

Os limites da liberdade de contratar no *juslaboralismo* contemporâneo – Adequação contratual dos períodos de trabalho e descanso

Saulo Nunes de Carvalho Almeida

Doutorando e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional nas Relações Privadas na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Tributário. Bolsista CAPES/PROSUP. Professor na Faculdade Católica Rainha do Sertão (FCRS). Advogado. *E-mail:* <saulonunes@hotmail.com>.

Resumo: Ao analisarmos o sistema *juslaboral* em vigor, percebemos a continuidade de uma cultura de dirigismo contratual que, em certos pontos, demonstram andar na contramão do contexto democrático instituído pela Constituição de 1988. Trata-se de um modelo capaz de suprimir o direito de liberdade contratual do empregado, impossibilitando-o, inclusive, de ajustar os seus períodos de descanso, mesmo quando essa adequação demonstra-se harmônica com a promoção do seu bem-estar pessoal. Nesse sentido, o presente estudo, assentado em um maior reconhecimento da autonomia da vontade do homem livre, propõe uma reflexão jurídica rumo a uma redefinição dogmática dos limites e conteúdo da liberdade de contratar no âmbito do pacto laboral, em especial quanto à tutela jurídica concedida ao tempo de trabalho e tempo livre, com o objetivo de melhor atender a multiplicidade de modalidades laborais presentes na sociedade brasileira contemporânea.

Palavras-chave: Autonomia contratual. Liberdade de contratar. Jornada de trabalho.

Sumário: 1 Introdução – 2 O mundo do trabalho contemporâneo e os limites à autonomia contratual do trabalhador – 3 A liberdade de contratar nas relações de trabalho contemporâneas – O direito à autodeterminação do trabalhador – 4 A busca pelos limites da liberdade de contratar nas relações de trabalho – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

Com o receio de que o presente estudo ora apresentado à comunidade científica possa vir a ser mal compreendido, deixe-me iniciar esclarecendo, desde já, alguns pressupostos importantes.

Acredito que os preceitos emergentes na doutrina rotulada como “neoliberal”, que enxerga o Direito do Trabalho como estorvo, motivo pelo qual buscam, a todo custo, a flexibilização/desregulamentação/precarização das relações de trabalho, sempre sob a justificativa de que o estímulo à livre circulação de capitais proporcionaria o

crescimento da produção e o melhor funcionamento dos mercados, entram em colapso quando em contato com a atmosfera social presente em Estados Democráticos de Direito.

É absolutamente inegável que a ciência do *juslaboralismo* se faz ainda mais necessária no mundo ocidental contemporâneo, dominado pelos falsos primados capitalistas de que o livre mercado alcançaria a tão desejada prosperidade geral.

Caso olhemos para o espelho da história em busca da matriz-evolutiva justificante da normatização trabalhista, perceberemos que o mesmo repousou na necessidade imperiosa de busca pelo equilíbrio da tensa e, comumente contraditória, relação entre trabalho e capital, entre econômico e social, liberdade e intervencionismo. Um desafio tão antigo quanto a acumulação de riquezas e o surgimento de classes sociais, mas que continua, até os dias atuais, órfão de uma solução adequada.

Ao disciplinar a Ordem Econômica de nosso país, a CF/88 positivou, no decorrer de seu artigo 170, os limites da livre-iniciativa patronal. Esses apenas podem existir quando harmônicos com os primados da valorização do trabalho humano e da justiça social. Esse hercúleo trabalho de conjugação entre capital e trabalho, aproximando interesses que aparentavam ser antagônicos, recaiu sobre o Direito do Trabalho.

Foi essa a ciência responsável por evitar uma exploração desenfreada do trabalho humano, estabelecendo parâmetros mínimos a serem seguidos pelos empregadores quando da utilização da prestação laboral direcionada à busca pela maximização de seus lucros, motivo pelo qual merece ser compreendida como uma verdadeira conquista civilizatória.

Portanto, se hoje conseguimos enxergar uma caminhada mais humanizada na relação entre economia e trabalho do que aquela existente quando da Revolução Industrial e do auge do Estado Liberal, se há uma difusão cada vez maior da incidência de direitos fundamentais, em todas as suas vertentes, nas assimétricas relações de emprego, devemos agradecer ao Direito do Trabalho e aos seus instrumentos de tutela do trabalhador.

2 O mundo do trabalho contemporâneo e os limites à autonomia contratual do trabalhador

O mundo do trabalho moderno se encontra dominado por uma série de novas morfologias laborais. Aquela relação clássica de trabalho dos primórdios da década de 1940 representava a grande massa de trabalhadores brasileiros, qual seja, o operário do chão de fábrica, já o advento da Revolução Tecnológica e as mudanças dos modelos organizacionais adotados pelas empresas fizeram com que essas formas de trabalho rotineiro e braçal fossem perdendo cada vez mais espaço.

Hodiernamente, esses aparentam ser apenas uma, entre muitas outras distintas camadas que compõem a força de trabalho do mundo laboral pós-moderno.

Caso retornemos à década de 1940, perceberemos que naquele contexto de fragilidade social e debilidade absoluta de uma das partes da relação trabalhista, o intervencionismo do Estado, via regulamentação, justificava ser máximo, limitando as condutas do empregador e do trabalhador, ou seja, mitigando a liberdade contratual de ambos os agentes, assegurando que condições mínimas de humanidade fossem respeitadas, conforme diagnosticado por Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante:

No âmbito da relação jurídica trabalhista [...] há uma série de normas de ordem pública a ser observada, limitando-se a plena autonomia de vontade dos contratantes, como forma de manter a dignidade do trabalhador. [...]

No Direito do Trabalho, as normas jurídicas, como regra, estabelecem direitos indisponíveis e irrenunciáveis (art. 9º, CLT). Como o mínimo legal não pode ser posto de lado, a autonomia da vontade sofre limitações.¹

Em um período histórico em que uma parcela significativa dos trabalhadores era representada por operários, desprovidos de maior nível educacional, e portadores de elevada dependência econômica, o objetivo do dirigismo estatal instaurado era o de tornar sua normatização a mais abrangente e rigorosa possível, alargando-a com o intuito de minimizar os riscos de exclusão social, até porque foi a “reivindicação da igualdade que marcou a luta pelos direitos de segunda geração”.²

Portanto, com o intuito de proteção integral dos direitos do trabalhador, o sistema trabalhista brasileiro adotou um conjunto de normas tão cerradas que acabaria por suprimir, ao máximo, a liberdade das cláusulas contratuais e a sua possibilidade de adequar normas legais, pelo motivo já ressaltado de que o agente que experimentava a sua tutela era inquestionavelmente hipossuficiente, desprovido de qualquer poder de barganha quando posto em contato com o poder econômico monopolizado pelo empregador. Nesse sentido, Rodrigo Garcia Schwarz:

Embora o pacto de atividade que corresponde à relação de emprego, objeto do Direito do Trabalho, tenha por fundamento a liberdade de manifestação da vontade, o Direito do Trabalho corresponde a uma forte intervenção estatal na regulação dessa relação ou situação jurídica especial, prevalecendo [...] o domínio de regras essencialmente imperativas, que fixam, em detrimento da vontade das partes, os parâmetros mínimos a que o pacto deve estar adstrito.

¹ *Direito do trabalho*, p. 102.

² NUNES. Um novo cosmopolitismo?: reconfigurando os direitos humanos. In: BALDI (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*, p. 25.

O Direito do Trabalho trata, portanto, de restringir o campo de autonomia da vontade das partes no âmbito da relação de trabalho, buscando assegurar garantias fundamentais à parte hipossuficiente, reconhecida a assimetria dessa relação.³

No entanto, a conjuntura laboral de outrora, que justificava a ascendência das normas trabalhistas a patamares absolutamente intocáveis, intolerantes a qualquer tipo de transação, não aparenta ser completamente adequada quando aplicada em um contexto contemporâneo frente à diversidade das formas de trabalho existentes.

A reestruturação produtiva do mercado de trabalho trouxe a proliferação do trabalho qualificado, multifuncional, dotado de elevada remuneração, certo grau de estabilidade e maior autonomia. Isso fez com que, para muitas profissões, as assimetrias da concepção clássica de trabalho tenham sido minoradas, não mais se encontrando em patamares tão distantes como anteriormente.

Essa alteração do cenário social é que justificaria uma reflexão acerca da tutela concedida ao empregado, agora menos frágil.

Todavia, a hermenêutica jurídica aplicada ao sistema protecionista em vigor entende não ser possível que direitos ou garantias celetistas possam ser objeto de qualquer transação. A sistematização trabalhista brasileira não conferiu poder às partes para adequarem normas legais pela via contratual, o que historicamente era justificável frente à relutância dessa ciência quanto às inevitáveis pressões que ocorreriam por parte do empregador sobre o trabalhador para que o mesmo abdicasse de direitos e garantias sociais conexos a um padrão mínimo civilizatório, o que reduziria o trabalhador a mero fator de produção.⁴

Isso significa que a matéria trabalhista não tolera graus de modificação a serem realizados pela via contratual, entre trabalhador e empregador. Construiu-se um sistema trabalhista generalista, incidindo de modo abrangente, com uma intensidade única, independentemente do profissional em questão, seja ele qualificado ou não. Para o Direito do Trabalho, não importa o grau de escolaridade do empregado, seu nível de especialização, suas habilidades, seu conhecimento científico, técnico ou acadêmico, ou mesmo sua situação econômica frente ao empregador.

Conforme apontado, atualmente, inúmeros são os empregados detentores de elevada independência funcional, em que o elo de subordinação se apresenta de

³ *Direito do trabalho*, p. 20.

⁴ Quanto aos perigos da concessão de uma maior autonomia negocial às partes integrantes de uma relação de emprego, Daniel Sarmiento (2006, p. 57) leciona: “A relação jurídica de emprego, por exemplo, é uma relação privada em que existem dois sujeitos em situações desiguais: o empregador que em geral é a parte mais forte economicamente e, por definição, dirige a prestação pessoal dos serviços dos trabalhadores, e o empregado, que necessita alienar seu poder de dispor de sua própria força de trabalho para receber salário como contraprestação. Não obstante, devido a desigualdade entre as partes contratantes, a autonomia da vontade da parte mais fraca muitas vezes é mero pretexto para legitimar imposições ditadas pela parte mais forte, tal como também acontece no Direito do Consumidor”.

forma abrandada, assim como sua própria posição de hipossuficiência. São empregados altamente habilitados e que já alcançaram um grau de “amadurecimento” distinto daquele possuído pelos operários braçais da década de 1940.

Todavia, vivenciamos um sistema *juslaboralista* que não acompanhou a evolução da complexidade das formas de trabalho modernas, não concedendo faculdades contratuais para melhor efetivação dos interesses particulares do próprio empregado, vedando a adequação de certos diplomas legais conforme as peculiaridades inerentes ao trabalho exercido. Vigora a impossibilidade de modulação contratual das normas contempladas pelo sistema regulatório trabalhista.

Oportuno enfatizar que a adequação contratual ora em questão não pode ser confundida com aquelas modalidades de “flexibilização” trabalhista. Afinal, conforme expressamente previsto no Texto Constitucional,⁵ qualquer dessas hipóteses de flexibilização apenas poderá ocorrer mediante negociação coletiva. Isso significa que no Direito do Trabalho brasileiro a única forma de autodeterminação contratual será aquela de natureza coletiva, em que a “a negociação coletiva é imprescindível à adequação da norma às condições de trabalho”.⁶

Nesse ponto, cabe um adendo. Como defensor da ciência do Direito do Trabalho, não simpatizo com os limites constitucionais da flexibilização, até porque entendo se tratar de um “termo” moderno para a simples “supressão” de direitos trabalhistas, estabelecendo formas de opressão social mediante o esvaziamento ou a relativização de valores básicos (como a remuneração), sempre sob o pretexto de alcançar uma modernização das relações de trabalho.⁷

Acredito que a flexibilização apenas será harmônica aos ideais sociais quando a alteração de um direito do empregado também acarretar vantagens ao trabalhador. Justamente por isso se evidencia como adequado o Enunciado nº 33, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que estabelece que a flexibilização apenas pode ocorrer quando acompanhada do princípio da contrapartida, ou seja, “a negociação coletiva não pode ser utilizada somente como instrumento para

⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

⁶ CARVALHO. *Direito individual do trabalho*, p. 83.

⁷ Nesse sentido, merece crítica o estudo proposto pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), intitulado como “101 Propostas para Modernização Trabalhista”, que, sob a justificativa de redução dos elevados encargos a serem suportados pelo empregador, bem como de adequação das incongruências normativas da CLT, propõe alterações de naturezas drásticas (3 PECs, 65 PLs, revisão de 7 Súmulas do TST, além da alteração de inúmeros decretos, portarias e NRs) que, em seu conjunto, mostram-se, absolutamente, antagônicos à trajetória evolutiva do Direito do Trabalho contemporâneo, acarretando inúmeras formas de exclusão social e de servidão moderna.

a supressão de direitos, devendo sempre indicar a contrapartida concedida em troca do direito transacionado [...]”.

Porém, isso corresponde a outro campo de discussão.

Não estamos aqui defendendo uma nova “artimanha” para a flexibilização da base de incidência do Direito do Trabalho. Não se buscam formas ocultas de agressão ao *juslaboralismo*. A presente reflexão não tem como fundamento a “modernização” da legislação trabalhista, não é direcionada ao atendimento das necessidades de flexibilidade das relações comerciais e produtivas do mercado de trabalho globalizado, não se tratando de um retrocesso aos avanços alcançados pelo direito do trabalho afrontando normas trabalhistas de ordem pública. Trata-se, na realidade, do direito de adequar determinadas condições laborais, conforme a livre manifestação de vontade do empregado, acomodando seus interesses, vontades e necessidades individuais.

3 A liberdade de contratar nas relações de trabalho contemporâneas – O direito à autodeterminação do trabalhador

Conforme ressaltado nas linhas anteriores, ao questionarmos o conteúdo jurídico da autonomia contratual nas relações de trabalho, não estamos falando da adoção das “meias-verdades” da flexibilização (precarização) do direito do trabalho, longe disso.

Na realidade, estamos argumentando a favor de uma racionalização do Direito do Trabalho, tornando-o ainda mais benéfico ao trabalhador frente a sua capacidade de adaptação tanto das particularidades do serviço exercido, quanto das aspirações e necessidades pessoais de cada indivíduo (trabalhador), ou seja, abraçando uma perspectiva harmônica ao movimento de humanização do trabalho. Trata-se do reconhecimento de que a ingerência de nosso sistema, ao opor inúmeras restrições aos poderes patronais, como forma de assegurar uma melhor efetivação dos direitos fundamentais do trabalhador, trouxe também certos reflexos inesperados a serem experimentados pelo cidadão-trabalhador e o principal desses reflexos repousa sobre a sua liberdade de escolha e autonomia.

O trabalhador, mesmo quando dotado de um maior preparo intelectual, não tem qualquer margem de liberdade de escolha para estipular contratualmente direitos sociais de modo diverso daquele tutelado pela legislação, mesmo que tais alterações demonstrem ser absolutamente mais vantajosas a ele, considerando as características e limites individuais de sua pessoa.

No que tange a essa adequação do período de trabalho e do período de descanso, oportuno dedicarmos algumas linhas a uma reflexão paralela, porém simultânea, que seria de natureza sociojurídica que domina o presente estudo.

Tanto a medicina quanto a filosofia já conseguiram evidenciar que a concepção de universalização do ser humano, ou seja, de que “todos os homens são iguais”, é absolutamente hipotética. A realidade é que cada indivíduo é um ser único, herdeiro de genes distintos de todas as demais pessoas, detentor de características individuais e próprias a ele, com capacidades e limites diferenciados dos demais.

Considerando as características e traços singulares possuídos por cada pessoa, resta óbvio que os elementos necessários para seu efetivo repouso não serão únicos a todos. Esses variaram conforme a constituição física e mental de cada um.

A conclusão acima desperta uma questão de efetivação prática para o presente estudo. Refiro-me ao que pode ser encontrado na CF/88, que estabelece uma jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais, estabelecendo como consequência da superação de qualquer dos dois limites (diário ou semanal) a obrigatoriedade do pagamento da hora extraordinária (com exceção ao regime de compensação, que deve ocorrer mediante negociação coletiva e será limitado a 10 horas de trabalho diárias).

Nesse sentido, uma questão fundamental é: caso o trabalhador decida que será mais vantajoso para ele trabalhar jornadas de 11 horas diárias, reservando toda a sua sexta-feira, sábado e domingo para usufruir do seu “direito ao não trabalho”,⁸ teria ele essa prerrogativa?

Por uma análise literal da Consolidação, a resposta se mostra negativa. O artigo 59, §2º, ao disciplinar o sistema de “banco de horas”, traz como limite máximo a compensação de jornada de 10 horas de trabalho diárias.

Todavia, se considerarmos as diferenças inerentes a cada ser humano, não é anormal reconhecermos que o tempo de descanso e repouso necessário para recuperação variará para cada um de nós. Enquanto para alguns cinco horas de sono por noite são suficientes para acordar com plena disposição, para outros, oito horas são o tempo mínimo de cama e que resultará, comumente, em uma manhã de preguiça e indisposição.

Trata-se da “loteria da vida”. Cada um de nós precisa de horas de repouso distintas. Estudos relatam que uma parcela significativa dos problemas de saúde do “homem moderno” deve ser atribuída ao descanso inadequado.

Porém, a questão que desperta é: o que se deve considerar como descanso inadequado?

Não se trata de uma pergunta fácil de responder. A título de exemplo, não é pelo simples fato de considerar o sono polifásico como algo absolutamente anormal às minhas necessidades biológicas que signifique que ele possa ser rotulado como “errado” à espécie humana.⁹

⁸ Refiro-me à expressão em *lato sensu*, ou seja, um conjunto composto por inúmeros direitos acessórios, como o direito ao lazer, direito ao ócio, direito à desconexão, direito à busca pela felicidade, entre outros.

⁹ Sono polifásico é uma modalidade alternativa de padrão de sono, marcada por uma fragmentação do tempo total do sono em curtos períodos menores. Há inúmeras teorias sobre como deverá ser fracionado o sono, como

Ponto que não aparenta existir maior dissenso é que há distintos padrões de descanso e o melhor seria aquele que, sempre que possível, alcance uma máxima adequação às necessidades individuais de cada um de nós.

Isso significa que, caso o trabalhador acredite que o trabalho em quatro dias consecutivos, por onze horas diárias, traria maiores vantagens, por proporcionar três dias contínuos de descanso, ou por evitar durante dois dias o trânsito das grandes cidades (o que poderá acarretar em uma economia de horas de engarrafamento, se considerarmos que o tempo de deslocamento das metrópoles brasileiras ultrapassam cidades como Nova Iorque, Paris, Berlim ou Madrid),¹⁰ sua oportunidade de escolha deveria ser respeitada pelo ordenamento jurídico.

Nesse caso, não haveria de se falar em pagamento de horas extras por parte do empregador, tendo em vista se tratar de uma jornada mais vantajosa para aquele determinado empregado, estando, o empregador, atuando conforme os ideais de humanização da relação de trabalho.

Um segundo obstáculo a essa adequação pelo empregado repousa no fato de que a normatização estatal limita (salvo extraordinárias exceções) a jornada de trabalho a 10 horas diárias, independentemente do desgaste muscular ou fadiga mental inerente ao serviço executado. Logo, qualquer cláusula contratual que preveja um trabalho acima desse parâmetro não possuirá validade jurídica.

Frente à impossibilidade de uma adequação de determinadas condições de trabalho mediante o livre acordo das partes é que se pode afirmar que os efeitos limitativos desse rígido sistema normativo protecionista podem refletir negativamente sobre o “próprio desenvolvimento da personalidade do trabalhador”,¹¹ sendo o sistema capaz de contradizer a sua própria essência ao inviabilizar interesses próprios do empregado, desfavorecendo-o ou simplesmente prejudicando-o. Como bem disse José Afonso da Silva, “a liberdade consiste, em suma, num processo dinâmico de liberação do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais [...]. É hoje função do Estado promover a liberação do homem de todos esses obstáculos”.¹²

Por esse motivo entendemos que a “superproteção” resultante de uma cultura regulatória pode, em certos momentos, acarretar prejuízos ao trabalhador.

Everyman, Dymaxion, Uberman, Chase, entre outros. A título de exemplo, um cronograma de sono polifásico pode ser composto por uma dormida de três horas contínuas, durante a noite, acompanhadas de três breves cochilos (20 a 30 minutos) durante o dia. Por mais anormal que ele possa parecer, ainda é defendido como “forma de sono adequada” por inúmeros pesquisadores. Inclusive, a título de curiosidade, supostamente teria sido o padrão de sono utilizado por grandes ícones da história humana, como Leonardo Da Vinci, Thomas Edison, Benjamin Franklin e até mesmo Napoleão Bonaparte.

¹⁰ A crise atual de mobilidade urbana é bem captada por dados do IPEA em levantamento realizado no ano de 2013. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 14 mar. 2014.

¹¹ NUNES. *Modificação do contrato de trabalho e sua reestruturação dogmática*, p. 36.

¹² *Curso de direito constitucional positivo*, p. 235-236.

A realidade é que nem todo trabalhador deve ser tratado como uma espécie de “incapaz”, ingênuo, impossibilitado de tomar qualquer decisão acerca do exercício de seus direitos e o conteúdo de seu contrato de trabalho. Conforme afirma Cláudio Pedrosa Nunes,¹³ essa nova dogmática corresponderia à concepção de um Direito do Trabalho evoluído, humanístico, que festeja o direito à autodeterminação de cada pessoa e que reconhece que cada indivíduo é o melhor juiz para definir os seus interesses e necessidades, permitindo, “além de uma proteção madura, também o pleno desenvolvimento da personalidade do trabalhador através da livre manifestação de sua liberdade de contratar”.

Ao buscarmos uma melhor delimitação das fronteiras da autonomia de contratar do trabalhador, poderíamos assegurar que essa nova faculdade modificativa significaria a possibilidade de o indivíduo expressar suas preferências, realizando alterações no seu tempo de trabalho/descanso convenientes ao seu perfil, adequando-o as suas características, pressupondo que sejam aceitas pelo empregador, ou seja, transformações do conteúdo do contrato que, genuinamente, tragam vantagens a todos os participantes da relação.

Em pesquisa realizada pelo Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) e divulgada no ano de 2012, chegou-se a conclusão de que 37,7% dos entrevistados sentem que o seu tempo livre tem diminuído por causa do tempo gasto com o trabalho. Além disso, para 39,5% dos entrevistados, o trabalho compromete sua qualidade de vida, acarretando em níveis elevados de *stress*, prejudicando relações amorosas e o tempo familiar, afetando os estudos ou o lazer, além de prejudicar suas relações sociais e de amizade.¹⁴

Considerando esse cenário, resta claro que a jornada tradicional de trabalho e a tutela generalista concedida aos períodos de repouso falham em alcançar as necessidades de boa parte dos trabalhadores das sociedades modernas.

Uma distribuição mais eficaz dos períodos de trabalho e descanso possibilitaria ao trabalhador usufruir de modo mais eficiente do tempo de “não trabalho”, que irradiará efeitos desde o tempo para o lazer, até o tempo para a prática de atividades religiosas, continuidade de estudos, atividades esportivas, maiores períodos com amigos e familiares, ou mesmo para usufruir do simples ócio.

O mesmo raciocínio poderia ser aplicado para o direito de conversão das férias em abono pecuniário. Sabe-se que a CLT, em seu artigo 143, faculta ao trabalhador o direito de converter 1/3 do período de férias em abono pecuniário. Todavia, caso exista consenso com o empregador, por que não tolerar a conversão de períodos superiores? Como é do intuito do trabalhador realizar a conversão de 2/3 desse período

¹³ *Modificação do contrato de trabalho e sua reestruturação dogmática*, p. 37.

¹⁴ Pesquisa disponível no site: <<http://centrodepesquisaeformacao.sescsp.org.br/uploads/BibliotecaTable/9c7154528b820891e2a3c20a3a49bca9/173/13905197351997894793.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2014.

com o escopo de levantar mais recursos para, durante o período de gozo das férias, usufruí-las de forma plena, financiando viagens para o exterior, realizando compras, ou apenas usufruindo de 30 dias de férias sem interrupção, assegurados pela extensão de seu trabalho no período anterior, essa possibilidade deveria ser reconhecida.

Outra importante questão se refere aos intervalos interjornadas que, consoante previsão do artigo 66 da CLT, deverá respeitar o período mínimo de 11 horas consecutivas.¹⁵ No entanto, sabe-se que situação bastante comum em faculdades e universidades envolve professores que ministram o último período letivo do turno noturno e o primeiro período do turno diurno, com o intuito de possibilitar uma conciliação entre suas atividades acadêmicas e outra profissão exercida (advogado, juiz, médico, fisioterapeuta, etc.).

A rigor, as instituições de ensino que não respeitam esse período de 11 horas encontram-se em plena violação da CLT, justificando tanto o pagamento das horas subtraídas do descanso quanto a possibilidade de vir a ter de arcar com multas por descumprimento da legislação trabalhista.

Veja que uma observância restrita desse dispositivo celetista certamente poderia acarretar o afastamento de talentos acadêmicos, retirando grandes pesquisadores e doutrinadores das salas de aula, trazendo prejuízos para a formação dos alunos e, por consequência, para a sociedade em geral.

Será que esses profissionais que compõem a academia necessitam do mesmo grau de tutela direcionado aos trabalhadores braçais da década de 1940? Será que o grau de hipossuficiência e a assimetria de poder experimentada são os mesmos em ambas as relações de trabalho?

As hipóteses acima apenas evidenciam que certas formulações gerais, fechadas a qualquer adequação contratual, podem trazer prejuízos quando em contato com as singularidades da identidade humana ou com a forma de trabalho exercida. A ordem jurídica atual, forjada sobre as estruturas de um dirigismo estatal, apesar de demonstrar ainda ser indispensável para a proteção de toda uma gama de trabalhadores, por outro lado, impacta negativamente o direito fundamental à livre escolha de muitos outros.

Não se deve menosprezar o fato de que todo o plexo dos direitos fundamentais tem como fonte maior a efetividade da dignidade humana. É esse o princípio motor que justifica a edição de normas à ordem jurídica direcionadas a uma melhoria da condição social dos trabalhadores. Contemporaneamente, frente às influências do neoconstitucionalismo e da teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais, essa dignidade apenas pode ser alcançada nas relações de trabalho quando efetivado

¹⁵ Art. 66. Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.

direitos normalmente negligenciados no âmbito das relações trabalhistas. É o caso do direito ao lazer, à liberdade religiosa, à informação e até mesmo à busca pela felicidade, entre outros.

Nesse sentido, entendo que essa reinterpretação ampliativa da liberdade de contratar também significaria uma evolução teórica do reconhecimento dos direitos trabalhistas inespecíficos,¹⁶ compreendidos como aqueles que detêm uma natureza de constitucionalização de origem pública, mas que no direito contemporâneo assumiram feições privadas, capazes de incidir sobre relações jurídicas civis ou trabalhistas.

Esse reconhecimento da liberdade contratual seria capaz de impulsionar o exercício de direitos como o tempo de lazer, o direito de livremente exercer sua religião e de buscar a felicidade. Portanto, estaríamos diante de uma extensão do manto protetor do *juslaboralismo*, que deverá albergar a totalidade dos direitos fundamentais do trabalhador à luz da Constituição de 1988.

4 A busca pelos limites da liberdade de contratar nas relações de trabalho

Quanto aos desafios na busca por uma readequação teórica dessa modulação contratual, certamente o maior deles repousaria na identificação precisa do perfil desse “novo trabalhador” brasileiro, ou seja, quais seriam os requisitos ou características que ensejariam o reconhecimento dessa maior extensão ao princípio da liberdade contratual e quais condições seriam incompatíveis com qualquer forma de adequação individualizada.

É irrefutável que a caracterização precisa desses elementos tratar-se-ia de uma tarefa de grande importância, tendo em vista que a extensão dessa maior liberdade contratual a trabalhadores em situações de elevada sujeição ao empregador certamente tenderia a acarretar a já criticada flexibilização (precarização) das normas protecionistas do trabalhador.

Isso significa que essa autonomia deveria existir apenas para uma determinada camada de trabalhadores que já alcançaram um grau de independência maior de seu empregador, que não experimentam, com grande intensidade, a sensação de hipossuficiência e que já se encontram mais próximos de equilibrar a assimétrica balança da relação de trabalho. Trabalhadores detentores de uma menor dependência econômica do empregador (talvez por possuir mais de um emprego), possuidores de maior

¹⁶ Conforme nos relembra Ipojucan Demétrius Vecchi (2009, p. 189): “A doutrina espanhola cunhou como direitos inespecíficos aqueles direitos humanos fundamentais que o trabalhador tem não como trabalhador, mas como pessoa humana, como cidadão que faz parte de uma determinada sociedade (liberdade de expressão, intimidade, própria imagem, devido processo legal, como exemplos)”.

conhecimento intelectual ou acadêmico, dotados de maior maturidade, detentores de autonomia mais elevada capaz, inclusive, de amenizar a clássica postura de subordinação jurídica ao empregador.

Essa limitação quanto aos agentes detentores desse maior conteúdo da autonomia contratual, aplicado apenas a determinadas situações/atividades laborais (favorecendo atividades intelectuais, funções mais elevadas na hierarquia da empresa ou trabalhos marcados pela alta qualificação do trabalhador), corresponderá à tarefa desafiadora, tendo em vista que a concessão de uma ampla margem de autonomia tenderia a abrir as portas ao fenômeno da flexibilização ou, ainda mais grave, desregulamentação trabalhista.

Outro importante limite a essas adaptações contratuais entre trabalhador e empresário seria a necessidade de assistência sindical como requisito de validade para a adequação contratual almejada pelas partes. Ou seja, o sindicato far-se-ia presente exercendo sua função assistencial,¹⁷ assegurando-se que os interesses da adequação contratual sejam consensualmente divididos entre partes, não tolerando a imposição da vontade patronal ditada sobre os interesses do trabalhador ou qualquer forma de violação aos princípios conexos à dignidade humana do trabalhador. Porém, oportuno esclarecer que essa manifestação do sindicato não significaria a necessidade imperiosa da adoção de acordo/convenção coletiva como ferramenta jurídica de adequação normativa.

Veja que os contornos acima apresentados, certamente, representam apenas um convite para maiores análises e reflexões acadêmicas na busca de uma melhor delimitação de seus parâmetros. Todavia, entendo que os limites devem evidenciar, também, que a tese ora estudada não pode ser compreendida como uma negação à concepção protetora de matriz humanística que justificaram o desenvolvimento de toda a ciência do Direito do Trabalho. Não se trata de desmerecer a sua importância para as sociedades capitalistas contemporâneas, e sim de refletir acerca das vicissitudes desse modelo de tutela, detentora de um único grau de proteção, generalizada, que falha em resguardar interesses de determinados trabalhadores ao suprimir toda a discricionariedade para que o profissional possa, por instrumento contratual individual, estipular cláusulas que lhe tragam maiores vantagens.

¹⁷ Luciano Martinez (2012, p. 710-711) explica que “o assistencialismo foi um aliado do modelo corporativista que serviu de inspiração para a organização sindical brasileira. Enfim, trazer o conflito trabalhista para perto do Estado foi a maneira que o Poder Público encontrou para monitorar eventuais levantes capazes de comprometer o desenvolvimento nacional. Para agregar valor ao modelo, as entidades sindicais, por compromissos insertos na própria lei, transformaram-se em órgãos assistenciais. Não há atualmente como imaginar uma entidade sindical sem a ela atribuir a atuação assistencial”.

5 Considerações finais

O presente estudo buscou evidenciar a possibilidade de alterações/adaptações das normas trabalhistas, oriundos da concessão de uma maior autonomia para trabalhadores em situações jurídico-econômicas diferenciadas. Uma tese que poderia proporcionar melhorias ao trabalhador, ampliando o nível de proteção e efetivação de outros importantes direitos fundamentais, ao mesmo tempo que estabelece um modelo social mais próximo do desejável equilíbrio entre o elemento humano e o elemento econômico.

Não se trata de ingressar em uma fase social regressiva do ponto de vista da tutela jurídica dos direitos fundamentais do trabalhador. Ao contrário, o objetivo almejado é o fortalecimento desses direitos, reconhecendo a capacidade de correção de incongruências já identificadas no sistema em vigor, tornando a tutela de proteção *justralhista* ainda mais eficaz ao seu destinatário, abrindo os olhos às diferenças presentes nas diversidades laborais e nas singularidades humanas.

Não há dúvida de que ainda há grande necessidade de tutela do trabalhador frente às insaciáveis investidas do neoliberalismo, motivo esse em que não se poderiam permitir modificações do acervo normativo trabalhista que acarretasse na mitigação de direitos subjetivos do trabalhador. Nesses casos, estaremos diante de cláusulas contratuais abusivas e que merecerão ser coibidas frente ao seu desvirtuamento social, não havendo de se falar em observância da máxima *pacta sunt servanda*.

Esperamos que o desenvolvimento dessa nova reordenação do espectro da autonomia de contratar, a ser incorporada pelo Direito do Trabalho, venha a representar um desafio instigante a ser desenvolvido por reflexões doutrinárias e jurisprudenciais.

Em suma, esforçamo-nos para apresentar uma formulação basilar dessa nova liberdade de contratar; entendemos que ela apenas estaria harmonizada aos *standards* da normatização estatal e ao princípio protetor quando essas adequações contratuais estiverem condicionadas ao cumprimento dos seguintes elementos fático-jurídicos:

1. Limitação a determinados institutos jurídicos específicos, conexos ao período de trabalho e ao período de descanso.
2. Apenas para determinadas modalidades de trabalho, em que a jornada de trabalho não traga elevados desgastes físicos ou intelectuais ao trabalhador, não sendo tolerado “prejuízo às garantias mínimas asseguradas ao trabalho humano”.¹⁸
3. Existência de ato consensual entre trabalhador e empregador, ou seja, somente poderá ocorrer mediante acordo de vontades, não se podendo acreditar que essa liberdade contratual se manifesta, unilateralmente, suprimindo a vontade da outra parte.

¹⁸ CARVALHO. *Direito individual do trabalho*, p. 91.

4. Necessidade de assistência do respectivo sindicato do trabalhador ou de autoridade pública competente.
5. Deverá manter consonância aos princípios da boa-fé, dignidade humana, vedação ao retrocesso social, valorização do trabalho e função social do contrato laboral.

The Limits of Freedom of Hiring on the Contemporary Labour Law – Contractual Adequation of the Periods of Work and Rest

Abstract: When analyzing labor law in force, we realize the continuity of a culture of contractual dirigisme that, at certain points, goes in a walk against the democratic framework established by the 1988 Constitution. This is a model of suppressing the employee right to freedom of contract, preventing it even the possibility to adjust their rest periods, even when this adjustment can promote their personal welfare. In this sense, the present study, seated in a greater recognition of the autonomy of the will of a free man, proposes a legal analysis toward a redefinition of the boundaries and contents of the freedom of contract on labor contacts, in particular the legal protection granted on the work time and free time, in order to better meet the multiplicity of labor species in contemporary society.

Key words: Contractual autonomy. Freedom to contract. Hours of work.

Referências

- CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito individual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NUNES, Claudio Pedrosa. *Modificação do contrato de trabalho e sua reestruturação dogmática*. Curitiba: Juruá, 2009.
- NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo?: reconfigurando os direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Contrato de trabalho: eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão*. Curitiba: Juruá, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Os limites da liberdade de contratar no *juslaboralismo* contemporâneo: adequação contratual dos períodos de trabalho e descanso. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 115-128, maio/jun. 2014.
