

A AUTONOMIA PRIVADA E A RELAÇÃO DE EMPREGO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Adriana Brasil Vieira Wyzykowski¹

Sumário: 1. INTRODUÇÃO 2 OS DIREITOS TRABALHISTAS À LUZ DA AUTONOMIA PRIVADA 2.1 OS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS SOCIAIS 2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO 2.2.1 Princípio Da Proteção 2.2.2 Princípio Da Irrenunciabilidade Dos Direitos Trabalhistas 2.2.3 Princípio Do Não-Retrocesso Social 3 A AUTONOMIA PRIVADA E A RELAÇÃO DE EMPREGO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO 3.1 CONCEITO DE AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL 3.2 RELAÇÃO DE EMPREGO COMO NEGÓCIO JURÍDICO E SEUS REFLEXOS NA AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL 4 AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL E NEGOCIAÇÃO (OU DISPONIBILIDADE) DE DIREITOS TRABALHISTAS 4.1 GRAU FRACO, QUASE INEXISTENTE: RELAÇÕES TÍPICAS, ONDE SE CONSTATA DESEQUILÍBRIO GRANDE 4.2 GRAU MÉDIO: RELAÇÕES ONDE HÁ ALGUMA POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO 4.3 GRAU ALTO: GARANTIA DA LIBERDADE NEGOCIAL. CASO DE EMPREGADOS ALTAMENTE ESPECIALIZADOS E CELEBRIDADES 5 CONCLUSÕES REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Uma das concepções mais difundidas do direito é aquela que o concebe como limitador da liberdade. Nesse sentido, ante sua estrutura relacional (direito como ordenador de condutas em caráter intersubjetivo), imporia que a limitação de liberdade de um sujeito corresponderia a oportunização a outro do exercício de sua liberdade.

No entanto, tal pensamento esquece que o direito não corresponde, muitas vezes, a um limitador da liberdade. Consagrado no caput do art. 5^a da Constituição Federal de 1988, a liberdade é vista sob a perspectiva de direito fundamental, fazendo parte do chamado mínimo existencial garantido a todo cidadão.

Noutras palavras, ao revés de limitar, o direito é fomentador da concretização plena da liberdade humana. Isso acontece, por exemplo, diante da autonomia privada, quando a liberdade negocial das partes permite a autorregulação de suas relações sociais.

Nesta senda, revela-se a importância da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, como expressão de um direito fundamental de liberdade e livre iniciativa consagrados no texto constitucional em seus artigos art. 5^o, caput e art. 170.

¹ Mestranda em Direito Privado – Relações Sociais e Novos Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Professora Substituta da disciplina Legislação Social e Direito do Trabalho da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Advogada. Email para contato: adrianawyzy@globo.com

Mas como compatibilizar essa liberdade negocial com os ramos do direito, onde há uma patente tutela protetiva?

No campo dos negócios jurídicos e contratos, a autonomia privada revela-se com extrema força, afinal nestas relações é visível a paridade dos sujeitos que desejam negociar e contratar. Dessa forma, a liberdade negocial ganha um destaque e importância, dada a sua característica de protagonista no desenvolvimento do negócio jurídico.

Já no campo do direito do trabalho, ramo considerado em sua essência protetivo, poder-se-ia pensar que a autonomia privada encontra-se mitigada ou mesmo inexistente. Deseja-se saber, ao longo da pesquisa, as verdadeiras interações entre a autonomia privada e a essência protetiva do direito do trabalho, pautando-se na relação individual de emprego.

2 OS DIREITOS TRABALHISTAS À LUZ DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada não se baseia somente na autodeterminação e liberdade dos sujeitos para a formação de negócios jurídicos, tal como era visto com a autonomia da vontade². Na teoria da autonomia privada não bastaria o puro consenso suficiente para criar direito. É imprescindível ou que este consenso seja previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico, ou, ao menos, que este consenso não seja proscrito pelo ordenamento jurídico.

Noutras palavras, não bastaria a manifestação de vontade para que os sujeitos se obrigassem, senão era necessária observância de certos pressupostos de validade³.

Partindo-se do pressuposto de que a autonomia privada consiste numa liberdade de negociação dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, cabe por ora analisar a autonomia privada dentro da relação de emprego.

Primeiramente, tem-se que se ter em mente que os direitos trabalhistas são direitos fundamentais sociais, passíveis de proteção estatal. Tal proteção é vista sob um prisma intervencionista, de modo que o Estado consagra certos direitos trabalhistas, permitindo um melhor desenvolvimento da relação de emprego.

² A liberdade contratual das pessoas é trazida à baila por meio da autonomia da vontade, de sorte que as mesmas podem auto-regulamentar seus interesses. LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 10, vol. 39, p. 33-50, jul/set, 2009, p. 35.

³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.52-53.

Ademais, observa-se que a relação individual de emprego é pautada no princípio da proteção, em razão da constatação de que a mesma encontra-se desequilibrada, como será abordado adiante. Ainda mais, os direitos trabalhistas estão sujeitos ao princípio do não – retrocesso social, de sorte que os direitos sociais já concretizados e efetivados não podem retroceder diante de normas ordinárias.

Questiona-se se a existência de tais princípios trabalhistas, aliados ao fato de se tratarem os direitos trabalhistas de direitos sociais, poderia aniquilar ou limitar substancialmente a autonomia privada ou se a mesma poderia conviver harmonicamente com tais princípios. Tratar-se-á disso agora.

2.1 OS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS SOCIAIS

Não é incorreto afirmar que a origem dos direitos sociais confunde-se com a própria história do direito do trabalho, afinal o direito do trabalho nasce do confronto entre as disparidades sociais e o labor do período industrial. Ao mesmo tempo, tem-se o nascimento dos direitos sociais, pautados numa possibilidade de exercícios dos direitos garantidos pelo Estado⁴.

Assim, os direitos sociais podem ser vislumbrados como direitos fundamentais⁵ de segunda dimensão, decorrentes de transformações econômicas e sociais ocorridas nos séculos XIX e XX.

A revolução industrial proporcionou um crescimento econômico acelerado, desconhecido para as épocas próximas, muitas vezes regidas pela agricultura e tecelaria. No entanto, a prosperidade econômica visualizada na época não foi gozada por uma maioria. Essa grande quantidade de pessoas, em verdade, foi prejudicada pelo desenvolvimento industrial sob a ótica de que não puderam garantir a efetivação de seus direitos de liberdade e igualdade, ainda que formal, em sua plenitude.

O Estado já não era mais capaz de garantir uma harmonia nas relações sociais. Em razão disso, os séculos em questão foram palco de grandes manifestos por melhoras nas condições

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 93.

⁵ Adotou-se nesta pesquisa a terminologia direitos fundamentais, em contraponto a expressões como direitos humanos, direitos de liberdade do homem, direitos do homem, etc. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, pode-se visualizar direitos fundamentais quando existem “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

de trabalho enfrentadas pelos operários, por um direito à saúde, à educação, dentre outros. Segundo George Marmelstein, a própria Igreja Católica, que vinha se mantendo neutra nos conflitos entre os trabalhadores, publicou em 1891 a encíclica *Rerum Novarum*, na qual criticava as condições de vida das classes trabalhadoras e apoiava o reconhecimento de vários direitos trabalhistas – embora consideradas ideias disseminadas de Karl Marx⁶.

É nesse contexto que surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão. O Estado não poderia mais se manter inerte diante das injustiças sociais. Deveria este atuar positivamente na efetivação dos direitos que garantissem as necessidades mínimas do ser humano, proporcionando o chamado Welfare State, ou Estado do bem-estar social.

Isso não significava que o Estado deveria abandonar o capitalismo. Pelo contrário, o Estado do bem-estar social partia da premissa garantidora dos alicerces do capitalismo, como a livre iniciativa e a garantia da propriedade privada, mas não se esquecia dos direitos garantidores de uma vida digna para o indivíduo.

Embora já houvesse notícias desses direitos nas Constituições francesas de 1793 e 1848, bem como na Constituição Alemã de 1849 e na Constituição Brasileira de 1824, foram as Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de Weimar que primeiro, efetivamente, positivaram esses direitos⁷. Verificam-se, pois, os chamados direitos sociais, direitos do indivíduo perante o Estado. São típicos exemplos desses direitos os direitos trabalhistas, direito à saúde, direito à educação, direito à assistência e previdência social.

Como assevera Ingo Sarlet, a nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, já que não se cuida mais da liberdade do e perante o Estado, senão da liberdade por intermédio do Estado⁸.

A distinção entre a primeira e a segunda dimensões, basicamente, para Antonio-Enrique Pérez Luño, baseia-se no fato de que os direitos de primeira geração são considerados como direitos de defesa das liberdades do indivíduo, exigindo do Estado uma atitude passiva e de vigilância

⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 49.

⁷ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2 Ed. São Paulo: Método. 2006, p. 89 a 92 e MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 49 e 50.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

em termos de polícia administrativa, enquanto os direitos fundamentais de segunda geração, direitos de participação, exigem do Estado uma política ativa para garantir o seu exercício⁹.

Vale ressaltar que os direitos de segunda geração abordam também as chamadas “liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização e o direito a greve, representando um caráter negativo, de abstenção por parte do Estado, bem como o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores¹⁰.

Desta forma, é fácil visualizar os direitos trabalhistas como direitos fundamentais sociais, afinal não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos trabalhistas, mas sim deve garantir os mesmos, de forma participativa, a fim de permitir o exercício destes direitos.

No momento em que o Estado passou a intervir, de uma forma ou de outra, no processo econômico e nas relações laborais, garantindo direitos trabalhistas de cunho social, inaugurou-se uma nova fase da história do trabalho, rompendo com o paradigma tão conhecido e disseminado na revolução industrial¹¹.

A intervenção estatal ganha força em razão da constatação de que a relação de emprego é, em sua gênese, desequilibrada. Tem-se, de um lado, o empregador, detentor de um poder social e econômico e, de outro, o trabalhador, parte débil da relação de emprego. A necessidade de expansão da legislação trabalhista no sentido protetivo vem do ideal marxista de que o proprietário era quem massacrava o operário e não lhe repassava o total daquilo que era por seu direito, colocando-o em situação de inferioridade e carente de proteção estatal¹².

A legislação trabalhista vem justamente para equilibrar a relação de emprego, caracteristicamente desequilibrada. Com isso, o direito do Trabalho desenvolve alguns princípios, buscando a proteção do trabalhador e melhoras na prestação laboral. Exemplo disso é o princípio protetor.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las Geraciones de Derechos Humanos *In Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n. 10. Septiembre-Diciembre 1991. p. 205/206. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=qins0qjcsbmigxqpzog2ec55_407909&ART=15,21414,RCEC_10_201.pdf. Acesso em: 20 de março de 2009.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

¹¹ HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Santuário, 2002, p. 186.

¹² MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e Transação no direito do trabalho – uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 74, n. 02, Fev.190-224, 2010, p. 191.

O direito do trabalho, como foi visto, nasceu da constatação de que não bastava ao Estado se abster de violar direitos. Era necessária a consagração destes direitos, dados os abusos existentes à época da revolução industrial.

O desenvolvimento do direito do trabalho, portanto, veio acompanhado do desenvolvimento de princípios protetivos, capazes de consagrar os direitos fundamentais do cidadão na sua condição de trabalhador e cidadão.

O pilar maior desses princípios é o princípio da proteção.

2.2.1 Princípio Da Proteção

No contrato de trabalho é marcante a existência de uma relação desigual. Observa-se que os sujeitos da relação trabalhista estabelecem uma relação juridicamente igual, mas faticamente desigual, por diversos motivos. Um deles é a detenção do poder econômico pelo empregador.

Este pode ser traduzido em um poder social que advém de uma supremacia capaz de interferir na autodeterminação do empregado, tanto no momento de contratar, como durante a prestação do contrato de trabalho, já que o empregado é parte hipossuficiente, necessitado, a qualquer custo, daquele trabalho para seu sustento e de sua família¹³.

Constata-se que deve haver uma proteção da parte mais débil da relação de emprego, dada a marcada inferioridade existente. É em razão da hipossuficiência do trabalhador que o princípio protetor surge no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras de Plá Rodriguez¹⁴, o “legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.”

Note-se que o autor reconhece existir uma desigualdade fática no contrato de trabalho, desigualdade esta capaz de ensejar uma proteção jurídica das normas de direito material favoráveis ao empregado, que é, repise-se, hipossuficiente na relação de emprego.

¹³ AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho 2007 – RDT 128**, p. 125-154.

¹⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTR, 1978, p. 16.

Segundo Pinho Pedreira¹⁵, o motivo desta proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite, ou a um organismo que o represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco.

Pinho traz a baila os ensinamentos de Gerard Couturier, que afirma existir 3 espécies de inferioridade: a inferioridade constrangimento; a inferioridade ignorância e a inferioridade vulnerabilidade.

A inferioridade constrangimento afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Ele não é livre para aceitar ou recusar. É o que acontece na celebração do contrato de trabalho. Couturier fala em subordinação pré-existente ao contrato, reportando-se às considerações de G. Poulain sobre a desigualdade de fato, que desempenha um papel fundamental no limiar da relação de trabalho quando à dependência econômica se junta freqüentemente a desigualdade intelectual, pondo o trabalhador à mercê do empregador.

Essa inferioridade é chamada de subordinação virtual. Essa espécie de inferioridade não deve ser tomada em consideração somente quando da conclusão do contrato, mas também durante toda a relação de trabalho, quando o empregado se acha em face do empregador numa situação que não lhe permite exprimir uma vontade realmente livre.

A inferioridade ignorância ocorre quando um dos contratantes é um profissional e o outro é leigo. Nas relações de trabalho é de recear que ao trabalhador faltem informações sobre as condições de admissão e as características do emprego em vista. É essa inferioridade ignorância do empregado que explica o desenvolvimento no regime do contrato de trabalho de obrigações de informação e de um formalismo informativo.

A inferioridade vulnerabilidade se exprime em exigências de segurança física. Ainda é consequência da subordinação em que o contrato coloca o empregado. Esta e também mais precisamente certas obrigações contratuais particulares do assalariado são suscetíveis de por em causa suas liberdades fundamentais. Todas as precauções devem ser adotadas para que a subordinação do trabalhador fique limitada à prestação do trabalho e para que, mesmo na execução deste, o respeito à pessoa e às suas liberdades inalienáveis prevaleça.

Guardar-se-á a informação a respeito da inferioridade constrangimento para a discussão acerca da autonomia privada e o direito individual de trabalho.

¹⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo, LTR, 1999, p. 22-41.

Observa-se que outra justificativa para a existência de um princípio protetor é a subordinação jurídica como elemento da relação de emprego, de modo a conferir ao empregador certos poderes para alcançar os fins desejados no âmbito da relação de emprego.¹⁶

O artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – confere ao empregador poder diretivo, fiscalizador e sancionador. Estes poderes representam o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas à organização e estruturação empresarial, incluindo o processo de trabalho adotado na empresa, com estabelecimento de regras e orientações no tocante às condutas dos empregados dentro do estabelecimento¹⁷.

Em síntese, o poder diretivo é o poder que o empregador tem de dar ordem de serviço ao empregado. Contudo, essas ordens devem obedecer os limites morais, legais e contratuais. Essas ordens devem ser fiscalizadas, de maneira a ensejar o poder fiscalizador. O poder de punir, por fim, é conferido ao empregador para que este estabeleça sanções diante de determinadas condutas praticadas pelo empregado.

O exercício desses poderes, aparentemente, não traria malefício algum ao empregado. Contudo, as formas de controle e fiscalização, o modo como essas são exercidas e o estabelecimento de certas punições de caráter vexatório ou ilegal podem extrapolar a proporcionalidade esperada, de modo a atentar ou violar direitos fundamentais do trabalhador.

Ainda a existência destes poderes pode deixar o trabalhador numa posição de inferioridade, afinal a ameaça de punição, por exemplo, poderia fazer com que o empregado deixasse de reivindicar certos direitos seus ou mesmo aceitasse certas condições de trabalho desfavoráveis.

Decorrentes do princípio da proteção, tem-se o princípio do *indubio pro operário*, da condição mais benéfica e da norma mais favorável.

De acordo com o princípio do *indubio pro operário*, na dúvida, a interpretação deve ser feita em favor do obreiro. Em todos os ramos jurídicos o princípio de do *indubio pro operario* tem a mesma causa determinante de interpretação: o favor pela parte mais fraca da relação jurídica¹⁸.

¹⁶ Diante do aspecto ativo da subordinação jurídica observa-se a existência do Poder Diretivo, Poder de Fiscalização e Poder de Punição. A atividade do empregado consiste em se deixar guiar e dirigir, de modo que suas energias convalidadas no contrato sejam conduzidas segundo os fins desejados pelo empregador. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 133.

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 629.

¹⁸ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo, LTR, 1999, p. 41.

Visualiza-se no direito do trabalho, como parte mais fraca da relação de emprego, o obreiro, de sorte que o princípio de favor deve beneficiar tal classe diante de uma existente e real dúvida na interpretação da norma em questão.

De acordo com o princípio da norma mais favorável, em curta síntese, determina-se que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas¹⁹.

Já o princípio da condição mais benéfica revela que, diante de uma sucessão normativa, deve-se ter por permanente a condição mais favorável ao trabalhador. O princípio da norma mais favorável e da condição mais benéfica apresentam de comum um fato de depender a sua aplicação da existência de uma pluralidade de normas, diferenciando-se porque o princípio da norma mais favorável supõe normas com vigência simultânea e o princípio da condição mais benéfica sucessão normativa²⁰.

Em suma, enxerga-se no direito do trabalho um aparato principiológico na busca da proteção do obreiro. Destarte, as relações trabalhistas devem estar pautadas nessa proteção da parte mais fraca, em razão de sua inferioridade. Mas isso significa que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis? É o que se vê agora.

2.2.2 Princípio Da Irrenunciabilidade Dos Direitos Trabalhistas

Primeiramente, cumpre salientar que é característica dos direitos sociais serem os mesmos inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Não há a possibilidade de transferência dos direitos fundamentais, seja a título gratuito ou oneroso. Por isso, observa-se nos direitos sociais a característica de serem inalienáveis, não estando à disposição do seu titular.

Observa-se ainda a notória imprescritibilidade dos direitos fundamentais, uma vez que estes não se perdem pelo decurso do prazo, sendo sempre exigíveis²¹.

¹⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner Giglio São Paulo: LTR, 1978, p. 42.

²⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo, LTR, 1999, p. 99.

²¹ Confirmando esse entendimento, AgRg no REsp 893725 / PR AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0219140-9, Ministro Relator Humberto Martins, Segunda Turma, STJ, julgamento em 23/04/09: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – INDENIZAÇÃO – REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – TORTURA – REGIME MILITAR – NÃO-INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO

Afora isso, os direitos sociais não podem ser objeto de renúncias. Dessa característica, como entende Alexandre de Moraes, surge diversas discussões, como renúncia ao direito à vida e a eutanásia, aborto e suicídio²².

A irrenunciabilidade, portanto, encontra-se presente no direito do trabalho, por ser o mesmo considerado um direito social. Segundo Américo Plá Rodrigues, a irrenunciabilidade consiste na impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio²³.

Segundo entendimento de Pinho Pedreira²⁴, a indisponibilidade, a imperatividade e conseqüente inderrogabilidade, todas de ordem pública e cogentes, como ainda a presunção de vício de consentimento nos atos jurídicos do empregado, resultante da sua subordinação ao empregador, conjugam-se para produzir a conseqüência da irrenunciabilidade de direitos do trabalhador como um dos princípios cardiais do mesmo direito.

Para o autor a irrenunciabilidade é a regra, afinal a finalidade do Direito do Trabalho imediata consiste na proteção jurídica ao trabalhador. E a legislação trabalhista não ficou à par de tal constatação. Consagra-se o princípio no artigo 9º da CLT, onde afirmar-se que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Assim, quando o empregado renuncia seus direitos trabalhistas, favorecendo, em regra, o empregador, há de se considerar tal ato de disposição nulo, afinal o obreiro, parte débil da relação, não estava em condição de exercer plenamente sua autonomia privada, de sorte que o ato pode ser considerado fraudulento, desvirtuativo ou impeditivo de consagração dos princípios trabalhistas.

QUINQUENAL – ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/1932 – IMPRESCRITIBILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prescrição quinquenal não se aplica aos casos de reparação de danos causados por **violações dos direitos fundamentais que são imprescritíveis** (grifo nosso), principalmente quando se fala da época do Regime Militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento suas pretensões. Precedentes. 2. Ademais, o argumento referente à afronta ao Princípio da Reserva de Plenário foi trazido, tão-somente, nas razões do agravo regimental ora analisado, o que configura patente inovação da tese. "É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental." (AgRg no Ag 875.054/SP, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007, DJ 6.9.2007). Agravo regimental improvido.

²² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23. Contudo, é preciso chamar atenção que certos direitos fundamentais, chamados direitos da personalidade, podem ser objeto de parcial disposição do seu titular – por exemplo, quando o indivíduo dispõe de sua imagem para realização de uma campanha publicitária. Nada disso, porém, pode ser capaz de ensejar a renúncia ao direito fundamental ou a ofensa à dignidade da pessoa humana.

²³ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner Giglio São Paulo: LTR, 1978, p. 142.

²⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo, LTR, 1999, p. 124.

Ainda o artigo 468 da CLT afirma que a alteração nos contratos individuais só é lícita por mútuo consentimento e se não causarem prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da referida alteração.

Dessa maneira, a irrenunciabilidade traz à baila que qualquer modificação prejudicial ao trabalhador será nula de pleno direito. No entanto, tal princípio é bastante discutido na seara trabalhista, sendo considerado, inclusive, por alguns, sem aplicabilidade.

Retornar-se-á a tal discussão quando se tratar da disponibilidade de direitos e autonomia privada.

2.2.3 Princípio Do Não-Retrocesso Social

De maneira alguma uma norma pode ser um retrocesso às conquistas obtidas ao longo do tempo. Sendo marcante a característica da historicidade²⁵ dos direitos fundamentais, não comportam retrocessos, quer sejam por supressão desses direitos ou enfraquecimento.

Para Canotilho, seria inconstitucional qualquer medida que tendente a revogar direitos fundamentais já regulamentados, sem a criação de meios alternativos de compensação²⁶.

Em razão disso, as normas de direitos fundamentais são consideradas cláusulas pétreas por força do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988. O Constituinte criou, portanto, uma barreira às retrocessões no tocante aos direitos fundamentais, fomentando a atitude estatal no sentido progressista.

No tocante ao não-retrocesso social em seara trabalhista, observa-se que o mesmo possui sede constitucional, de acordo com a parte final do caput do artigo 7º da Constituição. Segundo este artigo, “são direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus diversos incisos, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Ora, a partir do momento em que a Constituição consagra a existência de direitos dos trabalhadores que melhorem sua condição social, proíbe que ocorra uma piora nestes mesmos

²⁵ A historicidade dos direitos fundamentais reflete o fato de serem os direitos fundamentais fruto de uma evolução histórica. Dessa maneira, observa-se que os direitos fundamentais não foram produtos de um momento histórico isolado, mas sim de uma mutação progressiva.

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, [19-] p. 336.

direitos, constituindo o fundamento base para a existência do princípio do não-retrocesso social em seara trabalhista.

Nas palavras de Ana Cristina e Edilton Meireles:

Ora, o que o legislador constitucional estabeleceu, no artigo 7º, foi uma série mínima e fundamental de direitos social-trabalhistas, preceituando, ainda, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que visem à melhoria de sua condição social. Daí se tem que não se pode admitir norma constitucional derivada (emenda) ou norma infraconstitucional que tenda a não gerar uma melhoria na condição social do trabalhador. Ela seria inconstitucional por justamente não preencher esse requisito constitucional da melhoria da condição social do trabalhador²⁷.

Assim, não se aceita, no direito do trabalho, um retrocesso diante dos direitos conquistados, de sorte que uma alteração prejudicial ao trabalhador implica em inconstitucionalidade ou invalidade do ato.

3. A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Viu-se linhas atrás que o direito do trabalho possui um arcabouço principiológico forte no tocante à proteção da parte mais débil da relação de emprego, quer seja o trabalhador.

3.1 CONCEITO DE AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL

Como foi visto, a autonomia privada consiste na observância dos pressupostos de validade para a constituição de uma relação jurídica.

Para o Luigi Ferri, autonomia privada é o poder de criar, dentro dos limites estabelecidos em lei, normas jurídicas. Para o autor, a autonomia privada não constitui expressão de uma simples licitude ou faculdade, mas manifestação do poder, especificamente, do poder de criar normas jurídicas dentro dos limites estabelecidos em lei²⁸.

Sendo o negócio jurídico forma de expressão da vontade, ele pode ser visto sob a perspectiva estatal, afinal a vontade privada não é fonte direta e imediata de efeitos jurídicos, mas tem sua eficácia subordinada à mediatização da lei, de sorte que o Estado pode atuar conformando esta

²⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos Direitos Trabalhistas**. São Paulo, LTR, 2009, P. 21.

²⁸ FERRI, Luigi *apud* SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 101-151, p. 112.

vontade, mediante um limite positivo ou negando eficácia a essa vontade, por meio de um limite negativo²⁹.

Assim, não há uma necessária coincidência entre a vontade e a autonomia privada. Elas só irão coincidir na medida em que a vontade se consubstancie dentro dos ditames do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Enzo Roppo:

Entre dogma da vontade e tutela da autonomia privada não há, de facto, coincidência necessária: nem sempre é verdade que para garantir o respeito substancial da autonomia, da liberdade e, portanto, dos interesses dos contraentes, seja preciso prestar absoluto e incondicionado obséquio às suas tornadas de posição psíquicas. Muitas vezes, inversamente, é verdade o contrário: isto é, acontece que a lógica da operação econômica levada a cabo pelas partes só possa ser salvaguardada, evitando dar excessiva relevância à sua vontade, entendida, no sentido restrito, como momento psicológico da iniciativa tomada³⁰.

Poder-se-ia ainda pensar numa relação entre autonomia privada e a ideia de densidade legislativa, maior ou menor, no poder de atuação da mesma. Desta maneira, a norma poderia trazer um estado de atuação maior ou menor para o ente privado, o que não descaracterizaria a liberdade negocial.

Deste jeito, haveria uma correlação entre a ideia de autonomia privada e a ideia de densidade, maior ou menor, da regulação legal dela decorrente. Autonomia privada consiste em liberdade de atuação, mas a norma pode deixar um espaço maior ou menor para esta liberdade³¹.

Entende-se, assim, que a autonomia privada ganha espaço dentro de um ordenamento jurídico organizado, afinal os particulares só podem configurar relações jurídicas que sejam reconhecidas pelo ordenamento jurídico, que estejam em conformidade com o mesmo. Sem um ordenamento jurídico que consagre o mínimo de liberdade entre as pessoas, não se pode falar em autonomia privada³², que é expressão do direito maior de liberdade.

E este ordenamento jurídico pode consagrar maior ou menor liberdade negocial, sem que isso aniquile a autonomia privada. Pelo contrário, quando um ordenamento conforma a autonomia privada com princípios outros como eticidade, boa-fé contratual, função social etc está, em verdade, reforçando a autonomia privada, afinal para que esta possa ser exercida em sua

²⁹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina. 1982, P. 42-43.

³⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 143.

³¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia Privada E Negócios Jurídicos – Breves Notas. In: Flávia Portella Püschel. (Org.). **Organização das relações privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, v. , p. 293-307, p. 304.

³² CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. **Revista De Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004, p. 96.

plenitude é necessário o respeito aos princípios constitucionais e legais, além dos trazidos pela doutrina e jurisprudência civilista.

Por fim, a autonomia privada encontra respaldo em diversos ramos do ordenamento jurídico e não só no direito civil. Com a pluralidade de relações existentes, vê-se que a liberdade negocial prospecta-se por diversos ramos outros do ordenamento, inclusive ramos considerados protecionistas e, conseqüentemente, de difícil acesso da autonomia privada.

Exemplo deste é o direito do trabalho, ramo marcado na individualidade pela relação entre o hipossuficiente e o empregador. Ainda com tais características, a autonomia privada encontra respaldo em certos casos. Ademais, no direito coletivo do trabalho, a autonomia privada assume papel de protagonista na negociação coletiva.

Tais exemplos servem para demonstrar que a autonomia privada mantém-se, ainda hoje, e mesmo diante dos problemas referentes às desigualdades sociais, como parte importante do direito privado, de sorte que seu estudo é necessário, ainda mais sob a ótica dos ramos do direito onde se tem uma desigualdade marcante.

Nesta toada, o estudo da autonomia privada na relação de emprego faz-se demasiadamente necessária e interessante. No direito do trabalho, podemos visualizar uma subdivisão nesse conceito de autonomia privada.

Primeiramente, podemos pensar numa autonomia privada individual, que é aquela liberdade negocial, respeitando os primados de validade na constituição da obrigação, que se dá dentro da relação de emprego. Assim, a autonomia privada individual trabalhista se dá em relação aos sujeitos empregado e empregador, diante de um contrato individual de trabalho.

Podemos visualizar ainda a autonomia privada coletiva, que é aquela que se dá no âmbito coletivo das relações laborais. Neste caso, temos a atuação de um sindicato de trabalhadores, negociando diretamente com a empresa (acordo coletivo), ou com um sindicato empresarial (convenção coletiva).

Segundo Walkure Lopes Ribeiro da Silva, a autonomia privada e a autonomia coletiva diferenciam-se quanto aos fins e à estrutura que comportam. Quanto aos fins, é possível afirmar que a autonomia individual visa satisfazer um interesse individual, pertinente a pessoa singularmente considerada, enquanto a autonomia coletiva visa a realizar interesse coletivo, pertinente ao grupo. Quanto a estrutura, verifica-se que os limites internos e externos da autonomia são dados pelo grau de relevância dos interesses envolvidos, se privados, como

ocorre com a autonomia individual e coletiva, ou públicos. Nesse ponto, diferencia-se interesse público, distinção que não é relevante para o trabalho³³.

Trataremos, neste ponto, da autonomia privada individual.

3.2 RELAÇÃO DE EMPREGO COMO NEGÓCIO JURÍDICO E SEUS REFLEXOS NA AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL

Antes de tratar da autonomia privada individual em si nas relações de emprego, cumpre salientar a natureza jurídica da relação de emprego. Chegaremos a conclusão de que a relação de emprego traz consigo a característica de ser contratual. Para tanto, percorreremos algumas teorias sobre o contrato de trabalho, sintetizadas por Maurício Godinho Delgado³⁴.

Elenca o Maurício Godinho Delgado dois grandes grupos de teoria contratuais acerca da natureza jurídica da relação de emprego. O primeiro grupo refere-se as teorias contratuais tradicionais. Neste grupo, há um grande viés civilista. O contrato de trabalho é visto como ajuste de vontades que deve ser encaixado no direito civil. Divide-se em 4 subteorias.

A primeira delas chama-se teoria do arrendamento. Neste caso, o contrato de trabalho é visto como um contrato de locação ou arrendamento. É uma teoria que se inspira na *locatio operarum* (onde importava o serviço pactuado, assemelhando-se à locação) e *locatio operis* (onde tínhamos a contratação de um trabalhador por seu resultado, assemelhando-se à empreitada) do direito romano. Hoje é superada, afinal inexiste no contrato de trabalho a separação entre trabalhador e objeto do contrato (prestação do serviço).

A segunda teoria é aclamada pelo nome de teoria da compra e venda. Nela, o obreiro vende sua força de trabalho ao empregado que paga um preço. O contrato é visto como mercadoria. Também é superada, afinal o trabalho é de trato sucessivo, contínuo.

Uma terceira teoria é vista sob a perspectiva do mandato. O empregado seria mandatário do empregador. É precário, afinal não há nas relações de emprego transmissão de poderes do empregador com base na confiança, a não ser nos cargos de confiança.

³³ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). **Curso de Direito do Trabalho. v. III.** São Paulo: LTr, 2008, p. 48-65).

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p.283-296.

Por fim, temos a teoria da sociedade, que considera a relação empregatícia como contrato de sociedade. Nota-se que tal teoria também não goza de aplicabilidade na seara trabalhista, afinal o contrato de trabalho não possui *affectio societatis*.

Outro grupo de teorias refere-se às teorias contratuais modernas. Nelas, aceita-se o caráter contratual, mas rejeita-se a ideia de inclusão do contrato de trabalho em uma das categorias de contrato civil. Aqui a vontade é tida como elemento essencial para a configuração da relação contratual.

De outro lado, tem-se a teoria anticontratalista, que acredita que o contrato de trabalho não pode ser considerado sob o viés do negócio jurídico. Orlando Gomes³⁵ critica veementemente as teorias anticontratalistas, pautando-se nos equívocos por ele analisados sobre esta teoria: confunde-se formação e conteúdo da relação, bem como confunde-se liberdade e vontade.

Para o autor, na formação da relação de emprego, é essencial o consentimento das partes, ainda que este seja por adesão, o que demonstraria a contratualidade ali existente. O trabalho é livre e não obrigatório, de sorte que o consentimento do trabalhador não pode ser dispensado.

No tocante à confusão liberdade e vontade, tem-se que a vontade de formar o vínculo sempre é manifestada, ainda que a liberdade esteja mitigada, em razão da necessidade daquele emprego. O obreiro não é totalmente livre para discutir as cláusulas contratuais, mas sempre manifesta vontade de contratar ou não.

Nesta perspectiva, nota-se que Orlando Gomes considera o contrato de trabalho um contrato de adesão, onde a vontade manifestada revela-se pela opção sim ou não, no tocante à formação do vínculo. Entende-se que o contrato de trabalho não poderia ser resumido a um contrato de adesão, afinal há como haver uma discussão no tocante ao seu conteúdo, ainda que minimamente. Ademais, não se demonstra, em todos os casos, que a vontade do trabalhador apenas consubstancia-se na recusa ou aceitação.

O que se tem por certeza é que o contrato de trabalho possui natureza contratual, de sorte a ser considerado um negócio jurídico.

Neste ponto, justifica-se o porquê da relação de emprego ser um negócio jurídico. Pautada na vontade dos contraentes, a relação de emprego deve preencher os requisitos legais para a sua configuração, quer sejam: pessoalidade, onerosidade, subordinação jurídica e não-

³⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 146-147.

eventualidade. Note-se que o preenchimento dessas características configura a relação de emprego, mas isso não é impeditivo da mesma passar pelo crivo dos planos da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos civis.

Como negócio jurídico que é, deve preencher as condições de validade para existir e possuir validade no ordenamento. A partir de tal constatação, observa-se que a relação de emprego é resultado de uma autonomia privada individual. Nesse sentido, Luciano Augusto de Toledo Coelho:

A autonomia privada funda-se na capacidade de a pessoa autoregular autônoma e responsabilmente sua vida. Isso somente se torna possível quando uma parte na relação negocial não tem sobre a outra uma posição de supremacia e controle, de maneira a conformar a decisão do pólo mais fraco. É dado ao trabalhador, hoje, o direito de não contratar, desde que aceite as implicações de seu ato no mundo capitalista³⁶.

No entanto, questiona-se se a autonomia privada individual sofre limitações em razão da existência de um sistema protetivo trabalhista, por conta deste desequilíbrio na relação negocial. É este o ponto que será abordado adiante.

4 AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL E NEGOCIAÇÃO (OU DISPONIBILIDADE) DE DIREITOS TRABALHISTAS

Dado o fato de ser a relação individual de emprego marcada pela existência de um contrato de trabalho, questiona-se se haveria uma liberdade negocial plena diante da existência de direitos trabalhistas garantidos pelo Estado, bem como se esta autonomia privada se sustentaria diante do sistema protetivo característico do Direito do Trabalho.

A priori, é fácil entender que a autonomia individual na relação de emprego é mitigada, em decorrência do princípio protetor. Contudo, tal afirmativa deve ser analisada sob outra perspectiva. Acredita-se que o sistema protetivo adentrou no ordenamento jurídico na busca de um reequilíbrio das partes. Deste modo, estando as partes em situação de igualdade, seria possível uma autonomia privada na realização do contrato de trabalho.

³⁶ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de Trabalho e autonomia privada In: NALIM, Paulo (org.) **Autonomia Privada na Legalidade Constitucional**: contrato e sociedade, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 147.

Dessa maneira, os princípios protetivos e os direitos trabalhistas consagrados na Constituição seriam vistos como um meio de se atingir a autonomia privada, afinal, estando os sujeitos contratantes em pé de igualdade, ter-se-ia uma liberdade negocial plena.

No entanto, esta não é o quadro que se vê na prática. A sociedade, como um todo, vive uma crise de desrespeito. Direitos fundamentais são constantemente violados, ainda mais na relação de emprego. Dado o fato de que não há um respeito aos princípios e direitos trabalhistas, as partes nunca se encontram numa situação igualitária para a negociação. Desta sorte, os princípios e direitos trabalhistas acabam por funcionar, em regra, como limites à autonomia privada, afinal a liberdade plena de negociação por vezes esbarra no princípio da proteção ou no leque de direitos fundamentais dos trabalhadores consagrados na Constituição.

Tratando-se de uma relação entre uma parte débil e outra detentora de um poder social, o respeito ao princípio protetor em face da autonomia privada não é uma limitação ruim, mas vem para garantir a fruição dos direitos fundamentais pelo trabalhador, enquanto trabalhador e cidadão. Assim, não atinge somente direitos trabalhistas, mas também direitos da personalidade do trabalhador, que devem se encontrar amparados pelo princípio protetor para que os trabalhadores possam ter uma vontade que seja livre, uma liberdade real, material.

Restrições à autonomia privada individual se justificam por se tratar de uma relação que é, historicamente, desigual. Ver-se-á, adiante, que esta premissa não se mantém diante da autonomia privada coletiva, onde, em regra, há entes iguais e a autonomia privada alcança sua plenitude.

Mas pode-se afirmar que em todos os casos a autonomia privada individual é restrita ou limitada, perante o contrato individual de trabalho?

Neste momento, busca-se inspiração na teoria defendida por Juan María Bilbao Ubillos, que defende graus de aplicação da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares. O autor defende que se deve ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada do particular³⁷. O autor ainda afirma que a desigualdade é elemento essencial para o desenvolvimento da eficácia imediata.

Reconhece-se a condição de desigualdade existente entre as partes, de maneira que, quanto maior for a desigualdade existente, maior deve ser a proteção à parte mais fraca daquela

³⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 316 e p. 322.

relação, admitindo-se a incidência dos direitos fundamentais para promover o equilíbrio entre as mesmas.

Transportar-se-á tal teoria ao direito do trabalho, de modo a se estabelecer graus de liberdade negocial diante dos direitos individuais trabalhistas.

4.1 GRAU FRACO, QUASE INEXISTENTE: RELAÇÕES TÍPICAS, ONDE SE CONSTATA DESEQUILÍBRIO GRANDE

No tocante ao confronto entre autonomia privada individual e direitos trabalhistas, vê-se, a priori, a necessidade de garantia dos direitos sociais. A própria estrutura brasileira demanda uma atuação efetiva na proteção dos direitos fundamentais sociais, haja vista que o país ainda sofre com os problemas relacionados à desigualdade social. Fator importante no tocante a esta desigualdade é o trabalho. Não existe emprego para todos e estes, quando existentes, não são capazes de garantir o mínimo existencial para uma vida digna.

Sarmiento salienta que as instituições brasileiras ainda preservam um ranço escravocrata³⁸, favorecendo ainda mais as desigualdades no âmbito das relações trabalhistas. O trabalhador, muitas vezes, não contesta tal postura por parte do empregador em razão da real necessidade que este possui de estar empregado, de possuir uma renda, ainda que mínima.

A própria estrutura do contrato de trabalho demonstra necessidade de atuação dos direitos fundamentais sociais no âmbito deste tipo de pacto, haja vista que o trabalhador, ao celebrar esse contrato, cede ao empregador sua força de trabalho, de modo a gerar uma relação de “dependência” entre estes³⁹. O empregador depende da força laborativa do empregado para a realização de sua atividade enquanto o empregado depende daquele emprego para sua subsistência.

Evidentemente, esta relação encontra-se desequilibrada. No Brasil, faltam empregos e sobram pessoas que querem trabalhar. Para o empregador, a situação é bem conveniente, uma vez que este tem a opção de substituir o empregado. Já para o trabalhador, a situação é desesperadora. Este se submete a diversas ofensas aos seus direitos fundamentais em razão da necessidade do

³⁸ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009, p. 179.

³⁹ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 81.

emprego. Não se vislumbra, aqui, uma liberdade negocial plena, afinal como poderia o trabalhador negociar algo dada a sua premente necessidade do emprego?

Neste momento é importante se recordar da inferioridade constrangimento. Lembra-se que a inferioridade constrangimento afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Ele não é livre para aceitar ou recusar e isto é bem visto na celebração do contrato de trabalho. Há uma dependência do trabalhador daquele posto de trabalho, de modo que sua liberdade negocial fica praticamente anulada diante da celebração do contrato de trabalho.

Observa-se, em decorrência dessa relação de “dependência”, diversas limitações à liberdade pessoal do trabalhador, bem como ofensas aos seus direitos fundamentais. Contudo, tais limitações e ofensas não podem ficar à mercê da vontade do empregador, devendo ser tuteladas pelo direito do trabalho. E é a partir desta constatação que surgem:

derecho al trabajo con sus diferentes derechos especiales, tales como la libre elección de la profesión, los derechos a un puesto de trabajo, a un salario justo, a condiciones de trabajo adecuadas, a la protección para determinados grupos de personas (mujeres, adolescentes), al descanso, a un subsidio por desempleo, el derecho de coalición y de huelga, como así también el derecho de cogestión⁴⁰.

Assim, num confronto entre autonomia privada individual e direitos trabalhistas, diante de um contrato de trabalho padrão devem prevalecer os direitos trabalhistas, afinal não há como haver uma liberdade negocial plena dado o desequilíbrio patente existente na relação. Também não há como haver uma disposição de direitos trabalhistas pelo obreiro, afinal este é titular de direitos fundamentais individuais na condição de trabalhador e também é portador de direitos fundamentais na condição de cidadão, reconhecendo-se os direitos elencados na seara trabalhista (artigo 7º da CF), bem como aqueles direitos inerentes aos demais cidadãos previstos no texto constitucional⁴¹.

Dessa maneira, garante-se a dignidade do trabalhador enquanto cidadão, evitando-se que o sujeito seja tratado como mera mercadoria integrante do contrato de trabalho. O empregado é muito mais do que somente uma força laborativa, que pode ser substituída a qualquer tempo. É um ser humano e como ser humano integrante do ordenamento jurídico deve ser tratado como tal, de maneira a serem assegurados direitos inerentes à sua condição de cidadão, bem como os direitos trabalhistas.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 429.

⁴¹ GOÉS, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. **Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário**. Porto Alegre, nº 37, Nov/dez, 2008, p. 53.

4.2 GRAU MÉDIO: RELAÇÕES ONDE HÁ ALGUMA POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO

Viu-se, linhas atrás, que é princípio do direito do trabalho a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Viu-se, ainda, que esta irrenunciabilidade encontra-se consagrada em razão de um desequilíbrio existente no contrato de trabalho, que motiva as regras protetivas inerentes ao ramo objeto desta pesquisa.

No entanto, constatou-se que poderiam haver exceções à regra da limitabilidade da autonomia privada em sede de contrato de trabalho, afinal, diante de um caso concreto, poder-se-ia verificar um certo grau de negociação.

Gilberto Stürmer, embora não trate especificadamente do tema em debate, defende que o Estado não deve ter tamanha ingerência nas relações trabalhistas. Neste sentido:

A verdade é que, com crise ou sem crise, ao final da primeira década do século XXI, o mais importante é lembrar que a tese de que capital e trabalho são inconciliáveis está fora de moda e de contexto no mundo globalizado. O moderno Direito do Trabalho é aquele que necessária e obrigatoriamente une o social e o econômico. As soluções já existem e dispensam a presença do “pai Estado”⁴².

Nessa senda, os direitos trabalhistas e a liberdade negocial podem coexistir harmonicamente. Como já esposado anteriormente, entende-se que tal convivência só seria possível se a relação estivesse equilibrada, com sujeitos atuando no mesmo patamar.

Assim, dever-se-ia verificar, caso a caso, a existência de uma paridade de partes na relação contratual trabalhista, para então afirmar que naquela relação a um certo grau de autonomia privada. Este grau mediano traz consigo à ideia de que certos direitos poderiam ser negociados, enquanto outros não.

Mas como saber quais seriam os direitos com possibilidade de negociação na relação trabalhistas? Ao revés, quais direitos não poderiam ser negociados?

Tais indagações devem ser respondidas à luz dos princípios do direito do trabalho. Primeiramente, deve-se observar o princípio da proteção, de sorte que cláusulas contratuais que desvirtuem os preceitos trabalhistas sejam consideradas inválidas, tal como preconiza o art. 9º da CLT.

⁴² STÜRMER, Gilberto. Proteção à relação de emprego: promessa, efetividade de um direito social e crise. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 73, n. 11, Nov, 1334-1339, 2009, p. 1338.

Ademais, deve ser observado o princípio do não-retrocesso social em seara trabalhista. Neste caso, a liberdade negocial só será considerada válida se respeitar as conquistas já obtidas no tocante aos direitos trabalhistas.

Afora tais aspectos, questiona-se se os direitos da personalidade⁴³ do trabalhador podem sofrer disposição parcial diante de um contrato individual de trabalho. Segundo André Rodrigues Corrêa, a autonomia privada também é espaço de atuação dos direitos da personalidade e, logo, de realização da dignidade humana. A ideia de dignidade, para o autor, é a base que se assentam os direitos da personalidade, de sorte que seu exercício só pode se dar de forma autônoma, ou seja, por intermédio da autonomia privada⁴⁴.

Diante de tal perspectiva, poderia o obreiro exercer seus direitos da personalidade por meio do contrato individual de trabalho. Neste caso, exige-se o consentimento do empregado na realização daquele negócio, bem como o respeito à sua honra.

Assim, a título de exemplo, a empresa pode utilizar-se da imagem do empregado como decorrência do contrato de trabalho, como, por exemplo, por meio de cláusulas que assegurem que a imagem do empregado pode ser veiculada para fazer propaganda da empresa. Neste caso, faz-se necessário um detalhamento do negócio jurídico, a fim de que tal uso do direito da personalidade seja fruído sem nenhum abuso. Nestes termos:

Tais negócios devem ser formalizados da maneira mais complexa possível, mediante autorização expressa e escrita, detalhando como a pessoa deverá aparecer, em que trajes e posições, em quais lugares, com quem, com que objetos, quando, a que veículos de comunicação o uso da imagem se destina e por quanto tempo, além da remuneração, se for o caso. Dessa forma, garante-se a proteção aos direitos de personalidade da pessoa que autorizou o uso de sua imagem por terceiros e, ao mesmo tempo, permite-se a esse sujeito a fruição econômica do uso de seu direito à imagem⁴⁵.

No entanto, poderia o empregador determinar, por meio de cláusula contratual, determinados tipos de comportamento ao empregado, tais como uso de certas vestimentas, de maquiagem,

⁴³ Segundo Roxana Borges, no tocante aos direitos da personalidade: as recentes manifestações da doutrina e jurisprudência deságuam na percepção de que a personalidade jurídica deve ser interpretada como um valor jurídico, constante do ordenamento jurídica nacional, que influi no direito público e privado. Os direitos da personalidade são tratados como essenciais à pessoa humana, na medida em que protegem a dignidade da pessoa (inerente ao próprio ser humano, dada a sua simples condição humana). BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.14.

⁴⁴ CORRÊA, André Rodrigues. Autonomia: razões e limites. In: Flávia Portella Puschel. (Org.). **Organização das Relações Privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 315-352, p. 337. Em sentido contrário, GONÇALVES, Carlos Alberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações**, volume 11 (arts. 927 a 965). Coord. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 350-351. Para o autor, os direitos da personalidade são direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio e que merecem proteção legal.

⁴⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161.

de corte de cabelo etc., limitando sua liberdade negocial sobre tais aspectos de sua personalidade?

Neste caso, entende-se, a priori, que a imposição pelo empregador de certos comportamentos ao obreiro encontra barreira nos direitos da personalidade do empregado, bem como no princípio da proteção. Primeiramente, não pode o empregador determinar a forma de exercício dos direitos da personalidade do empregado. Uma coisa é haver uma renúncia parcial daquele direito da personalidade, com a anuência e ciência do empregado sobre todas as condições em que se dará a renúncia. Outra coisa é a imposição, como condição para a celebração do contrato de trabalho ou permanência no emprego, de certos comportamentos. Aqui volta-se a uma situação de inferioridade na negociação, de sorte que a autonomia privada incidiria em sua versão mais fraca, exposta no ponto anterior.

Não se pode, contudo, generalizar a situação. Em certos casos, em razão da função exercida, pode-se haver a imposição de certos hábitos de vestimentas ou comportamentos. Exemplo disso são as trabalhadoras de shopping que devem utilizar vestimentas da loja como uniformes e devem utilizar maquiagem e cabelos muitas vezes considerados extravagantes. Tal comportamento se justifica em razão da função exercida, quer seja o labor com moda, onde se procura passar a visão daquela marca ou loja onde o trabalho é prestado.

Outro exemplo é a imposição de determinados comportamentos por questões sanitárias e de saúde. Trabalhadores de restaurantes devem manter cabelos presos, envoltos por uma tela de proteção que faça com que não haja contato com o alimento, barba, no caso de homens, e unhas devem estar curtas e higienizadas, dentre outros comportamentos.

Conclui-se, neste ponto, que a versão média da autonomia privada dependerá muito do caso em questão, de sorte que deve ser analisada com muita cautela, partindo-se sempre de uma relação paritária e com respeito aos princípios trabalhistas.

4.3 GRAU ALTO: GARANTIA DA LIBERDADE NEGOCIAL. CASO DE EMPREGADOS ALTAMENTE ESPECIALIZADOS E CELEBRIDADES

Pensa-se, neste momento, numa versão forte da autonomia privada, de modo a consagrar uma ampla liberdade negocial entre empregado e empregador no âmbito do contrato de trabalho.

Tal situação será possível quando as partes estiverem num parâmetro de equilíbrio contratual exacerbado, tal como ocorre com os empregados altamente especializados e celebridades.

Tais figuras de empregados encontram-se, muitas vezes, numa situação de supremacia no contrato de trabalho, afinal há uma dependência da empresa no tocante aos serviços prestados. Não raro, as empresas do ramo competem por este empregado, realizando um verdadeiro leilão sobre a prestação de serviços do obreiro. A empresa que se dispõe a pagar mais com condições privilegiadas sairá vencedora da disputa por estes empregados.

Diante de tal constatação, percebe-se que a liberdade negocial das partes opera-se de forma plena, afinal não há uma inferioridade ou dependência do empregado em relação ao empregador. Pelo contrário, o empregador é que depende daquela mão-de-obra altamente especializada ou daquela determinada celebridade para o anúncio de seu produto, por exemplo.

Neste ponto, é importante relatar o parecer proferido por Arion Sayão Romita, publicado na Revista de Direito do Trabalho sobre o contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte. Na consulta, o empregado havia passado ao cargo de Superintendente de Coordenação Empresarial, cargo este considerado estratégico para a empresa.

No ano de 1996, empregado e empregador firmara termo aditivo ao contrato de trabalho, onde definiu-se que, para o empregado deixar de ocupar cargo considerado estratégico para a Empresa, teria o prazo de 12 meses para decidir se exerceria advocacia externamente, assistindo a empresa e podendo assistir terceiros que não tivessem conflito de interesse com a Companhia. Fazendo esta opção, o empregado gozaria de um período de 3 anos de manutenção do contrato de trabalho, contados a partir da opção, exceto no caso de justa causa.

Desta maneira, firmou-se uma espécie de garantia de emprego de maneira contratual, pautada na autonomia privada entre as partes. Ocorre, no entanto, que o empregado fora demitido sem justa causa pela empresa em 1997. Assim, o empregado formulou a consulta à Arion Romita, no sentido de saber se era válida a estipulação contratual da garantia de emprego.

Verificou-se que a estipulação contratual de garantia de emprego era válida, ajustando-se ao mandamento do art. 444 da CLT, que afirma que as relações contratuais podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas, vedada apenas a violação das disposições de proteção ao trabalho, que não era o caso.

A estipulação contratual de garantia de emprego, para o autor, respeita a autonomia da vontade⁴⁶, sem ofender qualquer preceito protecionista do Direito do Trabalho:

Expressão da livre deliberação consensual das partes interessadas, sem malferir qualquer disposição de ordem pública protecionista do trabalho, a garantia de permanência no emprego reverencia o secular princípio da autonomia da vontade, acolhido pelo Direito do Trabalho brasileiro. Portanto, a referida estipulação é válida, à luz do direito positivo vigente⁴⁷.

Entende-se que, por se tratar de um empregado especializado que foi posto em cargo estratégico da empresa e, por conseguinte, possuía informações privilegiadas sobre a companhia, a autonomia privada revelou-se no seu grau mais forte. Assim, a negociação sobre uma garantia de emprego fora plenamente válida, estando os sujeitos num grau de igualdade tal que possibilitaria a liberdade negocial em sua plenitude.

Entretanto, ainda em seu grau mais forte, a autonomia privada não pode ser utilizada sob a perspectiva de atentar contra os princípios protetivos constantes no Direito do Trabalho, sob pena de ter seu uso considerado abusivo e, conseqüentemente, ser invalidada a negociação.

5 CONCLUSÕES

A partir das considerações acima, podem-se extrair as seguintes conclusões:

- 1 - A autonomia privada deve ser vista sob a perspectiva desta ordem de valores, fins e princípios consagrados no texto constitucional.
- 2 – No direito do trabalho, a autonomia privada deve ser vista sob a perspectiva de serem os direitos trabalhistas direitos sociais, passíveis de proteção estatal.
- 3 - O desenvolvimento do direito do trabalho veio acompanhado do desenvolvimento de princípios protetivos, capazes de consagrar os direitos fundamentais do cidadão na sua condição de trabalhador e cidadão.
- 4 - Constata-se que deve haver uma proteção da parte mais débil da relação de emprego, dada a marcada inferioridade existente.

⁴⁶ Note-se que o autor utiliza a terminologia autonomia da vontade. Segundo entendimento já esposado, trata-se, em verdade, da autonomia privada.

⁴⁷ ROMITA, Arion Sayão. Autonomia da vontade: contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte: validade. Inaplicabilidade de normas de direito administrativo (parecer). **REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO**, Curitiba: Genesis, n.79, p. 13-21, julho., 1999, p. 21.

5 - Os princípios e direitos trabalhistas acabam por funcionar, em regra, como limites à autonomia privada, afinal a liberdade plena de negociação por vezes esbarra no princípio da proteção ou no leque de direitos fundamentais dos trabalhadores consagrados na Constituição.

6 – Reconhece-se a condição de desigualdade existente entre as partes, de maneira que, quanto maior for a desigualdade existente, maior deve ser a proteção à parte mais fraca daquela relação.

7 – Desenvolvem-se, assim, graus de autonomia privada na relação de emprego.

8 – O grau fraco ou quase inexistente ocorre quando se tem uma relação de emprego padrão, onde o desequilíbrio é latente. Neste, deve haver a proteção dos direitos sociais trabalhistas na relação laboral.

9 – O grau médio ocorre quando há alguma possibilidade de negociação na relação de emprego, como se observa com os direitos da personalidade do trabalhador.

10 - o grau forte revela-se diante da relação existente entre um empregado altamente especializado ou uma celebridade e o empregador. Neste caso, há um poder de negociação maior, de sorte que a autonomia privada consagra-se em sua forma plena.

REFERÊNCIAS

AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho 2007 – RDT 128**, p. 125-154

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. **Revista De Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, [19--].

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de Trabalho e autonomia privada In: NALIM, Paulo (org.) **Autonomia Privada na Legalidade Constitucional**: contrato e sociedade, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

CORRÊA, André Rodrigues. Autonomia: razões e limites. In: Flávia Portella Puschel. (Org.). **Organização das Relações Privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 315-352.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006.

GOÉS, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. **Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário**. Porto Alegre, nº 37, Nov/dez, 2008.

GOMES, J. Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar In: NALIM, Paulo (org.) **Autonomia Privada na Legalidade Constitucional**: contrato e sociedade, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial**: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965). Coord. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Santuário, 2002

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 10, vol. 39, p. 33-50, jul/set, 2009

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las Geraciones de Derechos Humanos *In Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n. 10. Septiembre-Diciembre 1991. p. 205/206. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/frames.aspx?IDS=qins0qjcsbmiqzpzog2ec55_407909&ART=15,21414,RCEC_10_201.pdf. Acesso em: 20 de março de 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008

MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos Direitos Trabalhistas**. São Paulo, LTR, 2009

MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e Transação no direito do trabalho – uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 74, n. 02, Fev.190-224, 2010.

- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia Privada E Negócios Jurídicos – Breves Notas. In: Flávia Portella Püschel. (Org.). **Organização das relações privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, v. , p. 293-307
- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina. 1982
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner Giglio São Paulo: LTR, 1978
- ROMITA, Aryón Sayão. Autonomia da vontade: contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte: validade. Inaplicabilidade de normas de direito administrativo (parecer). **REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO**, Curitiba: Genesis, n.79, p. 13-21, julho., 1999.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**.7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo, LTR, 1999.
- _____. A autonomia coletiva e os direitos individuais dos trabalhadores. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.99, p. 65-75, jul/set., 2000.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). **Curso de Direito do Trabalho. v. III**. São Paulo: LTr, 2008
- STÜRMER, Gilberto. Proteção à relação de emprego: promessa, efetividade de um direito social e crise. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 73, n. 11, Nov ,1334-1339, 2009
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2 Ed. São Paulo: Método. 2006.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003