



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

KAIQUE MARTINE CALDAS DE LIMA

**O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE SEGUNDO A LEI N. 13.467/17:
AUTONOMIA E VULNERABILIDADE**

Salvador

2018

KAIQUE MARTINE CALDAS DE LIMA

**O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE SEGUNDO A LEI N. 13.467/17:
AUTONOMIA E VULNERABILIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos

Salvador

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

KAIQUE MARTINE CALDAS DE LIMA

O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE SEGUNDO A LEI N. 13.467/17: AUTONOMIA E VULNERABILIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos

Aprovada em 24 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Edilton Meireles de Oliveira Santos – Orientador

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Professor da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Professora da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Andréa Presas Rocha

Doutora em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Professora da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

À
*Lúcia, minha mãe,
Martine, meu pai (in memoriam),
e Marineuza, minha esposa.
Pelo incentivo e amor incessante!*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por me permitir vivenciar os meus sonhos, com saúde e determinação, sem nunca esquecer dos seus cuidados.

A minha mãe, Lúcia, por ter acreditado em mim desde o primeiro momento, me incentivando a buscar a minha felicidade.

Ao meu pai, Martine, pela pessoa que foi e pelo exemplo de luta e caráter que deixou. As expectativas que depositou em mim, ainda quando criança, hoje estão germinando. São meus primeiros passos, mas sei que estaria feliz.

Agradeço também a minha esposa, Marineuza, pelo amor, apoio e estímulo para que eu viva as oportunidades que a vida me proporcionar.

A Universidade Federal da Bahia, onde pude viver a liberdade do ambiente acadêmico para além da sala de aula, conhecendo com mais afinco a produção de conhecimento e a pesquisa científica, e participando dos mais diversos projetos de pesquisa e extensão.

Aos professores, servidores e terceirizados, entidades estudantes e alunos que fazem da Faculdade de Direito da UFBA um lugar sem igual.

Em especial, ao Professor Edilton Meireles, meu orientador, com quem tive a alegria de pesquisar ainda na iniciação científica, e que, também neste trabalho de conclusão de curso, se mostrou um grande incentivador da minha busca pelo conhecimento.

Por fim, gostaria de agradecer a todos que, de alguma forma, estiveram ao meu lado nesta empreitada.

*Nosso dia vai chegar,
Teremos nossa vez.
Não é pedir demais,
Quero justiça.
(...)
Deve haver algum lugar,
Onde o mais forte
Não consegue escravizar
Quem não tem chance.*

**(Legião Urbana, trecho da
canção **Fábrica**)**

RESUMO

A presente monografia tem por objeto de estudo a figura do empregado hipersuficiente, criado pela Lei n. 13.467/17. Essa categoria, formada pelos trabalhadores com diploma de nível superior e que recebem salário mensal igual ou maior que duas vezes o teto dos benefícios pagos pela Previdência Social, poderá pactuar individualmente as regras do contrato de trabalho com prevalência, inclusive, sobre as negociações coletivas. O problema de pesquisa enfrentado neste trabalho é a investigação de em que medida esse novo regramento está em conformidade com os preceitos constitucionais de tutela dos direitos fundamentais, bem como dos princípios que regem, historicamente, o direito do trabalho. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo, por meio de revisão bibliográfica de literatura jurídica publicada em livros e em revistas especializadas, além da análise dos dispositivos legais pertinentes e de recentes julgados. Conclui-se, neste trabalho, pela inevitável limitação imposta pela Constituição a livre estipulação fixada pela Reforma Trabalhista, posto que o empregado hipersuficiente, somente poderá transacionar, com a compensação que garanta a manutenção de sua condição social, à luz do art. 7º, caput, da Carta Magna.

Palavras-chave: Empregado Hipersuficiente. Vulnerabilidade. Reforma Trabalhista. Direito do Trabalho.

ABSTRACT

The present monograph aims to study the figure of the hypersufficient employee, created by the law no. 13.467 of 2017. This category, formed by workers with a graduation degree and who receive salary equal or greater than twice the social security benefits payments, may individually transact the rules of labor contract with prevalence, including, over syndical negotiation. The research problem faced in this work is the investigation about the conformity of this new employment regulation with the constitutional precepts of fundamental rights protection, as well as of the principles that guide, historically, labor law. For that, the deductive method was used, through a bibliographic review of juridical literature published in books and specialized magazines, and also analysis of relevant legislation and recent judgments. It was concluded, in this work, by the inevitable limitation imposed by the Constitution to the free agreement fixed by the Labor Reform, it's because the hypersufficient employee can only transact, with the compensation that assurance the maintenance of its social condition, in light of art. 7, *caput*, of the constitutional statute.

Keywords: Hypersufficient employee. Vulnerability. Labor reform. Labor legislation.

LISTA DE SIGLAS

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

EC – Emenda Constitucional

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Min. - Ministro

MF – Ministério da Fazenda

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

n. – Número

OIT – Organização Internacional do Trabalho

p. - Página

Par. – Parágrafo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DA AUTONOMIA INDIVIDUAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO	15
1.1 DISTINÇÃO ENTRE AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA	16
1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE À AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS LATO SENSU	22
1.3 DA AUTONOMIA DAS PARTES NO CONTRATO DE EMPREGO	26
1.4 RENÚNCIA E TRANSAÇÃO À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA TRABALHISTA	32
2 ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE SUBORDINAÇÃO, HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR NA RELAÇÃO DE EMPREGO	36
2.1 CONCEITOS DE SUBORDINAÇÃO.....	37
2.1.1 Subordinação Jurídica	38
2.1.2 Subordinação Estrutural.....	39
2.1.3 Teoria da Dependência Econômica	41
2.2 DA VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR NA RELAÇÃO DE EMPREGO	43
2.3 CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA	48
3 DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE	52
3.1 CARACTERIZAÇÃO.....	52
3.1.1 Diferenciação quanto ao alto empregado	54
3.1.2 Dados e estatísticas	55
3.2 DA AUTONOMIA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE	56
3.2.1 Objeto do pacto individual.....	56
3.2.2 Da possibilidade de realização de arbitragem	59
3.2.3 Preponderância do pacto individual	61
3.2.4 Autonomia do hipersuficiente frente às normas internacionais	67
3.2.5 Limites e restrições	69
3.3 INCOERÊNCIAS E PERSPECTIVAS.....	70
3.3.1 Fragilidade dos critérios de caracterização	70
3.3.2 Persistência dos efeitos da sujeição	74
3.3.3 Hipersuficientes em situação de extrema vulnerabilidade	77
3.3.4 Da violação ao tratamento isonômico	78
3.3.5 Implicações ao Direito à Negociação Coletiva.....	81

3.3.6 Da possibilidade de deferimento do Benefício da Justiça Gratuita	83
3.4 NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALIZADA DA REFORMA TRABALHISTA.....	85
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico versa sobre a figura do empregado hipersuficiente, previsto no ordenamento jurídico brasileiro a partir da inserção, pela Lei n. 13.467/17, do parágrafo único ao art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O referido dispositivo legal possibilita que empregados, determinados pelo cumprimento de certas condições elencadas na norma legal, possuam autonomia privada para negociar, diretamente com os seus empregadores, direitos que antes guarneciam sob a reserva exclusiva de tutela sindical ou legal.

Desde os tempos antigos, o trabalho consiste no motor da sociedade, impulsionando o seu crescimento econômico e o desenvolvimento social das populações. A remuneração pela prestação de serviços torna possível que famílias tenham acesso à alimentação, saúde, educação e lazer, por exemplo. O que lhes garante a manutenção da dignidade e dos direitos básicos inerentes ao ser humano.

É, também, nesse sentido que estabeleceu a vigente Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, quando anunciou em seu art. 7º, inciso VI, que o salário mínimo deve atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família.

Neste país, entretanto, por longos anos, homens e mulheres foram submetidos a regime de escravidão, entregando sua força de trabalho sem qualquer recompensa. Naquele período, que compreendeu o interstício entre os anos de 1530 e 1888, não havia que se falar em qualquer autonomia de vontade do trabalhador-escravizado, que não era considerado cidadão e não detinha direitos, pois pertencia ao seu senhor.

Hoje, já não mais se vivencia o mecanismo de escravidão vigente outrora, contudo, ainda é possível notar a ocorrência de diversos casos de trabalhadores submetidos à condição análoga ao trabalho escravo, seja com a privação de sua liberdade, com jornada exaustiva ou com condições degradantes para o exercício do seu labor.

Em verdade, as relações de trabalho, diante de sua complexidade, necessitam de regulação especial, diferente dos contratos *lato sensu*. Por este motivo, ante a natureza de sujeição, própria da posição do empregado, o trabalhador ainda não dispõe de autonomia plena, uma vez que, mesmo remunerado, se compromete, por meio de um contrato de trabalho a prestar serviços com subordinação.

Tais contratos são marcados pela subserviência do trabalhador frente ao forte poder do capital, visto que aquele depende do fruto do seu trabalho para sustentar a si e a sua família. Para realizar tal feito, o trabalhador, em geral, se sujeita as exaustivas horas e condições precárias de trabalho, muitas vezes sendo vítima de violação dos seus direitos fundamentais.

Note-se, ainda, que diante da conjuntura de crise econômica que atinge os mais diversos países do mundo, ocasionando desemprego em nível alarmante e aumento da desigualdade social, o empregado se torna cada vez mais dependente do seu trabalho, principalmente pelos direitos que são inerentes à relação empregatícia e que lhe dão maior conforto e segurança.

Nesse contexto, a criação da figura do empregado hipersuficiente e os poderes que lhe são atribuídos pela lei trazem à luz a necessidade de revisitar o instituto da subordinação jurídica e os seus efeitos. Para tanto, impende destacar que tal instituto possui repercussões nas relações de trabalho, que tem por natureza a superioridade do empregador sobre o trabalhador.

A presente monografia tem como problema a ser enfrentado a compreensão de em que medida o empregado hipersuficiente, nos moldes colocados pela Lei n. 13.467/17, está em consonância com as premissas constitucionais de tutela dos direitos trabalhistas.

Portanto, a relevância deste trabalho resta evidenciada, uma vez que se propõe a realizar uma análise das mais recentes normas do Direito do Trabalho à luz dos valores sociais que protegem, historicamente, o trabalhador.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, foi utilizado método essencialmente dedutivo. Assim, aplicou-se técnicas de revisão de literatura jurídica contida em livros, textos acadêmicos e artigos científicos publicados em revistas especializadas, além de estudo da legislação e jurisprudência.

No primeiro capítulo, analisa-se a autonomia individual no contrato de emprego. Assim, será feito uma breve exposição dos conceitos de autonomia, a diferenciação entre autonomia da vontade e autonomia privada, suas interações com os contratos, além de expor as suas implicações relativas aos contratos de emprego.

No segundo capítulo, realiza-se uma avaliação das diversas faces da subordinação jurídica presente no contrato de trabalho e os seus efeitos ante a

autonomia da vontade do empregado. Serão, também, debatidas as espécies de vulnerabilidade e hipossuficiência que afetam o trabalhador, limitando o exercício da sua autonomia e colocando-lhe em situação de desvantagem em comparação ao seu empregador, que detém o funcionamento da atividade empresarial.

No terceiro e último capítulo, busca-se apresentar a figura do empregado hipersuficiente, seus contornos, poderes e potencialidades frente aos demais trabalhadores. Esta explanação se dará por meio de uma análise do texto legal que cria esta recente categoria de obreiros. Ademais, será realizada uma abordagem crítica quanto a consonância do novo regramento celetista com os preceitos constitucionais de proteção dos direitos do trabalhador.

1 DA AUTONOMIA INDIVIDUAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

A liberdade é um valor social inerente ao ser humano e constitucionalmente protegido, uma vez que possui as suas raízes fincadas na dignidade da pessoa humana, princípio substancial de todo o ordenamento jurídico brasileiro. De sorte que se apresenta como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, na forma do art. 3, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

O ideal de liberdade, no entanto, não é absoluto, pois sofre as limitações que forem necessárias para evitar que ocorra violação de outros direitos, que também são fundamentais e tutelados pelo ordenamento pátrio. Isto se aplica tanto em relação ao Estado, que tem limitada a sua interferência nas relações privadas, bem como aos particulares, que devem, entre si, considerar determinadas normas de ordem pública na realização dos seus negócios jurídicos¹.

Nesse sentido, Carlos Ducci Claro afirma que *“la autonomía de la libertad siempre ha tenido límites, precisamente porque el derecho es un freno a la libertad individual en garantía de la libertad de todos. Estos límites no significan el desaparecimiento de la libertad”*².

Assim, a autonomia individual é preservada pelo ordenamento jurídico, mas encontra determinadas restrições em normas e princípios juridicamente previstos, principalmente no que tange à ponderação quanto aos direitos fundamentais.

Especificamente no âmbito das relações de emprego, tema estudado neste trabalho, a incidência dos direitos inerentes ao ser humano rememora um contexto histórico de transformações e ressignificações de valores sociais, despontando na proteção primacial do empregado em detrimento da vontade do empregador.

Observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro passou, cada vez mais, a regulamentar a relação laboral, criando direitos, condições e obrigações sobre o contrato de trabalho, o que limitou, de forma patente, a autonomia individual das partes.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176

² CLARO, Carlos Ducci. Derecho Civil: Parte General. 4ª ed. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 25.

Historicamente, diante do caráter protetivo das normas trabalhistas, é possível se falar em princípios que regem o contrato de trabalho, como por exemplo a irrenunciabilidade de direitos oriundos da relação laboral e o princípio da proteção, que tem como objetivo promover o equilíbrio entre o capital e o trabalho³.

Ademais, a disciplina do direito do trabalho, no Brasil, resguardou, por muitos anos, o princípio da norma mais benéfica, que garantia aos trabalhadores a aplicação da condição mais favorável prevista em leis, acordos ou convenções coletivas, o que, todavia, parece ter sido mitigado com a edição da Lei n. 13.467/17.

Urge mencionar que a autonomia privada, muito embora esteja sendo cada vez mais restringida, nas mais diversas áreas jurídicas, não desaparece completamente do Direito. Em verdade, há uma ponderação a respeito dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, em deferência aos valores sociais protegidos.

1.1 DISTINÇÃO ENTRE AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

Para melhor compreensão do tema a ser tratado neste estudo, necessário se faz realizar a diferenciação entre os conceitos de autonomia da vontade e a autonomia privada, que certamente não são concepções idênticas, muito embora estejam sendo utilizadas frequentemente, por leigos e estudiosos, como se possuíssem o mesmo sentido.

Nessa senda, importante mencionar que a autonomia da vontade foi, desde os tempos antigos, princípio norteador das relações sociais, de modo que as pessoas tinham a possibilidade de, livre e irrestritamente, realizar atos e disposições que reverberassem na realidade jurídica.

Etimologicamente, a palavra autonomia é derivada do grego, com a junção de *auto*, que significa “si mesmo”, e *nomos*, significando “normas ou leis”. Pode-se entender, portanto, que a autonomia tem sentido de “ditar as suas próprias regras”,

³ CAPELARI, Luciana Santos Trindade. Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas: O princípio da proteção ao trabalhador. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6646&revista_caderno=2 Acesso em 26 jun. 2018.

ou, conforme entendimento de Francisco Amaral, “direito de reger-se por suas próprias leis”⁴.

Inicialmente pode-se dizer que a autonomia da vontade e a autonomia privada, embora contenham diferentes conceitos, são, igualmente, alusivas à liberdade jurídica que possui o indivíduo no contexto de suas relações privadas.

Immanuel Kant, considerado precursor da ideia de autonomia da vontade, traz o seu conceito nas seguintes palavras:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética (...).⁵

Segundo Otávio Luiz Rodrigues Junior, o princípio da autonomia da vontade “corresponde a uma certa noção de liberdade ou de possibilidade conferida a cada pessoa para agir ou não agir, de um modo ou de outro”⁶. De modo que, à luz deste entendimento, o indivíduo possui condições de agir conforme seu desejo, sem qualquer interferência estatal.

De acordo com Adriana de Souza Vieira, essa autonomia sugere liberdade contratual que, por sua vez, possui três acepções, quais sejam: a liberdade para celebrar ou não um contrato, a seleção do tipo contratual e a livre disposição do conteúdo do contrato⁷.

A liberdade para celebrar determinado contrato refere-se a pessoa com quem se contrata. A seleção do tipo contratual, por seu turno, insere-se na perspectiva da forma do contrato que se deseja realizar. Já a livre estipulação do conteúdo do contrato remete à matéria que é veiculada nas cláusulas contratuais.

⁴ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 8ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 409.

⁵ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 85.

⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>. Acesso em 05 mai. 2018, p. 118.

⁷ VIEIRA, Adriana de Souza. Limites à negociação individual no contrato de trabalho. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 70.

Entre estas acepções, a última é a que demanda análise mais intensa, uma vez que as restrições legais ao exercício da liberdade estão necessariamente ligadas a autonomia da pessoa com relação a matérias específicas, não havendo muitas problemáticas quanto a escolha de com quem se realizará as avenças.

Isso se explica porque a limitação quanto à pessoa com quem se contrata é, deveras, muito relativa. Um indivíduo pode não estar apto a celebrar uma determinada espécie contratual por vários motivos, o que não lhe impede de convencionar os contratos em que não haja impedimentos.

Saliente-se que, por muitos anos, perseverou a ideia de liberdade total para se contratar, principalmente quando se observa o histórico reconhecimento do direito de propriedade como absoluto. Todavia, com o decorrer do tempo e com a ampliação dos valores sociais que passaram a nortear o ordenamento, a ideia de autonomia irrestrita começou a declinar.

Francisco Hupsel ensina que durante o Estado Liberal, não era dado ao ente estatal o direito de intromissão na regulação das relações privadas, posto que as regras regentes eram fixadas pelas partes contratantes ao sabor de suas conveniências. Todavia, essa lógica se alterou de maneira substancial com o advento do Estado Social⁸.

O autor destaca, no entanto, que, nos dois momentos pode-se falar em garantia da liberdade, sendo que, a partir do Estado Social, que no Brasil foi inaugurado com a Constituição Federal de 1988, tem-se a conformação de uma liberdade limitada aos princípios de uma sociedade pautada na dignidade e justiça social⁹.

Segundo Daniel Sarmiento, os ideais do Estado Liberal centravam-se na neutralidade da conduta estatal quanto aos pactos privados, porquanto a sua intervenção era considerada ato perturbador da liberdade individual e prejudicial ao mercado. Nesse sentido, o autor menciona que a transição para o Estado de Bem-Estar Social rompeu com esse raciocínio, apontando que:

O advento da sociedade de massas e a progressiva democratização do Estado levaram à erosão desses postulados liberais. A crescente sensibilidade do discurso jurídico para a desigualdade fática e para os

⁸ HUPSEL, Francisco. *Autonomia Privada: autonomia negocial e autonomia existencial - extensão e limites na perspectiva civil constitucional*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34737> Acesso em 01 jul. 2018, p. 70.

⁹ HUPSEL, Francisco. *Autonomia Privada: autonomia negocial e autonomia existencial...* ob. Cit. p. 71.

interesses sociais e coletivos vai provocar o desmoronamento do credo liberal na excelência da autonomia privada no campo econômico como motor do bem comum. Amplia-se a intervenção estatal seja com o objetivo de acudir as partes mais débeis nas relações jurídicas, seja com o propósito de condicionar a autonomia negocial à prossecução de algum interesse público.¹⁰

Assim, com o passar dos anos esta concepção de autonomia, livre e irrestrita, restou superada, tendo em vista o surgimento da necessidade de maior regulação da liberdade contratual, com a finalidade de promoção do interesse sociais¹¹. A título de exemplo, pode-se destacar que o direito de propriedade, já citado, passou a ser encarado também como uma obrigação, ensejando uma função social¹².

Paula Sarno Braga aponta que os defensores das teorias voluntaristas, centradas na suficiência da vontade para repercussão jurídica, passaram a perder espaço para os teóricos da autonomia privada, visto que a ausência de limitações a autonomia da vontade esbarrava no conteúdo das normas cogentes de tutela da ordem jurídica.

Nesta esteira, Luís Edson Fachin afirma que:

A liberdade, princípio gestor das relações sociais, não mais pode significar, na ordem constitucional vigente, o espaço da ausência de responsabilidade. Ao revés, o plano da autonomia da vontade, se antes tido como cenário fechado a qualquer interesse coletivo, passa a refletir, em si, a necessária adequação com o solidarismo imposto pela ordem constitucional.¹³

Ademais, Cleyson de Moraes Mello leciona que a proteção da parte hipossuficiente da relação contratual também foi razão para a superação do antigo paradigma da autonomia da vontade, *in verbis*:

Restou-se provado que a liberdade das partes em si e por si não garantia o equilíbrio contratual, isto porque, não obstante a existência da liberdade contratual, em havendo uma parte mais forte que a outra, seja economicamente, seja tecnicamente, a mais forte acabaria impondo a sua vontade, o seu interesse. Por isso, é que começou o dirigismo contratual a temperar o princípio da autonomia da vontade.¹⁴

¹⁰ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da autonomia privada e da liberdade. Boletim Científico da ESMPU. a. 4, n.14, jan./mar. Brasília, 2005, p. 190.

¹¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume Único. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 567-568.

¹² ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67828/70436> Acesso em 26 mai. 2018, p. 788.

¹³ FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242941>. Acesso em: 20 mai. 2018, p. 10

¹⁴ MELLO, Clayson de Moraes. Direito Civil: Contratos. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017, p. 16.

Sob esse prisma, Bruno Torquato de Oliveira Naves afirma que “a proteção da parte mais vulnerável não limita a autonomia privada, ela é apenas mais um fator de sua moderna conformação”¹⁵. Em sua concepção, a proteção ao contratante em posição de inferioridade é uma tentativa de reestabelecer a autonomia contratual desse indivíduo, visto que o coloca em condições de contratar.

Humberto Theodoro Junior aponta que é notório o desequilíbrio nas relações contratuais contemporâneas, aduzindo que a inserção da nova ordem jurídica não abole a igualdade entre as partes, pelo contrário, ao proteger o polo débil, propõe a retomada do equilíbrio, o que permite a existência de efetiva igualdade. Desse modo, o autor menciona que a plena autonomia da vontade é incompatível com o modelo de Estado Social, pois conduziria a uma atitude antissocial, colocando a vontade particular acima da própria ordem jurídica fundamental¹⁶.

José Lourenço aponta que a autonomia integral nos contratos pode levar os segmentos sociais mais carentes ao empobrecimento, acentuando ainda mais o desequilíbrio econômico, visto que por serem menos favorecidos economicamente, estão desprovidos de poder coercitivo para negociações. Por essa razão, o Estado impõe normas cogentes a serem obedecidas nas relações privadas¹⁷.

A partir da superação da ideia de vontade livre, irrestrita e bastante para gerar efeitos nas relações sociais, partiu-se para uma nova concepção de autonomia, que mantém a liberdade contratual, mas que tem seu alcance delimitado para que esteja em conformidade com o ordenamento jurídico¹⁸, por meio de determinações que promovam a boa-fé, o interesse público e a equidade.

A autonomia privada negocial, então, é conceituada por Paulo Lôbo como sendo “o poder jurídico conferido pelo direito aos particulares para

¹⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O Direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 102.

¹⁶ THEODORO JR, Humberto. Direito do Consumidor. a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2011, p. 8.

¹⁷ LOURENÇO, José. Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 63.

¹⁸ BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal nas relações privadas. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 107.

autorregulamentação de seus interesses, nos limites estabelecidos”¹⁹. Assim, com base nesta concepção, os indivíduos possuem a possibilidade de realizar negócios jurídicos atentando-se aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Pontue-se que a autonomia privada se apresenta como uma das formas de realização da dignidade da pessoa humana²⁰, principalmente porque permite a expressão da liberdade, um dos principais, senão o medular sentido da vida do homem.

Nas lições de Flávio Tartuce a autonomia privada sugere a possibilidade de pactuação entre particulares em que, todavia, a vontade não é o elemento preponderante, visto que outros pressupostos entram em cena, tais como a eficácia social²¹.

Nesta toada, Adriana Wzykowski afirma que:

A autonomia privada não se baseia somente na autodeterminação e na liberdade dos sujeitos para a formação de negócios jurídicos, tal como era visto com a autonomia da vontade. 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 jurídico²².

Em igual sentido, Maria Celina Bodin de Moraes aponta que há muito tempo restou ultrapassada a máxima de liberdade irrestrita, que hoje encontra óbice em diversas normas e princípios do Direito:

O princípio, tantas vezes repetido, segundo o qual “o que não é proibido, é permitido” há muito não corresponde aos valores que presidem as relações jurídicas de matriz privada. A liberdade dos privados mudou: encontra-se hoje circunscrita por todos os lados, contida em limites estritamente demarcados por princípios os mais diversos, a começar pelos valores constitucionais, dentre os quais primam a solidariedade e a dignidade humana. Além disso, limitam a vontade privada institutos tais como o já aludido abuso do direito, a fraude à lei, os princípios da boa-fé, da probidade bem como da função social dos contratos, dentre outros.²³

¹⁹ LOBO, Paulo. Direito Civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

²⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada e Dignidade Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 74.

²¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil... ob. Cit. p. 569.

²² WZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego sob a perspectiva do Direito Individual Do Trabalho. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/101982>. Acesso em 06 mai. 2018, p. 20.

²³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf> Acesso em: 06 mai. 2018, p. 6-7.

Vê-se, portanto, que se antes, a vontade era irrestrita e se apresentava como o único elemento necessário para dar eficácia as disposições negociais, no âmbito do princípio da autonomia privada, a regra versa na liberdade de pactuar cláusulas que sejam do interesse das partes envolvidas, todavia, respeitando as normas legais limitadoras que tenham aplicabilidade sobre as matérias ali ventiladas²⁴.

Por essa perspectiva, José Lourenço aponta que “hoje, o contrato não é apenas a expressão da autonomia das vontades nas áreas de interesse vital denominadas pelo direito; é também instrumento de cooperação entre as pessoas, no plano dos valores a que o direito deve servir.”²⁵

Assim, nota-se que a autonomia individual tem sido cada vez mais mitigada do cenário contratual, e conseqüentemente justtrabalhista, havendo incidência do interesse público em crescente proporção. Pois, em que pese haver liberdade para contratar, as partes devem atuar de maneira adstrita aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE À AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS LATO SENSU

Existem diversas teorias que buscam explicar a evolução da independência das vontades perante o Estado, com o fim de valorização e proteção da liberdade dos homens para realizar avenças e tratativas entre si. Contudo não se pode olvidar que, com a Constituição Federal de 1988, houve uma quebra de paradigmas no que diz respeito a formação e desenvolvimento das relações jurídicas entre particulares.

Isso porque, no processo de gênese da Carta Magna ora vigente, deu-se lugar de proeminência para as normas que proclamam os valores sociais e humanísticos que permeiam o ordenamento²⁶, não privilegiando apenas os direitos à propriedade e o absolutismo do poder estatal, como visto em tempos outros.

²⁴ BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal nas relações privadas... ob. Cit. p. 109.

²⁵ LOURENÇO, José. Limites à liberdade de contratar... ob. cit, p. 67.

²⁶ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 9.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana foi colocado como pilar de sustentação das disposições constitucionais, devendo ser observado para que se alcance a efetivação dos direitos fundamentais²⁷.

Veja-se que, conforme é possível verificar no art. 1º, inciso III, do texto constitucional, fixou-se a premissa de que o respeito à dignidade do ser humano enquanto detentor de direitos mínimos, funcionando como fundamento do Estado Democrático de Direito constituído pela República Federativa do Brasil.

A complexidade que envolve a conceituação desse princípio é consenso entre os doutrinadores²⁸, o que, todavia, não impede de buscar a compreensão de sua aplicação, apontando a sua importância para a integração do ordenamento.

A dignidade da pessoa humana é considerada por André de Carvalho Ramos como sendo a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência”²⁹. Nesses termos, este autor assevera que o aludido atributo é inerente ao homem enquanto ser, independente das particularidades de cada indivíduo.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que a observação do princípio da dignidade da pessoa humana consiste no tratamento do indivíduo enquanto ser que detém um valor intrínseco, acima de qualquer coisa criada e posto em patamar de igualdade com os seus semelhantes³⁰.

George Marmelstein pontua que, em tempos de pós-positivismo, a principiologia encontra lugar de destaque no ordenamento, havendo obrigatoriedade de que o sistema de normas seja interpretado à luz dos preceitos fundamentais. Assim, os princípios essenciais possuem força jurídica e são tratados como se normas jurídicas fossem³¹.

Luís Roberto Barroso assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana possui três elementos fundamentais, os quais são o valor intrínseco ao ser humano,

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 254;

²⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada e Dignidade Humana... ob. Cit. p. 98.

²⁹ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 500.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional... ob. Cit. p. 278.

³¹ MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 12-14.

a autonomia da vontade e o valor comunitário³². Em vista disso, a dignidade do ser humano não está centrada apenas no ideal de autonomia, mas também nos demais elementos que visam proteger o próprio homem e o seu meio.

Nesse sentido, Barroso afirma que:

Como intuitivo, o conceito de dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade.³³

O posicionamento do princípio da dignidade da pessoa humana posto como referencial de aplicação das demais normas do ordenamento consistiu em uma verdadeira mudança de perspectiva que gerou impactos em toda a seara jurídica, inclusive nas áreas tradicionais dicotômicas do Direito Público e do Direito Privado, de sorte que também impulsionou grandes transformações na articulação dos contratos.

Rose Melo Meireles aponta que “a autonomia privada não pode ser compreendida, hoje, sem o respeito à dignidade da pessoa humana”³⁴. O motivo disso é que as partes contratantes necessariamente devem se ater a uma cláusula geral de respeito aos direitos inerentes ao homem em suas avenças, a fim de que não causem qualquer lesão aos direitos fundamentais individuais das partes integrantes do pacto ou, até mesmo, da coletividade.

Nesse diapasão, Jorão Gomes pontua que a aludida cláusula geral deve funcionar como baliza em face de conflitos entre direitos patrimoniais e direitos da personalidade, ao apontar que:

É possível a aplicação da cláusula geral de tutela da pessoa humana tanto para os casos de relação jurídica pública, quanto para casos de relação jurídica privada. De modo que, na medida em que nas relações jurídicas ocorrer conflito entre direitos da personalidade e direitos patrimoniais, aqueles deverão prevalecer, devendo a cláusula geral que protege da dignidade da pessoa humana ser aplicada como baliza ao exercício do direito patrimonial, mesmo que não exista previsão expressa.³⁵

³² BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acesso em 10 mai. 2018, p. 21.

³³ BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo... ob. Cit. p. 29.

³⁴ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada e Dignidade Humana... ob. Cit. p. 106.

³⁵ GOMES, Jorão. Dignidade da Pessoa Humana e Relações Interprivadas: Cláusula geral de tutela à pessoa humana. Revista Saber Digital. v. 1, n. 1, Valença, 2011, p. 13.

Assim sendo, este princípio geral funciona como o corolário máximo do ordenamento jurídico brasileiro³⁶, incidindo nas suas mais diversas esferas. Veja-se que, em muitos casos, atua com eficácia horizontal³⁷, ocasionando reflexos nas relações interpessoais e permeando a formação dos negócios jurídicos, no intuito de promover a proteção dos direitos em face dos atos lesivos praticados por particulares no exercício dos seus interesses.

Frise-se que, nessa perspectiva, os direitos fundamentais em sentido geral devem ser protegidos tanto contra os atos estatais, bem como no âmbito interpessoal, posto que estão sustentados sob a égide da dignidade da pessoa humana³⁸.

Nesse sentido, Andrietta Kretz afirma que eles possuem dupla-função no ordenamento nacional, os quais são, de um lado garantir a liberdade individual, e de outro lado, operar de forma a possibilitar a persecução dos fins e valores proclamados constitucionalmente³⁹.

Destaque-se que Konrad Hesse aponta a existência de um aspecto subjetivo e de um aspecto objetivo dos direitos fundamentais, aduzindo que ao significado negativo de proteção contra violações, acrescenta-se uma acepção positiva, posto que o Estado deve assegurar as condições de seu exercício⁴⁰.

Dentro da relação jurídica particular devem ser respeitados os direitos à liberdade do indivíduo, sua privacidade, exercício de consciência e crença, entre outros, primeiro porque tal premissa garante a integridade e efetividade dos direitos fundamentais como um fim em si mesmo, e segundo, porque contribuem para a manutenção dos valores sociais próprios do Estado de Direito.

Assim, tendo em vista que as partes contratantes já não mais possuem liberdade irrestrita, estabelece-se todo um aparato de proteção aos direitos fundamentais, que surge desde a necessidade de fixação de cláusulas contratuais

³⁶ NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental da ciência jurídica. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/33900> Acesso em: 10 mai. 2018, p. 7.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional... ob. Cit. p. 178.

³⁸ KRETZ, Andrietta. Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 113.

³⁹ KRETZ, Andrietta. Autonomia da Vontade... ob cit., p. 89.

⁴⁰ HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35-37.

que protejam os direitos a existência de dispositivos legais que preveem sanções ao abuso de direito.

Por último, há que se destacar, que segundo Rose Melo Meireles, a dignidade da pessoa humana, concebida como um princípio não se submete a qualquer ponderação em relação aos outros princípios que regem o ordenamento, isso porque funciona como o próprio instrumento de ponderação entre os princípios e, portanto, não pode ser afastada⁴¹. Para a autora, admite-se ponderação entre os princípios que expressam a dignidade da pessoa humana, tais como a liberdade, de modo que prevaleceria aquele, se afastado, que representasse maior “sacrifício a dignidade”⁴².

Em suma, faz-se mister considerar que nos contratos em geral não se pode olvidar da observância da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que guarnecem em sua tutela, visto que são aplicáveis tanto quanto ao Estado, como quanto aos particulares, dado o notável arcabouço legislativo que garante a proeminência de normas de ordem pública com o fim de equilibrar as relações contratuais.

1.3 DA AUTONOMIA DAS PARTES NO CONTRATO DE EMPREGO

A formação dos contratos de emprego, plano de fundo desta pesquisa, também não está, portanto, sob a égide da vontade ilimitada das partes, de modo que não basta a manifestação de vontade para a geração de efeitos imediatos na esfera jurídica, independentemente do teor de suas disposições.

Pelo contrário, diante das especificidades da relação laboral, o ato de contratar, neste campo jurídico, é regido por premissas básicas preconizadas constitucionalmente, e regulamentadas pela legislação *infra*, que impõem determinadas restrições à autonomia privada, de forma ainda mais rígida do que nas demais áreas do Direito.

Impende salientar que as relações de trabalho não são todas iguais, contudo, possuem certas peculiares entre si. Nesse sentido, vale salientar que a limitação da autonomia individual é mais pujante no contrato de emprego, visto que, dentre todas

⁴¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana...* ob. Cit. p. 196.

⁴² *Idem*, p. 197.

as modalidades de trabalho, possui singularidades que posicionam o empregado em posição de maior debilidade.

Necessário se faz realizar a diferenciação entre relação de trabalho e relação de emprego, pressuposto fundamental para entender como a autonomia privada opera no contrato de emprego e quais são os seus efeitos.

Nas lições de Maurício Godinho Delgado, as relações trabalhistas, *lato sensu*, consistem-se em “todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano”⁴³.

Luciano Martinez aponta que o trabalho é tido como qualquer atividade, exercida pelo ser humano, que vise o sustento o seu sustento e o de sua família, quando for o caso⁴⁴. De modo que, pode-se dizer que inserem-se entre espécies de trabalho, por exemplo, o trabalho autônomo, avulso e o emprego.

Nessa conformidade, o trabalho é classificado como gênero, que possui também como um de suas espécies o emprego⁴⁵, que, por sua vez, refere-se a fenômeno sociojurídico, resultante da síntese de determinados elementos, assentados na CLT, tanto no *caput* do art. 3º, como no *caput* do art. 2º, sem os quais não existe a sua configuração.

Segundo Luciano Martinez, os elementos essenciais para configuração do contrato de emprego consistem na prestação de trabalho por pessoa física a tomador qualquer, a pessoalidade, não eventualidade, não assunção dos riscos pelo trabalhador, subordinação do empregado às ordens do empregador e a onerosidade⁴⁶.

Paulo Gustavo de Amarante Merçon menciona que os conceitos de relação de trabalho e emprego são afins, sendo que este último é especificado mediante a existência dos elementos de subordinação e não eventualidade⁴⁷. No que se refere a

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17ª Ed. São Paulo, LTr: 2018, p 333.

⁴⁴ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 165.

⁴⁵ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho... ob. Cit. p.169.

⁴⁶ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho... ob. Cit. p. 172.

⁴⁷ MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Direito do Trabalho Novo. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/paulo_gustavo_mercon.pdf. Acesso em 20 mai. 2018, p. 5.

este último ponto, há controvérsias posto que a Lei n. 13.467/17 permitiu a existência do trabalhador intermitente, com vínculo empregatício e trabalho esporádico⁴⁸.

Como visto, a relação de emprego é marcada por determinadas especificidades se comparada ao trabalho em sentido amplo, bem como pelos seus consequentes efeitos no desenvolvimento da atividade laboral, gerando impactos na posição que ocupa o empregado no exercício de suas atribuições, como será estudado no capítulo seguinte.

Essas características peculiares, inerentes ao contrato de emprego, impõem tratamento diferenciado às partes desta relação. Isso porque, historicamente, é reconhecido que o empregado ocupa lugar de subserviência diante do poder do empregador, à luz de sua dependência econômico⁴⁹. Por isso, justifica-se a importância da maior intervenção estatal na regulação das relações desta natureza.

De acordo com o quanto demonstrado, o princípio da autonomia privada garante às partes a liberdade de contratar, se respeitadas as restrições impostas pela legislação vigente. Saliente-se que, no âmbito trabalhista, existem diversas normas que limitam as disposições do contrato de trabalho, visando a segurança, saúde e proteção do empregado.

De acordo com Sergio Pinto Martins, o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro visa proteger o trabalhador, em conformidade com o princípio da proteção, premissa básica do Direito do Trabalho⁵⁰. Portanto, é importante frisar que que aqui também se aplicam as limitações constitucionais quanto ao respeito aos direitos fundamentais.

Nessa esteira, Edilton Meireles, aponta que após a celebração do contrato, com a formação da relação empregatícia, “a incidência do direito fundamental se faz de

⁴⁸ Assim dispõe o par. 3º do art. 443 da CLT, introduzido pela Lei 13.467/17: “Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”

⁴⁹ SEVERO, Valdete Souto. A proteção no princípio: elementos para a resistência à “Reforma”. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo et al.. (Orgs.). Interpretação e aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro. São Paulo: LTr, 2018. p. 53.

⁵⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho, 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43-44.

imediatamente, independentemente da vontade dos contratantes, que não podem dispor quanto a sua aplicação.⁵¹”

Assim, pode-se dizer que no contrato de emprego, os contratantes devem prezar por disposições e condutas que guardem consonância com as normas que abrigam direitos fundamentais, como por exemplo a privacidade, a integridade física e moral e o respeito à dignidade do trabalhador.

Além disso, o advento da Consolidação das Leis do Trabalho certamente trouxe à tona os ideais sociais de valorização do obreiro, e sua conseqüente proteção ante as eventuais arbitrariedades do patrão na ânsia do lucro.

Assim é que a CLT prevê diversas determinações normativas que protegem o trabalhador, garantindo-lhes, por exemplo, a supremacia da condição mais favorável, com arrimo no art. 468 do aludido diploma legal.

Nessa esteira, essas e outras normas que regulam o labor no Brasil têm forte influência dos princípios protetivos que fundamentam o Direito do Trabalho⁵², salvaguardados pela dignidade da pessoa humana, corolário constitucional já visitado nesse trabalho.

Destaque-se que a Carta Magna deu especial enfoque para as relações de trabalho, criando um capítulo específico para tratar da proteção do trabalhador, de modo que o art. 7º traz um rol exemplificativo de seus direitos sociais, como por exemplo, a irredutibilidade do salário, o fundo de garantia do tempo de serviço, o respeito à jornada normal de trabalho, o adicional por horas extras e muitos outros.

Além dessas normas voltadas para regular o contrato individual de trabalho, o texto constitucional também traz previsões a respeito da tutela coletiva de direitos, garantindo, tendo como exemplo a liberdade de sindicalização e o exercício de greve.

Cumprido salientar, ainda, que as fontes do direito trabalhista não se esgotam nos dispositivos legislativos, longe disso. As cláusulas pactuadas em acordos e convenções coletivas, muitas vezes tem prevalência sobre a própria lei e sobre o contrato individual. Além disso, tem-se que os aditivos contratuais e os regulamentos

⁵¹ MEIRELES, Edilton. A Constituição do Trabalho: O Trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França Itália e Portugal. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 153.

⁵² WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego... ob. Cit. p. 23.

internos, fixados pelos patrões, se mais favoráveis, também vinculam a relação de trabalho⁵³.

No entanto, cumpre mencionar que regra fundamental que incide sobre os contratos de emprego é a irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador, de sorte que as normas protetivas não podem ser afastadas pela autonomia das partes, sob pena de serem consideradas nulas de pleno direito⁵⁴.

Isso porque, permitir que os contratantes tivessem a possibilidade de arredar a proteção do trabalhador na relação laboral seria o mesmo que negligenciar os valores constitucionais que militam pelo valor social do trabalho⁵⁵.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado afirma que:

De fato, não vigora, como regra, no ramo juslaboral o critério da autonomia da vontade, do qual deriva a prevalência de normas dispositivas no âmbito do Direito Organizacional Civil. No seguimento juslaborativo prevalece a restrição a autonomia da vontade, aceita como instrumento assecuratório eficaz de certas fundamentais garantias ao empregado, instituídas por ser ele hipossuficiente na relação contratual firmada. As normas justralhistas são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes. Nesse quadro, raros são os exemplos de normas dispositivas no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, prevalecendo uma quase unanimidade de preceitos imperativos no corpo daquele diploma legal.⁵⁶

Em perspectiva semelhante, Paulo Lôbo pontua que havendo colisão entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, não há razão para se permitir a mitigação de tais direitos, devendo ser limitada a autonomia das partes, *ipsis litteris*:

Para nós, a autonomia privada negocial não tem natureza de direito fundamental, posto que não constitucionalizada, e, em nenhuma hipótese, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social podem ser sacrificados, porque são princípios que estruturam toda a ordem jurídica brasileira. Havendo colisão, é descabida a ponderação de valores, para se concluir pelo favorecimento do princípio da autonomia privada negocial, que tem natureza meramente infraconstitucional.⁵⁷

Desse modo, compreende-se que no contrato de emprego, a autonomia das partes é limitada, porquanto ainda que o obreiro manifeste vontade de avançar

⁵³ MEIRELES, Edilton. Abuso do Direito na Relação de Emprego. São Paulo: LTr, 2004, p. 89-90.

⁵⁴ WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego... Ob. Cit. p. 28.

⁵⁵ LACERDA, Dorval de. A renúncia no Direito do Trabalho. São Paulo, Editora Max Limonad, [1944?], p. 135.

⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Introdução ao Direito do Trabalho, 2ª ed. rev. atual., reelaborada, São Paulo: LTr, 1999, p. 193.

⁵⁷ LOBO, Paulo. Direito Civil: Contratos... ob. Cit. , p. 51.

cláusulas que lhe tragam algum prejuízo substancial, ele não possui essa liberdade, frente ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Não se pode olvidar que a suscetibilidade de sofrer abuso de direito por parte do patrão é notável na relação de emprego, uma vez que os trabalhadores laboram sobre o manto da desigualdade, que, segundo Ana Prata, não está interligada apenas com o aspecto econômico, mas sim contratual, visto que o empregador figura em uma condição dominante podendo impor sua vontade, diferentemente do empregado, que não possui outra alternativa para sobreviver, senão vender sua força de trabalho⁵⁸.

Assim, o que se pode observar é que na relação laboral, pelo menos naquela que diz respeito ao contrato de emprego, o trabalhador não é totalmente livre para avançar, pois dada a sua posição na relação, não dispõe condições para tanto.

Adriana Wyzykowski faz breve assertiva quanto a diferenciação entre vontade e liberdade, ao afirmar que tais conceitos não se confundem, pois ainda que haja a manifestação de vontade, nem sempre haverá liberdade de realização do ato desejado. A autora diz que “o obreiro não é totalmente livre para discutir as cláusulas contratuais, mas sempre manifesta vontade de contratar ou não”⁵⁹.

Com vistas a suprir o estado de desvantagem em que se encontra o empregado, as normas de ordem pública impostas pelo Estado aderem ao contrato de emprego, criando direitos e obrigações.

Adriana Wyzykowski, inspirada pela teoria de Juan María Bilbao Ubillos, esquematiza o aumento da intervenção das normas de ordem pública no contrato de emprego sob a perspectiva de quanto menor for o grau de autonomia do trabalhador, visto que nem todas as relações de emprego são iguais. Assim, concebe a autonomia do trabalhador, dentro do contrato laboral, em três graus: fraco, médio e forte, que serão apresentados de forma breve neste trabalho.

Nos contratos de emprego de grau fraco de autonomia do empregado, a inferioridade do trabalhador está fortemente ligada a sua dependência de atividade laboral e, portanto, há pouca liberdade de negociação⁶⁰. Dentro deste contexto, o

⁵⁸ PRATA, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 2016, p. 84-85.

⁵⁹ WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego... Ob. Cit. p. 34.

⁶⁰ WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego... Ob. Cit. p. 35.

desequilíbrio se revela latente e, portanto, deve haver proteção dos direitos sociais do trabalhador.

A relação de emprego com grau médio de autonomia consiste naquela em que o obreiro encontra alguma possibilidade de negociação, razão pela qual os direitos trabalhistas e a liberdade negocial podem coexistir de forma harmônica⁶¹. A possibilidade de negociação deverá levar em consideração uma análise específica, caso a caso, além de verificação quanto à natureza do direito.

Derradeiramente, pode-se dizer que há grau forte de autonomia nas relações laborais quando figuram entre as partes empregado altamente especializado ou celebridades, consagrando a autonomia privada de forma plena⁶².

Como já visto, a razão de ser da limitação da autonomia privada negocial nas relações de emprego encontra respaldo no caráter de desigualdade entre as partes que as compõem⁶³. O empregado, enquanto indivíduo subordinado juridicamente ao seu empregador, não possui poder de barganha para realizar negociação, uma vez que depende economicamente do fruto de seu trabalho.

Além disso, em virtude da condição de vulnerabilidade e hipossuficiência do trabalhador frente a superioridade do empregador, necessário se fez a imposição de normas de ordem pública, que garantissem ao obreiro a proteção dos seus direitos fundamentais.

1.4 RENÚNCIA E TRANSAÇÃO À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA TRABALHISTA

Como visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro não possui apenas normas escritas, mas valores agregados em forma de princípios que visam possibilitar uma leitura constitucionalizada das normas vigentes. É cediço, inclusive, que o Direito do Trabalho possui princípios próprios que determinam a forma pela qual devem ser interpretadas as normas jurídicas que dispõe e regulamentam as relações entre empregadores e trabalhadores.

⁶¹ WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego... Ob. Cit. p. 41.

⁶² WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego... ob. cit. p. 41-42.

⁶³ Frise-se que Humberto Theodoro Jr afirma que: “não há, realmente, como ignorar os desníveis, não raro absais, entre patrões e empregados, locadores e inquilinos, estipulantes e aderentes, profissionais e leigos, aproveitadores e necessitados, fornecedores e consumidores. Não há como recusar, no plano jurídico e econômico, a existência do forte e do débil”. THEODORO JR, Humberto. Direito do Consumidor... ob. Cit. p. 7-8.

No campo laboral, pode-se falar que os princípios agem de modo a proteger o trabalhador em face da sujeição que se encontra e, para tanto, limita a própria disposição de vontade do empregado para negociar com o seu patrão.

Nesse sentido, Arnaldo Süssekind menciona o protagonismo do princípio da proteção ao trabalhador, apontando que “a proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico”⁶⁴. Segundo esse autor, fruto desse princípio *mater* surgem outros, como o princípio da norma mais favorável, do *in dubio pro operario*, da primazia da realidade, dentre outros.

Veja-se que nos contratos *lato sensu*, as partes contratantes dispõem de liberdade para negociar as cláusulas contratuais, não existindo maiores limitações, senão o uso da boa-fé. No âmbito trabalhista, no entanto, por causa das normas principiológicas que regem esse campo jurídico, a negociação é pautada com restrições, visto que não há equilíbrio na relação.

Necessário se faz realizar a distinção entre renúncia e transação, para compreendermos o alcance do poder negocial e as possibilidades de negociação entre empregadores e trabalhadores.

Marcelo Pedroso pontua que esses dois institutos não se confundem, visto que as concessões realizadas por ambas partes não consistem em renúncia dos direitos trabalhistas por parte do empregado⁶⁵.

Assim, vale conceituar transação e renúncia.

A transação é conceituada por Dorval de Lacerda como sendo o ato jurídico bilateral, em que as partes realizam concessões recíprocas visando a extinção de obrigações litigiosas ou duvidosas⁶⁶.

Nesse mesmo sentido, Vólia Bomfim Cassar pontua que a transação se constitui de ato bilateral, recaindo sobre direito duvidoso com a finalidade de se evitar

⁶⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. Os princípios social-trabalhistas na Constituição Brasileira. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/3838>. Acesso em 24 jun. 2018, p. 44.

⁶⁵ PEDROSO, Marcelo Batuíra da C. Losso. Liberdade e irrenunciabilidade no Direito do Trabalho: do estudo dos princípios à Economic Analysis of Law aplicados ao Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 305.

⁶⁶ LACERDA, Dorval de. A renúncia no Direito do Trabalho... ob. Cit. p. 178.

um litígio⁶⁷. Assim, as duas partes pactuam sobre direitos em que poderão ceder e sobre outros pontos em que compensarão.

Pedroso menciona que as concessões mútuas são parte indissociável da transação, sem as quais não há que se pode conceber a sua existência⁶⁸. Isso porque, nesse ato bilateral, todas as partes envolvidas no negócio jurídico devem ceder em certa medida.

No que diz respeito a renúncia, Marcelo Pedroso, sustentando-se nas teorias de análise econômica do direito, assevera que a renúncia pode ocorrer no decorrer do contrato de trabalho e após o seu fim, pois, ao contrário do entendimento dominante, o autor considera a possibilidade de renunciar advém da liberdade de escolha, apontando que “a decisão tomada pelo trabalhador no ato da renúncia de algum direito é apenas a constatação de que recusou as outras opções que teria, caso não tivesse renunciado”⁶⁹.

Note-se que esse viés é minoritário, visto que a maioria da doutrina, considerando o desequilíbrio existente na relação laboral, defende a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Nesse sentido, Vólia Bomfim Cassar aduz que a renúncia importa em “uma declaração unilateral de vontade, que atinge direito certo e atual, cujo efeito é a extinção deste direito”. Em sua concepção, a renúncia será sempre nula de pleno direito, visto que sempre causaria prejuízos ao empregado⁷⁰.

Dorval de Lacerda, por sua vez, ensina que no âmbito trabalhista a irrenunciabilidade é uma regra, comportando algumas exceções em que o empregado poderia renunciar. Para o autor, são irrenunciáveis os direitos previstos em leis, contratos coletivos, decisões judiciais e administrativas, tais como salário mínimo,

⁶⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. A Reforma Trabalhista e a autonomia da vontade do empregado. Disponível em:

https://www.lex.com.br/doutrina_27640581_A_REFORMA_TRABALHISTA_E_A_AUTONOMIA_DA_VONTADE_DO_EMPREGADO.aspx Acesso em 24 jun. 2018.

⁶⁸ PEDROSO, Marcelo Batuíra da C. Losso. Liberdade e irrenunciabilidade no Direito do Trabalho... ob. Cit. p.305.

⁶⁹ PEDROSO, Marcelo Batuíra da C. Losso. Liberdade e irrenunciabilidade no Direito do Trabalho... cit, 2005, p. 326.

⁷⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. A Reforma Trabalhista e a autonomia da vontade do empregado... ob. Cit.

duração de jornada, férias, dentre outros. Nesse sentido, Lacerda afirma que a renúncia somente abarcaria os direitos provenientes dos contratos individuais⁷¹.

Maurício Godinho Delgado, d'outro modo, aponta que a renúncia é amplamente elidida pela normativa trabalhista, existindo raríssimos casos em que se pode renunciar, desde que seja autorizado legalmente, como por exemplo na renúncia a antiga estabilidade celetista em decorrência de opção ao FGTS, ou ainda, na renúncia tácita a garantia de emprego pelo dirigente sindical⁷².

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 rompeu com o regramento pátrio anterior, direcionando a interpretação das normas jurídicas, inclusive daquelas previstas na própria CLT, a serem lidas de acordo com os valores propostos no novo pacto constitucional.

Por essa razão, os direitos dos trabalhadores previstos no art. 7^a, caput, da Carta Magna induzem a compreensão de que tais direitos se referem às condições que tenham o condão de, efetivamente, melhorar a situação social dos trabalhadores, numa incessante progressão.

A possibilidade de renúncia de todos os direitos trabalhistas não possui qualquer conformidade com as regras constitucionais, nem sequer respeita a primazia da realidade que indica, fortemente, o desequilíbrio nas relações de emprego.

Infere-se, de acordo com o exposto, que a renúncia não deve, em regra, ser admitida no direito laboral, posto que implicaria um prejuízo exclusivo do empregado, parte vulnerável da relação. Em contrapartida, a transação é aceita, desde que não traga prejuízos efetivos ao trabalhador, e, para tanto, entende-se que a compensação é o meio pelo qual [e possível lograr o equilíbrio da gama de direitos que seriam negociados.

⁷¹ LACERDA, Dorval de. A renúncia no Direito do Trabalho... ob. Cit. p. 140-141.

⁷² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho... ob. Cit., p. 253

2 ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE SUBORDINAÇÃO, HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Como visto, *alhures*, a relação empregatícia é marcada por especificidades notadamente consistentes nos efeitos relativos ao desequilíbrio entre as partes, tendo de um lado o empregador detentor do poder diretivo da atividade empresarial, e de outro lado, o empregado que está sujeito às ordens do primeiro, sendo ainda, dependente economicamente do seu trabalho⁷³.

Ana Cristina Costa Meireles e Edilton Meireles ensinam que as particularidades da relação de emprego decorrem da singularidade desta espécie contratual, que tem a pessoa humana não apenas como sujeito do negócio jurídico, mas também como o seu objeto. E afirmam que “o corpo da pessoa do trabalhador acaba sendo o lugar, a passagem obrigatória para a realização das obrigações contratadas”⁷⁴.

Em outra perspectiva, também centrada na pessoa do trabalhador, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira defende que os traços de desigualdade e coação implícitas na relação de emprego fundamentam a proteção trabalhista, tendo em vista a condição de dependência que ocupa o empregado nesta espécie contratual⁷⁵.

Miguel Ferreira assevera que esta assimetria está relacionada com a falta de opção do trabalhador, vendedor da sua força de trabalho, visto que disponibilizar a sua força física e intelectual no mercado é uma imposição vital, da qual não pode se furtar⁷⁶. Levando em consideração o cenário alarmante de desemprego, em muitos casos o obreiro não tem, nem mesmo, a possibilidade de negociar o valor do seu salário quando de sua admissão.

⁷³ A esse respeito, Jesús Martínez Girón et al. ensinam que: “En cuanto que partes del contrato de trabajo, evidentemente el trabajador y el empresario no son iguales. Y ello, no sólo por causa de que tengan derechos y deberes contractuales distintos, como acaba de verse, sino fundamentalmente porque el empresario ostenta una serie de poderes —siempre en cuanto que parte del contrato de trabajo—, que le colocan en posición de preeminencia, superioridad o supremacía frente al trabajador. Todo lo cual explica que igualmente se afirme, como también ya se vio, que el trabajador presta sus servicios al empresario precisamente en situación de subordinación o (dependência)” *In*: GIRON, Jesús Martínez; VARELA, Alberto Arufe; VÁZQUEZ, Xosé Manuel Carril. *Derecho del Trabajo*. 2ª Ed. Espanha: Netbiblo, 2006.p. 241.

⁷⁴ MEIRELES, Ana Cristina Costa; Meireles, Edilton. *A intangibilidade dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2009, p. 77.

⁷⁵ OLIVEIRA, Murilo C. S. O retorno da dependência econômica no Direito do Trabalho. *Rev. TST*, Brasília, vol. 79, nº 3, jul/set, ano 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/50179> Acesso em: em 31 mai. 2018, p. 201.

⁷⁶ FERREIRA, Miguel. Hipossuficiência e subordinação jurídica nas relações de trabalho contemporâneo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 40, Campinas, 2012, p. 108.

Diante dessas especificidades, o Direito visa, na seara laboral, garantir aos empregados as condições necessárias para defesa dos seus direitos e interesses frente à assimetria inerente a esta espécie contratual. Em conformidade com esse entendimento, as especificidades da relação de emprego exigem um tratamento jurídico diferenciado, de modo que os contratantes atuem dentro dos limites da sua autonomia privada.

Com efeito, a restrição da autonomia individual na relação empregatícia está diretamente ligada à posição de inferioridade do trabalhador, sendo necessário um estudo mais cuidadoso dos efeitos da subordinação, enquanto elemento fundamental do emprego e consequentes seus efeitos.

2.1 CONCEITOS DE SUBORDINAÇÃO

O contrato de emprego possui requisitos essenciais que consistem, reitere-se, na não eventualidade, pessoalidade, onerosidade, prestação de serviços por pessoa física e subordinação. Este último elemento é considerado pela doutrina como o definidor da relação de emprego⁷⁷, uma vez que é o contrato de labor que mais obsta a autonomia privada do obreiro, considerando a posição de subserviência do trabalhador.

Neste sentido, Maria Aurea Barone Cecato e Veruska Santana Sousa de Sá afirmam que o conceito clássico de subordinação consistia na submissão direta da força de trabalho do empregado ao empregador, atento ao seu poder diretivo e fiscalizatório⁷⁸.

Com o passar dos anos foram construídas diversas teorias com a finalidade de explicar a relação de sujeição ou dependência do empregado frente ao poder diretivo e sancionador do empregador. Assim, o conceito tradicional de subordinação sofreu diversas alterações, de certo que, apresentaremos as principais teorias, a seguir.

⁷⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O teletrabalho e a subordinação estrutural. Disponível em: <http://www.coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em886.htm> Acesso em 18 mai. 2018.

⁷⁸ CECATO, Maria Aurea Baroni; SÁ, Veruska Santana Sousa de. Relações de emprego: dimensão estrutural da subordinação contemporânea. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/i135trx2/aIYBJgygPfoZPD53.pdf> Acesso em 19 mai. 2018, p. 640.

2.1.1 Subordinação Jurídica

Entre as diversas teorias existentes sobre o tema, a doutrina da subordinação jurídica foi e continua sendo amplamente defendida e aplicada entre a maioria dos doutrinadores e, principalmente, pela jurisprudência. Tradicionalmente, aponta-se que o aludido instituto está relacionado à sujeição do empregado às ordens do seu patrão.

Veja-se que o trabalhador, ao aderir ao contrato de emprego, passa a se submeter ao regime de labor fixado pelo seu empregador, podendo, inclusive, ser punido caso cometa alguma falta.

Desse modo, Luciano Martinez entende que a subordinação “é uma situação que limita a ampla autonomia de vontade do prestador dos serviços”⁷⁹, sinalizando que tal sujeição se relaciona com a intensidade de ordens, obediência, respeito à hierarquia e à disposição do empregador quanto ao tempo e o modo de se realizar a atividade.

Miguel Ferreira aduz que a subordinação é essencialmente jurídica, consistindo na obrigação do trabalhador, contraída por meio do contrato, de permitir que o empregador dite a forma de utilização de sua força de trabalho, controlando o cumprimento da prestação de serviços e aplicando sanções.⁸⁰

Estevão Mallet, por sua vez, afirma que:

Na verdade, a subordinação própria do contrato de trabalho é mais do que a necessidade de o trabalhador seguir certas regras na prestação do serviço, ainda quando impostas pelo beneficiário do trabalho, titular do empreendimento. Compreende a prerrogativa, de que se investe o tomador de serviço, em decorrência da relação de emprego, de modular, a cada passo ou quando queira, segundo as conveniências do negócio – observados, é óbvio, os limites legais e contratuais próprios –, a atividade exercida pelo trabalhador, determinando o trabalho a ser feito, a forma, o local e o momento de sua realização, bem como fiscalizando, durante a prestação de serviço, o cumprimento das ordens dadas e, quando pertinente, sancionando o descumprimento delas.⁸¹

Danilo Gonçalves Gaspar fala sobre a existência de uma crise que afeta a subordinação jurídica enquanto elemento fundamental do contrato de emprego. Para

⁷⁹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho... ob..cit. p, 176.

⁸⁰ FERREIRA, Miguel. Hipossuficiência e subordinação jurídica nas relações de trabalho contemporâneas... ob. Cit., p. 112.

⁸¹ MALLETT, Estevão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, jan/dez, 2011/2012, São Paulo, p. 22.

ele, o panorama atual dos contratos de trabalho reflete o surgimento de novas espécies de empregados, com maior autonomia e cooperação junto aos empregadores⁸².

Esse autor defende a ideia de subordinação potencial, que, segundo suas lições, é aquela em que “será subordinado tanto o trabalhador que sofra o exercício direto e intenso do poder diretivo do tomador de serviços (ordens diretas), como o trabalhador que, em que pese inserido na organização empresarial, possui maior liberdade na execução de sua atividade”⁸³.

Ainda segundo este entendimento, não existe uma superação do conceito de subordinação jurídica clássica, mas sim a sua elasticidade. De maneira que o empregado mantenha a sua condição de sujeição, em que pese eventualmente venha a possuir alguma autonomia.

É certo que a acepção tradicional deste instituto tem deixado de ser efetiva na caracterização da sujeição dos empregados diante dos novos *modi operandi* de prestação de serviço na modalidade de emprego. Para tanto, novas teorias passaram a exercer influência, com destaque para as ideias de subordinação potencial, já brevemente mencionada, e de subordinação estrutural.

2.1.2 Subordinação Estrutural

Alguns autores, capitaneados por Maurício Godinho Delgado⁸⁴, têm sustentado a existência de uma sujeição referenciada na estrutura da atividade desenvolvida pelo empresário, buscando explicar a situação de sujeição do empregado sob um prisma objetivo.

⁸² GASPAR, Danilo Gonçalves. A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 142-143.

⁸³ GASPAR, Danilo Gonçalves. A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial... ob. Cit., p. 237.

⁸⁴ Segundo Cesar Bessa, “a expressão subordinação estrutural foi referenciada primeiramente por Maurício Godinho Delgado em sua palestra “Direitos fundamentais na relação de trabalho”, proferida em 2006 na sua Palestra realizada no XI Congresso Nacional dos Procuradores do Trabalho (Brasília/DF)”. BESSA, Cesar. Além da subordinação jurídica no direito do trabalho. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 159.

Maurício Godinho Delgado conceitua a subordinação estrutural como sendo aquela que “se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”⁸⁵.

Cristiano Fraga, em sentido parecido, pontua que a aludida teoria da acepção estrutural “consiste em caracterizar a subordinação com base na atividade desempenhada pelo trabalhador, e a natureza dessa atividade, se essencial ao funcionamento da estrutura organizacional do empregador ou não.”⁸⁶ “

Luana Cordeiro Teixeira afirma que essa espécie de sujeição está atrelada a flexibilização das formas de trabalho e do avanço da tecnologia, que gera a possibilidade de que o empregador gerencie a atividade empresarial, organizando o processo de produção, sem necessariamente, dar ordens diretas ao trabalhador⁸⁷.

Em conformidade com este entendimento, a ordem direta do empregador passa a ser dispensável, uma vez que o empregado participa do processo de produção como um colaborador, muitas vezes fiscalizado por seus pares, na busca de maior rendimento e produtividade⁸⁸.

Veja-se, portanto, que nesta perspectiva, a subordinação é observada de maneira objetiva, à luz da essencialidade da função do empregado integrada à atividade desenvolvida pelo empresário.

Alice Monteiro de Barros, entretanto, assevera que o aspecto objetivista da integração do trabalhador à atividade laboral não é um critério autônomo para definir a existência ou não de relação de emprego, uma vez que se constitui como um fundamento teórico para conceituação do trabalhador subordinado. Porquanto, a integração sem sujeição não importa em subordinação.

⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Faculdade de Direito de Vitória (FDV). nº 2, São Paulo, 2008, p. 37

⁸⁶ FRAGA, Cristiano. Subordinação Estrutural: um novo paradigma para as relações de emprego. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/cristiano_fraga.pdf Acesso em: 16 mai. 2018, p. 12.

⁸⁷ TEIXEIRA, Luana Cordeiro. Aplicabilidade da teoria da subordinação estrutural. Disponível em: <http://www.cletogomes.adv.br/artigos-pdf/APLICABILIDADE-DA-TEORIA-DASUBORDINACAO-ESTRUTURAL.pdf> Acesso em: 19 mai. 2018, p. 6-7.

⁸⁸ FERREIRA, Davidson Malacco Ferreira; JEHA, Maria Cecília de Moura Lima. A subordinação estrutural e a terceirização trabalhista. Disponível em: http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a111.pdf Acesso em 19 mai. 2018, p.15.

Nesse sentido, Alice Monteiro afirma que “será, portanto, necessário que essa participação integrativa do trabalhador no processo produtivo implique consequente observância às diretivas do empregador acerca da prestação e ao seu poder disciplinar”⁸⁹.

Em seu *Curso de Direito do Trabalho*, a autora afirma que os critérios de integração e de controle podem ser sintetizados pelo que chama de *direito residual de controle*, por meio do qual o empregador dispõe de autoridade para aplicar sanções disciplinares ao empregado, como por exemplo a sua dispensa⁹⁰.

Frise-se que Estevão Mallet se opõe ao conceito de subordinação estrutural, afirmando que o fato de o obreiro estar inserido na estrutura empresarial, exercendo atividade-fim da empresa, sob ordens e determinações do empresário, não basta para a caracterização da sujeição. Segundo ele, o instituto “é, pois, a forma como se desenvolve a atividade, com a ampla sujeição do trabalhador, durante o exercício do trabalho, às diretrizes traçadas pelo tomador de serviço, que define a subordinação peculiar ao contrato de trabalho”⁹¹.

2.1.3 Teoria da Dependência Econômica

A doutrina da dependência econômica, dominante por muito tempo, passou a ser veementemente rechaçada pelos estudiosos e pelos operadores do Direito, haja vista que oferecia critérios anacrônicos para a caracterização da condição do trabalhador afeto à relação de emprego.

O conceito tradicional da dependência econômica como mecanismo de configuração da subordinação laboral partiu da ideia de considerar centralmente a condição financeira do trabalhador frente ao seu empregador. Segundo Murilo

⁸⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Trabalhadores Intelectuais*. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Alice_Barros.pdf Acesso em: 19 mai. 2018, p. 150.

⁹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo, LTr, 2013, p. 224.

⁹¹ MALLETT, Estevão. *A subordinação como elemento do contrato de trabalho...* ob. Cit. p. 227.

Carvalho Sampaio Oliveira, inicialmente o instituto era configurado pela situação de pobreza da pessoa que presta o labor ⁹².

Esse conceito, no entanto, acabou por ruir, visto que aos poucos ficou-se nítido que a subordinação não estava ligada apenas ao fenômeno econômico. Nesse sentido, Estevão Mallet assevera que “tanto pode prestar serviço de forma subordinada o trabalhador dotado de amplos meios econômicos, ou que conta pelo menos com outras fontes de renda, como o que se acha deles desprovido (...)” ⁹³.

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira, no entanto, postula pelo retorno da teoria da dependência econômica, explicando que a repulsa por esta teoria se explica na limitação da doutrina, que encara o instituto de forma superficial ⁹⁴.

Aduz, assim, que a dependência poderia ser entendida, *a priori*, como a necessidade do trabalhador pelo fruto de sua atividade. Isto é, “há dependência econômica quando o trabalhador, em troca da prestação de serviços, obtém remuneração que lhe permita o seu sustento e de sua família” ⁹⁵.

Esse autor, no entanto, menciona que tal conceito se apresenta de maneira bastante vaga, motivo pelo qual recebeu severas críticas da doutrina, que pontuava pela sua imprestabilidade. A razão para a imprecisão conceitual residia no fato de que tanto o trabalhador quanto o empregador, em tese, vivem necessariamente do seu trabalho.

Assim, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira aponta ter sido necessário estabelecer determinados requisitos dentro do próprio conceito de dependência econômica, para que se corrija a vagueza mencionada.

Por conseguinte, este autor ensina que, primeiramente, tem-se a necessidade de reconhecer que o poder de direção que detém o empregador decorre da propriedade da qual é titular. Assim, embora seja uma de suas consequências, não é a direção dos serviços, e sim o fato de o empregador possuir a propriedade, que colabora para a definição da existência de subordinação⁹⁶.

⁹² OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p. 209.

⁹³ MALLET, Estevão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho... ob. Cit. p. 220.

⁹⁴ OLIVEIRA, Murilo C. S. O retorno da dependência econômica no Direito do Trabalho...op. cit. p. 206;

⁹⁵ OLIVEIRA, Murilo C. S. O retorno da dependência econômica no Direito do Trabalho...op. cit. p. 203.

⁹⁶ OLIVEIRA, Murilo C. S. O retorno da dependência econômica no Direito do Trabalho...op. cit. p. 208.

Em segundo lugar, o autor cita a pseudoliberalidade de trabalho, como elemento essencial da dependência. Sob essa perspectiva, tem-se que não existe qualquer liberdade de trabalho para o trabalhador, visto que por não possuir alternativas deve submeter-se a venda de sua força de trabalho. Por este viés, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira menciona que “a liberdade de trabalho dos que não têm substancial propriedade é inócua: se não tem como possuir meios de produção, sempre tem que se vender”⁹⁷.

Veja-se que, como visto, tal dependência não está centrada apenas no contexto financeiro que se pertence o empregado. Todavia, por ser aspecto preponderante na delimitação da sua dependência, na concepção do autor, é o que justifica o uso da expressão “dependência econômica”.

Qualificar a dependência como econômica significa explicitar a natureza capitalista da venda da força de trabalho e seu consequente direito capitalista do trabalho, que na fuga conveniente do extrajurídico termina esquecendo suas imbricações econômicas. Almeja-se destacar que a manifestação concreta de vontade e a liberdade, no capitalismo, pressupõe um sujeito proprietário, sendo remanescente a coação e a restrição da vontade para os não proprietários. Daí, resta impraticável considerar como contratantes iguais na sua livre vontade negocial o empregado e o empregador, nas recorrentes tendências flexibilizantes de retorno da convalidação da autonomia privada.⁹⁸

Lívia Miraglia e Daniela Zapata, no entanto, defendem que, independente da teoria que se adote, a sujeição será elemento essencial do contrato de emprego⁹⁹. Isso porque, dentro da relação empregatícia, havendo ou não dependência e integração, haverá sujeição e, vice-versa.

É bem verdade que resultante desta relação de submissão do empregado frente ao poderio do empregador, tem-se as situações de vulnerabilidade e hipossuficiência, que serão estudadas com mais afinco neste capítulo. De maneira que, inicialmente, é importante realizar a distinção destes dois conceitos.

2.2 DA VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR NA RELAÇÃO DE EMPREGO

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ OLIVEIRA, Murilo C. S. O retorno da dependência econômica no Direito do Trabalho...op. cit. p.212.

⁹⁹ MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira; ZAPATA, Daniela Lage Mejia. As relações de trabalho e a subordinação jurídica na contemporaneidade: uma análise da nova redação do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-10.pdf> Acesso em 17 mai. 2018, p. 98

Todo o contexto de sujeição, presente na relação de emprego, gera para o empregado situação desfavorável, visto que reduz o seu poder de barganha e sua liberdade dentro do contrato de labor. A posição de submissão do obreiro é, então, o principal fundamento para a circunstância de vulnerabilidade social que o acomete, mas não só, uma vez que também colaboram para a posição de vulnerável a sua dependência econômica e condição social.

Veja-se que, aqui, pode-se notar uma aproximação das áreas do direito do trabalho com o direito do consumidor, tendo ambos se revelado protetivos à parte que não dispõe de recursos financeiros, técnicos ou sociais, para lhe garantir autonomia de negociação.

Além disso, a massificação dos negócios jurídicos, com o aumento do número de contratos de adesão, tanto no direito do consumidor, como também no direito do trabalho, põe trabalhadores e consumidores em posição desvantajosa, frente ao poder do capital – que dita as regras a serem aderidas.

Na concepção de Fernanda Tartuce, a vulnerabilidade consiste em suscetibilidade em sentido amplo, de modo em que a hipossuficiência uma de suas acepções¹⁰⁰. Pode-se entender, portanto, que a primeira seria gênero, do qual a segunda seria espécie.

Bruno Miragem, ao tratar dos fundamentos do direito do consumidor, afirma que:

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes, ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica.¹⁰¹

Carlos Nelson Konder apresenta duas acepções deste instituto, mencionando a existência da vulnerabilidade patrimonial, que consiste na assimetria econômica entre as partes do contrato, além da vulnerabilidade existencial, que versa a respeito da suscetibilidade de lesão à esfera extrapatrimonial da pessoa contratante. De modo que, no primeiro caso, danos à personalidade somente ocorreriam de forma indireta, e no segundo caso, há propensão de violação aos direitos da personalidade, sendo

¹⁰⁰ TARTUCE, Fernanda. Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 183.

¹⁰¹ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, 6ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 128.

necessária, portanto, tutela especial que vise a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰².

Luiz Carlos Goiabeira Rosa et al. afirmam que “a noção de vulnerabilidade remete à ideia de fraqueza, de debilidade de um sujeito perante outro numa determinada relação jurídica, notadamente quando a aludida relação encerra em si uma situação de risco”¹⁰³.

Dito isso, observa-se que a concepção de ser vulnerável remete a disparidade entre dois sujeitos de uma relação, em que um é mais forte do que o outro, possuindo maiores condições de impor a sua vontade. O risco, portanto, de haver qualquer prejuízo para a parte mais fraca persiste, mesmo que qualquer dano não se concretize.

Assim, na seara trabalhista, o obreiro será vulnerável na medida em que estiver em posição de inferioridade, sem possibilidade de disposição da liberdade para apresentar e ter acatada a sua vontade. Havendo, assim, a superioridade da vontade do empregador, o trabalhador que lhe deve sujeição está em condição de debilidade, suscetível a sofrer diversos prejuízos em seu patrimônio material ou moral e, inclusive, quanto a sua formação e manifestação de vontade negocial.

Cícero Bodanese aponta que a vulnerabilidade pode variar de acordo com cada caso, afirmando que:

Mesmo dentro da relação de emprego pode haver variação diante das vulnerabilidades. O empregado é presumivelmente vulnerável como já observamos, mas conforme cada caso e focando cada empregador a vulnerabilidade do empregado pode variar, bem como cada tipo de vulnerabilidade pode apresentar um grau maior ou menor de incidência, podendo haver mais vulnerabilidade econômica do que vulnerabilidade técnica, por exemplo.¹⁰⁴

Neste diapasão, conclui-se que a vulnerabilidade não é um conceito fechado, que se aplica facilmente aos casos concretos. Em verdade, este instituto comporta diversas ramificações, já encampados pela doutrina há algum tempo.

¹⁰² KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 99, Mai-Jun, 2015, p. 101-123.

¹⁰³ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-188, mar. 2017, p. 159.

¹⁰⁴ BODANESE, Cícero Luiz. Crise da relação de emprego: teoria da vulnerabilidade. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/156357/001010315.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 mar. 2018, p. 61.

A debilidade do empregado, por certo, não se assenta apenas na questão de disparidade financeira, sofrendo a influência de outros fatores que atenuam ou agravam o desequilíbrio presente na relação trabalhista. Cícero Bodanese indica a existência das espécies de vulnerabilidade de ordem negocial, hierárquica, econômica e social ¹⁰⁵.

De acordo com o autor, na acepção negocial, verifica-se a ausência de igualdade entre as partes do contrato de emprego, o que causa, como dito, desequilíbrio na relação. Dessa maneira, o empregado, em condições de inferioridade, não dispõe de liberdade para negociar as condições de realização do labor.

Segundo Cícero Bodanese:

A vulnerabilidade negocial se apresenta na grande maioria das relações de trabalho, porém em algumas delas ela se apresenta em maior ou menor grau. É, por exemplo, o caso de empregados com alto nível de especialização ou com habilidades raras no mundo do trabalho que terão maior autonomia para negociar diante de seus empregadores, sendo menos vulneráveis do ponto de vista negocial.¹⁰⁶

Para esse autor, ainda há também debilidade do obreiro no que diz respeito à posição de hierarquia, observando que em face da existência de subordinação jurídica no contrato de emprego, o trabalhador não possui liberdade, uma vez que está sujeito às ordens do seu empregador.

A vulnerabilidade de ordem social, por sua vez, também suscitada por Cícero Bodanese, diz respeito à condição social do empregado, que remete à divisão de classes entre trabalho e capital, posto que o trabalhador se posiciona abaixo do empregador.

Outro aspecto que é trazido pelo referido autor é o de viés econômico, que trata não da condição social do obreiro em si, mas a necessidade do trabalho pelo empregado, de onde retira o mínimo que precisa para o seu sustento.

¹⁰⁵ BODANESE, Cícero Luiz. Crise da relação de emprego: teoria da vulnerabilidade. Op.cit. p. 63-70

¹⁰⁶ BODANESE, Cícero Luiz. Crise da relação de emprego: teoria da vulnerabilidade. Ob.cit. p. 63.

Luiz Carlos Goiabeira Rosa et al, ao analisar as disposições do direito do consumidor, citam outros aspectos da vulnerabilidade, tais como sua extensão no contexto técnico, jurídico, fático e informacional¹⁰⁷.

Nessa toada, os referidos autores mencionam que as normas jurídicas protecionistas abrigam princípios e regras com o condão de atenuarem as consequências da vulnerabilidade.

Ainda segundo tais estudiosos, o aspecto jurídico do instituto consiste na ausência, pelo indivíduo médio, de conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou de economia. De modo que, o reconhecimento deste tipo de debilidade no direito laboral é de grande importância, visto que há notável aumento na quantidade de contratos de adesão na atualidade, com termos técnicos e jurídicos que a maioria dos trabalhadores desconhece.

Bruno Miragem, por seu lado, entende a vulnerabilidade jurídica como sendo aquela que consiste na ausência de conhecimento, pelo indivíduo, acerca dos direitos e deveres inerentes à relação estabelecida, visto que não compreende integralmente as consequências jurídicas dos contratos que celebra¹⁰⁸.

Nesse sentido, Lucia D'Aquino afirma que:

Há pouca – ou nenhuma – diferença entre a posição de vulnerabilidade de um consumidor que assina um contrato de adesão com uma empresa fornecedora de energia elétrica ou um trabalhador que assina um contrato de trabalho padrão, em que não há negociação a respeito de suas cláusulas, mas tão somente aceitação das condições impostas pelo empregador.¹⁰⁹

Ainda a respeito dos contratos de adesão, Luiz Carlos Goiabeira Rosa et al apontam que a vulnerabilidade fática se constitui na situação socioeconômica do fornecedor, que pode impor suas vontades aos consumidores que apenas podem concordar ou não com os termos do contrato, não podendo alterá-los quando da celebração do pacto negocial.

¹⁰⁷ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo... ob. cit, p. 160.

¹⁰⁸ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor... ob. Cit. p. 129-130.

¹⁰⁹ D'AQUINO, Lucia Souza. Uma Aproximação dos Conceitos de Subordinação e Vulnerabilidade Análise Comparativa entre o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor. Revista Direitos Humanos e Democracia, v. 4, n. 8, p. 181-208, dez. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6172>. Acesso em: 01 mai. 2018, p. 199.

De maneira analógica, pode-se verificar que, no contrato de emprego, a aludida vulnerabilidade atua sob o prisma da situação socioeconômica do empregador, que detém condição financeira superior ao empregado, podendo, deste modo, realizar imposições por meio do contrato. Assim, somente resta ao empregado contratar ou não, inexistindo, em regra, o poder de negociação.

Tais autores ainda mencionam sobre a vulnerabilidade informacional, dispondo que o consumidor possui poucas informações sobre o produto que adquire. Esse conceito, se aplicado ao direito laboral, pode denotar a ideia de que o trabalhador não dispõe de todas as informações a respeito do funcionamento da atividade empresarial, possuindo conhecimento apenas a respeito do ofício de suas atribuições, ou seja, do funcionamento do setor que atua.

Em suma, a vulnerabilidade é um fenômeno inerente ao contrato de emprego, que pode variar quanto a sua intensidade, mas que continua existindo, enquanto persistir o risco de lesão frente à debilidade do trabalhador que integra a relação de emprego.

2.3 CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA

Existe na doutrina certa confusão quanto a distinção de hipossuficiência e vulnerabilidade, apresentando diversos entendimentos diferentes, que ora convergem e ora divergem.

Na concepção de Fernando Franco Morais, a hipossuficiência pode ser entendida, *a priori*, como um fato e, *a posteriori*, como um princípio, segundo o qual “o sistema jurídico brasileiro reconhece ao empregado a condição de ser o agente mais fraco na relação de trabalho”¹¹⁰.

Como já mencionado neste trabalho, a autora Fernanda Tartuce entende que a hipossuficiência é espécie da vulnerabilidade em sentido amplo. Para a autora, o aspecto econômico é o que acarreta a hipossuficiência do indivíduo frágil¹¹¹. De modo

¹¹⁰ MORAIS, Fernando Franco. Hipossuficiência e as novas relações de trabalho: estudo crítico de acordo com a ordem econômica constitucional. Dissertação de Mestrado. Universidade de Marília, 2017, p. 15

¹¹¹ TARTUCE, Fernanda. Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 183.

que, se a condição de vulnerabilidade abarca diversos aspectos, em um particular, considera-se a existência da hipossuficiência no que se refere a ausência de recursos financeiros.

Cícero Bodanese, de outra banda, aponta que a visão clássica de hipossuficiência estava relacionada a ideia de dependência econômica do empregado ao seu trabalho, todavia houve uma mudança de posicionamento, fixando-se a compreensão de tal instituto no sentido de dependência hierárquica¹¹².

Segundo Paulo Gustavo de Amarante Merçon, a hipossuficiência trabalhista tem origem no aspecto econômico, mas seus efeitos se reverberam por toda a condição humana do trabalhador, incidindo “desde a constrição de sua vontade até a posição vulnerável na negociação do contrato e exigência de seu cumprimento”¹¹³.

Miguel Ferreira entende o instituto como uma consequência da posição de sujeição do empregado, *in verbis*:

[...] pouco importa, para o reconhecimento da hipossuficiência do empregado, a quantidade de autonomia que o trabalhador detém no processo de trabalho, porque a sua sujeição ao empregador não decorre da maior ou menor autonomia na execução do trabalho, e sim do fato de que é o empregador que detém os meios aptos à geração de riqueza. Para sobreviver, o trabalhador deverá oferecer-se ao empregador nas condições que este determinar e executar o trabalho inserindo-se no processo produtivo controlado por ele.¹¹⁴

De outro ponto de vista, Luiz Carlos Goiabeira Rosa et al observam a hipossuficiência como a expressão processual de todas as espécies de vulnerabilidade. Por esse entendimento, dentro do processo, deverá ser aferida a existência de hipossuficiência, para garantir ao indivíduo o acesso a determinados institutos, como a inversão do ônus da prova¹¹⁵.

Heloisa Galafassi Tondinelli, diferentemente, conceitua a hipossuficiência como sendo “uma situação em que o indivíduo carente, torna-se desprovido, total ou

¹¹² BODANESE, Cícero Luiz. Crise da relação de emprego: teoria da vulnerabilidade. Ob.cit. p. 54.

¹¹³ MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Direito do Trabalho Novo. Ob. Cit. p. 3.

¹¹⁴ FERREIRA, Miguel. Hipossuficiência e subordinação jurídica nas relações de trabalho contemporâneo. Ob. Cit. p. 109-110.

¹¹⁵ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo... ob. cit. p, 172-173.

parcialmente, de algo que lhe é essencial”¹¹⁶. Neste ponto, a autora afirma que o instituto refere-se a vulnerabilidade levada ao extremo, com a debilidade do indivíduo em índices maiores do que o comum¹¹⁷.

Em que pese a diferenciação de vulnerabilidade e hipossuficiência, pela doutrina, não ser linear. Para elaboração deste trabalho, considera-se como ponto de partida o conceito adotado por Paulo Gustavo Amarante Merçon, de que a hipossuficiência tem origem na ordem econômica do sujeito, mas ecoa por toda sua condição humana.

Diferencia-se da vulnerabilidade, pois enquanto aquela se refere às circunstâncias laborais que limitam a autonomia do obreiro, esta outra se dimensiona em relação ao estado personalíssimo do trabalhador e suas possibilidades.

Nesse sentido, cumpre apontar também o comentário de Ana Paola Santos Machado Diniz e Maria das Graças Antunes Varela:

Há que se constatar que a vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência. Esta traz em si a ideia de pobreza, de poucos recursos financeiros, de ausência de condições materiais necessários a uma vida digna. Trata-se de característica que independe da situação de relação. O indivíduo é carente de recursos materiais independentemente de estar ou não em face de outra pessoa. A hipossuficiência pode ensejar uma vulnerabilidade diante do outro, mas nem toda a vulnerabilidade decorre da hipossuficiência.¹¹⁸

Sob este prisma, o trabalhador é vulnerável porque não tem informação, não conhece a técnica, não possui condições sociais favoráveis ou, meramente, porque está adstrito a uma relação de sujeição que limita a sua autonomia de lançar as próprias regras a respeito da prestação de serviço, por exemplo.

Por outro lado, será hipossuficiente, quando não possuir as condições mínimas para buscar o cumprimento do seu contrato de emprego ou a melhora em sua situação, seja na esfera negocial ou judicial. Isto é, quando a vulnerabilidade

¹¹⁶ TONDINELLI, Heloisa Galafassi. O princípio da vulnerabilidade e a hipossuficiência no Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://facdombosco.edu.br:7080/revseer/index.php/revdireito/article/download/47/42> Acesso em 20 mai. 2018, p. 9.

¹¹⁷ TONDINELLI, Heloisa Galafassi. O princípio da vulnerabilidade e a hipossuficiência no Código de Defesa do Consumidor...ob. cit. p. 13.

¹¹⁸ DINIZ, Ana Paola Santos Machado; VARELA, Maria da Graça Antunes. O Hipersuficiente e a presunção de invulnerabilidade (Análise do parágrafo único do art. 444 à luz do princípio da igualdade). In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo et al. (Orgs.). Interpretação e aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro. São Paulo: LTr, 2018. p. 89-90.

efetivamente lhe retirar as possibilidades de, individualmente, requerer o adimplemento das obrigações.

A aferição da existência de hipossuficiência é referenciada pelo plano fático subjetivo e tem sido verificada, *sub judice*, por meio da análise do aspecto econômico¹¹⁹. Contudo, sabe-se que a tal instituto não se limita ao viés financeiro, tendo como raízes a debilidade resultante da posição de sujeição do empregado.

Dessa forma, vulnerabilidade e hipossuficiência são conceitos diferentes, mas que se relacionam entre si, com objetivo de promover a tutela dos direitos dos indivíduos que figuram no polo frágil das relações trabalhistas.

¹¹⁹ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. ob. Cit. p. 234.

3 DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

O advento da Reforma Trabalhista, por meio da Lei n. 13.467/17, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho diversos dispositivos legais que visam dar maior flexibilização às normas trabalhistas, trouxe à baila a figura do empregado hipersuficiente.

Essa nova categoria de trabalhadores vinculados a um contrato de emprego está disposta no art. 444 da CLT e em seu respectivo parágrafo único:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Veja-se que a livre estipulação já existia, muito embora o seu campo de aplicação tenha se restringido aos casos em que não houvesse disposição que contrariasse a proteção ao trabalho, aos contratos coletivos e as decisões de autoridades competentes, como o Ministério do Emprego e Trabalho – MTE.

Entretanto, com a criação desta nova categoria de empregado, trabalhadores que cumprem os requisitos legais passam a gozar de liberdade tal como jamais nenhum outro empregado alçou na história do Direito Individual do Trabalho, no Brasil.

Os impactos da criação da condição de hipersuficientes ainda são desconhecidos e o seu estudo se torna relevante, visto que diante do caráter protecionista das normas trabalhistas, há necessidade de que a autonomia desses empregados esteja em consonância com os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

3.1 CARACTERIZAÇÃO

A Lei n. 13.467/17 fixou determinados elementos essenciais que configuram a condição de empregado hipersuficiente, sem os quais não há qualquer possibilidade de que o trabalhador alcance esse *status* que lhe garante maior autonomia.

O referido dispositivo legal firmou como primeiro requisito para a caracterização do desta nova categoria, a condição de portador de diploma de nível superior. De sorte a permitir que apenas os trabalhadores que possuem certo grau de ensino, certificado por instituição credenciada pelos órgãos competentes, possam deliberar autonomamente sobre o seu contrato de trabalho.

Em segundo lugar, o legislador pontificou um critério econômico, fixando que apenas os empregados que recebam salário igual ou superior ao valor equivalente a duas vezes o limite máximo dos benefícios pagos pela Previdência Social do Brasil poderão figurar na condição de hipersuficientes.

Note-se que os valores de cunho previdenciário que a lei refere são atualizados anualmente pelo Ministério da Fazenda por meio de portaria divulgada em Diário Oficial. Em 2018, o teto dos benefícios da Previdência Social foi fixado em R\$ 5.645,80, conforme o art. 2º da Portaria MF n. 15, de 16 de janeiro de 2018.

Dito isso, conclui-se que os elementos essenciais para a caracterização dos trabalhadores desta nova categoria de empregados é de que, além dos requisitos básicos da formação da relação de emprego, o indivíduo deve possuir ensino superior completo e, cumulativamente, perceber salário de acordo com quanto estipulado na norma legal.

Nesse ponto, é imperioso mencionar que, muito embora devam estar presentes os requisitos trazidos pelo novo dispositivo legal, o hipersuficiente mantém o seu caráter de subordinação, visto que é inerente a figura do empregado em seu contrato de trabalho.

Assim, malgrado o legislador tenha conferido maior autonomia para esses trabalhadores, a sua conduta será realizada mediante a existência de sujeição às ordens do empregador e dependência econômica, do mesmo modo que ocorre com os empregados em geral.

Vale, porém, destacar que o legislador, no parágrafo único do art. 444 da CLT, refere-se à percepção de “salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, não se confundindo esse limite mínimo com a remuneração recebida pelo empregado.

Diga-se, ainda, que o legislador não menciona que os requisitos previstos em lei não precisam estar presentes no momento da celebração do contrato. Na

realidade, a condição de trabalhador hipersuficiente deve ser aferida no momento em que se busca dar aplicação à autonomia prevista no parágrafo único do art. 444 da CLT.

3.1.1 Diferenciação quanto ao alto empregado

É possível observar que o tratamento do hipersuficiente não se confunde, de maneira alguma, com a figura do alto empregado, tendo em vista que estas espécies de trabalhadores possuem suas peculiaridades e, por consequência, disciplina legal distinta.

A primeira categoria comporta aqueles trabalhadores que mantêm contrato de emprego nas condições mencionadas no parágrafo único do art. 444, da CLT, como já exposto, possuindo salário mensal igual ou superior a duas vezes o teto dos benefícios da Previdência Social, bem como o diploma de nível superior, e portanto, gozam de autonomia negocial dentro da relação laboral.

Os altos empregados, por sua vez, consistem naqueles trabalhadores com elevado grau de fidúcia, e que, portanto, recebem tratamento legal diferente dos empregados em geral. De acordo com as lições de Maurício Godinho Delgado, abarcam essa classificação os obreiros que ocupam cargos ou funções de confiança e gestão em geral, além dos diretores e da figura do sócio-empregado¹²⁰.

Os ocupantes de cargos ou funções de gestão ou de confiança possuem tratamento legal disposto no art. 62 da CLT e, aqueles que laboram, especialmente no segmento bancário, estão pautados no art. 224 do referido dispositivo legal. A figura do diretor e das hipóteses do sócio empregado também possuem particularidades com amparo na legislação e na jurisprudência.

Naturalmente, estes empregados não possuem a autonomia prevista no novo regramento. De modo que, tais trabalhadores somente alcançarão o status de hipersuficiente se, e somente se, cumprirem os requisitos desta categoria de empregados. A título de exemplo, pode-se mencionar que um diretor empregado não

¹²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. ob. Cit. p. 421.

possuirá tal condição, se não dispor de nível superior completo e perceber salário equivalente aos parâmetros legais estabelecidos pela Reforma Trabalhista.

3.1.2 Dados e estatísticas

Para melhor compreender quem é o empregado hipersuficiente no cenário do mercado de trabalho brasileiro, de acordo com as diretrizes trazidas pela reforma trabalhista, vale-se, neste trabalho, dos dados estatísticos disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Segundo o IBGE, independente da renda auferida, apenas 13,8% dos trabalhadores empregados com carteira assinada possuíam, em 2010, diploma de nível superior e, 39% possuía ensino médio completo ou superior incompleto, conforme apontado no Relatório do Censo Demográfico de 2010¹²¹, último levantamento geral realizado pelo instituto.

Ainda segundo as estatísticas do órgão oficial, apenas 2,2% dos trabalhadores de todas as espécies de atividade remunerada possuía rendimento nominal mensal entre 10 e 20 salários mínimos¹²². Pontue-se que para a composição desse dado, foi considerado o salário mínimo da época, R\$ 510 reais, e contabilizados os empregados, os trabalhadores do setor privado sem carteira assinada, funcionários públicos e domésticos, além dos autônomos.

Se considerarmos que, no ano de 2018, o valor nominal fruto da soma de duas vezes o teto dos benefícios da previdência social tem por resultado o valor de R\$ 11.290,00, equivalente a aproximadamente onze salários mínimos, pode-se inferir, então, à luz dos dados disponibilizados no último censo, que os empregados hipersuficientes representariam menos de 2,2% da população ocupada com rendimento entre 10 e 20 salários mínimos.

¹²¹ IBGE. Censo Demográfico - 2010. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/1075/cd_2010_trabalho_rendimento_amostra.pdf Acesso em 02 jul. 2018, p. 77.

¹²² Idem, p. 79.

3.2 DA AUTONOMIA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

A criação desta nova categoria de empregado representou uma grande inovação no ordenamento jurídico, tendo em vista que o Direito do Trabalho sempre ponderou a autonomia do empregado visando sua proteção, frente a vulnerabilidade que lhe acomete.

Nesse sentido, o empregado hipersuficiente passa a gozar de liberdade contratual quanto às matérias que antes não dispunha, podendo realizar negociações mesmo sem a assistência das entidades sindicais, o que, ainda assim, valerá de pleno direito.

Para melhor compreensão da autonomia desta nova figura do contrato de emprego, necessário se faz realizar explanação a respeito do alcance, da preponderância e dos limites da autonomia que gozam esses trabalhadores.

3.2.1 Objeto do pacto individual

O parágrafo único do art. 444 da CLT dispõe que a livre estipulação dos empregados hipersuficientes alcança inclusive as matérias explicitadas no art. 611-A do diploma celetista, de reserva antes exclusiva para negociação coletiva entre sindicatos e empregadores. Estes temas estão previstos em um rol taxativo disposto no referido dispositivo legal.

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;

- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Observe-se que os tópicos citados foram postos em local inacessível a pactuação individual, visto que, apenas poderiam ser objeto de negociação por acordo e convenção coletiva. Contudo, à luz da Lei n. 13.467/17, essas matérias passaram a ser também da alçada dos empregados ditos hipersuficientes. Além disso, se realizada uma leitura fria da lei, esses trabalhadores poderiam convenciona-las, inclusive se lhe sobrevierem prejuízos.

Nesse diapasão, cumpre destacar alguns dos pontos que pode ser, a partir dessa perspectiva, alvo de acordo individual: regras sobre banco de horas anual, troca do dia de feriado, modalidade de registro da jornada de trabalho, trabalho intermitente, sobreaviso e, assombrosamente, o enquadramento de grau de insalubridade.

O art. 611-B, por seu turno, elenca os temas sobre os quais as convenções e acordos coletivos não podem dispor, se o objetivo for reduzir ou suprimir os direitos explicitados em seu rol, por expressa vedação legal:

- Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
- I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
 - II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
 - III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
 - IV - salário mínimo;
 - V - valor nominal do décimo terceiro salário;
 - VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
 - VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
 - VIII - salário-família;
 - IX - repouso semanal remunerado;
 - X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
 - XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
 - XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
 - XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
 - XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
 - XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
 - XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
 - XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
 XIX - aposentadoria;
 XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
 XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
 XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
 XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
 XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
 XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
 XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
 XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
 XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
 XXIX - tributos e outros créditos de terceiros
 XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400¹²³ desta Consolidação.

É possível notar que a CLT fez uma clara distinção a respeito dos temas que poderão ser tratados por meio de convenção e acordo coletivo. No art. 611-A, apresentou os temas suscetíveis de supressão ou redução. Já no art. 611-B apresentou os temas em que pode haver negociação coletiva, todavia sendo vedada qualquer redução e supressão dos direitos.

Neste ponto, imperioso afirmar que as alterações contratuais que se traduzem em benefício ao trabalhador jamais foram proibidas pela norma legal. O que ocorre é que a lei resguardou determinadas matérias em que não pode haver prejuízo para o trabalhador, tendo em vista a proteção que lhe alcança em virtude das condições contratuais e factuais de trabalho que lhe atinge.

Veja-se, no entanto, que em que pese o inciso XVII, do art. 611-B, mencionar que são proibidas as disposições prejudiciais que versem acerca de normas de proteção à saúde, higiene e segurança, pode-se verificar que a Reforma Trabalhista

¹²³ Os referidos dispositivos da CLT dispõem, respectivamente, sobre: coibição de práticas discriminatórias na relação de emprego; trabalho da mulher; licença maternidade; rompimento de contrato por iminente prejuízo a gestação; afastamento da gestante de atividades insalubres; repouso remunerado de mulher vítima de aborto não criminoso; descansos especiais em virtude de amamentação; e guarda dos filhos da mulher operária.

tratou de pontuar, no parágrafo único do aludido dispositivo legal que: “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.”

Assim, as disposições que disciplinam a duração do trabalho e os intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, podendo, portanto, ser objeto de negociação coletiva e, conseqüentemente, passível de negociação pelo empregado hipersuficiente.

Isto posto, a autonomia do empregado hipersuficiente alcança os itens constantes no art. 611-A, visto que amparados pelo dispositivo legal que criou a categoria, mas também poderá dispor a respeito dos temas trazidos no bojo do art. 611-B, se preverem condições mais favoráveis. Isto porque, seria um contrassenso impedir que o empregado, por via individual, fosse impedido de obter resultado mais favorável do que o quanto determinado em outros instrumentos.

3.2.2 Da possibilidade de realização de arbitragem

A arbitragem é um dos métodos alternativos de solução de conflitos, pouco popular entre os brasileiros, mas que vem sendo cada vez mais utilizada na seara empresarial, notadamente quanto ao ramo dos contratos, inclusive com a participação do Poder Público.

O referido procedimento de resolução de controvérsias é conceituado por Mauro Schiavi como sendo o método pelo qual há o ingresso de um terceiro eleito pelas partes, não pertencente ao Estado, que poderá apreciar e resolver o conflito¹²⁴.

Veja-se que o mecanismo da arbitragem é regulamentado especificamente pela Lei n. 9.307 de 1996, que dispõe que são suscetíveis de apreciação por tal método os direitos patrimoniais disponíveis, conforme o seu art. 1º. Além disso, de acordo com o art. 18, as decisões proferidas pelo Juízo arbitral não estão passíveis de recurso para revisão do *decisum* pela Justiça estatal.

¹²⁴ SCHIAVI, Mauro. Aspectos polêmicos e atuais da arbitragem como meio de solução dos conflitos trabalhistas. Disponível em: <http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/Aspectos%20polemicos%20e%20atuais%20da%20arbitragem%20no%20Processo%20do%20Trabalho.pdf>. Acesso em 01 jun. 2018, p. 2.

No que concerne ao âmbito trabalhista, pode-se dizer que, por muito tempo tal mecanismo foi aplicado apenas às demandas de ordem coletiva, com a participação dos sindicatos, por força da previsão legal trazida pelo art. 114, § 1º e 2º da Constituição Federal. De forma que, o entendimento dominante entre os doutrinadores era o de que as lides oriundas de contrato individual de trabalho não poderiam ser dirimidas por meio de arbitragem, tendo-se em consideração a condição de desequilíbrio das relações laborais.

Por esta razão, havia certo consenso quanto a submissão à apreciação arbitral apenas das controvérsias envolvendo as demandas coletivas, visto que os trabalhadores estariam representados por seus respectivos sindicatos de classe, razão pela qual reputava-se suprida a hipossuficiência do empregado¹²⁵.

A Reforma Trabalhista trouxe à existência a possibilidade expressa de aplicação da arbitragem aos contratos individuais de trabalho, apenas para os empregados que percebam remuneração superior a duas vezes o teto dos benefícios da Previdência Social e nos casos em que a fixação da cláusula arbitral tenha sido fruto de iniciativa ou concordância do trabalhador, conforme se depreende do art. 507-A da CLT:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Destaque-se que o legislador elencou o patamar remuneratório como índice financeiro capaz de permitir o empregado a realização de arbitragem, no entanto, ao caracterizar o empregado hipersuficiente, considerou o patamar salarial. Essa diferenciação, porém, até então não possui qualquer explicação.

Levando em consideração que o salário integra a remuneração, é possível deduzir, por óbvio que, os empregados hipersuficientes, naturalmente, cumprem o requisito econômico previsto no dispositivo legal *supra*. Por esta razão, se desejarem, poderão submeter os seus eventuais conflitos oriundos da relação trabalhista à apreciação pelo mecanismo privado.

¹²⁵ COSTA, Diego Vasconcelos. Arbitragem no Direito do Trabalho e suas possibilidades nos dissídios individuais. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1025>. Acesso em 02 mai. 2018, p. 11

Note-se que, conforme leciona José Cairo Jr., a hipersuficiência do empregado é auferida por meio dos aspectos econômicos e técnicos, diferente do que ocorre com o empregado apto a submeter os litígios ao procedimento arbitral, que necessita preencher o requisito econômico, apenas¹²⁶.

Assim, igualmente neste aspecto, os hipersuficientes se distanciam dos demais trabalhadores, visto que também possuem a prerrogativa de adotar a arbitragem como alternativa de solução de conflitos.

3.2.3 Preponderância do pacto individual

Sabe-se que, historicamente, a hierarquia entre as normas jurídicas tem se organizado, no direito comum, de acordo com a pirâmide inspirada na teoria de Hans Kelsen, tendo a Constituição o papel de validar todas as demais normas do ordenamento. E mesmo no direito do trabalho essa hierarquia deve ser observada.

Contudo, o direito trabalhista é regido pela regra de que a disposição mais favorável ao trabalhador deve prevalecer. Logo, salvo quando diante de norma inválida, seja pela sua inconstitucionalidade, seja por força de dispositivo de ordem imperativa superior que exclui a possibilidade de norma inferior tratar a matéria de forma diversa, a norma mais favorável ao empregado sempre prevalecerá, enquanto regra geral.

Saliente-se que, inclusive, é possível que normas de caráter privado, como os acordos e convenções coletivas, tenham prevalência aos demais preceitos jurídicos.

A razão disso é que, de acordo com o referido princípio, diante da existência de diversas disposições diferentes acerca do mesmo tema, o dispositivo legal aplicado a essa situação seria aquele que fosse mais benéfico ao trabalhador, independente da hierarquia tradicional das normas jurídicas. Assim, instrumentos coletivos somente prevaleceriam sobre a lei se, e somente se, fossem mais benéficos aos trabalhadores.

A reforma trabalhista trouxe ao sistema uma nova perspectiva de sobreposição das normas, tendo como premissa a ideia de prevalência do negociado sobre o

¹²⁶ CAIRO JR, José. Curso de direito do trabalho. 14 ed. rev e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 330.

legislado. Isso ocorreu, fundamentalmente, com a inserção do art. 611-A, caput, e com a nova redação do art. 620, ambos da CLT.

O primeiro dispositivo legal, já estudado neste trabalho, apresenta as circunstâncias em que sempre haverá prevalência dos acordos e convenções coletivas sobre a lei. De modo que, nessas situações, ainda que a lei tenha tratamento mais favorável ao empregado, serão válidos os acordos coletivos ou as convenções que forem negociadas coletivamente.

O segundo artigo citado¹²⁷ informa que sempre haverá sobreposição dos acordos coletivos sobre as convenções coletivas, independente da matéria tratada. Frise-se que, o acordo coletivo consiste na negociação entre o sindicato dos trabalhadores diretamente com os empregadores, já a convenção coletiva, refere-se à negociação realizada entre sindicatos patronais e de classe. Assim, restou explícita a opção do legislador em mitigar completamente o princípio da norma mais favorável inclusive entre os instrumentos normativos.

Dessa maneira, nota-se que houve um rompimento da aplicação do princípio da norma mais benéfica ao trabalhador em detrimento das condições negociadas. De forma que a aludida ruptura opera transformando profundamente o padrão histórico de hierarquia entre as normas tanto entre a norma coletiva e a lei, bem como entre as espécies de normas coletivas.

Isto posto, cumpre ressaltar que, diferentemente do que ocorre com os empregados em geral, que tem a sua autonomia limitada pelas disposições coletivas, a relação jurídica que faz o empregador e o empregado hipersuficiente possui tratamento diferenciado.

O parágrafo único do art. 444 da CLT dispõe que os contratos individuais de trabalho do hipersuficiente terão a mesma eficácia legal e serão preponderantes sobre os pactos de natureza coletiva, aqueles realizados com a participação de entidade sindical.

Assim, analisando o referido dispositivo de lei, pode-se constatar que, as disposições contratuais dos empregados que alcancem o *status* de hipersuficiência

¹²⁷O referido dispositivo legal assim prevê: “Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.”

terão prevalência sobre os instrumentos normativos mesmo quando tiverem como objeto matéria constante no rol do art. 611-A da CLT.

Nesse sentido, percebe-se, de forma ainda mais visível, a ocorrência da mitigação do princípio da condição mais favorável, historicamente aplicado ao Direito do Trabalho e que milita em prol do empregado.

Em outras palavras, pode-se dizer que, havendo a mesma eficácia legal dos instrumentos coletivos as disposições pactuadas nos contratos em que figuram o hipersuficiente, este poderá prevalecer sobre o quanto fixado nos instrumentos coletivos e sobre a lei¹²⁸.

Veja-se, todavia, que as disposições do contrato individual de trabalho, nem mesmo daquele que faz parte o empregado hipersuficiente, não tem prevalência sobre as normas constitucionais, visto que são o fundamento de todo o sistema jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, Márcio Flávio Salem Vidigal pontua que existem determinadas matérias constantes no rol do art. 611-A do diploma celetista, de reserva da negociação coletiva e, por força do parágrafo único do art. 444, também da CLT, passa a ser campo de livre estipulação dos hipersuficientes, esbarrando, no entanto, em preceitos constitucionais e os princípios do direito do trabalho¹²⁹.

Como já apresentado anteriormente, os direitos fundamentais, fundados na dignidade da pessoa humana, se apresentam como uma barreira à plena autonomia, razão pela qual houve a limitação da liberdade de contratação entre os indivíduos. Assim, mesmo nas relações interpessoais, deve-se garantir dos preceitos essenciais que norteiam o ordenamento jurídico.

José Felipe Ledur afirma que “a eficácia irradiante mantém relação estreita com a função de proteção, na medida em que também está voltada a proporcionar

¹²⁸ Frise-se, no entanto, que, em sentido divergente, pontuou o Enunciado 49 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ao fixar que “a negociação individual somente pode prevalecer sobre o instrumento coletivo se mais favorável ao trabalhador e desde que não contravenha as disposições fundamentais de proteção ao trabalho, sob pena de nulidade e de afronta ao princípio da proteção”.

¹²⁹ VIDIGAL, Marcos Flávio Salem. As consequências da livre estipulação no contrato de trabalho: uma análise do parágrafo único do art. 444 da CLT introduzido pela Lei n. 13.467/17. In: HORTA, Denise Alves et al. (Org.). Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: Reforma trabalhista: principais alterações – atualizado de acordo com a MP n. 808 de 14 de novembro de 2017. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 195.

liberdade e igualdade ao indivíduo vulnerável frente a forças econômicas e sociais que exercem poder”¹³⁰.

Na concepção de Edilton Meireles, o direito fundamental “cria uma limitação positiva à autonomia privada individual, como à autonomia privada coletiva, obrigando todos os envolvidos o dever de contratar de modo a tornar eficaz a garantia constitucional”¹³¹.

Assim, a prevalência das disposições contratuais realizadas entre empregados e empregadores somente ocorrerá sobre os instrumentos coletivos e leis infraconstitucionais, não podendo, de maneira alguma, colidir com os preceitos constantes em normas constitucionais que abrigam direitos fundamentais.

Além disso, nota-se que restou mitigado o princípio do não retrocesso social, que determina, segundo Rodrigo Goldschmidt, que tendo havido o reconhecimento de um direito como fundamental, este não pode ser suprimido ou abolido a ponto de causar um retrocesso da condição social já garantida¹³².

Para Italo Roberto Furhmann, esse princípio decorre do sistema jurídico nacional e do sistema internacional de Direitos Humanos e consiste na impossibilidade de que ato do Poder Executivo ou do Poder Legislativo realize redução ou supressão dos direitos sociais básicos garantidos na CF, seja na abrangência dos titulares ou no conteúdo da norma, sem que lhe seja alternativamente oferecida compensação proporcional¹³³.

Marina de Oliveira de Vasconcellos e Fernando Vieira Luiz afirmam que o princípio do não retrocesso social está diretamente ligado à ideia de dignidade. De acordo com esse entendimento, a proteção ao bem jurídico “vida” não se esgota em

¹³⁰ LEDUR, José Felipe. Barreiras constitucionais à erosão dos direitos dos trabalhadores e a Reforma Trabalhista. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Edição temática Reforma Trabalhista, Ano VII, n. 63, Paraná, 2017, p. 72.

¹³¹ MEIRELES, Edilton. A Constituição do Trabalho: O Trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França Itália e Portugal. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 191.

¹³² GOLDSCHMITD, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função protetora dos direitos fundamentais. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/viewFile/906/521> Acesso em 21 jun. 2018, p. 283.

¹³³ FUHRMANN, Italo Roberto. O princípio da proibição do retrocesso social como categoria autônoma no direito constitucional brasileiro? Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos fundamentais. Revista Jurídica Portucalense, n.º 16, Porto, 2014. Disponível em: <http://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/3717/4709> Acesso em 22 jun. 2018, p. 50.

si mesma, mas na ideia de vida digna¹³⁴, o que exige, portanto, que não haja prejuízo social quando uma posição superior já tiver sido alcançada.

A jurisprudência reconhece a existência do referido princípio, inclusive com vultosos julgados a respeito do tema nos Tribunais Superiores. A título de exemplo, no âmbito do STJ, pode-se mencionar trecho do voto do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, relator do Recurso Especial n.º 1.411.258-RS:

A alteração de uma norma concessiva ou ampliativa de direito fundamental previsto na CF atentam contra a proibição de retrocesso, princípio constitucional implícito que se destina justamente para os casos em que o direito fundamental exija a edição de normas para a consecução do seu fim, visando evitar que o legislador ordinário suprima arbitrariamente a disciplina infraconstitucional concretizadora de um direito fundamental social, sem criar alternativas que conduzam ao objetivo social.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet aponta a importância de tal princípio em tempos de crise, afirmando que:

De outra parte, segue sendo necessária uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do Estado Constitucional. Especialmente tendo em conta a instabilidade econômica que se verifica em escala global, assim como em virtude dos efeitos perversos da globalização, em particular no plano econômico, não se pode simplesmente negligenciar a relevância do reconhecimento de uma proibição de retrocesso como categoria jurídico-constitucional, ainda mais quando a expressiva maioria das reformas não dispensa mudanças no plano das políticas públicas e da legislação. Com efeito, dentre os diversos efeitos perversos da crise e da globalização econômica (embora não se possa imputar à globalização todas as mazelas vivenciadas na esfera social e econômica), situa-se a disseminação de políticas de flexibilização e até mesmo supressão de garantias dos trabalhadores (sem falar no crescimento dos níveis de desemprego e índices de subemprego), redução dos níveis de prestação social, aumento desproporcional de contribuições sociais por parte dos participantes do sistema de proteção social, incremento da exclusão social e das desigualdades, entre outros aspectos que poderiam ser mencionados.¹³⁵

¹³⁴ VASCONCELLOS, Marina de Oliveira de. LUIZ, Fernando Vieira. O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/download/120/99> Acesso em 18 jun. 2018, p. 57

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada Proibição do Retrocesso Social no constitucionalismo latino-americano. Revista do TST. vol. 75, nº 3, jul/set. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf>. Acesso em 21 jun. 2018, p. 120-121.

Assim, na seara trabalhista, pode-se falar em condições mínimas de dignidade para o trabalho, seja no seu aspecto jurídico, bem como em seu aspecto material, com um meio ambiente do trabalho equilibrado e sem riscos aos trabalhadores.

Nessa senda, conforme mencionado no início desse trabalho, ao analisar o art. 7º da Constituição Federal, que ao elencar alguns direitos trabalhistas, estabelece, em seu *caput*, que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Note-se, assim, que a premissa fixada pela Carta Magna é a de que os direitos dos trabalhadores devem visar a melhoria da sua condição social, o que, portanto, indica que os direitos sociais são revestidos de um objetivo claro e específico, que é o de garantir ao obreiro que a sua situação de vida e labor perante a sociedade se tornem cada vez superiores.

Carlos Romeu Salles Correia ao adentrar no conceito do princípio ora estudado, assevera que “a proibição do retrocesso social corresponde à irreduzibilidade dos direitos fundamentais ou concretizadores de direitos fundamentais”¹³⁶.

A respeito disso, Aline Bonna comenta que:

Outrossim, galgando o status de direitos humanos, as garantias laborais incorporam o vetor progressista e expansivo que rege a matéria, inclusive no plano internacional, sendo certo que suas projeções na legislação ordinária passam a integrar o bloco de constitucionalidade, impedindo o retorno a uma situação anterior de omissão estatal ou de esvaziamento puro e simples do mandamento constitucional outrora realizado.¹³⁷

Tendo em vista o pressuposto de não retrocesso social, as normas que garantem aos empregados hipersuficientes ampla possibilidade de disposição dos seus direitos sociais seriam inconstitucionais, vez que não estão carregadas pelo valor de melhoria de condição do social trabalhador, previsto pela norma constitucional supramencionada.

Nesse ponto, cumpre expor o entendimento de Edilton Meireles, que ao tratar do tema do *caput* do art. 7º da CF, mencionou que:

¹³⁶ CORREA, Carlos Romeu Salles. O princípio da proibição do retrocesso social no Direito do Trabalho. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 95.

¹³⁷ BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. v.47, n.77, jan./jun, Belo Horizonte, 2008. p. 62.

Ora, o que o legislador constitucional estabeleceu, no art. 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 trabalhador.¹³⁸

O autor ainda salienta que o status de inconstitucionalidade definido pela supressão dos direitos sociais do trabalhador pode ser afastado se houver compensação¹³⁹, de modo a manter efetivamente a condição social do trabalhador no patamar que está.

3.2.4 Autonomia do hipersuficiente frente às normas internacionais

O ordenamento jurídico brasileiro está estruturado de forma harmônica, tendo a Constituição Federal o papel de unificar e validar todas as normas que integram o sistema normativo, o qual inclui as leis ordinárias federais, estaduais, municipais, complementares, decretos, normas internacionais, dentre outros dispositivos. Especificamente quanto às normas de natureza internacional, é necessário realizar algumas ponderações que serão importantes para compreender de que modo se desenha sua prevalência nos contratos de emprego dos hipersuficientes.

Primordialmente, cumpre destacar que as convenções internacionais referentes a Direitos Humanos, após trâmite especial, passam a ter, com o advento da EC nº 45 de 2004, status de norma constitucional, como se verifica da inclusão do § 3º no inciso LXXVIII do art. 5º da CF, realizada pela referida Emenda, que assim dispôs: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Em matéria trabalhista, o Brasil é signatário de diversas convenções internacionais, devendo colocá-las em prática a partir de sua ratificação. Em especial,

¹³⁸ MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. Revista Evocati. n. 13. Jan. 2007 Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100. Acesso em: 16 jun. 2018.

¹³⁹ Idem.

as convenções 98 e 111, que tratam da liberdade sindical e da discriminação entre trabalhadores, respectivamente.

Veja-se que, conforme mencionado anteriormente, a autonomia do hipersuficiente para determinar, diretamente com o seu patrão, as condições de exercício do contrato individual de trabalho é superior a lei, mas não se sobrepõe à Constituição Federal, exceto se prevê melhores condições.

Nesse sentido, considerando que os tratados internacionais, ratificados pelo Estado Brasileiro, que tenham como objeto matéria referente à tutela de direitos humanos, são equivalentes às emendas constitucionais, possuindo, portanto, *status* de hierarquia constitucional, não há que se falar em prevalência da autonomia do empregado sobre essas disposições.

Reitere-se aqui que, a prevalência poderá ocorrer, sem interferências, se a negociação individual, realizada dentro do contrato de emprego, estipular regras mais favoráveis ao trabalhador.

Diante disso, faz-se mister mencionar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tratado internacional ratificado pelo Brasil em 1992, prevê a prevalência da norma mais favorável em matéria de normas internacionais, como se verifica da leitura do seu artigo 29:

Artigo 29 - Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Dito isto, pode-se compreender que as cláusulas de negociação individual do empregado hipersuficiente somente poderá se sobrepôr às normas internacionais que regulam o direito do trabalho, se forem mais favoráveis, visto que possuem equiparação aos dispositivos da Constituição. Assim, encontra-se vedado o estabelecimento de qualquer condição *in pejus* para o trabalhador por via individual.

3.2.5 Limites e restrições

É indubitável que à luz do novo regramento celetista, os recém-criados hipersuficientes são dotados de grande autonomia frente ao seu patrão, o que os distingue dos seus pares. Entretanto, em um ordenamento que possui como princípio norteador a autonomia privada, assim considerada aquela suscetível de interferência estatal, é importante salientar que a liberdade que goza tais trabalhadores não é ilimitada, na conformidade do quanto visto no início deste estudo.

A própria CLT, ao criar esta espécie de empregados, utilizou-se do parágrafo único do art. 444, que tem como *caput* texto que versa sobre a livre estipulação entre as partes do contrato individual de trabalho. Atente-se que esse dispositivo legal traz alguns limites ao pacto individual, ao afirmar que é possível existir “livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Assim, em geral, empregados e empregadores, não podem, de forma direta, realizar tratativas que violem disposições de proteção ao trabalho, pactos coletivos aplicáveis à relação de trabalho em epígrafe e às deliberações de autoridades competentes.

Impende mencionar que, como visto, os contratos de trabalho do hipersuficiente estão postos em igualdade com relação aos acordos e convenções coletivas, de modo que, para eles, não se aplicam a restrição de negociação que contravenham ao quanto disposto nos pactos coletivos. Seus limites, no entanto, consistem nas normas constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais, as normas internacionais mais benéficas e as vedações que a própria CLT realizou, no art. 611-B.

Nessa perspectiva, a liberdade de contratar que detém o hipersuficiente não é irrestrita, pois está suscetível de interferência externa que vise a tutela da boa-fé contratual e da função social do contrato, princípios que norteiam os contratos em geral, mas que não deixam de estar presentes, em grande medida, no Direito do Trabalho¹⁴⁰.

¹⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sílvia Mascaro. Curso de direito do trabalho. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 597.

Além disso, como já mencionado, as negociações entre esse empregado e o seu patrão não poderá esbarrar no quanto disposto constitucionalmente, e nem mesmo nas normas internacionais, visto que preveem o mínimo existencial devido aos trabalhadores.

3.3 INCOERÊNCIAS E PERSPECTIVAS

A Reforma Trabalhista foi sancionada em meio a diversas críticas¹⁴¹, pois traz em seu bojo diversas disposições que flexibilizam a aplicação das normas protetivas que regulam o Direito do Trabalho, permitindo que o trabalhador goze de maior autonomia.

Pontue-se que, quanto à disciplina dos empregados hipersuficientes, algumas avaliações têm sido feitas pela doutrina, evidenciando a necessidade de revisão dos requisitos que elevam o trabalhador comum a esta condição especial.

Nesse sentido, pode-se citar a ausência de consideração quanto a elementos fático jurídicos essenciais que formam o contrato de trabalho de natureza empregatícia e que deveriam ser levados em consideração para a configuração da referida categoria recém-criada.

3.3.1 Fragilidade dos critérios de caracterização

O legislador embasou a caracterização da condição de empregado hipersuficiente em critérios de ordem econômica e educacional do empregado, restando a apreciação de outros pontos igualmente relevantes no que se refere a formação e execução do contrato de trabalho.

Veja-se que, ao estipular tais critérios como pressupostos para a livre negociação direta entre as empregadores e trabalhadores, o legislador acabou por

¹⁴¹ Aponte-se que, conforme noticiado pela mídia nacional, por causa de diversas denúncias a respeito da ausência de diálogo entre os setores da sociedade para a elaboração do texto de reforma, em meados do mês de maio de 2018, o Brasil passou a integrar a *dirty list* da OIT, uma lista negra composta pelas nações que adotam condutas que desrespeitam as normas trabalhistas. Tendo sido instado a responder àquela instituição diversos quesitos que esclareçam os reais benefícios e malefícios das recentes alterações normativas em matéria trabalhista. Ver: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,oit-pede-a-governo-relatorio-sobre-impactos-da-reforma-trabalhista,70002341610>

reconhecer e reforçar a existência de elementos inerentes a essa relação que tornam o contrato desequilibrado.

Nesse sentido, preliminarmente, faz-se *mister* destacar a fragilidade dos aspectos postos pela norma criadora do hipersuficiente, o que poderá evidenciar a necessidade de fixação de outros critérios, função que caberá a jurisprudência, com a devida cautela.

A estipulação do valor do salário como um dos aspectos fundamentais para a configuração destes novos trabalhadores foi uma notória tentativa de afastamento da hipossuficiência econômica, que é pacificamente entendida pela doutrina como um elemento que torna o trabalhador parte frágil da relação, consoante demonstrado no capítulo anterior.

Contudo, a determinação de um patamar salarial estático não parece suprir a condição de hipossuficiência e vulnerabilidade do empregado, isso porque, estes elementos não se apresentam de forma idêntica em todas as relações de trabalho, motivo pelo qual a fixação de um critério econômico deveria ter sido realizada por outros moldes.

Por este entendimento, Andressa Dissenha, ao tratar do critério econômico fixado de modo estático, para a aplicabilidade da Arbitragem ao contrato individual de trabalho aponta que:

A escolha de um valor razoável de remuneração como parâmetro de aplicabilidade, vem no mesmo sentido de algumas antigas decisões judiciais, que reconheceram o procedimento arbitral para altos executivos, tomando por regra que tais profissionais têm maiores condições de discernimento e liberdade para optar pela Arbitragem. Contudo, não é o que vemos na prática. O que a realidade tem apontado, nas próprias reclamações trabalhistas, é que o empregado, independentemente de sua remuneração, continua numa posição de sujeição, e, muitas vezes, de dependência. Podemos concluir que aquele que recebe R\$11.100 é menos dependente do seu emprego que aquele que recebe R\$ 11.000, por exemplo?¹⁴²

Ainda analisando o aspecto econômico, vê-se que o salário do empregado não é o único elemento que determina a sua circunstância de hipossuficiência, visto que, mesmo que o valor que recebe supere o teto do valor fixado pela Previdência Social

¹⁴² DISSENHA, Leila Andressa. Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós-reforma. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/111512> Acesso em 03 mai. 2018, p. 174-175.

a título de benefícios, em muitos casos o seu empregador frui de rendimentos muito maiores, o que, igualmente, mantém este trabalhador em *status* de inferioridade.

Revisitando a teoria da dependência econômica defendida por Murilo Carvalho Sampaio Oliveira, já apresentada neste trabalho, ainda que o empregado possua condições financeiras razoáveis, este não é o detentor da atividade empresarial, de modo que resiste a sua vulnerabilidade.

Sobre a questão de dependência, Vólia Bonfim afirma que:

Entender que os empregados que recebem mais que R\$11.063,00 podem livremente dispor sobre os direitos trabalhistas relacionados no artigo 611-A da do PL é negar a vulnerabilidade do trabalhador, que depende do emprego para sobreviver e, com relativa facilidade, concordaria com qualquer ajuste para manutenção do emprego".¹⁴³

Ainda é pertinente destacar que os empregados com maior remuneração podem ser considerados tão vulneráveis quanto aqueles que detêm parcas rendas¹⁴⁴. Isso pode ser explicado pela maior dependência financeira que este trabalhador possui, posto que alçou padrão de vida diferenciado e sabe que, se dispensado for, será lançado em meio ao caos do desemprego estrutural, situação em que, muito provavelmente, não poderá arcar com as altas despesas que naturalmente possui.

Nessa senda, é impreterível salientar que, visando a aplicabilidade do critério econômico firmado na norma em consonância com a realidade social, poderia ter sido levado em consideração não apenas a situação financeira do empregado, mas principalmente a sua relação com o poder econômico do empregador, em uma escala proporcional, tendo como base o valor fixado no dispositivo legal. Assim, a mitigação da hipossuficiência do trabalhador se configuraria de forma linear e progressiva.

Já com relação ao aspecto educacional, suscitado pelo legislador como outro elemento de configuração dos hipersuficientes, compete mencionar que não afasta por completo a vulnerabilidade técnica e informacional que atinge o empregado.

¹⁴³ CASSAR, Vólia Bonfim. Reforma trabalhista: comentários ao substitutivo do Projeto de Lei 6787/16. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170503-01.pdf>. Acesso em 31 mai. 2018, p. 22.

¹⁴⁴ MENDES, Marcus Menezes Barberino. Lei n. 13.467/17: as consequências econômicas da ampliação do poder do estipulante. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo et al. (Orgs.). Interpretação e aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro. São Paulo: LTr, 2018, p. 32.

Isso porque, a formação acadêmica em nível superior não é garantia de que o empregado conheça os pormenores do funcionamento da administração da empresa para a qual presta serviços com subordinação.

Nem sequer há garantias de que o obreiro teria acesso aos documentos, relatórios, extratos, fichas e demais meios de prova que poderia utilizar para buscar o cumprimento das cláusulas de seu contrato de trabalho.

A título de exemplo, é possível citar a figura do engenheiro, que possuindo nível superior e vínculo empregatício, pode não possuir o necessário entendimento jurídico e administrativo para compreender os termos do contrato que assina e o funcionamento do estabelecimento empresarial em que labora.

A grande questão aqui é visualizar que, em que pese todo o esforço do legislador para garantir a esta seleta parte da sociedade maior autonomia para estipular as regras do seu contrato de emprego, ainda persiste o risco de sofrer lesão pela conduta do empregador na ânsia do lucro. Sendo assim, esses empregados ainda estão em situação de vulnerabilidade, como todos os outros, visto que suscetíveis a prejuízos.

Assim, vê-se que tais critérios não se demonstram suficientes para que seja assegurado ao empregado a livre estipulação, visto que em que pese estarem, eventualmente, em condição mais confortável que os demais trabalhadores da base, ainda mantém o *status* de inferioridade frente ao poder diretivo do empregador.

Em síntese, comentam Renata Rechden Gomide e Ailton Vieira dos Santos:

É certo que diferenças existem entre os diversos tipos de empregados, quer seja em relação ao trabalho executado, à jornada, à remuneração, à forma de pagamento, porém, não se revela crível que o fato de receber uma remuneração considerada elevada e ser portador de diploma de nível superior confira ao empregado uma completa liberdade de negociação, pois se assim fosse, não ostentaria a posição de empregado, subordinado ao poder diretivo do empregador.¹⁴⁵

Cominados com os critérios trazidos pelo parágrafo único do art. 444 da CLT, alguns outros aspectos da relação de emprego poderiam ser invocados para permitir que o trabalhador pudesse gozar de maior autonomia para dispor sobre as regras do

¹⁴⁵ GOMIDE, Renata Rechden; SANTOS, Ailton Vieira dos. A reforma trabalhista, a figura do trabalhador hiper... e a possível violação do princípio da igualdade. Revista de Direito do Trabalho. vol. 190, jun, 2018, p. 47-62.

seu contrato de trabalho. Entre os quais é possível citar, por um lado, o envolvimento, necessidade e a independência do trabalhador quanto ao desempenho de sua função na atividade empresarial, e por outro lado, o porte econômico e territorial da empresa.

Não havendo o condão de afastar a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência do trabalhador¹⁴⁶, é notório que os referidos critérios não são bastantes para conferir ao empregado a possibilidade de gerência do seu contrato de emprego com grande autonomia, visto que essa liberdade tropeça na condição de sujeição que lhe é inerente.

3.3.2 Persistência dos efeitos da sujeição

A vulnerabilidade é traço marcante dos empregados em geral, se apresentando na relação de labor em diversos aspectos que, de forma conjunta, reduzem significativamente a autonomia do trabalhador, conforme demonstrado no capítulo antecedente.

O texto legal que previu a criação da figura do empregado hipersuficiente baseou-se em critérios de ordem educacional e financeira, desprezando outros pontos cruciais que tornam o empregado a parte hipossuficiente do contrato de trabalho.

Veja-se que, mesmo diante da autonomia que a norma legal tenta estabelecer para esses trabalhadores, ainda subsiste a subordinação. Isso porque, tal elemento é determinante para a configuração do contrato de emprego. Em outras palavras, o que se quer dizer é que a sujeição do trabalhador é atributo inerente ao vínculo empregatício, na forma do art. 3º da CLT.

A subordinação não é fruto das características do indivíduo que presta seus serviços ao empregador, e sim, está centrada na forma de exercício da atividade

¹⁴⁶ Em recente apreciação da Reclamação Trabalhista nº 0001541-62.2017.5.21.0002, o Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Natal-RN entendeu que a hipersuficiência não afasta a sujeição do empregado, de maneira que após mencionar os art. 2º e 3º, ambos da CLT, pontuou que “Desses dispositivos fundamentais de qualquer relação de emprego vislumbramos, sem quaisquer resquícios de dúvidas, que são duas características nucleares dos participantes da relação de emprego que, como em diversas situações, se posicionam uma contraposta à outra: de um lado, está o empregador, aquele que assume os riscos da atividade econômica, em compensação porque *alfere* lucro; do outro, fica o empregado que presta serviço “...sob a dependência...” ao dito empregador, o que quer dizer, com subordinação e também por ser - juridicamente falando - hipossuficiente econômico. Essa situação não muda, nem mesmo com a introdução do que hoje está sendo chamado “empregado hipersuficiente”, assim taxados os que recebem salários igual ou superior ao dobro do teto da previdência social.”

laboral, que sujeita o empregado às ordens, dependência e prevalência da vontade do patrão.

Nesse sentido, importante se faz destacar as palavras de Reginaldo Melhado:

A sujeição do trabalho ao capital não é decorrência de um contrato e tampouco fenômeno sobrenatural. Não resulta de um déficit intelectual. Não é algo próprio da natureza humana e nem uma deficiência de classe. Ela resulta de fatores diversos, que se combinam, com alguns exurgindo com maior ou menor importância de acordo com circunstâncias históricas ou conjecturais e específicas das relações de trabalho coletivas e individuais.¹⁴⁷

Esse autor entende que, em que pese o empenho do legislador para ampliar o campo de autonomia da vontade do trabalhador, o intento colide com a ausência de fundamento jurídico para o alargamento da negociação direta entre as partes do contrato de trabalho. Em sua concepção, persiste a subordinação, revestida de modernidade, centrada hoje não mais no controle do comportamento do empregado, mas sim dos seus resultados¹⁴⁸.

Em mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado lecionam que:

Os fundamentos para a construção da regra jurídica residem na ideia de que, em se tratando de profissional portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior ao padrão de duas vezes o teto dos benefícios previdenciários, ele não se encontraria submetido a subordinação intensa. Com isso, possuiria o poder de também impor a sua vontade no cotidiano da relação empregatícia.¹⁴⁹

Nessa perspectiva, Vólia Bomfim Cassar aponta que “o valor do salário do empregado não exclui a relação de emprego e não diminui a subordinação do empregado ao patrão.¹⁵⁰” Desse modo, o empregado, ainda que cumpra os requisitos da lei, se manterá sujeito às ordens da empresa, pois não detém o poder de produção.

Estando subordinado, as condições de vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e informacional também estão naturalmente presentes. Demais disso, a

¹⁴⁷ MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente: o conto do vigário da autonomia da vontade na “reforma” trabalhista. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães et al. (Org.). Reforma Trabalhista: Visão, compreensão e crítica. São Paulo: Editora LTr, 2017, pag. 97-98.

¹⁴⁸ MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente... ob. Cit. p. 98.

¹⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil : com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 136.

¹⁵⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. Limites da liberdade individual na relação de trabalho e reforma trabalhista. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/109939> Acesso em 24 jun. 2018, p. 293.

hipossuficiência pode persistir, mesmo no grupo de empregados correspondente ao recorte realizado pela norma da Reforma.

Nessa conformidade, ainda é possível falar em hipossuficiência, se o trabalhador, malgrado cumpra os requisitos legais, não possuir as condições necessárias para a busca pelo cumprimento das disposições contratuais, ou ainda, pelo melhoramento de sua situação em caso de negociação.

A hipossuficiência mantém-se como uma condição pessoal do empregado, que, muito embora possua raízes na circunstância financeira, pode se apresentar por diversos outros aspectos, como já estudado. Razão pela qual, mesmo tendo cumprido os critérios estabelecidos, o empregado dito hipersuficiente, poderá estar suscetível a ser prejudicado.

Nesse ponto é importante reiterar que o empregado que possui alta renda se torna mais dependente ainda do trabalho do que aquele que auferir menor rendimento, pois são mais escassas as vagas para altos cargos, o que faz com que o trabalhador não usufrua da sua autonomia para que não seja despedido e volte a buscar uma colocação no mercado de trabalho, que, provavelmente, será em uma função com salário inferior, dado o panorama de crise que o Brasil vivencia.

Assim, apenas a condição social e intelectual do obreiro não garante que lhe será afastada a situação de dependência e vulnerabilidade oriundas da necessidade do trabalho e da ignorância quanto ao funcionamento administrativo da empresa.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado aponta que os critérios trazidos pela lei se revelam insuficientes, visto que “não justificam o tratamento espartano e segregador conferido a esse profissional mais qualificado e melhor remunerado no contexto da relação empregatícia”¹⁵¹.

Para o autor, os dois fatores previstos na norma não possuem o condão de afastar ou diminuir o poder empregatício detido pelo empregador, e, por consequência, não afetam a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência jurídica, econômica e social do empregado.¹⁵²

Dessa maneira, o que se verifica é que há a persistência de situação de subordinação e, conseqüentemente, o empregado mantém-se na condição de

¹⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho... ob. cit., p. 437.

¹⁵² Idem.

vulnerável, posto que os requisitos legais não são suficientes para auferir a efetiva possibilidade de autonomia para negociação.

3.3.3 Hipersuficientes em situação de extrema vulnerabilidade

Nesse trabalho, fez-se a diferenciação entre hipossuficiência e vulnerabilidade.

Ainda seguindo aquele raciocínio, existem alguns empregados que, além de encontrarem-se em situação de vulnerabilidade comum, possuem maior predisposição a sofrerem lesão em seus direitos dada a algumas condições pessoais que os tornam hipervulneráveis.

Em suas lições alusivas ao direito consumerista, Bruno Miragem ensina que em que pese a vulnerabilidade possuir um caráter geral para todos os consumidores, existem algumas condições pessoais que determinam um *plus* na situação de suscetibilidade de lesão para o indivíduo, que por este motivo é chamado de hipervulnerável¹⁵³.

Nessa senda, o autor menciona determinados consumidores que possuem condições pessoais que lhe agravam a sua circunstância de vulnerabilidade, tais como os idosos, as crianças, os analfabetos e o deficiente.

No Direito do Trabalho, pode-se falar em extrema vulnerabilidade presumida para determinados empregados que possuem condições pessoais que aumentam as possibilidades de sofrer lesões em seus direitos e, portanto, recebem maior proteção legal. A título de exemplo, pode-se citar o empregado idoso, a mulher grávida, e o deficiente.

O trabalhador idoso é aquele que possui 60 anos ou mais e, diante das particularidades que lhe são inerentes, está regido pelo Estatuto do Idoso, na forma da Lei n. 10.741/2010, além de possuir as proteções previstas para o trabalhador em geral.

A empregada gestante possui especificidades pessoais que se projetam na seara justralhista de modo substancial. É por causa de sua condição de extrema vulnerabilidade que lhe são garantidos direitos específicos que lhe asseguram, inclusive a estabilidade provisória, prevista no art. 10, II, “b” da ADCT da CF.

¹⁵³ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor... ob. Cit. p. 131.

O empregado deficiente também possui peculiaridades que lhe trazem tratamento diferenciado, motivo pelo qual, além de estar respaldado pelas garantias de não discriminação previstas em normas trabalhistas, possui também um recente Estatuto, na forma da Lei n. 13.143/15.

Dito isto, pode-se observar que todos esses empregados possuem condições pessoais que refletem na relação de trabalho, muitas vezes, lhe retirando a possibilidade de pugnar pelo cumprimento das normas contratuais ou por melhoramentos em suas condições de prestação de serviço, seja pela dependência econômica, seja por questões de saúde, seja pelo desconhecimento informacional.

Assim, mesmo que tais empregados figurem com status de hipersuficiência, mediante aqueles critérios previstos na Reforma Trabalhista, percebe-se claramente a insuficiência de condições para livre estipulação contratual.

Desse modo, pode-se observar que os critérios referidos na lei não são bastantes para configurar maior autonomia ao empregado, visto que deixa de observar determinados elementos que são tão importantes que, sem a análise dos mesmos, o trabalhador estará suscetível a riscos.

Conferir qualquer autonomia aos trabalhadores que estão em situação de extrema vulnerabilidade é ignorar as peculiaridades do trabalhador enquanto ser humano, conduta que é repelida de forma patente pelas normas protetivas do direito trabalhista brasileiro.

3.3.4 Da violação ao tratamento isonômico

A concessão de tratamento diferenciado para os empregados que possuem salário igual ou superior a duas vezes o limite dos benefícios da Previdência Social e que sejam portadores de diploma de nível superior é apontada por alguns estudiosos como sendo um *descrímen* injustificado e, conseqüentemente, violador do princípio constitucional da igualdade.

Sabe-se que o ordenamento jurídico, bem como as normas internacionais em matéria de direitos humanos, ratificadas pela nação brasileira, militam pelo tratamento

igualitário entre os indivíduos, dispondo sobre direitos e deveres que são comuns a todas as pessoas.

Nesse sentido, é possível observar a tutela do princípio da isonomia, por exemplo, de forma axiomática, quando da leitura do *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que afirma que “todos são iguais perante a lei”.

Vale salientar, ainda, que a noção de igualdade é estabelecida constitucionalmente sob a égide da equidade, visto que a própria Constituição garante tratamento desigual para os desiguais, objetivando uma sistemática isonômica de aplicação do Direito.

Walter Claudius Rothenburg lembra que o significado de igualdade consiste em “evitar discriminações injustificáveis, proibindo-se o tratamento desigual de quem esteja numa mesma situação, bem como promover distinções justificáveis, oferecendo um tratamento desigual para quem esteja numa situação diferenciada (injusta).¹⁵⁴”

Conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Melo, além de buscar o nivelamento entre os homens quanto à aplicação do direito, a própria lei não pode ser desligada do princípio da isonomia, devendo ser editada em observância à noção de equidade, revelando que:

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.¹⁵⁵

Essas premissas também são válidas no âmbito justabalhista, onde observa-se que as normas jurídicas apontam para a incidência plena do respeito a igualdade nas relações laborais, permitindo ao legislador a disposição de tratamento desigual apenas quando houver desigualdade que justifique a adoção de medidas diversas¹⁵⁶.

¹⁵⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32745-40386-1-PB.pdf>. Acesso em 10 jun. 2018, p. 82.

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 6.

¹⁵⁶ Tal como evidenciado no art. 7ª, incisos XXX, XXXI, XXXII, XXXIII e XXXIV, da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, Ana Paola Santos Machado Diniz e Maria da Graça Antunes Varela esclarecem que:

E por ser destinatário do princípio da igualdade, o seu poder discricionário, ou seja, de escolher o quê e como legislar é limitado pela necessária observância dos princípios constitucionais, entre os quais o princípio da igualdade, abrangendo o princípio da não discriminação, ou seja, da vedação da discriminação injustificada porque respaldada em critérios inadequados ao quanto define o teto constitucional.¹⁵⁷

É o que ocorre, por exemplo, com as regras de fixação de cotas de emprego para deficientes, conforme disciplinado na Lei n. 8.213/91, que dispõe faixas para garantia mínima de vagas para portadores de deficiência em escala crescente ao porte da empresa¹⁵⁸.

Como pode-se verificar, a discriminação positiva é constitucional, se justificada com vistas a proporcionar o tratamento isonômico aos indivíduos que estão em estado de desigualdade, consoante preconizado constitucionalmente.

Impende destacar, no entanto, que a exceção trazida pela Lei n. 13.467/17 não foi bastante clara ao mencionar os motivos da diferenciação entre os empregados que poderão usufruir de maior autonomia negocial. Nem sequer ficou nítido o motivo pelo qual o parâmetro financeiro foi posto da forma que está escrito no dispositivo legal.

Assim, não se verifica fundamento material razoável para a distinção entre os empregados que podem diretamente realizar livre estipulação do contrato de trabalho, na forma do parágrafo único do art. 444 da CLT, daqueles que estão limitados a representação em tutela coletiva pelos seus respectivos sindicatos de classe.

Pontue-se, igualmente, que com esse dispositivo legal não se vislumbra qualquer objetivo de cumprimento do princípio da isonomia, pelo contrário. O que se observa é que os empregados que percebem salários maiores do que a média e que detêm diploma de graduação terão verdadeiros privilégios que, no entanto, poderão ser maléficos para eles próprios, uma vez que ainda que sejam considerados pela nova norma como hipersuficientes, em essência continuam vulneráveis.

¹⁵⁷ DINIZ, Ana Paola Santos Machado; VARELA, Maria da Graça Antunes. O Hipersuficiente e a presunção de invulnerabilidade... ob. Cit. p. 86.

¹⁵⁸ O art. 93 da Lei n.º 8.213/91 prevê que: "A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados - 2%; II - de 201 a 500 - 3%; III - de 501 a 1.000 - 4%; IV - de 1.001 em diante -5%".

A esse respeito, Renata Rechden Gomide e Ailton Vieira dos Santos arrematam que:

Assim, verifica-se a gravidade da introdução do *discrímen* proposto pela Lei 13.467/2017, tendo em vista que além de desequiparar o “hipersuficiente” dos demais empregados, acaba, em última instância, por equipará-lo à figura do empregador, já que a lei reconhece uma igualdade de negociação que historicamente nunca foi constatada pelo ordenamento pátrio e que também não condiz com as normas constitucionais vigentes¹⁵⁹.

Reginaldo Melhado suscita a inconstitucionalidade da norma apontando que há flagrante violação ao preceito fundamental da garantia de isonomia, aduzindo que a circunstância de ser portador de diploma de nível superior e receber salário um pouco mais alto não é argumento conciso para afastar a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, pois muitos deles estão elevados a condição de direitos fundamentais¹⁶⁰.

Maurício Godinho Delgado anuncia que o regramento legal que previu a figura do hipersuficiente é flagrantemente discriminatório, apontando que “institui algo inimaginável na ordem constitucional e legal brasileiras contemporâneas: a pura e simples segregação de empregados perante o mesmo empregador.¹⁶¹”

Dessa maneira, pode-se considerar que a Reforma Trabalhista fez a diferenciação entre os empregados, dando possibilidade de livre estipulação àqueles que tenham maior salário e instrução, critérios que não se justificam, posto que não eliminam a vulnerabilidade e a hipossuficiência do trabalhador e nem possuem um claro objetivo de diminuição das desigualdades sociais.

3.3.5 Implicações ao Direito à Negociação Coletiva

A negociação coletiva é um direito do trabalhador, assegurado pela Constituição Federal¹⁶², que consiste na defesa dos interesses da categoria profissional por via representação pelo sindicato respectivo, mediante a celebração de acordo ou convenção coletiva.

¹⁵⁹ GOMIDE, Renata Rechden; SANTOS, Ailton Vieira dos. A reforma trabalhista... ob. Cit. p. 47-62

¹⁶⁰ MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente... ob. Cit., p. 106.

¹⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho... ob. Cit. p. 436.

¹⁶² A norma constitucional assim prescreve: Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Mencione-se que a solução de conflitos trabalhistas por meio de negociação em que faz parte o sindicato, representando os trabalhadores, é recomendação frequente da OIT e está prevista em diversas convenções internacionais em que o Brasil é signatário.

A título de exemplo, é possível citar a Convenção n.º 154, que assim dispõe no caput do seu art. 5º¹⁶³: “Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva”, bem como o caput do art. 4º da Convenção 98, que informa que:

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.

Nesse sentido, os instrumentos coletivos de negociação se apresentam como ferramenta de garantia de direitos trabalhistas, devendo ser incentivados pelo Estado, uma vez que guarnecem sob a égide das normas constitucionais e dos pactos internacionais.

Importante é a assertiva realizada por Cesar Alberto Granieri:

A negociação coletiva não é fruto somente da vontade dos sindicatos brasileiros e recomendada pela OIT não somente ao Brasil, outros países adotam somente a negociação e seu contrato coletivo para regular a relação empregado/empregador, ao contrário do solo pátrio, que formula um verdadeiro cipoal jurídico que, muitas das vezes, estrangula e inibe a negociação coletiva.¹⁶⁴

Veja-se, no entanto, que a Lei n. 13.467/17, ao criar a figura do empregado hipersuficiente, determinou que suas estipulações contratuais ocorrerão de forma

¹⁶³ O referido dispositivo da Convenção 98 da OIT prevê, em sua íntegra: 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva. 2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que: a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que se aplique a presente Convenção; b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem os anexos a), b) e c) do artigo 2 da presente Convenção; c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimento acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores; d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas; e) os órgãos e os procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva.

¹⁶⁴ GRANIERI, Cesar Alberto. Atuação Sindical como Substituto Processual. São Paulo: LTr, 2009, p. 68.

livre, valendo-se, ainda, da mesma eficácia legal dos acordos e convenções coletivas, e tendo, inclusive, preponderância sobre os referidos instrumentos negociais.

À vista disso, observa-se que os trabalhadores que se encaixam nesta classificação, *a priori*, não terão, em seus contratos de emprego, a possibilidade de atração dos benefícios que poderiam alçar com a interferência da negociação coletiva realizada pelo sindicato de sua categoria.

Nesse sentido, Renata Gomide e Ailton Santos apontam que

Ademais, tendo em vista que a livre negociação em contrato individual do empregado “hipersuficiente” se sobreporá à negociação coletiva, é possível se entender que haverá supressão ao seu direito fundamental à negociação coletiva, vez que será inócua a associação sindical e letra morta as normas coletivas negociadas pela categoria.¹⁶⁵

Assim, outra não é a consequência disso, senão o completo abandono do empregado dito hipersuficiente, que não poderá usufruir das condições mais benéficas que forem acordadas pelo sindicato da categoria a que pertence, visto que os instrumentos normativos de tutela coletiva não possuem aplicabilidade sobre as disposições contratuais que transacionou, pois estas têm proeminência sobre aqueles.

Pontue-se que, havendo previsão, no contrato de trabalho do hipersuficiente, de que poderá haver a predominância de normas coletivas, nada impede que haja a aplicação das condições mais favoráveis negociadas pelos sindicatos. Isso porque, se houver pactuação das partes do contrato nesse sentido, não se vislumbra na lei qualquer impedimento, tendo em vista que é da natureza do ordenamento jurídico prezar e incentivar a realização de negociação coletiva.

3.3.6 Da possibilidade de deferimento do Benefício da Justiça Gratuita

A Reforma Trabalhista também realizou algumas mudanças no que diz respeito a concessão do benefício da gratuidade da justiça, que consiste na isenção das custas processuais para pessoas que, presumida ou comprovadamente, não puderem arcar com esse ônus.

¹⁶⁵ GOMIDE, Renata Rechden; SANTOS, Ailton Vieira dos. A reforma trabalhista... ob. Cit. p. 47-62

A Lei n. 13.467/17 incluiu o §4º no art. 790 da CLT, passando a permitir que qualquer pessoa que, independente de sua renda, comprovar insuficiência financeira para custear o processo, poderá obter a isenção de custas, como se vê:

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

(...)

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Assim, em que pese perceber salário maior que a maioria dos trabalhadores, a concessão da justiça gratuita poderá a ser admitida no caso do empregado hipersuficiente, se forem apresentadas comprovações de ausência de condições para arcar com as custas processuais.

Pelo menos tem sido este o entendimento da jurisprudência mais recente, como se observa o voto do relator Desembargador Mario Sérgio Bottazzo, do TRT da 18ª Região, em apreciação do Recurso Ordinário oriundo da ação trabalhista nº 0011210-54.2017.5.18.0122, com acórdão publicado em 27 de maio de 2018:

Na esteira da Lei 13.467/17, tenho que existem alguns critérios para a concessão da justiça gratuita, tendo como critério o teto do benefício pago pela Previdência Social (uma vez que esse diploma normativo recorreu em vários momentos, com diversos valores, para determinadas consequências ou definições jurídicas): a) até 40% do teto do benefício, a concessão ocorre ex officio; **b) acima desse percentual, até 2 (duas) vezes o teto, a simples declaração de hipossuficiência é o bastante para a concessão da justiça gratuita. De fato, reconhece-se esse o parâmetro por ser, tal importância, o elemento definidor da condição de empregado 'hipersuficiente', como se vê no parágrafo único do art. 444 e também no art. 507-A, ambos da CLT;** c) acima desse limite, é possível a concessão da justiça gratuita, todavia, não é suficiente a mera declaração, cabendo à parte autora demonstrar que, a despeito de receber elevado salário, suas despesas são igualmente elevadas. (grifo inexistente no original)

Dessa maneira, mais uma vez se verifica que a situação de vulnerabilidade econômica pode persistir, visto que mesmo percebendo salário nos moldes do quanto previsto no art. 444, parágrafo único, da CLT, o empregado poderá demonstrar que não possui condições financeiras para custear o processo.

Isso evidencia que a persistência da hipossuficiência do trabalhador, por meio da exteriorização do aspecto financeiro, posto que impede que o empregado tenha as condições fáticas para pugnar pelos seus direitos, razão pela qual merece proteção legal, conforme já estudado.

3.4 NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALIZADA DA REFORMA TRABALHISTA

À vista do quanto exposto nos tópicos anteriores, impende realizar algumas observações sobre a necessidade de interpretação das normas previstas na reforma trabalhista em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Em primeiro lugar, ressalte-se que não se pode olvidar da necessidade de evolução do Direito do Trabalho enquanto campo jurídico que se presta a regular as relações sociais no âmbito do labor humano em uma sociedade de crise, em que há desigualdade social em níveis alarmantes. Assim, as transformações que se fizerem necessárias nas normas trabalhistas devem ser feitas a fim de se garantir o equilíbrio entre capital e força de trabalho, visando a empregabilidade e o desenvolvimento econômico.

Todavia, importante pontuar, também, que tais mudanças devem respeitar os preceitos constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, e, assim, necessariamente, devem se ater ao quanto disposto na Carta Magna que rege o país.

Nesse trabalho, foram suscitados alguns limites a autonomia privada dentro das relações de emprego, que estão completamente embasadas na norma superior, de modo a evitar que ocorram lesões aos direitos humanos e fundamentais da pessoa do trabalhador.

Portanto, tendo em vista os desarranjos trazidos pela Lei n. 13.467/17, é flagrante a necessidade de que o regramento estabelecido pelo legislador ordinário seja interpretado à luz do que manda os preceitos superiores, reputando por inválidas as disposições que confrontem os valores constitucionais.

Desse modo, no âmbito da análise da consonância da norma com os ideais fundamentais, a única consideração que se consegue chegar com a presente pesquisa é a de que a Constituição se revela como obstáculo ao intento do legislador

ordinário de dar autonomia irrestrita ao empregado diplomado e que percebe salário superior ao estabelecido no parágrafo único do art. 444 da CLT.

Isso porque, os princípios que norteiam o ordenamento pátrio impedem que haja retrocesso social, e na ausência de compensação, tem-se que tal autonomia não se apresenta como ampla e irrestrita, como quis fazer o legislador contemporâneo. Em verdade, o empregado hipersuficiente somente poderá dispor de direitos se houver compensação real e específica em seu contrato de trabalho, de modo a não sofrer prejuízos.

Como visto, a vulnerabilidade do empregado persiste independentemente do salário que percebe, posto que a configuração do estado de risco não está assentada somente sob a condição financeira do trabalhador, mas nos outros tantos aspectos apresentados.

Isso quer dizer que se mantendo o seu estado de sujeição, a parte mais débil do contrato continua sendo o empregado.

Assim, nem mesmo no caso do empregado hipersuficiente, não se pode considerar como inexistente o fundamento do princípio da proteção, o qual é a posição de vulnerabilidade do trabalhador, principalmente no que se refere àquelas pessoas que estão em extrema suscetibilidade de sofrer lesões, tais como os empregados deficientes, idosos, dentre outros.

A doutrina tem considerado a existência de eiva de inconstitucionalidade no dispositivo legal que criou os hipersuficientes, pois a estipulação irrestrita colide com os mandamentos da Constituição, seja pelo *discrímen* injustificado, pela persistência da subordinação, pelo afastamento da tutela coletiva ou, ainda, pelas matérias protegidas por normas superiores.

A possibilidade dada pelo legislador ordinário para que os aludidos empregados possuam maior autonomia poderá ser válida, desde que interpretada em consonância com o preceito constitucional posto no art. 7º, caput, que prescreve que são direitos dos trabalhadores aqueles que visem melhores condições sociais do obreiro.

Para tanto, neste trabalho sugere-se a necessidade de compensação no caso de o empregado dispor de algum dos direitos citados no art. 611-A, da CLT, de modo a manter no mínimo, o *status quo anti*, isto é, a situação anterior a eventual supressão ou redução a direitos.

Saliente-se, também, que algumas matérias mencionadas no referido dispositivo legal não poderão ser objeto de livre estipulação, tendo em vista que são relativas a saúde e segurança do trabalhador. Logo, mesmo com sua manifesta vontade, tal intento colide com a proteção prevista no art. 7º, XXII, da CF.

Como exemplo, é possível citar a permissão que foi dada pela Reforma Trabalhista para a livre estipulação a respeito do enquadramento do grau de fixação do adicional de insalubridade, matéria que envolve a saúde do trabalhador e que, em verdade, deve ter o seu índice auferido por perícia técnica, conforme previsto no art. 195 da CLT.

Além disso, a Lei n. 13.467/17 também permitiu que os empregados hipersuficientes possam pactuar livremente a respeito da prorrogação de jornada em ambiente insalubre sem a autorização do Ministério do Trabalho. Todavia, sabe-se que, conforme o disposto no art. 60 da CLT, a prorrogação de jornada em local insalubre requer, necessariamente, licença do MTE.

Pode-se falar, ainda, que a CF apresenta diversos dispositivos que garantem ampla proteção a irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, VII e X), tendo o inciso VI previsão de possibilidade de redução se amparada pela tutela sindical, obstando a permissão dada pelo legislador ordinário a livre estipulação em matérias que impliquem em redução salarial, como por exemplo o inciso V, do art. 611-A.

Desse modo, em vista do quanto sinalizado, a aplicação da norma que previu a criação do empregado hipersuficiente deve ser interpretada e aplicada à luz dos preceitos constitucionais, limitando-se as partes a cederem mutuamente e respeitando as condições mínimas previstas na norma superior.

Nessa conformidade, o trabalhador enquadrado nessa condição poderá realizar avenças com o empregador, desde que haja, no mínimo a manutenção da sua condição social, sob pena de incorrer em violação ao princípio da vedação ao retrocesso social.

A Constituição Federal de 1988 constitui a baliza a qual todas as demais normas jurídicas devem se integrar, e por consequência, os dispositivos legais devem ser interpretados e aplicados respeitando os preceitos constitucionais com vistas a unificação do ordenamento jurídico.

Assim, o art. 444, parágrafo único da CLT deverá ser operado sempre em consonância com a Carta Magna, garantindo a proteção aos direitos fundamentais do trabalhador e a promoção dos ideais essenciais de liberdade, justiça social e solidariedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação do empregado hipersuficiente, com a introdução do parágrafo único ao art. 444 da CLT, realizada pela Lei n.º 13.467/17 representou uma mudança radical na lógica protecionista do Direito do Trabalho no Brasil. Com isso, uma pequena parte dos trabalhadores deste país passou a gozar de maior autonomia para realizar negociações de forma direta com o empregador, sem a necessidade de assistência do sindicato de classe ou homologação judicial.

Segundo infere-se do texto legal, a hipersuficiência do empregado nasce quando alcançados os dois requisitos mínimos, quais sejam o diploma de nível superior, em qualquer área de formação, e o recebimento de salário acima de duas vezes o teto dos benefícios pagos pela Previdência Social.

Em que pese o tema seja recente, posto que a Reforma Trabalhista entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, por meio das análises realizadas neste trabalho, foi possível extrair algumas considerações a respeito da interpretação e extensão da autonomia do empregado hipersuficiente.

Primeiramente, cumpre destacar que o referido dispositivo legal está manifestamente eivado de inconstitucionalidade, devido a grave violação ao princípio constitucional da isonomia. Isso porque, a categorização desses trabalhadores não apresentou um critério razoável e, nem mesmo, apontou motivos plausíveis para a diferenciação realizada.

Ainda há que mencionar que, de acordo com o quanto exposto, demonstrou-se que os requisitos trazidos pela Lei 13.467/17 não se apresentam suficientes para afastar a vulnerabilidade e a hipossuficiência do trabalhador, seja porque a subordinação ainda é a marca essencial do contrato de trabalho, seja porque o empregado continua em posição de inferioridade, ou, mesmo, porque o critério financeiro sozinho pode não ser o mais apto a definir a hipersuficiência.

De mais a mais, destaque-se que existem empregados, caracterizados pela Reforma Trabalhista como hipersuficientes, mas que se encontram em estado de extrema vulnerabilidade. Importando os conceitos de *hipervulnerabilidade* do Direito do Consumidor, demonstrou-se que trabalhadores gestantes, idosos e deficientes, por exemplo, estão ainda mais suscetíveis a sofrer lesões em seus direitos, posto que, na

maioria das vezes, estão em condição de maior dependência do emprego do que os demais obreiros.

Foi possível observar, ainda, que há uma necessidade de revisão dos requisitos de configuração da condição de empregado hipersuficiente, posto que os critérios elencados na legislação não se apresentam suficientes para elidir a sujeição e, desse modo, afastar o desequilíbrio contratual. Por esse motivo, mantém-se a dificuldade de garantir autonomia a esse trabalhador, visto que pode ser prejudicado por, ainda, ser vulnerável.

Dito isso, cabe pontuar algumas considerações a respeito da aplicabilidade da norma. Para tanto, deve-se assinalar que a interpretação do dispositivo legal deve ser realizada de forma cadenciada com os postulados constitucionais, posto que normas jurídicas estão sob a regência da Constituição Federal, que é assentada nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana aplicável também nas relações laborais.

Por esse motivo, a aplicação da autonomia prevista para o empregado dotado de ensino superior e que percebe salário maior que duas vezes o teto dos benefícios da Previdência Social, deve ser realizada observando o quanto dispõe o *caput* do art. 7º da CF. Isto é, o empregado hipersuficiente somente poderá realizar as avenças que lhe permitam a manutenção de sua condição social.

Dessa maneira, o que se observa é que a possibilidade de deliberação pelo empregado, quanto às cláusulas do contrato de trabalho, não é irrestrita, como parece quando da simples leitura daquele dispositivo legal. Pois, deve o trabalhador e o empregador, ao pactuar, manter minimamente o status social do empregado garantido legalmente ao empregado, se não for possível melhorá-lo.

Em segundo lugar, cumpre frisar a negociação remete a cessão mútua de direitos e obrigações, de modo que não pode haver o sacrifício unilateral do empregado em face do enriquecimento e poderio do empregador, devendo este também realizar as suas concessões em favor do trabalhador, oferecendo-lhe contrapartidas factíveis.

O patrão, também, não pode acatar as renúncias do obreiro sem que lhe seja proporcionada a compensação justa, pela razão de que, como explicitado, o

retrocesso social dos direitos do empregado não é admissível, em regra, por inteligência da Constituição Federal.

Em terceiro lugar, cumpre esclarecer que, malgrado as disposições contratuais concretizadas pelo hipersuficiente e seu empregador sejam prevalentes sobre as normas coletivas, não há impedimentos, todavia, para que o empregado siga sendo representado pelo seu sindicato de classe.

A razão disso é que a norma jurídica não traz nenhuma limitação a essa opção do obreiro. Desse modo, se assim entender ser mais favorável, o trabalhador poderá usufruir das normas coletivas firmadas por intermédio sindical, sendo necessário, para tanto, que essa concessão já esteja prevista em seu contrato de trabalho para assegurar segurança jurídica a relação trabalhista.

Ainda pôde-se verificar que há possibilidade de concessão do benefício da Justiça Gratuita ao trabalhador enquadrado no parágrafo único do art. 444 da CLT, conforme entendimento jurisprudencial apresentado neste trabalho, visto que o empregado poderá comprovar insuficiência de recursos para arcar com as custas do processo, em conformidade com o art. 790, § 4^a do diploma celetista.

Por fim, urge salientar que o empregado hipersuficiente deverá manter esta posição sempre que for realizar as disposições contratuais prevalentes sobre as convenções e acordos coletivos e a lei, visto que é condição *sine qua non* para a manutenção de sua maior autonomia.

Isso implica dizer que, na ocorrência de demissão, o trabalhador perde a condição de hipersuficiente, e, em um novo emprego, deverá ser enquadrado no regime comum, se neste novo serviço não possuir os requisitos legais necessários para reaver a maior autonomia.

Essas considerações foram extraídas da pesquisa realizada no bojo deste trabalho monográfico, contudo, há que ressaltar que a Reforma Trabalhista está em vigor a pouco menos de um ano da apresentação desse trabalho, e por esse motivo o tema ainda carece de exploração mais profunda com vistas a compreender em maior magnitude alguns pontos essenciais, o que será feito em outra oportunidade adiante.

Por exemplo, ainda há muito que se debater a respeito de como se daria a manutenção da autonomia frente a perda do requisito salarial, ou ainda, diante de

eventual reajuste a maior nos benefícios previdenciários que desenquadre aqueles que já ostentavam tal condição.

A autonomia conferida ao empregado hipersuficiente rompe com toda a principiologia protecionista do Direito do Trabalho no Brasil, ampliando a possibilidade de negociação direta entre as partes do contrato de trabalho. No entanto, os riscos provenientes desta inovação jurídica poderão impactar na condição social do empregado, se não forem consideradas as disposições constitucionais de tutela aos direitos fundamentais.

É imperioso que a interpretação do dispositivo normativo estudado neste trabalho seja realizada em plena consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo o empregado de violações possam colocar abaixo a melhoria de sua condição social, garantida constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O teletrabalho e a subordinação estrutural.

Disponível em:

<http://www.coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em886.htm> Acesso em 18 mai. 2018.

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 8ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de, A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67828/70436> Acesso em 26 mai. 2018.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 9 ed. São Paulo, LTr, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. Trabalhadores Intelectuais. Disponível em:

https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Alice_Barros.pdf Acesso em: 19 mai. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.

Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf

Acesso em 10 mai. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BESSA, Cesar. Além da subordinação jurídica no direito do trabalho. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014

BODANESE, Cícero Luiz. Crise da relação de emprego: teoria da vulnerabilidade.

Disponível em

<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/156357/001010315.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 mar. 2018.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. Disponível em:

<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica-com-a.2.n.1.2013.pdf> Acesso em: 06 mai. 2018.

BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. v.47, n.77, jan./jun, Belo Horizonte, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Diário Oficial. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Lei n.º 9.307/96 de 26 de setembro de 1996. Brasília. Diário Oficial. 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.467 de 13 de julho de 2017. Brasília. Diário Oficial. 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm. Acesso em 10 mai. 2018.

BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal nas relações privadas. Salvador: Juspodivm, 2008.

CAIRO JR, José. Curdo de direito do trabalho. 14 ed. rev e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

CAPELARI, Luciana Santos Trindade. Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas: O princípio da proteção ao trabalhador. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6646&revista_caderno=2 Acesso em 26 jun. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. A Reforma Trabalhista e a autonomia da vontade do empregado. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina/27640581/A_REFORMA_TRABALHISTA_E_A_AUTONOMIA_DA_VONTADE_DO_EMPREGADO.aspx Acesso em 24 jun. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. Limites da liberdade individual na relação de trabalho e reforma trabalhista. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/109939> em 24 jun. 2018.

CASSAR, Vólia Bonfim. Reforma trabalhista: comentários ao substitutivo do Projeto de Lei 6787/16. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170503-01.pdf>. Acesso em 31 mai. 2018.

CECATO, Maria Aurea Baroni; SÁ, Veruska Santana Sousa de. Relações de emprego: dimensão estrutural da subordinação contemporânea. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/i135trx2/aIYBJgygPfoZPD53.pdf> Acesso em 19 mai. 2018.

CLARO, Carlos Ducci. Derecho Civil: Parte General. 4ª ed. Editorial Jurídica de Chile, 2005.

CORREA, Carlos Romeu Salles. O princípio da proibição do retrocesso social no Direito do Trabalho. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012.

COSTA, Diego Vasconcelos. Arbitragem no Direito do Trabalho e suas possibilidades nos dissídios individuais. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1025>. Acesso em 02 mai. 2018.

D'AQUINO, Lucia Souza. Uma Aproximação dos Conceitos de Subordinação e Vulnerabilidade Análise Comparativa entre o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor. Revista Direitos Humanos e Democracia, v. 4, n. 8, p. 181-208, dez. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6172>. Acesso em: 01 mai. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17ª Ed. São Paulo, LTR: 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Faculdade de Direito de Vitória (FDV). nº 2, São Paulo, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Introdução ao Direito do Trabalho, 2ª ed. rev. atual., reelaborada, São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DINIZ, Ana Paula Santos Machado; VARELA, Maria da Graça Antunes. O Hipersuficiente e a presunção de invulnerabilidade (Análise do parágrafo único do art. 444 à luz do princípio da igualdade). In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo et al. (Orgs.). Interpretação e aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro. São Paulo: LTr, 2018.

DISSENHA, Leila Andressa. Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós-reforma. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/111512> Acesso em 03 mai. 2018.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242941>. Acesso em: 20 mai. 2018.

FERREIRA, Davidson Malacco Ferreira; JEHA, Maria Cecília de Moura Lima. A subordinação estrutural e a terceirização trabalhista. Disponível em: http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a111.pdf Acesso em 19 mai. 2018.

FERREIRA, Miguel. Hipossuficiência e subordinação jurídica nas relações de trabalho contemporâneo. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 40, Campinas, 2012.

FRAGA, Cristiano. Subordinação Estrutural: um novo paradigma para as relações de emprego. Disponível em:
http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/cristiano_fraga.pdf Acesso em: 16 mai. 2018.

FUHRMANN, Italo Roberto. O princípio da proibição do retrocesso social como categoria autónoma no direito constitucional brasileiro? Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos fundamentais. Revista Jurídica Portucalense, n.º 16, Porto, 2014. Disponível em:
<http://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/3717/4709> Acesso em 22 jun. 2018.

GASPAR, Danilo Gonçalves. A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011.

GIRON, Jesús Martínez; VARELA, Alberto Arufe; VÁZQUEZ, Xosé Manuel Carril. Derecho del Trabajo. 2ª Ed. Espanha: Netbiblo, 2006.

GOMES, Jorão. Dignidade da Pessoa Humana e Relações Interprivadas: Cláusula geral de tutela à pessoa humana. Revista Saber Digital. v. 1, n. 1, Valença, 2011.

GOMIDE, Renata Rechden; SANTOS, Ailton Vieira dos. A reforma trabalhista, a figura do trabalhador hiper... e a possível violação do princípio da igualdade. Revista de Direito do Trabalho. vol. 190, jun, 2018.

GOLDSCHMITD, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função protetora dos direitos fundamentais. Disponível em:
<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/viewFile/906/521> Acesso em 21 jun. 2018.

GRANIERI, Cesar Alberto. Atuação Sindical como Substituto Processual. São Paulo: LTr, 2009.

HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUPSEL, Francisco. Autonomia Privada: autonomia negocial e autonomia existencial - extensão e limites na perspectiva civil constitucional. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra. Disponível em:
<https://estudogeral.sib.uc.pt//handle/10316/34737>. Acesso em 01 jul. 2018.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico - 2010. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em:
https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/1075/cd_2010_trabalho_rendimento_amostra.pdf Acesso em 02 jul. 2018.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Revista de Direito do Consumidor. vol. 99, Mai-Jun, 2015.

KRETZ, Andrietta. Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

LACERDA, Dorval de. A renúncia no Direito do Trabalho. São Paulo, Editora Max Limonad, [1944?].

LEDUR, José Felipe. Barreiras constitucionais à erosão dos direitos dos trabalhadores e a Reforma Trabalhista. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Edição temática Reforma Trabalhista, Ano VII, n. 63, Paraná, 2017.

LOBO, Paulo. Direito Civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOURENÇO, José. Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MALLET, Estevão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, jan/dez, 2011/2012, São Paulo, 2012.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho, 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; Meireles, Edilton. A intangibilidade dos direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2009.

MEIRELES, Edilton. A Constituição do Trabalho: O Trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França Itália e Portugal. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

MEIRELES, Edilton. Abuso do Direito na Relação de Emprego. São Paulo: LTr, 2004.

MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. Revista Evocati. n. 13. Jan. 2007 Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100. Acesso em: 16 jun. 2018.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELHADO, Reginaldo. *Trabalhador pseudossuficiente: o conto do vigário da autonomia da vontade na “reforma” trabalhista*. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães et. al (Org.). *Reforma Trabalhista: Visão, compreensão e crítica*. São Paulo: Editora LTr, 2017.

MELLO, Clayson de Moraes. *Direito Civil: Contratos*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. *Lei n. 13.467/17: as consequências econômicas da ampliação do poder do estipulante*. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo et al. (Orgs.). *Interpretação e aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018.

MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. *Direito do Trabalho Novo*. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/paulo_gustavo_mercon.pdf. Acesso em 20 mai. 2018.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira; ZAPATA, Daniela Lage Mejia. *As relações de trabalho e a subordinação jurídica na contemporaneidade: uma análise da nova redação do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-10.pdf> Acesso em 17 mai. 2018.

MORAIS, Fernando Franco. *Hipossuficiência e as novas relações de trabalho: estudo crítico de acordo com a ordem econômica constitucional*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Marília, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Silvia Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O Direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental da ciência jurídica*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/33900> Acesso em: 10 mai. 2018.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

OLIVEIRA, Murilo C. S. O retorno da dependência econômica no Direito do Trabalho. Rev. TST, Brasília, vol. 79, nº 3, jul/set, ano 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/50179> Acesso em 31 mai. 2018.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. Liberdade e irrenunciabilidade no Direito do Trabalho: do estudo dos princípios à Economic Analysis of Law aplicados ao Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

PRATA, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>. Acesso em 05 mai. 2018.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-188, mar. 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32745-40386-1-PB.pdf>. Acesso em 10 jun. 2018.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da autonomia privada e da liberdade. Boletim Científico da ESMPU. a. 4, n.14, jan./mar. Brasília, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada Proibição do Retrocesso Social no constitucionalismo latino-americano. Revista do TST. vol. 75, nº 3, jul/set. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf>. Acesso em 21 jun. 2018.

SCHIAVI, Mauro. Aspectos polêmicos e atuais da arbitragem como meio de solução dos conflitos trabalhistas. Disponível em: <http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/Aspectos%20polemicos%20e%20atuais%20da%20arbitragem%20no%20Processo%20do%20Trabalho.pdf>. Acesso em 01 jun. 2018.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SEVERO, Valdete Souto. A proteção no princípio: elementos para a resistência à "Reforma". In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo et al. (Orgs.). Interpretação e aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro. São Paulo: LTr, 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Os princípios social-trabalhistas na Constituição Brasileira. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/3838>. Acesso em 24 jun. 2018.

TARTUCE, Fernanda. Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume Único. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEIXEIRA, Luana Cordeiro. Aplicabilidade da teoria da subordinação estrutural. Disponível em: <http://www.cletogomes.adv.br/artigos-pdf/APLICABILIDADE-DA-TEORIA-DASUBORDINACAO-ESTRUTURAL.pdf> Acesso em: 19 mai. 2018.

THEODORO JR, Humberto. Direito do Consumidor. a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2011.

TONDINELLI, Heloisa Galafassi. O princípio da vulnerabilidade e a hipossuficiência no Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://facdombosco.edu.br:7080/revseer/index.php/revdireito/article/download/47/42> Acesso em 20 mai. 2018.

VASCONCELLOS, Marina de Oliveira de. LUIZ, Fernando Vieira. O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/download/120/99> Acesso em 18 jun. 2018.

VIEIRA, Adriana de Souza. Limites à negociação individual no contrato de trabalho. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

VIDIGAL, Marcos Flávio Salem. As consequências da livre estipulação no contrato de trabalho: uma análise do parágrafo único do art. 444 da CLT introduzido pela Lei n. 13.467/17. In: HORTA, Denise Alves et al. (Orgs.). Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: Reforma trabalhista: principais alterações – atualizado de acordo com a MP n. 808 de 14 de novembro de 2017. São Paulo: Editora LTr, 2018.

WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego sob a perspectiva do Direito Individual Do Trabalho. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/101982>. Acesso em 06 mai. 2018.