XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

MARIA AUREA BARONI CECATO

SAUL DUARTE TIBALDI

FABRÍCIO WANTOIL LIMA

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 - IMED – 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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Maria Aurea Baroni Cecato

Saul Duarte Tibaldi

Fabrício Wantoil Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-784-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

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

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

Apresentação

No âmbito do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Goiânia, ocorrido entre os dias 19 e 21 de junho de 2019, o Grupo de Trabalho intitulado Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II, coordenado pelos Professores Doutores Maria Aurea Baroni Cecato, Saul Duarte Tibaldi e Fabrício Wantoil Lima, procedeu à apresentação dos artigos selecionados para o Grupo.

Nessa ocasião, pode-se detectar que os textos apresentados – resultados das pesquisas realizadas pelos autores – pendiam, no geral, para dois eixos temáticos, quais sejam, a organização sindical e o meio-ambiente laboral. Essa detecção foi relevante no sentido de propiciar a base para debate profícuo e congruente, conquanto não se tenha elaborado classificação dos textos para cada um dos aludidos eixos. De outro ângulo, verificou-se que boa parte dos artigos, direta ou indiretamente, total ou parcialmente, voltavam-se para a relativamente recente reforma trabalhista, fato explicável pelo impacto desta nas relações laborais, individuais e coletivas.

Dessarte, pensando no eixo formado pelos textos atinentes à reforma trabalhista, vale considerar que a base da regulamentação das relações de trabalho reside na compreensão da necessidade de combater a forte desigualdade de condições de negociação existente entre o prestador e o tomador de serviços. De igual forma, situa-se na vulnerabilidade da grande maioria dos trabalhadores que, carregando a fragilidade de só contarem com sua força de trabalho, dependem da tutela do Estado para laborar em condições de dignidade. Esse é um dos papéis do Estado: reduzir as desigualdades que naturalmente se fazem na sociedade e que impedem, ou ao menos obstam, essas relações que deveriam ser equilibradas.

O trabalho se constitui como a ação antrópica mais relevante. Com efeito, representa, na vida do ser humano, destacada diversidade de papéis, estabelecendo-se como o principal vínculo do indivíduo com a sociedade e, ao mesmo tempo, como necessidade humana, tanto no que concerne a propiciar a subsistência material quanto no que se refere a permitir a proximidade do ideal de criação. Parece claro que, não fosse por isso, não se fariam necessárias as normas laborais que começam a surgir em grande parte do Ocidente, a partir de meados do Século XIX, voltadas para a construção de uma relação específica a ser protegida.

A busca pela harmonia das relações entre tomador e prestador de serviços (em geral, empregador e empregado) estabelece-se e consolida-se no início do Século XX, mas também perde forças diante das técnicas que despontam nas últimas décadas desse mesmo Século. Essas técnicas impulsionaram a agilidade dos meios e formas de produção e comunicação, intensificando a globalização do capital e, por conseguinte, todas as demais dimensões da vida social, econômica, política e cultural. Assim, também as relações de trabalho deveriam ter encontrado formas de transformar a sua regulamentação, sem, entretanto, descartar proposições de proteção estatal.

Notadamente no que interessa ao eixo que se refere ao meio-ambiente do trabalho, vale referir que grande parte do que diz respeito às relações de trabalho constitui, seja direta, seja indiretamente, ambiente laboral. Com efeito, o conceito de meio-ambiente, nesse caso, se afirma sobre tudo que diz respeito às condições experimentadas pelo trabalhador (em seu ambiente de trabalho), no geral, oferecidas ou impostas pelo tomador de serviços. Tais condições podem resultar em bem-estar para aquele que labora para outrem, mas, não raras vezes, têm como conseqüência malefícios físicos, psicológicos e ou emocionais e morais. Por isso se costuma dizer que cabem, nesse quadro, não apenas o que é respectivo a acidentes e doenças profissionais, mas também o assédio de toda ordem e o tratamento não adequado, todos gerados nos locais de trabalho, inclusive as exigências exacerbadas ou inapropriadas de alcance de metas.

Sem que se negue a necessidade de adequar o direito do trabalho aos novos tempos, é preciso convir que não foi exatamente isso que se cuidou de fazer. Nesse aspecto, pode-se dizer que a reforma trabalhista (além da Lei 13.467/2017, a 13.429/2017, esta porque versa sobre a terceirização) que constitui, em sua maior parte, retrocesso dos direitos do trabalhador, sem a preocupação de construir saídas, também aflui, taxativamente, para o desequilíbrio do meio ambiente laboral.

O último dos eixos acima mencionados concerne ao Direito Coletivo, mais especificamente a alguns aspectos do estado da arte do momento de crise por que passam as entidades sindicais brasileiras. Com efeito, a reforma sindical foi particularmente cruel com o sistema sindical ao demolir suas bases econômicas sem que fossem propostas alternativas para custeio e elevação da representatividade.

Tendo em vista as características próprias do desenvolvimento social e econômico brasileiro, qualquer reforma sindical só poderia ser cogitada de modo a ser realizada de forma gradual e não da noite para o dia, abrupta. Até porque atualmente observa-se uma clara divisão dicotômica no que tange ao modelo sindical: Unicidade ou Pluralidade?

De outro lado, enquanto representantes dos empregados querem sindicatos mais fortes e mais representativos para poder melhor negociar, os representantes dos empregadores querem mais espaço de negociação para, com isso, chegar-se aos pretendidos sindicatos fortes e representativos.

Não há como fortalecer os sindicatos se estes não puderem exercitar a sua musculatura em um ambiente que dê efetividade ao acordo negociado. Falar o contrário seria enfraquecer o patrimônio histórico construído para a proteção do hipossuficiente na desigual relação produtiva. Verdadeiro retrocesso.

Destarte, são louváveis as contribuições e reflexões acadêmicas que buscam reativar o debate com vistas a se chegar a uma melhor representatividade e a um sistema condizente com as premissas acordadas pelos atores sociais em nosso mundo em transformação.

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato (UFPB)

Prof. Dr. Saul Duarte Tibaldi (UFMT)

Prof. Dr. Fabrício Wantoil Lima (FAN)

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 À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL

THE LEGAL NATURE OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE LIGHT OF LABOR LAW REFORM IN BRAZIL

Leandro Do Amaral Dorneles De Dorneles [1]
Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira [2]

Resumo

O artigo analisa a natureza jurídica da relação de emprego no Brasil, à luz das alterações legislativas trazidas pela Lei 13.467/2017. Para tanto, divide-se em duas seções, a primeira dedicada à análise das principais teorias a respeito da natureza jurídica da relação de emprego, e apresenta a opção da legislação e doutrina nacionais. A segunda, expõe as principais alterações legislativas recentes, tece considerações sobre as peculiaridades da relação de emprego, e, conclui, postulando pela incompletude da teoria contratualista na explicação da natureza jurídica da relação de emprego. Por método adotou-se o indutivo, organizado pelo viés da análise bibliográfica e documental

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

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the legal nature of the employment relationship in Brazil, in light of the legislative changes brought by Law 13.467/17. To do so, it is divided into two sections, the first analyzing the main theories regarding the legal nature of the employment relationship, and presenting the option of national legislation and doctrine. The second presenting the main recent legislative changes, discussing the peculiarities of the employment relationship, and concluding by postulating the incompleteness of contractualist theory in explaining the legal nature of the employment relationship. By method was adopted the inductive, organized by bibliographical and documentary analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal nature, Employment relationship, Labor law reform

[1] Mestre e Doutor em Direito (UFSC). Professor direito do trabalho (UFRGS). Professor permanente Programa de Pós-Graduação em Direto - PPGD (UFRGS). Membro da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho (ASRDT).

[2] Mestre em Direitos Fundamentais (UNOESC). Doutorando em Direito do Trabalho (UFRGS). Advogado.

Introdução

A discussão histórica sobre a natureza jurídica da relação de emprego ocasionou o surgimento de diversas linhas teóricas que postulam oferecer respostas à questão, sendo que nenhuma delas consolidou-se como resposta inconteste. Cada uma das correntes teóricas apresenta aspectos pertinentes à singularidade da relação de emprego, sem, contudo, oferecer explicação completa. No Brasil, tanto a doutrina quanto a legislação optaram pelo hibridismo entre contratualismo e institucionalismo, com certa predileção pelo contratualismo, para explicar a natureza jurídica da relação de emprego.

É fato que a relação juslaboral, possui excentricidades, aspectos singulares, tais como a subordinação do empregado aos poderes patronais, e, por isso mesmo, demanda detida análise sobre tais características e seus impactos, com vistas a encontrar uma explicação satisfatória sobre a sua natureza jurídica.

As recentes alterações promovidas na legislação laboral pela denominada reforma trabalhista, a Lei 13.467/2017, reacenderam o debate e indicam uma reaproximação do direito do trabalho com o direito privado mediante uma perceptível opção pro fortalecer a autonomia privada das partes envolvidas na relação de emprego.

O presente artigo tem por finalidade investigar se a opção da doutrina e legislação nacionais é suficiente como fundamento teórico a respeito da natureza jurídica da relação de emprego no Brasil, e, para tanto divide-se em duas grandes seções.

A primeira dedica-se ao estudo das principais teorias e da opção da doutrina e legislação nacionais a respeito da natureza jurídica da relação de emprego. Com este objetivo, subdivide-se em cinco subseções, sendo as quatro primeiras tratando das teorias anticontratualista, acontratualista, contratualista e ecléticas, respectivamente, e a última apresentando a opção da doutrina e legislação nacionais.

A segunda seção debruça-se sobre as principais alterações promovidas pela reforma trabalhista, indicando a perceptível opção pelo fortalecimento da autonomia privada de modo a reaproximar o direito do trabalho ao direito privado, culminando por apontar, em nossa opinião, a incapacidade da teoria contratualista para oferecer fundamento teórico suficiente e completo à natureza jurídica da relação de emprego.

Para desincumbir-se do objetivo proposto, a pesquisa adotou o método indutivo, organizado pelo viés da análise bibliográfica e documental.

1. A natureza jurídica da relação de emprego

Enquanto vigia o sistema de produção com o emprego de mão-de-obra escrava, a relação jurídica do trabalho humano era concebida como de natureza real, dado que o escravo integrava o patrimônio do seu senhor. Se afirmava que tal relação era real no que tangia ao seu objeto (tanto o trabalho, quanto o escravo confundiam-se em uma só "coisa"), e patrimonial, no que concernia "aos interesses protegidos". Já em relação à época do trabalho servil, a relação de trabalho tinha natureza real indireta (CATHARINO, 1982, p. 181).

Só quando surgiu a noção de trabalhador como sujeito de direito, separando-se, assim, a pessoa trabalhadora do trabalho resultante da aplicação de suas forças, a relação de emprego começa assumir as feições de natureza obrigacional. Isso se deve ao fato de, à época, ser possível entender o trabalho como bem sujeito à apropriação – verdadeira coisa, portanto. Assim, concebia-se a relação de emprego como "do tipo locativo". Mas, só a partir do momento em que o trabalho humano assumiu a condição de manifestação da personalidade do trabalhador, um "ato da pessoa humana", é que passa a ser inconcebível a separação entre o trabalhador (sujeito) e o trabalho por ele prestado (objeto), e, por consequência, deixa de ser aceitável o que se denomina "coisificação do trabalho", passando-se à fase da "liberdade protegida", cujo corolário é a relação de emprego (CATHARINO, 1982, p. 181).

Um dos objetivos aqui propostos é investigar se é possível afirmar a natureza contratual da relação de emprego. Nesta senda, assume relevância tecer algumas considerações acerca das várias concepções de contrato.

Roppo afirma ser o contrato um conceito jurídico, que também demanda análise considerando outra dimensão definidora de sua natureza, a de operação econômica. Desta forma, para o autor, contrato, em sua acepção técnico-jurídica, é concebido como referência:

> [...] 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).

Desta forma, afirmar o contrato em sua compreensão jurídica quer dizer referir-se ao conjunto de regras e consequências admissíveis às situações da vida cotidiana cuja repercussão seja a consolidação de uma operação com conteúdo econômico. Não se quer dizer com isso, contudo, que o conceito jurídico de contrato não é passível de análise diversa de sua compreensão de operação econômica. O contrato, na acepção técnico-jurídica de Roppo, é concebido como "veste exterior" do comportamento com repercussão econômica, e, por esse motivo, não pode ser considerado um fim em si mesmo, sob o risco de culminar "vazia, abstracta, e, consequentemente, incompreensível". A utilidade da noção jurídica de contrato

deve ser, portanto, o estabelecimento prévio dos resultados das operações econômicas que regula e tutela. Contrato, em sua acepção jurídica, é, então, instrumento da sua dimensão de operação econômica (ROPPO, 2009, p. 9).

Podemos afirmar que o contrato acarreta dever de natureza obrigacional e conteúdo patrimonial, mediante o qual dois sujeitos de direito fazem nascer vínculo entre si e seus patrimônios. Para a concepção radical de contrato, este só existe quando dois sujeitos de direito, mediante deliberação prévia, alcançam conjugação de 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).

Como resultado das desigualdades econômicas e sociais inerentes à dinâmica da vida urbana – fortemente marcada pelas relações de massa e uniformizadas –, perde espaço a acepção absoluta de contrato para uma maior regulamentação estatal desse instituto jurídico. Quer dizer, aquela fase prévia de deliberação entre os sujeitos vai, gradativamente, cedendo lugar à realização de contratos padronizados e pré-estabelecidos pelo sujeito detentor de maiores "poderes", tais como o econômico, na relação. Isso é especialmente perceptível nas relações nas quais se verifica um maior desequilíbrio entre os contratantes. As relações de trabalho, bem como as de consumo, são perfeitos exemplos dessa realidade.

Para Catharino (1982, p. 183), podemos decompor o processo contratual em duas fases: a de formação e a de execução. A depender da ênfase dada a uma das fases (ou momentos) do contrato de trabalho, é possível negar-lhe a natureza contratual – isso acontece quando se considera a fase de formação autônoma em relação à sua execução – ou buscar a conciliação entre a percepção contratual e não-contratual. Neste sentido, serão analisadas adiante as principais linhas teóricas que buscam explicar a natureza jurídica da relação de emprego.

1.1. Teoria anticontratualista

Subdividida em fático (pessoalista antipatrimonial) e institucional pura, a teoria anticontratualista quer negar ao contrato de trabalho a natureza contratual. A concepção fática e antipatrimonial do anticontratualismo surge no âmbito do nacional-socialismo alemão e afirma a máxima redução da vontade do trabalhador para o estabelecimento do vínculo laboral. Para essa linha teórica a quase ausência de vontade operária é decorrência da predominância do fato-trabalho, pois, entende que a mera prestação de serviços tem o condão de fazer nascer relação jurídica entre as partes. Outra vertente afirma que, na verdade, a relação jurídica laboral é exclusivamente pessoal, e, portanto, não possui natureza obrigacional nem patrimonial. Para Catharino (1982, p. 184), ambas as percepções do contrato de trabalho são involutivas.

Camino (2004, p. 201) afirma que florescia, à época, uma marcante intervenção estatal na economia, e, como decorrência, nas relações entre capital e trabalho, de forma a afirmar a empresa como verdadeira instituição à qual integrava-se o empregado, não atribuindo relevância ao seu ato volitivo nesse sentido.

De acordo com a acepção fática, portanto, era bastante o início da prestação de serviços para que o trabalhador tivesse seu ingresso jurídico na "comunidade" empresarial, ocorrendo, a partir daí, o atrelamento daquele aos poderes patronais (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 84). O patrão, por conseguinte, assumia o *status* de credor da lealdade e obediência de seus empregados a partir do momento de início da execução do trabalho contratado. Para Von Gierke (1982, p. 40), o contrato de prestação de serviços faz nascer um direito, mas não um dever, de senhorio, dado que na concepção germânica o senhorio era um relação obrigacional. Dessa forma, a implicação pessoal do empregado estaria caracterizada pela atribuição ao empregador de poderes sobre aquele.

Com o surgimento do nazismo[1] na Alemanha a concepção anticontratualista sofreu uma subdivisão e nasceu a concepção institucionalista da relação de emprego. Conforme o institucionalismo imoderado (ou puro), a prevalência do "bem comum", em detrimento dos interesses individuais, retira a contratualidade da relação de emprego (CAMINO, 2004, p. 203). Tal linha teórica entendia a empresa como verdadeira "instituição-pessoa", e legítimo exercício normativo interno mediante regulamento empresarial. O empregado integrava-se à essa "comunidade" a partir do início da prestação de serviços. Daí em diante, não mais existiriam interesses contrapostos entre empregado e empregador, mas verdadeira comunhão de interesses coletivamente realizável que suplanta os interesses particulares (RAMALHO, 2003, p. 133). Para essa visão, o empregado poderia ser considerado verdadeira "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

Os defensores dessa teoria atribuem pouca importância à afirmação ou negação da contratualidade da relação de emprego, de modo a afirmar que seu surgimento independe da existência de um contrato. Nesse sentido, ainda que a relação de emprego possa ser resultado

[1] É a condição de regime totalitário, unipessoal, que fortaleceu acepção anticontratualista da relação de emprego, dado que o *Führer* era o verdadeiro "condutor do povo alemão", e obediência e honra lhes eram devidas por todos os cidadãos. O empregado, da mesma maneira, deveria submeter-se ao empregador e seus poderes, de modo que a produção proporcionasse o crescimento do "pangermanismo". Negar a natureza contratual da relação de emprego, era, portanto, natural (CATHARINO, 1982, p. 184).

de ato jurídico bilateral, é a configuração da vontade do empregado de integrar-se à empresa que dá origem a tal relação. Dito de outra forma, basta verificar-se a intenção obreira de integrar-se à empresa, e a concordância do empregador em permitir essa integração, para que se perfectibilize a relação de emprego, independentemente da celebração de qualquer contrato (CATHARINO, 1982, p. 186).

Invocamos lição de Camino para descrever essa teoria:

> 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).

Tem espaço, na teoria paracontratualista, a concepção do "ato-condição" de Duguit, para quem a vontade do empregado atua como condição de incidência de norma, da mesma forma que ocorre na ocasião de nomeação de funcionário público. Nessa situação, importa que pessoa manifeste sua vontade de submeter-se, e que, para a perfectibilização da relação, ocorra investidura ou posse por "ato de sua vontade" (CATHARINO, 1982, p. 186-187).

Assim pode ser transposta 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).

Destarte, para o paracontratualismo ou acontratualismo, o ato volitivo de iniciar a relação de emprego tem pouca relevância e não se configura elemento indispensável para o surgimento da relação juslaboral. A conjugação de vontades, como processo negociado de construção de regras que vão definir o comportamento das partes envolvidas, não assume preponderância, sendo o elemento objetivo do ingresso do empregado na atividade econômica do empregador a principal razão do surgimento da relação de emprego (CAMINO, 2004, p. 204).

1.3. Teoria contratualista

Para essa linha teórica, é a vontade das partes o elemento essencial para a configuração da relação de emprego, de forma que, na ausência da "conjunção de vontades, do empregador e do empregado, não há relação de emprego. É a regra" (CATHARINO, 1982, p. 187).

Para os defensores da natureza contratual da relação de emprego é a livre manifestação da vontade das partes que faz surgir a relação de emprego, de forma que, sem a livre negociação prévia, não é possível a constituição do vínculo laboral (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 84). Segundo Camino, a relação de emprego é "contratual na forma, embora institucional na substância, no que respeita ao elenco básico de direitos do trabalhador", estabelecida pela lei, relegando às partes margem apenas para "acrescentarem cláusulas ou ampliarem aquelas previamente definidas na lei" (CAMINO, 2004, p. 205).

A corrente contratualista é una, apresentando ligeiras variações de intensidade na relevância atribuída à vontade das partes. Para Catharino, contudo, o "contratualismo radical está superado", em decorrência da ausência da fase pré-contratual de discussão do conteúdo do contrato. Isso decorre da imperatividade das normas laborais estatais determinantes da maior parte conteúdo dos contratos de trabalho. Não existe, entretanto, contratação "em branco", dado que embora careça de "fase preliminar demorada e exaustiva", a contratação de empregados exige negociação, no mínimo, em relação ao valor da remuneração, assim como da quantidade e qualidade do trabalho (CATHARINO, 1982, p. 187).

O contrato de trabalho, portanto, por não exigir uma fase preliminar de debates e definição do seu conteúdo, concretiza-se, na maioria das vezes, como contrato de adesão no qual o empregador determina as regras, e ao trabalhador resta, tão somente, aquiescer. Essa condição atenta contra o corolário contratual da manifestação de duas vontades contrapostas, cujo fim é alcançar o interesse comum por meio da negociação entre duas pessoas em equivalência de deveres e direitos. Essa igualdade inerente ao contrato, portanto, não encontra espaço no contrato de trabalho, e é a prevalência dos interesses de apenas um dos contratantes que "desencadeia um processo de *descontratualização*. Não há *consentimento*, e sim *assentimento* de um sujeito àquilo ditado pelo outro" (CATHARINO, 1982, p. 188. Grifado no original).

Surge, então, maior necessidade de regulamentação estatal, com o fito de evitar o privilégio do mais forte, o patrão, de forma que a "*normatização* do contrato de emprego não deixa de ser uma *normalização*" (CATHARINO, 1982, p. 189. Grifado no original). A intensa intervenção do Estado na delimitação do conteúdo do contrato de trabalho impede os excessos do polo patronal, ao passo que também reconduz a relação laboral à essência do contrato, isto é, o alcance da igualdade entre as partes. Dito de outra forma, em que pese a afirmação de

alguns da natureza contratual da relação de emprego, ela, na verdade, demanda a intervenção estatal para aparar as arestas e alcançar a apregoada igualdade entre as partes.

Para Vecchi, a teoria contratualista pode ser utilizada para definir a natureza jurídica da relação de emprego, desde que não em sua concepção tradicional, mas, "no sentido de valorização das condutas típicas e comportamentos concludentes", de modo a permitir a presença dos princípios da autonomia da vontade privada, da boa-fé objetiva, da confiança e da função social do contrato. O autor afirma a relação de emprego como relação jurídico-obrigacional, "um processo" que nasce de um contrato não tradicional e é executado concretamente na prestação efetiva de serviços subordinados (VECCHI, 2014, p. 373-375).

1.4. Teorias ecléticas ou sincréticas

Por fim, temos as duas correntes que apregoam a natureza jurídica eclética à relação de empego: a do institucionalismo impuro (ou moderado), e a do contratualismo realista.

O institucionalismo impuro não chega a negar o aspecto contratual do início da relação de emprego, mas afirma que a situação concreta é cada vez mais estatutária, pelo que deve prevalecer o direito institucional em detrimento do contratual. Essa teoria entende o contrato como mero meio de acesso à instituição empresa, e insiste que relação de emprego é "contratual na forma", mas institucional, "na sua substância íntima e fundamental" (CATHARINO, 1982, p. 190). Dito isto, cabe a afirmação da aproximação conceitual com a teoria do "ato-condição" (vide item 1.2) que é paracontratualista. Entretanto, o institucionalismo impuro aproxima-se mais do contratualismo pela abordagem referente à relevância da vontade dos sujeitos na configuração da relação de emprego, e, desta forma, deve ser categorizado como teoria eclética que é.

Por seu turno, os defensores do contratualismo realista afirmam que a relação de emprego é relação jurídica que decorre da vontade contratual das partes, mas também é perfectibilizada com a situação fática de início da prestação dos serviços. Aqui se verifica o ecletismo dessa corrente, a afirmação de que o surgimento da relação de emprego pode ocorrer mediante o contrato, mas, a produção dos seus efeitos só se dá depois da efetiva prestação de serviços, de modo que não seriam aplicáveis as normas laborais antes do efetivo emprego da energia laboral do empregado. Isto é, não existe subordinação enquanto não for iniciada a prestação de serviços (CATHARINO, 1982, p. 191).

O contrato realidade pode ser definido da seguinte maneira:

> 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).

Por conseguinte, a despeito de o início da relação de emprego ser resultante da vontade das partes, a produção de seus efeitos só pode acontecer após a utilização da mão de obra pelo patrão. Segundo Genro, o contrato laboral, na qualidade de contrato realidade, é imprescindível à manutenção do sistema produtivo capitalista, sendo que a eventual consensualidade existente nele é mero indicativo da existência de um contrato entre as partes, mas não na acepção tradicional de ato consensual (GENRO, 1994, p. 95).

Por fim, de acordo com a corrente defensora do contrato realidade, então, é na efetiva prestação de serviços que nasce a relação de emprego, e a determinação dos efeitos jurídicos decorre disso, não do acordo abstrato de vontade. Mario de La Cueva, acirrado defensor da teoria do contrato realidade, afirma que as reais condições de prestação de serviços não têm, contudo, o condão de mitigar os privilégios determinados pela legislação ou pelas normas coletivas aplicáveis à categoria. Dito de outra forma, o contrato realidade encontra limites no direito cogente e nas convenções coletivas (LA CUEVA, 1960, p. 479).

1.5. A CLT e a doutrina brasileira

Na abordagem inicial deste estudo foi visto que, ao longo da história do direito laboral, o enquadramento do fenômeno "relação de emprego", no que tange a sua natureza jurídica, experimentou os mais diversos posicionamentos teóricos. Demarcando o debate, havia, de um lado, teóricos que podemos denominar como "privatistas" e, de outro, os adeptos de um "publicismo"; e, entre ambos, os "ecléticos"[2]. Nos primeiros havia uma tendência em "contratualizar" a relação de emprego; os segundos mostravam-se resistentes a esta "contratualização"; e os terceiros encontravam na figura do "contrato" a razão ou explicação de alguns aspectos do "ato-fato trabalho subordinado por conta alheia" (VILHENA, 1999[3]), mas não para todos. Como epicentro do debate, embora não o exaurindo, estava o papel desempenhado pela autonomia privada na dinâmica do vínculo empregatício. Esta é uma apertada síntese.

Sigamos. Originalmente, a CLT pode ser enquadrada como "híbrida" ou "eclética"

[2] Como se pode observar, a discussão sobre a natureza jurídica da relação de emprego guarda uma relação direta com outra sobre a natureza jurídica do próprio direito do trabalho.

[3] A expressão "ato-fato trabalho" subordinado ou por conta alheia é utilizada em várias passagens por Vilhena em sua obra, o que, aliás, revela seu enquadramento teórico não contratual, na medida em que o "ato-fato jurídico" (modalidade de fato jurídico humano que não tem na vontade o elemento constitutivo preponderante), na classificação proposta por Pontes de Miranda (1983, p. 372-394), distingue-se do negócio jurídico (fato jurídico humano que tem na vontade o seu elemento constitutivo preponderante, como ocorre nos contratos).

nesta discussão. Camino (1999, p. 98-99), por exemplo, expõe que a CLT "emergiu num momento histórico em que vicejavam as doutrinas acontratualistas, com a marca do ecletismo, em que o institucionalismo convivia com a natureza contratual da relação de emprego". Assim, por exemplo, encontramos já na exposição de motivos do texto consolidado, como resta claro nas seguintes passagens:

> 28. Em relação aos contratos de trabalho, cumpre esclarecer que a precedência das "normas" de tutela sobre os "contratos" acentuou que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista.
>
> 29. A análise do conteúdo de nossa legislação social provava exuberantemente a primazia do caráter institucional sobre o efeito do contrato, restrito este à objetivação do ajuste, à determinação do salário e à estipulação da natureza dos serviços e isso mesmo dentro de standards e sob condições preestabelecidas na lei.

Ao longo de seus dispositivos, também podemos encontrar uma simbiose de institutos ou composições normativas que nos levam a concluir pelo "ecletismo" celetista. Assim, se por um lado temos um Título IV intitulado "Do contrato individual do trabalho", sugerindo, ao menos, uma simpatia ao contratualismo, por outro lado, temos a definição de um dos sujeitos deste contrato como a "empresa" (art. 2º da CLT) o que, para Gomes e Gottschalk (1975, p. 154), notórios contratualistas, representa um "imperdoável erro" de nosso legislador. Isso porque, em suma, é no mínimo controversa a percepção da empresa como um sujeito de direitos e, portanto, restaria prejudicada a possibilidade de tê-la como um dos partícipes da relação "contratual" de emprego. Não por outras razões, Barros (2005, p. 219-345), após afirmar sua adesão ao contratualismo, propõe como conceito doutrinário de empregador "a pessoa física, jurídica ou o ente que contrata" empregados e assume os riscos do empreendimento.

O próprio conceito legal do contrato individual de trabalho demonstra que a elaboração da CLT foi pautada por influências que vão além do contratualismo. O art. 442 da CLT propõe uma relação de correspondência entre o acordo de vontades e a relação de emprego o que, sob a estrita ótica contratual, carece de sentido. Em um negócio jurídico, a convergência das vontades determina o nascimento de uma relação jurídica, portanto a relação entre o acordo e o vínculo empregatício não seria de "correspondência", mas sim de "consequência" (o acordo cria ou constitui a relação de emprego). Assim, para os adeptos mais rigorosos do contratualismo, tal como Catharino (1982, p. 195) o texto legal apresenta um "defeito lógico que salta aos olhos".

Ao que tudo indica, a definição contratual celetista sofreu influência das concepções que o próprio autor recém citado denominou "ecléticas" (CATHARINO, 1982, p. 183-192). Possivelmente um grande expoente para tal influência conceitual "eclética" tenha sido La

Cueva, para quem a manifestação de vontades seria um elemento de menor relevância na formação da relação de emprego, pois a incidência juslaboral dependeria menos de uma relação jurídica subjetiva e mais de uma situação objetiva, cuja existência seria independente do ato que condiciona o seu nascimento. Por isso, seria equivocado procurar a natureza jurídica da relação de emprego a partir do pacto eventualmente firmado, "pois, se as estipulações consignadas no acordo de vontades não correspondem à realidade da prestação de serviços, carecem de valor" (LA CUEVA, 1954, p. 458).

E assim nosso sistema culminou com um conceito legal, por assim dizer, não contratual para o contrato de trabalho. Outros exemplos deste sincretismo teórico quanto à natureza jurídica da relação de emprego, presente na CLT, podem ser encontrados, segundo Camino (1999, p. 98-99) em artigos como o 9º, 444 e 468, ao menos em suas redações originais. Não iremos, entretanto, desenvolver todos os aspectos, uma vez que, por suposição, reputamos suficiente demonstrada a afirmação inicial: o texto celetista é fruto de influências que ultrapassam a concepção estritamente contratualista da relação de emprego. Sigamos.

Em que pese o sincretismo teórico presente no texto legal celetista, há muito a doutrina juslaboral declina sua adesão ao contratualismo. Em outros termos, a doutrina pátria, no exercício de suas prerrogativas hermenêuticas e cientificamente propositivas, interpreta os dispositivos celetistas sincréticos à luz dos postulados contratualistas. Isso é notório especialmente quando tomamos por referência os autores mais contemporâneos. Senão vejamos.

Delgado, por exemplo, afirma que "já está hoje assente que a relação de emprego tem, efetivamente, natureza contratual" (DELGADO, 2011, p. 303). Para o autor, a natureza jurídica contratual evidencia-se na medida em que a vontade das partes é o elemento constitutivo fundamental de uma relação de emprego (DELGADO, 2011, p. 303). Destaca, no entanto, sua predileção pelo que denomina "contratualismo moderno", que, diferentemente do "contratualismo tradicional", não busca a compreensão do fenômeno "relação de emprego" a partir da analogia com tipos contratuais civilistas tradicionais (DELGADO, 2011, p. 302-305).

Cassar entende que a discussão encontra-se superada, por dois fatores principais. Primeiro porque, ao seu entender, o legislador demarcou a concepção contratualista ao denominar o Título IV da CLT "Do contrato individual de trabalho". Segundo, porque há muito a doutrina já consagra o contratualismo como aquela teoria mais capaz de traduzir juridicamente o fenômeno "relação de emprego". Claro está, portanto, a adesão da autora ao contratualismo (CASSAR, 2016, p. 234).

Garcia já demarca seu posicionamento ao enfrentar o tema da natureza jurídica do direito do trabalho: "O melhor entendimento é no sentido de ser o Direito do Trabalho ramo do Direito Privado, tendo como instituto central o próprio contrato de trabalho (...)" (GARCIA, 2017, p. 52). Para o autor, o negócio jurídico "contrato de trabalho" é "a fonte da relação de emprego, dando origem a essa relação jurídica", manifestando a sua adesão ao contratualismo (GARCIA, 2017, p. 148-149).

Também Barros externa sua simpatia pela concepção contratualista. A autora, embora reconheça o "perfil eclético da nossa legislação trabalhista", acaba por aderir ao contratualismo por visualizar na vontade o elemento indispensável à configuração do vínculo empregatício (BARROS, 2005, p. 216-219).

Encerrando esta pequena amostragem demonstrativa da predileção doutrinária brasileira pelo contratualismo, citamos Martinez. Para o autor, "não há negar que as estruturas básicas dos contratos celebrados entre as pessoas sujeitas ao direito do trabalho estão inseridas num plano próprio das esferas privadas" (MARTINEZ, 2011, p. 47), acatando as concepções que enquadram a nossa disciplina nos contornos do direito privado. Na sequência de seu curso, embora não afirme peremptoriamente sua adesão ao contratualismo, sugere-a na medida em que afirma ser "necessariamente um contrato de emprego" o fator jurígeno da relação de emprego, que o autor denomina "vínculo de atributividade" (MARTINEZ, 2011, p. 115. Grifado no original).

2. A tendência contratualista da reforma trabalhista

Até o presente procuramos argumentar em favor de dois aspectos, que a rigor não despertam maiores pontos de divergência. Primeiro, de que o texto celetista originário é eclético em suas influências teóricas. Embora essa afirmação não seja compartilhada com unanimidade – vimos que Cassar (2016, p. 234) pensa diferentemente – reputamos suficientemente demonstrada presença deste ecletismo na CLT originária. O segundo aspecto que procuramos demonstrar foi a ampla inclinação doutrinária – em especial a contemporânea – em favor da teoria contratualista. Resta-nos, agora, demonstrar como o legislador contemporâneo sensibilizou-se aos apelos doutrinários e, em suas recentes alterações normativas, vem acentuando o caráter privado do direito do trabalho e, por consequência, a natureza contratual da relação de emprego.

Comecemos com uma alteração na CLT que talvez tenha uma repercussão mais

simbólica do que propriamente instrumental, que por isso revela uma intencionalidade (ao menos) subjacente na orientação teórica dos idealizadores da reforma, e que diz respeito a um tema mais amplo embora interligado ao da natureza jurídica da relação de emprego. Trata-se da mudança na redação do que antes era parágrafo único, agora parágrafo primeiro, do art. 8º da CLT.

O texto celetista originário propunha que o "direito comum" (entenda-se, especialmente, o direito privado em geral e, particularmente, o direito civil) era fonte subsidiária do direito (material) do trabalho, naquilo que não fosse incompatível com os princípios juslaborais. A redação atual suprimiu esta parte final: "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho" é o que agora consta. Tratou o legislador, portando, de retirar do texto legal aquilo que podemos chamar de "função integrativa" dos princípios jurídicos (MARTINS-COSTA, 2008, p. 405-407). Pela funcionalidade integrativa de sistemas (ou "ramos") jurídicos, os princípios desempenham um papel de "filtro", possibilitando (no caso de compatibilidade) ou não (no caso de incompatibilidade) o aporte de algum diploma ou instituto proveniente de outra área jurídica (direito civil, p.ex.) na regulação das relações de trabalho, em caso de lacuna desta.

Pois bem. Como é sabido, ao longo do tempo, direito do trabalho e direito civil protagonizaram um amplo divórcio científico, em que pese sua origem comum. E o ponto central para esta separação e afastamento de áreas foi o princípio fundamental do direito do trabalho, responsável por lhe atribuir a "valoração material fundamentante" necessária seu ao processo de autonomização dogmática: o princípio da proteção (RAMALHO, 2000, p. 405-451). Talvez atualmente seja possível reconhecer um "direito privado solidário" sensível a diferenças sociais (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 15-21), mas esta característica civilista é relativamente recente em sua história, diferentemente do direito do trabalho que já nasceu vocacionado para a proteção do hipossuficiente (vulnerável). Este foi justamente o ponto de ruptura entre o direito do trabalho e o direito civil no início do século passado: o direito civil (na época) liberal, insensível à desigualdade inerente às relações de trabalho e vocacionado para regular trocas patrimoniais, cedeu o espaço para o surgimento de um direito do trabalho tuitivo e vocacionado para mitigar desequilíbrios e mediar uma relação humana, um doar-se a outrem (SUPIOT, 2016, p. 61-144).

Como estávamos argumentando, este ponto de ruptura histórico foi dado justamente pelo princípio protetivo. Com o passar do tempo este princípio fundamental ao direito do trabalho foi se desenvolvendo, sofisticando-se instrumental e cientificamente, ou seja,

ampliando seus contornos. Se em um primeiro momento, por exemplo, doutrinas clássicas visualizam as máximas do in dubio pro operario, da condição mais benéfica e da norma mais favorável como desdobramentos lógicos da proteção (PLÁ RODRIGUEZ, 1996, p, 28-65), a doutrina contemporânea já propunha outras inúmeras derivações desde mesmo princípio[4]. E, conforme a essência protetiva juslaboral foi "inflando", naturalmente, o distanciamento entre o direito do trabalho e o direito civil ampliou-se na mesma proporção.

Na medida em que o princípio protetivo (e todas as suas derivações) juslaboral apresentava-se como ponto de ruptura entre o direito laboral e o direito civil, e considerando a função integrativa dos princípios, claramente, a supressão desta função no texto legal visa restringir – quiçá eliminar – um importante elemento de distanciamento destas duas áreas jurídicas, estimulando a sua reaproximação. Ao nosso entender, trata-se de uma alteração meramente simbólica, pois a função integrativa é inerente aos princípios, trata-se de um tema afeito à teoria geral do direito e, portanto, independe de previsão legal. Entretanto, ao menos simboliza esta intenção do legislador reaproximativa, consubstanciando no Brasil um movimento evolutivo juslaboral que, tomando por referência a análise de Ramalho, combina aspectos da "fase de reprivatização" (RAMALHO, 2005, p. 53-54) com a fase de flexibilização (RAMALHO, 2005, p. 54-70) do direito do trabalho.

Como afirmamos anteriormente, os temas da natureza jurídica do direito do trabalho e da relação de emprego estão naturalmente interligados e, obviamente, a tentativa de reaproximação do direito do trabalho ao direito civil – sedimentando, normativamente, o caráter privado deste ramo jurídico ("reprivatização") não seria coerentemente implementada sem que fosse intensificada a percepção contratualista da relação de emprego. E assim procedeu o legislador brasileiro com a reforma de 2017.

Anteriormente aludimos uma alteração simbólica referente ao princípio protetivo e sua

[4] A sistematização doutrinária dos princípios de direito do trabalho vem evoluindo ao longo do tempo, embora sempre seja perceptível a influência de Plá Rodriguez e o protagonismo do princípio protetivo mesmo em proposituras mais ousadas. Süssekind e outros (2003, p. 145), por exemplo, expunham que os "fundamentos jurídico-políticos e sociológicos do princípio da proteção geram (...) outros, que dele são filhos legítimos", arrolando também os princípios da irrenunciabilidade, do *in dubio pro operario*, da norma mais favorável, da condição mais benéfica, da primazia da realidade e, por fim, da integralidade e intangibilidade salariais como desdobramentos diretos da proteção. Orientação semelhante possui também Delgado. O autor, partindo da ideia de que a proteção constitui o "princípio cardeal" do direito do trabalho, conclui que ele acaba por abranger "quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho", e não apenas os três mencionados pelo juslaboralista uruguaio (DELGADO, 2011, p. 192-193). Na sequência, arrola os princípios da norma mais favorável, da imperatividade, da indisponibilidade (estes dois, variações do princípio rodrigueano da irrenunciabilidade), da inalterabilidade contratual lesiva (este, variação do princípio rodrigueano da condição mais benéfica), da intangibilidade salarial, da primazia da realidade e da continuidade - todos atrelados ao princípio protetivo (DELGADO, 2011, p. 193-204).

propriedade integrativa. Entretanto, avançando na análise, relativamente a este mesmo princípio, observamos outras alterações cuja repercussão não é meramente simbólica. Parece-nos inegável que foi proposta pelo legislador reformista uma reorganização esquemática dos princípios regentes do direito do trabalho e, nesta reorganização, o princípio protetivo foi objeto de um redimensionamento em prol de uma abertura a princípios privatistas como aqueles que circundam o instituto da autonomia da vontade, base do contratualismo e ponto central da divergência entre contratualistas e não contratualistas.

Esta rarefação protetiva revela-se, pelo menos, em quatro aspectos: (a) na ampla mitigação do princípio da norma mais favorável; (b) no reequacionamento, pela via da pré-ponderação, da interação até então existente entre os princípios da irrenunciabilidade e da autodeterminação das vontades coletivas; (c) na desvinculação que antes havia entre promoção da melhoria da condição social (princípio fundamental) e autodeterminação da vontade coletiva (princípio derivado); (d) na receptividade dada pelo novo sistema proposto à autonomia individual como instrumento regente de diversos aspectos da relação de trabalho (DORNELES, 2018, p. 82-88). Todos estes impactos mitigam o princípio protetivo, reposicionam o direito do trabalho no direito privado e reduzem o distanciamento teórico entre o direito laboral e o direito civil. Mas, dentre eles, o quarto ("d") é o que melhor traduz o movimento de "contratualização" da relação de emprego.

A feição contratualista da relação de emprego restou ampliada na medida em que o texto celetista atual prevê maior amplitude à autonomia privada individual das partes para estabelecer determinados encaminhamentos jurídicos na relação empregatícia. A alteração promovida pela Lei 13.467/2017 é pródiga neste sentido: banco de horas com compensação em até seis meses (art. 59, § 5º, da CLT); estipulação de jornadas "12x36" (art. 59-A da CLT); alteração entre regime presencial e de teletrabalho e disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos e estrutura necessários ao trabalho remoto (arts. 75-C, § 1º, e 75-D, da CLT); fracionamento de férias (art. 134, § 1º, da CLT); definição dos horários de concessão de intervalos para amamentação (art. 396, § 2º, da CLT), entre outros.

Além disso, o legislador incluiu no texto legal uma categoria inédita em nosso sistema – o "hipoempregado" ou "empregado hipovulnerável", tendo como referencial básico de caracterização o seu padrão salarial. Por um lado, o art. 507-A da CLT presume uma conexão necessária entre (1) o patamar remuneratório superior ao dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (supondo atenuada a vulnerabilidade

econômica desta modalidade de trabalhador) e a (2) mitigação dos níveis de vulnerabilidade negocial atribuídos aos empregados em geral (ou seja, melhores condições efetivas para o exercício consciente e livre de sua autonomia privada), para atribuir a esta novel categoria de "hipoempregados" liberdade para pactuar cláusula compromissória de arbitragem (art. 507-A da CLT), algo que até então não era admitido pelo regime juslaboral por força do princípio protetivo.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 444 da CLT presume outra conexão necessária entre o (1) patamar salarial igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (suposta mitigação da vulnerabilidade econômica), a (2) formação acadêmica em curso de nível superior (suposta redução da vulnerabilidade técnica) e a (3) mitigação dos padrões gerais de vulnerabilidade negocial presumidos, para ampliar ainda mais os níveis de exercício da autonomia privada no campo da relação empregatícia. Para este segundo grupo de "hipovulnerável", o espaço de livre negociação direta e individual abarca todo o rol de matérias previsto exemplificativamente no art. 611-A da CLT. E aqui foi ainda além o legislador reformador – ao nosso entender em excesso se incluirmos nesta análise os parâmetros estabelecidos pelo constituinte – permitindo em nosso sistema uma inédita superposição da autonomia privada individual em relação à autonomia privada coletiva ("preponderância sobre os instrumentos coletivos"), mesmo que em prejuízo do trabalhador, elevando a primeira aos níveis da ordem pública ("com a mesma eficácia legal").

Observamos nessas referidas situações uma clara conformação do princípio da irrenunciabilidade (imperatividade normativa) diante da autonomia individual privada. Como sabemos, o princípio da irrenunciabilidade era manifestamente uma das derivações mais marcantes do princípio da proteção; por conseguinte, a mitigação daquele necessariamente traz sorte equivalente a este. Além do mais, é sabido que a autonomia individual tem como premissa básica a simetria entre as partes, ao menos sob o prisma negocial, o que é a antítese da ideia protetiva. Por tais razões, não temos receio em afirmar que, neste redimensionamento principiológico, estabelecendo novas dinâmicas interativas entre princípios específicos de direito do trabalho, ou entre estes e outros próprios do direito comum (privado), pela via de regras esparsas pré-ponderativas, o legislador reformador procurou acentuar o caráter privatista do direito do trabalho e a feição contratualista da relação de emprego.

Considerações finais

Face ao exposto, parece-nos inegável que a grande reforma na legislação trabalhista concretizada em 2018 acentuou o aspecto "contratual" do vínculo de emprego e prestigiou significativamente o instituto da "autonomia privada", mesmo individual, elegendo-o um importante instrumento regente de inúmeros aspectos da dinâmica empregatícia. Entretanto, reconhecer este movimento do atual direito laboral não significa, necessariamente, a concordância com ele, muito menos o blinda a possíveis críticas.

Entendemos que o fenômeno "relação de emprego" não se exaure nem se explica completa e adequadamente por meio exclusivo da roupagem contratual. Não negamos validade e pertinência a muitos dos postulados contratualistas, mas entendemos que alguns aspectos da relação empregatícia fogem dos contornos dados pela teoria contratual, o que lhe conferiria, minimamente, uma natureza híbrida. Vejamos alguns exemplos.

É certo que os efeitos da relação de emprego irão se impor mesmo quando a manifestação convergente expressa das partes for em sentido contrário. Nem sempre os sujeitos agem conscientemente em perseguição dos efeitos jurídicos típicos de um vínculo empregatício, outras vezes inclusive buscam conscientemente fugir destes mesmos efeitos, mas isso não impede o direito do trabalho de reconhecer, por via de suas instituições, seu objeto típico. Situações como estas encontram difícil acolhida em meio aos postulados contratualistas típicos.

Também é notório que o vínculo empregatício juridiciza uma relação de poder entre dois sujeitos desiguais (subordinação). Trata-se de uma relação que institucionaliza uma desigualdade, embora lhe ponha limites. Em outras palavras, é difícil compreender o poder patronal apenas como uma derivação do contrato, com raiz obrigacional; ou o dever de obediência como mera decorrência da adesão livre e consciente ao pacto laboral. O poder patronal e a subordinação do trabalhador, faces de uma mesma moeda, são anteriores ao Direito e ao contrato de trabalho, possuindo raízes econômicas, sociais e técnicas (organizacionais), entre outras tantas possíveis explicações. Aquela que é tida como principal característica da relação de emprego, portanto – a subordinação – não se explica por inteiro através do contrato, nem encontra neste o seu fundamento.

O ambiente onde a relação de emprego desenvolve-se – a empresa – é complexo, multifacetado, não se aperfeiçoando apenas por meio de relações jurídicas atomizadas, contratuais. A relação empregatícia se estabelece entre empregado e empregador, mas dela emergem repercussões éticas, técnicas e mesmo jurídicas que vão além do "relativismo contratual" típico. Aqui desponta outro aspecto bastante peculiar da relação empregatícia cuja percepção é bastante dificultada pelo contratualismo.

Por fim, quando falamos em "contrato" necessariamente temos em mente uma estruturação entre dois sujeitos em torno de um determinado objeto. Essa concepção relacional, inicialmente concebida para estruturar juridicamente trocas patrimonais, é de árdua assimilação quando o objeto em apreço é o trabalho (energia laboral). Somente por ficção é possível distinguir o sujeito (trabalhador) do objeto (trabalho) nesta suposta "modalidade contratual": o foco da relação jurídica empregatícia é o próprio trabalhador em ação. Por isso há projeções do poder patronal que, em última análise, acabam recaindo sobre a pessoa (fiscalização, punição p. ex.); por isso há deveres acessórios que se expressam por meio de determinadas posturas com repercussões que podem ir desde o estético (proibição de usar barba em determinados estabelecimentos hoteleiros), o ético (os deveres de urbanidade para com os hóspedes deste mesmo estabelecimento hoteleiro), o físico (os deveres de resguardo de atletas profissionais de alto rendimento) e outras tantas possíveis repercussões altamente controversas (as interfaces e conformações, p. ex., entre legítimos interesses empresariais e objeções ou restrições de consciência da pessoa empregada). A relação empregatícia inaugura uma situação jurídica em que o trabalhador tem uma obrigação de *fazer* alguma coisa e, muitas vezes, de *ser* alguém em função do que faz (imaginemos o quanto uma obrigação de aparência, de postura e de resguardo repercutem na própria construção da identidade do sujeito). A plena equalização destes fatores tão banais nas relações de trabalho dentro de uma roupagem estritamente contratual é, no mínimo, árdua.

Essas observações, questionamentos e reflexões não invalidam a pleno o contratualismo. Como afirmado antes, são inegáveis alguns dos postulados e legados desta posição teórica. A questão que aqui levantamos diz respeito à completude e suficiência dos postulados contratualistas como fundamento teórico adequado para explicar, a contento, as excentricidades, peculiaridades, em suma, a complexidade inerente à relação jurídica de emprego.

Referências

BARROS, Alice M. de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Direito individual do trabalho.** 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Método, 2016.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho.** 3. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. V. 1.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. STURMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. de (orgs.). **Reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

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

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. V. I.

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**. 4. ed. México: Porrúa, 1954.

_____. **Derecho mexicano del trabajo.** México: Porrúa, 1960.

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

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Tavares; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios no novo código civil brasileiro e outros temas**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. V. 2.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho.** Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Estudos de direito do trabalho.** Coimbra: Almedina, 2003. V. 1.

_____. **Direito do trabalho –** dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005.

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

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

SÜSSEKIND, Arnaldo e outros. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. V. 1.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Direito material do trabalho:** noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho. Curitiba: Juruá, 2014. V. 1.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos.** 2. 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.