidade de adaptação. Tais características decorrem da existência de: (i) inúmeros princípios gerais; (ii) um processo específico (e coletivo) de criação de normas; e (iii) inúmeras instituições jurídicas próprias. Para o autor, são justamente estes fatores que possibilitam que o Direito do Trabalho evolua “acompanhando as mudanças ocorridas e alterando suas regras de modo construtivo”.⁷⁰

Neste contexto, a revisitação e a releitura dos valores, dos princípios e das funções do Direito do Trabalho para que se alcance a dosagem certa de intervenção na autonomia

⁶⁶ O melhor exemplo talvez seja o artigo 146 da Constituição Federal, que determina a estipulação de regime tributário diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte.

⁶⁷ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 145.

⁶⁸ Ainda segundo Thomas Kuhn, “guiados por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seu olhar em novas direções. E o que é ainda mais importante: durante as revoluções [científicas], os cientistas vêem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados anteriormente” (*A estrutura...*, cit., p. 145).

⁶⁹ DÄUBLER, Wolfgang. A flexibilidade do direito do trabalho na Alemanha. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, SP, v. 29, n. 111, p. 210-228, jul./set. 2003, p. 213-214.

⁷⁰ DÄUBLER, Wolfgang. *A flexibilidade...*, cit., p. 214.

privada individual passam, necessariamente, pela análise da realidade. E os dados da realidade, por sua vez, indicam um cenário de crise.⁷¹ Fora a crise econômica, cíclica e inerente ao modelo de produção capitalista, podemos destacar uma crise do emprego, que leva a uma crise do Direito do Trabalho, sobretudo a partir da década de 1970, no mundo, e de 1990, no Brasil.⁷²

A crise econômica deflagrada na década de 1970, a globalização e a hegemonia neoliberal⁷³ levaram a uma profunda reconfiguração do padrão de acumulação, que passou a operar sob um modelo flexível.⁷⁴ Em oposição ao modelo de produção e organização do trabalho de matriz fordista-taylorista, fundada na fabricação em massa de produtos homogêneos por empregados pouco qualificados e que sofriam intenso controle de seu tempo e de seus movimentos, surgem modelos pós-fordistas, cujo principal objetivo é adequar-se à demanda, evitando, assim, a produção excedente.⁷⁵

A produção fragmentada e horizontalizada, típica dos modelos pós-fordistas, demanda a flexibilização também dos trabalhadores, que passariam a se inserir no mercado através de formas atípicas de trabalho, dos quais são exemplo o contrato a tempo parcial, temporário, terceirizado, intermitente, entre outros.⁷⁶ Este movimento também passa a exigir a desregulamentação e a flexibilização dos direitos trabalhistas.

⁷¹ Arion Sayão Romita narra que, ainda em 1933, o escritor alemão Hugo Sinzheimer publicou artigo cujo título era “A crise do Direito do Trabalho”. Para o autor, isso deixa claro que não existe novidade no estudo do Direito do Trabalho em face da crise econômica, surpreendendo-se Romita, contudo, pela insistência em estudar seu conjunto de normas como constituídas para reger “institutos fixos e imutáveis no tempo e no espaço, (...) isentar e influência da história e dos fatores culturais encontrados na sociedade” (ROMITA, Arion Sayão. *Novas perspectivas contratuais: o Contrato de Trabalho*. *Revista Legislação do Trabalho* (Revista LTr 64-03). São Paulo: LTr, v. 64, n. 3, p. 295-306, 2000).

⁷² Com a aplicação de ideais neoliberais no Brasil a partir da década de 1990, intensificou-se por aqui o processo de reestruturação produtiva, que fez com que as empresas adotassem novos padrões organizacionais, que levou a uma simbiose entre elementos típicos do fordismo – ainda presente em diversos ramos – com as características da acumulação flexível (ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 118).

⁷³ Sobre os efeitos da globalização e da hegemonia neoliberal sobre o trabalho, ver: DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho...*, cit.

⁷⁴ Embora não tenha havido a total substituição do modelo fordista-taylorista pelos modelos pós-fordistas, estes últimos mostraram-se mais capacitados para atender as demandas individualizadas dos consumidores, especialmente a partir de processos de fragmentação da cadeia produtiva, o que refletiu sobremaneira nas relações de trabalho.

⁷⁵ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do trabalho no mundo*. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

⁷⁶ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho...*, cit., p. 61.

O alargamento, portanto, dos limites à autonomia privada individual do trabalhador insere-se neste contexto, pois é um dos meios de desregulamentação e de flexibilização da relação de trabalho.

A mudança nas formas de organizar o trabalho levaram, ainda, a outra crise – a da subordinação como elemento definidor da relação de emprego. Embora a subordinação sempre tenha apresentado graus distintos de incidência nas diversas relações de emprego⁷⁷, desde a mudança para o paradigma pós-fordista, ela vem adquirindo novos rostos.⁷⁸ A ideia clássica de subordinação, mediante a qual o empregado segue ordens diretas e estritas de um superior hierárquico, “ameniza-se para dar lugar à de integração numa organização, em cujo seio os trabalhadores têm liberdade para escolher a maneira de realizar objetivos”.⁷⁹ Não bastam às empresas aqueles que apenas obedecem ordens, o modelo e as exigências do mercado esperam “dos trabalhadores que se comportem como se fossem independentes e responsáveis”.⁸⁰

Além do papel da tecnologia, notadamente do computador pessoal e do telefone celular, que conferem mais independência aos indivíduos, a fragmentação da cadeia produtiva permite que trabalhadores nela se engajem, recebendo a contraprestação pelo resultado entregue, o que, também, fragiliza a subordinação em sua feição clássica.

Neste sentido, o Direito do Trabalho depara-se com algumas alternativas, dentre as quais duas se destacam: ou se alarga o conceito de subordinação ou amplia-se o objeto do Direito do Trabalho.⁸¹ Na primeira opção, abandona-se a concepção clássica de subordinação no sentido de submissão às ordens do empregador em favor de um conceito que considere a integração dos trabalhadores na organização da empresa. Assim, usam-se outros indicadores

⁷⁷ “Vai uma longa distância entre o vínculo subordinativo de um trabalhador manual e um trabalhador intelectual ou técnico. Pode-se até apontar um princípio de grande validade: à medida que se vai elevando o empregado – nesta escala, do manual para o técnico ou intelectual –, tanto mais se vai adelgçando a subordinação que ele deve efetivamente ao seu empregador, ao mesmo tempo em que vai aumentando o seu caráter de colaboração e de confiança dentro da empresa” (MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução do direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 202).

⁷⁸ SUPIOT, Alain. *Beyond employment: changes in work and the future of labour law in Europe*. Nova Iorque: Oxford Press, 2007, p. 153.

⁷⁹ SUPIOT, Alain. *Beyond employment...*, cit., p. 215.

⁸⁰ SUPIOT, Alain. *Beyond employment...*, cit., p. 154.

⁸¹ GASPAR, Danilo Gonçalves. *A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial*. 2011. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 148-153.

para se determinar o trabalho como subordinado⁸², que não são incompatíveis com o fato de o trabalhador ter certa autonomia na execução de suas tarefas.⁸³

Já na segunda opção, mantém-se o conceito estrito de empregado, incluindo-se, contudo, no objeto do Direito de Trabalho outras relações jurídicas em que há prestação de trabalho atípico, como, por exemplo, trabalhadores parassubordinados, eventuais, dentre outros.⁸⁴

Entretanto, quando se analisa o fenômeno à luz dos limites da autonomia privada individual do trabalhador, indaga-se: se os limites à autonomia da vontade individual no Direito do Trabalho decorrem da natureza singular deste contrato, que advém do estado de subordinação de um dos sujeitos contratantes ao outro, e se a própria subordinação como signo distintivo desta relação está em crise, também não estariam em crise aqueles próprios limites tais como se encontram hodiernamente estabelecidos?

Com cada vez menos trabalhadores em situação clássica de subordinação direta a um empregador, chegamos a uma outra crise – a do emprego. Sua dimensão, em nosso país, pode ser compreendida a partir de um recentíssimo exemplo também relacionado à pandemia de Covid-19: o auxílio emergencial⁸⁵ pago pelo governo aos trabalhadores que não tinham “emprego formal” – informais e autônomos com baixo rendimento – foi buscado por cerca de 108 milhões de pessoas, das quais pouco mais de 65 milhões foram consideradas elegíveis.⁸⁶

O emprego típico e regulamentado está em declínio no Brasil, o que se percebe tanto pelo incremento do número de trabalhadores informais e por conta própria, quanto pelo número de desocupados.⁸⁷ Neste sentido, pode-se afirmar que a crise do trabalho, ou melhor,

⁸² A título de exemplo, no plano internacional, a Recomendação n. 198 da OIT sobre a relação de trabalho sugere outros indícios, além da subordinação e da dependência, que podem ser usados no reconhecimento de uma relação de emprego, dentre os quais a integração do trabalhador na organização da empresa, o trabalho realizado em benefício de terceiro, a pessoalidade, a remuneração periódica ou que constitua a principal fonte de ingresso do trabalhador.

⁸³ SUPIOT, Alain. *Beyond emplyment...*, cit., p. 12.

⁸⁴ GASPAR, Danilo Gonçalves. *A crise da subordinação...*, cit., p. 148-153.

⁸⁵ O auxílio emergencial foi instituído pela Lei n. 13.982/2020.

⁸⁶ COSTA, Alberto. Auxílio emergencial: 65,3 milhões de brasileiros recebem a 4ª parcela. *Agência Brasil*, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2020-07/auxilio-emergencial-653-milhoes-de-brasileiros-recebem-4a-parcela>. Acesso em: 26 set. 2020.

⁸⁷ Segundo dados da PNAD Contínua do IBGE, no último trimestre de 2019, havia 106,184 milhões de brasileiros na força de trabalho, dos quais 11,184 milhões estavam desocupados. Dentre os 94,552 milhões de ocupados, 45,523 eram empregados do setor privado (exceto os trabalhadores domésticos), muito embora 11,855 não tivessem a Carteira de Trabalho assinada. Os trabalhadores por conta própria somavam 24,557 milhões

do emprego, põe em xeque o princípio da proteção⁸⁸ que informa o Direito do Trabalho, particularmente, em razão de sua falência na consecução de sua função expansionista.⁸⁹

Em outras palavras, se o princípio da proteção se presta a proteger aquele que está em situação de desigualdade, o fato é que apenas acaba se estendendo, na prática, a um grupo minoritário que consegue se inserir no mercado formal de trabalho, não obstante a situação de hipossuficiência ou dependência de outros trabalhadores dele excluídos. Paradoxal, portanto, é a constatação de que, não obstante o declínio no seu âmbito de aplicação, o princípio da proteção se mostra extremamente atual⁹⁰ e necessário no século XXI.

Mais uma vez, indaga-se: se a crise do trabalho afasta cada vez mais trabalhadores da típica relação de emprego, o que põe em xeque a efetividade do princípio da proteção, não necessitaria ele próprio ser reexaminado? Este reexame deve ser adstrito à esfera coletiva dos trabalhadores ou, em alguma medida, é cabível também em suas relações individuais?

Embora pareça que esta questão foge ao tema aqui analisado, em verdade, a migração da classe trabalhadora do contrato de emprego formalizado para a informalidade ou mesmo para a autonomia – mesmo se consideradas as situações fraudulentas – é uma das faces dessa crise do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, passa o assunto a ser relevante para a autonomia da vontade individual dos trabalhadores, posto que seus limites, fora do contrato de emprego, já não serão mais os mesmos.

Neste contexto, entendemos que tais limites devem ser analisados sob diversas perspectivas, o que reflete a própria complexidade da contemporaneidade, das relações sociais

(INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *PNAD Contínua*. Divulgação: Fevereiro de 2020. Trimestre: out-nov-dez/2019).

⁸⁸ O declínio do emprego é apontado por Murilo Carvalho Sampaio Oliveira como uma das causas da crise do trabalho e, conseqüentemente, da crise do Direito do Trabalho, que deixa clara a urgência em se repensar o sistema protetivo trabalhista que, simplesmente, não está conferindo proteção ao trabalhador contemporâneo (OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Direito do trabalho...*, cit., p. 186-188)

⁸⁹ A assimilação pelo Direito do Trabalho da complexidade das relações começaria “pela simples mudança de perspectiva da tutela trabalhista ao abandonar-se a figura individualista-liberal do contrato de emprego e o código binário emprego x não-emprego e avançar-se em direção à tutela das relações de trabalho, sem preocupação com os elementos convencionais, mas apenas com os aspectos objetivos da prestação de serviços por alguém e do seu aproveitamento por outrem” (ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Reforma trabalhista e emersão social*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*, Rio de Janeiro, n.31, p. 53-57, 2002, p. 56-57).

⁹⁰ PIRES, Horácio de Senna. *Direito do trabalho: a atualidade do princípio da proteção*. *Revista TST*, Brasília, vol. 77, n° 2, pp. 125-132, abr/jun 2011.

imbricadas na sociedade e da própria classe trabalhadora. Poderíamos falar, assim, em limites objetivos, subjetivos, formais, conjunturais e circunstanciais.

Tais dimensões guardam relação com a própria natureza contratual da relação de emprego e, portanto, com a teoria dos contratos. Deste modo, os limites objetivos, subjetivos e formais remetem aos requisitos de validade dos contratos⁹¹, ao passo que os limites circunstanciais referem-se ao momento em que determinado negócio jurídico é formado (fases do contrato) e os limites conjunturais, às situações externas que, de alguma forma, desequilibram a relação pactuada.

3. Considerações finais.

As perguntas formuladas neste artigo são eloquentes e se prestam exatamente ao fim proposto – convidar a comunidade jurídica a reflexões sobre novos limites à autonomia privada individual nas relações de emprego.

Obviamente, sendo o presente artigo tão somente um convite à reflexão, não nos cabe aqui definir tais limites, mas apenas jogar luz sobre o tema e sobre as diversas questões que o circundam. Afinal, os limites à autonomia privada individual nas relações de emprego, como técnica de submissão da vontade à ordem pública, devem ser buscados a partir dos dados da realidade socioeconômica, conjuntamente com a necessária revisitação dos valores e princípios que informam o Direito do Trabalho e que lhes servem de fundamento.

Referências.

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. Reforma trabalhista e emersão social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*, Rio de Janeiro, n.31, p. 53-57, 2002.

⁹¹ Acerca dos requisitos de validade dos contratos, ver (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume 3*, cit., posição 1046-1145.)

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 102, p. 207-230, 1989.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do trabalho no mundo*. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O direito coletivo do trabalho no Supremo Tribunal Federal: planos de demissão incentivada e autonomia da vontade, um estudo de caso. *Revista TST*, São Paulo, v. 84, n. 2, p. 19-42, abr/jun 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 590.415/SC*. Recorrente: Banco do Brasil S/A (sucessor do Banco do Estado de Santa Catarina S/A – BESC). Recorrida: Claudia Maira Leite Eberhardt. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJe de 29/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 958.252/MG*. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no Dje em 13/09/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Consulta a sindicato para acordos de redução salarial*. 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hWVcam3KGdE>. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Redução de salários por acordo individual em decorrência da pandemia de Covid-19*. 17 abr. 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ONpu8U3zM_4. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Mudanças em regras trabalhistas na pandemia*. 23 abr. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cqmiaqvHL8k&t=7295s>. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Flexibilização de regras trabalhistas durante pandemia*. 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CGIHDn-h2L8&t=7408s>. Acesso em: 18 set. 2020.

COSTA, Alberto. Auxílio emergencial: 65,3 milhões de brasileiros recebem a 4ª parcela. *Agência Brasil*, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-07/auxilio-emergencial-653-milhoes-de-brasileiros-recebem-4a-parcela>. Acesso em: 26 set. 2020.

DÄUBLER, Wolfgang. A flexibilidade do direito do trabalho na Alemanha. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, SP, v. 29, n. 111, p. 210-228, jul./set. 2003.

_____. Challenges to Labor Law. *Law: J. Higher Sch. Econ.*, p. 189-203, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos para a reconstrução*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). *World Economic Outlook Update*, June 2020.

GASPAR, Danilo Gonçalves. *A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial*. 2011. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

GOMES, Fábio Rodrigues. O novo direito do trabalho. *Revista TST*, São Paulo, v. 84, n. 3, p. 120-167, jul/set 2018.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *PNAD Contínua*. Divulgação: Fevereiro de 2020. Trimestre: out-nov-dez/2019.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LEDUR, José Felipe. *A proteção como função jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, n. 05, 2010.

LOPEZ, Manuel-Carlos Palomeque. *Direito do Trabalho e Ideologia: meio século de formação ideológica do Direito do Trabalho espanhol (1873-1923)*. Tradução de António Moreira. Almedina, 2001.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução do direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação do direito do trabalho*. 41. ed. São Paulo: LTr, 2018.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Direito do trabalho e emancipação. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 46, 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). *Employment Situation in Latin America and the Caribbean: Work in times of pandemic: the challenges of the coronavirus disease (COVID-19)*. Maio de 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia). [1944]. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

PEDRA, Marcelo Nogueira. Relação de emprego no direito brasileiro: natureza jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 17, n. 1, p. 133-158, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I. Revisão Maria Celina Bodin de Moraes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Instituições de direito civil: volume 3: contratos*. 24. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Edição do Kindle.

PIRES, Horácio de Senna. Direito do trabalho: a atualidade do princípio da proteção. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n 2, p. 125-132, abr/jun 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. Novas perspectivas contratuais: o Contrato de Trabalho. *Revista Legislação do Trabalho* (Revista LTr 64-03). São Paulo: LTr, v. 64, n. 3, p. 295-306, 2000.

_____. O princípio da proteção em xeque. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 4, n. 36, 2002. Não paginado.

SEBRAE. Pequenos negócios em números. 2020. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 18 set. 2020.

SUPIOT, Alain. *Beyond employment: changes in work and the future of labour law in Europe*. Nova Iorque: Oxford Press, 2007.

_____. *Crítica do direito do trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*, volume I. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002.

Recebido em: 01/09/2021
1º Parecer em: 19/10/2021
2º Parecer em: 04/12/2021
3º Parecer em: 06/12/2021