



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
DOUTORADO EM DIREITO

ADRIANA BRASIL VIEIRA WYZYKOWSKI

AUTONOMIA PRIVADA E VULNERABILIDADE DO
EMPREGADO: CRITÉRIOS E LIMITES PARA O EXERCÍCIO
DA LIBERDADE NEGOCIAL INDIVIDUAL NO DIREITO DO
TRABALHO

Salvador
2019

ADRIANA BRASIL VIEIRA WYZYKOWSKI

**AUTONOMIA PRIVADA E VULNERABILIDADE DO
EMPREGADO: CRITÉRIOS E LIMITES PARA O EXERCÍCIO
DA LIBERDADE NEGOCIAL INDIVIDUAL NO DIREITO DO
TRABALHO**

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Senu – Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos

Salvador
2019

W998

Wyzykowski, Adriana Brasil Vieira

Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho / por Adriana Brasil Vieira Wyzykowski. – 2019.

295 f.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

1. Direitos dos trabalhadores. 2. Sociologia do trabalho. 3. Relações trabalhistas. 4. Direito privado. I. Santos, Edilton Meireles de Oliveira. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 344.01

TERMO DE APROVAÇÃO

ADRIANA BRASIL VIEIRA WYZYKOWSKI

AUTONOMIA PRIVADA E VULNERABILIDADE DO EMPREGADO: CRITÉRIOS E LIMITES PARA O EXERCÍCIO DA LIBERDADE NEGOCIAL INDIVIDUAL NO DIREITO DO TRABALHO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dra. Andréa Presas Rocha
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dra. Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela
Instituição: Universidade Católica do Salvador

Nome: Dra. Vanessa Vieira Pessanha
Instituição: Universidade do Estado da Bahia

Salvador, 05 de julho de 2019

À Társis Silva de Cerqueira, meu verdadeiro
sentido de nós, com todo o meu amor.

Aos trabalhadores e trabalhadoras, cuja vida
ainda se encontra enclausurada pela
vulnerabilidade.

AGRADECIMENTOS

Eu entrego, confio, aceito, agradeço. Essas palavras do professor Hermógenes, tão simples e ao mesmo tempo tão especiais, são usadas para abrir este momento de agradecimentos. Saber que não está no controle, entregar seu destino ao Universo, confiando numa providência divina e aceitar este destino é um divisor de águas. Obrigada, Universo, por conduzir a minha pesquisa e por iluminar meus caminhos, transformando os momentos de solidão, de ansiedade e de medo em amor e paz. Agradeço ao meu bom Deus por guiar este caminho e aos ensinamentos budistas, que me fizeram estar no momento presente, com consciência e compaixão para o desenvolvimento desta tese.

Agradeço ainda à minha família, base do meu viver, reflexo de um amor imensurável, incrustado em meu ser. Obrigada aos meus pais, Milton e Cristina, pelo apoio e amor durante este processo de pesquisa, Agradeço ainda aos meus irmãos, Adrielle e André, por todo o companheirismo, carinho e compreensão, em especial nos meus momentos de desespero e ausência. Agradeço aos meus sogros e cunhados, pelo apoio e acolhimento, bem como às minhas avós, Regina e Pombinha (*in memoriam*) por toda a candura e amabilidade. Agradeço ainda aos primos do meu marido, Breno e Liz, que me acolheram em São Paulo durante a pesquisa bibliográfica, sendo verdadeiros amigos nesta trajetória.

Em apartado, dedico agradecimento especial ao meu marido, Társis Cerqueira. Só nós sabemos o quanto foi difícil e desgastante passar pelo doutoramento juntos, compartilhando anseios, expectativas e angústias. O movimento de proteção que teve em relação a mim durante esta pesquisa foi belo, a compreensão que possuiu nos meus momentos de ansiedade foi salutar, o amor que me forneceu foi essencial. Sem você, esse doutorado não seria possível. Obrigada por sonhar comigo!

Agradeço também às minhas psicólogas, Bianca Meneses e Daniela Sopezki, pelo acolhimento e ensinamentos ao longo desta jornada.

Não posso deixar de ressaltar a importância dos colegas e instituições onde laboro para a conclusão desta pesquisa. Agradeço aos técnicos da Universidade do Estado da Bahia - UNEB e à Comissão de Horários por todo o apoio e ajustes realizados para que eu pudesse cursar as disciplinas e escrever a tese, além da especial compreensão e acolhimento do então coordenador do curso de Direito, Alan Sampaio, e da Diretora do Campus XIX da UNEB, Kátia Silene.

Ressalto meus sinceros agradecimentos à Universidade Federal da Bahia - UFBA, em especial aos funcionários e aos professores do PPGD, pela experiência e aprendizados adquiridos no Doutorado. Agradeço à Luiza e Jovino (*in memoriam*) por todo o carinho dedicado na minha trajetória, além dos(as) professores(as) Rodolfo Pamplona Filho, Luciano Martinez, Roxana Borges, Mônica Aguiar, Dirley da Cunha Jr. e Marília Muricy por todos os ensinamentos ao longo do mestrado e doutorado. Agradeço, ainda, ao Departamento de Direito Privado e à Congregação do Curso de Direito da UFBA, por ter acolhido meu pedido de afastamento para conclusão do doutorado. Agradeço às companheiras Andréa Presas, Isabela Fadul e Renata Dutra, que dividem comigo a cadeira de Legislação Social e Direito do Trabalho na UFBA e que formam uma verdadeira equipe, com respeito e carinho no estudo do mundo do trabalho. Gratidão meu orientador, prof. Edilton Meireles, por todo o diálogo e disposição no processo de orientação.

À Faculdade Baiana de Direito, meus profundos agradecimentos, em especial aos funcionários da secretaria acadêmica e da biblioteca, que me auxiliaram no desenvolvimento da pesquisa. Agradeço ainda aos coordenadores do Curso, Ana Carolina Mascarenhas e Fernando Caria Leal Neto, por todo o acolhimento e apoio durante este período da minha vida.

Aos meus amigos, meus genuínos agradecimentos. Sei que pareci um disco de vinil de uma música só neste período, mas com a ajuda e o carinho de vocês tudo se tornou mais leve! Obrigada à Ana Carla Fracalossi, Ana Thereza Meireles, Cláudia Albagli, Ana Carolina Mascarenhas, Daniela Borges, Thiago Borges, Fernando Neto, Vicente Passos, Geovane Peixoto, Gustavo Prazeres, Gabriel Marques, Jaime Barreiros e Lorena Barreiros, companheiros(as) de profissão que tenho o prazer de ter como amigos(as). Obrigada ainda a Maurício Requião e Camila Vasconcelos, casal de amigos do bem que eu admiro e que tenho uma ternura imensa, mesmo sendo ele de áries. Agradeço ainda a outro casal bem querer da minha vida, Leandro Fernandez e Mariana Corcini Fernandez, que mesmo com a distância nunca estiveram ausentes. Às minhas amigas de escola, Laís Sara, Tássia Bahia e Gabriela Trindade, meu amor e gratidão pelos 16 anos de amizade verdadeira.

Nestes muitos anos como professora, muitas pessoas especiais passaram por minha vida e, de alguma forma, contribuíram para a minha formação hoje. Por isso, dedico um agradecimento especial aos meus alunos, ex-alunos, orientandos, ex-orientandos, monitores e tirocinistas. Seria impossível listar o nome de todas as pessoas que passaram pela minha trajetória, mas saibam que aprendi e ainda aprendo todos os dias com vocês. Gratidão por me permitir

enxergar as belezas da profissão, por toda a amabilidade, compreensão e afeto recebido ao longo desses anos.

Deixo ainda meus agradecimentos a Raine Costa, Phillippe Queiroz, Victor Bruno Pereira, Catarine Nascimento, Sinara Luiza Oliveira, Gabriela Sepúlveda, Érica Teixeira e a todos (as) os(as) estudantes do Grupo de Estudos sobre Direitos Fundamentais e Relações Trabalhistas da Universidade Federal da Bahia, pelo auxílio com a pesquisa e por formar uma rede de apoio tão qualificada e reflexiva.

A todos e todas que vibraram amor, empatia e luz por mim em qualquer momento da minha vida, obrigada!

Amou daquela vez como se fosse máquina
Beijou sua mulher como se fosse lógico
Ergueu no patamar quatro paredes flácidas
Sentou pra descansar como se fosse um pássaro
E flutuou no ar como se fosse um príncipe
E se acabou no chão feito um pacote bêbado
Morreu na contramão atrapalhando o sábado.

Construção

Composição: Francisco Buarque de Hollanda (Chico Buarque)

Arranjos: Rogério Duprat

RESUMO

A análise da vulnerabilidade do empregado ante o empregador - detentor de poderes econômicos, fáticos e sociais - no exercício da autonomia privada individual foi o mote desta pesquisa, em especial pela relação existente entre o direito fundamental à liberdade e à igualdade que permeia o estudo da autonomia. Vislumbrou-se que não há como se falar em exercício de liberdade em relações desequilibradas, de sorte a ser necessário tratamento desigual que permita uma verdadeira liberdade de escolha. A hipossuficiência do empregado fez com que se criasse uma rede protetora no mundo do trabalho, tolhendo negociações individuais que fossem prejudiciais a este sujeito. A autonomia privada individual trabalhista, enquanto um poder de criação de normas jurídicas com base no autorregramento da vontade, encontrava barreiras na lei e nas normas coletivas. Propôs-se nesta tese a substituição do conceito de hipossuficiência trabalhista pelo conceito de vulnerabilidade, levando-se em consideração as nuances que permeiam o vínculo laboral na atualidade, de sorte a aumentar a rede protetora ao sujeito frágil sem esquecer-se da autonomia do mesmo. Para tanto, utilizou-se uma pluralidade de métodos, onde houve prevalência do método dedutivo proposto por René Descartes, além da utilização do método de Karl Popper. Partiu-se de premissas gerais para premissas específicas, realizando-se uma análise crítica da doutrina, legislação e jurisprudência, com experimentação das propostas aproristicamente formuladas. Como resultados, verificou-se que a dependência econômica funciona como fator de limitação à autonomia privada individual laboral, de sorte a impedir a negociação. Sugeriu-se, diante da desinformação pessoal e técnica acerca do conteúdo do Direito do Trabalho, que os sindicatos ou apoiadores escolhidos pelo empregado exercessem autonomia assistencial, além da necessidade de termo onde constasse que o empregador cumpriu com o dever de informação. Determinou-se a necessidade de contrapartidas para o exercício da liberdade negocial, garantindo ao empregado melhorias na sua condição social, além da observação acerca da imprescindibilidade de garantias de emprego. Estipulou-se ser impossível a negociação dos empregados hipervulneráveis, como gestantes, menores, idosos e pessoas com deficiência, em relação aos direitos que lhes garantem proteção diferenciada. Por fim, verificou-se que os limites tradicionais à autonomia privada devem ser observados, além do respeito aos direitos fundamentais enquanto limites ao exercício da liberdade. A existência de norma coletiva mais favorável também funciona como fator de limitação à autonomia privada, impedindo a negociação individual trabalhista.

Palavras-chave: Autonomia privada. Vulnerabilidade. Liberdade negocial individual laboral. Limites e critérios para o exercício.

ABSTRACT

Vulnerability analysis of the employee in front of employer – possessor of economical, factual and social powers – on the exercise of the private autonomy was the theme of this research, particularly the existing fleet between the fundamental right of freedom and equality which permeates the study of autonomy. Envisaged that there is no way of talk about the exercise of freedom in balanced relations, it is necessary therefore the unequal treatment allowing a genuine choice's freedom. Thanks to the economic lack of sufficiency of the employee has been created a protective net in the working world, stopping individual negotiations which was harmful to that person. The occupational private autonomy, while authority on creation of legal rules based on self-healing of will, found barriers in law and collective norms. It was proposed in this thesis the replacement of the concept of labor economic lack of sufficiency with the concept of vulnerability, considered the nuances that surface the employment relationship nowadays to increase the protective net to the frail people, without forgetting their autonomy. For this purpose, were used many methods, prevailing the deductive method proposed by René Descartes, as well as the use of the method developed by Karl Popper. The researching started from general premises until specific premises, carrying out a critical analysis in respect of doctrine, legislation and jurisprudence, with the experimentation of a priori proposals made. Stem from the results, it was verified that economical dependence works like a limitation factor to private labor autonomy, impeding the negotiation. It was suggested, from the personal and technical misinformation of Labor Law content, that trade unions or supporters chosen by the employees should exert care autonomy, beyond the necessity of a term consisting compliance with duty of information signed by the employer. It was determined a counterpart necessity for a liberal negotiation exercising, ensuring to employee's improvements in your social conditions, besides the observation of employment guarantee. It was stipulated the impossibility of negotiation with hyper vulnerable employees, like pregnant woman, elderly people and disabled about rights that assure them distinguished protection. Lastly, it was verified that traditional limits on private autonomy should be observed, in addition the respect to fundamental rights as limits to liberty exercise. The existence of more favorable collective rule also works as limitation to private autonomy, impeding the individual labor negotiation.

Keywords: Private autonomy. Vulnerability. Individual labor negotiation freedom. Limits and criterions to the exercise.

RÉSUMÉ

L'analyse de la vulnérabilité de l'employé vis-à-vis de l'employeur - détenteur des pouvoirs économiques, factuels et sociaux - dans l'exercice de l'autonomie privée individuelle a été l'objectif de cette recherche, en particulier dans la relation entre le droit fondamental à la liberté et l'égalité qui imprègne l'étude de l'autonomie. On s'est aperçu qu'il n'y avait aucun moyen de parler d'exercer la liberté dans des relations déséquilibrées, de sorte qu'une inégalité de traitement est nécessaire pour permettre une véritable liberté de choix. Le manque d'autosuffisance des employés a conduit à la création d'un réseau de protection dans le monde du travail, empêchant toute négociation individuelle préjudiciable à ce sujet. L'autonomie privée individuelle du travail, tout en permettant de créer des normes juridiques fondées sur l'autorégulation de la volonté, se heurtait à des obstacles juridiques et à des normes collectives. Il a été proposé dans cette thèse de remplacer le concept de manque d'autosuffisance du travail par celui de vulnérabilité, en prenant en compte les nuances qui imprègnent le lien de travail à l'heure actuelle, afin d'accroître le réseau de protection du sujet fragile sans oublier son autonomie. Pour cela, plusieurs méthodes ont été utilisées, notamment la méthode déductive proposée par René Descartes et en outre la méthode de Karl Popper. Nous avons avancé des prémisses générales vers des prémisses spécifiques, en procédant à une analyse critique de la doctrine, de la législation et de la jurisprudence, et en expérimentant des propositions formulées de manière aprioristique. Comme résultats, il a été vérifié que la dépendance économique fonctionnait en tant que facteur limitant l'autonomie privée individuelle dans le domaine du travail, afin d'empêcher la négociation. Il a été suggéré, en fonction du manque d'informations personnelles et techniques sur le contenu de la législation du travail que les syndicats ou les soutiens choisis par l'employé exercent une autonomie de prise en charge, outre la nécessité d'une déclaration indiquant que l'employeur a respecté l'obligation d'information. Il a été déterminé qu'il était nécessaire de disposer de contreparties pour l'exercice de la liberté de négociation, garantissant aux employés une amélioration de leur condition sociale, ainsi que des observations sur le caractère indispensable des garanties de l'emploi. Il a été stipulé qu'il était impossible de négocier avec des employés très vulnérables, tels que les femmes enceintes, les mineurs, les personnes âgées et les personnes handicapées, en ce qui concerne les droits qui leur garantissent une protection différente. Enfin, il a été constaté que les limites traditionnelles de l'autonomie privée doivent être respectées, de même que le respect des droits fondamentaux en tant que limites à l'exercice de la liberté. L'existence d'une norme collective plus favorable agit également comme un facteur limitant l'autonomie privée, empêchant les négociations individuelles du travail.

Mots-clés : Autonomie privée. Vulnérabilité. Liberté individuelle de négociation du travail. Limites et critères pour la mise en œuvre.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CAGED	Cadastro Geral de Empregados e Desempregados
CC-02	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil de 2015
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGV	Fundação Getúlio Vargas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
RGPS	Regime Geral da Previdência Social
RR	Recurso de Revista
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SIS	Sistema de Indicadores Sociais
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 AUTONOMIA	24
2.1 O "CONFLITO" ENTRE LIBERDADE E IGUALDADE COMO PRESSUPOSTO PARA O ESTUDO DA AUTONOMIA	27
2.1.1 Autonomia privada e liberdade	29
2.1.2 Autonomia privada e igualdade	33
2.2 AUTONOMIA E VONTADE: CONCEITOS BÁSICOS	37
2.3 A AUTONOMIA DA VONTADE	39
2.3.1 O evoluir da autonomia da vontade	39
2.3.2 O conceito clássico de autonomia da vontade	44
2.3.3 O declínio do conceito clássico da autonomia da vontade e a ascensão da autonomia privada	46
2.4 A AUTONOMIA PRIVADA.....	50
2.4.1 Consagração da autonomia privada em outros ordenamentos	51
2.4.2 Diferenças entre autonomia privada e autonomia existencial	56
2.5 LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA	60
2.5.1 A lei e a ordem pública	62
2.5.2 A moral e os bons costumes	64
2.5.3 Os fundamentos da limitação da autonomia: limitações objetivas, relacionais e subjetivas	68
2.6 A AUTONOMIA PRIVADA COMO UM PODER DE CRIAR NORMAS JURÍDICAS ADVINDAS DE NEGÓCIOS JURÍDICOS	69
2.6.1 A autonomia privada: poder originário ou derivado?	73
2.6.2 O conteúdo normativo dos atos de autonomia privada e a força vinculante dos negócios jurídicos	77
2.7 A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO DO TRABALHO	81
2.7.1 Autonomia privada coletiva x autonomia privada individual	85
2.7.2 Autonomia privada coletiva x autonomia assistida	87
3 VULNERABILIDADES E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO: UMA PROPOSTA DE ABANDONO DO CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA CLÁSSICO EM PROL DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE DO EMPREGADO	89
3.1 A VULNERABILIDADE	91

3.1.2 Vulnerabilidade e hipossuficiência: distinções necessárias	96
3.1.3 A vulnerabilidade e o Direito material: principais normas de amparo aos vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro	99
3.2 VULNERABILIDADE E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO	107
3.2.1 As razões que ensejam a proteção da parte mais débil da relação jurídica trabalhista	108
3.2.2 Hipossuficiência x vulnerabilidade no Direito do Trabalho: a defesa do critério vulnerabilidade como caracterizador do ramo juslaboral	117
3.2.3 Os hipervulneráveis trabalhistas: criança e adolescente, idoso, mulher, pessoa com deficiência	125
3.3 AS VULNERABILIDADES ADVINDAS DO CONTRATO DE EMPREGO	130
3.3.2 Vulnerabilidade fática ou contratual, pautada na subordinação jurídica	133
3.3.3 Vulnerabilidade econômica	139
3.3.4 Vulnerabilidade técnica	142
3.3.5 Vulnerabilidade informacional	145
3.4 A FIGURA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE CRIADA PELA LEI 13.467/17	148
3.4.1 As inovações trazidas pelo artigo 444, parágrafo único da Lei 13.467/17: o empregado hipersuficiente	152
3.4.2 Inconvencionalidade e inconstitucionalidade da noção de hipersuficiência adotada pela CLT diante da tutela jurídica da vulnerabilidade no Direito do Trabalho: uma análise à luz do princípio da igualdade	160
4 VULNERABILIDADE E EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL TRABALHISTA	165
4.1 FUNDAMENTOS PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL NO DIREITO DO TRABALHO	169
4.1.1 O princípio da proteção e o exercício da liberdade individual trabalhista na realização de negócios jurídicos	169
4.1.2 O princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos e a compatibilização deste com a autonomia privada individual	174
4.2 FATORES OBJETIVOS PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL	183
4.2.1 Dependência econômica como um fator de limitação do exercício da vontade negocial individual	187
4.2.2 Desinformação pessoal e técnica acerca do conteúdo do Direito do Trabalho	193
4.2.3 A existência de contrapartidas para o exercício da autonomia privada individual na seara trabalhista	201
4.2.4 A necessidade de proteção ao emprego na negociação individual trabalhista	206

4.2.5 A impossibilidade de negociação individual dos empregados hipervulneráveis em relação aos direitos que lhes garantem proteção diferenciada.....	211
4.2.6 A vulnerabilidade organizacional e a análise da condição do empregador para fins de exercício da autonomia privada individual.....	217
4.3 LIMITES AO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA EM SEDE INDIVIDUAL LABORAL.....	224
4.3.1 Os limites tradicionais: lei, ordem pública, moral e bons costumes.....	225
4.3.2 Os direitos fundamentais como fatores de limitação à autonomia privada na seara individual trabalhista.....	229
4.3.3 A existência de acordo ou convenção coletiva mais favorável ao empregado como fator de limitação à autonomia individual trabalhista: o rechaço à prevalência do negociado sobre o legislado.....	233
4.4 PROPOSTA PARA A APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS E FATORES OBJETIVOS NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE INDIVIDUAL TRABALHISTA COM BASE NA VULNERABILIDADE DO EMPREGADO.....	240
5 CONCLUSÕES.....	249
REFERÊNCIAS.....	259

1 INTRODUÇÃO

O estudo da autonomia perpassa pelo entendimento desta enquanto uma qualidade de autogovernar-se, relacionada com a tomada de decisões de forma que bem lhe aprouver. É a autonomia, pois, um mecanismo de criação de regras de conduta, pautada no exercício do direito fundamental à liberdade.

Todo sujeito é dotado de autonomia, possuindo liberdades que percorrem o âmbito físico, psíquico, fazer, não fazer, etc. Permite a liberdade que os seres humanos possam realizar escolhas e estabelecer regras para si, de sorte que autonomia e liberdade mostram-se como fenômenos relacionados. A estrutura da liberdade, assim, invoca a qualidade atribuída às pessoas, ações e sociedade para o exercício de um direito, relacionando-se com o seu titular, obstáculos e objeto desta liberdade. Por isso, discorrer sobre a autonomia acaba por revelar o exercício da liberdade acerca da autorregulação da vida do indivíduo.

No entanto, não há como se tratar da autonomia, enquanto um exercício de uma liberdade, de forma desvinculada à igualdade. Esta conexão justifica-se diante da premissa de uma sociedade justa e livre, onde se faz necessária limitação à liberdade como um reforço para a sua existência. É crucial garantir liberdades básicas de forma igualitária para todos, o que demonstra a profunda conexão entre liberdade e igualdade.

A necessidade de promover tratamento desigual em certas situações concretas se revela como a principal ferramenta para a garantia da liberdade. O binômio liberdade - igualdade mostra-se salutar para relações jurídicas que são, em sua essência, desequilibradas, ante a existência de um poder ou domínio de um dos sujeitos, como ocorre na relação de emprego.

O tratamento igual ou desigual perpassa pela consideração acerca dos sujeitos envolvidos. Quanto maior o desequilíbrio vislumbrado na relação concreta, maior a necessidade de limitação da liberdade para que se possa garantir igualdade e, conseqüentemente, paridade entre os sujeitos envolvidos. A autonomia, com base nessa premissa, pode ser limitada, a fim de garantir alternativas de ação para aquele que se encontra numa posição de fraqueza.

O ato de escolha acerca da necessidade ou não de desigualar, para garantia do direito fundamental à igualdade, deve se dar com base na Constituição Federal, uma vez que cabe à Carta Magna o papel de proteção avançada acerca dos direitos fundamentais. Ao Estado é destinado o papel de preservá-los e concretizá-los, garantindo-se, portanto, a eficácia imediata destes direitos.

Os direitos fundamentais possuem a atribuição de controle em relação às normas dispositivas, buscando evitar uma análise vazia da igualdade. Moderam, destarte, os ímpetos do exercício desenfreado da liberdade, certificando-se de promover a igualdade substancial dos sujeitos envolvidos.

Quando se está diante de uma relação privada, como a relação empregatícia, este papel mostra-se ainda mais proveitoso, em especial nas relações onde se tem a presença de vulnerabilidade. Tanto é assim que muitas teorias acerca da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas foram desenvolvidas e adotadas, uma vez que, nestas relações, as práticas de injustiças e despautérios também ocorrem. A ligação entre liberdade e igualdade funcionaria para prevenir iniquidades e para tutelar a autorregulação da vida dos indivíduos, criando fatores e limites para o exercício da autonomia.

A emancipação humana ocorre por meio desta capacidade das pessoas em decidir e fundamentar suas opções num contexto de vida privada. Quando ligada a situações que possuem conteúdo patrimonial, a autonomia ganha o adjetivo "privada", sendo voltada ao exercício da liberdade negocial. A autonomia privada não é fenômeno inerente à área cível, sendo vislumbrada em áreas onde se tem a presença de um vulnerável na relação jurídica.

No Direito do Trabalho, a autonomia privada constitui o mote para a realização de negócios jurídicos individuais e coletivos, possuindo contornos diversos a depender dos sujeitos envolvidos. O exercício da liberdade negocial faz com que sejam criadas normas jurídicas dentro dos limites conferidos pelo próprio ordenamento jurídico trabalhista, o que demonstra a existência e necessidade de limitação da liberdade diante de relações que envolvam desiguais.

No Direito Coletivo do Trabalho, o poder negocial conferido aos sujeitos envolvidos é maior do que no Direito Individual do Trabalho, haja vista que as relações que envolvem sindicatos são, pelo menos em teoria, niveladas. Em âmbito individual, ao revés, tem-se tradicionalmente uma repulsa à liberdade negocial, por ser o empregado a parte débil e frágil naquela relação jurídica, o que o colocaria em posição desvantajosa, em que a negociação seria dificultada em razão da dinâmica de poder do empregador.

Nota-se que nesta esfera do Direito do Trabalho, o desigualar se faz necessário para a garantia de igualdade. Este papel fora conferido, primeiramente, ao Estado, por meio da regulamentação legal das questões que envolvem o mundo do trabalho. Determinou-se que as normas trabalhistas seriam indisponíveis em sede individual e que a necessidade de proteção

permearia o Direito do Trabalho. A proteção também adviria da atuação coletiva dos sindicatos, que teriam o papel de negociar normas jurídicas que garantissem melhorias nas condições laborais.

O sistema protetivo trabalhista justificou-se e justifica-se na disparidade vislumbrada na relação entre empregado e empregador, palco de violentas arbitrariedades e imoderações ante a dominação promovida pelo capital. Na atualidade, o descomedimento no exercício da liberdade pelo empregador ganha novo contorno, em especial por conta de uma ilusão de autonomia promovida pelo regime de acumulação flexível, pelo fenômeno da mundialização e pela flexibilidade dos processos de trabalho.

No regime de trabalho pós-toyotismo, realizam-se programações de comandos e direção por meio do alcance de objetivos predeterminados, deixando os trabalhadores sempre à disposição para a realização destes objetivos que lhes foram consignados. O controle dos trabalhadores se dá por meio do culto à insegurança, fazendo com que estes pensem que tem autonomia por colaborar e se engajar com os objetivos do empregador quando, em verdade, possuem apenas uma autonomia programada, concedida na medida do interesse deste.

A perniciosa exploração humana no mundo do trabalho continua a existir na atualidade, só que agora se encontra dissimulada pela falácia da produtividade e multiplicidade de tarefas, que cria a ilusão de alinhamento de objetivos entre empregado e empregador. O desequilíbrio continua a ocorrer nesta relação jurídica, afinal, na grande maioria das vezes, o empregado depende economicamente daquele emprego, submetendo-se aos ditames do poder diretivo do empregador sem contestar, por conta do estado de fragilidade e desinformação que o acomete.

Por conseguinte, o estudo das vulnerabilidades advindas da relação jurídica laboral faz-se extremamente importante e necessário, haja vista que a assimetria inerente às relações individuais trabalhistas continua a existir com outra roupagem, o que revela a necessidade de mecanismos de garantia da isonomia.

Todavia, não se pode esquecer que a autonomia do trabalhador encontra-se presente neste momento da sua vida, sendo necessária a garantia do exercício da liberdade com base no autorregramento da sua vontade. Dessa forma, faz-se necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, sendo imperioso desigualar para que se possa obter igualdade substancial, garantindo, assim, a autonomia deste ser social e laboral, no seu aspecto existencial e patrimonial. Neste momento, urge salientar o objeto desta pesquisa, o qual pode ser resumido no seguinte questionamento: quais os limites e critérios para o

exercício da autonomia privada em sede individual trabalhista, levando-se em consideração a vulnerabilidade do empregado?

A indagação encontra desdobramentos, em especial diante do conceito de vulnerabilidade no Direito do Trabalho, com abandono do tradicional conceito de hipossuficiência. Faz-se necessário um estudo aprofundado, onde fique claro o por quê da necessidade de revisão do conceito de hipossuficiência inerente à tradição trabalhista, além dos reflexos dessa proposta no que concerne à autonomia privada.

Limites à autonomia privada na seara individual trabalhista mostram-se proveitosos, bem como critérios para o exercício da liberdade negocial, ante a problemática apresentada. Não é possível se falar em realização de negócios jurídicos individuais se há exercício de poder por uma das partes, fazendo com que a outra se encontre numa posição de desvantagem e resignação.

Desse modo, o tema mostra-se deveras importante para o estudo do Direito do Trabalho, sobretudo por conta das ondas flexibilizatórias que este ramo do Direito vem enfrentando. Deseja-se com as teorias flexibilizatórias um Direito do Trabalho se amolde às necessidades do empregador, por meio de padrões negociais que levem à abdicação ou supressão de direitos já consagrados, contrariando a lógica protetora do mundo laboral e debilitando o princípio de vedação ao retrocesso social.

Ademais, a fragilidade do empregado não deixou de existir com o avanço de mecanismos tecnológicos e modelos de administração pautados em objetivos predeterminados. Nota-se que, no Brasil, ainda existe um exército de desempregados, além de empregos e trabalhos precários, sendo alta a taxa de informalidade e de desalentados. E, mesmo diante do vínculo empregatício, o medo do desemprego gerado pela necessidade faz com que haja um estado maior de vulnerabilidade destes empregados que, aliado ao exercício do poder diretivo do empregador, pode resultar num exercício de liberdade negocial inautêntico.

Isso por si só já justificaria um olhar diferenciado ao tema, haja vista que o desequilíbrio continua a permear as relações jurídicas laborais. Em verdade, a importância teórica do tema mostra-se ainda mais importante ante estas modificações, que implicam em mudanças profundas na estrutura do Direito do Trabalho, fazendo-se necessário o enfrentamento desta problemática.

O tema possui grande repercussão legislativa e jurisprudencial, em especial com o advento da Lei 13.467/17, conhecida como Reforma Trabalhista, que buscou remodelar o Direito do

Trabalho em sua gênese, dando uma maior relevância às negociações em detrimento do padrão legal estabelecido. Inclusive, a referida legislação criou a figura do empregado hipersuficiente, que seria aquele que poderia negociar nos mesmos termos garantidos aos sindicatos no art. 611-A da CLT, sendo necessário apenas que o empregado possua diploma de nível superior e perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

A opção legislativa considerou, portanto, que a autonomia privada individual pode ser exercida com base no salário do empregado e nível educacional formal, sem levar em consideração questões como dependência econômica, subordinação jurídica, nível informacional laboral, dependência técnica, dentre outras. Diante disso, o tema se mostra essencial para a compreensão do direcionamento legislativo brasileiro, que parece desejar que a autonomia privada individual seja equiparada à autonomia privada coletiva em certos aspectos.

A jurisprudência, neste ponto, ainda discute os limites relativos à disposição e transação de direitos em sede de autonomia privada coletiva, com base nas modificações feitas pela Reforma Trabalhista e a prevalência do negociado sobre o legislado. Esta situação trará reflexos à autonomia privada individual, ante a escassa manifestação dos Tribunais brasileiros sobre este aspecto, o que demonstra o valor do tema no aspecto jurisprudencial.

Em um aspecto prático, a matéria objeto deste estudo, identicamente, mostra-se imprescindível, haja vista que busca definir os contornos dogmáticos e teóricos os quais viabilizam a análise do exercício da liberdade negocial individual em sede trabalhista. Debates insólitos com base no direito à liberdade e igualdade e o exercício da autonomia privada individual laboral são imprescindíveis diante das modificações que a disciplina vem sofrendo.

No tocante aos objetivos, pontua-se que a principal intenção desta pesquisa consiste na análise da vulnerabilidade do empregado ante o empregador diante do exercício da autonomia privada individual laboral, por meio da proposição de limites e critérios para a utilização da liberdade negocial, como modo de consagração da isonomia substancial.

Para tanto, pretende-se: a) compreender o aparente conflito entre liberdade e igualdade na perspectiva da autonomia; b) conceituar autonomia e vontade; c) traçar os contornos da evolução da autonomia da vontade; d) abordar o declínio do conceito clássico de autonomia da vontade, com a ascensão da autonomia privada; e) determinar a diferenciação entre

autonomia privada e autonomia existencial; f) abordar os limites à autonomia privada, bem como os fundamentos de limitação; g) discorrer sobre a autonomia privada enquanto um poder de criar normas jurídicas; h) delimitar a atuação da liberdade negocial em âmbito trabalhista; i) diferenciar autonomia privada individual, coletiva e assistencial no Direito do Trabalho; j) abordar as acepções e conceito de vulnerabilidade; k) distinguir hipossuficiência de vulnerabilidade; l) tratar da vulnerabilidade na perspectiva do Direito do Trabalho; m) delimitar as razões que ensejam a proteção à parte vulnerável no Direito do Trabalho; n) determinar quem são os hipervulneráveis trabalhistas; o) discorrer sobre as vulnerabilidades advindas do contrato de emprego; p) abordar os fundamentos da autonomia privada individual trabalhista por meio da análise do princípio da proteção e da indisponibilidade de direito; q) propor fatores objetivos para o exercício da autonomia privada individual no Direito do Trabalho; r) verificar a noção de dependência econômica como um critério de limitação; s) abordar a desinformação pessoal e técnica como fator de limitação à autonomia privada individual; t) averiguar a existência de contrapartidas na negociação individual; u) averiguar a proteção ao emprego na negociação individual, bem como a necessidade de proteção aos hipervulneráveis e pequenos empregadores; v) abordar os limites tradicionais ao exercício da autonomia individual w) discorrer sobre os direitos fundamentais enquanto fatores de limitação à autonomia privada individual laboral; x) discorrer sobre a existência de acordo ou convenção coletiva mais favorável ao empregado do que a negociação individual; y) trazer propostas para a aplicação dos critérios e fatores.

No que diz respeito à metodologia utilizada, optou-se por uma pluralidade metodológica, haja vista que se filia à concepção de Boaventura de Sousa Santos, onde a unidade metodológica não seria capaz de auxiliar o desenvolvimento científico da atualidade. Cada método funciona como uma forma de linguagem, de sorte que a realidade responde conforme idioma em que é perguntada. Somente um pluralismo de métodos é capaz de apreender o silêncio que persiste entre cada idioma que pergunta¹.

Preponderantemente, o método utilizado é aquele desenvolvido por René Descartes, o chamado método dedutivo. Segundo este, não se pode aceitar como verdadeiro aquilo que não se conhece claramente, de sorte a ser necessário repartir as dificuldades em abundantes parcelas para o deslinde do problema. Com o pensamento ordenamento, cabe ao pesquisador,

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*. São Paulo, vol. 2, n. 2, 46-71, mai/ago 1988, p. 66.

no método dedutivo, partir de ideias gerais para ideias específicas, de forma paulatina e revisional, não se omitindo nenhuma parte do problema de pesquisa².

Como método complementar, utilizar-se-á aquele desenvolvido por Karl Popper, onde todo o conhecimento precisa se iniciar pelo estabelecimento de um problema. Partindo-se deste e dos demais problemas que podem surgir ao longo da pesquisa, possíveis soluções devem ser experimentadas e criticadas. Se a solução experimentada é refutada por meio do criticismo, propõe-se iniciar novo processo de teste e refutação, inibindo-se fórmulas pré-formuladas³.

A proposta metodológica desta pesquisa busca estabelecer uma interação entre problemas e soluções críticas aos mesmos, de sorte a ser o processo de teste das soluções iniciado por premissas gerais e, paulatinamente, premissas específicas. Principalmente nos momentos iniciais da investigação, recorrer-se-á ao método de René Descartes. Posteriormente, com o avançar da pesquisa, o método popperiano unir-se-á ao cartesiano, de sorte promover um diálogo crítico das soluções aprioristicamente pensadas para a resolução do problema de pesquisa.

Utilizar-se-á fontes de pesquisa variadas, em especial fontes documentais e bibliográficas como códigos, legislação, literatura nacional e estrangeira disposta em periódicos, livros, artigos científicos, dentre outros. Realizar-se-á coleta e análise de decisões jurisprudenciais que envolvam a temática, com prioridade às decisões que ocorram no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, faz-se necessário delinear as temáticas que serão abordadas nesta tese, a fim de promover uma apresentação da trama da mesma. No segundo capítulo tratar-se-á da autonomia, realizando-se, num primeiro momento, uma digressão acerca desta e suas interações com os direitos fundamentais de liberdade e igualdade. Posteriormente, realizar-se-á conceituação relativa à autonomia e à vontade, para que então possa se perfilhar caminho acerca da evolução e declínio do conceito clássico da autonomia da vontade, até se chegar ao conceito moderno da autonomia privada. Será necessário, ainda, abordar a configuração da autonomia privada em outros ordenamentos, bem como verificar diferenciação entre a autonomia privada e a autonomia existencial.

Ainda neste capítulo, ocupar-se-á dos limites tradicionais à autonomia privada, de sorte a analisar a lei, ordem pública, moral e bons costumes enquanto balizas para o exercício da

² DESCARTES, René. *Discurso do Método*. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 34.

³ POPPER, Karl Raymund. *Lógica das Ciências Sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.14-16.

liberdade negocial. O exame da autonomia privada ainda comportará a verificação da mesma enquanto poder de criar normas jurídicas, por meio da análise do negócio jurídico advindo dos atos de autonomia privada e seu possível conteúdo normativo. Por fim, neste capítulo, ainda se fará uma digressão breve acerca da autonomia privada no Direito do Trabalho, de sorte a se diferenciar a autonomia privada coletiva e a autonomia privada individual, bem como a autonomia privada coletiva e a autonomia privada assistida.

O terceiro capítulo será marcado pelo estudo das vulnerabilidades no Direito do Trabalho, diante da proposta de abandono do conceito clássico de hipossuficiência. Para tanto, tratar-se-á das acepções do vocábulo vulnerabilidade, bem como das distinções entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Ademais, será feito cotejamento das normas de direito material do Brasil voltadas à tutela do vulnerável. Adentrar-se-á na temática das vulnerabilidades no Direito do Trabalho por meio da digressão acerca das razões que ensejam a proteção da parte mais débil da relação jurídica trabalhista.

Defender-se-á o conceito de vulnerabilidade no Direito do Trabalho, sendo necessária a diferenciação entre vulnerabilidade e hipervulnerabilidade. Analisar-se-á as vulnerabilidades do contrato de emprego, abordando-se a vulnerabilidade negocial, fática ou contratual, econômica, técnica e informacional. Ao final deste capítulo será realizada exploração acerca da figura do empregado hipersuficiente criada pela Lei 13.467/17, sendo feita ainda investigação acerca da inconveniência e inconstitucionalidade desta criação à luz do princípio da igualdade.

O quarto capítulo destina-se à resolução do problema de pesquisa, procedendo com a análise das interações entre autonomia privada individual trabalhista e vulnerabilidade do empregado. Para tanto, serão analisados os fundamentos para o exercício da autonomia privada individual no Direito do Trabalho com base nos princípios da proteção e da indisponibilidade de direitos. Posteriormente, realizar-se-á análise acerca dos fatores objetivos para o exercício da autonomia privada individual.

Ocupar-se-á do estudo da dependência econômica enquanto fator de limitação do exercício da vontade negocial individual, num primeiro momento. Dissertar-se-á, posteriormente, sobre a desinformação pessoal e técnica acerca do conteúdo do Direito do Trabalho, além da necessidade do estabelecimento de contrapartidas para o exercício da autonomia privada individual.

Serão feitas considerações a respeito da necessidade de proteção ao emprego na negociação individual trabalhista, bem como sobre a possibilidade ou não de negociação pelos hipervulneráveis em relação aos direitos que lhes garantem proteção diferenciada. Será analisada, ainda, a negociação perante o pequeno empregador e suas repercussões jurídicas.

Ademais, o capítulo versará sobre os limites ao exercício da autonomia privada individual trabalhista. Realizar-se-á um cotejamento acerca dos limites tradicionais à autonomia privada a partir de uma perspectiva laboral e, posteriormente, serão feitas análises sobre a função dos direitos fundamentais enquanto balizas do exercício da liberdade negocial individual. Analisar-se-á a relação entre a autonomia privada individual e a autonomia privada coletiva a partir do princípio da norma mais favorável. Por fim, serão realizadas propostas para a aplicação dos critérios e limites estabelecidos na pesquisa com base na vulnerabilidade do empregado.

O quinto e último capítulo desta pesquisa destina-se ao desfecho desta, por meio da catalogação e análise crítica das conclusões que foram obtidas ao longo da investigação sobre o tema proposto.

2 AUTONOMIA

Uma concepção comumente difundida no âmbito do Direito é a de que este funciona como uma espécie de limitador da liberdade humana. Dessa forma, o Direito atuaria de modo a coordenar condutas intersubjetivas, o que levaria à limitação da liberdade de uns em detrimento da consagração da liberdade de outros.

No entanto, este pensamento é deveras restrito, haja vista que o direito fundamental à liberdade repousa em berço constitucional, conforme disposição do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 - CF/88. Demonstra-se, assim, que a liberdade encontra-se inserida naquilo que se denomina mínimo existencial sendo, portanto, um direito que busca promover a dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, insta salientar que o direito fundamental à liberdade é, em suma, fomentado pelo Direito na medida em que promove, em diversas esferas, a autonomia do indivíduo dotado de dignidade.

Vislumbra-se, aqui, a necessidade de se analisar as conexões entre o direito fundamental à liberdade e a autonomia, uma vez que esta se mostra como um fenômeno relacionado ao ser humano no exercício da vontade. Justamente por isso, os estudos da autonomia e da vontade perpassam por outros campos do conhecimento que não apenas o jurídico, estando presente em estudos da sociologia, da filosofia, da psicologia, dentre outros⁴.

Nesse sentido, a liberdade humana é materializada pela realização dos negócios jurídicos, sendo que a vontade funciona como elemento central da consagração da liberdade dos indivíduos⁵.

No entanto, este exercício comporta limitações, como um mecanismo de se garantir a igualdade entre os sujeitos participantes de uma relação jurídica. Justifica-se, assim,

⁴ No campo da psicologia, têm-se como exemplo do estudo da autonomia e da vontade as obras de Piaget. O autor trabalha noções de vontade e desenvolvimento da autonomia na perspectiva do desenvolvimento da criança. Apenas após o estágio operacional concreto, que ocorre após os 7 anos, é que a criança desenvolve maior estabilidade no raciocínio e, por isso, consegue expressar o sentimento de vontade e de autonomia. SHAFFER, David R. *Psicologia do Desenvolvimento: infância e adolescência*. Trad. Cíntia Regina Pemberton Cancissu. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, p. 221-241. No campo da educação, Paulo Freire defende o respeito à autonomia do ser educando, de sorte a consagrar sua inquietude, curiosidade, sua linguagem, num verdadeiro processo ético com sujeitos dialógicos que crescem na diferença. Assim: "o respeito à autonomia e à dignidade de cada um é um imperativo ético e não um favor que podemos ou não conceder uns aos outros". FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 25.

⁵ CASTRO Y BRAVO. *La estructura del negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 2002, p. 57.

tratamento desigual àqueles que estejam em posições jurídicas de desigualdade, como uma forma de reforçar o conteúdo da liberdade negocial.

No âmbito jurídico, utilizam-se muito as expressões autonomia da vontade ou autonomia privada sem que se realize distinção entre tais vocábulos. Indispensável que se faça uma análise das concepções de autonomia, vontade para que então possa se chegar ao conceito de autonomia da vontade, como se verá no ponto 2.2.

Ressalta-se, nesta caminhada, que a ideia de força obrigatória dos contratos ou *pacta sunt servanda* é abrandada, ante as metamorfoses sofridas pelo Direito Privado desde o período romano aos dias atuais. Esta modificação é resultado de um processo histórico denominado constitucionalização do Direito Privado, que desloca para a tábua axiológica da Constituição o ponto de referência antes localizado no Código Civil⁶.

O Direito Privado passou por um processo de repersonalização, em que o patrimônio passa ao papel de coadjuvante e a pessoa humana ocupa o status central da análise deste âmbito do Direito⁷. A dignidade humana é incorporada aos ditames privados, que passam a analisar os valores existenciais acolhidos pela CF/88⁸.

Fazendo uma breve retrospectiva, o Direito Romano defendia a separação do Direito em dois blocos dicotômicos: o bloco do Direito Público e o bloco do Direito Privado. Este fenômeno fora denominado de *summa divisio*, onde os temas de Direito Público e Privado eram tidos como incomunicáveis.

O constitucionalismo europeu permanece com esta visão romana na Era Moderna. Países como França, na sua região Sul, e Itália abandonaram a ideia de Direito consuetudinário e incorporaram o Direito Romano posteriormente, fenômeno conhecido como recepção, que data de 1500⁹.

O Código Civil é elevado ao *status* de "constituição dos particulares", enquanto que a Constituição era vista como carta política que regia as relações entre Estado e Cidadão, sem fazer menção ao Direito Privado¹⁰.

⁶TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, *In: Temas de Direito Civil*. 3. ed. Atual. Rio De Janeiro: Renovar, 2004, P. 13.

⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista do Senado*, Brasília A. 36 N. 141 Jan./Mar. 1999, P. 103.

⁸SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

⁹CAENEGEM. R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3.

¹⁰BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005, p. 25.

Neste momento, urge ressaltar que o Código napoleônico¹¹ consistia na maior representação da dicotomia entre o Direito Público e Privado, focando em questões voltadas à propriedade e liberdade de contratar, não comportando interpretação conforme o texto constitucional. Este, por sua vez, tratava apenas a atuação dos Poderes Públicos, não adentrando nas questões privadas¹².

Com a ascensão do Iluminismo, críticas ao Direito Romano começam a ser evidenciadas, principalmente no tocante à desigualdade diante da lei e às limitações das pessoas e propriedade, principalmente no que diz respeito à liberdade¹³. Novos códigos começam a surgir, inspirados em uma visão mais voltada à análise do indivíduo. Embora esta transição se observe nos países europeus, ainda no início do século XIX havia juristas que estudavam os novos códigos à luz dos institutos do Direito Romano¹⁴.

Em razão das mudanças ideológicas avistadas no período, o Direito Privado passa a perder, de forma gradual e lenta, sua característica meramente patrimonialista, tratando então da proteção do ser humano enquanto indivíduo. Ganham força os fenômenos da publicização do Direito Privado e privatização do Direito Público, por meio de uma mutualidade e influências temáticas. Abrandam-se, portanto, a noção de divisão dicotômica, justificando-se a distinção apenas para fins de facilitação de estudo, já que a mesma não mais se coaduna com os ditames romanos¹⁵.

Na atualidade, o fenômeno observável consiste na constitucionalização do Direito, inaugurando uma renovação nos princípios fundamentais do Direito Privado com base na Constituição¹⁶. Fins, princípios e valores constitucionais passam a influenciar todas as normas infraconstitucionais, servindo como indicador de validade para o Direito Privado. Exalta-se,

¹¹ FRANÇA. *Code civil des français*. 21 mar. 1804. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 13 maio 2019.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005, p. 25.

¹³ CAENEGEM. R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 162.

¹⁴ *Ibid.*, p. 209.

¹⁵ SEIXAS, Antônio Eduardo Reichmann. *Summa Divisio* direito público - direito privado: um estudo histórico da dicotomia à luz do direito Francês in: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ALVES, Angela Limongi Alvarenga; NAHAS, Fernando W. Bunemer; MELONCINI, Maria Isabela Haro. *Temas atuais de Direito Público II* - diálogos entre Brasil e França. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 71.

¹⁶ OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Resenha: Moreira, Eduardo Ribeiro. Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 241p. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 2008 – RDCI 65. 2008, p. 354-366, p. 356.

portanto, a força normativa da Constituição, atuando em todas as esferas jurídicas e dando um novo colorido ao Direito Privado¹⁷.

A autonomia privada passa a ser mirada na perspectiva constitucional, corroborando com os princípios e valores constitucionais. O preceito da vontade, por si só, é desprezado, sofrendo uma apreciação por meio do intervencionismo estatal promovido pelo ordenamento constitucional¹⁸. A autonomia privada, portanto, ganha força ante a compatibilidade com os valores e direitos fundamentais destacados no ordenamento jurídico hodierno¹⁹, corroborando para a aclamação da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito Privado.

Não se pode duvidar, conforme fora visto linhas atrás, que o estudo da autonomia privada se dissocia do estudo dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, uma vez que a autonomia privada evidencia, como fundamento, a dignidade humana e o bem estar social. Por isso, compreender como esta conexão ocorre é deveras importante. Tratar-se-á deste ponto agora.

2.1 O "CONFLITO" ENTRE LIBERDADE E IGUALDADE COMO PRESSUPOSTO PARA O ESTUDO DA AUTONOMIA

Conforme já fora abordado, a autonomia, numa concepção jurídica, revela-se por meio do exercício do direito fundamental de liberdade. A premissa de sua existência, portanto, perpassa o ideal de liberdade, que não significa "ser sujeito de outrem"²⁰.

Pelo contrário, um sujeito dotado de autonomia é aquele que possui liberdades, sejam estas físicas, psíquicas, de fazer, não fazer, dentre outras. Sabe-se que o direito fundamental²¹ à

¹⁷ Atualmente, no Direito Civil, discute-se, ainda de forma embrionária, a dependência deste ramo do Direito em relação à matriz constitucional dos direitos humanos. Cf. THOMALE, Chris. *Cuius Regnum Eius Judicium* - Emancipando o discurso jurídico privado em face dos direitos humanos. Trad. Patrícia Cândido Alves Ferreira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 13, ano 4, p. 391-418, out/dez 2017. São Paulo: RT, 2017.

¹⁸ De acordo com Ana Prata, o Estado deve intervir, numa primeira medida, para garantir as condições ideais para o funcionamento econômico e mercadológico. O exercício da livre iniciativa econômica passa, portanto, a ser analisado pelo viés da autonomia privada. Percebe-se que a liberdade, por si só, não é capaz de satisfazer as necessidades e dignidade humana e, por isso, a intervenção estatal faz-se necessária. Busca, portanto, garantir o bem estar dos cidadãos, além de assegurar a convivência pacífica nas relações individuais. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina. 1982, p. 37-39.

¹⁹ A Constituição, para Konrad Hesse, representa uma ordem objetiva de valores no que tange aos direitos fundamentais, trazendo a noção de força vinculante destes. Esta vinculação rege todos os âmbitos do Direito, inclusive o Direito Civil, que não poderia ser interpretado de forma contrária ao espírito valorativo constitucional. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 58.

²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 243.

liberdade se encontra consagrado na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso II e em diversas passagens²², como fruto das conquistas históricas voltadas à autodeterminação dos indivíduos, em perspectiva individual e coletiva.

Este direito, no entanto, não pode ser exercido sem a análise do direito fundamental à igualdade. Embora sejam direitos fundamentais autônomos, possuem relações e interpenetrações em seu estudo. A liberdade supõe a análise da igualdade, uma vez que, para exercê-la, os sujeitos devem estar em posições jurídicas iguais ou, então, se faz necessária realizar diferenciação pelo ordenamento jurídico, no que diz respeito à vida livre destes²³.

Ressalte-se, ainda, que estes direitos surgiram em virtude de leis sociológicas, no sentido de que a evolução, as assimetrias e o despotismo diminuem porque cresce a adaptação social. Seriam os aspectos da pressão e da estrutura que fazem com que a liberdade e igualdade se distingam e se complementem tanto. Exercícios de força por parte de uns, assim, suscitam desigualdade perante outros²⁴.

Tratar dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade suscita dois supostos problemas: o da suposta contradição entre liberdade e igualdade e o auxílio e interpenetração destes direitos.

Sobre as possíveis contradições, é comum que se observem críticas acerca da limitação que o exercício de um direito provoca no outro. Todavia, tal posição deve ser desconstruída, uma vez que estes direitos não são contraditórios, tão pouco, paradoxalmente, aniquilariam um ao outro.

Neste sentido, Pontes de Miranda traz como exemplo a análise concreta do direito de liberdade de pensamento. Para que este possa ocorrer, faz-se necessário que todos tenham,

²¹ Sobre a temática, ressalta-se que nesta pesquisa, adotar-se-á a terminologia direitos fundamentais. Doutrinariamente, ainda não há unidade no que tange à terminologia adotada, sendo comum a utilização das expressões "direitos humanos", "direitos e garantias", "direitos do homem", dentre outras. Seriam os direitos fundamentais os direitos do ser humano capazes de garantir a dignidade humana e que estejam positivados em sede do direito constitucional positivo. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

²² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm; acesso em: 07 de set. 2018.

²³ John Rawls defende que a análise dos princípios da justiça somente poderia ser feita por meio da análise das liberdades iguais. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.223.

²⁴ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 247.

igualmente, os mesmos direitos. Dessa forma, maior liberdade significaria maior igualdade, pois resulta na diminuição de assimetrias, permitindo que estas se limitem mutuamente²⁵.

A autonomia é garantida com o exercício da liberdade e da igualdade entre os sujeitos de uma relação jurídica. Inere-se deste raciocínio, portanto, que os dois direitos fundamentais permitem uma autodeterminação dos indivíduos, na medida em que garantem a atuação livre dos agentes, possibilitando que diferenciações sejam realizadas para se assegurar um equilíbrio nesta relação jurídica.

2.1.1 Autonomia privada e liberdade

O conceito de liberdade é um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros, segundo Alexy²⁶. Neste sentido, a palavra liberdade encontra-se associada a um condão emotivo. As pessoas realmente possuem liberdade de escolha ou seus caminhos já estariam traçados? Os seres humanos estariam condenados à liberdade?²⁷ Estas indagações seriam impossíveis de responder em breves notas e, por isso, optar-se-á pela concepção da liberdade apenas numa perspectiva jurídica.

O estudo da liberdade, numa concepção histórica, perpassa pela luta entre a liberdade e o exercício autoritário do poder. Na Antiguidade, a disputa tinha lugar entre os súditos, entre subsúditos e o governo. Por isso, nos primórdios, se entendia por liberdade apenas a proteção contra tiranias de governos políticos²⁸.

Em âmbito jurídico, o conceito de liberdade poderia tomar duas dimensões: na primeira, poderia ser vista por meio de um conceito mais amplo de liberdade, voltado à análise da sua estrutura em si e, na segunda, por meio do conceito de permissão jurídica. Analisar a liberdade diante da sua estrutura poderia conduzir o intérprete a entendê-la como uma qualidade atribuída às pessoas, ações e sociedades. Embora importante, o referido conceito

²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 249.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 218.

²⁷ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada in: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 295.

²⁸ MILL, John Stuart. *Ensayo sobre la libertad*. Trad. María Ángeles Lavilla Navarro. Madrid: Miestas, 2006, p. 17-18.

seria insuficiente, por não considerar os embaraços que possam surgir no exercício da liberdade²⁹.

Qualquer liberdade, assim, poderia ser explicada mediante três itens: "os agentes que são livres, as restrições ou limitações de que eles estão livres, e aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer"³⁰.

Por isso, conceitua-se liberdade como uma "relação tridíaca entre um titular de uma liberdade (ou de uma não liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade"³¹.

A base desse conceito ensejaria duas concepções, vinculando o exercício da liberdade a apenas uma ação ou trazendo à mesma pelo ideal de alternativa de ação. Para os que compreendem que a liberdade teria apenas relação com a ação, enxergam a existência de um fazer no exercício da liberdade. Nesse sentido, Kant define um conceito positivo de liberdade, afirmando ser esta a faculdade que a razão pura tem, *per si*, de ser prática, tornando-a apta a tornar-se uma lei universal³².

Contudo, para Alexy³³, a liberdade jurídica apenas pode ser vista quando há uma alternativa de ação, enxergando a mesma pela concepção de liberdade negativa. Este conceito apenas teria o condão de trazer as possibilidades que os indivíduos possuem de fazer algo.

Para se compreender este pensamento, faz-se necessário diferenciar liberdade negativa de liberdade positiva. Para Bobbio³⁴, liberdade negativa seria a situação na qual o sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado para tanto e sem que outros sujeitos o impeçam. Já a liberdade positiva ocorre quando um sujeito de direito pode orientar sua vontade em direção a um objetivo, tomando decisões sem estar vinculado à vontade de outro.

Esta concepção de liberdade negativa seria, portanto, ampla. Não obstante, poder-se-ia falar em liberdade negativa em sentido estrito, sendo uma equivalente à concepção liberal de liberdade. Derivaria, portanto, da relação triádica de liberdade quando o objeto da liberdade consiste em alternativas de ação e os obstáculos são ações advindas de terceiros, tendo destaque o Estado³⁵.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 219.

³⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.219.

³¹ ALEXY, *op. cit.*, *loc. cit.*

³² KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 76-77.

³³ ALEXY, *op. cit.*, p. 222.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Introd. Gregorio Peces-Barba. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993, p. 97-99.

³⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 223-224.

A descrição geral da liberdade, assim, seria vislumbrada pela perspectiva se esta ou aquela pessoa está ou não livre desta ou daquela restrição para fazer ou não isto ou aquilo³⁶.

Distingue Alexy, ainda, as liberdades protegidas e as liberdades não protegidas. As liberdades não protegidas são reduzidas a permissões, de fazer e não fazer algo. A negação da liberdade não protegida é a não liberdade. Do ponto de vista lógico, "liberdades não protegidas nada mais são que uma determinada combinação de negações do dever-ser"³⁷.

Inferre-se deste raciocínio que uma liberdade não protegida existe quando ações ou abstenções são qualificadas como permitidas dentro de um ordenamento jurídico. Assim, é possível a existência de permissões explícitas ou implícitas, lembrando sempre que normas permissivas que envolvam direitos fundamentais são normas de hierarquia superior, estabelecendo os limites do dever-ser em relação às outras normas³⁸.

Enxerga-se, neste contexto, uma função social nos direitos fundamentais, sendo que seu núcleo estrutural é constituído por posições jurídicas consideradas fundamentais e atribuíveis a todos os indivíduos, promovendo a proteção e a garantia de certos bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo de suas posições ou relações na sociedade³⁹. Por isso, normas permissivas de direitos fundamentais implicam em limites em relação às demais normas de um sistema jurídico.

Já as liberdades protegidas não se limitam a permissões, sendo constituídas por um feixe de direitos a algo e por normas objetivas que garantem ao titular de um direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida⁴⁰.

Para John Rawls, estas liberdades seriam visualizadas como liberdades básicas, consistindo num conjunto de direitos e deveres em que se analisa não só ser permissível fazer ou não algo, mas também o governo e outras pessoas em termos de não criação de obstáculos⁴¹.

Vislumram-se, assim, liberdades de maior ou de menor grau, de acordo com uma espécie de perímetro protetor, que não se confunde com a proteção de igual conteúdo. Liberdades que possuem proteção por meio desta faixa protetora são liberdades protegidas indiretamente,

³⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.219.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 227-229.

³⁸ ALEXY, *op.cit.*, p. 231-232.

³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 79.

⁴⁰ ALEXY, *op. cit.*, p. 232.

⁴¹ RAWLS, *op. cit.*, *loc. cit.*

enquanto que liberdades que possuem uma proteção substancial são liberdades protegidas diretamente⁴².

Quando se fala de uma proteção positiva de uma liberdade em face do Estado surge uma combinação entre o exercício da liberdade e uma ação positiva. Quando, ao revés, se notam liberdades jurídicas, direitos contra o Estado a um não embaraço e competências para questionar judicialmente as violações destes direitos, surge um direito negativo de liberdade em face do Estado⁴³.

Em relação à incapacidade de beneficiar-se dos próprios direitos em face da pobreza e falta de oportunidades, é comum que se defenda uma restrição da liberdade, haja vista que a liberdade não poderia ser exercida com sua carga axiológica plena diante destas circunstâncias.

Tal posição não é compartilhada por John Rawls⁴⁴, que afirma ser possível conciliar liberdade e igualdade neste cenário. Para ele, existiria uma diferença entre a liberdade e o valor da liberdade. Enquanto a liberdade é representada por um sistema de liberdade de cidadania igual, o valor da liberdade depende da capacidade das pessoas em promover seus fins dentro da estrutura definida pelo sistema.

A noção de liberdade como liberdade igual seria a mesma para todos, de acordo com o pensamento do autor, não havendo problemas no tocante à compensação de uma liberdade que não atinja o mínimo de igualdade. Contudo, o valor da liberdade não seria igual para todos, pois alguns teriam maior riqueza e mais facilidade para atingir seus objetivos. A estrutura básica, nesta situação, teria que ser ordenada para maximizar o valor da liberdade para os menos favorecidos, garantindo-se igualdade e justiça social⁴⁵.

Estas concepções, embora abstratas, revelam uma base comum, independentemente da concordância com a divisão entre liberdade igual e valor da liberdade: a liberdade e a igualdade devem estar juntas, atuando como direitos fundamentais capazes de garantir justiça.

Trazendo essa premissa para a liberdade e autonomia, infere-se que a autonomia, como mecanismo de exercício da liberdade acerca da autorregulação da vida de um indivíduo,

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 233.

⁴³ *Ibid.*, p. 234.

⁴⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.221.

⁴⁵ *Ibid.*, p.222.

comporta uma análise complexa, afinal deve ser conciliada com os direitos de outras pessoas a uma idêntica cota de liberdade e com valores caros, como a igualdade e solidariedade⁴⁶.

Primeiramente, urge entender quais os mecanismos de permissões trazidas pelo ordenamento jurídico no que diz respeito ao exercício da autonomia, num viés de análise da liberdade não protegida.

Ademais, no tocante às liberdades protegidas, a autonomia deve ser vista por meio dos instrumentos que permitam a sua proteção em face dos particulares, da sociedade e do Estado, de sorte que estes devem promover o exercício da liberdade e, conseqüentemente, da autonomia, sem criar restrições ou embaraços.

Por fim, o direito fundamental à liberdade não pode ser visto, na perspectiva da autonomia, sem conexão com o direito fundamental à igualdade, uma vez que, numa sociedade onde muitos se encontram em posições desprivilegiadas, de pobreza extrema e dificuldades sociais, o exercício da liberdade e, portanto, da autonomia, não poderia ser considerado pleno.

2.1.2 Autonomia privada e igualdade

Fixadas as premissas acerca da tutela do direito de liberdade e sua interação com o desenvolvimento da autonomia, faz-se necessário adentrar nas interações entre autonomia e igualdade.

A limitação no que concerne ao direito de liberdade não significa, necessariamente, algo ruim. Em verdade, esta acontece como uma forma de garantir e reforçar a sua existência, de sorte que, numa sociedade livre e justa, faz-se necessário garantir as liberdades básicas de forma igualitária para todos⁴⁷.

Liberdade e igualdade, portanto, andam lado a lado, possuindo relação próxima. Numa análise pautada na autonomia, a liberdade, seja em perspectiva existencial ou em perspectiva patrimonial, só pode ocorrer numa relação jurídica equilibrada, fundada em condições igualitárias.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada in: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 308.

⁴⁷ RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.144.

Em certas situações concretas, faz-se necessário desigualar para que se chegue a um patamar de igualdade⁴⁸, permitindo-se, portanto, o exercício de atos de liberdade, como a realização de negócios jurídicos, por exemplo.

As desigualdades ocorreriam na sociedade num viés de legitimidade, como mecanismo de diferenciar situações jurídicas que nunca estiveram no mesmo patamar igualitário, dando-lhes conformismo valorativo que se coaduna com o ideal de liberdade e da própria igualdade. Igualdade e desigualdade, pois, são valorativas⁴⁹ e, para garantir o bom funcionamento do ordenamento jurídico, podem ser relativizadas.

Questionamento necessário se dá no tocante aos critérios que devem ser utilizados para fins de justificação da utilização de tratamento diferenciado. Faz-se necessário, por conseguinte, estabelecer relação entre a igualdade valorativa e a igualdade que ocorre no plano concreto, a fim de se determinar a necessidade do tratamento diferenciado. Ademais, o tratamento igual ou desigual deve ter relação com os sujeitos envolvidos, fazendo-se uma análise acerca do por que da necessidade do tratamento igual ou desigual em face das demais situações. Por fim, institui-se a análise de verificação de critérios que possam ser utilizados em termos valorativos, para fins de definição se aquela situação merece tratamento igual ou desigual⁵⁰.

Percebe-se, nesta senda, que uma análise comparativa deve ocorrer, sendo que esta análise deve se pautar em critérios valorativos, para uma análise acerca do tratamento igualitário ou desigual. O grande problema reside na escolha feita na análise de pertinência ou vínculo de correlação lógica que deve se manter com a finalidade que justifica a comparação⁵¹. A diferenciação passa a ser analisada no que diz respeito ao ato de escolha e no critério empregado que fundamente o tratamento desigual⁵².

O ato de escolha, no ordenamento democrático, deve ser feito por meio da Constituição Federal, uma vez que é esta que indica os parâmetros valorativos e finalidades a serem alcançadas para que a definição da igualdade ou desigualdade seja realizada⁵³. Esta premissa, como já fora visto anteriormente, coaduna-se com a ideia da constitucionalização do Direito

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.11.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010, p.274.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 400.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.43

⁵² ALEXY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵³ ÁVILA, *op. cit.*, p.30.

Privado, sendo capaz de iluminar os atos de autonomia das partes no exercício de suas liberdades.

No tocante aos critérios que devem ser utilizados para se realizar ou não a diferenciação em face de uma situação jurídica que envolva o exercício da autonomia, tem-se uma problemática maior, haja vista que é possível uma infinidade de critérios passíveis de ser utilizados, seja por conta do tempo, espaço ou até mesmo cultura onde a relação jurídica encontra-se inserida.

Por isso, dar tratamento diferenciado àqueles que se encontram em posição diferenciada depende de uma análise substancial do princípio da igualdade, não podendo ser realizada por um aspecto formal.

Tomando por base os ensinamentos de Chaïm Perelman⁵⁴, a noção de justiça relaciona-se, em certa medida, com o ideal de igualdade. Para o autor, se um indivíduo reclama acerca do seu mérito, irá querer que se trate da mesma forma pessoa de mérito igual. Da mesma forma será quando alguém desejar que um tratamento justo seja aplicado, de sorte que se buscará garantir tratamento igual às pessoas de mesma posição social.

Infere-se que, do ponto de vista abstrato, são os seres humanos iguais, por compartilharem características próprias que garantem sua existência, como a presença do coração, por exemplo. Já numa análise concreta, são diferentes, desigualando-se em diversos aspectos, de sorte que "o que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver"⁵⁵.

Em face destas considerações, é importante diferenciar os conceitos de igualdade perante a lei e igualdade na lei, para então se chegar ao conceito de igualdade substancial.

A igualdade perante a lei consiste naquilo que se conhece por igualdade formal, determinando tratamento igual na aplicação da norma jurídica ante um mesmo suporte fático normativo⁵⁶.

No entanto, o legislador encontra-se adstrito não só ao conteúdo exegético da norma, devendo analisar os direitos fundamentais decorrentes da análise do conteúdo normativo. Os direitos

⁵⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.14-19.

⁵⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990, p.118

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393-394.

fundamentais, assim, exercem um papel de controle em relação às disposições normativas, evitando a análise meramente vazia da igualdade perante a lei⁵⁷.

Para o Direito Privado, tal ideal coaduna-se com a supracitada vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, permitindo-se a incidência direta destes como uma forma de se garantir, neste ponto, a igualdade. Em face desta circunstância é que surge a concepção de igualdade na lei. Deve o legislador dar tratamento igual aos indivíduos, sem deixar de lado a noção de que nem todos estarão na mesma posição jurídica em face de circunstâncias naturais ou fáticas⁵⁸.

Por fim, a igualdade substancial determina a medida de tratamento desigual àqueles que se encontrem em posição de desigualdade. Não pode, contudo, trazer teor arbitrário. Tratamento arbitrário, por conseguinte, seria aquele fundado em posicionamento não razoável.

Por isso, compreender o que seria um tratamento discriminatório ou não perpassa por uma justificativa racional, leia-se, por um fundamento lógico, com vistas a analisar o traço que garante a desigualdade acolhida com base nos valores prestigiados pela Constituição Federal⁵⁹.

Esta busca pela igualdade não faz com que se observe uma posição superior da mesma diante da necessidade de tratamento desigual, tão pouco exclui o *múnus* relativo ao tratamento diferenciado quando presente fundamento para abordagem desigual⁶⁰.

A escolha acerca da diferenciação é do legislador ante a sua competência e discricionariedade de conformação jurídica. Caso opte por um tratamento desigual, este será legítimo se atender aos ditames constitucionais, naquilo que diz respeito à análise das razões que levaram a realizar a diferenciação. Esta premissa é vista como um ônus argumentativo, que retira a arbitrariedade da conduta. Só caberia desigualar, portanto, se houvessem razões suficientes e plausíveis para diferenciação⁶¹.

Diante do estudo da autonomia, percebe-se que as diferenciações feitas no sistema jurídico brasileiro, principalmente no que tange à área trabalhista - objeto de estudo desta pesquisa - foram pautadas em critérios valorativos, onde havia razão específica para o tratamento

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010, p.273.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.21-22.

⁶⁰ LUHMANN, *op. cit.*, p.277.

⁶¹ ALEXY, *op. cit.*, p. 412-413.

desigual, em face do desequilíbrio marcante da relação de emprego. Tratar-se-á destas implicações mais adiante.

Em suma, o exercício da autonomia perpassa por uma escolha dentro do sistema jurídico acerca da carga valorativa relativa ao tratamento desigual. Apenas assim se garantirá isonomia, sendo possível o exercício da liberdade dos sujeitos participantes daquela relação jurídica.

2.2 AUTONOMIA E VONTADE: CONCEITOS BÁSICOS

O vocábulo autonomia tem sua origem no grego, consistindo na junção das expressões *autos* e *nómos*. A expressão *autos* indica a atuação por si só, enquanto que a palavra *nómos* significa pressão de conduta⁶². Desta forma, entende-se a autonomia como a qualidade de autogovernar-se, de tomar decisões da forma que bem lhe aprouver.

Por isso, a autonomia corporifica a possibilidade do indivíduo de buscar criar suas regras de conduta, sem que haja interferência ou imposições forasteiras. Mostra-se como antônimo de heterotomia, que demonstra um estado de sujeição à vontade ou norma de conduta de outrem, estando inexistente a autonomia⁶³.

Esta diferenciação é abordada por Paulo Lôbo, que afirma que a autonomia possui relação direta com a liberdade, na medida em que permite que os seres humanos exerçam escolhas e estabeleçam regras para si mesmos, de forma coletiva ou individual. A heterotomia, contudo, consiste na esfera da natureza voltada ao estudo das regras que o homem não pode modificar, estando em estado de sujeição às mesmas⁶⁴.

Conforme fora visto, a palavra autonomia possui relação com a noção de autodeterminação, desfrutando de significado político e tendo relação direta com a liberdade, servindo, portanto como fonte de mandamentos morais universalmente válidos⁶⁵.

⁶² CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. *Revista De Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004, p. 84.

⁶³ *Ibid.*, p. 85.

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.722, p. 40-45, dez., 1995, p. 41.

⁶⁵ CORRÊA, André Rodrigues. Autonomia: razões e limites. In: PUSCHEL, Flávia Portella. (Org.). *Organização das Relações Privadas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 320.

Em suma, percebe-se que a palavra autonomia, em termos jurídicos, deve ser vislumbrada como a capacidade que todo e qualquer ser humano possui de se autodeterminar, tomando decisões e realizando suas ações da forma que entender mais adequada.

Associado ao conceito de autonomia encontra-se a compreensão da vontade. Tal termo possui origem latina, advindo da expressão *voluntate*. Simboliza, dessarte, a prerrogativa que tem o ser humano em exteriorizar os seus desejos, bem como a intenção, manifestação ou declaração em realizar algo.

A vontade representa, portanto, ânsia, aspiração do homem em face de algum fim ou objetivo. Voltada à realização do querer humano com base num determinado fim, o estudo da vontade interessa a diversas áreas do conhecimento, como já fora explanado anteriormente⁶⁶.

Interessa à psicologia, por exemplo, o estudo da vontade no campo do ser. O Direito, por sua vez, busca compreender as nuances da vontade no campo do dever ser, mediante a dogmática jurídica. Não é à toa que a vontade possui papel de destaque no Direito Civil, haja vista que constitui o principal elemento do ato jurídico *lato sensu*. Reconhece-se, nessa linha, a vontade como um mecanismo de eficácia jurídica dentro do ordenamento jurídico, demonstrando a sua importância, portanto⁶⁷.

Segundo Enzo Roppo, a vontade tem prestígio salutar no tocante à teoria do negócio jurídico, principalmente no que diz respeito à configuração de direitos e obrigações. Funciona, assim, como força criadora de direitos e obrigações, motor da dinâmica dos atos jurídicos. Ainda para o autor, um dogma rígido da vontade reflete como a disciplina é construída a partir de várias regras, tutelando de forma intransigente a liberdade e querer humano de quem realiza o negócio jurídico, por exemplo⁶⁸.

Deste modo, a autonomia deve ser compreendida à luz da vontade, deste querer humano externado, capaz de promover o direito fundamental à liberdade. Atua em diversos âmbitos do direito, tendo destaque notável no Direito Privado, em especial no que tange aos negócios jurídicos.

⁶⁶ CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. *Revista De Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004, p. 91.

⁶⁷ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.791, p. 31-64, setembro, 2001, p. 35.

⁶⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 49-50.

2.3 A AUTONOMIA DA VONTADE

Como fora apontado linhas atrás, a vontade é tida, no Direito Privado, como a externalização de um desejo humano voltado a algum fim. Preza, assim, pela liberdade do indivíduo que, em certa medida, representa um elemento psicológico deste em face da revelação de um desejo humano⁶⁹.

Vislumbra-se a formação de um negócio jurídico quando se tem uma manifestação de um querer humano em prol de um fim específico. Neste caso, estar-se diante do fenômeno da autonomia da vontade em face da confluência de ideias.

A autonomia da vontade, como faceta da liberdade na promoção de negócios jurídicos, consubstancia contornos diversos da sua visão concebida no Direito Romano. Por isso, importante compreender qual o caminho percorrido desde a sua formação até os dias atuais, momento no qual ganha espaço o conceito de autonomia privada.

2.3.1 O evoluir da autonomia da vontade

O Direito Romano funcionou como inspirador de diversos ordenamentos jurídicos no que diz respeito ao Direito Privado. Em razão desta constatação, comum é a aceitação de que a autonomia da vontade possui origem romana. Nada obstante, o Direito Romano não vislumbrava a possibilidade de exercício de direitos subjetivos, de sorte que o contrato não fora reconhecido como uma categoria geral. A ilustração trazida pelas *actiones* romanas não era suficiente para se visualizar figuras genéricas de espécies contratuais⁷⁰.

No pensamento de Christian Baldus, isso não significa que não existia autonomia no Direito Romano. Para o autor, os romanos seguiam os ditames da autonomia privada e não da autonomia da vontade, uma vez que havia limitação, ainda que pequena. Assim, não se tinha

⁶⁹ BALLALAI, Augusto Luppi. A vontade como elemento promordial no direito privado. *Revista De Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.8, n.32, p. 21-31, out. / dez. 2007, p. 24.

⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.722, p. 40-45, dez., 1995, p. 41-42.

consagração de interesses individuais *per si*, buscando-se uma estabilidade de interesses em face de uma avaliação dogmática⁷¹.

Negócios jurídicos eram vislumbrados no Direito Romano, embora não fossem considerados como espécies contratuais. Os acordos firmados pelas partes negociantes consubstanciavam atos de autonomia da vontade, haja vista que possuíam força normativa por meio da *Lex privata*. A vinculação das partes ao negócio, por sua vez, não se dava por uma imposição e sim por conta dos interesses das mesmas, devendo apenas demonstrar que se encontrava consenso com o equilíbrio comum de interesses⁷². Este fato, por si só, não é capaz de ressignificar a autonomia da vontade no Direito Romano ao ponto de entendê-la como autonomia privada.

Avançando na história, a Idade Média também possui enlances com a autonomia privada, onde esta admitia influência das leis cristãs. Nos feudos, o proprietário da terra, chamado senhor feudal, tinha *status* superior aos demais homens e exercia todas as relações de domínio e bens. Contudo, quando a terra deixa de ser o único bem comerciável, abre-se espaço para a noção de vontade⁷³.

O Direito Natural tomista, segundo Canotilho, ao distinguir *Lex divina*, *Lex natura* e *Lex positiva*, abriu caminho para a necessidade de se analisar o direito positivo à luz das normas jurídicas naturais, que possuíam como base a própria natureza humana. A secularização do Direito Natural pela teoria dos valores objetivos da escolástica espanhola, ao admitir a substituição da vontade divina pela natural, dá origem à concepção secular de Direito Natural⁷⁴.

Entende-se que a vontade passa a ser enxergada no contexto de uma vontade natural, fruto da razão humana. Os negócios jurídicos, portanto, são fundamentados no período por meio da existência do Direito Natural. A ideia então descrita ganha força diante da revolução francesa, uma vez que esta promove uma mudança na estrutura social no contexto da liberdade e

⁷¹ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. Trad. Vinicius Aquini e Eduardo Bondarczuk.. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.100, n.904, p. 41-72, fev. 2011, p. 47 e 66.

⁷² ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. *Revista De Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.7, n.27, p. 279-292, jul./set. 2006., p. 281.

⁷³ BADIR, Eid. Autonomia privada à luz do direito comunitário - a formação do direito civil comunitário in: LOTUFO, Renan (coord.). *Direito Civil Constitucional*. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99.

⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 382.

igualdade. As pessoas agora eram vistas como livres e iguais, sendo titulares de direitos naturais patrocinados pela organização da sociedade⁷⁵.

Assim, o conceito de autonomia da vontade possui influência direta da Escola dos Glosadores da Universidade de Bolonha, da Escola de Direito Natural, da Teoria do Contrato Social de Rousseau e da Teoria Kantiana da Vontade⁷⁶.

Analisando a ideia de Rousseau em *O contrato social*, percebe-se que o mesmo defende a noção de liberdade natural do homem pactuada em estágios, quando se tem um estágio de liberdade plena, o estágio do contrato social e, por fim, o estado de sujeição da pessoa à sociedade⁷⁷.

Nesta toada, segundo Rousseau, "cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo"⁷⁸.

Infere-se de tal pensamento que a autonomia da vontade faz com que o indivíduo se submeta à vontade da sociedade, em face da vinculação ao contrato social. A obediência ao Estado adviria da ideia de participação social na elaboração das normas pela maioria, o que justificaria o exercício da autonomia da vontade nestes moldes.

Esta questão também é abordada por Locke e Hobbes na perspectiva da vivência humana, no desenvolvimento do ser humano, portanto. Não levam em consideração a vontade *per se*, mas, na medida em que descrevem o ser humano, tratam da atuação estatal perante as vontades individuais. Segundo Hobbes⁷⁹, os indivíduos, por viverem em Estado de guerra constante, necessitariam de um Estado forte, com grande poder de atuação, de sorte a limitar a vontade. Já Locke defende que os indivíduos sabem diferenciar o justo do injusto, de sorte que a atuação estatal deveria ser imparcial, visando o relacionamento bom entre os indivíduos no exercício das suas vontades⁸⁰.

⁷⁵ PEREIRA, Jane Reis Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares in BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, p. 125.

⁷⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 356.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. Ed., rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 37.

⁷⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 22.

⁷⁹ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Renato Jaime Ribeiro. Coord. Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 32-35.

⁸⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávia Scabin. [S.I.] Malheiros, 2006, p. 29-30.

Para Locke, no que concerne à vontade, o homem não é livre para decidir. O ato de volição, segundo o autor, "faz com que o homem permaneça acerca do ato de vontade sob uma necessidade e, deste modo, não pode ser livre, a menos que a necessidade e a liberdade sejam compatíveis, e o homem posa, ao mesmo tempo, ser livre e obrigado"⁸¹.

Por isso, os autores possuem em comum o pensamento de que a vontade encontra-se em conformidade com o poder estatal, podendo haver uma submissão estatal mais forte, a fim de promover a paz social ou uma atuação estatal imparcial, auxiliando o relacionamento entre os seres humanos.

Urge fazer menção ao pensamento de Kant que, estimulado pelo pensamento de Rousseau, faz a primeira teorização acerca da autonomia numa perspectiva prática e com aplicabilidade ao âmbito jurídico de forma marcante.

Segundo ele, o homem é detentor de liberdade jurídica, uma vez que expressou seu consentimento livre ao Estado no momento da produção de uma norma, de sorte que a obediência e vinculação à norma ocorreriam apenas àquelas onde houve sua participação⁸².

Na busca por uma lei que, moralmente, valha em si mesma, abrangendo todos os seres humanos racionais, Kant deseja que os indivíduos consigam julgar suas ações de forma a reconhecê-las como máximas das leis universais⁸³. Esta questão é abordada na obra *A Metafísica dos Costumes*, onde o autor defende que a vontade é fruto do desejo de cada um, sendo designada a faculdade de fazer ou deixar de fazer conforme seu deleite. O fundamento para tanto seria a razão⁸⁴.

Almejando a consagração de uma vontade que fosse pura, Kant aborda ainda o conceito de boa vontade. Se esta for boa, sua carga valorativa estaria garantida em si mesma. A vontade pura é designada pelo conceito de dever, que precisaria ser cumprido por si mesmo, não por sua utilidade e que apenas é alcançado pela razão⁸⁵, como fora dito linhas atrás.

Em face desta concepção de vontade, qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a "liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de

⁸¹ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura, p. 120.

⁸² KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 62.

⁸³ *Ibid.*, p. 62-63.

⁸⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada - relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 55.

escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal"⁸⁶.

Avançando na breve análise da evolução da autonomia da vontade, Hegel e Schopenhauer também buscam analisar o referido instituto. Como ponto de partida, ambos se filiam à autodeterminação que o indivíduo detém no progredir da vontade.

Segundo Hegel, a vontade pode ser visualizada por meio de três elementos. O primeiro deles é a pura indeterminação ou da pura reflexão em si mesma, representando o puro pensamento humano. O segundo, a determinação, constitui o caminho natural após a indeterminação, materializando-se na fase de tomada de decisão. O terceiro e último momento consiste na relação de negatividade consigo mesmo, que consiste na união dos momentos relatados anteriormente para a formação da vontade do indivíduo⁸⁷.

Assim, os dois primeiros momentos são tidos como momentos abstratos, ao passo que o terceiro "o que é verdade, o que é especulativo (e o que é verdade, para ser concebido, só pode ser pensado especulativamente), é aquele que o intelecto se recusa a penetrar, ele que sempre chama de inconcebível o conceito"⁸⁸.

Já os ensinamentos de Schopenhauer revelam que o corpo tem o condão de demonstrar a vontade. Conhecimento e vontade possuem relação direta, de sorte que "o conhecimento permanece sempre sujeito ao serviço da vontade, dado que se formou para este serviço, e mesmo emergiu da vontade assim como a cabeça emerge do tronco"⁸⁹.

As coisas individuais diante de toda a história da humanidade nada mais são do que ideias, na visão do autor. Quando surge uma ideia, não se tem como distinguir nela sujeito e objeto, pois somente quando estas se interpenetram que se forma a objetividade adequada à vontade⁹⁰.

Por isso, é através das indisposições do corpo que o homem consegue se enraizar no mundo, unindo ideia e vontade, de sorte a intuir o mundo por meio de um processo intelectual que gera conhecimento.

Depreende-se que o mandamento da vontade materializa o conceito de autonomia da vontade, dominante nos séculos XVIII e XIX. Revela o direito de liberdade, conforme os ideais

⁸⁶ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 76-77.

⁸⁷ HEGEL, Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13-15.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁹ SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Livro III. Trad. Wolfgang Leo Maar. Edição Acrópolis, p. 10. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/representacao3.html>, acesso em 18 de agosto de 2018.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 13.

expostos no período da Revolução Francesa por meio da tríade kantiana da liberdade, igualdade e fraternidade.

Entabula-se, portanto, a concepção clássica de autonomia da vontade, que surge com base nos ditames liberais focados na liberdade contratual e na noção de força obrigatória dos contratos. Esta constatação inunda o Direito Privado com uma teoria que tem por base a vontade, tornando a autonomia da vontade protagonista da produção de negócios jurídicos.

2.3.2 O conceito clássico de autonomia da vontade

Com base na visão supracitada de Kant, a autonomia da vontade conceitua-se como a liberdade que um ser humano possui de criar relações jurídicas, tendo por base seus preceitos racionais.

Teria, portanto, a autonomia da vontade, feição subjetiva, uma vez que revelaria a vontade da pessoa em si mesma, em sentido psicológico. Sua função seria apenas garantir a vontade do sujeito, haja vista que esta funcionaria como fonte de efeitos obrigacionais⁹¹.

A concepção de contrato é influenciada pela ideia de consenso, sendo a vontade humana fonte para a geração de direitos. O negócio jurídico é visto como um ato de declaração de vontade. Daí decorre a chamada teoria da vontade ou subjetiva, advinda do ordenamento francês, onde os atos e negócios jurídicos seriam gerados pela declaração de vontade apenas⁹².

Segundo esta teoria, a vontade psicológica deve prevalecer no momento da realização de negócios jurídicos caso esta se encontre, de alguma forma, em desconformidade com a sua declaração⁹³. Assim, identifica-se a vontade negocial com a vontade subjetiva dos autores do negócio o que, para Luigi Ferri, indica que "reducen la primera a la segunda, negando más o menos explícitamente que el negocio jurídico pueda contener outra voluntad que no sea la interna o psicológica de los sujetos"⁹⁴.

⁹¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 66.

⁹² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.51-52.

⁹³ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores no sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.23 e 24, p. 41-78, jul./dez.,1997, p. 47.

⁹⁴ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. e notas de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001, p. 137.

Não se pensa, portanto, em uma vontade objetiva, mas apenas que a declaração é utilizada como um veículo para exteriorizar uma vontade subjetiva, que se coaduna com a vontade real das partes.

A teoria objetiva ou da declaração, por sua vez, advém de uma necessidade de se modificar a estrutura e função dos negócios jurídicos. O Estado social defende a existência de direitos sociais que influenciam as relações privadas⁹⁵. Busca-se ampliar a proteção dos indivíduos, por meio da noção de solidariedade. Esta, portanto, rompe com a noção meramente voluntarista, buscando a satisfação de interesses pessoais⁹⁶.

Preconiza que a essência do negócio é aquilo que foi declarado, sem levar em consideração se corresponde ou não à vontade interna do sujeito. Todo negócio jurídico teria um conteúdo, um significado próprio, uma realidade própria⁹⁷.

A teoria poderia ser vista sob o aspecto da teoria preceptiva ou da teoria normativa. A teoria preceptiva defende que o interesse no negócio e a declaração devem ser enxergados no contexto comportamental e circunstancial que conferem valor ao contrato. Por sua vez, a teoria normativa traz o enfoque na ideia de que o negócio cria e regula as relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos contratantes⁹⁸.

Percebe-se, das teorias supracitadas, que a vontade possui destaque, ainda que vista sob prismas diversos. Tanto é assim que Messina afirma que a teoria da declaração também trata da importância da intenção, embora vista por meio do que fora propagado ou exteriorizado. Para ele, a teoria da declaração não contrapõe a teoria da vontade, pois ambas enxergam intenção, mudando apenas a perspectiva: uma de ordem objetiva ou real e outra de ordem subjetiva⁹⁹.

O que se entende da visão do autor é que estas teorias apenas diferem no que concerne à vontade exteriorizada em termos de prevalência. Na teoria objetiva, a vontade que fora

⁹⁵ HORVATH JÚNIOR, Miguel. A autonomia privada e a constituição. *Revista da Procuradoria do INSS*. Trimestral, 164p. 1993. Brasília: MPAS/INSS, p. 69.

⁹⁶ BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós modernidade. *Revista de Direito Privado*. Ano 15, vol. 57, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 85.

⁹⁷ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. e notas de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001, p. 138.

⁹⁸ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de Trabalho e autonomia privada In: NALIN, Paulo (org.) *Autonomia Privada na Legalidade Constitucional: contrato e sociedade*, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 144.

⁹⁹ MESSINA, Giuseppe. *La simulazione assoluta*. Milão: Vallardi, 1948, p. 73.

declarada é aquela que prevalece diante da realização de um negócio jurídico, enquanto que, na teoria da vontade, prima-se pela vontade interna, recorrendo-se ao elemento anímico.

A concepção da autonomia voltada apenas o ideal da vontade não se sustenta ante as transmutações vivenciadas nas doutrinas do Direito Privado do século XX, em especial em face do já mencionado ideal de solidariedade trazido pelo Estado Social.

No Direito, vislumbra-se uma nova teoria, idealizada com base nas críticas à teoria da vontade e a teoria da declaração. Esta é denominada teoria da confiança onde, em caso de conflito entre a vontade real e a vontade que fora declarada, deve prevalecer aquela que tiver incutido no outro sujeito negociante confiança suficiente, segundo critérios que consagram a boa-fé objetiva¹⁰⁰.

Depreende-se, conseqüentemente, que o conceito clássico de autonomia da vontade perde força ante a característica de estar interligado a uma concepção anímica ou voltado ao poder da vontade apenas.

2.3.3 O declínio do conceito clássico da autonomia da vontade e a ascensão da autonomia privada

Conforme fora visto linhas atrás, a autonomia da vontade fora dominante durante o Estado Liberal, uma vez que este tinha como base a liberdade negocial das partes. O enfraquecimento paulatino da autonomia da vontade se mostra presente diante do implemento das legislações sociais, em especial por conta do Direito do Trabalho, além de outras conquistas relacionadas aos direitos fundamentais de segunda dimensão¹⁰¹. Sua queda, porém, deu-se com o incremento do Estado Social, fato essencial para o declínio da teoria da vontade e da teoria da

¹⁰⁰ Segundo Bruno Navaes, a teoria da confiança abarca a teoria da autorresponsabilidade, haja vista que não haveria razão para diferenciá-las. A confiança, vista numa perspectiva objetiva, fundamentar-se-ia na atribuição de responsabilidades e deveres de atenção e zelo na realização de negócios jurídicos. Cf. NAVAES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada - relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 77.

¹⁰¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las Geraciones de Derechos Humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N. 10. Septiembre-Diciembre 1991, p. 205/206. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=qins0qjcsbmigxqpzog2ec55_407909&ART=15,21414,RCEC_10_201.pdf. Acesso em: 13 maio de 2009.

declaração. A vontade real, como um dogma do Direito Privado, perde espaço, ante a necessidade de se consagrar o bem-estar social¹⁰².

Outro ponto também determinante para a aniquilação do voluntarismo repousa na incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Vislumbra-se, neste momento, que, além da necessária atuação do Estado na promoção dos direitos sociais¹⁰³, faz-se necessária reconhecer a incidência destes direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais faz com que todo o ordenamento jurídico seja impregnado com valores da sociedade, atingindo o Direito Privado. Os direitos fundamentais passam, portanto, a ser direitos que balizam toda a atuação estatal, por meio das normas jurídicas e atuação dos Poderes estatais, e atividades dos particulares¹⁰⁴.

Depreende-se desta premissa que não haveria como se ter uma vontade negocial plena diante de uma sociedade onde a desigualdade fosse majoritária. A incidência dos direitos fundamentais levaria à proteção destes indivíduos, em face da desigualdade contratual latente, já que, sem tal consideração, o desequilíbrio contratual seria a máxima daquela relação jurídica.

A igualdade formal, mencionada outrora, não se mostra suficiente para lidar com os desequilíbrios existentes nos negócios jurídicos, ainda mais ante a função social que estes negócios exercem baseados na solidariedade¹⁰⁵. Fazia-se necessário consagrar a igualdade material na perspectiva do Direito Privado, principalmente diante do fenômeno da constitucionalização desta parcela do Direito.

Assim, teorias acerca da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas são visualizadas. Destacam-se as teorias que negavam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria da eficácia indireta ou mediata e a teoria da eficácia direta ou imediata¹⁰⁶.

¹⁰² CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. *Revista De Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004, p. 90.

¹⁰³ COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. *Revista De Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.16, n.62, p. 216-239, jan. / mar. 2008, p. 225.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 124.

¹⁰⁵ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. *Revista De Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.7, n.27, p. 279-292, jul./set. 2006., p. 282.

¹⁰⁶ Vislumbra-se, ainda, as teorias dos deveres de proteção, teoria de Schwabe, teoria de Alexy. Cf. CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

Em breves notas, a teoria da *state action* nega que exista vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois defende que somente o Estado seria sujeito passivo destes direitos. Funcionariam, portanto, como direitos de defesa em face do Estado¹⁰⁷. Fora relativizada pela jurisprudência norte americana, país que a adotou com vigor, por meio da *public function theory*, onde se defende que, se o sujeito de direito privado pratica alguma atividade estatal, fica sujeito à incidência dos direitos fundamentais¹⁰⁸.

Já para a teoria da eficácia mediata, não haveria incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por conta das diferenças existentes nessas relações¹⁰⁹. Visando a manutenção da autonomia privada, defende-se que os direitos fundamentais sejam vislumbrados por meio de uma ordem de valores e atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Por fim, a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, adotada no Brasil¹¹⁰, defende que as ofensas aos direitos fundamentais podem advir de particulares diante da realização de negócios jurídicos. Assim, para promover a liberdade e a igualdade

2003; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009, p. 146.

¹⁰⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Adogado, 2003, p. 318.

¹⁰⁹ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 60.

¹¹⁰ Neste sentido: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os Poderes Públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...]. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma – STF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819 / RJ - Rio de Janeiro, Relator(a) Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, D.J.: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 13 maio. 2019.

material destes indivíduos, salvaguarda os direitos fundamentais no exercício da autonomia destes¹¹¹.

Ante esta realidade, a autonomia da vontade, conforme fora concebida, não seria interessante, tão pouco adequada, por não refletir a realidade social. A intervenção estatal e as normas de ordem pública se fazem necessárias para a aclamação dos negócios jurídicos.

A ordem pública e o exercício da liberdade devem estar em consonância, portanto, com o dirigismo econômico, eliminando os contratos que forem contrários à proteção dos direitos fundamentais, devendo ainda amparar os negócios jurídicos firmados com a presença de parte hipossuficiente ou vulnerável, tal como ocorre na área trabalhista e consumerista¹¹².

Em síntese, compreende-se que a autonomia da vontade, na sua versão clássica, já não mais se amolda aos ditames do Direito Privado, marcado pela vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e pelo viés constitucional.

Não obstante, a autonomia da vontade ganha novos contornos para se adaptar à insólita realidade, que exprime uma mudança de concepção em sua base teórica. Outra expressão ganha força, quer seja a "autonomia privada".

Esta não se baseia, apenas, na liberdade dos sujeitos negociantes por meio de uma conformação de vontades. O consenso entre estes contratantes deveria estar influenciado por normas de ordem pública, presentes ou tidas como legítimas pelo ordenamento jurídico¹¹³.

Autonomia privada, portanto, não significa autossuficiência, e sim a manifestação de vontade por meio da fidelidade a certos pressupostos de validade trazidos pelo ordenamento jurídico¹¹⁴.

Percebe-se que este conceito encontra-se em maior conformidade aos ditames atuais do Direito Privado, pois expressa os valores constitucionais da proteção da liberdade e igualdade diante das limitações estabelecidas por lei.

¹¹¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 23

¹¹² GOMES, J. Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar In: NALIN, Paulo (org.) *Autonomia Privada na Legalidade Constitucional: contrato e sociedade*, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 255-256.

¹¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro in: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.) *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 49.

¹¹⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.52-53.

2.4 A AUTONOMIA PRIVADA

Nas palavras de Luigi Ferri, autonomia privada "no es expresión de una mera licitud o facultad, sino manifestación de poder y precisamente del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas"¹¹⁵.

O fenómeno da autonomia privada pode ser encarado, assim, no seu aspecto da limitação ou autolimitação de ordem estatal, que deixa espaços para atuação do particular mediante a utilização da lei.

Não seria a vontade, portanto, a fonte de efeitos jurídicos, haja vista que esta teria sua eficácia subordinada à lei. Neste caso, pode o Estado atuar de duas formas: ou rechaçando a vontade estabelecida, impondo um limite negativo, ou concordando com esta vontade, o que consistiria um limite positivo¹¹⁶.

A vontade psicológica e autonomia privada não indicam uma relação de necessária concordância. Devem, portanto, estar afinadas com o ordenamento jurídico, o que indica o fundamento de conformidade entre as mesmas. Assim é o pensamento de Enzo Roppo, que afirma que entre o dogma da vontade e tutela da autonomia privada não há, de fato, coincidência necessária: "nem sempre é verdade que, para garantir o respeito substancial da autonomia, da liberdade e, portanto, dos interesses dos contraentes, seja preciso prestar absoluto e incondicionado obséquio às suas tornadas de posição psíquica"¹¹⁷.

Nota-se que, em alguns casos, vontade e exercício da autonomia privada se encontram em posições contraditórias, em face das operações que podem envolver um negócio jurídico. Pode uma das partes deixar sua vontade de lado, em sentido psíquico, no momento da tomada de decisão acerca de um negócio jurídico, inclusive.

Ante a multiplicidade de negócios jurídicos possíveis, com multiplicidade de sujeitos contratantes, pode-se ter uma maior ou menor atuação dos poderes estatais diante do exercício da autonomia privada. Isto é o que se denomina densidade legislativa, que pode ser maior, de sorte a abarcar uma regulação legal maior, ou menor, onde a atuação do Poder Legislativo seria mínima.

¹¹⁵ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. e notas de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001, p. 7.

¹¹⁶ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina. 1982, P. 42-43.

¹¹⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 143.

Esta circunstância não descaracteriza a autonomia privada, haja vista que a norma estatal tem o condão de deixar um maior ou menor espaço de atuação aos particulares diante do exercício da sua própria atividade normativa¹¹⁸.

Seria, portanto, a autonomia privada uma atividade que encontra sua fonte de validade nas normas legais que trazem as fronteiras do seu atuar¹¹⁹. Apenas num ordenamento jurídico organizado e que consagre liberdade entre as pessoas é que se pode falar em autonomia privada nos moldes até então estudados, funcionando esta como uma expressão do direito fundamental à liberdade já mencionado anteriormente¹²⁰.

Por isso, um ordenamento jurídico pode estabelecer maior ou menor medida de liberdade negocial. A referida constatação em nada fere a autonomia privada. Em verdade, o negócio jurídico que foge aos ditames legais não poderia ser considerado fonte do direito, e sim um feito qualquer.

Destaca-se que é importante conformar a autonomia privada com princípios como boa-fé, eticidade contratual, função social dos contratos, dentre outros, afinal estes demonstram que o ordenamento jurídico encontra-se em harmonia com os ditames constitucionais e direitos fundamentais.

O estudo da autonomia privada, por sua vez, não se limita ao Direito Civil, tão pouco ao ordenamento jurídico brasileiro. Nota-se a influência deste instituto no Direito do Trabalho, Direito Consumerista, Empresarial, dentre outros. Percebe-se, ainda, sua importância pela vastidão de sistemas jurídicos ocidentais que tratam do assunto. Tratar-se-á desta temática neste momento.

2.4.1 Consagração da autonomia privada em outros ordenamentos

Nos sistemas jurídicos ocidentais, a liberdade contratual é vislumbrada como base teórica da teoria dos contratos, o que revela a importância da autonomia privada em seara individual nas relações jurídicas estabelecidas em âmbito cível.

¹¹⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia Privada E Negócios Jurídicos – Breves Notas. In: PUSCHEL, Flávia Portella. (Org.). *Organização das relações privadas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, v., p. 293-307, p. 304.

¹¹⁹ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. e notas de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001, p. 7.

¹²⁰ CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. *Revista De Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004, p. 96.

Exemplo disso é a diretriz trazida pelo Código Civil português onde se encontra, no artigo 405^{o121}, regramento expreso acerca da liberdade contratual nos moldes do conceito de autonomia privada supracitado. Segundo o dispositivo, dentro dos limites legais, as partes podem fixar de forma livre o conteúdo dos contratos, podendo ainda celebrar contratos diversos e inserir cláusulas conforme for do interesse das mesmas.

Reconhece-se, no ordenamento jurídico português, a autonomia privada como um mecanismo capaz de consagrar o livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que caberia às partes a criação de leis próprias, dentro dos limites estatais, que regeriam as suas relações¹²². Nesse sentido, seria uma forma de expressão da autodeterminação do indivíduo, conforme será visto no próximo ponto.

Esta interpretação decorre da leitura do artigo 26^o, n.1¹²³, da Constituição portuguesa, que consagra direitos como direito à identidade pessoal, desenvolvimento da personalidade, capacidade civil, imagem, intimidade, dentre outros. Paulo Mota Pinto defende que a autonomia privada é dedutível deste dispositivo, haja vista que garante o desenvolvimento da personalidade com base na liberdade do indivíduo¹²⁴.

Vislumbra-se, ainda, segundo a posição de Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, que, no sistema jurídico privado português o princípio da liberdade contratual possui conexão com o sistema econômico e social, atuando na perspectiva da economia de mercado por meio do exercício da liberdade negocial¹²⁵. Assim, a autonomia privada, para os autores, seria visualizada numa perspectiva também econômica, sendo fruto dos negócios jurídicos firmados em âmbito privado.

Com semelhança, na Alemanha, a autonomia privada possui estreita relação com a economia de mercado, haja vista que é instrumento que materializa a liberdade de empresa e

¹²¹ Art. 405^o, Código Civil Português: "Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover". PORTUGAL. *Decreto-lei n.º 44.344, de 25 de novembro de 1966 - código civil português*. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>, acesso em 24 de agosto de 2018.

¹²² OTERO, Paulo. Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana, In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, p. 108.

¹²³ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em: 24 de agosto de 2018.

¹²⁴ PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Portugal-Brasil, Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 147-149.

¹²⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pito; PINTO, Paulo Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 121-122.

propriedade privada. Ademais, também constitui, segundo Dário Moura Vicente, "uma projeção no domínio contratual do direito ao livre desenvolvimento da personalidade"¹²⁶.

Verifica-se que o exercício da autonomia privada, no sistema alemão, não pode se encontrar em dissonância do valor social da própria autonomia coletiva, exercida em conjunto pelos cidadãos no âmbito da legislação. Espaços de liberdade individual, portanto, devem respeitar justiça distributiva¹²⁷.

É interessante ressaltar que na Alemanha a liberdade contratual, expressão da autonomia privada, possui como corolários os princípios da fidelidade ao contrato e da eficácia relativa das relações obrigacionais. Os referidos princípios, no entanto, se adéquam à noção de justiça comutativa e respeito à confiança legítima¹²⁸.

O ordenamento francês traz disposição acerca da liberdade de contratar no artigo 1102 do Código Civil, onde se garante a liberdade no exercício da autonomia privada dentro dos limites da lei. Assim, não difere neste aspecto dos demais sistemas jurídicos já apresentados, consagrando a vontade humana para contratar, para estabelecer o conteúdo jurídico dos contratos firmados, para escolher com quem contratar conforme os limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico estatal¹²⁹.

Ademais, o *Code Civil* francês também trata da vinculação do conteúdo dos negócios jurídicos às partes que o realizam. Neste sentido, o artigo 1.103¹³⁰ afirma que os contratos firmados dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento possuem força de lei para as partes, consagrando o princípio da força obrigatória dos contratos.

O dispositivo supracitado não consagra a ideia originária de autonomia da vontade, e sim a noção de autonomia privada, uma vez que o poder de autorregulação das partes encontra

¹²⁶ VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 8, ano 3, p. 275-302. São Paulo: RT, jul-set.2016, p. 279.

¹²⁷ NEUNER; Jörg. O código civil da Alemanha (BGB) e a Lei fundamental. *Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, 2008, p. 75- 106. Florianópolis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, p. 80. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32349-38871-1-PB.pdf>, acesso em 24 de agosto de 2018.

¹²⁸ VICENTE, *op.cit.*, p. 283.

¹²⁹ *Article 1102: " Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public"*. FRANÇA. *Código Civil Francês*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=958CB49A3C32AF23A44C590668FB3402.tplgr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000032040792&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180825, acesso em 25 de agosto de 2018.

¹³⁰ *Article 1103: " Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits"*. FRANÇA. *Código Civil Francês*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=958CB49A3C32AF23A44C590668FB3402.tplgr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000032040792&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180825, acesso em 25 de agosto de 2018.

limitações dentro do próprio ordenamento jurídico. Nada impede, ademais, a revisão ou renegociação dos contratos ante uma situação de crise financeira, causando impactos no princípio da força obrigatória dos contratos¹³¹.

O direito italiano possui disposição semelhante ao direito francês no que tange à autonomia privada, haja vista que o contrato "se distingue dos demais modos de constituição, regulação ou extinção de relações patrimoniais pelo papel nele desempenhado pela autonomia privada"¹³².

Para que a vinculação dos particulares aos contratos ocorra, gerando os efeitos inerentes à *pacta sunt servanda*, faz-se necessário não apenas um acordo de vontades destinado a um fim, e sim que esta autonomia se dê segundo o ordenamento jurídico italiano. Neste sentido, tem-se o artigo 1322¹³³ do Código Civil Italiano que, consagrando a autonomia contratual das partes, limita esta ao conteúdo da lei estatal.

Em sequência encontra-se o sistema jurídico espanhol. O artigo 1255 do Código Civil espanhol destaca que os contratantes podem estabelecer pactos, cláusulas ou condições que lhes sejam convenientes, desde que não sejam contrários às leis, à moral ou ordem pública¹³⁴.

Desta forma, em resumo, percebe-se que os sistemas romano-germânicos consagram a autonomia privada como fonte de contratação entre particulares, embora esta não seja fundamentada apenas na força obrigatória dos contratos. Os efeitos contratuais, em verdade, fundamentam-se na tutela da confiança legítima, ante a necessidade de se responder pelas expectativas geradas na outra parte contratante¹³⁵.

A autonomia privada nos sistemas de Common Law também é bastante díspar dos sistemas jurídicos ocidentais romano-germânicos. A exegese de um código civil por anos foi desconhecida no direito inglês, pautado na ideia prática trazida pela Common Law. O papel

¹³¹ CABRILLAC, Rémy. Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats : renégociation, rescision ou révision. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 66 N°2, 2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014) p. 337-344.

¹³² VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 8, ano 3, p. 275-302. São Paulo: RT, jul-set. 2016, p. 281.

¹³³ Artigo 1322, n. 1, CC: " *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative]*". ITÁLIA. *Codice Civile*. Disponível em: <http://www.ipsoa.it/codici/cc/14/t2>; acesso em: 25 de agosto de 2018.

¹³⁴ ESPANHA. *Código Civil: Real Decreto de 24 de julio de 1889*. Disponível em: https://www.iberley.es/legislacion/real-decreto-24-julio-1889-publica-codigo-civil-7499513/26#ancla_119396, acesso em 25 de agosto de 2018.

¹³⁵ VICENTE, *op.cit.*, p. 285.

de prestígio dos juízes preservou sua importância, assim como o ideal de liberdade no que diz respeito ao exercício dos contratos¹³⁶.

Permitiram-se, a partir do Século XIX, estatutos que não representavam, aprioristicamente, uma codificação. O exercício livre da autonomia privada continuou a ser base teórica para o equilíbrio das partes na realização dos contratos. A liberdade individual seria a constatação de que o indivíduo possuiria autonomia, sendo capaz de escolher aquilo que melhor lhe atendesse e que, conseqüentemente, lhe garantisse bem-estar¹³⁷.

Isso não significa que, por razões de justiça, poder-se-ia pisotear aquilo que fora tido como premissa para a realização do contrato. Quando uma pessoa manifesta-se de uma forma, revelando sua conduta e criando uma expectativa na outra, terá contraído com a outra uma série de obrigações morais, sendo responsabilizada mesmo diante do exercício do princípio geral de liberdade. O Estado teria a obrigação de fiscalizar, com cuidado, o modo de utilização deste poder de liberdade individual¹³⁸.

Para alguns, esta premissa implicaria numa modificação geral no direito inglês, que anunciaria a morte dos contratos pela perda da liberdade contratual nos moldes em que foi pensada. Nesse sentido, tem-se a posição trazida por Patrick Atiyah na parte III da obra *The Rise and Fall of Freedom of Contract*¹³⁹.

Em verdade, o direito inglês, embora tenha sofrido modificações, continuou a consagrar a liberdade contratual em maior medida que o direito advindo dos sistemas romano-germânicos, afinal possui base num prisma liberal dos contratos.

O que ocorre é a influência, em certa medida, de teorias que buscavam conformar a força obrigatória dos contratos à tutela da confiança. Esta seria "essencial ao funcionamento regular de uma economia baseada no crédito, que necessariamente depende das expectativas induzidas nos agentes econômicos através de promessas contratuais não serem fraudadas"¹⁴⁰.

O direito norte-americano também passa por evolução semelhante. Mercado inicialmente por uma amplitude exacerbada da liberdade contratual e, conseqüentemente, da autonomia dos contratantes, também sofreu com a desconfiança acerca da tutela da confiança no

¹³⁶ CAENEGEM, R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010, p. 225.

¹³⁷ MILL, John Stuart. *Ensayo sobre la libertad*. Trad. María Ángeles Lavilla Navarro. Madrid: Miestas Ediciones, 2006, p. 96-98.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 169-170.

¹³⁹ ATIYAH, P.S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Oxford University Press, 1985.

¹⁴⁰ VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 8, ano 3, p. 275-302. São Paulo: RT, jul-set.2016, p. 292.

desenvolvimento dos contratos. Nesse sentido, Grant Gilmore anuncia a morte dos contratos, haja vista que a teoria tradicional destes estaria sendo modificada por meio de uma regulação do poder de decisão das partes¹⁴¹.

Posteriormente, a tutela da confiança passa a ecoar no direito estadunidense, fundando o reconhecimento de efeitos a promessas contratuais não negociadas expressamente, mas que geram expectativas na outra parte integrante da relação jurídica¹⁴².

Não se tem a morte do contrato, tão pouco a sua descaracterização. A autonomia privada não possui, nos países de tradição da Common Law, as mesmas limitações que ocorrem nos países com sistema jurídico marcado pela Civil Law. Proteger as expectativas dos contratantes numa economia de livre mercado, em verdade, reforça a autonomia privada, não sendo propriamente uma limitação.

O fundamento da autonomia nestes países, portanto, consiste na vontade ampla, sendo que a sujeição a deveres de conduta se dá de forma muito mais branda, apenas com a ideia de proteger os interesses dos indivíduos ante uma economia liberal.

2.4.2 Diferenças entre autonomia privada e autonomia existencial

A autonomia, conforme fora analisado previamente, comporta significados diversos, a depender do ramo do conhecimento que a analisa e conforme a manifestação de vontade realizada. Faz-se necessário visualizar a diferenciação entre autonomia privada e autonomia existencial neste ponto da pesquisa, para fins de se traçar uma conceituação mais precisa acerca desta.

Numa acepção pessoal, a palavra autonomia possui um conceito que comporta análises filosóficas, morais, jurídicas e sociais. Busca-se, portanto, fundar-se em valores que apontam um ideal de emancipação humano, de autogoverno. A realização da liberdade individual, bem como o seu exercício prático em âmbito racional, comporta contrapartidas e responsabilidades em face das eleições individuais que emanam das decisões das pessoas¹⁴³. Infere-se que a

¹⁴¹ GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press. 1974, p. 56-58.

¹⁴² VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 8, ano 3, p. 275-302. São Paulo: RT, jul-set.2016, p. 293.

¹⁴³ ÁLVAREZ, Silvina. El umbral de autonomía. La concepción relacional y La construcción de las opciones. In: HIERRO, Libório R (coord). *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos em conflicto*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 53-54.

autonomia consiste numa capacidade das pessoas que, em maior ou menor medida, decidem e fundamentam suas opções num contexto da vida privada.

As condições que motivam o exercício da autonomia neste sentido pessoal podem ser classificadas em condições internas ou externas. Dentre as condições internas do indivíduo, cumpre destacar o papel que a racionalidade exerce. O indivíduo, na tomada de decisões, reflete acerca das mesmas, sopesa uma ordem de prioridades, calibra suas vontades individuais com vontades coletivas para então chegar a uma conclusão.

Este processo implica num exercício racional em termos psicológicos, que apenas funciona ante a presença de outra condição, quer seja a independência. Seria esta uma condição interna do indivíduo na medida em que consiste na aptidão do sujeito para distanciar-se de influências e desejos externos, ou seja, de preferências que não sejam as suas¹⁴⁴.

Não se nega, porém, que a independência possua um aspecto externo, uma vez que leva o ser humano a ponderar sobre si mesmo diante da presença de relações firmadas com outros indivíduos e do significado dado a essas relações.

As opções relevantes, por sua vez, também fariam parte das condições necessárias para se pensar na autonomia em âmbito pessoal. Uma pessoa apenas conseguiria exercer sua autonomia caso estivesse perante opções importantes, que levassem a tomar decisões capazes de afetar a sua vida privada. O processo de simplificação não é fruto apenas das opções pessoais, e sim de posições advindas de estruturas sociais que facilitam que o indivíduo escolha quais as opções relevantes e qual a opção adequada para aquela situação em especial¹⁴⁵.

A autodeterminação da pessoa, portanto, perpassa por aspectos internos e externos, que estariam interligados diante de esferas de atuação da liberdade do indivíduo e das condicionantes necessárias para a tomada de decisões.

A explicação faz-se necessária para que se compreenda a ideia de autonomia existencial e de autonomia privada. É que a autodeterminação consiste em decorrência lógica da própria

¹⁴⁴ ÁLVAREZ, Silvina. El umbral de autonomía. La concepción relacional y La construcción de las opciones. In: HIERRO, Libório R (coord). *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos em conflicto*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 56.

¹⁴⁵ MÁXIMO, Mário Motta de Almeida. As limitações do conceito de autonomia no liberalismo. *Revista Oikos*. Vol. 14, n. 1, p. 59-67. Rio de Janeiro, 2014, p. 64. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/index.php/oikos/index>; acesso em 27 de agosto de 2018.

personalidade humana, compondo parte daquilo que se denomina dignidade da pessoa humana, conforme o art. 1º, III da Constituição Federal de 1988¹⁴⁶.

Para Joaquim de Sousa Ribeiro¹⁴⁷, a autonomia privada teria um significado apenas voltado ao mundo jurídico, enquanto que a noção de autodeterminação seria um valor que possuiria o indivíduo de gerir seus próprios interesses e preferências, em semelhança ao que fora visto linhas atrás na conceituação de autonomia pessoal.

Seria a autonomia privada o princípio conexo com a autodeterminação, funcionando como o mecanismo que possibilita a atuação dessa ordem de interesses e preferências pessoais. O significado das expressões, portanto, seria quase que indiferenciado¹⁴⁸.

Destaca-se, dessarte, que a tutela da pessoa perpassa pela promoção da autonomia em seu viés patrimonial e existencial, voltado à análise das condições que possibilitam a consagração da dignidade humana.

Autonomia privada e autonomia existencial teriam, desse modo, visões distintas. Seja na sua acepção clássica - quer seja a autonomia da vontade - seja em sua acepção moderna - autonomia privada, a liberdade negocial estaria ligada a questões de natureza patrimonial.

Nesse sentido tem-se a posição de Ana Prata, que defende que a autonomia privada, nos moldes em que foi constituída, estaria ligada a situações que possuíssem conteúdo diretamente patrimonial, uma vez que constitui base dos negócios jurídicos. Autonomia privada, segundo a autora, "constitui, pois, mero instrumento jurídico de atuação/concretização e tutela/defesa de interesses privados"¹⁴⁹.

Excluir-se-iam questões existenciais do conceito de autonomia privada nesta concepção, sendo esta afeita apenas às questões econômicas, não possuindo atuação em questões que envolvessem capacidade, família ou matérias de estado.

Ocorre que este posicionamento, embora tenha relevância e faça parte de uma concepção tradicional da autonomia privada, não leva em consideração as questões que envolvem os avanços relativos à disposição acerca do próprio corpo, reprodução humana assistida, direito à morte digna, manipulação genética, dentre outras situações.

¹⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Autonomia privada, confiança e boa-fé: princípios informadores da relação obrigacional. *Revista da Faculdade Baiana de Direito*. N. 4, Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009, p. 321.

¹⁴⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e os princípios da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 21-22.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 32.

¹⁴⁹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina. 1982, p.13-14.

Dessa forma, defende-se nesta pesquisa que a autonomia privada abarca também as situações jurídicas existenciais, funcionando como instrumento de promoção e tutela das escolhas existenciais indispensáveis para a exaltação da dignidade humana¹⁵⁰.

Não seria possível se falar em situações subjetivas apenas no campo existencial ou patrimonial, haja vista que certos acontecimentos possuem faceta dupla, abrangendo interesses tanto de natureza patrimonial quanto existencial¹⁵¹.

Neste sentido, tem-se a posição de Pietro Perlingieri, que defende que a teoria dos atos jurídicos não pode se restringir aos negócios patrimoniais, devendo levar em consideração que as expressões da liberdade em matéria existencial possuem elevado *status* constitucional¹⁵².

Cingir os conceitos de autonomia privada e autonomia existencial faz-se interessante por questões didáticas, embora sejam conceitos que atuam de forma vinculada. Dessa forma, conceitua-se a autonomia existencial como a liberdade do sujeito de gerir a sua própria vida e personalidade de forma digna¹⁵³.

Faria parte do conteúdo da autonomia existencial, portanto, as questões que envolvessem a autonomia do indivíduo no que diz respeito às suas livres opções para a concretização daquilo do que entender como compatível para se realizar enquanto pessoa humana¹⁵⁴.

Os fenômenos encontram-se tão interligados que a autonomia privada permite a realização de negócios capazes de garantir ao indivíduo o exercício da sua autonomia pessoal e, conseqüentemente, de enxergá-lo como um ser dotado de dignidade.

Segundo Maurício Requião¹⁵⁵, a distinção entre autonomia privada e autonomia existencial não significa que certos grupos de bens estariam sempre relacionados a um dos tipos de autonomia já mencionados. O autor traz como exemplo um negócio jurídico que envolva direitos da personalidade, onde se terá a visualização tanto da autonomia privada quanto da autonomia existencial.

¹⁵⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 87-88.

¹⁵¹ CASTRO, Thamis Danselter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 14, p. 99-125, out./dez. 2017, p. 101.

¹⁵² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18.

¹⁵³ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 31.

¹⁵⁴ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 172.

¹⁵⁵ REQUIÃO, *op.cit.*, p. 33.

Seria possível uma utilização simultânea da autonomia privada e da autonomia existencial ou situações onde apenas uma das formas deste fenômeno seria vislumbrada, como ocorre, por exemplo, em questões que envolvam mudança de nome e tatuagens, onde apenas a forma existencial da autonomia estaria presente.

Infere-se, em síntese, que a autonomia se apresenta em perspectivas diversas, podendo ser visualizada em questões que envolvam aspectos patrimoniais ou que envolvam a autorregulação do indivíduo. Para esta pesquisa, dar-se-á foco na autonomia privada e sua atuação no âmbito do Direito do Trabalho, conforme será visto nos próximos capítulos.

Faz-se necessário, neste momento, verificar quais os fatores de limitação da autonomia privada, haja vista que é notório, no estudo da mesma, um problema voltado às fronteiras entre atividade normativa dos particulares e os limites trazidos pelo Estado.

2.5 LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA

A lei, em sentido amplo, concede direitos, é verdade, buscando dar às partes a liberdade para que possam regulamentar suas vidas. No entanto, conforme já fora visto anteriormente, a esfera de liberdade precisa ser limitada pela mesma lei, buscando fixar os contornos do exercício da autonomia privada.

Nesta senda, utilizando os ensinamentos de John Locke, sair do estado de natureza não significa abrir mão da liberdade e autonomia, e sim seria abrir mão da pretensão de fazer valer seus direitos por meio da utilização da força. Deve estar o homem livre e obrigado, cabendo ao Estado legislar, limitando a autonomia privada, em prol de um consenso da maioria¹⁵⁶.

A liberdade negocial, assim, deve ser enxergada como um direito inalienável, de sorte que seu exercício comporte conformidade com o ordenamento, o que justificaria a existência de limitações.

Segundo Roxana Borges, os sujeitos só poderiam realizar negócios jurídicos se estivessem autorizados pelo ordenamento jurídico. Esta permissibilidade não precisa ser expressa, já que

¹⁵⁶ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura, p. 120.

se buscam apenas fronteiras visando equilibrar o interesse do indivíduo com os interesses de outros seres¹⁵⁷.

Não seriam os limites mencionados externos, e sim internos, como uma espécie de expressão direta do ato e do significado constitucional da autonomia privada¹⁵⁸. Estaria a liberdade negocial, pois, com novos contornos e paradigmas diante da realização dos valores constitucionais.

Os limites à autonomia privada seriam uma espécie de mal necessário, um meio de reequilibrar dois valores indispensáveis à vida em comunidade: a liberdade e a igualdade. Esta constatação se dá por fazer renascer uma velha discussão acerca dos limites da intervenção do Estado e da sociedade na vida individual, tema que não será abordado nesta pesquisa em face do recorte epistemológico adotado¹⁵⁹.

Por isso, Bruno Naves prefere a expressão conformação e não limites à autonomia privada. Segundo o autor, a palavra conformação indicaria que o próprio conteúdo da autonomia privada fixa suas delimitações. Dessa forma, teria a autonomia privada delimitações internas em face de sua condição relacional e principiológica¹⁶⁰.

Concorda-se com o autor, em face da plasticidade que a autonomia privada possui, podendo em determinados momentos históricos possuir mais ou menos limitação, conforme as necessidades sociais.

Ademais, seria incoerente se pensar em um Estado que pudesse trazer limites de ordem externa à autonomia privada ao mesmo tempo em que garante a autonomia das partes na realização de negócios jurídicos. Contudo, ante a consolidação da expressão limites à autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, utilizar-se-á à mesma nesta pesquisa. Via de regra¹⁶¹, são vistos como limites à autonomia privada a lei, a ordem pública, a moral e os bons costumes.

¹⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.56.

¹⁵⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios contratuais. *Revista dos Tribunais*. Ano 103, vol. 945, julho/2014. São Paulo: RT, p. 60.

¹⁵⁹ ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função Social da funcionalização da autonomia privada? In: REQUIÃO, Maurício (coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 161.

¹⁶⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada - relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 96-97.

¹⁶¹ Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.56.

2.5.1 A lei e a ordem pública

A lei funciona como uma modalidade de limite à aplicação do princípio da autonomia privada, fazendo com que sua extensão e amplitude se coadunem com os ditames do ordenamento jurídico.

Como exemplo de limites vislumbrados em fonte legal tem-se a disposição do artigo 421 do Código Civil de 2002 - CC-02, que determina que a liberdade contratual será exercida em razão e dentro dos limites da função social do contrato¹⁶².

Quando se afirma que a liberdade negocial deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, têm-se limites positivos, uma vez que a autonomia deve ser em seu bojo a busca pela socialidade, e limites negativos, já que traz a necessidade de respeito aos limites estabelecidos¹⁶³.

As referidas limitações legais não poderiam ser afastadas pela vontade das partes por possuírem caráter obrigatório e cogente, de sorte a não ser cabíveis atos de disposição que visem tal desobrigação¹⁶⁴.

Já no que tange à ordem pública, esta é vislumbrada como um conjunto de princípios e valores que "informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase da sua evolução histórica, e que, por isso, devem se considerar imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica"¹⁶⁵. A ordem pública, assim, é considerada em contextos macros ou específicos, sendo seu estudo relevante para a garantia do sistema jurídico como um todo. Conceitua-se como um estado de coisa fundamental à estabilização das relações humanas e que imprime segurança e controle nas relações sociais pelo Estado¹⁶⁶.

¹⁶² BRASIL. *Lei 10. 406 de 10 de janeiro de 2002 - Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acesso em 31 de agosto de 2018.

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista de Direito da GV*. v. 1, n. 1, Maio/2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 01 Set. 2018.

¹⁶⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.59.

¹⁶⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 179.

¹⁶⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 52-53.

Não poderiam os atos de autonomia negocial afrontar a ordem pública¹⁶⁷. Esta situação seria vislumbrada quando um negócio fosse de encontro aos interesses tidos como básicos e fundamentais por um sistema jurídico, afetando as suas diretrizes e princípios essenciais¹⁶⁸.

Leis imperativas e ordem pública não podem ser consideradas como sinônimos, no entanto. Seriam diferentes limites à autonomia privada, haja vista que o exercício dos limites pela ordem pública ocorre nas lacunas deixadas pela lei, funcionando como uma espécie de parâmetro residual¹⁶⁹.

A ordem pública assume a forma substancial e complexa de valores que constituem o substrato ético da sociedade, sendo um conceito onipresente e universal na história dos ordenamentos jurídicos. É tida como um conjunto de valores da vida que passam a integrar a consciência jurídica e, por isso, varia no tempo e espaço, sendo dinâmica e, dependendo das circunstâncias que levam à exteriorização do pensamento da coletividade, pode assumir forma diversa para se amoldar ao ideal ético da maioria¹⁷⁰.

O grande problema no que tange ao conceito de ordem pública diz respeito à sua determinabilidade por meio da utilização de outros conceitos amplos, como a dignidade da pessoa humana. Seria, nesta linha, um conceito jurídico indeterminado, delimitado por meio de uma interpretação constitucional que leve em consideração a dignidade humana de forma objetiva e proporcional¹⁷¹. Por isso, para Jorge Carvalho, quando se utiliza a ordem pública como fundamento de invalidade de um contrato, deve se analisar sua conformidade com a ordem jurídica na sua globalidade. Se o intérprete suspeita que haja não conformidade, deve então verificar se há e em que medida ocorre a afronta a um princípio fundamental da ordem jurídica¹⁷².

¹⁶⁷ Em âmbito processual, as questões de ordem pública tem uma função específica no sistema, visando proporcionar o controle da regularidade do processo, eliminando situações em que a tutela jurisdicional não poderá ser prestada. Seu objetivo, nesta área, é permitir que os escopos do processo sejam atingidos com rapidez, economia e racionalidade. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 75.

¹⁶⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.61.

¹⁶⁹ DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistemas de derecho civil*. Vol. I, 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 376.

¹⁷⁰ GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Ordem pública e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 30-56.

¹⁷¹ BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. *El orden público como limite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 60-65.

¹⁷² CARVALHO, Jorge Morais. *Os contratos de consumo: reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*. 2011. 1107 folhas. Tese (doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Nova Lisboa. Lisboa, 2011, p. 665.

A afronta à ordem pública, em resumo, ocorreria quando o ato de liberdade negocial afrontasse normas de organização social, tidas como comandos inderrogáveis, desempenhando papel essencial na conformação do interesse público.

2.5.2 A moral e os bons costumes

Para Byinton, baseando-se na psicologia junguiana, a moral não é fruto de uma criação histórica, sendo em verdade arquetípica¹⁷³, baseada nas necessidades intrínsecas do ser humano. A moral teria, assim, o condão de regulamentar o comportamento social.

A moral conduziria à opinião comum de um sentimento ético que seria inerente às pessoas justas e razoáveis. Estar-se-ia, portanto, diante de um critério de consciência pública, que limitaria a autonomia privada¹⁷⁴.

Para Roxana Borges, moral e bons costumes são conceitos autorreferentes. O exercício da autonomia privada que contrariasse os bons costumes teria causa torpe ou até mesmo imoral. Se o negócio jurídico possui uma causa que seja imoral ou torpe, o próprio negócio jurídico contraria os bons costumes pela motivação das partes. Já se o conteúdo contraria os bons costumes, a vontade das partes é irrelevante para se considerar o ato de autonomia privada como imoral¹⁷⁵.

Outrossim, ordem pública e bons costumes não se confundem por conta dos princípios afetados. Enquanto que a ordem pública opera numa perspectiva dos princípios fundamentais de um ordenamento, os bons costumes remetem a princípios de natureza ética, relacionando-se com a moral¹⁷⁶.

¹⁷³ Os arquétipos são virtuais, formas imateriais a qual os fenômenos psíquicos tendem a se moldar. Só são ativados devido a um estímulo existencial, seja ele físico, social ou emocional. O conceito de arquétipo que o autor faz, englobando a consciência, além de abranger características comuns a toda espécie, ainda permite ampliar a perspectiva simbólica para relacionar tudo que os indivíduos fazem com o funcionamento da consciência e com a busca da totalidade no processo de individuação. Cf. BYINTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicologia simbólica Junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação*. 2. ed. São Paulo: Carlos Amadeu Botelho Byinton, 2015, p. 258-259.

¹⁷⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.62-65.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.66.

¹⁷⁶ CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 8, ano 3, p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul-set.2016, p. 322-323.

Questiona-se, contudo, se a autonomia privada poderia ter seu exercício restringido pela moral e bons costumes, haja vista que, com base numa sociedade plural e multicultural, valores, interesses e conteúdos éticos são mutáveis e variáveis.

As exigências mais comuns que relatam a conexão entre direito e moral baseiam-se em abstenções ou proibições, com base na vulnerabilidade humana. Caso os homens perdessem sua vulnerabilidade em face aos outros, desapareceria a razão óbvia para o preceito mais característicos da relação entre direito e moral: não matarás¹⁷⁷.

Ademais, os homens diferem uns dos outros, sendo este um fato de grande importância para se compreender as relações entre direito e moral. A igualdade apenas aproximada dos indivíduos fundamenta a existência de restrições e abstenções mútuas e de compromisso com base na moral, visando um truísmo igual no desenrolar da vida social, conforme entendimento de Hart¹⁷⁸.

Essa posição não significa que os homens sejam simplesmente egoístas e que precisem da moral e do direito para não se destruírem. Todavia, a necessidade de regulamentação das relações, sendo por conta da violência ou pelos recursos limitados, justificaria tal conexão, para o autor.

Em sentido oposto, Ronald Dworkin, criticando a posição de Lorde Devlin, afirma que a existência da moral parte de uma ideia pautada no direito de que a sociedade teria em proteger a sua existência e no direito da maioria de seguir as suas próprias convicções morais. O argumento, para Dworkin, revela-se falacioso, pois não existiram morais essenciais para a existência da sociedade que justificassem a limitação da liberdade por imoralidade, correndo-se o risco hipotético da moral fundamentar-se em clamor social¹⁷⁹.

Padrões morais essenciais seriam equivocados, pois as minorias se situam em posições onde não há clamor social, de sorte que as suas liberdades seriam enfraquecidas ainda mais caso se considerasse um limite¹⁸⁰.

Ademais, não seria válida a noção de que a sociedade possuiria um direito de proteger suas instituições com base em questões morais contra condutas tidas por desaprovadas pela

¹⁷⁷ HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 210.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 211.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 373-376.

¹⁸⁰ REQUIÃO, Maurício. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. 195 folhas. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 50.

maioria¹⁸¹. Não é porque se tem um consenso acerca da censurabilidade de uma conduta que esta repreensão é pautada em premissas de ordem moral.

Para que a moral e os bons costumes pudessem sobreviver de alguma forma enquanto limites à autonomia privada no sistema brasileiro, deveriam ser vistos apenas como um dever geral de boa convivência, visando o resguardo de ofensas que visassem lesar outros indivíduos, não desfazendo o caráter multifacetário de uma sociedade multicultural.

Não é papel do costume pôr-se a serviço da manutenção do *status quo* em prol de classes privilegiadas. Deve, em verdade, consagrar os ideais sociais na realização dos atos de autonomia privada, estando inserido num contexto social de democracia participativa que almeja boa convivência e o respeito às necessidades das minorias¹⁸².

Defende-se, portanto, que a utilização da ofensa aos bons costumes como um fundamento de nulidade de um negócio jurídico existe apenas como mais um fundamento de controle de sua validade, tendo por base o respeito às partes no desenrolar de um contrato. Funcionaria como uma espécie de limite ético que admite multiplicidade de conformações, visando evitar que haja um aproveitamento na situação de debilidade de um dos contratantes¹⁸³.

No entanto, mesmo diante das críticas apontadas, o ordenamento jurídico brasileiro mantém a moral e os bons costumes como limitadores à autonomia privada sem realizar ressalvas. Basta que se observe o artigo 104 e 166 do CC-02, que apontam ser a licitude do objeto requisito de validade do negócio jurídico, sob pena de nulidade do mesmo. O art. 187 do CC-02, por sua vez, elenca como ilícito o ato de um titular do direito quando excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁸⁴.

Em âmbito trabalhista, o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT remete à utilização dos usos¹⁸⁵ e costumes diante da falta de disposições legais e contratuais, funcionando como um recurso integrativo e interpretativo das fontes trabalhistas¹⁸⁶.

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 391.

¹⁸² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. O costume no Direito. *Akrópolis: Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*. Vol. 5, n.8, p.22-26, 1997, p. 23-24. Disponível em: <http://revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/view/1695/1467>, acesso em 13 maio 2019.

¹⁸³ CARVALHO, Jorge Morais. *Os contratos de consumo: reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*. 2011. 1107 folhas. Tese (doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Nova Lisboa. Lisboa, 2011, p. 680.

¹⁸⁴ BRASIL. *Lei 10. 406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acesso em 31 de agosto de 2018.

¹⁸⁵ Segundo Cristina Mangarelli, os usos se diferem dos costumes diante da convicção dos interessados acerca da obrigatoriedade do uso por conta da prática reiterada e constante de certos atos. Não se leva em consideração o elemento subjetivo, que se encontra presente no costume. Este, por sua vez, destaca-se por conduzir as partes ao

A doutrina brasileira inclui no conceito de licitude do negócio jurídico a conformidade com a moral e bons costumes, conforme se depreende, de forma exemplificativa, do pensamento de Marcos Bernardes de Mello¹⁸⁷. Sobre a imoralidade, o autor afirma que, embora o Código Civil brasileiro se refira às expressões moral e bons costumes nos artigos 122 e 123, seriam difíceis visualizações de como se definiria moral e bons costumes por meio de uma avaliação objetiva.

Ora, percebe-se que seria de dificuldade extrema compreender e avaliar quais os pontos essenciais para que uma conduta fosse considerada imoral, sendo capaz de limitar o exercício da autonomia privada.

Infere-se, no entanto, que outros sistemas jurídicos também incluem a moral e bons costumes como limitadoras da liberdade negocial. É assim no ordenamento francês que, no artigo 6º do Código Civil¹⁸⁸, determina que não podem ser derogadas por convenção das partes as leis que interessem à ordem pública ou aos bons costumes.

Da mesma forma o direito italiano, no art. 1343 do Código Civil¹⁸⁹, traz, como requisito do contrato, o objeto, sendo que este será considerado ilícito quando contrariar o bom costume.

O direito espanhol, por sua vez, fixa suas premissas relativas aos limites da autonomia privada utilizando a expressão moral. Esta constatação pode ser visualizada no art. 1255 do Código Civil¹⁹⁰ espanhol, que garante liberdade contratual desde que não haja contrariedade à moral. Ademais, o artigo 1275 afirma que é causa de ilicitude contratual o contrato que se opõe à moral.

O sistema português prevê a ofensa aos bons costumes como uma espécie de fundamentabilidade geral de invalidade dos negócios jurídicos. Dessarte, o artigo 280º, n. 1 do Código Civil, afirma ser nulo o negócio que possua como objeto, mediato ou imediato,

cumprimento do costume como uma verdadeira norma, diante da obrigatoriedade que se tem no costume. MANGARELLI, Cristina. Costume. In: RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). *Estudos sobre as fontes do direito*. São Paulo: LTr, 1998. p. 162.

¹⁸⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: parte geral*. Vol I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 200.

¹⁸⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

¹⁸⁸ FRANÇA. *Código Civil Francês*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=958CB49A3C32AF23A44C590668FB3402.tplgfr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000032040792&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180825, acesso em 25 de agosto de 2018.

¹⁸⁹ ITÁLIA. *Codice Civile*. Disponível em: <http://www.ipsoa.it/codici/cc/14/t2>; acesso em: 25 de agosto de 2018.

¹⁹⁰ ESPANHA. *Código Civil: Real Decreto de 24 de julio de 1889*. Disponível em: https://www.iberley.es/legislacion/real-decreto-24-julio-1889-publica-codigo-civil-7499513/26#ancla_119396, acesso em 25 de agosto de 2018.

ofensivo aos bons costumes. Caso o negócio tenha um fim ofensivo aos bons costumes, aplica-se também sanção de nulidade, desde que esse fim seja comum às partes, conforme disposição do artigo 281^{o191}.

Entende-se, deste modo, que a opção feita pelos sistemas jurídicos de origem civilista romana foi no sentido de aderir à limitação da autonomia privada por meio da moral e dos bons costumes, embora esta concepção seja passível de críticas.

2.5.3 Os fundamentos da limitação da autonomia: limitações objetivas, relacionais e subjetivas

Maurício Requião destaca que os fundamentos da limitação da autonomia, seja em seu aspecto existencial ou em seu aspecto patrimonial, podem ser de cunho objetivo, relacional ou subjetivo.

Nas limitações objetivas, tem-se o impedimento da prática de certas condutas ou limitação no modo de realizá-las, tendo por base o fundamento de que o ordenamento repudia estas condutas. Este repúdio possui um enfoque na conduta ou no modo de realização, não sendo relevante o sujeito que as pratica¹⁹².

Exemplos dessas limitações seriam questões de forma de certos contratos, vedação de negócios jurídicos com objeto ilícito, além do abuso de direito. Embora não seja o enfoque desta pesquisa, existem limitações à autonomia que, embora sejam objetivas, possuem como fundamento a proteção do sujeito, como ocorre com as vedações voltadas a realização de negócios que envolvam direitos da personalidade¹⁹³.

O ordenamento jurídico brasileiro aponta como consequência para o desrespeito destas limitações de ordem objetiva, em regra, a nulidade dos atos jurídicos praticados no exercício da autonomia privada.

Já as limitações relacionais da autonomia privada buscam a proteção de um terceiro que pode vir a ser atingido pelo ato de liberdade negocial. A mencionada limitação não se dá com base

¹⁹¹ PORTUGAL. *Decreto-lei n° 44.344, de 25 de novembro de 1966 - código civil português*. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>, acesso em 24 de agosto de 2018.

¹⁹² REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 44.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 45.

no sujeito que pratica o ato, e sim visa proteger os interesses do terceiro, em especial aqueles de cunho patrimonial¹⁹⁴.

Por fim, as limitações subjetivas ocorrem quando a autonomia privada é restringida com base na proteção do sujeito, onde se busca tutelar o estado do sujeito nos atos do desenrolar de sua vida social¹⁹⁵.

Dessa forma, a liberdade negocial é limitada visando proteger o sujeito da prática de atos que possam violar sua própria condição humana, afetando sua dignidade enquanto indivíduo. Esta posição coaduna-se com a ideia de que o ser humano constitui o eixo central do Direito Privado, de sorte que o exercício da autonomia privada não pode se dissociar deste ideal.

2.6 A AUTONOMIA PRIVADA COMO UM PODER DE CRIAR NORMAS JURÍDICAS ADVINDAS DE NEGÓCIOS JURÍDICOS

Muitas questões que envolvem as construções jurídico-linguísticas perpassam pela complexidade que envolve a análise da realidade material, por meio do mundo dos fatos, e a realidade jurídica, observada pelo mundo do direito¹⁹⁶.

O direito está no mundo e é linguagem, de sorte que não existe sem que haja uma realidade física ou material. Inexistindo nesta realidade material ou física, seria o direito produto do pensamento do homem, confundindo-se com o mesmo e se resumindo às ideias de alguém. O jurídico seria sentido e significação, que se empresta aos atos do homem para que seja atendida uma função socialmente imprescindível.

Por isso, Calmon de Passos afirma que inexistente o direito sem prévio processo de sua produção e dissociado dele, "porque o sentido é algo que não adere nem se integra à coisa, nem à conduta, em sua estrita materialidade, pelo que só tem faticidade enquanto mantido, confirmado, internalizado, o que, de certo modo, é produzi-lo"¹⁹⁷.

Para a organização do comportamento humano na sociedade, o direito seleciona alguns fatos socialmente relevantes e, a partir destes fatos, estabelece prescrições. Desta forma, estabelece

¹⁹⁴ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 46-47.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 47.

¹⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p.3-4.

¹⁹⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.73-74.

quais os interesses carecem de uma atenção especial, com base em valores próprios¹⁹⁸ e particulares de cada comunidade, fixando sobre esses interesses proteção.

Todo fato representaria uma mudança no mundo, uma vez que estes se compõem de fatos, onde novos fatos acontecem constantemente. Os fatos que passam ao mundo jurídico passam-se no mundo, sendo este um total de fatos. Em razão disso, Pontes de Miranda defende a presença de três enunciados sobre o assunto. O primeiro enunciado define que o mundo jurídico está no conjunto daquilo que se denomina mundo. Já o segundo, afirma que o mundo concorre com fatos seus para que se construa um mundo jurídico, estabelecendo aquilo que chama de causação jurídica. Por fim, a jurisdicização seria um processo peculiar ao Direito, onde se adjectiva os fatos para que estes sejam tidos como jurídicos¹⁹⁹.

Os fatos jurídicos surgiriam, pois, da concretização dos fatos no mundo físico/material, por meio da incidência na norma jurídica, cuja descrição do fato se encontra no seu suporte fático²⁰⁰.

Uma circunstância importante diz respeito à jurisdicidade de um fato. Esta nada mais é do que uma qualidade que, ao aderir ao fato, atribui-lhe uma potencial produção de efeitos no mundo jurídico. Seriam esses efeitos decorrências potenciais de certos fatos jurídicos mediante a verificação do preenchimento de seus pressupostos²⁰¹.

O fenômeno da incidência, por sua vez, apenas ocorre se o fato descrito no elemento nuclear do suporte fático normativo ocorrer de forma suficiente. Quando o suporte fático suficiente ocorre, a regra jurídica incide. Assim, duas operações ocorrem, segundo Pontes de Miranda: a da definição do fato ou fatos componentes do suporte fático e a prova de sua ocorrência e a operação da classificação segundo a regra jurídica²⁰².

Ademais, faz-se necessário observar que um mesmo fato ou complexo de fatos podem dar suporte fático a mais de uma norma jurídica²⁰³. Com base nestes aspectos, Pontes de Miranda formula, no Brasil, a classificação dos fatos jurídicos com base na análise do elemento nuclear que compõe o suporte fático normativo, quer seja, o cerne do suporte fático.

¹⁹⁸ Cossio defende que a norma é uma representação de um valor de conduta, de modo que a lei, com a estrutura e determinações que contém, representa uma forma de valoração jurídica. Cf. COSSIO, Carlos. *La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho*. Buenos Aires: ediciones aráyú, 1954, p. 81.

¹⁹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 6.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 17.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 7.

²⁰² *Ibid.*, p. 17.

²⁰³ *Ibid.*, p. 27.

Os fatos jurídicos poderiam ser decorrentes do comportamento humano, classificando-se como atos jurídicos em sentido amplo, ou não decorrentes deste comportamento, o que geraria os fatos jurídicos em sentido estrito²⁰⁴. Existiram, ainda, normas que regulam fatos humanos, mas que não se baseiam na vontade como elemento nuclear. Seria, portanto, necessária a análise do comportamento humano, que falaria por si, não sendo necessária se perquirir a vontade. A estes fatos jurídicos, Pontes de Miranda dá a nomenclatura de atos-fatos jurídicos²⁰⁵.

Em sequência, o autor analisa a manifestação de vontade para realizar uma subdivisão dos atos jurídicos em sentido amplo. Caso a vontade se direcionasse ao comportamento, ou seja, ao ato em si, estar-se-ia diante dos atos jurídicos em sentido estrito, cujos efeitos já estariam previstos na norma jurídica. Ao revés, se a vontade se volta à produção de efeitos normativos, estar-se-ia diante dos negócios jurídicos²⁰⁶.

Na realização do elemento nuclear do suporte fático normativo que descreve atos jurídicos em sentido estrito e negócios, deve-se ainda analisar elementos essenciais, embora não nucleares, imprescindíveis à verificação da eficiência ou não do ato ou negócio. O ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico produzidos de forma eficiente são existentes e válidos. Analisa-se, portanto, entre o plano da existência e o plano da eficácia, o chamado plano da validade, onde se verifica se os atos e negócios foram produzidos de forma eficiente ou se contam com algum vício²⁰⁷.

É existente um ato ou negócio quando, após a incidência, a parte relevante do suporte fático normativo adentra no ordenamento jurídico. Este plano, que é o plano do ser, comporta todos os fatos jurídicos, sejam lícitos ou ilícitos, limitando-se à análise acerca da suficiência do suporte fático normativo no momento da incidência²⁰⁸. Para que a incidência ocorra, é preciso que todo o suporte fático normativo necessário exista²⁰⁹.

²⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 76.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 83-84.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 80 *et seq.*

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 101-102.

²⁰⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 96.

²⁰⁹ MIRANDA, *Op. Cit.*, p. 26.

Seria inválido um ato jurídico em sentido amplo cujo suporte fático não fora perfeitamente realizado, uma vez que seus elementos são dotados de alguma deficiência invalidante ou pela falta de algum elemento complementar²¹⁰.

São, no ordenamento jurídico brasileiro, pressupostos de validade aqueles relacionados às causas de nulidade e anulabilidade, conforme defende Marcos Bernardes de Melo²¹¹. Validade, como está relacionada à perfeição, relaciona-se com a concretização das finalidades práticas dadas à norma.

Infere-se, assim, que os atos decorrentes do exercício da autonomia privada, em especial os negócios jurídicos, devem ser analisados à luz da incidência normativa com a concretização do suporte fático para que estes adentrem no ordenamento jurídico.

Uma vez verificada a incidência e materializado o plano da existência, passar-se-á à análise da validade, por meio de uma verificação da perfeição desta situação da vida que acabara de adentrar no mundo jurídico, permitindo que a mesma tenha a potencialidade de produzir efeitos jurídicos.

Por fim, discute-se se os atos de autonomia privada seriam tidos como suficientes para produzir normas jurídicas, superando-se a concepção tradicional de que o negócio jurídico seria apenas fontes de direitos e obrigações entre as partes, produzindo apenas direitos subjetivos.

Em resumo, busca-se compreender se, dentro de um sistema que admite pluralidade de normas internas, seria possível considerar os atos de autonomia privada como fontes do direito.

²¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4-5.

²¹¹ Segundo o autor, o tratamento dado pela doutrina não é uniforme, relacionando-se, muitas vezes, os pressupostos de validade com as causas de nulidade apenas, esquecendo as hipóteses de anulabilidade. O código Civil, para o autor, refletiria tal aspecto, uma vez que enumera, no artigo 104, os pressupostos de invalidade. São eles a capacidade do agente; a licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto, a obediência à forma prescrita ou não defesa em lei e a vontade livre e desembaraçada. Não enumera, todavia, outras causas de invalidade, como a moralidade do objeto (art. 122, Código Civil de 2002), a incompatibilidade com norma jurídica cogente (art. 166, VI do Código Civil de 2002) e os defeitos dos negócios jurídicos. *Ibid.*, p. 19.

2.6.1 A autonomia privada: poder originário ou derivado?

No que tange à autonomia privada, discute-se se seria possível considerar este poder como um poder originário, exercido por um ato de vontade sem a necessidade de sujeição a uma norma superior, ou se se trata de um poder derivado, que depende de um autorizativo estatal para que possa ser exercido.

Acaso o destaque que se dê seja em relação à autonomia privada, segundo Bobbio, e se enxergue que os particulares possam criar ordenamentos jurídicos menores, absorvidos pelo ordenamento estatal, essa fonte deve ser vista como originária, que são aceitas pelo Estado. Ao revés, se o destaque dado se dá em relação ao poder de delegação pelo próprio Estado aos particulares para regular seus próprios interesses, num campo estranho ao interesse público, a mesma fonte seria tida como uma fonte delegada. Seria, portanto, "decidir se a autonomia privada deve ser considerada como um resíduo de um poder normativo natural ou privado, antecedente ao Estado, ou como um produto do poder originário do Estado"²¹².

Luigi Ferri²¹³ afirma que a autonomia privada não é um poder original ou soberano, sendo conferida aos indivíduos por uma norma superior, que regula a sua atuação, estabelecendo regras e limitações. Assim, seria a lei fonte de validade da norma negocial, podendo ampliar o campo de atuação da autonomia privada ou reduzi-lo.

A resistência em se admitir o conteúdo normativo dos atos de autonomia privada, em especial do negócio jurídico, advém da teoria da hierarquia das fontes. Se o negócio jurídico é enxergado como um ato sujeito à validade trazida pelo próprio ordenamento, problema não há em considerá-lo como norma jurídica²¹⁴.

Neste ponto, entende-se que o modelo de Estado trazido pela Constituição, embora subordine os atos e negócios jurídicos aos critérios formais e materiais de validade, permite uma análise pautada em critérios principiológicos e valorativos, conforme os ditames constitucionais, acerca da autonomia privada.

Dessa forma, adotando uma concepção prescritiva, a Constituição funcionaria não só como uma norma em grau jurídico-hierárquico mais elevado, numa acepção apenas voltada à

²¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora da UnB, 1990, p. 40-41.

²¹³ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. e notas de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001, p. 42-43.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 43.

análise da validade, mas também seria a norma axiologicamente suprema. À Constituição se atribui a função de moldar as relações sociais por meio dos princípios sujeitos a ela, de sorte que os atos decorrentes do exercício da autonomia privada, se estivessem de acordo com as diretrizes e remodelamentos trazidos pela Constituição, poderiam ser vistos como normas jurídicas derivadas dessa concepção de ordenamento²¹⁵.

Entender que a autonomia privada seria um poder originário, para Jorge Carvalho, seria estabelecer seu condão universalizado, o que não seria possível. Ademais, defende que a natureza originária da autonomia privada "teria que partir da premissa de que o ordenamento jurídico privado poderia existir por si próprio, sem reconhecimento do Estado, e portanto contra este, o que colidiria com as bases de um Direito que tem o Estado como suporte"²¹⁶.

Assim, não se pode considerar soberana a vontade dos sujeitos que estabelecem as normas negociais. Não significa que os indivíduos que realizam o negócio jurídico não tenham poder de criação no que diz respeito ao conteúdo e efeitos do mesmo.

Pelo contrário, admitir uma atribuição de poder por parte de uma norma superior bastaria para excluir o caráter originário do ato de exercício da autonomia privada²¹⁷. O que se percebe é que esta posição não visa eliminar o poder negocial decorrente dos atos de autonomia privada, e sim considerá-lo como um poder que comporta limitações, conforme fora visto ao longo deste capítulo.

Nesta toada, a autonomia privada seria um poder ratificado pela ordem jurídica ao homem, sendo este previamente reconhecido e qualificado como sujeito de direito, capaz de juridicizar sua atividade por meio dos atos de liberdade negocial, determinando seus efeitos²¹⁸.

Infer-se deste pensamento que seria a autonomia privada um poder capaz de gerar uma norma autônoma, caracterizada pela presença e participação de seu destinatário na sua elaboração. Difere, assim, das normas heterônomas, onde não há participação do sujeito interessado na mesma de forma direta. Esta concepção, contudo, não significa que a norma autônoma advinda do ato de autonomia privada seja dissociada do ordenamento jurídico na qual está inserida, o que traria uma concepção de poder derivado à autonomia.

²¹⁵ POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 90-92.

²¹⁶ CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016, p.13-14

²¹⁷ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. e notas de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001, p. 44.

²¹⁸ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina. 1982, p.11.

Para Passerin D'Entrèves²¹⁹, ao revés, norma heterônoma seria aquela onde seu sentido resulta de uma vontade superior, dependendo de atribuição ou autorização de outra norma para que possa adentrar no mundo jurídico. Destaca-se que a posição do autor, embora seja minoritária, se coaduna com o disposto por Luigi Ferri acerca do poder derivado que caracteriza a autonomia privada.

No entanto, esta posição é contraposta em face daqueles que entendem a autonomia privada como um poder originário, sendo fruto da criação espontânea dos sujeitos sociais, sem que haja qualquer vinculação ao Estado.

Seria a autonomia privada um espaço para o exercício de uma liberdade jurídica que, segundo Menezes Cordeiro, levaria à escolha, pelas partes, dos efeitos que pretendem dar ao exercício deste poder²²⁰.

A autonomia privada, como um poder originário, funciona como uma criação social sincera, natural e sem o resguardo estatal, estando no seio da sociedade na operação da autorregulação das vidas dos indivíduos.

Em linha semelhante tem-se o pensamento de Salvatore Romano, que entende que o ordenamento privado é originário e anterior ao próprio ordenamento público, tendo concepções e criações independentes deste, considerando, assim, a autonomia privada como um poder originário, preexistente ao próprio ordenamento estatal público²²¹.

Os interesses privados existem e atuam em relação às suas necessidades no seio social, sem a imposição de uma delegação de poder pelo Estado, para esta corrente. Cabe ao Estado apenas reconhecer a existência e o poder desses sujeitos, uma vez que cabe aos mesmos a criação de meios para reger seus próprios negócios.

A concepção mencionada é compartilhada, na seara trabalhista brasileira, por Walküre Lopes Ribeiro da Silva e Ronaldo Lima dos Santos²²², que afirmam que a autonomia privada seria um poder originário por advir da criação espontânea desse ramo do direito, sendo fruto do seio social trabalhista e das lutas por melhores condições de trabalho.

²¹⁹ PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *Negozió giuridico*. Torino: Tip Roberto Gayet, 1934, p. 35.

²²⁰ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Teoria do Direito Civil*. Lisboa: Associação acadêmica da Faculdade de Direito, 1986, p. 332.

²²¹ ROMANO, Salvatori. *Autonomia privata (appunti)*. In: *Studi in onore de Francesco Messineo*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 352.

²²² SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das normas coletivas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 141-142 e SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Autonomia privada coletiva*. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). *Curso de Direito do Trabalho*. v. III. São Paulo: LTr, 2008, p. 51.

Para os autores, a tese do poder derivado seria um vício de pensamento no que tange a atribuição da existência diversa do Estado em relação à própria sociedade que o criou. Assim, o ordenamento jurídico seria uma manifestação da própria sociedade, sendo a autonomia privada poder originário, uma vez que, até ser reconhecida, fora proibida, tolerada e, por fim, reconhecida.

Nasce, portanto, como uma realidade à margem do sistema jurídico estatal e somente depois o Estado reconhece o valor jurídico normativo das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho. Obtendo esse reconhecimento, torna-se a autonomia privada um poder jurídico reconhecido dentro do ordenamento jurídico e que pode ter um entorno variável²²³.

Defende-se, no entanto, posição intermediária. Aqui, enxerga-se o fenômeno por diversos prismas. Quando a análise é feita pura e simplesmente no que tange ao fato da vida voltado à manifestação de vontades pelos sujeitos, a autonomia seria vista em sua acepção originária. Nota-se que tal expressão não comporta a adjetivação "privada", isto porque decorre da autodeterminação da vontade, no tocante a tomada de decisões como bem lhes aprouver. Seria, assim, um mecanismo de consagração da liberdade, num tom de emancipação do ser humano, conforme fora abordado no ponto 2.4 desta pesquisa.

No momento em que é reconhecida pelo ordenamento jurídico, possuindo disposição legal e encontrando seus limites na própria lei, na ordem pública, na moral e bons costumes, deve ser vista ainda como um poder das partes que, diante da complexidade dos sistemas jurídicos em questão, encontra seu fundamento de existência e validade no próprio ordenamento constitucional.

A atuação do Estado em tolerar normas jurídicas emanadas de organismos não estatais é admissível diante da existência de sistemas jurídicos diversos, com a delimitação das esferas de ação social e competências normativas. Reconhecem-se, assim, fontes normativas fora do Estado, mas esse reconhecimento não é constitutivo, possuindo apenas efeito declarativo²²⁴.

O reconhecimento, assim, mostra a existência de uma esfera de ação própria, autônoma, originária dos grupos sociais, mostrando a necessidade da consagração da autonomia das forças sociais trabalhistas.

Ainda no tocante ao Direito do Trabalho, a Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, inciso XXVI, segue esta linha, uma vez que determina, como direito fundamental trabalhista

²²³ GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Trad. y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez e José Antônio Fernández Avilés. Granada: Editorial Comares, 2004, p. LXXVIII.

²²⁴ GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 301.

específico, o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho. Ora, como produto dos atos de autonomia privada coletiva, o reconhecimento das mesmas pelo texto constitucional brasileiro indica que a autonomia consiste num poder originário das forças sociais trabalhistas que, quando adentra no ordenamento, é declarada como fonte jurídica.

Repise-se que esta concepção não retira a importância nem deixa de reconhecer o poder de criação das partes no exercício da autonomia privada. Sua força vinculativa e conteúdo, ao revés, são reafirmados por meio desta premissa, uma vez que se limita o exercício da autonomia privada em prol de interesses caros, como os direitos fundamentais e valores constitucionais.

2.6.2 O conteúdo normativo dos atos de autonomia privada e a força vinculante dos negócios jurídicos

As normas jurídicas fazem parte de um arcabouço complexo de preceitos que permeiam a vida humana. É comum a abordagem de normas com características de preceitos religiosos, morais, sociais, costumeiros, de ética e de educação. Vislumbra-se, assim, que a norma jurídica se encontra dentro deste espectro de normas existentes na vida humana, que regulam a relação do indivíduo com a sociedade, consigo mesmo e até mesmo com as divindades²²⁵.

Seria a norma jurídica uma prescrição de conduta social, com aplicação protegida em face de seu conteúdo coercitivo de justiça²²⁶, estando tipicamente inserida numa concepção tradicional de fontes do Direito.

Historicamente, os negócios jurídicos resultantes do exercício da autonomia privada eram vistos apenas como fontes de direitos e obrigações, que vinculariam as partes contratantes, não tendo o condão de ser classificados como verdadeiras fontes do Direito.

Esta concepção advém, em grande parte, das ideias de Savigny²²⁷. O autor faz uma diferenciação entre lei e negócio jurídico, afirmando que a lei é fonte de direito objetivo -

²²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Buebo Sudatti. Bauru- São Paulo: Edipro, 2001, p. 26.

²²⁶ MONTORO, André Franco. *Iniciação à ciência do direito*. 26. ed, rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 361-362.

²²⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema Del derecho romano actual*. Trad. M. CH. Guenoux. Tomo I. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878, p. 41.

leiam-se, normas de conduta -, enquanto que o negócio jurídico seria fonte de direitos subjetivos e de deveres apenas, não possuindo conteúdo normativo.

Seria o direito positivo revestido por uma autoridade absoluta e traduzido por uma língua com caracteres visíveis, materializado pela lei, seja em âmbito público ou privado, possuindo caráter popular²²⁸. A legislação, por sua autoridade exterior, teria preponderância em relação a quaisquer outras fontes, devendo ser considerada como a única fonte do Direito²²⁹.

A dicotomia Direito Objetivo e Direito Subjetivo tem, pois, um caráter tópico, ou seja, um lugar comum retórico, haja vista que o Direito Subjetivo comporta diversas situações, próprias do exercício da liberdade, que são difíceis de serem reduzidas num lugar comum e que levam ao questionamento acerca do seu caráter normativo²³⁰.

Este pensamento levou a desvalorização do conceito de autonomia, segundo Luigi Ferri, em face da confusão feita entre o aspecto normativo da lei e do negócio jurídico²³¹. A autonomia privada é colocada numa posição de menosprezo, de sorte que a liberdade negocial teria apenas o condão de criar obrigações entre as partes e não propriamente uma norma jurídica.

Carnelutti afirma, nesta linha, que o contrato é um fenômeno de autonomia, mas a autonomia manifesta-se de forma discreta, não para a formação de uma norma, mas tão somente de um preceito jurídico²³². Teria apenas um princípio de regulamentação, de sorte que o valor da autonomia privada não seria, por meio do negócio jurídico, de funcionar como fonte normativa, mas tão somente criar lei entre as partes.

Percebe-se que esta posição coloca a autonomia privada num patamar importante, mas com valor inferior ao atribuído às leis. Embora signifique os indivíduos teriam o poder de regular suas relações jurídicas da maneira desejada, com base nos limites estatais, não seria fonte de Direitos Objetivos²³³.

²²⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema Del derecho romano actual*. Trad. M. CH. Guenoux. Tomo I. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878, p. 43.

²²⁹ *Ibid.*, p. 50.

²³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 10. ed, rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 158.

²³¹ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. e notas de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001, p. 16.

²³² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999, p. 160.

²³³ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 21. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2016, p. 37.

O contrato, segundo este pensamento, teria o condão de ser fonte de obrigações, cabendo ao mesmo apenas dar existência ao fato que a norma estatal prevê, por meio da incidência do fato ao suporte fático normativo²³⁴.

No entanto, este ponto de vista é passível de críticas por não levar em consideração a vontade dos sujeitos no que diz respeito à determinação dos efeitos jurídicos do negócio, que seria, inclusive, seu critério diferenciador diante dos atos jurídicos²³⁵.

É por isso que Luigi Ferri defende posição antagônica a até então exposta. Seria o negócio, para o autor, um ato regulado pelo Direito e que também contém Direito por conta do seu conteúdo normativo. Seria, ao mesmo tempo, fato ou norma, a depender do ângulo de observação²³⁶.

Coaduna-se com a posição exposta, uma vez que a autonomia privada fundamenta-se no pressuposto da criação de uma norma por meio da autorregulação da liberdade, que não necessariamente é pautada na vontade de todos. Existem normas que são dirigidas a fins específicos, tal como ocorre com as normas advindas dos atos de autonomia privada.

Sob a influência de Hans Kelsen, a vontade tomou dimensões até então não vistas, de sorte a se atribuir ao negócio natureza de fonte normativa²³⁷. Para o autor, a norma advinda do exercício da autonomia privada é válida, uma vez que fora criada de um modo determinado por outra norma jurídica, que funciona como fundamento de validade da primeira norma²³⁸.

Teria o negócio jurídico qualidade de norma por ser fato produtor do Direito na medida em que a ordem jurídica confere a tal fato esta qualidade, tornando a prática do fato jurídico negocial, juntamente com a conduta contrária ao negócio, pressuposto de uma sanção civil. Assim, os indivíduos que estão subordinados a essa norma podem regular as suas relações mútuas, pois, embora não estatuem sanções, trazem uma conduta cuja conduta oposta é pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem²³⁹.

Seria possível se pensar numa norma jurídica com destinatário e objeto numa proposição com sujeito universal ou com sujeito singular, ou seja, com proposições em que o sujeito

²³⁴ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. e notas de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001, p. 18.

²³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161.

²³⁶ FERRI, *Op. cit.*, p. 20.

²³⁷ MELLO, *op. cit.*, p. 164.

²³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 284.

²³⁹ *Ibid.*, p. 284-285.

representa a universalidade, a sociedade ou com proposições individuais, com representação de um sujeito único²⁴⁰.

O alcance dessa norma particular seria entendido com a sua conexão com a regulação a que pertencem e entendido por meio do elo com outras proposições e com as relações que estas proposições têm entre si²⁴¹.

As normas criadas através da autonomia privada possuem conteúdo que se determina por meio das vontades dos sujeitos contratantes, vontade esta limitada. Impõe às partes direitos e deveres, é verdade, mas é fonte do Direito por seu caráter concreto, afinal as fontes do Direito não seriam apenas aquelas gerais e abstratas, tendo também como características a individualidade e a concretude²⁴².

Defende-se, portanto, que o negócio jurídico advindo do exercício da autonomia privada pelas partes possui conteúdo normativo, possuindo força vinculativa e obrigatoriedade tal como qualquer norma jurídica. Através do fato jurídico negocial se cria uma norma jurídica com conteúdo determinado pelas partes.

Por isso, quando observada a partir do fato jurídico em si, a autonomia privada criaria direitos e obrigações entre as partes. Contudo, quando observada por meio do exercício da vontade negocial, com o poder de criação das partes na autorregulação da vontade, seria norma jurídica, advinda da realização deste ato jurídico em sentido estrito, sendo, em suma, fonte do Direito.

Esta conclusão mostra-se importante para o deslinde desta pesquisa, uma vez que se discutirá o exercício da autonomia privada individual no âmbito trabalhista em relação à criação de normas jurídicas advindas de negociação entre empregado e empregador. Para que esta discussão possa ser realizada, no entanto, faz-se importante analisar como a autonomia privada é disposta na área trabalhista.

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Buebo Sudatti. Bauru- São Paulo: Edipro, 2001, p. 178-179.

²⁴¹ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodriguez Molinero. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2009, p. 259.

²⁴² BOBBIO, *op.cit.*, p. 183.

2.7 A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO DO TRABALHO

A autonomia privada, fruto da evolução da autonomia da vontade após longo processo histórico, pode ser vislumbrada em diversos aspectos. A vontade, num primeiro momento, teria o condão de proporcionar os desejos humanos, aceitando alguns como parte da felicidade e rejeitando outros²⁴³. Com a evolução da sociedade percebe-se que a liberdade, por si só e como fruto de um desejo interno, não poderia existir sem a análise da igualdade, de sorte que a regulamentação das relações jurídicas civis fez-se necessária.

O contrato passa, então, a ser o cerne das regulações de natureza cível, pautado em especial na teoria do negócio jurídico, com a possibilidade de conformação dos efeitos pelos sujeitos que realizassem o mesmo desde que estivessem em posição igualitária.

Passou-se a exigir coerência da disciplina dos atos de autonomia privada com o ordenamento privado, de sorte que a conformidade a lei, a ordem pública e bons costumes são tidos como elementos de limitação deste poder de autorregulação das relações cíveis²⁴⁴.

Estas limitações são deveras importantes para a consagração da isonomia substancial. Em relações jurídicas onde há a presença de um vulnerável, a autonomia privada precisa atuar como um mecanismo de proteção à igualdade, pois, só assim, garantirá a liberdade negocial dos sujeitos.

Por isso, no Direito do Trabalho, a autonomia privada é vislumbrada por um aspecto individual e coletivo, fruto do processo histórico deste ramo do Direito e das relações jurídicas ali estabelecidas. Dentro do reconhecimento obtido através de um ordenamento, podem-se determinar livremente os interesses de um grupo ou de pessoas individualizadas, interesses estes justificados dentro dos limites trazidos pelas esferas jurídicas atuantes, com o poder de criação do Direito em questão²⁴⁵.

A concepção pluralista do Direito²⁴⁶ consagra o ideal de autonomia privada, tanto no seu aspecto individual quanto coletivo. Tratando-se do Direito do Trabalho, esta concepção

²⁴³ SCHNEEWIND, J.B. *A invenção da autonomia: uma história da filosofia moral moderna*. Trad. Magda França Lopes. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 562.

²⁴⁴ ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischo contrattuale e autonomia privata*. Napoli: JOVENE EDITORE NAPOLI, 1982, p. 42.

²⁴⁵ CARESSI, Franco. *Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 99.

²⁴⁶ O pluralismo deve ser observado numa perspectiva inclusiva, uma vez que não seria o Estado a única e exclusiva fonte da produção jurídica do direito. Assim, observa-se pluralismo quando se tem, no mesmo espaço geopolítico, oficialmente ou não, mais de uma ordem jurídica. Esta poderia ter fundamentação econômica, profissional, dentre outras, poderia ainda corresponder a um período de ruptura social ou ser resultado da

mostra-se ainda mais marcante, haja vista que este é palco de normas que advém da produção estatal e de normas elaboradas pelos sujeitos interessados na mesma, seja pela atuação sindical ou na perspectiva de negociação individual entre empregado e empregador.

A autonomia privada na seara trabalhista, enquanto reflexo desta concepção pluralista do Direito, representa um sistema de ação não estatal construído para a solução de conflitos relativos ao mundo do trabalho, onde o Direito estatal abre espaços de regulação por meio da autonomia dos grupos sociais laborais²⁴⁷.

As direções pluralistas de elaboração da norma jurídica por meio dos sujeitos trabalhistas ressaltam a emergência de um direito que se encontra vivo e em tensão, muitas vezes, com o direito trazido pelo Estado. Realidades distintas surgem a cada momento de realização dos atos de autonomia negocial pelos sujeitos coletivos e individuais trabalhistas, tornando a tarefa de compreender o Direito do Trabalho no tocante à sua dinâmica normativa ainda mais difícil.

Por isso, mostra-se em evidência a crise do direito numa acepção meramente monista²⁴⁸, uma vez que a constatação da existência de outros centros de poder com capacidade para criar direito refuta a ideia de uma teoria das fontes jurídicas numa acepção puramente estatal.

O Direito do Trabalho, enquanto um ramo do direito especial que busca tutelar as relações jurídicas marcadas pela relação de subordinação e dependência, nasce com o objetivo de proteção das mesmas diante do sistema capitalista vigente ao século XVIII e XIX. O

conformação de conflitos de classes numa determinada área. SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a história jurídico-social de Parságada. *In*: José Geraldo de Souza Junior (Org.). *O direito achado na rua*. Brasília: UnB, 1987, p. 47. Importante ressaltar que o Estado, a depender do modelo pluralista adotado, pode ser substituído ou complementado por diversas instituições, como a família, a corporação, a localidade, sindicatos, comunidades locais, mercado internacional, grupos religiosos, dentre outros. PALACIO, Germán. *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993, 56-57.

²⁴⁷ GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Trad. y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez e José Antônio Fernández Avilés. Granada: Editorial Comares, 2004, p. XX.

²⁴⁸ O monismo estatal define-se em face da competência do Estado de produzir o Direito, bem como de se submeter ao seu próprio Direito de forma concomitante à regulação da vida social por meio das normas jurídicas. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Curitiba: HDV, 1986, p. 258. Para Wolkmer, este processo se dá como produto da hegemonia burguesa capitalista, que ganha força com os processos de implementação da propriedade privada, da livre iniciativa e de exploração dos meios de produção. Infere-se do pensamento do autor a defesa de que o monismo estatal, com a concentração das normas jurídicas nas mãos do Estado, é fruto do sistema capitalista liberal, que resulta numa perda de autonomia dos pequenos produtores em face da monopolização da produção, na perspectiva laboral. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no Direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 30-37. Contudo, a complexidade das relações sociais levou este modelo a sofrer diversas críticas. Os jusnaturalistas não conseguiam conceber um dever-ser sem referência a valores, enquanto que os partidários da teoria sociológica do direito rechaçam um sistema de normas jurídicas sem a contrapartida de uma realidade social²⁴⁸. Este e outros fatores colaboram para o enfraquecimento do monismo estatal, com a fragilização do modelo de detenção da produção jurídica. VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e filosóficos*. Vol. I. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003, p. 301.

desenrolar das relações jurídicas ali estabelecidas foi marcado pela existência de abusos, principalmente em face da marca do liberalismo econômico pautado num jogo de forças, onde se pressupunha, de forma equivocada, haver igualdade²⁴⁹.

O Estado que surge como resultado do fenômeno da Revolução Industrial e da Revolução Liberal, principalmente ocorrida na Inglaterra e França, põe-se a serviço da burguesia como um mecanismo de opressão, onde se impedia o agrupamento de trabalhadores para defender os seus direitos, criando-se inclusive um tipo penal para tanto no ordenamento francês por meio da Lei Chapelier (1791)²⁵⁰.

O chamado livre pacto das relações laborais individuais mostrou-se insatisfatório, ante as más condições de trabalho vivenciadas e os abusos cometidos em prol da liberdade negocial. A busca por uma melhoria nas condições laborais constituiu e constitui, ainda, o caminho base do Direito do Trabalho. E a autonomia privada, neste aspecto, precisou de conformações diferenciadas em relação ao Direito Civil.

A evolução dos sistemas jurídicos trabalhistas se dá com o incremento, num primeiro momento, da intervenção legislativa estatal e da autotutela dos interessados, por meio do exercício de manifestações e do direito de greve. Percebe-se que o plano individual da autonomia privada mostra-se bastante fragilizado, em face da vulnerabilidade do trabalhador, conforme será abordado nesta pesquisa.

A ideia de proteção e de assistência do trabalhador adquire um significado paulatino, pautada na regulamentação dos direitos que envolvem o contrato de trabalho. Através de uma série de preceitos imperativos, o Legislador buscou lograr êxito numa conformação social das relações laborais²⁵¹. A questão social refletia a convicção de que, dadas as condições sociais do período, não se fazia possível deixar de adotar medidas urgentes para corrigir abusos e melhorar a situação dos obreiros, outorgando local de destaque ao trabalho humano e à valorização deste²⁵².

Assim, o espaço para se tratar da autonomia privada individual era ínfimo, quiçá inexistente, nas relações trabalhistas diante da perspectiva adotada por esta pesquisa. No que tange às relações coletivas, após medidas repressivas adotadas em face dos sindicatos, com proibição

²⁴⁹ HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. *Compendio de derecho del trabajo*. Trad. PIÑERO, Miguel Rodriguez Piñero e Luis Enrique De La Villa. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 27.

²⁵⁰ BUEN L., Néstor De. *Derecho Del Trabajo*. Tomo Primero. Naucalpan de Juaréz: Editorial Porrúa, 1974, p. 21.

²⁵¹ HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. *Op. cit.*, p. 30.

²⁵² BARBAGELATA, Hector Hugo. *A evolução do pensamento do Direito do Trabalho*. Trad. Sidnei Machado. São Paulo: LTR, 2005, p. 37.

de manifestações que importassem em exercício da liberdade sindical²⁵³, a autonomia privada coletiva ganha um espaço maior de conformação com o reconhecimento ao grupo profissional organizado do poder de buscar melhorias nas condições laborais.

O sindicato passa a ter a atribuição de tutelar um interesse coletivo²⁵⁴, promovendo o interesse do grupo por um ofício típico do âmbito privado. A autonomia privada coletiva seria, aqui, superior à autonomia singular ou individual, estando vinculada apenas ao poder do grupo organizado no âmbito do ordenamento estatal²⁵⁵.

As organizações sindicais, em verdade, transformam-se em atores coletivos mediante a constituição comunicativa de suas identidades. A capacidade de ação coletiva surge "cuando las organizaciones, en su identidad colectiva, producen acciones y, viceversa, la acción organizativa produce su identidad colectiva"²⁵⁶.

Essa identidade coletiva produzida permite que o sindicato atue desenvolvendo os atos de autonomia privada coletiva, produzindo normas que terão aplicabilidade aos membros da categoria. Atualmente, contudo, o estudo da autonomia privada na seara trabalhista passa por novos contornos. A direção tomada pelo Direito do Trabalho, de marcada inspiração industrial, passa a ser contestada em certa medida, por conta do problema das fontes deste sistema jurídico plural.

Não se pode negar que o Direito do Trabalho vem passando por diversas transformações desde o final do século XX e início do século XXI. Estas questões, em parte, são vislumbradas por conta do processo de constitucionalização dos direitos econômicos e sociais, com especial enfoque do direito ao trabalho, complexidade que os fenômenos tecnológicos

²⁵³ BARBAGELATA, Hector Hugo. *A evolução do pensamento do Direito do Trabalho*. Trad. Sidnei Machado. São Paulo: LTR, 2005, p. 55-56.

²⁵⁴ O interesse coletivo deve demonstrar o interesse de uma pluralidade de pessoas em um bem ou bens que são adequados para satisfazer não a necessidade individual de uma ou algumas dessas pessoas, mas a necessidade comum de todos. Visa satisfazer uma necessidade comum, consistindo num esforço coletivo em prol de melhorias para a categoria. GAROFALI, Mario Giovanni. *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*. Napoli: Editore Jovene Napoli, 1979, p.142-143. Segundo Juan Escribano Gutiérrez, "cabe destacar aquéllos cuyo denominador común es el de partir, como premisa lógica, de un concepto de interes colectivo de carácter abstracto, razón que induce a Caruso a calificarlas de concepciones neo-dogmáticas. Por otro, los denominados empíricos por el mismo autor cuya nota común estaria en asumir la imposibilidad de concebir a priori una noción de interes colectivo, puesto que dicho concepto se encontraría condicionado por la realidad histórica concreta". ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. *Autonomia individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*. Madrid: CES, 2000, p. 48-49.

²⁵⁵ SANSEVERINO, Luisa Riva; MAZZONI, Giuliano. *Nuovo Trattato di Diritto Del Lavoro*. Vol. I: Diritto Sindacale. Verona: Edizioni Cedam PADOVA, 1971, p. 24.

²⁵⁶ TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Ed. Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 6.

impõem para a área trabalhista, transformações da economia, das empresas e da ordem social, dentre outros²⁵⁷.

Por isso, o estudo das interações entre a autonomia privada coletiva e a autonomia privada individual trabalhista ganha outros aspectos na atualidade, ainda mais com a mudança promovida pela Lei 13.467/17 ao estabelecer critérios para o exercício da autonomia privada individual, além da prevalência desta em detrimento da negociação coletiva. Tal diploma trouxe a possibilidade de prevalência do negociado em detrimento do legislado diante da inserção do artigo 611-A, da CLT e prevalência do negociado individualmente em face da negociação coletiva, nos casos de empregado hiperssuficiente, conforme o artigo 444, parágrafo único da CLT, que será estudado em momento oportuno. Por ora, faz-se necessário diferenciar autonomia privada individual e autonomia privada coletiva na seara trabalhista, para que se possa chegar ao objeto desta pesquisa, voltado ao estudo da autonomia individual.

2.7.1 Autonomia privada coletiva x autonomia privada individual

Conforme fora visto, a autonomia privada, enquanto poder de regramento dos negócios jurídicos pelos sujeitos contratantes, encontra seu fundamento e limites no próprio ordenamento jurídico, embora seja originariamente advinda de um processo produtivo fora do Estado, sendo reconhecida após uma longa história de luta. No Direito do Trabalho, a autonomia privada encontra-se subdividida, diante do aspecto individual e coletivo que esta possui.

A autonomia privada individual trabalhista consiste no ato de liberdade negocial, respeitados os primados de validade diante da constituição da relação jurídica empregatícia. Infere-se deste raciocínio que a constituição do processo obrigacional laboral consiste num ato de autonomia privada, onde os sujeitos participantes são empregado e empregador e o contrato resultante consiste no contrato de emprego.

Já a autonomia privada coletiva é vislumbrada na seara do Direito Coletivo do Trabalho, diante das relações de natureza coletiva que ocorrem na seara trabalhista. Tem-se, nesta senda, liberdade negocial advinda do interesse coletivo manifestado pelos sujeitos coletivos

²⁵⁷ GARCIA, Manuel Alonso. *Curso de derecho Del trabajo*. 4. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1973, p. 86-87.

trabalhistas. Do exercício da liberdade negocial, dois instrumentos coletivos podem ser visualizados: o acordo coletivo ou a convenção coletiva²⁵⁸.

Tem por objetivo, dentro dos limites estabelecidos pelo Estado, "una regulación normativa de las condiciones de trabajo por lós propios interesados, así como su colaboración em la administración y administración de justicia laborales (autonomia)"²⁵⁹.

Infere-se que o exercício da autonomia privada coletiva se dá em face da existência de interesses contrapostos de grupos sociais organizados diversos. Busca-se, neste íterim, a feitura de normas destinadas aos seus membros e que correspondam à satisfação dos possíveis interesses contrapostos existentes nesses grupos²⁶⁰.

No entanto, faz-se mister ressaltar que a autonomia coletiva desenvolve-se antes mesmo da sua perspectiva juslaboral, buscando a tutela de interesses de uma coletividade. Seu nascimento se dá, portanto, com a concepção pluralista do Direito surgida nas instituições medievais, por meio da criação de normas advindas da vontade de corpos sociais.

No que tange à diferenciação essencial entre a autonomia privada individual e a autonomia privada coletiva no Direito do Trabalho, Walkure Lopes Ribeiro da Silva²⁶¹ afirma que estas se diferenciam quanto aos fins e à estrutura que comportam.

Quanto à finalidade, infere-se que a autonomia individual visa satisfazer interesse individual, visualizando o empregado e o empregador enquanto pessoas singularmente consideradas. Já no que diz respeito à autonomia privada coletiva, o interesse jurídico ali consagrado é o coletivo, pertinente ao grupo, às categorias envolvidas.

No que diz respeito à estrutura, os limites internos e externos da autonomia na área trabalhista são definidos pela relevância dos interesses dispostos. Neste caso, se os interesses considerados fossem privados, estar-se-ia diante da autonomia privada individual ou coletiva do Direito do Trabalho. Caso o interesse envolvido fosse o interesse público, estar-se-ia diante de uma relação estatal, fora das balizas negociais adstritas à área trabalhista²⁶².

²⁵⁸ CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1982, p. 128.

²⁵⁹ HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. *Compendio de derecho del trabajo*. Trad. PIÑERO, Miguel Rodriguez Piñero e Luis Enrique De La Villa. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 250.

²⁶⁰ FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. *Direito do Trabalho: relações colectivas de trabalho*. Vol. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 33.

²⁶¹ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). *Curso de Direito do Trabalho*. v. III. São Paulo: LTr, 2008, p. 48-65.

²⁶² SANSEVERINO, Luisa Riva; MAZZONI, Giuliano. *Nuovo Trattato di Diritto Del Lavoro*. Vol. I: Diritto Sindacale. Verona: Edizioni Cedam PADOVA, 1971, p. 24.

Amauri Mascaro²⁶³, por sua vez, tratando apenas da autonomia privada coletiva, identifica duas concepções da mesma: a concepção restrita e a concepção ampla. A concepção restrita, segundo o autor, confere poderes aos representantes das organizações sindicais e patronais em criar regulamentação que será aplicável às relações individuais de trabalho, diante da elaboração do instrumento coletivo.

A concepção ampla alcança, além da criação de normas jurídicas por meio do acordo e da convenção coletiva, a liberdade sindical conferida aos sindicatos das respectivas categorias e o direito de autotutela da classe trabalhadora, materializado no direito fundamental à greve da categoria.

Seja como for, percebe-se que a autonomia privada individual e a autonomia privada coletiva em nada se confundem. Em resumo, os atos de autonomia privada individual buscam materializar interesses concretos, individualizados e pertencentes aos seus titulares, enquanto que os atos de autonomia privada coletiva buscam dar concretude aos interesses coletivos voltados a melhorias nas condições de trabalho de forma ampla, sendo analisados numa perspectiva transindividual, portanto.

2.7.2 Autonomia privada coletiva x autonomia assistida

Uma variante da autonomia privada coletiva é a autonomia privada assistida, fenômeno pelo qual o contrato é feito diretamente pelo indivíduo interessado. Difere da autonomia privada individual, pois esta não se encontra só para a realização do negócio jurídico, sendo necessária a presença da organização que representa e tutela a relativa categoria social²⁶⁴.

Assim, a autonomia privada coletiva é marcada pela atuação direta e imediata dos sujeitos coletivos na tutela dos interesses da categoria, enquanto que na autonomia assistida o sujeito coletivo atua apenas de forma indireta, assegurando a realização do negócio jurídico dentro dos ditames do ordenamento em questão.

A finalidade dos atos de autonomia assistida seria, pois, o resguardo da autonomia privada dos sujeitos que se encontram em situação onde a proteção da sua vontade seja necessária,

²⁶³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 822-823.

²⁶⁴ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2011, p. 46.

seja por conta de um interesse social envolvido, seja para evitar a ocorrência de vícios na manifestação da mesma²⁶⁵.

Roppo exemplifica a autonomia privada assistida por meio das transações sobre as controvérsias laborais onde se faz necessária a atuação do sindicato, conforme o artigo 410 ss., c.p.c, e os acordos relativos às relações agrárias onde se faz necessária a presença da organização de trabalhadores agrícolas e do proprietário²⁶⁶.

O ordenamento jurídico brasileiro consagra alguns exemplos de atos de autonomia privada assistida. O artigo 500 da CLT²⁶⁷ afirma que o pedido de demissão do empregado estável apenas será válido quando for feito mediante a assistência do respectivo sindicato ou autoridade do extinto Ministério do Trabalho. Demonstra-se, assim, a necessidade de atuação das referenciadas organizações diante de possíveis vícios de vontade no pedido de demissão do empregado estável.

Outro exemplo acerca da autonomia privada assistida na área trabalhista foi vislumbrado com o advento do termo de quitação anual de débitos trabalhistas, inserido após a lei 13.467/17 por meio do artigo 507-B da CLT²⁶⁸. Neste exemplo pode empregado e empregado, perante o sindicato dos empregados da categoria, firmar termo de quitação anual dos débitos trabalhistas, estando o contrato vigente ou não.

Em suma, a autonomia privada assistida e a autonomia privada coletiva, na seara trabalhista, não se confundem, assumindo papéis diferentes, embora possam ser exercidas pelo mesmo grupo organizado, quer seja o sindicato profissional.

²⁶⁵ SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das normas coletivas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 129.

²⁶⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2 ed. Milão: Giuffrè Editore, 2011, p. 46.

²⁶⁷ Art. 500. O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho. BRASIL. *Decreto lei 5452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm, acesso em 01 abr. 2019.

²⁶⁸ Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria. BRASIL. *Decreto lei 5452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm, acesso em 01 abr. 2019.

3 VULNERABILIDADES E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO: UMA PROPOSTA DE ABANDONO DO CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA CLÁSSICO EM PROL DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE DO EMPREGADO

O desenvolvimento do Direito do Trabalho enquanto ramo do Direito é marcado pela Revolução Industrial, com base em mecanismos de produção que consagravam o ideal da subordinação, por meio de uma estruturação vertical e centralização da produção.

Neste ponto, o aperfeiçoamento da técnica de produzir proporcionado pelas invenções, notadamente pela máquina a vapor, faz com que ocorra, paulatinamente, a substituição do trabalho manual puro e simples pelo trabalho com máquinas. Implantam-se centros industriais pautados na divisão do trabalho, onde cada trabalhador se transforma em responsável por uma determinada operação produtiva²⁶⁹.

As condições de trabalho degradantes do período e a existência de grandes contingentes potenciais de trabalhadores faz com que se torne necessário uma regulamentação que possibilite que estes trabalhadores passem a ser enxergados como sujeitos de direitos e não como mera mercadoria²⁷⁰. O Direito do Trabalho se desenvolve, então, sob o prisma da luta de classes, em que o conflito capital e trabalho advindo das fábricas é determinante para o estabelecimento de normas e regras voltadas à proteção do trabalhador, considerado hipossuficiente nesta relação jurídica.

A liberdade adquirida pelo empregado, neste período, é uma liberdade aparente, uma vez que este não detém os meios de produção. Dependendo economicamente do trabalho para a sua subsistência e de sua família, o trabalhador se submete às condições trazidas pelo empregador, sob pena de ser substituído por outro trabalhador, parte do exército de desempregados naquele período.

A relação jurídica trabalhista se desenvolve sob essa premissa, objetivando o Direito do Trabalho equilibrar uma relação jurídica que faticamente se encontra desequilibrada. Universalizou, portanto, a proteção ao hipossuficiente, diante da condição fática a que este se

²⁶⁹ MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1980, p. 14.

²⁷⁰ RAY, Jean-Emmanuel. *Aborder Le droit Du travail*. Paris: Seuil, 1998, p. 4.

encontra submetido, pelo exercício da subordinação jurídica por parte do empregador. Assim sendo, se existe subordinação, existe proteção laboral²⁷¹.

No entanto, a constituição e desenvolvimento das relações trabalhistas modernas envolvem aspectos diversos, sendo essencial uma adequação do Direito do Trabalho às múltiplas facetas de empregados e de modelos de gestão empresarial existentes na atualidade. A proteção, pautada apenas na existência de hipossuficiência econômica, não mais responde aos anseios protetivos da atualidade, sendo necessária uma revisão neste conteúdo.

Nesta pesquisa, defende-se que o conceito de vulnerabilidade se adéqua melhor aos novos contornos do Direito do Trabalho, em especial diante do regime de acumulação flexível, mundialização e descentralização produtiva vivenciados. As novidades no mundo do trabalho, muitas vezes, refletem apenas velhas formas de exploração do trabalho humano, com mecanismos opressores e propostas flexibilizatórias. Entretanto, os velhos mecanismos de proteção nem sempre conseguem abarcar tais relações, que acabam por ficar à mercê do Direito do Trabalho, quando deveriam estar sob sua tutela.

Modelos de negócio pautados em economia disruptiva²⁷², como ocorre, por exemplo, com a empresa Uber, identificam uma necessidade no consumidor que não estava satisfeita por nenhum produto ou serviço, criando um modelo que permite vantagem em termos lucrativos, normalmente utilizando mecanismos tecnológicos. Os trabalhadores envolvidos neste processo encontram-se fora da tutela tradicional do Direito do Trabalho, sendo explorados sob a premissa de que possuem autonomia e de que colaboram com a organização. Defender-se-á, mais adiante, que estes trabalhadores são vulneráveis tais como qualquer empregado, modificando-se apenas o mecanismo de subordinação, que saí de um viés tradicional. A proteção deve subsistir, em síntese.

Questão complexa reside na compatibilização do princípio protetor diante da crescente ideia voltada ao exercício da autonomia privada individual na seara laboral. Como se pensar no exercício da liberdade negocial por parte de um sujeito vulnerável, sem que isso leve ao desmoronamento da rede protetiva trabalhista?

A Lei 13.467/17, conhecida popularmente como reforma trabalhista, inova ao estabelecer critérios para o exercício da liberdade negocial por parte do empregado. O art. 444, parágrafo

²⁷¹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTR - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 293.

²⁷² GAUTHIER, Gustavo. *Disrupción, economía compartida y derecho*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2016, p. 12.

único da CLT, passou a designar tais critérios: deve o empregado possuir diploma de nível superior e perceber salário igual ou superior ao dobro do teto dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social para que possa negociar diretamente com o empregador, nos mesmos moldes do art. 611-A da CLT, que trata da prevalência do negociado sobre o legislado em sede de negociação coletiva.

Considera, por conseguinte, inexistente hipossuficiência se preenchidos os requisitos supracitados, fazendo com que o empregado possa negociar diretamente com seu empregador. Questiona-se, no entanto, se esta premissa adotada pelo Legislador trabalhista seria adequada, diante da noção de vulnerabilidade do empregado defendida nesta pesquisa, em especial por conta da relação que a autonomia privada possui com os princípios da liberdade e igualdade. Para se chegar a este ponto, faz-se necessário, primeiramente, conhecer o conceito de vulnerabilidade e a atuação desta no ordenamento jurídico brasileiro, além do tratamento da vulnerabilidade no sistema protetivo trabalhista.

3.1 A VULNERABILIDADE

A premissa da liberdade individual inerente à noção de autonomia privada faz com que se possam desenhar os contornos relativos ao exercício da mesma no contrato de emprego, notadamente marcado pelo desequilíbrio existente entre os sujeitos desta relação jurídica. Neste aspecto, salienta-se como característica desta relação a vulnerabilidade do empregado, fruto do elemento díspare que é elementar à relação empregatícia, desenvolvido como consequência da necessidade de se promover igualdade substancial.

Contudo, admitir a vulnerabilidade como uma categoria jurídica dentro da lógica do direito contratual é admitir o desafio que encontra o Estado Social ao não ser apenas um garantidor de liberdades e da autonomia contratual dos indivíduos, mas ser um Estado capaz de promover a justiça social, transformando e reduzindo desigualdades sociais, conforme preleciona a Constituição Federal nos artigos 3º, III e 170, VII²⁷³.

As desigualdades sociais relativas aos aspectos de identidade como etnia, gênero, idade, condição econômica, além de condições específicas que acometem aqueles que se encontram

²⁷³ LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável in: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord). *Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013, p. 160.

em situação de desigualdade fática/jurídica como o consumidor, o empregado, as pessoas com deficiência, etc. geram uma potencial vulnerabilidade *per si*, pois as colocam na linha de frente em relação a possíveis danos ou prejuízos apenas por estas circunstância da vida e características pessoais²⁷⁴.

Por isso, o termo vulnerabilidade fora empregado, num primeiro momento, para tratar das pessoas com deficiência, das crianças, senis e institucionalizados de qualquer ordem. No entanto, esta concepção exclui as pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, como ocorre com populações subdesenvolvidas, que vivenciam cenário de vulnerabilidade social em face da opressão e pobreza²⁷⁵.

Esta constatação decorre do afastamento do Direito da realidade social. Este distanciamento não mais pode ser permitido, uma vez que o Direito reflete o mundo dos fatos e não mais se fundamenta, exclusivamente, em sujeitos abstratos, detentores de uma igualdade meramente formal²⁷⁶.

A categoria dos sujeitos vulneráveis deve ser analisada com cuidado nos diversos âmbitos do Direito, uma vez que se trata de sujeitos que preenchem os requisitos formais de capacidade civil, mas que não possuem condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde para manifestar a vontade sem uma tutela protetiva atrelada a esta manifestação²⁷⁷.

No Direito do Trabalho, este estudo ganha importância diante da disparidade existente na relação jurídica trabalhista, em que a construção do Direito brasileiro finca suas premissas na necessidade de proteção ao empregado, considerado o hipossuficiente da relação em comento. Verificar-se-á, mais adiante, se o conceito de hipossuficiência é suficiente para promover a proteção do empregado no tocante ao exercício da vontade nos atos de autonomia privada.

Por ora, faz-se necessário compreender o sentido da palavra vulnerabilidade e diferenciá-la do conceito de hipossuficiência advindo do Direito do Trabalho, para então compreender como a vulnerabilidade impacta no desenrolar das relações empregatícias.

²⁷⁴ KOTTOW, Michael. H. Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org). *Bioética: poder e injustiça*. 2 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 71-78, p. 72.

²⁷⁵ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Vulnerabilidade e Dignidade Humana. *O Mundo da Saúde*, São Paulo, ano 30, v. 30, n. 3, p. 434-440, jul./set.2006, p. 435.

²⁷⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.

²⁷⁷ GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. *Revista Bioética*, vol. 7, n. 1. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288/427, acesso em 18 mar. 2019.

3.1.1 Acepções do vocábulo vulnerabilidade

A palavra vulnerabilidade possui sua raiz etimológica, no latim, nos termos *vulnerare* (ferir) e *velnerabilis* (que causa lesão), que indicam a noção de suscetibilidade que alguém ou algum objeto possui em ser atingido, prejudicado ou ferido²⁷⁸.

Considerando-se estes aspectos, todo ser humano é, em alguma medida, vulnerável, uma vez que possui perturbações pessoais e aflições que são inerentes ao seu complexo psíquico e que respondem de forma diversa a agentes estressores²⁷⁹. Seria a vulnerabilidade, portanto, "estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação"²⁸⁰.

Contudo, ressalta-se que, em âmbito jurídico, o conceito de vulnerabilidade se encontra, muitas vezes, atrelado à bioética, em razão das discussões que envolvem a realização de experimentos com seres humanos. Em âmbito internacional, a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos determina, no art. 8º, que a vulnerabilidade humana deve ser considerada para a aplicação e avanço do conhecimento científico, devendo ser protegidos²⁸¹.

Em nível nacional, o Conselho Nacional de Saúde, na Resolução 510 de 2016, define vulnerabilidade como "situação na qual pessoa ou grupo de pessoas tenha reduzida a capacidade de tomar decisões e opor resistência na situação da pesquisa, em decorrência de fatores individuais, psicológicos, econômicos, culturais, sociais ou políticos"²⁸².

Infere-se destes conceitos que, para a verificação de uma situação de vulnerabilidade, faz-se necessária a atuação de alguém ou de algo que cause transtornos ou que coloque o sujeito dito vulnerável em situação de fraqueza ou fragilidade. Por isso, é tão difícil conceituar, com

²⁷⁸ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Vulnerabilidade e Dignidade Humana. *O Mundo da Saúde*, São Paulo, ano 30, v. 30, n. 3, p. 434-440, jul./set.2006, p. 435.

²⁷⁹ FRIEDRICH, Ariela Cristine Dias; MACEDO, Fernando; REIS, Aline Henriques. Vulnerabilidade ao stress em adultos jovens. *Rev. Psicol., Organ. Trab.*, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 59-70, mar. 2015. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572015000100006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 18 mar. 2019. <http://dx.doi.org/10.17652/rpot/2015.1.499>.

²⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed, rev., ampl, atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 120.

²⁸¹ Art. 8º: "Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa". UNESCO. *Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos*. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por, acesso em 18 mar. 2019.

²⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução 510, de 07 de abril de 2016*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/reso510.pdf>, acesso em 18 mar. 2019.

completude, a vulnerabilidade, uma vez que esta possui prismas axiológicos distintos, que podem ser diversos a depender do ramo do conhecimento estudado.

Neste aspecto, é importante salientar as concepções de vulnerabilidade defendidas por Maria do Céu Patrão Neves²⁸³. Para a autora, três são as acepções axiológicas da vulnerabilidade.

A primeira concepção defende a vulnerabilidade como característica particular de pessoas ou grupos. Seria uma característica provisória, contingente e relativa a algumas pessoas, como idosos, crianças e aqueles desprovidos de discernimento ou em relação a grupos sociais, como aqueles que possuem menos recursos financeiros²⁸⁴.

Apresenta-se como um fato, num plano descritivo, embora não possa ser considerada como axiologicamente neutra. Reflete a expressão de valores num plano descritivo, elencando a qualificação das pessoas que se encontram neste aspecto, além da obrigatoriedade ética de proteção. A autonomia dos grupos vulneráveis não é vista apenas num viés negativo, e sim no viés da exigibilidade, pelo outro, do estabelecimento de condições para o exercício da liberdade destes grupos vulneráveis. Busca-se um reforço da sua autonomia, consagrando um empoderamento destes grupos²⁸⁵.

A segunda concepção se funda na noção da vulnerabilidade como uma condição humana universal. Adentra no vocabulário filosófico como uma "realidade construtiva do homem, como condição universal da humanidade e como indissolavelmente ligada à responsabilidade, no seu sentido etimológico de resposta"²⁸⁶. A vulnerabilidade é então pautada, nesta acepção, na noção de finitude da vida humana, revelando a fragilidade que acompanha o desenvolvimento e vivência pelo ser humano.

Por fim, a última acepção da vulnerabilidade enxerga a mesma como um princípio ético internacional. Para Maria do Céu Patrão Neves, as noções anteriores de vulnerabilidade devem ser conjugadas, para que esta possa ser considerada como um princípio ético. Teria a vulnerabilidade um sentido mais adjetivo e comum, voltado à análise das características particulares dos indivíduos, e um sentido mais amplo, inerente à condição humana, fundamentando uma concepção antropológica e ética. Essa dupla acepção é, na visão da

²⁸³ NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista brasileira de bioética*, vol.2, n.2, 2006, p. 157-172.

²⁸⁴ ANDRADE, Carlos Frederico Guerra. Direito à intimidade genética na relação de emprego. Dissertação de Mestrado (2008). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 292 p Orientadora: Prof. Doutora Mônica Neves Aguiar da Silva.. Salvador: 2008, p. 86.

²⁸⁵ NEVES, *op.cit.*, p. 160-161.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 164.

autora, o que transforma a vulnerabilidade num princípio ético, nos moldes da supracitada Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos²⁸⁷.

Reconhece-se a existência de uma vulnerabilidade que é contingente e sanável, em grande medida, com o respeito à autonomia daqueles que são tidos como vulneráveis e também como uma condição intrínseca à essência humana, numa noção de autonomia pautada na solidariedade e justiça²⁸⁸. É vista como um princípio ético por constituir uma forma de tomada de decisões baseada na moral e na razão, num mecanismo hermenêutico²⁸⁹.

Tais acepções da vulnerabilidade são importantes para o desenvolvimento desta pesquisa, uma vez que reconhecem a autonomia dos sujeitos vulneráveis, além de funcionar como balizas éticas para as relações jurídicas travadas no sistema jurídico brasileiro. No entanto, ressalta-se o especial espectro trazido pela primeira concepção, haja vista que a vulnerabilidade enquanto condição intrínseca aos empregados afeta o modo de relacionamento estabelecido com o empregador, em especial no que tange aos atos de autonomia privada e liberdade negocial.

Em face da disparidade que ocorre no Direito do Trabalho, o empregado se encontra, por vezes, numa situação em que se inviabiliza por completo a prática de atos negociais em seara individual, independentemente da sua vontade, diante da premissa da indisponibilidade de direitos. Ora, se a relação jurídica trabalhista não contar com mecanismos que garantam a igualdade substancial dos sujeitos integrantes da mesma, não se pode falar em autonomia, quiçá autonomia privada, haja vista que, conforme visto no capítulo anterior, o exercício da liberdade possui como pressuposto teórico a igualdade material dos sujeitos. É importante desenvolver o sentido mais amplo da vulnerabilidade no Direito do Trabalho para que seja possível compreender quais os mecanismos aptos a diminuir ou eliminar as disparidades verificadas neste ramo do Direito.

²⁸⁷ NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista brasileira de bioética*, vol.2, n.2, 2006, p. 157-172, p. 166-167.

²⁸⁸ ANDRADE, Carlos Frederico Guerra. Direito à intimidade genética na relação de emprego. Dissertação de Mestrado (2008). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 292 p Orientadora: Prof. Doutora Mônica Neves Aguiar da Silva. Salvador: 2008, p. 86.

²⁸⁹ BATAGLIA, Patrícia Unger Raphael; Morais, Alessandra de; LEPRE, Rita Melissa. A teoria de Kohlberg sobre o desenvolvimento do raciocínio moral e os instrumentos de avaliação de juízo e competência moral em uso no Brasil. *Estudos de Psicologia*, 15(1), Janeiro-Abril/2010, 25-32. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/epsic/v15n1/04.pdf>, acesso em 18 mar. 2019.

3.1.2 Vulnerabilidade e hipossuficiência: distinções necessárias

O ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne à tutela jurídica do vulnerável, encontra bases teóricas na seara consumerista, notadamente marcada pela presença do consumidor vulnerável na relação jurídica ali estabelecida. Neste sentido, o Brasil, seguindo diretriz da Resolução 39/248 de 1985 da Organização das Nações Unidas - ONU²⁹⁰, reconheceu o desequilíbrio existente na relação jurídica entre fornecedor e consumidor, em face das disparidades econômicas, técnicas, educacionais e financeiras que circundam aquela relação.

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, portanto, adota a vulnerabilidade enquanto princípio que rege o ramo do Direito em comento, direcionando a legislação estatal a um patamar de proteção à parte débil da relação jurídica consumerista, conforme balizas estabelecidas pelo artigo 4, I do CDC²⁹¹.

As nuances da vulnerabilidade fazem parte do discurso jurídico privado da atualidade, em especial diante da natureza jurídica das relações particulares estabelecidas entre os sujeitos privados, como ocorre nas relações contratuais, entre consumidores e profissionais e entre empregados e empregadores, por exemplo.²⁹² Não se limitam, portanto, ao ramo consumerista, embora se reconheça a importância das bases teóricas deste ramo do Direito para o desenvolvimento da temática.

Nota-se a opção inicial, pela legislação consumerista, da palavra vulnerabilidade enquanto princípio que rege as suas relações. No entanto, a mesma legislação utiliza o vocábulo hipossuficiência para tratar da inversão do ônus da prova em matéria de consumo, conforme disposição do art. 6, VIII, do CDC²⁹³. Tratando-se do Direito do Trabalho brasileiro, como se

²⁹⁰ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Resolução 39/248 de 16 de abril de 1985*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/legislação>; acesso em 25 mar. 2019.

²⁹¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade* (no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, interpretação sistemática do direito). 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2009. p.13.

²⁹² FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista de direito do consumidor*. Ano 22, n. 85, jan/fev. 2013, p. 16-23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 16-17.

²⁹³ Art. 6: São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. BRASIL. *Lei 8078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm, acesso em 25 mar. 2019.

verá mais adiante, existe uma preferência pela expressão hipossuficiência para tratar da disparidade existente entre empregado e empregador.

Por isso, faz-se necessário compreender as diferenças entre as expressões supracitadas, haja vista que se defenderá, nesta pesquisa, que a noção de vulnerabilidade é a mais adequada para tratar das relações jurídicas trabalhistas.

A doutrina brasileira trava esforços contudentes para diferenciar vulnerabilidade e hipossuficiência. Tradicionalmente, a palavra hipossuficiência enseja uma análise econômica da disparidade existente entre os sujeitos integrantes da relação jurídica em questão, sendo uma das facetas da vulnerabilidade. A hipossuficiência "revela a vulnerabilidade ante a insuficiência econômica"²⁹⁴, possuindo repercussões em diversos âmbitos do Direito. No Direito do Consumidor, a hipossuficiência faz com que se constate a fragilidade do consumidor diante da necessidade frente ao fornecedor e seu poderio econômico²⁹⁵, sendo uma forma de vulnerabilidade reconhecida.

Neste sentido, a vulnerabilidade se revela como acepção mais complexa, associada, como visto linhas atrás, à identificação de fraqueza ou debilidade apresentada por uma pessoa numa relação jurídica por conta da posição contratual, de determinadas características ou condições que lhe são inerentes.

A vulnerabilidade pode ser identificada de forma apriorística, *in abstracto*, tendo por base a reunião das características que colocam aquele ser em posição de vulnerabilidade, como ocorre, por exemplo, com idosos, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes, ou pela relação jurídica em questão, como vislumbrado na relação consumerista e trabalhista. Pode a vulnerabilidade, ainda, ser determinada posteriormente pela análise da relação jurídica concreta, dependendo, neste aspecto, da demonstração da vulnerabilidade²⁹⁶.

Tratando em específico da tutela do consumidor, Bruno Miragem defende que a vulnerabilidade do consumidor enseja uma presunção legal absoluta, *iure et de iure*, fundada no desequilíbrio dos agentes econômicos integrantes desta relação jurídica. O Direito, a partir

²⁹⁴ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 190.

²⁹⁵ MASCARENHAS, Elena Macedo. Substituição de produtos em razão de vícios por inadequação: uma análise crítica acerca da efetividade da legislação consumerista brasileira em comparação com o sistema jurídico norte-americano in: SUZART, Joseane; CERQUEIRA, Alane Silva de (org.). *Proteção do consumidor diante dos problemas de produtos e serviços: o que fazer quando quebram ou deixam de funcionar?* Salvador: Paginae, 2014, p. 166.

²⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 128.

do momento em que reconhece este contexto, cria normas especiais de proteção ao sujeito mais fraco da relação em face da desigualdade existente²⁹⁷.

A hipossuficiência, por sua vez, funcionaria como um traço particular de um consumidor em concreto, dotada de presunção *juris tantum*²⁹⁸. Neste ponto, faz-se importante ressaltar que, alguns autores²⁹⁹, diante do aspecto econômico e da diretriz trazida pelo art. 6º, VIII do CDC, afirmam que a hipossuficiência deve ser vista na perspectiva processual, sendo analisada no caso concreto pelo magistrado diante das peculiaridades do mesmo³⁰⁰.

Embora a diferenciação entre vulnerabilidade e hipossuficiência seja vislumbrada pela maioria na doutrina, existe corrente que defende que o fenômeno da vulnerabilidade em nada se distancia do fenômeno da hipossuficiência, consistindo, portanto, em expressões sinônimas³⁰¹. Não se aplicará esta corrente nesta pesquisa, uma vez que, num aspecto material, é possível a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência.

Neste ponto, concorda-se com o exposto por Cláudia Lima Marques, ao afirmar que a hipossuficiência consiste num tipo de vulnerabilidade, que se alinhará aos outros tipos de vulnerabilidade - técnica e jurídica, para formar o complexo sistema da proteção à parte mais débil das relações de consumo³⁰². No mesmo sentido, tem-se o exposto por Fernanda Tartuce, onde "vulnerabilidade indica, assim, suscetibilidade em sentido amplo, sendo a hipossuficiência uma de suas espécies - vulnerabilidade econômica"³⁰³.

Aplicando-se os ensinamentos advindos da área consumerista e buscando-se criar uma sistematização das questões que envolvam a vulnerabilidade, defende-se que a vulnerabilidade possui relação direta com o princípio da igualdade substancial, pautada num

²⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 128.

²⁹⁸ PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor e a ótica subjetiva do intérprete. *Revista de direito do consumidor*. Ano 26, n. 110, mar/abril 2017, p. 43-57 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 50.

²⁹⁹ Cf. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p.47; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. . 5. ed, rev, atual., ampl., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 2. ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2003, p. 33.

³⁰⁰ Nesta pesquisa, limitar-se-á ao aspecto material da aceção vulnerabilidade e hipossuficiência, não se adentrando nas questões que envolvem o direito processual.

³⁰¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 38.

³⁰² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.

³⁰³ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 183.

estado da pessoa por conta de um inerente risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado³⁰⁴.

O reconhecimento da vulnerabilidade configura uma necessária concretização do princípio da igualdade nas relações privadas, afirmando o movimento de solidariedade e de consagração dos direitos fundamentais nas relações particulares advindo com a Constituição Federal de 1988. Deve-se criar e concretizar, portanto, normas compensatórias de proteção a estes sujeitos vulneráveis, diante do reconhecimento da sua fraqueza³⁰⁵, seja em âmbito trabalhista, consumerista ou diante de características pessoais, conforme já fora mencionado anteriormente.

A hipossuficiência, por sua vez, apresenta-se como um dos aspectos da vulnerabilidade, sendo um dos seus fundamentos no plano material, relacionada ao aspecto econômico³⁰⁶. Também pode ser visualizada no aspecto processual³⁰⁷, de sorte a garantir mecanismos processuais aptos à melhoria na prestação jurisdicional.

Mais adiante, esta diferenciação será retomada, tendo por base a análise específica do Direito do Trabalho. Por ora, faz-se necessária breve digressão acerca das normas de amparo às pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade existentes no ordenamento brasileiro, de sorte a ensejar a ultrapassagem das diferenças vivenciadas por estas.

3.1.3 A vulnerabilidade e o Direito material: principais normas de amparo aos vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro

O Direito brasileiro, seguindo uma tendência mundial, passou a editar e expedir normas com conteúdo voltado à tutela jurídica da vulnerabilidade, elencando situações ou pessoas que necessitam de um tratamento jurídico protetivo. Este movimento fora inaugurado na primeira

³⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269.

³⁰⁵ Nas palavras de Lorenzetti, “la vulnerabilidad es una desigualdad específica”, de sorte a permitir um tratamento desigual para fins de tutela da parte vulnerável, colocando-a em situação de igualdade. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 35.

³⁰⁶ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 36-37.

³⁰⁷ Nesse sentido, Fernanda Tartuce reconhece repercussões diversas para a tutela da hipossuficiência em âmbito processual. Destaca-se a inversão do ônus da prova na seara consumerista, assistência jurídica gratuita e integral, previsão para publicação em editais oficiais àqueles que forem beneficiários de assistência judiciária, além de dispensa de caução na execução provisória e remessa dos autos ao contador do juízo. TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 230-234.

metade do século XX, possuindo uma intensificação após a promulgação da Constituição da República de 1988.

De imediato, faz-se necessário anunciar que não será feito um aprofundamento acerca das questões que envolvem a temática, por não se tratar do objeto desta pesquisa, voltada à relação entre a tutela dos vulneráveis e o Direito do Trabalho. No entanto, diante da relevância do tema, breves notas sobre as normas que tratam do amparo dos vulneráveis no Brasil serão tecidas.

Faz-se oportuno iniciar este estudo pela temática consumerista, afinal, como fora observado no tópico anterior, o Código de Defesa do Consumidor revela a primeira fonte normativa em que, expressamente, se utilizou a expressão vulnerabilidade, no Brasil.

A Constituição Federal, no Ato das Disposições Transitórias, determinou, no art. 48, a necessidade de criação de um Código do Consumidor, pautado na premissa da proteção à parte frágil daquela relação jurídica, em razão das disparidades vivenciadas pela dominação e isolamento do mercado fornecedor. Trouxe o CDC como marcas as diretrizes da Política Nacional de Relações de Consumo, o consumo sustentável, a harmonização de interesses, a educação e informação para o consumo, respeito aos interesses dos consumidores, segurança em relação à sua saúde, dentre outras questões³⁰⁸.

Reconheceu, assim, a vulnerabilidade do consumidor enquanto princípio do sistema jurídico brasileiro, em que se reconhece a condição ou qualidade do(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, uma vez que existe a "possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação"³⁰⁹.

A constatação da vulnerabilidade legitima o intervencionismo estatal protetivo, não se justificando de forma aleatória. Pelo contrário, não se busca restringir a liberdade negocial nas relações de consumo, e sim se garantir a paridade de armas entre os contratantes³¹⁰, colocando os sujeitos na mesma posição jurídica, como garantia da isonomia substancial.

³⁰⁸ SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 116, ano 27, mar-abr 2018, p. 19-49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 24-25.

³⁰⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade* (no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, interpretação sistemática do direito). 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2009, p.125.

³¹⁰ SOARES, Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*. Dissertação de Mestrado (2016). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 185 p. Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Júnior. Salvador: 2016, p. 53.

Outra norma que busca tutelar os interesses dos vulneráveis é o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, criado em 1990 com o advento da Lei 8.069. Após a abolição da escravidão no Brasil, os interesses das crianças e adolescentes se confundiam com os interesses dos adultos³¹¹, de sorte que um longo caminho foi perseguido para se chegar a uma norma de caráter protetivo como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Código de Mello Matos, de 1927, afirmava caber ao magistrado a decisão acerca vida do menor, trazendo os primeiros contornos da doutrina da situação irregular. Crianças e adolescentes em situação irregular eram tidos pelo ordenamento como infantes que apresentavam patologias sociais, em face de possíveis ilícitos cometidos ou abandonos, consagrando a expressão "menor" como algo pejorativo³¹².

Em uma linha ainda segregadora e punitiva, mas formalmente protetiva, fora promulgado o novo Código de Menores em 1979, que tinha a incumbência de proteger menores que estivessem em situação irregular, ou seja, aqueles que estavam fora dos parâmetros sociais ou crianças abandonadas, refletindo ainda o intuito punitivo àqueles infantes. As demais crianças estavam sob a tutela do Código Civil, sendo abarcadas pelo Direito de Família³¹³.

Apenas com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227³¹⁴, se rompe com o arquétipo até então estabelecido, incorporando-se os padrões estabelecidos pela Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente³¹⁵ com o estabelecimento da doutrina da proteção integral³¹⁶. Asseguram-se, assim, direitos fundamentais a crianças e adolescentes sem discriminação, enxergando-as pela condição de cidadãos e sujeitos de direitos.

³¹¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

³¹² DUPRET, Cristiane. *Direito da criança e do adolescente*. 2.ed. Belo Horizonte: IUS, 2012, p.25.

³¹³ RESEDÁ, Salomão. A doutrina da proteção integral e os direitos fundamentais da criança e do adolescente. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Direitos e reflexos nas relações sociais*. Salvador: Paginae, 2010, p. 362.

³¹⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm; acesso em: 07 set. 2018.

³¹⁵ Art. 3º, ítem 2. Os Estados-Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os direitos das crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm, acesso em 25 mar. 2019.

³¹⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Maciel (Coord.) *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.

Rompe-se com o sistema protetivo arcaico advindo da doutrina da proteção irregular, sendo as crianças e adolescentes enxergadas como sujeitos de direitos que, em face da sua posição de ser em desenvolvimento, ainda imatura física e intelectualmente, precisam de proteção³¹⁷. A doutrina da proteção integral representa grande avanço na tutela da criança e do adolescente vulnerável, repercutindo em diversas searas como o Direito do Trabalho, Direito Processual, Direito Penal, dentre outros.

Ainda com base no critério etário, vislumbram-se normas que tratam da proteção ao idoso, em face da preocupação com este ser que se encontra na última fase da vida. A Declaração Universal dos Direitos Humanos³¹⁸, em seu artigo 25, demonstra a preocupação com o idoso, uma vez que o coloca como sujeito de proteção de condições mínimas de subsistência, consagrando a sua dignidade.

Em linha semelhante, a Constituição Federal, no art. 230, destaca a necessidade de proteção ao idoso no âmbito da sociedade, afirmando ser um dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, garantindo-lhes dignidade, bem estar e o direito à vida. Com esta inspiração, fora editada, em 1994, a lei 8842, que estabeleceu a Política Nacional do Idoso. O processo de envelhecimento é resguardado por esta legislação, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos, de sorte a garantir a participação do idoso na comunidade. A vedação à discriminação também fora contemplada pela lei, além do estabelecimento de priorização em atendimentos, em especial quando se encontra sem família ou em situação de abandono³¹⁹. Nesta linha, o Código de Processo Civil de 2015 - CPC³²⁰ determina, no seu art. 1048, que terão prioridade de tramitação os processos em que figurem como parte ou interessados pessoas maiores de 60 (sessenta) anos.

Em 2003, a proteção da pessoa idosa ganhou novos contornos, com o advento da Lei 10.741/2003, denominada de Estatuto do Idoso. Esta legislação define o conceito de idoso a partir da utilização de um critério etário, de sorte a considerar como idoso aquele que possui idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos³²¹. O referido diploma permite a inclusão social

³¹⁷ MESSIAS, Patrícia Melo. O princípio do melhor interesse do menor. *Revista do Mestrado em Direito*. Maceió: v.2, n.2, jun 2006, p. 306.

³¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf, acesso em 25 mar 2019.

³¹⁹ BRASIL. *Lei 8842, de 4 de janeiro de 1994*: Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm, acesso em 25 mar 2019.

³²⁰ BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em 26 mar. 2019.

³²¹ Neste sentido, colacionam-se os artigos 2º e 3º do Estatuto do Idoso, que trazem as diretrizes básicas da proteção integral à pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

dos idosos no Brasil, "garantindo-lhes tratamento igualitário. Através do Estatuto do Idoso, pretende-se impedir que os idosos continuem sendo mantidos, em sua maioria, à margem da sociedade [...]"³²².

A condição de vulnerabilidade apresentada pelos idosos perante a sociedade se apresenta como uma situação vislumbrada por diversos prismas, uma vez que o corpo e a degeneração dos tecidos dificulta o exercício de atividades corriqueiras, a capacidade de compreensão é reduzida por conta da idade, além do fato de que o idoso é, por vezes, retirado do mercado de trabalho, perdendo papéis sociais³²³.

Em suma, vê-se o estabelecimento de diretrizes para a proteção integral da pessoa idosa, possuindo por motivação a garantia da autonomia desta pessoa. Protege-se, portanto, para colocar o idoso num patamar de equilíbrio perante a sociedade, garantindo que este possa realizar aquilo que bem entender, evitando-se a inércia e exclusão social.

No que tange às normas de proteção em face da violência doméstica sofrida pelas mulheres, tem-se a Lei Maria da Penha como marco voltado a coibir a violência de gênero, seguindo a linha da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1979 e ratificada na íntegra pelo Brasil em 1994³²⁴.

Reconheceu-se o compromisso do país de promover a igualdade de gênero, considerando que a discriminação contra a mulher viola a isonomia e a dignidade humana³²⁵. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher³²⁶ também

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. [...] BRASIL. *Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003*. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm, acesso em 25 mar 2019.

³²² SCHMITT, Cristiano Heineck. A "hipervulnerabilidade" do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 70, ano 18, abr./jun 2009, p. 139-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 150.

³²³ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. *Revista Jurídica da Presidência*. V. 18 n. 116, p. 533-558, Out. 2016./Jan. 2017. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2017, p. 549-550.

³²⁴ BRASIL. *Decreto n. 4377, de 13 de set. de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n.º 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm; acesso em 26 de mar. 2019.

³²⁵ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 175.

³²⁶ BRASIL. *Decreto n. 1973, de 1º de agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm, acesso em 15 maio 2019.

representa uma manifestação deste movimento, ao reconhecer que as relações de poder entre homens e mulheres sempre foram desiguais, como um reforço do patriarcado existente na sociedade.

Como os demais fenômenos sociais, o patriarcado também está em constante transformação. Se, em Roma Antiga, era visto como o poder do patriarca sobre a vida e morte da sua esposa e filhos, hoje este poder se mostra com outra roupagem, por meio da violência de gênero³²⁷. O patriarcado precisa ser combatido, afinal funciona como um instrumento de dominação dos homens em face das mulheres por meio de uma lógica machista, desigual e perversa, que se reflete em diversos âmbitos da vida, como as relações laborais, familiares, econômicas, dentre outras³²⁸.

Esse enfrentamento se desenvolve com maior vigor no aspecto do Direito Privado, em especial no que tange ao Direito do Trabalho. O trabalho, juntamente com a educação e com o movimento sufragista, foram os fenômenos capazes de assegurar uma liberdade feminina concreta³²⁹. Liberdade, no entanto, não caminha sem igualdade. Por isso, salutar os mecanismos estabelecidos pelas normas trabalhistas no que concerne ao trabalho da mulher³³⁰, além das Convenções Internacionais supracitadas em âmbito público.

Apesar disso, o Brasil ainda precisa de medidas mais efetivas em relação à proteção da mulher, em especial no que diz respeito à proteção em face da violência vivenciada dia após dia. A Lei Maria da Pena³³¹ representa um marco nas políticas de prevenção e repressão da violência contra a mulher, visando corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante e a realidade machista e desigual vivenciada.

A pesquisa DataSenado sobre violência doméstica e familiar, divulgada em junho de 2017, revela um aumento no número de mulheres que declaram ter sofrido algum tipo de violência doméstica. De acordo com dados encontrados, de 2015 para 2017, o índice de mulheres que

³²⁷ SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 45-46.

³²⁸ *Id.* *O Poder do Macho*. São Paulo: Moderna, 1987, p. 50.

³²⁹ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo 2. A Experiência Vivida*. 2. ed. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967, p.449.

³³⁰ Neste sentido, ver o Capítulo III, Seção I da CLT, que trata da proteção do trabalho da mulher.

³³¹ BRASIL. *Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm; acesso em 26 mar. 2019.

declararam ter sofrido violência doméstica passou de 18% para 29%³³². Vislumbra-se, portanto, uma situação de vulnerabilidade da mulher apenas pelo seu gênero, de sorte que medidas legislativas de combate à violência de gênero são essenciais e necessárias para reduzir as disparidades sociais entre homens e mulheres.

Aponta-se, ainda, como alteração legislativa importante, a inclusão do feminicídio no Código Penal como circunstância qualificadora do crime de homicídio, além de incluir o feminicídio como um crime hediondo³³³.

A proteção à pessoa com deficiência não poderia deixar de ser observada neste ponto, uma vez que se mostra extremamente importante para fins de garantia de igualdade substancial³³⁴. Nesta pesquisa, opta-se pela terminologia "pessoa com deficiência" diante da escolha legislativa advinda do Estatuto da Pessoa com deficiência, que busca coibir a utilização de expressões que podem indicar incapacidade ou inaptidão do indivíduo³³⁵.

Em âmbito internacional, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência³³⁶ buscou enxergar a pessoa com deficiência à luz do princípio da igualdade substancial, indicando que a deficiência não se encontra ínsita ao indivíduo, e sim nos impedimentos de longo prazo que, em interação com barreiras, podem obstruir a sua participação plena na sociedade. O Estatuto da Pessoa com Deficiência segue as diretrizes da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência³³⁷, buscando diminuir ou eliminar as barreiras enfrentadas por estes indivíduos, garantindo o bem-estar e, em consequência, consagrando a dignidade humana.

³³² BRASIL. Senado Federal. *Pesquisa DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher de 2017*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/08/datasenado-aponta-aumento-no-percentage-de-mulheres-vitimas-de-violencia>, acesso em 26 mar. 2019.

³³³ BRASIL. *Lei 13.104, de 09 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm, acesso em 26 mar. 2019.

³³⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e internacional*. Vol. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 166.

³³⁵ Cf. RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direitos humanos e a dignidade da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Social*. Ano 5, n. 21, jan/mar, 2006, p. 89. Manoel Jorge e Silva Neto, em linha diferente, adota a expressão "portador de necessidades especiais", pois, para ele, a expressão "portador de deficiência" estimula a ideia de que a pessoa é deficiente, ou seja, inapta. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001, p. 189. Historicamente, a expressão "deficiente" já foi utilizada, contudo atualmente não é tida como uma expressão adequada. Utiliza a expressão "deficiente", por exemplo, Moacyr de Oliveira, em 1981. OLIVEIRA, Moacyr. Deficientes: sua tutela jurídica. *Revista dos Tribunais*. Ano 70, vol. 553, Nov. 1981, p. 11.

³³⁶ BRASIL. *Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 27 de junho de 2017.

³³⁷ BRASIL. *Lei 13.146/2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 27 de junho de 2017.

Faz-se mister salientar a alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em relação à teoria das incapacidades civis, que teve por objetivo maior consagrar a autonomia e a inclusão das pessoas com deficiência, em especial daquelas que possuem alguma deficiência mental.

Antes da modificação promovida pela legislação supracitada, o Código Civil de 2002 trazia uma espécie de limitação subjetiva da autonomia das pessoas com deficiência, determinando a sua incapacidade, de forma absoluta ou relativa, para praticar os atos da vida civil. Ao pretexto de promover proteção da pessoa com deficiência, o Código Civil era segregador, em especial no que tange às pessoas com deficiência mental, que eram inseridas automaticamente no rol dos incapazes³³⁸.

A metamorfose em relação à autonomia da pessoa com deficiência ocorre com a entrada em vigor do Estatuto em comento, que retira do rol de incapacidade absoluta a disposição acerca dos doentes mentais e enfermos, que não teriam, de acordo com o texto revogado, o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Ocorreu ainda mutação no rol das incapacidades relativas, com a exclusão das hipóteses que abordavam os excepcionais e os que, por deficiência mental, teriam o discernimento reduzido.

Em resumo, o critério adotado pelo CC-02, atualmente, consiste na falta de discernimento e não mais a deficiência em si, afastando-se a condição de incapacidade apenas pela condição promovida pela deficiência³³⁹. No entanto, não se afasta a possibilidade de que a pessoa com deficiência não pratique atos da vida civil, se estiver em condição que afete o seu discernimento. Tanto é assim que se vislumbra, ainda, como mecanismo de proteção da pessoa com deficiência, a viabilidade do regime de curatela, devendo ser considerado como medida excepcional, uma vez que se presume a capacidade deste indivíduo³⁴⁰.

Por fim, verifica-se ainda outra ferramenta para a tutela da pessoa com deficiência, visando diminuir ou eliminar a vulnerabilidade existente. A tomada de decisão apoiada visa consagrar a autonomia existencial e patrimonial da pessoa com deficiência, consistindo num mecanismo de apoio variável com base na vontade do sujeito envolvido. Garante que se supra alguma

³³⁸ REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 6/2016, p. 37 - 54, Jan - Mar / 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

³³⁹ TORRES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. A repercussão do Estatuto da Pessoa com deficiência no regime da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*. Vol. 75. Ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar 2017, p. 63-77.

³⁴⁰ REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 5, n. 46, p. 28-33, nov. 2015, p. 29.

falta diante do exercício dos atos da vida civil, com base nos ditames da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³⁴¹.

Nos termos do *caput* do art. 1783-A do CC-02³⁴², a pessoa com deficiência elegerá duas pessoas idôneas, pelo menos, e que sejam de sua confiança, que propiciarão apoio na tomada de decisão acerca dos atos da vida civil. Deverão, dessarte, fornecer elementos e esclarecimentos adequados para que a mesma possa exercer sua capacidade, encontrando-se munida de informações relevantes.

Em síntese, percebe-se que as ações afirmativas que se destinam à proteção da pessoa com deficiência consistem num mecanismo de promoção de igualdade substancial, uma vez que se trata de um grupo conhecido historicamente pela vulnerabilidade diante das dificuldades vivenciadas na evolução da sociedade. Em verdade, esta conclusão se aplica não só à pessoa com deficiência, revelando-se importante aos grupos e pessoas vulneráveis em nosso sistema jurídico.

O Brasil, embora ainda precise avançar bastante em termos de proteção aos vulneráveis e justiça social, demonstra preocupação legislativa em tutelar os interesses destas pessoas, reparando um processo histórico marcado pela exclusão e fragilidade. Obviamente, o problema da proteção aos vulneráveis ultrapassa a seara legislativa, necessitando de efetividade social e respeito aos grupos e pessoas em condição débil.

No que tange ao Direito do Trabalho, o processo de proteção ao empregado decorre de uma longa digressão histórica, que ainda está em movimento, em especial diante das modificações implantadas pelo sistema capitalista. Faz-se necessário, portanto, dedicar atenção especial a esta temática.

3.2 VULNERABILIDADE E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

É natural, dentro dos sistemas jurídicos atuais, a preocupação com as pessoas que se encontrem em situação de fragilidade ou debilidade, seja em razão de alguma condição pessoal, seja em face do grupo no qual estão inseridas, tornando-as minorias. A necessidade

³⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 336.

³⁴² BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 09 de agosto de 2017.

de proteção em prol desses grupos sociais é reforçada, em nível mundial, após a constatação de que o ser humano possui uma propensão a funcionar como opressor, em especial após os fatos ocorridos com as duas grandes guerras mundiais³⁴³.

Mecanismos de inclusão, portanto, são pensados como forma de se garantir um maior respeito aos direitos fundamentais desses grupos vulneráveis, visando-se efetivar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade substancial³⁴⁴.

No caso específico da seara trabalhista, o movimento de proteção da parte mais débil da relação de emprego se inicia antes mesmo das supracitadas guerras mundiais, sendo concomitante ao desenvolvimento do Direito do Trabalho.

O fundamento para a edição de normas estatais de forma contínua e com conteúdo protetivo sobre a seara trabalhista é inaugurado a partir da fragilização do liberalismo clássico do Século XIX, como resultado da constatação da insuficiência do conceito de igualdade formal. A proteção ao empregado, parte mais frágil da relação jurídica trabalhista, torna-se o princípio chave do Direito do Trabalho, como um artifício em prol da igualdade material. No entanto, este caminho fora bastante longo, perpassando por diversas questiúnculas diante da relação de subordinação a qual o empregado encontra-se obrigado.

3.2.1 As razões que ensejam a proteção da parte mais débil da relação jurídica trabalhista

A intervenção estatal nas relações privadas, advinda do desenvolvimento do Estado Social, trata a esfera contratual como instrumento jurídico capaz de realizar circulação de valores e bens, realizando movimentação na economia, sem o descuido da proteção dos sujeitos contratuais mais débeis ou vulneráveis, como ocorre na relação de emprego.

Cabe ao Estado intervir nas relações trabalhistas, na lógica do Estado Social, por algumas razões primordiais. A intervenção estatal se justificaria pela própria essência do Direito do Trabalho, nascido da exploração do empregador - detentor dos meios de produção - no

³⁴³ Eduardo Appio sustenta a possibilidade de ativismo judicial em se tratado de minorias, como a forma de proteção dos direitos fundamentais das mesmas, em especial diante da baixa capacidade de mobilização política e econômica que é inerente aos grupos em comento. APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. Prefácio Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 192.

³⁴⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.

período de revolução industrial, que colocava o empregado em situação de submissão. No entanto, antes mesmo de se pensar na construção do Direito do Trabalho como disciplina jurídica, o trabalho em si mesmo era visto como penalidade, possuindo um viés depreciativo³⁴⁵.

Nota-se que, desde o período escravocrata das sociedades antigas, o trabalho é tido como um instrumento de submissão do outro³⁴⁶, impondo uma verdadeira condição de vulnerabilidade àquele que exercia atividades laborais. Para Aristóteles, por exemplo, a utilidade dos escravos em nada seria diferente da utilidade dos animais, devendo estes servir ao cumprimento das necessidades da vida de outros. Os que nascessem escravos assim o eram por possuírem corpos fortes para atividades servis, não sendo a condição de escravo, para o autor, algo injusto³⁴⁷.

A concepção de trabalho enquanto pena permeou a Idade Antiga e boa parte do período medieval, seja por conta da sua verificação enquanto um costume político em transformar inimigos/vencidos em escravos³⁴⁸, seja pelo *status* social que o escravo possuía. Ademais, o regime de servidão, embora não implicasse em perda total da liberdade, também impusera uma noção de submissão ao trabalhador, já que este trabalhador/servo não era remunerado com dinheiro ou produtos pela sua produtividade, possuindo como recompensa apenas o direito de moradia e de desenvolvimento nas áreas do feudo.

A formulação do trabalho enquanto elemento consagrador de dignidade humana apenas se inicia após a Revolução Francesa, com a mudança de paradigmas em relação aos direitos fundamentais. O trabalho passa a ser visto como uma atividade capaz de dignificar o homem

³⁴⁵ Segundo Aldacy Rachid Coutinho, a expressão trabalho estava atrelada ao significado de dor. Nesse sentido, “de um lado, o português trabalho, o francês travail e o espanhol trabajo, remontam à sua origem latina no vocábulo *trepalium* ou *tripalium*, um instrumento de tortura composto de três paus ferrados, ou, ainda, um aparelho que servia para prender grandes animais domésticos enquanto erram ferrados. Por denotação, do seu emprego na forma verbal – *tripaliare* - , passa a representar qualquer ato que represente dor ou sofrimento[...] De outro lado, a expressão italiana *lavoro* e a inglesa *labour* derivam de *labor*, que em latim significava dor, sofrimento, esforço, fadiga, atividade penosa. Seu correspondente em grego era *ponos*, que deu origem a palavra pena.” COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e Pena. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Paraná, v. 32, 1999, p. 7-23. Disponível em: ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1872/1567. Acesso em: 02 jun. 2012.

³⁴⁶ Para Hanna Arendt, o trabalho e o labor não eram alvo de desdém na antiguidade, haja vista que se fazia necessário ter escravos por conta da natureza servil de todas as atividades de manutenção da vida. A autora enxerga a escravidão como uma condição da vida, de sorte que exercer atividade significaria ser escravizado pela necessidade. A escravidão, portanto, não seria uma forma de exploração de mão de obra nem de obter maiores lucros, e sim um mecanismo de exclusão do labor das condições da vida humana. ARENDT, Hanna. *A condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. Postfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 94 e 95.

³⁴⁷ ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 1254-b e 1255-a.

³⁴⁸ ARENDT, *op.cit.*, p. 91.

por conta de uma perspectiva religiosa, já que este homem, criado à imagem e semelhança de Deus, possui valor próprio, não podendo ser reduzido a um objeto³⁴⁹.

A doutrina cristã, ao longo do seu desenvolvimento, enxerga o trabalho sob um duplo prisma: seria ao mesmo tempo um martírio e a salvação humana. Deve o trabalho ser enxergado como um martírio, pois se encontrava enraizada culturalmente a ideia de trabalho como uma penalidade. Entretanto, também constituía a salvação humana afinal, por meio do trabalho, se chegaria ao paraíso³⁵⁰.

Salienta-se que a Revolução Protestante cumpre o papel de solidificar o trabalho enquanto um instrumento de consagração da dignidade humana, atrelando o local no "paraíso" ao exercício de atividades laborais. Em verdade, esta ideia faz parte do desenvolvimento do sistema capitalista pautado no liberalismo que, como visto linhas atrás, faria com o que trabalhador pudesse usufruir bens de consumo que, por sua vez, levariam à movimentação da economia e à percepção de lucros pelo empregador.

Infere-se deste raciocínio que o trabalhador continua em condição de vulnerabilidade, uma vez que a submissão às condições laborais para fins de consagração de dignidade humana coloca o trabalho profissional sem descanso como um meio para se conseguir a autoconfiança para aqueles que possuem fé e que buscam alcançar o reino dos Céus³⁵¹. Trabalhar cada vez mais, sem descanso e sem condições básicas de saúde, segurança e higiene se torna, portanto, parâmetro para ser digno da condição de filho de Deus.

O Direito do Trabalho se desenvolve na Revolução Industrial sob este modelo de trabalho, pautado em exageros, excessos de jornada e sem descanso, sendo a fonte da subsistência do empregado e de sua família³⁵². Esta simbolizou a mudança de paradigmas no sistema de produção e nas relações laborais, uma vez que surge com a implementação do sistema capitalista de produção, pautado no ideal do trabalho livre e na exploração da mão de obra humana³⁵³.

³⁴⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

³⁵⁰ ANTUNES, Ricardo. *O Caracol e sua Concha: Ensaio sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p. 11.

³⁵¹ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p.101.

³⁵² FRIEDMANN, Georges. O lazer e a Civilização tecnicista In: OLIVEIRA, Paulo de Salles (org). *O lúdico na Cultura Solidária*. São Paulo: Hucitec, 2001, p. 115-130, p.116.

³⁵³ BIFANO MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho. *O Direito Fundamental ao Salário Mínimo Digno: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2010, p. 28.

As destruições das outras condições que garantiam independência econômica ao obreiro, como a produção agrícola e familiar, se tornam marca do período industrial. A oferta e demanda de trabalho não encontravam correspondência, tornando a mão de obra obreira desvalorizada, o que levava à aceitação de qualquer condição imposta pelo empregador, em especial no que diz respeito à disciplina dos salários e períodos de descanso³⁵⁴.

O ritmo de trabalho determinado pelo maquinário na Revolução Industrial era pautado no ideal de produção em massa, perpetuando a crença de que tempo é dinheiro, pouco importando o bem estar do trabalhador³⁵⁵. O homem, ao revés, não é uma máquina, não sendo predisposto a laborar de forma repetitiva e veloz, o que o coloca na linha de frente dos aparelhos de grande alcance, mais eficazes que ele mesmo³⁵⁶.

A fragilidade do trabalhador em questão também é percebida diante da jornada coletiva existente no período, ligada a um sistema produtivo em cadeia, em que a produção era pautada em maiores quantidades de valores de uso em um menor tempo. O desgaste do trabalhador, por conseguinte, era imenso, resultando em condições de trabalho pautadas no sofrimento, como instrumentos do capital³⁵⁷. O ritmo do trabalho era extremamente exaustivo no Século XVIII, sendo as fábricas verdadeiras prisões nas quais eram encarcerados homens, mulheres e crianças, condenados a laborar por doze ou quatorze horas³⁵⁸.

O que se percebe, no entanto, é que o período é marcado pelo enaltecimento do valor do trabalho, pois o novo sistema econômico, de forma artilosa, difunde a noção de que o trabalho humano é algo valioso, valorizado, para conseguir obter mais mão de obra barata e precarizada³⁵⁹. A concepção liberal de Estado, pautada na premissa de uma regulação invisível da economia, fazia com que não houvesse intervenção nas relações trabalhistas, de

³⁵⁴ OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. Trad. Wanda Caldeira Brant. Revisão da tradução Laura Teixeira Mota. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994, p. 28.

³⁵⁵ PADILHA, Valquíria. Se o trabalho é doença, o lazer é remédio? In: Müller, Ademir e Dacosta, Lamartine Pereira. *Lazer e Trabalho: um único ou múltiplos olhares*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. P. 243-266, p. 245.

³⁵⁶ DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003, p. 232.

³⁵⁷ MARX, Karl. *O Capital: edição resumida*. Resumo dos três volumes por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 61.

³⁵⁸ LAFARGUE, Paul. O direito ao ócio. In: DE MASI, Domenico. *A economia do ócio*. Trad, org. e intr. de DA COSTA, Carlos Irineu W.; JORGENSEN JÚNIOR, Pedro e MANZI, Léa. Rio de Janeiro: Sextante, 2001, p. 148.

³⁵⁹ MEIRELES, Edilton. *A Constituição do Trabalho: o trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 28.

sorte a tornar o Estado um mero espectador da realidade cruel vivenciada pelos trabalhadores do período³⁶⁰.

Estas circunstâncias foram essenciais para o desenvolvimento do Direito do Trabalho como disciplina jurídica destinada à proteção do trabalhador. É o trabalho o momento fundante de realização do ser social, condição da sua existência, funcionando como ponto de partida para a humanização deste ser³⁶¹.

O desenvolvimento de uma disciplina jurídica que visa proteger aquele que se encontra em situação de debilidade representa um capítulo na história da consagração do direito fundamental à liberdade e igualdade³⁶². Os motivos que conduziram o Estado a intervir nas relações trabalhistas, reconhecendo o Direito do Trabalho enquanto ciência, são diversos. Em síntese, vislumbram-se como principais motes para o desenvolvimento da disciplina: 1) os vícios e as consequências da liberdade econômica pautada num liberalismo selvagem, sem regulação; 2) o maquinismo; 3) a concentração de capital e a massa humana trabalhista; 4) as lutas de classes, como fruto das rebeliões sociais em prol de melhorias nas condições de trabalho; 5) os acordos firmados entre as classes trabalhistas; 6) a encíclica papal "*Rerum Novarum*"; 7) A primeira guerra mundial, com a mudança de concepção do Estado Liberal para o Estado Social³⁶³.

Uma massa de trabalhadores explorados e empobrecidos era visualizada no período, dando origem à chamada questão social. Esta se pautava na constatação fática da hipossuficiência do trabalhador e da aquisição de consciência de classe. Era preciso, portanto, mudar e garantir direitos sociais, o que disseminou a conhecida luta de classe do período em comento. A Igreja Católica, que até então vinha se mantendo neutra nos conflitos de ordem laboral, publica, em 1981, a encíclica *Rerum Novarum*, criticando a condição de vida dos trabalhadores e apoiando o reconhecimento de direitos trabalhistas³⁶⁴.

³⁶⁰ VIANNA, Segadas. Antecedentes Históricos. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*, Volume I. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 35.

³⁶¹ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 142.

³⁶² CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, Volume I. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, p. 4.

³⁶³ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 65.

³⁶⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas. 2008, p. 49.

A partir do instante em que o Estado passa a intervir nas relações entre obreiro e empregador³⁶⁵, trazendo parâmetros para a regulação do processo econômico e garantindo direitos trabalhistas sociais, funda-se um novo momento na história do trabalho, que visa controlar os ímpetos exploratórios dos empregadores, típicos da revolução industrial³⁶⁶.

Constata-se que a relação de emprego, em sua essência, é desequilibrada, haja vista que se tem de um lado um empregador, detentor de um poder social e econômico, e de outro o empregado, que se submete às condições impostas pelo empregador como forma de garantir o seu sustento e de sua família por meio do acesso ao emprego. Observa-se, então, que a expansão da legislação trabalhista encontra fundamento na própria história do Direito do Trabalho, em face da inferioridade que o empregado se encontra submetido³⁶⁷.

No Brasil, enquanto país de capitalismo tardio, a demarcação do início do Direito do Trabalho se deu apenas com a Lei Áurea, que inaugura a fase do trabalho livre e o início, embora tímido, das legislações protetoras e dos movimentos operários, ainda que desorganizados e sem força política ou social³⁶⁸.

A institucionalização do Direito do Trabalho, seguindo a linha dos países que já haviam passado pelo mesmo fenômeno, ocorre, como visto anteriormente, com a intervenção estatal por meio da criação de normas jurídicas heterônomas. A criação de normas voltadas à proteção em face dos acidentes de trabalho, indenização por dispensas injustas, salário

³⁶⁵ Segundo José Martins Catharino, existe uma cronologia na criação das leis trabalhistas, à nível mundial, e que consolida o Direito do Trabalho como disciplina jurídica. Em 1802 é publicado, na Inglaterra, o *Moral and Health Act*, que proíbe a realização de trabalho em horário noturno às crianças, além de limitar a jornada a doze horas diárias. Em 1806, na França, é criado o *conseil de prud'hommes*, com conselheiros representantes dos empregados e empregadores, funcionando como juízes do trabalho do período. Em 1824, na Inglaterra, é publicado o *Combinatios Act*, que considerava a associação de empregadores e de operários lícitas, dando início ao reconhecimento dos sindicatos. Já em 1839, na Alemanha, são editadas normas de proteção às mulheres, em especial àquelas que se encontravam em estado gestacional, e aos menores. Na França, a partir de 1840, se proíbe o trabalho feminino nas minas, reduz-se a jornada para 10 horas nas indústrias, além de se proibir o trabalho de menores de 8 anos. Em 1862 tem-se, na Inglaterra, a primeira convenção coletiva de trabalho e, em 1868, reduz-se a jornada de trabalho, nos Estados Unidos da América, para 8 horas diárias. A partir de 1871 se reconhece a liberdade sindical ampla na Inglaterra, com o chamado *Trade Unions Act*, enquanto que a Alemanha reconhece, em 1883, a instituição de seguro obrigatório nas relações trabalhistas. O ordenamento francês, em linha semelhante ao que fora visto na Inglaterra, 1884, reconhece o direito de coalizção e greve com a edição da Lei *Waldeck-Rousseau*. Em 1889 a Alemanha inicia as discussões sobre uma nova legislação do trabalho e, no mesmo período, o Vaticano elabora a encíclica papal *Rerum Novarum*. A fase de institucionalização do Direito do Trabalho pode ser observada a partir de 1917, com a declaração dos direitos sociais trabalhistas na Constituição Mexicana e, posteriormente, em 1919 com a Constituição de Weimar na Alemanha e a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT. CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, Volume I. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, p. 10-12.

³⁶⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Santuário, 2002, p. 186.

³⁶⁷ MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e Transação no direito do trabalho – uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 74, n. 02, Fev.190-224, 2010, p. 191.

³⁶⁸ VIANNA, Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*, Volume I. 22. ed. São Paulo. LTr, 2005, p. 50.

mínimo, isonomia salarial, liberdade sindical etc., como a própria Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, corrobora com a premissa anteriormente defendida: demonstra-se a "interferência do Estado no modelo clássico de contrato prevendo obrigações legais em contraposição à livre disposição das cláusulas para tentar melhorar a situação da parte tida como historicamente injustiçada e notadamente mais fraca"³⁶⁹.

Infere-se do modelo trabalhista desenvolvido nos países ocidentais que a relação entre empregado e empregador pauta-se numa ideia de subordinação, possuindo como o outro lado da moeda o poder diretivo do empregador. Apresenta-se, nos dizeres de Rui Assis, como uma expressão da liberdade de empresa em face da atividade econômica exercida pela categoria patronal, de sorte a delimitar os espaços recíprocos de poder, como verdadeiro mecanismo de gerenciamento do contrato de emprego³⁷⁰.

A existência do poder diretivo e, conseqüentemente, da subordinação jurídica, garante que o empregador possa emitir comandos destinados ao controle, instrução e gestão das tarefas desempenhadas pelos obreiros³⁷¹, o que caracteriza o contrato de emprego como uma figura única no universo dos contratos existentes nos sistemas jurídicos.

Como contrato que é, possui como fundamento a autonomia privada, contudo não poderia ser mais contraditória a constatação que se faz sobre a liberdade individual. O contrato de emprego, para muitos indivíduos, não é uma possibilidade, fruto de um ato de liberdade, e sim uma necessidade, o que coloca o empregado numa situação onde a sua escolha encontra-se, basicamente, atrelada à nomeação de qual empregador este empregado irá se subordinar³⁷².

A pretensão inicialmente vislumbrada no sentido de que existiria uma igualdade entre os sujeitos contratantes na relação de emprego cai por terra diante das constatações acima visualizadas. O trabalho é, ao mesmo tempo, elemento fundante do ser social, possuindo caráter ontológico³⁷³, e elemento de dominação deste ser social, por ser ele sujeito e objeto de um contrato de trabalho³⁷⁴.

³⁶⁹ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 168.

³⁷⁰ ASSIS, Rui. *O poder de direção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 14.

³⁷¹ GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 26.

³⁷² SUPIOT, Alain. *Crítica do Direito do Trabalho*. Trad. Antônio Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 155.

³⁷³ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2013 p. 142.

³⁷⁴ SUPIOT, *op.cit.*, p. 163.

A busca de uma igualdade concreta, de uma igualdade material entre os sujeitos trabalhistas, é modelada com base do que fora estudado no capítulo 2 desta pesquisa. Só é possível se falar em liberdade, como mecanismo concretizador de autonomia, se for visualizada, na concretude, igualdade.

O modelo de proteção trabalhista almeja equilibrar uma relação jurídica que é, em sua essência, naturalmente desequilibrada. A intervenção estatal ganha destaque, neste aspecto, como um mecanismo que fomenta a igualdade material entre os sujeitos trabalhistas, protegendo aquele que se encontra num estado de fragilidade.

O Direito do Trabalho busca funcionar como um mediador dos interesses dos empregados e empregadores, impedindo o êxito dos interesses de uma das partes apenas. Possui, neste ponto, compromisso com o equilíbrio da relação jurídica laboral, onde a fonte estatal funciona como uma parte da engrenagem protetora³⁷⁵.

Entretanto, a intervenção estatal por meio da criação de normas heterônomas trabalhistas não consiste no único modelo de proteção admitido pelo Direito do Trabalho. Tem-se, ainda, como percurso possível a negociação coletiva, por meio do reconhecimento da autonomia privada coletiva.

A autonomia privada coletiva possui como função a pacificação dos conflitos entre capital e trabalho, garantindo melhorias nas condições laborais, além de limitar o poder dos empresários, como um mecanismo de regulação do mercado. Consiste, conseqüentemente, numa arma eficaz para promover a igualdade substancial no Direito do Trabalho, incrementando melhores conjunturas laborais. Um conflito não pode se prolongar indefinidamente em seara coletiva, embora se traduza numa situação de diferenças de interesses bem demarcados. Por isso, os atos de autonomia privada coletiva devem buscar uma solução adequada, reestabelecendo a paz alterada nas relações cujas diferenças deram lugar ao conflito³⁷⁶.

Outra função tradicionalmente atribuída à negociação coletiva consiste em regular as relações de trabalho, obtendo uma espécie de controle do mercado de trabalho. Esta função se relaciona com o objetivo principal do ordenamento laboral, quer seja regular, reforçar e limitar o poder dos empresários e das organizações dos trabalhadores, regulando os interesses que divergem em relações individuais e transformando-os em interesses convergentes numa

³⁷⁵ PALOMEQUE, Manuel Carlos. *Direito do trabalho e ideologia*. Trad. Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16.

³⁷⁶ GARCIA, Manuel Alonso. *Curso de derecho Del trabajo*. Barcelona: Talleres Ariel, 1973, p. 671.

perspectiva coletiva por meio da busca de um equilíbrio e colaboração entre os sujeitos trabalhistas³⁷⁷. Funcionaria a autonomia privada coletiva, ao mesmo tempo, como um instrumento de pacificação social e um instrumento de regulação dos contratos laborais, sendo uma arma eficaz para a luta por melhores condições de trabalho e melhorias nas relações laborais.

Como uma fonte reguladora da relação laboral, a autonomia privada coletiva assume "una función de mejora respecto de las condiciones de trabajo fijadas en las disposiciones estatales (y em general de las normas públicas)"³⁷⁸. Demonstra-se, assim, que os atos de autonomia privada coletiva, pautados num ideal de melhoria das condições de trabalho, possuem uma função protetora.

Estes mecanismos de proteção não são antagônicos, no entanto. Busca-se, em resultado, uma compatibilidade das normas advindas da autonomia privada coletiva e normas estatais, sempre com o fito principal de garantia de proteção à parte frágil da relação jurídica individual.

O Direito Individual do Trabalho, o Direito Coletivo do Trabalho e as normas estatais não são, portanto, indissociáveis, quando se pensa num sistema de proteção laboral. Nesse sentido, afirma Alain Supiot, tratando da complexidade das construções jurídicas nascidas entre subordinação e liberdade, que "um estatuto (colectivo) encontra-se alojado no contrato de trabalho (autônomo e individual) pela submissão deste contrato a uma ordem pública (heterônoma e colectiva) que dá lugar a um direito convencional (autônomo e colectivo)"³⁷⁹.

Não são desmembráveis, destarte, o individual e o coletivo, tratando-se em verdade de dois espectros de uma mesma relação jurídica. A dimensão coletiva permite resolver o problema da subordinação que coloca o empregado na posição de fragilidade, "restituindo ao assalariado a sua qualidade de sujeito livre, sem repor em causa a sua situação subordinada: dá-se-lhe no plano colectivo a autonomia de que ele é privado no plano individual"³⁸⁰.

A dimensão coletiva e a dimensão individual são indissociáveis, portanto, uma vez que a dimensão coletiva apenas subsiste pela existência da dimensão individual do trabalho, afinal o

³⁷⁷ BUEN L., Néstor De. *Derecho del Trabajo*. Tomo Primero. Naucalpan de Juaréz: Editorial Porrúa, 1974, p. 66.

³⁷⁸ GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Trad. y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez e José Antônio Fernández Avilés. Granada: Editorial Comares, 2004, p.LXXXII.

³⁷⁹ SUPIOT, Alain. *Crítica do Direito do Trabalho*. Trad. Antônio Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 184.

³⁸⁰ *Ibid.*, loc. cit.

que seria dos sindicatos obreiros e entidades patronais se não houvesse empregado e empregador?

As liberdades individuais que são negadas aos empregados em face da disparidade existente na relação jurídica individual podem ser supridas por meio da liberdade coletiva, garantida aos sujeitos coletivos trabalhistas com base num interesse coletivo, além da regulação estatal, que freia os ímpetos mercantilistas dos empregadores.

Dessa forma, a essência do Direito do Trabalho encontra-se ligada ao paradigma da proteção à parte hipossuficiente, em especial em face do desenvolvimento do trabalho livre com base na divisão clássica entre planejamento e execução, poder diretivo e subordinação jurídica.

Nesta pesquisa, contudo, defender-se-á que a forma clássica de desenvolvimento do Direito do Trabalho, pautada no binômio subordinação jurídica - hipossuficiência, não mais responde aos anseios protetivos, uma vez que acaba revelando uma padronização nas relações de emprego que, cada vez mais, ensejam proteção específica, em especial por conta do modelo de acumulação flexível e descentralização produtiva.

3.2.2 Hipossuficiência x vulnerabilidade no Direito do Trabalho: a defesa do critério vulnerabilidade como caracterizador do ramo juslaboral

O parâmetro de proteção existente no Direito do Trabalho, por meio da tríade normas estatais, normas negociais e contrato de emprego passa a ser contestado com frequência e intensidade a partir da primeira crise do petróleo, em 1970, quando a ideologia neoliberal passou a ganhar força³⁸¹.

O período de crise em questão faz com que o Estado intervenha cada vez menos na economia, cabendo ao mercado o poder de autorregulação. A busca desenfreada por maior produtividade, lucros e redução de custos incita a discussão sobre o protagonismo do Direito do Trabalho advindo de fontes estatais, de sorte que este passa a ser visto como o vetor da crise econômica de um ordenamento jurídico.

A crise do modelo de regulação fordista e taylorista advindo do capitalismo nos últimos quarenta anos faz com que condições objetivas e subjetivas sejam vislumbradas para que o

³⁸¹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 30-34.

modelo neoliberal, a reestruturação produtiva e a mundialização ganhem força³⁸². Propõe-se, assim, um novo modelo de trabalho pautado na acumulação flexível, apoiada na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo, com modificação substancial nas estruturas produtivas e garantias laborais³⁸³.

Alguns doutrinadores³⁸⁴ passam a defender mudanças abruptas no Direito do Trabalho, buscando um garantismo flexível com o protagonismo dos instrumentos negociais trabalhistas, ampliando as funções de governo e estruturação da autonomia privada coletiva dentro do mercado de trabalho. Seriam vista como algo necessário e benéfico ao trabalhador, pois permitem a manutenção da empresa na realidade econômica do país, com mais geração de empregos e competitividade a nível nacional e internacional³⁸⁵.

Para o padrão neoliberal, o Direito do Trabalho advindo da produção estatal deve ser visto numa ótica estritamente econômica, de sorte que não deve ir de encontro à premissa maior, quer seja a lucratividade das empresas³⁸⁶. A nova reorganização do capital faz com que o Estado deixe de ser o protagonista no tocante à elaboração normativa, além de permitir uma maior flexibilização do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, do princípio da proteção³⁸⁷.

A flexibilização seria, pois, um mecanismo para contrariar a rigidez proposta pelo Direito do Trabalho estatal, como uma forma de implementar modificações laborais, diminuindo a proteção advinda das normas estatais e, supostamente, aumentando o número de empregos. Na visão de José Pastore³⁸⁸, poderia ocorrer de várias formas, modernizando a legislação trabalhista e oferecendo alternativas aos problemas advindos da conjuntura econômica de um país. Segundo o autor, os encargos sociais são legais, compulsórios e permanentes, tornando o sistema rígido e reduzindo o número de empregos.

Tornar o Direito do Trabalho mais flexível, para os seus defensores, poderia reduzir o desemprego e trazer benefícios no tocante à proteção em face dos riscos da automação, além

³⁸² ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França. *Caderno do CEAS*. N. 242, p. 558-581. Salvador/Recife, set./dez., 2017, p. 560. Disponível em: <https://periodicos.ucesal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/401/330>, acesso em 01 de jan. 2019.

³⁸³ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. 22. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 135.

³⁸⁴ Cf. ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Proteção em Xequê e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

³⁸⁵ CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio da proteção e a flexibilização das normas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 69.

³⁸⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o Impacto no Direito do Trabalho. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord). *Direito do Trabalho Contemporâneo. Flexibilização e Efetividade*. São Paulo: LTr, 2003, p. 9-10.

³⁸⁷ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio Sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 33.

³⁸⁸ PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. 2 tir. São Paulo: LTr, 1994, p. 137-138

de promover a criação de novos postos de trabalho. Seria, portanto, essencial para a competitividade da empresa no mercado econômico, de sorte a permitir a mundialização da atividade empresarial³⁸⁹.

O Direito do Trabalho necessitaria, pois, passar por uma fase de adaptação, onde os direitos já alcançados deveriam se compatibilizar com a realidade vigente, podendo ser alvo do exercício da autonomia privada coletiva.³⁹⁰ Em sentido contrário, Murilo Oliveira³⁹¹ entende que a flexibilização seria uma forma de diminuição de direitos do trabalhador, visando benefícios ao empregador, que se manteria competitivo no mercado econômico. Funcionaria, pois, como um mecanismo de retrocesso no tocante aos direitos trabalhistas.

Nesta pesquisa, coaduna-se com o entendimento de que a flexibilização das condições laborais, nos moldes do ordenamento brasileiro, seria uma orientação jurídico-política de diminuição dos direitos laborais advindos do sistema jurídico estatal, na busca de flexibilidade e adaptação das condições laborais em prol das organizações empresariais. Embora a flexibilização seja uma técnica utilizada nos ordenamentos jurídicos estatais em certos casos³⁹², seu uso indevido e em prol do capitalismo desenfreado conduz à relativização do princípio da proteção, pilar do Direito do Trabalho³⁹³.

³⁸⁹ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re) pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009, p. 46.

³⁹⁰ ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Proteção em Xequê e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 69.

³⁹¹ OLIVEIRA, *op.cit.*, p. 45.

³⁹² Vide, por exemplo, o artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal de 1988 que tratam, respectivamente, da possibilidade de redução de salários, da compensação de jornada e do aumento da jornada em turnos ininterruptos de revezamento.

³⁹³ Flexibilização não se confunde, todavia, com desregulamentação. A desregulamentação seria, na visão de Murilo Oliveira, estratégia perversa e radical de retirada de direitos sem garantia alguma por parte do Estado, deixando a constituição de um ordenamento trabalhista, com estabelecimento de direitos, apenas a cargo da autonomia privada, seja em aspecto individual ou coletivo. No entanto, alguns autores, como Leandro Dorneles, defendem que a desregulamentação constitui-se numa espécie de flexibilização. Para ele, a flexibilização pode assumir três facetas. A primeira delas consiste na faceta protetiva, onde as modificações implementadas no padrão de direitos estatais trazem benefícios aos trabalhadores. Seria, portanto, a consagração do princípio da norma mais favorável na análise do conflito normativo trabalhista. Já a flexibilização de adaptação busca adequar os direitos laborais às necessidades mercadológicas da empresa, podendo haver redução de direitos advindas do padrão normativo estatal em prol do padrão negocial advindo dos atos de autonomia privada. Por fim, a flexibilização do tipo desregulamentação ocorreria quando houvesse supressão dos direitos trabalhistas advindos de normas estatais. Para Dallegrave Neto, a flexibilização funcionaria como um primeiro passo na trajetória do direito do trabalho contemporâneo, visando implementar padrões de desregulamentação cada vez maiores. Por fim, na visão de Graça Druck e Annie Theabaud-Mony, flexibilizar seria um processo que possui condicionantes macroeconômicas e sociais derivado do sistema capitalista vigente, advindo do implemento de políticas neoliberais, cuja fluidez e volatilidade dos mercados financeiros contaminam não só a economia, mas as relações sociais de forma em geral, atingindo o direito do trabalho por meio de modificação da estrutura laboral, dos meios de produção das normas jurídicas e reestruturação produtiva. OLIVEIRA, *op.cit.*, p. 48-49. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p. 142. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o Impacto no Direito do Trabalho. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord). *Direito do Trabalho Contemporâneo. Flexibilização e Efetividade*. São Paulo: LTr, 2003, p. 10.

E por que estas constatações são importantes para o tema em comento? Porque destacam que a lógica do capitalismo atual e do modelo de proteção laboral, de forma contraditória, resguardam os interesses capitalistas em detrimento da vida, bem-estar e saúde dos trabalhadores, apresentando falhas³⁹⁴.

O jogo de opressão e de tutela da relação de emprego, marcado pela regulação estatal e flexibilização, coloca o modelo clássico do binômio proteção/subordinação em xeque, uma vez que se torna incapaz de analisar as nuances que permeiam as novas formas de trabalho humano, como o teletrabalho e trabalho por meio de aplicativos inerentes ao desenvolvimento da indústria 4.0, além de negar um mecanismo de suplantar a exploração inerente ao sistema.

Neste aspecto, percebe-se que o novo regime de trabalho advindo do pós-toyotismo se apresenta de forma diversa, por meio da programação por comandos e direção pelo alcance de objetivos. O obreiro, em certa medida, passa a ter alguma autonomia, podendo reagir em tempo real aos sinais que são emitidos para a realização das regras e comandos pré-ordenados. Devem estar os trabalhadores disponíveis a qualquer tempo para a realização dos objetivos que lhes são consignados³⁹⁵.

É preciso manter os trabalhadores inseguros neste regime, para que o controle seja realizado de forma mais eficiente. A mobilização que se exige dos mesmos, diferentemente do que se observava nos modelos fordista/taylorista de produção, busca não só dominar o corpo dos trabalhadores, e sim as suas consciências, por meio de uma obediência mecânica na consagração dos objetivos pretendidos pelo empregador, a partir da esfera de autonomia concedida³⁹⁶.

Ressalte-se que esta autonomia, no entanto, não se revela como uma autonomia existencial, onde o trabalhador pode estabelecer os rumos e ditames da sua vida enquanto cidadão e ser obreiro, sendo em verdade uma autonomia programada, concedida na medida do interesse do empregador em estabelecer o controle acerca do cumprimento dos objetivos pelo obreiro. É, em suma, um mecanismo de controle e exploração que promove ainda mais engajamento do empregado, que acredita colaborar e ter uma aliança com o empregador quando alcança os

THÉBAUD-MONY, Annie; DRUCK, Graça. Terceirização: A Erosão dos Direitos dos Trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (Orgs) *A Perda da Razão Social do Trabalho. Terceirização e Precarização*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007 p. 29

³⁹⁴ DUTRA, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 23.

³⁹⁵ OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. *Empresas de transporte, plataformas digitais e relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018, p. 30.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 33.

objetivos pré-estabelecidos. Reafirma, assim, um mundo do trabalho precário e explorador, mas que, aos olhos de quem está inserido no sistema, é adequado por não ter como enxergar que, em verdade, a autonomia concedida transmuta-se em domínio e vigilância.

A ideologia da classe dominante continua a ser propagada dentro do sistema capitalista, refletindo os ideais flexibilizatórios supracitados³⁹⁷. A nefasta lógica capitalista de exploração se finca neste sistema, onde acumular capital e explorar trabalho humano ditam os tons da relação jurídica ali estabelecida, só que de forma diferenciada. O trabalhador é inserido na dinâmica produtiva, com controle da sua produtividade e das múltiplas tarefas estabelecidas, permitindo um melhor aproveitamento do tempo de produção que leva o empregado a crer que existe um alinhamento de objetivos entre a sua classe e a classe patronal. A falsa ideia de autonomia é vislumbrada, como dito linhas atrás, minando as lutas por melhores condições de trabalho.

Diante deste quadro, as reivindicações e lutas trabalhistas, por vezes, acabam se tornando em lutas pela resistência ao Direito posto, que são importantes na medida em que o direito se enfraquece a cada ataque não resistido, mas que não é a única forma de resistir à opressão. Para Márcio Túlio Viana, por exemplo, a luta da classe trabalhadora também perpassa pela luta para se por no Direito, como um mecanismo revolucionário e emancipador³⁹⁸.

Faz-se necessário, então, repensar as estruturas clássicas do Direito do Trabalho e do binômio hipossuficiência - proteção, avançando em termos de tutela na consagração da igualdade substancial e, conseqüentemente, na autonomia do trabalhador. Sustenta-se que esta posição é necessária diante do sistema capitalista atual, onde a flexibilidade trazida pelo modelo de acumulação se articula com a flexibilidade do processo de produção e dos estatutos jurídicos tradicionais, gerando uma espécie de flexibilização da condição salarial e precarização do trabalho humano, criando um precário mundo do trabalho³⁹⁹. Por isso, nesta pesquisa, defende-se o conceito de vulnerabilidade do trabalhador, como forma de se garantir um avanço na proteção e autonomia, existencial e individual, deste ser social.

Em uma acepção clássica do Direito do Trabalho, a hipossuficiência era vista como patamar adequado para fins de ensejo da proteção inerente a essa relação jurídica, indicando a

³⁹⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Trad. Frank Müller. 3. ed. 1. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 78.

³⁹⁸ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996, p. 44-45.

³⁹⁹ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Vulnerabilidade e direitos: lei e jurisprudência sobre consumo e trabalho na sociedade contemporânea. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 22, n. 86, p. 13-44, mar/abr. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 16.

flagrante desigualdade econômica entre o empregador e o empregado⁴⁰⁰. Nesse sentido, o Direito do Trabalho seria, em última análise, o âmbito do Direito voltado ao sistema de proteção dos economicamente mais fracos, chamados de hipossuficientes por Cesarino Júnior⁴⁰¹.

Não poderia mais o legislador manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato, de sorte a inclinar-se para a compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com a proteção jurídica a ele favorável⁴⁰². Em linha semelhante, Pinho Pedreira afirma que a motivação da proteção ao hipossuficiente é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, onde a superioridade de um permite impor cláusulas contratuais em que o primeiro não pode discutir, apenas cabendo-lhe aceitá-las ou não⁴⁰³.

O viés econômico acabou por ser utilizado como critério base para fins de definição da hipossuficiência. Esta proposição se confirma por meio do legislador brasileiro que, ao estabelecer o conceito de empregado no art. 3º da CLT, utiliza a expressão "dependência" indicando um viés econômico, *in verbis*: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário"⁴⁰⁴.

No entanto, urge salientar que o mundo do trabalho, dotado de complexidades e de relações jurídicas diversas, não se coaduna com o critério tradicional acima mencionado, uma vez que enxerga outras formas de inferioridade que não apenas a econômica na relação de emprego⁴⁰⁵. Neste sentido, Pinho Pedreira⁴⁰⁶, com base nos ensinamentos de Gerard Couturier, afirma existir três espécies de inferioridade: a inferioridade de constrangimento, a inferioridade de ignorância e a inferioridade de vulnerabilidade.

Em síntese, a inferioridade de constrangimento afetaria o consentimento da parte débil no que tange ao componente liberdade. Não teria o empregado liberdade para recusar ou aceitar, uma

⁴⁰⁰ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 294.

⁴⁰¹ CESARINO JÚNIOR, Antônio. *Direito social*. São Paulo: LTr, 1980, p. 116.

⁴⁰² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 16.

⁴⁰³ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 22-41.

⁴⁰⁴ BRASIL. *Decreto lei 5452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm, acesso em 01 abr. 2019.

⁴⁰⁵ Nesta pesquisa, o critério dependência econômica não será utilizado para fins de caracterização da relação de emprego, e sim como um fator objetivo para fins do exercício da autonomia privada individual, conforme será visto mais adiante.

⁴⁰⁶ SILVA, *op.cit. loc.cit.*

vez que existiria uma desigualdade fática inerente à noção de subordinação. Inclusive, defende o autor que essa desigualdade desempenha um papel salutar na análise da dependência econômica e desigualdade intelectual do empregado, de sorte a por o mesmo à mercê da classe patronal, numa verdadeira subordinação virtual que lhe retira a liberdade.

A inferioridade ignorância, por sua vez, seria decorrência do fato de que, nas relações jurídicas, um dos contratantes detém as informações acerca do trabalho, das condições de admissão e características do emprego, enquanto que o outro é leigo. Justificaria, assim, o dever de informação no desenvolvimento do contrato de emprego.

Por fim, para Pinho Pedreira, a inferioridade vulnerabilidade se apresenta no viés da segurança física, como consequência da subordinação jurídica. Devem ser tomadas precauções para que a subordinação do empregado se encontre limitada à prestação dos serviços, não havendo desrespeito à pessoa e às suas liberdades.

Nota-se da constatação feita por Pinho Pedreira que a fragilidade do empregado não decorre apenas da posição de inferioridade econômica, e sim do estado da pessoa que, numa posição de confrontação de interesses, encontra-se suscetível a sofrer pressões e influências.

Esta fragilidade, permanente ou provisória, individual ou coletiva, enfraquece o sujeito de direitos, colocando-o numa posição desequilibrada na relação jurídica estabelecida. A vulnerabilidade se apresenta, pois, como uma marca particular de pessoas ou grupos, que atinge a liberdade destes em face da inexistência de igualdade. O reconhecimento da vulnerabilidade do empregado seria um mecanismo de se garantir a proteção deste na relação de emprego, em especial diante das transformações supracitadas.

Por isso, a acepção tradicional da hipossuficiência seria insuficiente para conter os avanços da flexibilização, mundialização e acumulação flexível no mundo do trabalho. O reconhecimento jurídico da vulnerabilidade do trabalhador permitiria uma concretização efetiva do princípio da igualdade, por conseguir enxergar as nuances que permeiam o mundo hipercomplexo do trabalho atual.

Três dimensões básicas de vulnerabilidade poderiam ser associadas ao trabalho. A primeira delas consistiria nas características individuais das pessoas tais como condutas, crenças, motivação, modalidades de afrontamento e capacidade de resposta frente às adversidades laborais. Por outro lado, outra dimensão seria vislumbrada em relação às próprias características laborais, como o entorno físico, a produtividade, a eficácia e rendimento e as exigências e organização do trabalho. Por fim, as condições extralaborais como a conjuntura

socioeconômica e política do país e a integração do trabalho com as expectativas de qualidade e proteção da vida sociofamiliar também funcionariam como parâmetros para aferir a vulnerabilidade no trabalho⁴⁰⁷.

A tríade exposta, embora tenha sido pensada para definição de vulnerabilidades voltadas à saúde do trabalhador, pode ser expandida para o mundo do trabalho de uma forma geral. A primeira dimensão consiste na análise da vulnerabilidade do trabalhador na sua condição de ser humano, com base nas suas características e particularidades. Neste aspecto, conforme será analisado mais adiante, seria possível se falar numa hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada de certos empregados que, em face de suas características, permanentes ou transitórias, encontram-se num grau mais elevado de vulnerabilidade, como os jovens, idosos, mulheres e pessoas com deficiência.

A segunda dimensão, por sua vez, indica a vulnerabilidade laboral em si, em substituição ao conceito de hipossuficiência. As exigências cada vez mais pronunciadas no desenrolar da relação empregatícia, com a necessidade de produtividade alta que se coadunem com os interesses do empregador geram, por si só, um estado de vulnerabilidade no empregado, que se encontra numa posição de fragilidade. É frágil não apenas pelo poderio econômico do empregador em relação a ele, mas pela combinação de fatores que faz com que este se encontre numa posição de subordinação. Cumprir ordens, ser fiscalizado e dirigido, ser remunerado, estar inserido numa organização em que os meios de produção são da parte mais forte da relação jurídica, dentre outras questões são variáveis ou desdobramentos que indicam a presença de vulnerabilidade do empregado⁴⁰⁸.

As condições extralaborais corroboram a existência de vulnerabilidade do trabalhador no mundo do trabalho, em especial diante da realidade social vivenciada no Brasil. O país possui uma média de desemprego de 12,4%, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, que levaram em consideração o trimestre de dezembro de 2018 a fevereiro de 2019 como parte da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD contínua. A mesma pesquisa mostra ainda recorde na subutilização da força de trabalho, indicando que 27,9 milhões de pessoas no Brasil encontram-se subutilizadas, maior número encontrado desde que a série histórica do IBGE foi implantada. Outro dado importante diz respeito ao

⁴⁰⁷ GARCÍA RUBIANO, M., et al. Diseño, construcción y validación de un instrumento para evaluar el riesgo psicolaboral en empresas colombianas. *Diversitas - perspectivas en psicología* - Vol. 4, No. 1, p. 37-51, 2008, p. 39-40.

⁴⁰⁸ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 295.

número de pessoas desalentadas, que desistiram de procurar emprego: 4,9 milhões de trabalhadores se encontram nesta situação⁴⁰⁹. Ademais, 7,4% da população brasileira vive em situação de extrema pobreza (considera-se em extrema pobreza o contingente de pessoas que vivem com renda inferior a U\$ 1,90 dólares por dia), enquanto que 26,5% vive em situação de pobreza (considera-se em pobreza o contingente de pessoas que vivem com renda inferior a U\$5,50 dólares por dia), conforme pesquisa que avaliou o ano de 2017 no Brasil. No Norte e no Nordeste, metade da população vive com renda *per capita* de até meio salário mínimo, segundo a Síntese de Indicadores Sociais - SIS⁴¹⁰.

Estes dados corroboram a tese de que existe um agravamento das fragilidades inerentes ao mundo laboral, uma vez que a posição de inferioridade não decorre apenas do observado no desenrolar da relação empregatícia e das características dos trabalhadores, e sim de um sistema opressor onde as desigualdades sociais são marcantes e o desemprego é uma marca constante. O medo da perda do emprego, para aqueles que se encontram numa relação jurídica trabalhista empregatícia, é um traço do mundo do trabalho brasileiro, caracterizado por salários baixos, rotatividade alta e pela informalidade.

Por estas razões, filia-se à ideia de que as relações laborais são marcadas pela vulnerabilidade do trabalhador, que se encontra numa posição de fragilidade diante do poderio exercido pelo capital. Ressalta-se que, embora se concorde que o mundo do trabalho é marcado por diversas formas de vulnerabilidade, ensejando diversos mecanismos de proteção da parte vulnerável, a pesquisa em comento irá fixar suas diretrizes na relação de emprego, caracterizada pela presença de pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica, conforme ditames dos arts. 2º e 3º da CLT.

3.2.3 Os hipervulneráveis trabalhistas: criança e adolescente, idoso, mulher, pessoa com deficiência

As discussões éticas e jurídicas das sociedades atuais perpassam não apenas pela pauta de afirmação de direitos, alcançando também a fase de graduação das várias vulnerabilidades,

⁴⁰⁹BRASIL. IBGE - *Pnad Contínua*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24109-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-4-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-24-6-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro-de-2019>, acesso em 01 abr. 2019.

⁴¹⁰BRASIL. *SIS - Síntese de Indicadores Sociais 2016-2017*, divulgado em 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23298-sintese-de-indicadores-sociais-indicadores-apontam-aumento-da-pobreza-entre-2016-e-2017>, acesso em 01 abr. 2019.

previamente reconhecidas⁴¹¹ e que podem se encontrar conjugadas num único ser humano, agravando a sua condição de vulnerabilidade.

Segundo Florencia Luna⁴¹², a vulnerabilidade deveria ser enxergada pela ideia de capas. A metáfora das capas traria consigo a ideia de que a vulnerabilidade é flexível, múltipla e diferente e que não haveria uma única vulnerabilidade. Existiriam, assim, múltiplas vulnerabilidades que poderiam ser retiradas uma a uma, capa por capa.

Dessa forma, estar-se-ia diante de diversas capas operando, não como uma única e sólida realidade, mas como diferentes vulnerabilidades, que podem se sobrepor umas às outras.

A autora traz como exemplo a questão que envolve a mulher. Por si só, a mulher não seria vista como um ser vulnerável, na acepção de vulnerabilidade enquanto uma característica pessoal. Contudo, uma mulher que vive num país intolerante aos direitos reprodutivos, adquire uma capa de vulnerabilidade. Se este país é intolerante aos direitos reprodutivos e esta mulher é pobre, observa-se outra capa de vulnerabilidade. Se esta mulher, porventura, pertence a um grupo imigrante ou determinada etnia, adquire mais uma capa de vulnerabilidade⁴¹³.

A metáfora das capas, assim, faz com que os espectros da vulnerabilidade sejam variados e múltiplos, podendo ser enxergados como filtros. Quanto mais sobreposição de capas, mais fragilidade pode ser observada naquele sujeito em particular, sendo, portanto, maior o grau de vulnerabilidade⁴¹⁴.

Nesse sentido, a vulnerabilidade, numa acepção geral, é inerente à pessoa ou a um grupo específico, enquanto que a hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada seria inerente e especial de uma pessoa, seja de forma permanente, como ocorre, por exemplo, com a pessoa com deficiência, ou temporária, como ocorre nos casos de gravidez e idade. Por isso, a vulnerabilidade agravada deve ser enxergada como um estado subjetivo, multiforme e pluridimensional, tendo por base os princípios da igualdade e da equidade, de sorte a incluir

⁴¹¹ ROSELVAND, Nelson. *O direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 105-106.

⁴¹² LUNA, Florencia. *Vulnerabilidad: la metáfora de las capas*. Disponível em: http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf. Acesso em: 18 mar. 2019.

⁴¹³ *Ibid.*, *loc.cit.*

⁴¹⁴ SOARES, Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*. Dissertação de Mestrado (2016). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 185 p. Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Júnior. Salvador: 2016, p. 48.

as minorias mais frágeis, impondo a preponderância dos interesses existenciais das pessoas em detrimento dos interesses patrimoniais⁴¹⁵.

No Brasil, a expressão hipervulnerabilidade consagrou-se com o voto do Min. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin no julgamento do Recurso Especial 586.316/MG, que abordava a necessidade de informação nos rótulos dos alimentos acerca da presença de glúten, diante do prejuízo que este conjunto de proteínas pode acarretar para as pessoas que possuem doença celíaca. Para o Ministro, ao Estado Social não cabe apenas a preocupação com os vulneráveis, fazendo-se necessária a proteção aos hipervulneráveis "[...] pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a pasteurização das diferenças"⁴¹⁶.

Partindo-se desta premissa, assevera-se que a vulnerabilidade e a hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada são fenômenos distintos, mas que se encontram dentro da tutela do princípio da igualdade⁴¹⁷. Adrianna Santos e Fernando Vasconcelos sugerem, em relação ao tema em comento, uma proposta de classificação, na qual caberia a subdivisão em vulnerabilidade em sentido *lato* e *stricto sensu*.

A vulnerabilidade em sentido *lato* é aquela inerente à contratação em seara consumerista, pouco importando o perfil do consumidor. Bastaria se tratar de uma relação de consumo para se verificar a vulnerabilidade. A vulnerabilidade em sentido estrito, por sua vez, implicaria na presença de uma pessoa física na posição de consumidora, cuja vulnerabilidade é exacerbada em razão da pouca ou avançada idade, da condição de deficiência ou sujeição a restrições temporárias ou permanentes, de ordem física ou psíquica⁴¹⁸.

Independentemente da adoção da classificação supracitada, importa evidenciar que a noção de vulnerabilidade e hipervulnerabilidade podem ser aplicadas ao Direito do Trabalho. Todos os empregados já seriam vulneráveis em razão da sua condição de empregados. Porém, entre estes empregados, existiriam aqueles ainda mais vulneráveis, em razão de qualidades específicas a estes inerentes e que os diferenciam dos demais empregados.

⁴¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed, rev., ampl, atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 191.

⁴¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 586.316/MG*, 2ª Turma, Min. Relator Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, DJ. 17.04.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>, acesso em 01 abr. 2019.

⁴¹⁷ PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor e a ótica subjetiva do intérprete. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 110, ano 26, p. 43-57, mar.-abr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 69.

⁴¹⁸ SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 116, ano 27, mar-abr 2018, p. 19-49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 28.

A situação social fática e objetiva destes empregados levaria a um agravamento da fragilidade inerente ao contrato de emprego, de sorte que estes precisam de tutela jurídica especial, capaz de salvaguardar a dignidade humana, garantindo uma efetiva proteção diante da multiplicidade de dimensões que envolvem a vulnerabilidade laboral.

Elencam-se, nesta pesquisa, como empregados hipervulneráveis as crianças e adolescentes, os idosos, as mulheres e as pessoas com deficiência. Nada impede que haja um reconhecimento de outros grupos hipervulneráveis, como por exemplo, os refugiados⁴¹⁹ ou pessoas transexuais, afinal fórmulas estanques de proteção não conseguiriam atender à complexidade do mundo do trabalho atual. Optou-se, todavia, por trazer a concepção já consagrada pela doutrina e legislação que, em diversas passagens, faz menção a proteção jurídica especial a estes grupos.

A CLT, no capítulo IV, traz previsão expressa acerca da proteção do trabalho do menor. Conforme fora salientado linhas atrás, a expressão menor não é a mais adequada, por remeter à doutrina da situação irregular. Entende-se, portanto, que a proteção celetista engloba adolescentes, já que o exercício de atividades laborais pode se dar a partir dos 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos⁴²⁰.

O capítulo sobredito traz mecanismos de proteção ao trabalho do adolescente, proibindo o desenvolvimento de atividades que sejam prejudiciais ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, uma vez que reconhece que se trata de um ser em formação. Proíbe-se, ainda, o labor de crianças, em face das peculiaridades que envolvem a infância na formação do ser humano.

A proteção ao idoso empregado também é vislumbrada pelo legislador no Estatuto do Idoso no Capítulo VI, que veda a discriminação na admissão e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir. Protege-se, então, o exercício da atividade profissional pelo idoso, respeitando-se as suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

No que tange às mulheres, a CLT dispõe de mecanismos de proteção no Capítulo III, Seção I da CLT, em especial diante da exclusão social e discriminação laboral vivenciada pelo gênero feminino e proteção à maternidade e aleitamento. Tais medidas incluem, por exemplo,

⁴¹⁹ GARBINI, Vanessa Gischkow; SQUEFF, Tatiana de A. F. R.; SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araújo. A vulnerabilidade agravada dos refugiados na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, Vo. 119, ano 27, p. 19-47, set.-out. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 31.

⁴²⁰ Art. 7, XXXIII, CF/88: [...] proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

proibição de discriminação no momento da admissão, impossibilidade de realização de exames de gravidez ou de esterilidade, garantia de emprego à empregada gestante/lactante, licença maternidade, dentre outros direitos⁴²¹.

Em relação à pessoa com deficiência, o art. 203 da CF/88 assegura renda mínima à pessoa com deficiência que não consegue se manter com recursos próprios ou de sua família. O art. 7º, XXXI, por sua vez, garante proteção jurídica ao mercado de trabalho. A lei 8213/91 reconheceu, em seu art. 93, a necessidade de cotas para o setor privado no importe de 2% a 5% das empresas com mais de 100 empregados, como forma de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho⁴²².

O mesmo art. 93 determina como condição para a dispensa do empregado reabilitado ou com deficiência a contratação de substituto em condições semelhantes. Ressalta-se que não se trata de uma espécie de estabilidade no emprego, e sim uma limitação que visa o preenchimento da cota supracitada, funcionando como uma garantia de emprego⁴²³. Essa garantia de emprego, no entanto, não é dirigida a um indivíduo específico, mas a uma situação em particular, a condição de deficiência, no qual "o interesse a ser resguardado diz respeito à coletividade de pessoas com deficiência ou reabilitados da Previdência Social"⁴²⁴.

A breve exposição de alguns mecanismos de proteção trabalhista dos hipervulneráveis demonstra que o próprio legislador observa esses grupos como passíveis de uma tutela diferenciada, que transcende o amparo já garantido pelo Direito do Trabalho. Quebra-se, então, a tendência de uniformização das relações jurídicas laborais, pelo menos no que tange à generalização das proteções conferidas aos indivíduos hipervulneráveis.

Estes mecanismos, embora louváveis, ainda precisam de adaptação e conformação às realidades de cada um dos empregados hipervulneráveis, que podem conjugar mais de um agravamento da vulnerabilidade, como fora exemplificado por meio da metáfora das capas.

Cabe ao Direito do Trabalho, pois, buscar especificar ainda mais os mecanismos de tutela dos vulneráveis e hipervulneráveis, quebrando a orientação unitária e homogênea de proteção clássica conhecida pelo campo jurídico, conferindo à multiplicidade de empregados uma multiplicidade de proteções com base na situação de fragilidade em que se encontram.

⁴²¹ BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, P. 39.

⁴²² MARQUES, Christiani. A discriminação na aplicação das normas de proteção às pessoas com deficiência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 44-59, out./dez. 2011, p. 50

⁴²³ GOLDFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 126.

⁴²⁴ GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, Administração Pública Direta e Indireta*. Goiânia: UCG, 2006, p. 80.

3.3 AS VULNERABILIDADES ADVINDAS DO CONTRATO DE EMPREGO

Diante da defesa da existência de vulnerabilidade do empregado nos contratos empregatícios, em substituição ao conceito de hipossuficiência, faz-se necessário discorrer sobre as modalidades de vulnerabilidade enxergadas neste ramo do Direito.

Partindo-se de uma inspiração na seara consumerista, o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor compartilhariam o princípio da vulnerabilidade, pois em ambos se encontram sujeições dos detentores do capital a uma parte que acaba por se tornar suscetível a pressões e influências⁴²⁵. Nesta linha, em relação à seara consumerista, é possível apontar, ao menos, quatro tipos de vulnerabilidade, quais sejam: vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade fática, vulnerabilidade informacional e a vulnerabilidade jurídica.

A vulnerabilidade técnica é a que decorre da ausência de conhecimentos técnicos ou específicos sobre produtos ou serviços, atingindo o objeto do consumo⁴²⁶. Percebe-se que, como o fornecedor faz parte da cadeia de consumo, sendo detentor dos meios de produção, conhece o produto ou serviço que é colocado no mercado, conhecimento este que não é compartilhado pelo consumidor.

Já a vulnerabilidade fática ou socioeconômica consiste na fragilidade relativa ao aspecto econômico, em face da desproporção de forças que existe na relação consumidor/fornecedor, decorrendo da superioridade deste último⁴²⁷. A vulnerabilidade jurídica ou científica, por sua vez, é a que decorre da ausência de conhecimentos jurídicos pelo consumidor, que não possui plena consciência dos seus direitos⁴²⁸.

Por fim, a vulnerabilidade informacional relaciona-se com a falta de informação que o consumidor possui acerca do produto ou serviço posto no mercado, o que pode resultar em maior manipulação do fornecedor em relação a este consumidor em face da ausência de conhecimento⁴²⁹.

Inspirado pelos modelos de vulnerabilidades advindos da seara consumerista, Leandro Dorneles identifica, na relação de emprego, um conjunto de vulnerabilidades no plano

⁴²⁵ MARIMPIETRI, Flávia. *Direito do consumidor e direito do trabalho: axiologia e principiologia comuns*. In: ALMEIDA NETO, João Alves de (coord.). *As novas faces do Direito do Trabalho: estudos em memória de Gilberto Gomes*. Salvador: Quarteto, 2006, p. 126.

⁴²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. . 5. ed, rev, atual., ampl., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 101.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 104.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 101.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 98.

negocial, hierárquico, econômico, técnico, social⁴³⁰ e informativo⁴³¹. Um padrão abstrato de vulnerabilidades seria verificado tendo por base o emprego típico, podendo haver graduação da incidência protetiva nos casos em que as vulnerabilidades se mostrem mais acentuadas ou atenuadas.

O modelo apresentado nesta pesquisa servirá para tratar das graduações da autonomia privada individual, estabelecendo-se parâmetros que permitam o exercício da liberdade individual negocial pelos empregados. Por ora, faz-se necessário conhecer os tipos de vulnerabilidade encontrados no âmbito da relação de emprego.

3.3.1 Vulnerabilidade negocial

A vulnerabilidade negocial consiste num sinal indicativo de desequilíbrio numa relação jurídica, de sorte que um indivíduo em particular, pertencente a uma categoria ou grupo de pessoas, se vê em posição de desvantagem em relação ao outro sujeito da mesma relação, que se encontra em posto de maior poder negocial⁴³².

Em se tratando do Direito do Trabalho, a relação jurídica ali estabelecida é tida como uma relação contratual, marcada pela ausência de equilíbrio entre empregado e empregador. Dificilmente o empregado possui condições de discutir, com paridade, as questões e nuances que envolvem a prestação laboral, limitando-se, na maioria das vezes, a aceitar as condições que foram estabelecidas pelo empregador.

Tanto é assim que alguns autores, como Orlando Gomes⁴³³, defendem que a formação jurídica trabalhista perpassa pelo consentimento das partes, ainda que por adesão. Neste aspecto, como o trabalho é livre e não obrigatório, o consentimento do empregado não poderia ser

⁴³⁰ Segundo o autor, a vulnerabilidade social se estabelece a partir do papel que os trabalhadores desempenham no espaço produtivo, enquanto classe social. O trabalhador, por não possuir a propriedade dos meios de produção, valer-se-ia da sua energia laboral para conquistar a sua subsistência. Os papéis sociais desempenhados indicariam a existência de vulnerabilidade social, portanto. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 301. Nesta pesquisa, contudo, entende-se que a vulnerabilidade social decorre não apenas dos papéis sociais ocupados, e sim do sistema econômico-social vivenciado no Brasil, com problemas de distribuição de renda e pleno emprego, sendo afeto à área da sociologia, economia, política, etc. Por este aspecto multidisciplinar e por não se tratar do objeto desta pesquisa, não se adentrará neste tema.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 295.

⁴³² BATISTA, Neimar; AMORIM, Ana Rosa Tenório de. Vulnerabilidade no Direito privado: do conceito às aplicações. *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, dossiê FACJUR, n. 57, c. 5. Curitiba, 2018, p. 82.

⁴³³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 146-147.

dispensado, o que demonstra a existência de contratualidade. Nota-se, no entanto, que a liberdade do obreiro encontra-se, por vezes, mitigada em razão da necessidade em face do emprego para garantia de subsistência. Não seria o empregado totalmente livre para discutir cláusulas contratuais, mas sempre deveria manifestar sua vontade em estabelecer aquele vínculo empregatício.

Não se entende, contudo, que o contrato de trabalho é um contrato de adesão, embora se reconheça a limitação da autonomia privada das partes. Vislumbra-se que as discussões que envolvem o vínculo laboral, ainda que pontuais, são permitidas e variam de acordo com a relação jurídica em questão.

Neste diapasão, o art. 444 da CLT afirma que é possível livre estipulação das partes, limitando esta liberdade às disposições de proteção ao trabalho, às negociações coletivas e às decisões das autoridades competentes. Este dispositivo não pode ser interpretado de forma isolada, devendo ser analisado em conformidade com o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, que encontra subsídio teórico no art. 468 da CLT⁴³⁴. As alterações contratuais só seriam permitidas por mútuo consentimento e deste que não resultassem em prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade.

Visualizam-se limitações ao exercício da autonomia privada plena no momento da contratação e durante a execução e finalização do vínculo empregatício, como uma garantia de equilíbrio contratual. A norma trabalhista constata, assim, que o empregado dificilmente teria condições de discutir o conteúdo contratual, limitando-se a aceitá-los ou não, repise-se. Por isso, a proteção ao contratante vulnerável funciona como uma combinação dos princípios da liberdade e igualdade, compensando a fragilidade de um com normas protetivas que resultem num equilíbrio não só no aspecto fático, mas também jurídico⁴³⁵.

A vulnerabilidade negocial será melhor abordada no próximo capítulo, onde se fará uma análise da interação entre o exercício da autonomia privada na seara individual trabalhista e a vulnerabilidade dos empregados por meio da sugestão de critérios para este exercício e limites à liberdade negocial.

⁴³⁴ BRASIL. *Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, acesso em 02 mai. 2019.

⁴³⁵ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 296.

3.3.2 Vulnerabilidade fática ou contratual, pautada na subordinação jurídica

Segundo Leandro Dorneles, a noção de subordinação jurídica, traço distintivo da relação de emprego, remete à subordinação hierárquica, advinda dos papéis hierarquicamente distintos ocupados por empregado e empregador.

A vulnerabilidade hierárquica, para o autor, decorreria da posição antagônica ocupada por empregado e empregador diante da execução do vínculo empregatício, em que um deles assume uma posição de superioridade em razão do exercício do poder diretivo⁴³⁶.

No entanto, não se utilizará a expressão vulnerabilidade hierárquica, uma vez que esta remete à ideia de subordinação hierárquica, rechaçada em face do autoritarismo e submissão a qual esta expressão conduz. Opta-se pela expressão subordinação fática, que indica o desequilíbrio de forças entre o empregado e empregador diante do exercício dos poderes inerentes ao vínculo empregatício. Explica-se.

Difundiu-se, durante o início do século XX, a ideia de que o fundamento da subordinação laboral seria a sujeição pessoal do empregado em face do empregador. O empregado, desta forma, não era visto como sujeito de direitos e obrigações, mas como um objeto com dependência pessoal ao empregador, parte de uma grande corporação⁴³⁷.

Esta forma de subordinação fora nomeada subordinação pessoal ou hierárquica, onde a vinculação entre o obreiro e o serviço prestado por este tornava-se indissociável, numa espécie de domínio não só da força de trabalho do empregado, mas do seu próprio corpo⁴³⁸. No entanto, a noção de subordinação meramente hierárquica fora sendo abandonada por, de alguma forma, remeter às relações de submissão escravocratas ou servis, que possuíam como cerne a ideia de trabalho como penalidade, como fora abordado linhas atrás.

Buscou-se eliminar a subordinação pessoal por esta acabar coisificando o prestador dos serviços, não assimilando o trabalhador enquanto uma pessoa dotada de dignidade⁴³⁹. A posição de supremacia do empregador, desta forma, é reduzida ao mínimo necessário para o

⁴³⁶ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 296.

⁴³⁷ ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 72.

⁴³⁸ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. vol. 1. 2. ed. rev., atualizada e aum. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 204.

⁴³⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 525.

exercício da atividade empresarial e/ou econômica, fundamentando-se a subordinação jurídica no próprio contrato de trabalho, diante do exercício dos poderes do empregador⁴⁴⁰.

A vulnerabilidade do empregado, neste caso, não decorreria da mera hierarquia ou de um estado de submissão, mas da posição de autoridade que o empregador possui no desenvolvimento do contrato de trabalho em razão dos poderes de organização, comando, controle e gestão⁴⁴¹.

Não se nega, contudo, que a delimitação da subordinação ou posição de dependência do empregado perante o empregador pode ensejar uma relação de natureza hierárquica, em que o patamar de vulnerabilidade deste restaria ainda mais acentuado. Rechaça-se, em verdade, a vulnerabilidade hierárquica advinda da força, do autoritarismo, que enseja o rompimento da estrutura de liberdade contratual defendida ao longo desta pesquisa⁴⁴².

Obviamente, as situações concretas podem demonstrar um maior grau de autonomia do empregado no desenvolvimento da relação jurídica trabalhista, diante da existência de uma menor vulnerabilidade fática ou contratual. Deve o empregado atender as diretivas que são assinaladas por quem exerce o poder diretivo, mas não se nega que as formas de trabalho subordinado hoje são variadas e estão em constante evolução, com formas diferentes de exercício destas prerrogativas pelo empregador⁴⁴³.

Neste contexto, é possível se falar de novas formas de subordinação jurídica diante da crise vivenciada por este elemento da relação de emprego, em especial com a ruptura do sistema fordista e taylorista de produção e o estabelecimento de novos vínculos de prestação de serviços sem a noção clássica de heterodireção. A insuficiência da subordinação jurídica se demonstra em razão do seu sentido prevalecente e hegemônico ser a noção de subordinação pessoal ou hierárquica⁴⁴⁴.

Novas dinâmicas de trabalho, em relações que aparentam ser de colaboração e autonomia, em especial nas empresas estruturadas por meio de uma organização flexível, fazem com que novas formas de subordinação sejam visualizadas e, com isso, novas formas de se enxergar a vulnerabilidade fática ou contratual sejam vislumbradas.

⁴⁴⁰ ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 73.

⁴⁴¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho*. Parte I - Dogmática Geral. 3. ed. rev. E atual. Coimbra: Almedina, 2012, p. 324.

⁴⁴² SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 17.

⁴⁴³ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de derecho laboral*. Tomo 1, Vol.1, 3. reimp. Montevideo: Ediciones Idea, 2000, p. 95-96.

⁴⁴⁴ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando os conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 79.

O processo de ampliação da subordinação jurídica leva à proteção trabalhista integral de trabalhadores que, pelo conceito clássico de subordinação, estariam excluídos da tutela justralhista por não se configurarem como empregados, embora estivessem numa situação de vulnerabilidade tal como os empregados clássicos.

Em breve síntese, algumas teorias acerca da subordinação jurídica foram vislumbradas. O Direito italiano identificou relações jurídicas trabalhistas que se assemelhavam tanto com o trabalho subordinado empregatício quanto com o trabalho autônomo, embora não se enquadrassem perfeitamente a estas categorias jurídicas⁴⁴⁵. Deu-se o nome de parassubordinação a este fenômeno, marcado por uma relação de coordenação, continuidade e de prestação de serviço prevalentemente pessoal, com controle difuso e pontual, onde apenas alguns direitos trabalhistas eram estendidos para estes trabalhadores, como os direitos de natureza previdenciária⁴⁴⁶.

No Brasil, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, como defensor desta nova espécie, sustentou a necessidade de criação de uma lei que abordasse o regime desses trabalhadores, aumentando a proteção jurídica dos parassubordinados por meio da concessão de alguns direitos trabalhistas⁴⁴⁷. Observou-se a necessidade de proteção estatal acerca destes trabalhadores, que prestam serviços por conta alheia, mas ainda assim apresentam uma debilidade socioeconômica⁴⁴⁸ que os colocam em posição de vulnerabilidade.

No entanto, entende-se que a maior autonomia do parassubordinado é fictícia, uma vez que ostenta condição de empregado por haver poder de direção por parte do empregador, ainda que de forma mais atenuada. A vulnerabilidade do parassubordinado é marcante, haja vista que também se submete a mecanismos de controle, de sorte que a variação que se dá em relação à prestação dos serviços em relação ao empregado clássico é apenas no tocante à intensidade do poder diretivo⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Da “Velha” Parassubordinação Ao Novo Contrato De Trabalho A Projeto. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, p. 343-348, abril-junho, 2006, p. 344.

⁴⁴⁶ 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 (2011). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 281 p. Orientador: Prof. Doutor Luiz de Pinho Pedreira da Silva. Salvador: 2011, p. 156.

⁴⁴⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Um novo critério de aplicação do direito do trabalho: a parassubordinação. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, p. 173-181, julho-setembro, 2001, p. 174.

⁴⁴⁸ GASPAR, *op. cit.*, p. 185.

⁴⁴⁹ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009, p. 122.

Por isso, discorda-se da posição de Leandro Dorneles quando este salienta que a ameaça aos direitos da personalidade do trabalhador parassubordinado é menor, não se justificando mecanismos de correção da vulnerabilidade hierárquica⁴⁵⁰. Advoga-se a tese de que, em verdade, estar-se-ia diante de uma forma de subordinação diversa da chamada subordinação clássica, que ensejaria um grau de proteção diferenciado em relação ao empregado sujeito ao forte controle do empregador, sendo conferido um grau de autonomia um pouco maior do que o habitual do Direito do Trabalho. No entanto, isto não significa que não existam mecanismos de correção das vulnerabilidades neste caso, de sorte que, para o exercício da liberdade negocial, o preenchimento dos requisitos propostos será essencial, bem como o atendimento aos limites do exercício da autonomia privada individual trabalhista.

Em relação aos novos prismas da subordinação jurídica no Direito do Trabalho⁴⁵¹, destacam-se a subordinação objetiva, defendida por Arion Sayão Romita; a subordinação estrutural, de Maurício Godinho Delgado; a subordinação integrativa, de Lorena Vasconcelos Porto e a subordinação potencial, de Danilo Gonçalves Gaspar.

Em apertado apanhado, a subordinação objetiva consiste na integração da atividade desempenhada pelo empregado na organização empresarial, por meio do estabelecimento de um contrato onde este aceita a determinação das tarefas e prerrogativas determinadas pelo empregador no que diz respeito à execução dos serviços⁴⁵². A subordinação jurídica, assim, não seria pessoal, mas sobre o objeto do contrato de trabalho, quer seja a prestação dos serviços do obreiro.

Consegue-se, por esta teoria, separar o sujeito e o objeto do contrato de trabalho, estabelecendo-se uma relação imediata com a atividade desempenhada e uma relação mediata com a pessoa do trabalhador⁴⁵³. O poder diretivo do empregador se limita, aqui, a adequar e preservar a execução das atividades e prerrogativas desempenhadas pelo empregado, o que resulta numa inclusão de categorias que, pela ótica da subordinação clássica, não seriam enquadradas como empregados, como aqueles que exercem labor em domicílio, altos

⁴⁵⁰ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 297.

⁴⁵¹ Vislumbra-se ainda a subordinação reticular, de Marcus Menezes Barberino Mendes e José Eduardo de Rezende Chaves Júnior. Cf. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, vol. 46, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007.

⁴⁵² ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 82.

⁴⁵³ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p.17.

empregados, etc.. Com essa tendência expansionista tem-se, repise-se, um maior grau de proteção laboral, com o reconhecimento destes trabalhadores como vulneráveis.

Em linha semelhante, a subordinação estrutural, defendida por Maurício Godinho Delgado, se manifesta com a inserção do trabalhador na dinâmica do empregador, independentemente de receber ordens diretas ou não, bastando para tanto acolher, estruturalmente, a dinâmica da organização e o seu funcionamento⁴⁵⁴. O caminho escolhido pelo autor também perpassa pelo aumento da abrangência do Direito do Trabalho às relações jurídicas inicialmente não contempladas por este, adequando-se às novas formas de trabalho da contemporaneidade.

No entanto, para Danilo Gaspar, o conceito de subordinação estrutural é mais restrito que o conceito de subordinação objetiva, haja vista que, na subordinação objetiva, basta que o trabalhador execute os serviços ou fins principais do tomador para que se considere que este integra a estrutura empresarial, enquanto que na subordinação estrutural é necessário que o trabalhador se integre à dinâmica organizativa⁴⁵⁵.

Nada obstante, entende-se que a subordinação estrutural coaduna-se à realidade atual do mundo do trabalho, por não focar na distinção entre atividade meio e atividade fim que, embora louvável, vem perdendo espaço no Direito do Trabalho, em especial com as últimas manifestações do Supremo Tribunal Federal acerca da terceirização no Brasil⁴⁵⁶.

A subordinação integrativa, defendida por Lorena Vasconcelos Porto, busca uniformizar e universalizar o conceito de subordinação na seara trabalhista. Para ela, o viés clássico da subordinação não deve ser abandonado, devendo em verdade ser acrescido um novo critério, o da subordinação integrativa. Nesta, a prestação dos serviços pelo empregado integra as atividades do empregador e este obreiro não possui uma organização empresarial própria, não assumindo verdadeiramente os riscos da atividade, de sorte a não ser o proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem ao empregador⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista LTr*. v. 70, n. 06, junho de 2006. São Paulo: LTr, 2006, p. 667.

⁴⁵⁵ 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 (2011). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 281 p. Orientador: Prof. Doutor Luiz de Pinho Pedreira da Silva. Salvador: 2011, p. 214.

⁴⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 324*. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 10 set. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>, acesso em 04 abr. 2019.

⁴⁵⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009, p. 254.

A tese em comento também possui o viés de ampliar o aspecto protetor do Direito do Trabalho, fazendo com que haja incidência ainda maior de relações jurídicas sob a sua tutela. Reconhece, assim, que a vulnerabilidade pode se apresentar numa acepção clássica, com extremo controle ou de forma mais atenuada, com a integração do obreiro às atividades do empregador.

Por fim, destaca-se a tese adotada por Danilo Gaspar, em que se defende o conceito de subordinação potencial. Nesta, o trabalhador, sem possuir o controle dos fatores de produção e, portanto, o domínio da atividade econômica, presta serviços por conta alheia, de sorte a se encontrar, potencialmente, sujeito à direção do tomador de serviços por se encontrar inserido na sua dinâmica organizacional⁴⁵⁸. Não se exigiria uma constante direção do empregador, e sim uma potencialidade de direção, fazendo com que o exercício dos poderes do empregador se desse de forma mais elástica.

Infere-se das propostas apresentadas que a sujeição aos poderes do empregador, fator de desequilíbrio da relação jurídica trabalhista, ocorreria ainda que o grau de incidência da subordinação jurídica fosse mais atenuado, revelando que a vulnerabilidade fática ou contratual ocorre em grau maior ou menor, a depender da relação estabelecida.

Por ora, cumpre salientar que a apropriação do poderio econômico ocorre com qualquer empregado, independentemente do exercício mais incisivo ou ténue do poder diretivo, o que ensejaria, de qualquer forma, a constatação da existência de vulnerabilidade deste, ainda que pelo próximo tipo de vulnerabilidade que será abordada.

No entanto, entender as formas de subordinação supracitadas como mecanismos essenciais para a inclusão de profissões que, ordinariamente, eram tidas como excluídas da tutela do Direito do Trabalho, como profissionais intelectuais, médicos, altos empregados, empregados que laboram em domicílio, etc. faz-se importante, afinal consagra o ideal protetivo almejado pelo Direito do Trabalho.

Ademais, constata-se que a vulnerabilidade fática não advém apenas das clássicas relações de subordinação/poder diretivo, de sorte a ser enxergada em situações de proletarização de categorias que, por muito tempo, foram excluídas do Direito do Trabalho. Assim, onde há

⁴⁵⁸ 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 (2011). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 281 p. Orientador: Prof. Doutor Luiz de Pinho Pedreira da Silva. Salvador: 2011, p. 233.

controle, ainda que t nuue, potencial ou por meio de uma integração na atividade do empregador, há vulnerabilidade fática ou contratual do empregado.

3.3.3 Vulnerabilidade econômica

O sistema de produção capitalista, diante das suas formas de organizar a produção no modelo fordista, taylorista ou toyotista, concretiza a lógica de acumulação de riqueza e intensificação da produção. Conforme fora abordado linhas atrás, o ideal de colaboração e direção pautados no viés da autonomia faz com que o mecanismo de controle obreiro seja mais eficiente, resultando numa obediência mecânica que resulta numa maior acepção de lucros por parte do empregador.

O trabalho assalariado, no Brasil, possui como ponto de partida a construção do desposuimento da maioria, forjando uma necessária venda da mão de obra como condição intrínseca de sobrevivência dos trabalhadores. A liberdade de trabalho, até o momento da edição da CLT, era apenas fictícia, por não abarcar nem mesmo mecanismos de inclusão dos negros e imigrantes no mercado de trabalho, num reforço do padrão de imposição da venda da força de trabalho, com o estabelecimento de uma legião de desempregados e trabalhadores informais⁴⁵⁹.

O projeto neoliberal se apresenta como o novo, que enseja novas vulnerabilidades sociais na medida em que propaga a capitulação do trabalho como categoria central de construção das relações pessoais na sociedade, estabelecendo uma espécie de maior liberdade em prol do capital⁴⁶⁰. Cultuam-se teorias com viés precarizante, que buscam aumentar ainda mais as disparidades sociais e excluir da tutela do Direito do Trabalho certas categorias de empregados, considerando-os como aut nomos e não subordinados.

E mesmo quando estabelecida uma relação de emprego, a exploração do trabalho humano conduz à noção de vulnerabilidade econômica. Nota-se, por exemplo, que o trabalhador que "leva o trabalho para casa quebra o ambiente familiar, traz para si, sem perceber, parte dos

⁴⁵⁹ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando os conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 166-167.

⁴⁶⁰ COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 166.

custos da produção (conta de luz etc.) e não vislumbra a responsabilidade daquele que explora economicamente o seu trabalho quanto ao meio ambiente de trabalho [...]”⁴⁶¹.

No Brasil, o Direito do Trabalho sofre com a imposição provocada pela vulnerabilidade econômica, numa dinâmica advinda do capitalismo onde o empregado necessita daquele emprego para a sua subsistência e de sua família, numa dependência do capital acentuada pelas questões sociais, desemprego, informalidade e precarização.

Mesmo tendo como parâmetro o trabalho livre, a relação contratual trabalhista implica numa situação de dependência do empregado em relação ao seu tomador⁴⁶², acentuada no ordenamento brasileiro pelo viés da exploração econômica advinda das práticas neoliberais, fundadas na austeridade como caminho exclusivo para a recuperação da economia⁴⁶³.

A dependência econômica, em verdade, constitui-se em conceito antigo, trazido à tona novamente como mecanismo de complemento ou alternativa à questão da subordinação jurídica. As novas relações de emprego seriam classificadas pela salvaguarda deste critério caracterizador, conforme defende Murilo Oliveira⁴⁶⁴.

Este critério foi criticado por revelar um requisito de natureza extrajurídica, voltado à análise da condição do emprego enquanto mecanismo de subsistência do empregado. As premissas para a crítica acerca deste requisito foram duas, em essência. A primeira delas indicou a existência de empregados que possuíam mais de um emprego, de sorte a mitigar a ideia de exclusividade que a dependência econômica induziria. Outra crítica fundava-se na ideia de que nem todos os trabalhadores prestavam serviço para fins de subsistência, podendo exercê-lo como forma de lazer, distração ou por amor à atividade⁴⁶⁵.

Um empregado poderia, de toda forma, depender economicamente de mais de um contratante ou até mesmo não depender economicamente do seu empregador. Caso a dependência econômica fosse tida como critério para fixação do vínculo trabalhista, tais relações poderiam estar afastadas da tutela do Direito do Trabalho.

⁴⁶¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_supersubordina%C3%A7%C3%A3o.pdf, acesso em: 04 abr. 2019.

⁴⁶² ALONSO OLEA, Manuel. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1969, p. 31-32.

⁴⁶³ EMERIQUE, Lilian Balmant; DANTAS, Fernanda Lage. O avanço da austeridade e o retrocesso na erradicação da pobreza in: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 37.

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando os conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 170.

⁴⁶⁵ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p.15.

Murilo Oliveira⁴⁶⁶, ao revés, busca combater as críticas relativas à dependência econômica, enxergando a mesma como um mecanismo de ampliação da incidência do Direito do Trabalho, que se destinaria à tutela do trabalho assalariado, em oposição à diminuta tutela estabelecida pela hipossuficiência.

A relação de dependência do assalariado para com a empresa seria prévia e estrutural na sociedade capitalista, fundada na apropriação do trabalho alheio e não na direção dos serviços por si, embora esta pudesse ser visualizada. A liberdade de trabalho seria muito pequena e os resultados pertenceriam à pessoa diversa do trabalhador, mesmo tendo este sido o produtor daqueles resultados⁴⁶⁷. Todos estes fatores ensejariam a dependência econômica, que seria mais ampla e prévia à subordinação jurídica⁴⁶⁸.

Em verdade, independentemente da adoção da dependência econômica enquanto critério de caracterização da relação de emprego, pode se considerar que esta é predominante na contratação trabalhista brasileira, marcada pela necessidade de subsistência e pelo medo do desemprego, sendo, portanto, relevante.

A vulnerabilidade econômica, por conseguinte, é uma marca do vínculo empregatício, uma vez que os frutos do trabalho do empregado são explorados por outrem, tornando-se propriedade do empregador. Esta vulnerabilidade também pode sofrer gradação, em face da ampla possibilidade daquele labor ser a única ou principal fonte de subsistência do empregado e de sua família.

Frisa-se que vulnerabilidade econômica não se confunde com pobreza do empregado. Por melhor que seja a sua condição econômica, o desenrolar da relação empregatícia cria um valor em relação ao empregado, que gerará exploração dos frutos do seu trabalho por outrem. Por isso, para Leandro Dorneles, a vulnerabilidade econômica será maior nos serviços prestados em caráter de exclusividade a um tomador⁴⁶⁹.

Concorda-se com a exposição, na medida em que a exclusividade gera uma necessidade do emprego para fins de garantia do mínimo existencial trabalhista, em especial por conta da essencialidade do salário. No entanto, busca-se ir mais além. A dependência econômica

⁴⁶⁶ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando os conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 174.

⁴⁶⁷ ALONSO OLEA, Manuel. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1969, p. 26-32.

⁴⁶⁸ OLIVEIRA, *op.cit.*, p. 198.

⁴⁶⁹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. p. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 297.

também será acentuada nos casos onde não haja exclusividade, mas aquele emprego seja a única ou principal fonte de subsistência do empregado.

Assim, um magistrado que cumula as funções de magistrado e professor numa Faculdade privada, por exemplo, não estaria sob a intensa vulnerabilidade econômica, embora seja considerado empregado e seja tido como vulnerável em linhas gerais naquela relação jurídica. Ao revés, um alto empregado que perceba uma renda alta para os padrões estabelecidos no Brasil, mas que apenas possua aquela fonte de renda, teria uma vulnerabilidade econômica mais intensa visualizada na sua relação jurídica trabalhista, ensejando tutelas protetivas adequadas a esta condição.

Nesta pesquisa, a dependência econômica ganhará importância salutar, sendo vista como um fator objetivo para o exercício da autonomia privada individual do empregado. Em face desta importância, tal temática voltará a ser abordada no próximo capítulo.

3.3.4 Vulnerabilidade técnica

Tradicionalmente, a vulnerabilidade técnica relacionava-se com a noção de desigualdade técnica, haja vista que o empregador seria o detentor dos meios de produção e, por conseguinte, dirigia tecnicamente a atividade do empregado. A teoria da dependência técnica possui como pressuposto a direção técnica exercida pelo empregador em face dos seus empregados. Não pode o empregado laborar de acordo com as suas preferências e inclinações, devendo seguir a orientação técnica do empregador, realizando suas tarefas de acordo com aquilo que lhe é exigido⁴⁷⁰.

Partia-se do pressuposto que o empregador possuía uma maior capacidade técnica do que seus empregados, de sorte a orientar e vigiar as atividades que eram desempenhadas por estes. Nota-se que esta teoria possui como base teórica as relações desenvolvidas no período fordista/taylorista, em que o conhecimento técnico ficava adstrito aos detentores do capital.

Com o avançar do Direito do Trabalho e com o alto nível de especialização dos empregados, percebeu-se que o critério da dependência técnica era equivocado, até mesmo pela constatação de que alguns empregados possuíam mais conhecimento técnico e aprofundamento educacional e profissional do que seus empregadores. No mundo do trabalho

⁴⁷⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.112.

atual, inclusive, se exige cada vez mais especialização dos empregados, que precisam de um alto grau de conhecimentos para desenvolver certas atividades. Se o critério da dependência técnica fosse vislumbrado, não seria possível configuração de vínculo empregatício nas situações onde o empregado tivesse um nível de escolaridade maior do que o apresentado pelo empregador ou nos casos de trabalhadores intelectuais.

Nesta senda, a qualidade de empregado não é perdida, pois, de qualquer sorte, cabe a este seguir as determinações do seu empregador em relação a comportamentos e disciplina no local de trabalho, ainda que detenha maior conhecimento e autonomia na realização das tarefas atinentes ao cargo⁴⁷¹.

Em linha contrária, Leandro Dorneles⁴⁷² defende que a dependência técnica ainda é um critério importante no que tange à determinação da vulnerabilidade técnica. Para ele, esta não se resume apenas ao maior ou menor conhecimento do trabalhador em relação às tarefas que serão desempenhadas, devendo abranger três facetas de estudo.

A primeira delas consiste na vulnerabilidade técnica como menor grau de instrução profissional do trabalhador. Embora se reconheça que em muitos tipos de trabalho o grau de conhecimento do empregado supera o do empregador, não se pode esquecer que em outros existe um nível de qualificação menor.

Na estrutura mercadológica atual, a estruturação do emprego se dá de forma flexível e, normalmente, com tipos de emprego em níveis distintos, embora sejam simultâneos. Num primeiro nível e em número cada vez menor se encontram os trabalhadores polivalentes estáveis, que labora em tempo integral e que possuem ampla flexibilidade funcional, destacando-se pela dificuldade de substituição. Num segundo nível, estariam os empregados periféricos, de baixa qualificação, contratáveis e demissíveis conforme a conveniência das empresas. Por fim, estariam os trabalhadores externos, eventuais ou temporários, pouco especializados e contratos por tarefa⁴⁷³. Percebe-se que a instrução coloca o empregado num

⁴⁷¹ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 15.

⁴⁷² DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 299.

⁴⁷³ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 230-231.

patamar distinto no mercado de trabalho, embora não afaste por completo os receios que são inerentes à atividade laboral, como o desemprego⁴⁷⁴.

A segunda forma de vulnerabilidade técnica seria aquela que limita a execução do labor, uma vez que cabe ao empregador gerir seu empreendimento, com a prerrogativa de organização e estabelecimento de métodos. Neste ponto, a vulnerabilidade técnica se aproximaria da vulnerabilidade fática ou contratual, pois a organização da empresa exige uma atuação de comando que seja continuativa e com base em técnicas empresariais de gestão. Cabe ao empregador a decisão de conceder maior ou menor autonomia ao empregado no desempenho das suas funções⁴⁷⁵.

Por fim, a última forma de vulnerabilidade técnica seria aquela relacionada à alienação do trabalhador. A organização produtiva advinda do fordismo e taylorismo propunha separação entre aqueles que executam e aqueles que planejam o trabalho, de sorte que o departamento de planificação deveria estudar e concentrar todos os poderes e conhecimentos tradicionais para então passar aos trabalhadores. Desse método apreende-se o processo de alienação ou de estranhamento da força de trabalho pelo trabalhador a partir de uma mercadorização do trabalho⁴⁷⁶.

O produto do trabalho é o trabalho, que nada mais é do que o trabalho que se fixou num objeto físico, levando à objetivação do trabalho. Dessa forma, "a realização do trabalho aparece na esfera da economia política como desrealização do trabalhador, a objetivação como perda e servidão do objeto, a apropriação como alienação"⁴⁷⁷.

A realização do trabalho acaba por revelar a perda deste objeto ao trabalhador, por meio da apropriação do mesmo. Quanto mais ele produz, menos ele possui e mais submetido está o trabalhador ao domínio do seu produto pelo capital. A alienação do trabalhador no seu produto significa que o trabalho se transforma em objeto, assumindo uma existência externa independência, tornando-se um poder autônomo em oposição ao trabalhador⁴⁷⁸.

Como resultado da alienação, o trabalho passa a ser uma execução de tarefas, tarefas estas específicas e inseridas na dinâmica da produção em massa. O trabalho alienado "não só

⁴⁷⁴ PESSANHA, Vanessa Vieira. *O dever fundamental do empregador de qualificar seus empregados*. Tese de Doutorado (2015). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 201 p. Orientador: Prof. Luciano Dórea Martinez Carreiro. Salvador: 2015, p. 140.

⁴⁷⁵ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 299.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 300.

⁴⁷⁷ MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1964, p. 159.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 159-160.

impede a autoapropriação do homem enquanto resultado, mas torna impossível reconhecer o próprio processo enquanto algo posto em andamento e dominado pelo próprio trabalhador".⁴⁷⁹

A divisão do trabalho leva à perda do valor do mesmo, tornando o trabalhador apenas uma parte do processo produtivo. O homem se perde separando-se da própria humanidade em face de um conjunto de forças externas, introduzindo-se num conjunto de engrenagens mecânicas em que se resulta literalmente desumanizado e despersonalizado⁴⁸⁰.

Quanto maior a complexidade do trabalho, maior seria sua vulnerabilidade técnica e, conseqüentemente, menor a sua consciência em relação ao produto final do seu esforço. O comando da cadeira produtiva é vislumbrado, ainda, nos modelos pós-fordistas de produção, pois a concepção dos produtos não pertence à classe trabalhadora. O tom das decisões sobre o que produzir e como produzir permanece com o empregador, o que reforça o estranhamento e alienação⁴⁸¹.

A vulnerabilidade técnica, nesta terceira concepção, estaria presente em qualquer tipo de emprego, em maior ou menor medida de acordo com o grau de consciência do empregado em relação ao produto final resultado do seu esforço. No mundo do trabalho atual, esta forma de vulnerabilidade é ainda mais vislumbrada em face das ideias de flexibilização e acumulação flexível, que seduzem o empregado com o discurso integrador e de autonomia, mas que, em verdade, não promovem autêntica emancipação.

3.3.5 Vulnerabilidade informacional

No âmbito consumerista, a vulnerabilidade informacional passou a ser defendida por Cláudia Lima Marques em 2005⁴⁸², sendo caracterizada pela importância destinada ao princípio da informação nas relações de consumo. A autora compreende que a informação consiste num poder emancipatório social, sendo sua falta uma espécie de vulnerabilidade, graduada conforme mais importante for a informação detida pelo outro.

⁴⁷⁹ FLICKINGER, Hans-Georg. *Marx e Hegel: o porão de uma filosofia social*. Porto Alegre: L&PM & CNPQ, 1986, p. 74.

⁴⁸⁰ BAAS, Emile. *Introducción crítica al marxismo*. 3. ed. Barcelona: Nova Terra, 1970, p. 44-45.

⁴⁸¹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 300.

⁴⁸² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 330.

O acesso à informação é um conceito ligado à finalidade social do conhecimento. Segundo a Declaração de Estoril, "O papel central da informação e do conhecimento no mundo contemporâneo é uma evidência por todos reconhecida. Por isso, o acesso à informação é essencial para garantir o bem-estar e o progresso dos indivíduos e das sociedades"⁴⁸³.

A necessidade de promoção da informação é um fenômeno jurídico vislumbrado de duas maneiras. A primeira delas consiste no aumento das obrigações voltadas à informação e transparência, que possuem o condão de afetar os contratos e vínculos sociais. Ademais, conduz a uma patrimonialização da informação, que cada vez mais é tratada como um bem imaterial apropriável⁴⁸⁴.

A vulnerabilidade informacional parte da constatação de que a informação não é veiculada de forma precisa, clara e ostensiva ou, ainda que amplamente divulgada, não possui acesso uniforme, sendo retida em alguma medida pelo empregador.

O déficit informacional no âmbito trabalhista ocorre de diversas formas. A primeira delas se dá quando a informação não é divulgada de forma correta ou quando não corresponde à verdade. São comuns situações onde os empregados não saibam da realidade do seu contrato no que tange aos seus direitos, sendo ludibriados. Forma bastante comum de fraude ocorre com o salário⁴⁸⁵, por meio da exclusão de parcelas da base de cálculo dos encargos sociais do empregado, sob a justificativa do alto custo tributário do empregador⁴⁸⁶.

A informação pode ainda não ser dada de forma clara, sendo de difícil compreensão ou entendimento por parte do empregado. Nestes casos, observa-se que falta precisão da informação, que pode ser prolixa ou deficitária, dificulta a compreensão do empregado acerca dos seus direitos, fazendo com que este, por vezes, tenha sua vulnerabilidade informacional acentuada.

⁴⁸³ PORTUGAL. *Declaração do Estoril sobre o acesso à informação*. Disponível em: <http://www.apbad.pt/Downloads/DeclaracaoEstoril.pdf>, acesso em 06 abr. 2019.

⁴⁸⁴ SUPIOT, Alain. *Homos juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 155.

⁴⁸⁵ SALÁRIO POR FORA CONFIGURAÇÃO. O PAGAMENTO DE SALÁRIO EXTRAFOLHA OU POR FORATRATA-SE DE PRÁTICA VOLTADA PARA A SONEGAÇÃO FISCAL, QUE OBSTACULIZA O DIREITO À PROVA DOCUMENTAL DOS SALÁRIOS, PREVISTA NO ARTIGO 464 DA CLT. DÁ-SE, ASSIM, ESPECIAL VALOR À PROVA ORAL E AOS INDÍCIOS QUE LEVAM À PRÁTICA DO ATO ILÍCITO, SENDO SUFICIENTE O CONVENCIMENTO FORMADO NO ESPÍRITO DO JULGADOR. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Processo 0000480-54.2015.5.05.0012*, Origem PJE, Relator(a) Desembargador(a) MARIA DAS GRACAS OLIVA BONESS, Quarta Turma, DJ 26/07/2018. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/exibe-relatorio/0/Documento>, acesso em 06 abr. 2019.

⁴⁸⁶ PASTORE, José. *Encargos sociais: Implicações para o salário, emprego e competitividade*. 2. tir. São Paulo: LTr, 2001, p. 30.

Exemplifica-se essa vulnerabilidade informacional com o estabelecimento da participação nos lucros e resultados, onde a própria legislação⁴⁸⁷ reconhece a necessidade de regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos da participação, com mecanismos de aferição das informações referentes ao cumprimento, periodicidade, vigência, prazos, etc.⁴⁸⁸.

Em suma, o maior poderio econômico do empregador lhe assegura ou possibilita, de forma geral, um maior acesso à informação, em especial no que diz respeito ao mercado de trabalho, disponibilidade de mão de obra e direitos trabalhistas. Ao revés, em relação ao empregado, a premissa não é a mesma, na medida em que, por vezes, não estão informados no que tange aos seus direitos, mercado de trabalho, área de atuação⁴⁸⁹.

Reconhece-se que existe um avanço que se relaciona à difusão da informação no mundo atual, em especial por conta do acesso facilitado com a internet e outros mecanismos de promoção do conhecimento. No entanto, a vulnerabilidade informacional não pode ser analisada numa perspectiva subjetiva, fazendo-se uma análise do quanto um empregado possui de conhecimento acerca das condições de trabalho, salário, dentre outras questões.

Aqui, defende-se que a vulnerabilidade informacional deve ser averiguada a partir da postura do empregador na difusão das questões que envolvem os direitos trabalhistas, condições laborais e mercadológicas, sendo mensurada de acordo com a conduta do empregador em relação aos empregados.

⁴⁸⁷ BRASIL. *Lei 10.101/2000*. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101compilado.htm, acesso em 06 abr. 2019.

⁴⁸⁸ RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVA E OPORTUNA ARGUIÇÃO DA MATÉRIA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA. [...] PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. DESVIRTUAMENTO DO INSTITUTO. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. A Corte de origem, soberana na análise do conjunto fático-probatório dos autos, ao tratar da parcela PLR, registrou que "as regras não estão claras, pois a natureza da parcela evidenciou-se como contraprestativa, calculada com ênfase na produção individual do empregado e não na produção e lucratividade da empresa ou do setor". Consignou, ainda, que não "é possível concluir, pelos critérios apresentados, que o PLR foi pago efetivamente vinculado à distribuição de lucros ou mesmo a avaliação do empregado, aproximando-se mais a um complemento de salário, a um pagamento a latere de comissões por vendas". Ressaltou, ainda, que "os valores recebidos a título de PLR eram muito superiores aos salários fixos, evidenciando-se tratarem-se de parcelas salariais camufladas". Desse modo, constatou a natureza fraudulenta da parcela, pois "se tratou, de fato, pagamento de comissões", motivo pelo qual determinou a integração na remuneração. Nesse sentido, as cláusulas relativas à PLR constantes do referido acordo coletivo são nulas, porque camuflaram verba salarial, o que faz incidir o disposto no artigo 9º da CLT. Precedentes. Ademais, o exame da tese recursal, em sentido contrário, esbarra no teor da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista de que não se conhece. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR: 2552720135090195*, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 20/09/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>, acesso em 06 abr. 2019.

⁴⁸⁹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013, p. 301.

Esta alegação nada mais é do que uma constatação da aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais laborais. Este princípio encontra-se inserido no ordenamento jurídico brasileiro, sendo decorrente da disposição constitucional voltada à concretização da justiça social⁴⁹⁰, da moralidade, da proporcionalidade e da segurança. Traça, assim, um regramento voltado à probidade e honestidade que deve guiar qualquer relação jurídica, seja em âmbito público ou privado.

Funciona a boa-fé como um modelo de conduta social, um arquétipo jurídico segundo o qual cada sujeito deve se ajustar a este modelo de conduta reta, honesta, leal e proba⁴⁹¹. O intérprete deve se desprender da intencionalidade das partes, devendo analisar um padrão objetivo de conduta⁴⁹². Nesta senda, cabe ao empregador cumprir o papel de informar seus empregados acerca das questões que envolvam o vínculo empregatício, revelando o papel de cooperação e lealdade que a boa-fé impõe.

Por isso, boa-fé objetiva, ao criar deveres jurídicos anexos e dirigidos às partes, com caráter avoluntarístico, estipula vínculos de cooperação e de proteção dos interesses recíprocos⁴⁹³. O dever de informação do empregador manifesta-se neste contexto, fazendo com que se possa analisar, de forma objetiva, a vulnerabilidade informacional do empregado ante a atuação do sujeito patronal. Em epítome, o padrão de retidão e lealdade exige do empregador um comportamento voltado à informação que, se não ocorre no caso concreto, enseja um patamar de vulnerabilidade informacional maior ao empregado.

3.4 A FIGURA DO EMPREGADO HIPERSSUFICIENTE CRIADA PELA LEI 13.467/17

Sabe-se que o Brasil enfrentou e enfrenta grave crise econômica e política desde o ano de 2015. Entre 2015 e 2016 a economia brasileira vivenciou a segunda pior crise da sua história,

⁴⁹⁰ O princípio da solidariedade enxerga a presença do indivíduo em sociedade, fazendo com que haja a funcionalização de direitos subjetivos e uma interpretação das relações de cunho patrimonial pautadas no cumprimento de deveres jurídicos existenciais, voltados à atuação conforme a boa-fé. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.179-180.

⁴⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 412-413.

⁴⁹² CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa- Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p.514.

⁴⁹³ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 427-472.

com queda acumulada do PIB em 7% e com grave índice de desemprego, chegando ao elevado patamar de treze milhões de desocupados⁴⁹⁴.

Neste contexto, foi apresentado no Congresso Nacional anteprojeto de reforma em alguns dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei do Trabalho Temporário - Lei 6019/74. Tal projeto, advindo do Poder Executivo em 23 de dezembro de 2017, fora numerado como Projeto de Lei 6787/16 e passou a ser conhecido popularmente como "reforma trabalhista", possuindo apenas nove páginas, duas dedicadas à exposição de motivos e as sete restantes prevendo a alteração de sete artigos e revogação, parcial ou integral, de seis artigos da CLT, além de alterações em oito artigos da Lei 6019/74 e revogação de dois artigos da mesma lei⁴⁹⁵.

Foram criadas comissões especiais na Câmara dos Deputados, visando dar tramitação ao projeto proposto. O relatório final do projeto em comento propôs mais de duzentas alterações na CLT e na Lei do Trabalho Temporário, tendo sua redação final aprovada pela Câmara dos Deputados em 26 de abril de 2017.

Seu relator, o Deputado Rogério Marinho, argumentou que a urgência na aprovação se deu pela necessidade de diminuir o número de desempregados, além de buscar modernizar a legislação trabalhista brasileira, que, pelo excesso de normas advindas do Estado e rigidez, encontrava-se defasada⁴⁹⁶.

Após encaminhamento ao Senado Federal, a proposta supracitada foi aprovada em 11 de julho de 2017, com respeito aos ditames legais de aprovação para legislação ordinária, sem qualquer alteração, sendo o referido projeto de lei encaminhado ao Presidente da República, para sanção presidencial⁴⁹⁷.

Sem vetos do Presidente da República, foi promulgada a Lei 13.467 em 13 de julho de 2017, apenas 7 meses após a proposição de projeto de lei para alteração, com período de *vacatio legis* de 120 dias após a sua publicação. Visando o aprimoramento de dispositivos pontuais,

⁴⁹⁴ DIEESE. *Boletim de conjuntura*. N. 14, maio de 2018. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimdeconjuntura/2018/boletimConjuntura014.html>, acesso em 07 de jan. de 2019.

⁴⁹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6787/16*. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>; acesso em: 08 de jan. de 2019.

⁴⁹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787/16*. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>; acesso em: 08 de jan. de 2019.

⁴⁹⁷ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei da Câmara n. 38, de 2017 - Reforma Trabalhista*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>, acesso em 08 de jan, de 2019.

conforme exposição de motivos, entrou em vigor em 14 de novembro de 2017 a Medida Provisória 808/17, alterando alguns dispositivos que haviam sido fruto de alteração pela Lei 13.467/17⁴⁹⁸. Após receber novecentos e sessenta e sete propostas de emendas, a Medida Provisória em comento não desfrutou da tramitação adequada, vindo a caducar em 23 de abril de 2018⁴⁹⁹.

Em resumo, a tramitação da aludida legislação, de forma rápida e sem alterações posteriores, teve como justificativa a necessidade de criação de postos de trabalho, fortalecimento da negociação coletiva e, conseqüentemente, dos sindicatos, bem como a modernização da legislação. Contudo, traz em seu bojo medidas flexibilizadoras contundentes, principalmente em relação ao Direito Material do Trabalho⁵⁰⁰, vislumbrando, em alguns momentos, pontos de desregulamentação⁵⁰¹.

A lei 13.467/17 demonstra seu claro direcionamento em promover a manutenção das diferenças e segregações sociais, funcionando como um mecanismo de exclusão da classe obreira quando lhes retira ou flexibiliza direitos trabalhistas até então consagrados⁵⁰².

Além do evidente déficit de debate social que a legislação supracitada possui, vício este decorrente da rápida e ansiosa tramitação que compromete a legitimidade da lei promulgada, revela viés flexibilizador e precarizador das relações laborais, com a instituição de temas como trabalho intermitente, trabalho da gestante e lactante em condições insalubres⁵⁰³, tarifação do dano moral com base no patamar salarial dos empregados, diminuição das normas de saúde e segurança no teletrabalho, dentre outros.

⁴⁹⁸ BRASIL. *Medida Provisória 808/17*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm; acesso em 08 de jan. de 2019.

⁴⁹⁹ BRASIL. Congresso Nacional. *Medida Provisória 808/17*. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/131611>; acesso em 08 de jan. de 2019.

⁵⁰⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *Manual da Reforma Trabalhista: pontos e contrapostos*. São Paulo: Sensus, 2017, p. 17.

⁵⁰¹ A supressão das chamadas horas *in itinere* seria um exemplo de desregulamentação implementada pela reforma trabalhista. Antes, para o tempo de deslocamento do empregado ser computado como jornada de trabalho, deveria ser o percurso de difícil acesso ou não servido por transporte público, sendo necessário o fornecimento do veículo pelo empregador, conforme o antigo art. 58, §2º da CLT. Após a Lei 13.467/17, o tempo de deslocamento não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. OLIVEIRA, Leandro Antunes de. A supressão das horas *in itinere*. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 387.

⁵⁰² DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 52.

⁵⁰³ O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal - STF, deferiu liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5938 para suspender norma que admite a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em algumas hipóteses em 30 de abril de 2019. Em 29 de maio de 2019, o STF, por maioria dos votos, julgou procedente a ADI 5938. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5938*. Min. Relator: Alexandre de Moraes. DJ 29 maio 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>, acesso em 03 jun. 2019.

A promulgação de consultas a toda a sociedade em matéria legislativa que sejam referentes ao mundo do trabalho, inclusive, é pressuposto do Estado Democrático de Direito e compromisso internacional assumido pelo Brasil perante a Organização Internacional do Trabalho - OIT, nos termos da Convenção de nº 144, ratificada em 1994⁵⁰⁴. Busca promover, assim, diálogo social amplo, de forma a atingir todas as camadas da sociedade, sendo necessária consulta tripartite, sob pena de inconveniência da lei em questão.

A tramitação da reforma trabalhista é, em verdade, a maior demonstração do seu déficit democrático, pois não se trata de mera alteração legislativa, e sim de profunda modificação nos paradigmas de regulação do trabalho, levada a efeito sem ampla discussão. Destaca-se que a ausência de debate se deu, pois as audiências públicas seminários e reuniões ocorreram com base num texto que veio a ser descartado por um substitutivo que alterou substancialmente suas proposições⁵⁰⁵.

Padece, ainda, de um vício de convencionalidade quando analisada à luz da Convenção 144 da OIT. Isso porque o controle de convencionalidade é o processo de compatibilização vertical dos comandos advindos das normas domésticas com os comandos encontrados nas Convenções Internacionais em vigor no Estado⁵⁰⁶. Trata-se de um mecanismo desenvolvido perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, visando analisar compatibilidade das normas internas com as normas internacionais na sua atividade. Ao Estado-Parte não cabe invocar o direito interno para o descumprimento de um tratado internacional que ratificou, conforme o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁵⁰⁷. Ademais, cabe ainda ao Estado-Parte adotar as medidas advindas das convenções internacionais, garantindo-as pelas normas de direito interno⁵⁰⁸, incluindo-se os ditames constitucionais⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ FLEURY, Ronaldo Curado. A reforma trabalhista, o trabalho digno e o Ministério Público do Trabalho in: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Reforma trabalhista na visão dos procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 20.

⁵⁰⁵ BELTRAMELLI NETO, Silvio. A reforma trabalhista e o retrocesso na proteção jurídica da saúde e segurança no trabalho: notas críticas sobre jornada e outros dispositivos alusivos ao meio ambiente laboral. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 51, p. 183-202, jul./dez. 2017, p. 185.

⁵⁰⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 244.

⁵⁰⁷ BRASIL. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm, acesso em 08 de jan. 2019.

⁵⁰⁸ Neste sentido, vide artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, *in verbis*: "Art. 2 – Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades". BRASIL. *Decreto*

Esta conclusão foi apontada na 2ª Jornada de Direito Material e Processual promovida pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas - ANAMATRA, no enunciado 1 da Parte IV⁵¹⁰, que afirma ser a reforma trabalhista ilegítima nos aspectos material e formal. Destaca-se a falta de consulta tripartite exigida pela Convenção 144 da OIT, que exige que grupos de representação dos empregados, empregadores e Governo sejam ouvidos em relação às propostas de ajustes na legislação interna, visando promoção do diálogo social na atuação da Organização Internacional do Trabalho.

Em sentido contrário, André Araújo Molina e Valério Mazzuoli entendem que não houve violação direta da Convenção 144 da OIT no que tange à tramitação da reforma trabalhista, uma vez que a mesma não exige que os representantes dos empregados e empregadores sejam ouvidos no trâmite das legislações internas, bastando para tanto as limitações procedimentais previstas na Constituição Federal⁵¹¹. Discorda-se da posição adotada, uma vez que a consulta tripartite representa forma democrática de implementação de modificações substanciais no padrão legislativo laboral, consagrando os objetivos constitucionais com um diálogo participativo na busca da valorização do trabalho humano.

Quanto à autonomia privada individual, a reforma trabalhista trouxe modificação substancial com a criação da figura do empregado hipersuficiente, conforme disposição contida no art. 444, parágrafo único da CLT. Referir-se-á a este tema nesta ocasião.

3.4.1 As inovações trazidas pelo artigo 444, parágrafo único da Lei 13.467/17: o empregado hipersuficiente

Do ponto de vista econômico, Cesarino Júnior dividia os homens em proprietários e não proprietários. Os não-proprietários, que apenas possuem sua força de trabalho, seriam chamados de hipossuficientes para o autor, enquanto que aqueles que fossem proprietários de

no 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm; acesso em 08 de jan. de 2019.

⁵⁰⁹ Isso se dá na medida em que os direitos humanos permeiam todas as relações, devendo ser preservados a todo custo, sendo vistos como *jus cogens*, Trata-se, portanto, da adoção de normas de *jus cogens pro homine*. FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das Normas no Direito Internacional: Jus Cogens e Metaconstitucionalismo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 312.

⁵¹⁰ FELICIANO, Guilherme; MIZIARA, Raphael. Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: organizados por assunto. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view; acesso em 08 de jan. de 2019.

⁵¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; MOLINA, André Araújo. O controle de Convencionalidade da Reforma Trabalhista. *Revista Dat@venia*, V.9, Nº.1 (Jan./Abr.2017), p.38-39.

capitais, imóveis, maquinário, terras etc. seriam nomeados de autossuficientes. O autor ainda vislumbraria outra categoria, dos chamados hipersuficientes. Estes são "autossuficientes em posição econômica superior", de sorte a colocar os autossuficientes numa posição de hipossuficiência relativa, pois podem ser eliminados da concorrência pelo hipersuficiente⁵¹².

Percebe-se que o autor se utilizava dos conceitos de Direito Econômico acima relatados para definir a abrangência do Direito Social, de sorte que este se encontrava apto a tutelar apenas os hipossuficientes ou a debilidade econômica absoluta, dependendo o empregado do produto do seu trabalho para se manter e manter à sua família. Os hipersuficientes, na visão do autor, seriam os grandes capitalistas ou grandes industriais, que colocariam os pequenos capitalistas numa posição de hipossuficiência relativa, mas que não encontravam tutela no Direito Social.

Com o advento da reforma trabalhista, a expressão hipersuficiente passou a ser utilizada de forma diversa, para tratar do empregado que percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social - RGPS e que possua nível superior. Este empregado possui o mesmo poder de negociação que a entidade coletiva trabalhista, podendo negociar individualmente seus direitos trabalhistas nos mesmos moldes do art. 611-A da CLT⁵¹³.

⁵¹² CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social*. São Paulo: LTr, 1980, p. 44-45.

⁵¹³ 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.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

A escolha da criação de um padrão de diferenciação entre empregados foi política, conforme se observa do relatório elaborado pelo relator da reforma trabalhista, o Deputado Rogério Marinho. Fundamenta a inserção do artigo 444, parágrafo único da CLT, na premissa da igualdade, alegando que os desiguais precisam ser tratados com desigualdade. A CLT teria sido pensada para empregados hipossuficientes, não se admitindo que um trabalhador com "graduação em nível superior e salário acima da média remuneratória da grande maioria da população seja tratado como alguém vulnerável, que necessite de proteção do Estado ou de tutela sindical para negociar seus direitos trabalhistas"⁵¹⁴.

Jorge Boucinhas Filho⁵¹⁵ acredita que o legislador brasileiro, neste ponto, poderia ter criado uma lei específica para trabalhadores por ela considerados parassubordinados, garantindo-lhes menos direitos ou ter criado uma lei específica para tratar de forma distinta os mais bem remunerados. No entanto, frisa que a opção do legislador foi no sentido de reconhecer maior autonomia para negociar e menor interferência estatal em relação ao negociado.

Com base em tal justificativa, aprovou-se a criação do parágrafo único do art. 444 da CLT:

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.

Por meio desta, criou-se três categorias de trabalhadores no Brasil: o empregado padrão, qualificado doutrinariamente como hipossuficiente ou vulnerável; o hipersuficiente e o autônomo. Tereza Nahas chama o empregado padrão de desqualificado e o hipersuficiente de qualificado, mantendo a nomenclatura do autônomo e ressalvando que este está sujeito às disposições do Código Civil⁵¹⁶. Discorda-se da posição adotada pela autora em face de uma possível discriminação no que tange aos empregados hipossuficientes ou vulneráveis, que ao

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos. BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm, acesso em 08 de jan. de 2019.

⁵¹⁴BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei da Câmara n. 38, de 2017 - Reforma Trabalhista*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>, acesso em 10 abr. 2019.

⁵¹⁵BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Autonomia negocial dos trabalhadores hipersuficientes in: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani. *Reforma trabalhista ponto a ponto*. Estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018, p. 129.

⁵¹⁶NAHAS, Thereza Cristina. *Novo Direito do Trabalho: institutos fundamentais. Impactos da reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 142-143.

serem nomeados como desqualificados, podem ser considerados incapazes tecnicamente por falta de qualificação profissional, indignos ou até mesmo incompetentes.

Nota-se que a legislação se preocupou em elencar dois requisitos de natureza objetiva para fins de configuração do empregado hipersuficiente⁵¹⁷. O primeiro deles consiste no grau de escolaridade do empregado em comento. Para que seja considerado hipersuficiente, este empregado necessita ter nível superior completo, em Instituição de Ensino Superior autorizada a funcionar por meio de credenciamento no Ministério da Educação - MEC, sendo periodicamente avaliada em processo de credenciamento de cursos superiores.

O segundo critério possui viés econômico a partir do momento que estabelece que o empregado em questão deve perceber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Em 2019, o teto dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS foi estabelecido no patamar de R\$ 5.839,45⁵¹⁸, de sorte que o empregado deveria perceber salário igual ou superior a R\$11.678,90 para ser enquadrado como hipersuficiente, se possuir nível superior.

Salienta-se que, em face da natureza excepcional da regra em comento, impõe-se uma interpretação restritiva, de sorte que o parâmetro salarial deve considerar o salário-base do empregado, sem o acréscimo de complementos salariais. Deve o empregado "estar no patamar da remuneração mínima em qualquer hipótese do ano, com ou sem salários condicionais, com ou sem fatores aleatórios"⁵¹⁹.

Em relação ao mercado de trabalho brasileiro, o preenchimento dos requisitos supracitados não é uma constante, diante dos dados apontados pela PNAD contínua. No período que corresponde do primeiro trimestre de 2012 ao terceiro trimestre de 2018, a proporção de trabalhadores com ensino superior avançou de 13,7% para 18,5%. Isso significa que o número de trabalhadores com ensino superior completo aumentou, passando para 19,4 milhões de

⁵¹⁷ Maurício de Figueiredo Corrêa da Veiga defende que os critérios estabelecidos pelo art. 444, parágrafo único da CLT são plenamente aplicáveis aos atletas empregados, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos pelo dispositivo. Considerando a rotina de treinos dos atletas e a dura realidade dos mesmos, o autor acredita que estes requisitos podem ser preenchidos por aquele que acompanha a carreira do atleta, como seu empresário ou advogado, de sorte a prevalecer a livre estipulação nos moldes do art. 611-A da CLT. Discorda-se deste posicionamento, uma vez que a legislação visa consagrar a autonomia individual do trabalhador com base em parâmetros controversos, é verdade, mas que estão relacionados à liberdade negocial do ser humano em questão. VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. *Reforma Trabalhista e seus impactos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 112.

⁵¹⁸ BRASIL. *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*. Portaria oficializa reajuste de 3,43% para benefícios acima do mínimo em 2019. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2019/01/portaria-oficializa-reajuste-de-343-para-beneficios-acima-do-minimo-em-2019/>, acesso em 10 abr. 2019.

⁵¹⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. Análise da lei 13.467/2017 - artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 70.

trabalhadores no terceiro trimestre de 2018. Neste cenário, a população ocupada com nível superior apresenta expansões interanuais positivas, crescendo 6,0% no período mencionado⁵²⁰.

O rendimento médio habitualmente recebido por aqueles que ocupam cargos de nível superior foi de R\$ 4.791,00 no terceiro trimestre de 2018⁵²¹, patamar este que não atinge sequer o limite máximo dos benefícios do RGPS, quiçá o dobro. Percebe-se por estes dados que uma parcela pequena dos empregados brasileiros conseguirá atingir os requisitos estabelecidos pelo artigo em questão, contudo estes empregados possuem a tutela do Direito do Trabalho e não podem ser desprezados apenas por se tratar de um percentual pequeno da massa de trabalhadores no Brasil.

Frisa-se ainda que os empregados considerados hipersuficientes não devem ser confundidos com os altos empregados, que são aqueles que exercem cargos ou funções de confiança, segundo art. 62 da CLT, e percebem, pelo menos, acréscimo salarial de 40%. Os altos empregados apenas serão considerados hipersuficientes se vierem a preencher os requisitos já mencionados. Reconhece-se, todavia, que o patamar salarial dos altos empregados faz com que estes possam ocupar a posição de hipersuficiente com mais frequência, caso possuam nível superior.

Outra constatação da legislação em apreciação diz respeito à possibilidade de instituição de cláusula compromissória de arbitragem, independentemente de formação em nível superior, desde que perceba remuneração superior a duas vezes o limite máximo do estabelecido pelo RGPS, nos moldes do art. 507-A da CLT⁵²².

Nota-se certa dissonância do Legislador ao estabelecer os critérios para fixação de arbitragem individual e negociação individual pelo empregado hipersuficiente, por não se exigir o nível

⁵²⁰ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica aplicada - IPEA. *Carta de Conjuntura n. 41, 4º Trimestre de 2018*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/181211_cc41_nota_tecnica_mercado_de_trabalho.pdf, acesso em 11 abr. 2019.

⁵²¹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica aplicada - IPEA. *Carta de Conjuntura n. 41, 4º Trimestre de 2018*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/181211_cc41_nota_tecnica_mercado_de_trabalho.pdf, acesso em 11 abr. 2019.

⁵²² 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.

superior no que tange à arbitragem e por utilizar padrão econômico distinto⁵²³. Enquanto que a negociação individual do hipersuficiente exige recebimento de patamar salarial igual ou superior a duas vezes limite máximo do teto previdenciário, na arbitragem se exige remuneração superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios previdenciários.

O critério limita-se, na arbitragem, a um aspecto financeiro e não assegura averiguação de maior ou menor hipossuficiência, afinal esta pode ocorrer nos contratos com remuneração mais elevada desde que o empregado dependa do emprego e tenha manifestação de vontade mitigada pelo risco da dispensa⁵²⁴.

Ademais, o artigo 507-A somente admitiu a adoção de cláusula compromissória de arbitragem, ou seja, de um acordo prévio entre as partes, quando não há nenhum conflito a ser dirimido⁵²⁵. Também ressaltou a necessidade da iniciativa pela utilização da arbitragem ser do empregado ou ter havido sua concordância expressa para tanto.

O art. 444, parágrafo único da CLT ainda se preocupa em equiparar os poderes conferidos aos sindicatos no momento da negociação coletiva aos empregados hipersuficientes, uma vez que determina que estes possam negociar nos mesmos moldes do art. 611-A da CLT. Elevou pela lei o *status* do trabalhador "visando atribuir simetria entre as partes e liberdade de contratação, elevando-a ou até mesmo conferindo-lhe maior capacidade negocial que os sindicatos"⁵²⁶.

Percebe-se que o sobredito artigo traz um rol de direitos trabalhistas que podem ser objeto de negociação coletiva, onde ocorrerá prevalectimento da convenção ou acordo coletivo em face da lei estatal. Em sentido oposto, o art. 611-B do mesmo diploma legal elucida que os direitos ali dispostos não podem ser suprimidos ou reduzidos por acordo ou convenção coletiva, de sorte que, se caso o instrumento negocial assim o faça, incorrerá em objeto ilícito, com

⁵²³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. GARCIA, Phelippe Henrique Cordeiro. Arbitragem em dissídios individuais de trabalho. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 8, n. 73, p. 26-42, nov. 2018, p. 27.

⁵²⁴ MATTOS, Felipe Montenegro. Formas alternativas de solução de conflitos trabalhistas: arbitragem e acordo extrajudicial. In: MANNRICH, Nelson (coord.). *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 17.

⁵²⁵ MUKNICKA, Rosana. Arbitragem Trabalhista. In: MARTINE NETO, Aldo Augusto, BURMANN, Márcia Sanz; LACERDA, Nadia Demoliner; GALO, Thais (coord.). *Reforma Trabalhista brasileira em debate*. São Paulo: LTr, 2019, p. 91. Georgenor de Souza Franco Filho entende que a cláusula compromissória pode ser instituída a qualquer tempo, inclusive para aqueles empregados que foram contratados antes da Reforma Trabalhista. Discorda-se da posição do autor por se entender que, diante da subordinação jurídica que é inerente ao vínculo empregatício, o empregado se encontra em posição de vulnerabilidade que faria com que tal assunção não fosse válida. FRANCO FILHO, Georgenor. *Reforma Trabalhista em pontos*. De acordo com a Lei n. 13.467/17. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 48.

⁵²⁶ MOURA, Alessandra Christiane Bittencourt Ambrogi. Livre estipulação contratual entre empregado e empregador. Solução do litígio por meio da arbitragem. In: CREMONESI, André; NAKANO, Silvia (coord.). *Reforma Trabalhista: avanço ou retrocesso?* São Paulo: LTr, 2018, p. 93.

consequente invalidação. Ressalta-se que o dispositivo não faz menção ao princípio da norma mais favorável no tocante à matéria de compatibilização de normas trabalhistas por estabelecer, de antemão, um critério hierárquico que privilegia a autonomia coletiva.

Um dos fundamentos utilizados para a permissibilidade trazida no art. 611-A da CLT consiste no fato de que a própria Constituição trouxe em seu bojo casos em se permitiu a flexibilização de certos direitos trabalhistas, no seu artigo 7º, incisos VI, XIII, XIV, conforme fora visto anteriormente⁵²⁷. Outro fundamento utilizado consiste no já mencionado reconhecimento das convenções e acordos coletivos como uma parte integrante dos direitos trabalhistas pelo art. 7º, XXVI, da CF. Sendo estas partes de um ramo do direito plurinormativo, ou seja, com muitos centros de positivação da norma, seriam admitidas normas advindas do ato de liberdade negocial, seja por sua origem autônoma, seja como forma delegada⁵²⁸.

Embora não seja objeto central desta pesquisa, também se questiona a convencionalidade do art. 611-A e 611-B da CLT com base nas Convenções 98, 151 e 154 da OIT, que possuem como objetivo a promoção na negociação coletiva, cabendo a ela estabelecer condições mais favoráveis aos trabalhadores. Assim, o objetivo dos instrumentos coletivos não seria antagônico à norma estatal, devendo estes andar juntos, na busca pela melhoria nas condições laborais⁵²⁹. Mais adiante, tratar-se-á da inconvenção e inconstitucionalidade do art. 444, parágrafo único da CLT à luz do princípio da igualdade.

Por ora, ainda que o argumento da inconvenção seja superado, a redação do art. 444, parágrafo único da CLT causa estranheza. O art. 611-A enumera hipóteses em que as disposições de acordo e convenção coletivas tem prevalência sobre a lei. Ocorre que o

⁵²⁷ ARAÚJO, Adriana Hilgenberg de. Limites da autonomia normativa coletiva: controle exercido pelo ministério público do trabalho. *Revista De Direito Do Trabalho*, Curitiba: Genesis, n.77, p. 651-668, maio., 1999, p. 658.

⁵²⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: análise da lei 13.467/2017 artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 113.

⁵²⁹ Neste sentido: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA, AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE E DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS. NEGOCIAÇÃO "IN PEJUS". INCONVENÇÃO. EFEITOS PARALISANTES. A comissão de expertos em aplicação de Convênios e Recomendações da OIT (CEACR), no contexto de sua observação de 2017 sobre a aplicação, pelo Brasil, da Convenção 98 da OIT, reiterou que o objetivo geral das Convenções 98, 151 e 154 é a promoção da negociação coletiva para encontrar acordo sobre termos e condições de trabalho que sejam mais favoráveis que os previstos na legislação. Segundo a CEACR, um dispositivo legal que institui a derogabilidade geral da legislação laboral por meio da negociação coletiva é contrário ao objetivo da promoção da negociação coletiva livre e voluntária prevista em tais convenções. O artigo 611-A da CLT "reformada" não é verticalmente compatível com a Convenção 98 da OIT e remanesce formalmente inconvenção, circunstância que impede a sua aplicação, em virtude da eficácia paralisante irradiada pelas Convenções. FELICIANO, Guilherme; MIZIARA, Raphael. Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: organizados por assunto. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view; acesso em 08 de jan. de 2019.

parágrafo único do supradito artigo não diz que cláusulas do contrato de emprego do trabalhador hipersuficiente também poderiam ter prevalência sobre a lei⁵³⁰.

Ademais, o artigo sobredito afirma que estas cláusulas poderiam ter prevalência sobre os instrumentos coletivos. Havendo conflito entre as manifestações de vontade do empregado e as normas coletivas, estas não poderiam ser aplicadas, mas de qualquer sorte o marco legal estaria respeitado. Infere-se que "a norma contratual prepondera sobre os instrumentos coletivos, mas se sujeita à ordem legal. Isso é o que se extrai da aparente literalidade do dispositivo legal"⁵³¹.

A construção de uma regra que esvazia a autonomia coletiva também deve ser mencionada com relação a este aspecto. Desqualifica-se o conceito de autonomia privada coletiva tal como constitucionalizado, uma vez que "as entidades coletivas constituem espécies de associações civis dotadas de prerrogativas institucionais específicas, como a representação institucional de um fenômeno socioeconômico que é a categoria profissional [...]"⁵³².

Neste caso, a norma cria, de forma criticável, uma preferência pela negociação individual em detrimento da negociação coletiva para os empregados que possuam nível superior e percebam salário compatível, desmerecendo a atuação sindical e enfraquecendo ainda mais estas entidades⁵³³.

Os problemas que envolvem este artigo vão além desta questão, em especial diante da tutela jurídica do trabalhador vulnerável defendida nesta pesquisa. Abordar-se-á este conteúdo agora.

⁵³⁰ MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente: o conto do vigário da autonomia da vontade na reforma trabalhista in: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017, p. 101.

⁵³¹ *Ibid.*, loc.cit.

⁵³² MENDES, Marcus Menezes Barberino. Autonomia coletiva e a lei 13467/2017: apertem os cintos porque o garante do interesse público sumiu. Será? In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão popular, 2017, p. 446.

⁵³³ Sabe-se que um modelo sindical forte perpassa por organizações sindicais representativas e organizadas na luta pela representação dos trabalhadores. Um modelo de precarização social vislumbrado encontra substrato exatamente na fragilidade do sistema sindical brasileiro, devido a sua heterogeneidade e divisão, que implica numa pulverização dos sindicatos, conforme preleciona Graça Druck. Tal modelo é ainda vislumbrado, segundo Ricardo Antunes, por conta do eterno dilema dos sindicatos brasileiros, quer seja olhar para além do capital, além de ter ações estratégicas contra afrontas aos direitos já conquistados. DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistência: novos e velhos desafios? *Caderno CRH*. Salvador, Vol. 24, n. spe 01, p. 37-57, 2001, p. 50 e ANTUNES, Ricardo. Mundo do trabalho e sindicatos na era da reestruturação produtiva: impasses e desafios do novo sindicalismo brasileiro. *Transinformação*. Vol. 8, n. 3, p. 130-137, set/dez, 1996, p. 136.

3.4.2 Inconvencionalidade e inconstitucionalidade da noção de hipersuficiência adotada pela CLT diante da tutela jurídica da vulnerabilidade no Direito do Trabalho: uma análise à luz do princípio da igualdade

A opção legislativa acerca da adoção do conceito de empregado hipersuficiente, que contempla a possibilidade de negociação individual no contrato de emprego, é, no mínimo, paradigmática. Isso porque se equipararam as figuras do empregado e do empregador no mesmo patamar de negociação, traçando uma nova categoria de trabalhador. De certo, tal alteração é uma das mais emblemáticas da reforma trabalhista, por atingir o núcleo de proteção essencial do Direito do Trabalho, determinando igualdade entre os sujeitos contratantes⁵³⁴.

A leitura que se faz da disposição acerca do empregado hipersuficiente é a de que esta não se encontra de acordo com os ditames do Direito Internacional do Trabalho e da Constituição Federal de 1988, possuindo o referido artigo problemas de convencionalidade e de constitucionalidade.

Viu-se linhas atrás que o controle de convencionalidade consiste no processo de compatibilização vertical dos comandos que advém de normas domésticas em relação aos comandos que são encontrados nas Convenções Internacionais que se encontram em vigor no Estado. Garante, portanto, que o Estado-Parte adote as medidas advindas das Convenções Internacionais, assegurando as mesmas no âmbito do Direito interno.

No que tange à negociação individual do empregado hipersuficiente, o problema de convencionalidade é marcante. Aprovada por Decreto Legislativo e incorporada ao sistema normativo brasileiro tem-se a Convenção 111 da OIT⁵³⁵, que dispõe sobre discriminação em matéria de ocupação e emprego. O art. 2º desta Convenção impõe aos Estados-Parte a formulação e adoção de política nacional que busque garantir igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda e qualquer forma de discriminação nessa matéria.

⁵³⁴ GOULART, Rodrigo Fortunato. Empregado hipersuficiente e negociação individual. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; KAJOTA, Ernani (coord.). *Reforma Trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther*. São Paulo: LTr, 2018, p. 120.

⁵³⁵ BRASIL. *Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968*. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm, acesso em: 12 abr. 2019.

Infere-se deste raciocínio que a igualdade de oportunidades e de tratamento implica em assegurar o mesmo regime a trabalhadores que se encontrem em situação igual, sendo legítimo desigualar apenas em circunstâncias desiguais. O art. 1º ressalta que distinções fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são tidas como discriminatórias. Contudo, entende-se que este dispositivo está abordando a possibilidade de exigência de titulação ou qualificação específica para determinadas profissões, não permitindo discriminação pautada em capacidade negocial por um critério econômico e técnico⁵³⁶.

A formulação contida na Convenção 111 da OIT se refere às discriminações diretas e indiretas. As discriminações diretas são aquelas que afetam os trabalhadores com base na idade, sexo, estado civil, crenças políticas, religiosas, etc. As discriminações indiretas, por sua vez, são realizadas por meio de qualquer tipo de acordo que, embora aparentemente não seja discriminante, produz efeitos negativos para um grande número de trabalhadores, ocorrendo nos contextos em que não são aplicados a todos os trabalhadores os mesmos critérios e os mesmos tratamentos ou as mesmas condições⁵³⁷.

Em relação ao hipersuficiente, nota-se a existência de discriminação indireta, uma vez que, por conta do seu patamar salarial e formação intelectual, sofre ônus maior que os outros empregados perante um mesmo empregador, suportando uma negociação individual nos mesmos termos de uma negociação coletiva, sem ter, contudo, o aparato da coletividade e do interesse coletivo que são ínsitos a esta modalidade negocial.

A não tão sutil discriminação que ocorre com o empregado hipersuficiente o coloca em posição de igualdade de condições negociais com o empregador, detentor do poder diretivo e econômico, de sorte a afrontar o ordenamento internacional protetor trabalhista, em especial a Convenção 111 da OIT, no que concerne à busca por melhorias nas condições laborais⁵³⁸.

Conquanto seja superada a questão da inconveniência, o art. 444, parágrafo único da CLT demonstra ainda uma afronta ao texto constitucional e ao sistema protetivo trabalhista, por desprezar as noções de vulnerabilidade e isonomia.

⁵³⁶ MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente: o conto do vigário da autonomia da vontade na reforma trabalhista in: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017, p. 101.

⁵³⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *A declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho e as convenções fundamentais da OIT comentadas*. São Paulo: LTr, 2018, p. 114.

⁵³⁸ LIMA, José Edmilson de Souza; SILVA, Marcos Alves da; LIMA, Erick Alan de. O empregado hipersuficiente sob a perspectiva do direito fundamental da igualdade e da Convenção 111 da OIT. *Anais do V Congresso Luso-brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação*. vol. 3, nº.26, p. 452-475. Curitiba, 2018, p. 471.

A vulnerabilidade do empregado não decorre apenas de um critério econômico ou técnico, sendo fruto de uma conjugação de fatores. A vulnerabilidade econômica é uma marca do vínculo empregatício na medida em que os frutos do trabalho do empregado são explorados por outrem, tornando-se propriedade do empregador. Pode ensejar uma noção de dependência econômica, em face da possibilidade fática de ser aquela atividade a única ou a principal fonte de renda do empregado.

Nota-se que o patamar salarial estabelecido pela CLT, embora alto para os padrões do mercado de trabalho brasileiro, não elimina a circunstância fática de ser o empregado economicamente dependente daquele emprego, encontrando-se numa posição de vulnerabilidade econômica.

Em verdade, os intitulados de hipersuficientes ainda estariam em patamar de vulnerabilidade acentuado diante da subordinação jurídica, que promove um desequilíbrio de forças em razão do exercício do poder diretivo do empregador. Não há, no sistema jurídico trabalhista, diferenciação protetiva no tocante ao empregado subordinado, de sorte que este merece proteção ainda que o exercício do poder diretivo se dê em linha mais tênue. A apropriação do poderio econômico ocorre para qualquer empregado, independentemente de uma submissão maior ou menor ao poder diretivo.

Inclusive, segundo Silvia Isabelle do Vale, os hipersuficientes seriam mais subordinados do que os clássicos empregados, "pois detém um padrão financeiro que é mais raro de ser encontrado no mercado e, para manter este dito padrão, suportam toda sorte de dissabores perpetrados pelo empregador"⁵³⁹.

A reforma buscou, assim, aproximar o Direito do Trabalho ao Direito Civil, entendendo que o contrato de trabalho deve possuir tratamento semelhante ao cível em relação ao poder negocial dos hipersuficientes⁵⁴⁰. No entanto, a vulnerabilidade não é uma escolha do trabalhador ou de uma determinada categoria⁵⁴¹.

Não é razoável, pois, se entender que este empregado possua maior autonomia em relação aos demais por conta de sua retribuição mais elevada e formação intelectual, afinal por vezes se

⁵³⁹VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *Reforma Trabalhista e o hipersuficiente*. Disponível em: http://www.amatra5.org.br/images/a/A%20REFORMA%20TRABALHISTA%20E%20O%20%20HIPERSUFICIENTE_.pdf; acesso em 11 abr. 2019.

⁵⁴⁰ ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo "Direito do Capital". *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 338, p. 61- 63, ago. 2017.

⁵⁴¹ HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO. *Reforma trabalhista na visão de procuradores de trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 117.

vislumbra a situação contrária, com a preocupação destes obreiros em relação à manutenção dos seus postos de trabalho⁵⁴².

O desequilíbrio de forças das partes integrantes do contrato de trabalho torna o empregado propenso a aceitar condições prejudiciais aos seus interesses e necessidades⁵⁴³, muitas vezes pela dependência econômica, necessidade de manutenção do posto de trabalho e até mesmo pela falta de conhecimento.

Em relação a este aspecto, não se pode esperar que, pelo simples fato do empregado possuir nível superior, haja conhecimento acerca das normas de Direito do Trabalho advindas do Poder Legislativo e das convenções e acordos coletivos. A finalidade social do conhecimento fica comprometida diante da vulnerabilidade informacional do empregado hipersuficiente, que pode se deparar com informações incorretas, de difícil compreensão e sem a clareza esperada.

O fato de o empregado ser um médico, engenheiro, cientista da computação, economista, etc., não significa, repise-se, que este possui conhecimentos adequados para fins de negociação individual. E ainda que este possuísse grande conhecimento trabalhista, esta circunstância não elimina as outras vulnerabilidades existentes na relação jurídica ali estabelecida com seu empregador.

Neste aspecto, considerar o empregado hipersuficiente diferente dos demais empregados seria uma violação do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Este trabalhador possui igual dignidade e direitos independentemente da atividade desempenhada, sendo irrelevante sua qualificação profissional e valor de retribuição⁵⁴⁴. A Constituição assegura tratamento isonômico no seu artigo 5º, caput, e no art. 7º, XXXII, com a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

O parágrafo único do art. 444 da CLT contraria, destarte, os princípios do Direito do Trabalho, em especial o princípio da igualdade e da proteção, além de afrontar a Constituição

⁵⁴² MARTINEZ, Luciano. *Reforma Trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 117.

⁵⁴³ 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; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silvia Teixeira do. (coord). *Interpretação e aplicação da reforma trabalhista no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018, p. 87.

⁵⁴⁴ MURADAS, Daniela. A reforma Trabalhista e o Mito da Classe Média Esclarecida: Capital Cultural e dependência dos fatores os organizados da produção. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silvia Teixeira do. (coord). *Interpretação e aplicação da reforma trabalhista no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018, p. 50.

Federal e o sistema de proteção ao trabalho estabelecido pela OIT, em especial no que tange à Convenção 111⁵⁴⁵.

Assim, defende-se nesta pesquisa que a única interpretação capaz de harmonizar este dispositivo com os ditames advindos do sistema protetivo trabalhista é condicionar a negociação individual ao princípio da norma mais favorável, conforme se verá mais adiante. Não é possível permitir negociação aquém do padrão normativo legal relacionado aos direitos indisponíveis em absoluto, uma vez que isso implicaria em renúncia, vedada tanto pelo art. 9º da CLT quanto pelos arts. 1.707 do Código Civil e 100 da Constituição⁵⁴⁶.

A negociação individual encontraria limites no princípio da norma mais favorável, amoldando o sistema das fontes trabalhistas legais e negociais ao intuito protetivo esperado deste sistema jurídico, em face do reconhecimento e tutela das vulnerabilidades existentes no vínculo empregatício no que tange ao empregado.

⁵⁴⁵ Neste sentido: TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE. ART. 444, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT I. O parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, contraria os princípios do Direito do Trabalho, afronta a Constituição Federal (arts. 5º, caput, e 7º, XXXII, além de outros) e o sistema internacional de proteção ao Trabalho, especialmente a Convenção 111 da OIT. II. 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 (artigo 9º da CLT c/c o artigo 166, VI, do Código Civil). FELICIANO, Guilherme; MIZIARA, Raphael. Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: organizados por assunto. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view; acesso em 12 de abr. de 2019.

⁵⁴⁶ SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos*. São Paulo: Sensus, 2017, p. 99.

4 VULNERABILIDADE E EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL TRABALHISTA

Numa sociedade pluralista, marcada por complexas relações democráticas, o estudo da autonomia dos indivíduos e dos atores sociais se mostra deveras importante, uma vez que constituem uma noção de Estado Constitucional.

Dessa forma, dentro do reconhecimento obtido através de um ordenamento, os interesses de um grupo ou de pessoas individualizadas podem ser determinados livremente, interesses estes justificados dentro dos limites trazidos pelas esferas jurídicas atuantes, com o poder de criação do Direito em questão⁵⁴⁷.

A autonomia privada, na seara trabalhista, como reflexo da concepção pluralista do Direito, representa um sistema de ação não estatal construído para a solução de conflitos relativos ao mundo do trabalho, em que o direito estatal abre espaços de regulação à normatização por meio da autonomia dos grupos sociais laborais⁵⁴⁸.

Contudo, o pluralismo jurídico defendido aqui não pode ser um pluralismo radical⁵⁴⁹, em que os sujeitos atuem de forma independente em relação à norma estatal, criando um verdadeiro ordenamento fora do Estado. Defende-se que o sistema jurídico trabalhista funcione mantendo relações com o sistema jurídico estatal, num processo de estranhamento, complementação e criação de novas normas jurídicas, que se coadunem com a realidade social.

A autonomia privada individual, como um poder conferido às partes para a criação de normas jurídicas trabalhistas, deve levar em consideração que as relações individuais laborais possuem um maior ou menor grau de assimetria diante da vulnerabilidade do empregado, que pode ser mais ou menos intensa no caso concreto.

Por isso, o sistema protetivo trabalhista deve abarcar a autonomia privada, no sentido de que esta precisa estar em afinamento com os ideais de liberdade e igualdade que permeiam o poder jurídico em questão. Para tanto, a criação de critérios objetivos e o reconhecimento de

⁵⁴⁷ CARESSI, Franco. *Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 99.

⁵⁴⁸ GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Trad. y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez e José Antônio Fernández Avilés. Granada: Editorial Comares, 2004, p. XX.

⁵⁴⁹ Castanheira Neves, contudo, afirma que se deve ter cuidado com o chamado pluralismo radical, onde o que se vê é a convocação de pluralidades, de diferenças incomensuráveis e irredutíveis que levem à perda de qualquer sentido de unidade. Nessa senda, o homem teria "de se reconhecer verdadeiramente sem logos, sem nomos e sem telos". CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 18.

limitações à autonomia privada individual com base na vulnerabilidade do empregado não se mostra improfícua, ante o reconhecimento dos graus de assimetria que permeiam as relações jurídicas laborais.

Registra-se que, doutrinariamente, as questões que envolvem negociação acerca dos direitos laborais são antigas, embora tratadas como excepcionais. Luiz de Pinho Pedreira da Silva, por exemplo, relatou em seu livro que o empregado bem afortunado financeiramente estaria numa condição de maior equilíbrio em relação ao seu empregador, de sorte que poderia realizar renúncias mesmo após o encerramento contratual⁵⁵⁰.

Em linha similar, Dorval de Lacerda⁵⁵¹ afirmou em sua obra que existiram hipóteses de empregados cuja condição financeira seria maior que a do empregador, cujos conhecimentos seriam superiores e cuja condição social estaria acima daqueles últimos. Nestes casos, admitir-se-ia negociar sem precauções e severidades típicas da área trabalhista, diante do paralelismo existente entre empregado e empregador.

Arion Sayão Romita, em parecer publicado na Revista de Direito do Trabalho em 1999, também defendeu posição semelhante. Tratava-se de um caso de um contrato celebrado entre um alto empregado, possuidor de cargo estratégico, e empresa de grande porte. Em aditivo contratual em 1996, definiu-se que, caso o empregado deixasse de ocupar tal cargo, teria o prazo de doze meses para decidir se exerceria advocacia externamente ou não, assistindo a empresa e podendo assistir terceiros que não estivessem em conflito com a mesma, gozando de um período de três anos de manutenção do contrato de emprego caso esta opção fosse realizada, exceto no caso de justa causa. Em 1997, no entanto, o empregado fora dispensado sem justa causa, formulando consulta no sentido de saber se era válida a estipulação contratual de garantia de emprego ou não. Para o autor, esta estipulação era válida por respeito à autonomia privada, uma vez que não houve posição contrária à ordem pública protecionista trabalhista⁵⁵².

Percebe-se, dessarte, que a autonomia privada individual sempre foi uma realidade no mundo do trabalho, embora fosse tratada com parcimônia e de forma excepcional. Deseja-se a retomada da questão, haja vista a necessidade de se garantir condições necessárias para o exercício da autonomia. A autonomia é efetivada, neste aspecto, diante da existência de

⁵⁵⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2.ed. São Paulo, LTr, 1999, p. 98.

⁵⁵¹ LACERDA, Dorval de. *A Renúncia no Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944, p. 131-142.

⁵⁵² ROMITA, Arion Sayão. Autonomia da vontade: contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte: validade. Inaplicabilidade de normas de direito administrativo (parecer). *Revista De Direito Do Trabalho*, Curitiba: Genesis, n.79, p. 13-21, jul. 1999, p. 21.

opções importantes, que podem fazer com que o empregado tome decisões capazes de afetar a sua vida laboral e pessoal, enquanto cidadão. Claro que a tomada de decisões, como já fora relatado linhas atrás, advém de estruturas sociais que facilitam que o indivíduo escolha quais são as opções relevantes e adequadas para aquela situação em especial.

Fatores como dependência econômica e social, subordinação jurídica, alienação em relação ao produto do trabalho e falta de informação acerca do direito em questão podem fazer com que esta tomada de decisões seja direcionada à produção de negócios jurídicos não queridos caso estas circunstâncias não estivessem presentes.

Assim sendo, a autonomia privada individual trabalhista precisa ser enxergada à luz do Direito fundamental à igualdade, promovendo uma compensação protetiva ante a relação desequilibrada em questão. Em trabalho anterior, defendeu-se que a autonomia privada individual deveria ser enxergada por graus, de sorte que, quanto maior a vulnerabilidade do empregado, menor o grau de autonomia privada⁵⁵³.

A inspiração para tanto fora a teoria defendida por Juan María Bilbao Ubillos, que afirma existir graus de aplicação da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares. Para ele, deve se ponderar, no caso concreto, o direito fundamental com a autonomia privada do particular, sendo a desigualdade o elemento essencial para a incidência da eficácia imediata⁵⁵⁴.

Vislumbrou-se a existência de três graus de autonomia privada no Direito Individual do Trabalho. O grau mais fraco aborda as situações onde a assimetria da relação individual trabalhista se mostra muito acentuada. Abarca a grande maioria das situações trabalhistas, onde as vulnerabilidades se mostram muito presentes. O grau médio, por sua vez, comporta uma maior liberdade negocial, uma vez que a vulnerabilidade existente no contrato de emprego no caso concreto é pequena, embora ainda subsista. Deveriam ser respeitados os princípios da proteção e de vedação ao retrocesso social para fins de conformação do grau da autonomia privada. Por fim, o grau alto é marcado por relações onde a simetria prevalece, não estando presentes vulnerabilidades ou, se presentes num momento inicial, foram

⁵⁵³ WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego sob a perspectiva do Direito Individual Do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016, p. 36.

⁵⁵⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 316 e p. 322.

compatibilizadas com o princípio da igualdade substancial. Não haveria uma dependência do empregado perante o empregador, tão pouco inferioridade⁵⁵⁵.

A autonomia privada individual trabalhista, assim, não se manifesta da mesma forma em todas as relações jurídicas firmadas. Deve se respeitar as individualidades dos sujeitos integrantes daquela relação, haja vista que estes podem ser dotados de peculiaridades pessoais ou estar envolvidos em situações sociais que fazem com que haja um maior ou menor grau de autonomia privada.

A maior ou menor racionalidade nas opções jurídicas deve seguir uma dinâmica valorativa, cuja apuração só pode ser aferida casuísticamente, conforme peculiaridades do caso concreto. Não há como se conferir soluções idênticas e lineares, independentes da realidade social. Quanto mais equilibradas as relações jurídicas, menor a incidência dos mecanismos de proteção à igualdade material⁵⁵⁶.

Persegue-se, todavia, o estabelecimento de critérios e limites para a análise casuística da vulnerabilidade e autonomia privada em concreto, pautando-se esta tese nas definições e caminhos perfilhados até então pelo sistema jurídico protetivo laboral para estabelecer colaborações que tornem mais clara a relação existente entre liberdade e igualdade no exercício da autonomia individual no Direito do Trabalho.

Nesta pesquisa, seguindo-se a linha iniciada anteriormente, buscar-se-á definir os contornos da autonomia privada em sede individual, abordando os fundamentos que possibilitam seu exercício, critérios objetivos para tanto e limites à liberdade negocial. Destaca-se que o recorte metodológico proposto encontra-se nos critérios, limites e formação do negócio jurídico individual trabalhista, como expressão da autonomia privada no Direito do Trabalho. Não se adentrará, portanto, nas questões que envolvem o desenrolar deste negócio jurídico, como descumprimento do acordado, inadimplemento, rescisão etc. Fundar-se-á, em síntese, no estudo sobre a existência de esferas jurídicas individuais trabalhistas e a satisfação das necessidades individuais por meio da autodeterminação dos próprios interesses.

⁵⁵⁵ WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego sob a perspectiva do Direito Individual Do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016, p. 36-43.

⁵⁵⁶ DRAY, Guilherme Machado. O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez. p. 113-137, 2003, p. 122.

4.1 FUNDAMENTOS PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL NO DIREITO DO TRABALHO

A concepção da autonomia no marco da relação individual de trabalho significa construir um sistema de relações laborais cujo objetivo final seja a dignidade do trabalhador, por meio do estabelecimento de um sistema constitucional trabalhista que funcione de forma essencialmente voltada à proteção deste ser.

Por isso, faz-se necessária uma análise prévia da compatibilidade da autonomia privada individual com os princípios da proteção e da indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos, princípios estes salutares para a tábua axiológica protetiva advinda do Direito do Trabalho.

Ressalta-se que, consoante o que fora defendido no capítulo 2 desta pesquisa, o exercício da liberdade negocial não pode estar desvinculado da necessidade de se equilibrar a relação jurídica individual trabalhista, ante a inexistência apriorística de igualdade substancial entre empregado e empregador.

Para tanto, posteriormente, assentar-se-á as premissas para que o exercício da autonomia privada individual trabalhista respeite o binômio liberdade - igualdade, em especial com o estabelecimento de critérios e limites de atuação dos sujeitos trabalhistas. Neste momento, porém, perfaz-se um caminho introdutório, em face da imprescindibilidade da análise da autonomia privada à luz dos supracitados princípios trabalhistas.

4.1.1 O princípio da proteção e o exercício da liberdade individual trabalhista na realização de negócios jurídicos

A autonomia privada, enquanto um fenômeno correlativo ao da existência de esferas jurídicas individuais de cada um, atua como gênese dos negócios jurídicos, haja vista que indica que os próprios particulares, nas suas relações recíprocas, promovem a satisfação de suas necessidades de acordo com a sua livre apreciação⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ BETTI, Emílio. *Teoria General del Negozio Giuridico*. 2. ed., Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: UTET, 1969, Tomo .I , p. 88.

A autorregulação ou autodeterminação dos próprios interesses pelos sujeitos de uma relação jurídica negocial considera a satisfação das necessidades pelo estabelecimento de um negócio jurídico como um critério vinculante, como uma regra de conduta que precisa ser observada, sob pena de sanções⁵⁵⁸.

O negócio jurídico funciona, pois, como um meio para autorregulação dos próprios interesses no campo jurídico, de forma que a autonomia, mais ou menos ampla, se exercita pelas relações que se estabelecem e procedem com o negócio jurídico⁵⁵⁹. A limitação ou autolimitação da ordem estatal deixa espaços para a atuação dos particulares mediante a utilização da lei e de outros instrumentos no exercício da autonomia privada, inclusive na área trabalhista.

A vontade, conforme já fora trabalhado nesta pesquisa, não consiste na fonte dos efeitos jurídicos de um negócio, uma vez que possui sua eficácia subordinada ao ordenamento jurídico. Poderia o Estado rechaçar a vontade estabelecida, impondo um limite negativo, ou concordar com esta vontade, o que seria um limite positivo.

A densidade legislativa estatal pode ser maior ou menor, de sorte a abarcar uma regulação mais incisiva ou mais branda no que tange à autonomia privada e à realização de negócios jurídicos. Pode, assim, deixar um espaço maior ou menor de atuação dos particulares diante do exercício da sua própria atividade normativa.

A retomada destes conceitos se faz importante em face do exercício da autonomia privada no Direito Individual do Trabalho, em que a intervenção estatal acaba sendo mais enérgica por conta da existência de um sujeito vulnerável naquela relação jurídica. A autonomia privada individual trabalhista deve encontrar sua fonte de validade no próprio ordenamento jurídico, que possui por característica precípua a proteção ao trabalhador.

Fato é a autonomia privada não se admite de modo absoluto, como um princípio soberano, mas com exceções e limites trazidos pela própria lei e ordenamento jurídico, com base nos interesses da sociedade⁵⁶⁰. Estes limites acabam ficando ainda mais visíveis no Direito do Trabalho, uma vez que o exercício da autonomia privada somente é possível "quando uma

⁵⁵⁸ BETTI, Emílio. *Teoria General del Negozio Giuridico*. 2. ed., Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: UTET, 1969, Tomo I, p. 92.

⁵⁵⁹ ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Barcelona: Préria Bosch, 1958, p. 36.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 35.

parte na relação negocial não tem sobre a outra uma posição de supremacia e controle, de maneira a conformar a decisão do polo mais fraco⁵⁶¹.

Como compatibilizar, então, a autonomia privada e a necessidade de proteção do vulnerável na relação individual trabalhista? Primeiramente, cumpre destacar que a relação de emprego, enquanto relação de poder, necessita de uma tutela diferenciada da relação jurídica padrão vislumbrada no âmbito cível, visando compensar a natural vulnerabilidade do trabalhador⁵⁶².

Consentâneo com o raciocínio exposto em capítulo anterior, dispensa-se o controle estatal quando, no contrato, os figurantes são presumivelmente iguais, em face dos riscos econômicos equivalentes, pelo domínio amplo das informações por ambos ou até mesmo pelo igual poder de barganha. Seriam iguais por presunção, pois em verdade nunca seria possível existir igualdade absoluta entre os contratantes, diante de desigualdades pessoais que permeiam a vida das pessoas, mas que não são utilizadas para o exercício do poder. Ainda assim se vislumbra uma limitação da autonomia privada, em razão das normas legais, ordem pública e bons costumes⁵⁶³.

A vulnerabilidade inerente ao vínculo empregatício, no entanto, faz com que esse controle tenha que acontecer, em face do reconhecimento de que determinadas posições contratuais são carecedoras de proteção, como ocorre com o empregado. Com o declínio das teorias voluntaristas, o Direito teve que se atentar para a disparidade das situações sociais e econômicas em que se encontravam os sujeitos contratantes, como pressuposto de uma igualdade real que atingia a liberdade na formação do contrato⁵⁶⁴.

Tradicionalmente, a busca pela igualdade substancial no Direito do Trabalho é tida como a razão de ser do princípio da proteção, uma vez que, do ponto de vista da realidade, os trabalhadores estão em condição de inferioridade em relação aos empregadores, devendo cumprir o Direito do Trabalho papel protetor para equiparar essas posições⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de Trabalho e autonomia privada In: NALIN, Paulo (org.) *Autonomia Privada na Legalidade Constitucional: contrato e sociedade*, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 147.

⁵⁶² SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 24.

⁵⁶³ LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável in: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord). *Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 162.

⁵⁶⁴ COUTINHO, Aldacy Rachid. Autonomia privada na perspectiva do novo código civil. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 78.

⁵⁶⁵ MELLO, Marco Aurélio. A força normativa do princípio da proteção no Direito Constitucional do Trabalho. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Delaíde Alves Miranda (org.). *A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018, p. 211.

Para melhor proteger o trabalhador, criou-se uma espécie de rede de proteção, por meio do intervencionismo estatal e da tutela sindical advinda dos acordos e convenções coletivas, restando pouco espaço para a livre estipulação das condições de trabalho com base na vontade *per si*⁵⁶⁶.

O princípio protetor acaba, portanto, inspirando o Legislador e os sujeitos coletivos na elaboração das normas jurídicas, bem como o aplicador do Direito no momento da interpretação destas fontes laborais, orientando e guiando a hermenêutica trabalhista⁵⁶⁷.

Os modelos preferenciais à liberdade e à tutela dos grupos minoritários e economicamente mais frágeis são tidos como ferramentas legítimas de defesa dos direitos fundamentais, nos dizeres de Marco Aurélio de Mello⁵⁶⁸. A autonomia privada individual trabalhista não pode ser desvinculada na noção de direitos fundamentais, de sorte que o princípio da proteção exerce o papel salutar de defesa destes direitos.

Limita-se juridicamente o espaço da autonomia privada para evitar que seja explorada pelo poder negocial dominante em seu interesse próprio⁵⁶⁹. O reconhecimento de que o poder negocial individual trabalhista acaba por ser menor do que o habitualmente conhecido nos negócios jurídicos cíveis é importante na medida em que serve para promover a igualdade substancial e, dessa forma, garantir o exercício dos direitos fundamentais pelo trabalhador na sua condição de obreiro e de cidadão.

Busca-se a afirmação do indivíduo enquanto sujeito no mundo do trabalho, adotando-se princípios reguladores que enfatizem a autodeterminação do trabalhador individual⁵⁷⁰, como um ser social detentor de direitos fundamentais. Não basta enxergar o trabalhador apenas por sua condição de parte de uma relação jurídica, em que sua força de trabalho consiste no objeto deste negócio jurídico. É preciso enxergar o trabalhador pela ótica da dignidade humana, que não se perde no momento em que este presta serviços ao empregador.

⁵⁶⁶ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada, ordem pública e flexibilização do Direito do Trabalho. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Faculdade de direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Edição comemorativa do cinquentenário (1947-1997). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 214.

⁵⁶⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 37.

⁵⁶⁸ MELLO, MELLO, Marco Aurélio. A força normativa do princípio da proteção no Direito Constitucional do Trabalho. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Delaíde Alves Miranda (org.). *A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018, p. 212.

⁵⁶⁹ LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável in: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord). *Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170.

⁵⁷⁰ SILVA, *op. cit.*, p. 214.

No entanto, sabe-se que o sistema capitalista neoliberal controla a dinâmica produtiva e múltiplas são as tarefas destinadas aos empregados, que se convencem de fazer parte dos objetivos do empregador, perdendo a identidade sob uma falsa percepção de autonomia. A liberdade negocial, inserida dentro deste conceito de autonomia, também acaba sendo exacerbada, sob a falácia de que há uma verdadeira emancipação.

Não se busca a ficção de que existe uma igualdade na atualidade entre empregado e empregador. Ainda que algum tipo de ajuste na graduação da proteção possa ser concebido diante do espírito tutelar trabalhista, a eventual inversão da proteção, cogitando-se proteção ao tomador de serviços, é absurda. O suposto empoderamento do operariado, sem os devidos mecanismos protetivos, importaria em vulneração do compromisso de promover a progressiva tutela dos direitos sociais, que se mostra clara no art. 7º da CF/88⁵⁷¹.

O modelo de preferência apriorística dirigido à tutela dos direitos fundamentais daqueles que se encontram em posição de vulnerabilidade no contrato de emprego adquiriu reforço com a própria Constituição Federal de 1988 uma vez que, na ordem constitucional atual, ocupam o centro do ordenamento jurídico. Faz-se necessário pensar em negócios jurídicos, no exercício da autonomia privada individual, que importem no reconhecimento dos direitos fundamentais do cidadão-trabalhador, fortalecidos em um Estado Democrático de Direito⁵⁷².

Esse modelo de proteção reconhece as vulnerabilidades que são inerentes às relações laborais, protegendo não apenas os direitos de matriz patrimonial, como também os de natureza existencial, estando em consonância com o projeto inclusivo, democrático e abrangente de direitos fundamentais previstos pelo Constituinte de 1988⁵⁷³.

O negócio jurídico, por certo, não é mais aquele puro acordo de vontades em que as partes podem determinar quais os seus potenciais efeitos jurídicos, desvinculado do comportamento humano. Contém a Constituição a carta geradora do Direito Privado, incluindo-se neste o próprio Direito do Trabalho. Põe-se a pessoa humana no centro do ordenamento,

⁵⁷¹ CARVALHO, Augusto César Leite de. O princípio da igualdade na reforma trabalhista: tema tormentoso e atormentador. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Delaíde Alves Miranda (org.). *A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018, p. 51.

⁵⁷² COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 175.

⁵⁷³ DELGADO, Gabriela Neves; BORGES, Lara Parreira de Faria. A revisitação do princípio da proteção pelo discurso constitucional trabalhista no Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo (coord.). *Direito constitucional do Trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015, p. 38.

reconstruindo-se a noção de contrato com base na complexidade que envolve a proteção constitucional da pessoa humana⁵⁷⁴.

A proteção ao trabalhador, neste sistema, funciona como um modelo legítimo de tutela dos seus direitos fundamentais, permitindo que este seja enxergado pelo viés da solidariedade e da cidadania que lhes é inerente. O poder de celebrar vínculos jurídicos "pelos quais se dá a venda da força de trabalho no modo de produção capitalista deve garantir a emancipação da pessoa humana, embora também o trabalho não abstrato revele a sua dignidade"⁵⁷⁵.

O indivíduo deve se afirmar enquanto sujeito no mundo do trabalho que se enxerga numa perspectiva de classe, mas também numa perspectiva individual, buscando a sua realização como pessoa. A autonomia privada, exercida nos moldes da proteção e direitos fundamentais, propicia esta realização humana, trazendo a possibilidade de autodeterminação do sujeito trabalhador. O viés emancipador promovido pela autonomia, em síntese, possui importância salutar, criando consciência no sujeito individual trabalhista em relação à promoção dos seus direitos fundamentais.

4.1.2 O princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos e a compatibilização deste com a autonomia privada individual

Antes mesmo de adentrar na temática da indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos na seara laboral, faz-se necessário compreender, em breves linhas, o que seria este princípio no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 não consagra, em nenhuma passagem, o princípio da indisponibilidade de direitos. A referência encontrada no texto constitucional relaciona-se à indisponibilidade dos interesses individuais, consoante art. 127 da CF/88, em relação à legitimidade processual do Ministério Público. O ECA⁵⁷⁶ e o

⁵⁷⁴ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós moderno*. Em busca da sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 47.

⁵⁷⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. Autonomia privada na perspectiva do novo código civil. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 84.

⁵⁷⁶ Art. 201, ECA. BRASIL. *Lei 8069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm, acesso em 15 mar.2019.

Estatuto do Idoso⁵⁷⁷ também trazem disposições sobre interesses indisponíveis, tratando da atuação do Ministério Público, além da Lei Complementar nº75/93⁵⁷⁸.

O Código Civil de 2002, por sua vez, aborda a indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos relacionando a mesma com os direitos da personalidade. São estes direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária, conforme disposição do art. 11 do CC-02⁵⁷⁹.

Os autores publicistas possuem uma tendência em abordar a indisponibilidade de direitos como uma das características dos direitos fundamentais, normalmente relacionando a característica da indisponibilidade com a inalienabilidade destes direitos⁵⁸⁰. Os autores civilistas relacionam à indisponibilidade aos direitos da personalidade, em especial por conta da supracitada disposição do Código Civil⁵⁸¹. Em geral, publicistas e privatistas tratam a indisponibilidade de direitos como a característica de determinados direitos cuja proteção os torna irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por seus titulares⁵⁸².

No sistema jurídico brasileiro, a indefinição do conceito de direitos indisponíveis triunfa, em especial, diante dos efeitos materiais que este conceito provoca nos mais variados âmbitos do Direito. Doutrinariamente, prepondera o entendimento de que um direito seria indisponível quando não fosse passível de abdicação, nas mais diversas formas jurídicas que o ato de abdicar pode assumir. Não se vislumbra um emprego unívoco da palavra, principalmente quando qualificadora do termo Direito, pois em certos momentos se refere ao bem tutelado,

⁵⁷⁷ Art. 74, 79 e 81. BRASIL. *Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003: Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm, acesso em 25 mar 2019.

⁵⁷⁸ Arts. 1, 5, 6 e 83. BRASIL. *LC nº75/93*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm, acesso em 29 abr. 2019.

⁵⁷⁹ Art. 11, CC-02: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acesso em 29 abr. 2019.

⁵⁸⁰ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 166 e CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 605.

⁵⁸¹ Cf. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Vol. I, Parte Geral (arts. 1º a 322). São Paulo: Saraiva, 2003; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I, Parte Geral (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004 e FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. Vol. 1. 15. ed., rev., ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 187. Ressalta-se que, nas duas últimas obras, embora os autores mencionem o princípio da indisponibilidade de direitos, admitem que os mesmos possam, eventualmente, sofrer cessão, revelando o caráter de indisponibilidade relativa.

⁵⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trota, 2001, p. 32.

em outras se refere à relação jurídica subjacente ou entidade altamente abstrata e abrangente cognominada Direito⁵⁸³.

Em julgado acerca dos direitos das crianças e adolescentes em pleitear a paternidade biológica, o Ministro Maurício Corrêa buscou delimitar o conceito de indisponibilidade dos direitos individuais, afirmando que não decorrem, em verdade, da natureza pública ou privada das relações jurídicas subjacentes, e sim da importância destes direitos para a sociedade. Busca-se o bem comum e a estabilidade das relações sociais, de sorte que deve o Estado tutelar estas garantias por revelar questões de ordem pública. Seria então o direito individual indisponível aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, mesmo diante da sua natureza primária pessoal⁵⁸⁴.

A motivação para a proteção de um direito consiste, portanto, na sua importância perante a sociedade, relacionando-se a indisponibilidade à limitação de direitos ou liberdades protegidas na seara do ordenamento brasileiro. A indisponibilidade revela a opção intervencionista do Estado no que tange às liberdades individuais e sociais no sentido de, por via de vedações ou restrições ao exercício de certos direitos ou interesses, protegê-los contra lesões ou ameaças provenientes de seus próprios titulares ou de terceiros⁵⁸⁵.

Apesar de inexistir na legislação trabalhista brasileira consagração expressa acerca do princípio da indisponibilidade de direitos, existe uma concepção generalizada acerca da existência deste. Segundo Américo Plá Rodrigues, a irrenunciabilidade significa a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio⁵⁸⁶.

Em sentido semelhante, Pinho Pedreira afirma que a indisponibilidade, imperatividade e inderrogabilidade das normas de ordem pública cogente, além da presunção da existência de vício de consentimento nos atos jurídicos praticados pelo empregado em subordinação ao

⁵⁸³ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de doutorado (2010). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 475 p. Orientador: Prof. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: 2010, p.34.

⁵⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº248.869-1/SP*. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ. 12.03.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829>, acesso em 29 abr. 2019.

⁵⁸⁵ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*. Vol. 251, ano. 41, p. 391-426. São Paulo: RT, 2016, p. 392.

⁵⁸⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. trad. Wagner Giglio São Paulo: LTr, 1978, p. 142.

empregador, conduzem à noção da irrenunciabilidade de direitos enquanto princípio do Direito do Trabalho⁵⁸⁷.

A irrenunciabilidade seria a regra, funcionando como um mecanismo de proteção ao trabalhador em face da sua debilidade perante o empregador. Para o autor, o empregado que renuncia seu direito o faz diante de uma situação de vulnerabilidade, o que conduz à consideração de que o ato em si é fraudulento, com o objetivo imperativo de fraudar a legislação trabalhista, nos moldes do art. 9º da CLT. Seria um ato nulo, uma vez que o empregado não estaria em plenas condições de exercer a sua autonomia privada.

Ressalta-se a divergência doutrinária acerca da nomenclatura do princípio em questão. Conforme fora visto pela posição de Luiz de Pinho Pedreira da Silva e Américo Plá Rodriguez, a utilização da nomenclatura irrenunciabilidade remete à impossibilidade do empregado de privar-se dos seus direitos trabalhistas, de perdê-los em face do empregador.

A expressão indisponibilidade, entretanto, revela-se mais ampla, indicando a impossibilidade do empregado despojar-se das vantagens e proteções advindas do Direito do Trabalho, seja por ato individual (renúncia), seja por ato bilateral negociado pelo empregador (transação)⁵⁸⁸.

O dissenso acerca da nomenclatura do princípio discutido na área trabalhista acaba por revelar uma cisão, *a priori*, acerca da extensão da disposição individual de direitos trabalhistas, sendo que a irrenunciabilidade revelaria a impossibilidade de renúncia, enquanto que a indisponibilidade de direitos indicaria a vedação à renúncia e transação.

No entanto, mesmo Maurício Godinho Delgado, que prefere a expressão indisponibilidade de direitos, entende que não se pode tratar este princípio de forma rígida e extensa, subdividindo a indisponibilidade em absoluta e relativa. A indisponibilidade seria absoluta se invocasse um interesse social que traduzisse um patamar civilizatório mínimo, como ocorre com a assinatura da CTPS, salário mínimo e normas de proteção à saúde. Também seriam direitos de indisponibilidade absoluta aqueles que estão protegidos por um interesse abstrato da categoria, sob a ótica coletiva. Seriam passíveis de transação em âmbito coletivo, mas não o seriam em âmbito individual, portanto. Por fim, seria relativa à indisponibilidade quando o direito enfocado traduzisse interesse individual ou bilateral simples, que não adentra no patamar civilizatório mínimo. O autor ilustra, como exemplo, alterações na modalidade de

⁵⁸⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo, LTr, 1999, p. 124.

⁵⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 142-143.

salário do empregado. As parcelas de indisponibilidade relativa, em suma, poderiam ser objeto de transação, desde que não resultassem em efetivo prejuízo ao empregado, nos moldes do art. 468 da CLT, sendo o ônus da prova de um eventual prejuízo do empregado⁵⁸⁹.

A aproximação dos dois conceitos faz com que se opte pela utilização das expressões enquanto sinônimos, haja vista que um direito classificado como irrenunciável em sua totalidade também implica na impossibilidade de negociação do mesmo ante a sua indisponibilidade negocial. Se ocorrer indisponibilidade relativa, ao revés, este direito poderia ser alvo de transações, embora não comporte renúncia.

Ademais, a expressão indisponibilidade é consagrada, conforme fora visto linhas atrás, no ordenamento jurídico brasileiro por meio das disposições legais outrora citadas, sendo também a expressão preferida para as questões que envolvem disposição de direitos fundamentais, incluindo-se aqui os direitos fundamentais trabalhistas específicos e inespecíficos⁵⁹⁰.

O fundamento para a existência deste princípio seria o desequilíbrio das relações jurídicas trabalhistas, haja vista que o Direito do Trabalho busca compensar, com uma superioridade jurídica, a desigualdade do trabalhador, oferecendo-lhe uma proteção jurídica favorável. As normas de Direito do Trabalho seriam, em sua maioria, imperativas, de sorte que coube ao Estado limitar de forma deliberada a autonomia privada em face da proteção do mais fraco⁵⁹¹.

Caberia às normas jurídicas estatais trabalhistas ditar as limitações à liberdade contratual, tornando-as obrigatórias e promovendo a proteção e defesa dos trabalhadores, protegendo a sua vida e saúde laboral. Favorecer os empregados diante da debilidade econômica e informacional existente se justificaria pela própria fraqueza dos empregados, de sorte que seriam nulas alterações nos contratos de trabalho que buscassem afastar as normas cogentes trabalhistas, conforme art. 468 da CLT⁵⁹².

Não seria admissível, numa concepção tradicional, a renúncia do empregado aos direitos que lhe são assegurados, pois o sistema normativo trabalhista busca sua proteção por meio do

⁵⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2017, p. 144-145.

⁵⁹⁰ Cf. CRORIE, Benedita da Silva Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013 e ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁵⁹¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial*. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_57/Alice_Barros.pdf, acesso em 29 abr. 2019.

⁵⁹² LIMA, Javert de Sousa. Princípios peculiares do Direito do Trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. V. 2, Out. 1950, p. 113-122. Belo Horizonte, p. 116.

estabelecimento de direitos em normas de ordem pública⁵⁹³. Caberia então ao empregado que renuncia um direito trabalhista abarcado pelo manto da indisponibilidade buscar a fulminação deste ato jurídico pelo reconhecimento da invalidade do mesmo, preservando assim os seus direitos⁵⁹⁴.

A vulnerabilidade econômica justificaria a impossibilidade de renúncia no momento da formação contratual. Já a impossibilidade de renúncia durante o contrato de emprego se fundamentaria na vulnerabilidade fática, por conta da existência de subordinação jurídica e na vulnerabilidade econômica, diante da dependência econômica visualizada. As manifestações de vontade do empregado perante as situações de dependência econômica e exercício do poder diretivo do empregador ficam fragilizadas, de sorte que se faz necessário cuidados para que este ato de vontade seja realizado da forma adequada, conforme o ordenamento protetor trabalhista⁵⁹⁵. Ao final do contrato, é discutível a possibilidade de renúncia ou transação, ante a finalização do vínculo empregatício⁵⁹⁶.

A doutrina não se mostra uníssona quanto à fundamentação jurídica do princípio em questão no âmbito trabalhista. Mario de La Cuerva fundamenta a indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos com base imperatividade das normas trabalhistas. Para o autor, as normas trabalhistas representam critério de *jus cogens*, devendo ser cumpridas em qualquer circunstância. Sem o caráter imperativo que se manifesta nas normas trabalhistas, não estaria o Direito do Trabalho permeado por garantias, tão pouco cumpriria sua função, uma vez que a observância a estas normas buscam consagrar o que é essencial para a realização de justiça⁵⁹⁷.

Para Paul Durand e Robert Jaussaud, as normas de Direito do Trabalho possuem caráter de ordem pública, sendo que a sua grande maioria não pode ser excluída por contratos individuais de trabalho, tampouco por instrumentos negociais coletivos. O objetivo da legislação seria manter a paz social e assegurar a proteção dos mais fracos, de sorte que a vontade privada não pode aniquilar os preceitos legais⁵⁹⁸.

⁵⁹³ TEIXEIRA, Sérgio Torres; BARROSO, Fábio Túlio. Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral. *Revista do TST*. Vol. 75, nº 3, jul/set 2009, p. 57-69. Brasília, p. 60.

⁵⁹⁴ RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 31-32.

⁵⁹⁵ LACERDA, Dorval de. *A Renúncia no Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944, p. 131-132.

⁵⁹⁶ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O princípio da irrenunciabilidade e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Direito Unifacs - Debate Virtual*. N. 197, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4593>, acesso em 29 abr. 2019.

⁵⁹⁷ DE LA CUERVA, Mario. *Derecho Mexicano Del Trabajo*. 3. ed. Vol. 1. México: Porrúa, 1949, p. 222-223.

⁵⁹⁸ No original: "Les règles du droit du travail font l'objet de sanctions rigoureuses. Ce droit est marqué du signe de l'ordre public. La majeure partie des règles qu'il porte ne peut être écartée par des contrats individuels de travail, ne même par des conventions collectives. La législation sociale a pour fin d'assurer la protection des

Por fim, aponta-se ainda como fundamento para a indisponibilidade de direitos a presunção de vício de consentimento na realização dos negócios jurídicos trabalhistas, ante a debilidade e fragilidade do empregado. Dessa forma, o fator psicológico, econômico ou até mesmo o desconhecimento dos direitos trabalhistas faria com que se presumisse que a prática do negócio jurídico em questão se deu com base em erro, dolo ou coação, de sorte que a renúncia consistiria num vício de vontade⁵⁹⁹.

Discorda-se desta posição, haja vista que a presunção de vício de consentimento aniquila a autonomia do empregado, que passa a ser tratado como um ser dotado de incapacidade civil e trabalhista para tomar decisões acerca da sua vida. A vulnerabilidade fática, econômica e informacional são marcas do vínculo empregatício. Todavia, presumir vício de consentimento por conta de tais vulnerabilidades não levaria a promoção da igualdade e emancipação do trabalhador, e sim o colocaria numa posição de inferioridade ainda maior. Não se nega que, em situações concretas, pode estar presente vício capaz de conduzir à invalidação do negócio jurídico em questão. Contudo, rechaça-se a noção de presunção deste vício, por não conduzir o empregado a um patamar emancipatório em face do exercício da autonomia privada.

Defende-se que o princípio em comento encontra seu fundamento na própria noção de disponibilidade de direitos advinda da autonomia privada individual e na existência da ordem pública como fator de limitação desta autonomia.

A disponibilidade de direitos indicaria uma desnecessidade de proteção forte em relação a estes, deixando o poder individual das partes agir no que tange à disposição de posições jurídicas próprias, que podem conduzir ao enfraquecimento ou até mesmo extinção destes direitos⁶⁰⁰. Relaciona-se, portanto, com o exercício da liberdade dos sujeitos integrantes daquela relação jurídica, que podem determinar o andamento do exercício da autonomia privada dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento.

No entanto, quando se trata de uma relação jurídica onde um dos sujeitos é vulnerável, como ocorre com o Direito do Trabalho, a disponibilidade de direitos não pode operar da mesma maneira que se operaria em relações jurídicas simétricas, uma vez que se faz necessário o estabelecimento do patamar de igualdade.

faibles et de maintenir la paix sociale: on ne concevrait pas que la volonté privée pût anéantir les prévisions légales". DURAND, Paul; JAUSSAUD, Robert. *Traité de droit du travail*. Prefácio Georges Pichat. Paris: Dalloz, 1947, p. 248.

⁵⁹⁹ LIMA, Francisco Meton Marques de. *Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1994, p. 90.

⁶⁰⁰ CRORIE, Benedita da Silva Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 26.

A limitação à autonomia privada individual trabalhista decorre da própria noção de limitação da liberdade para a consagração da igualdade substancial, sendo a irrenunciabilidade ou indisponibilidade de direitos trabalhistas uma consequência lógica desta correlação. A lei e a ordem pública surgem como um limitador da autonomia privada, conforme fora visto no capítulo 2 desta pesquisa. Esta ideia, que será retomada mais adiante, fundamenta o ponto de vista aqui defendido, haja vista que não é possível se pensar em autonomia como exercício puro e simples da vontade humana, sob pena de se retornar às teorias voluntaristas e à liberdade de forma desmedida, incorrendo-se em situações de injustiça. A lei e a ordem pública promovem uma proteção aos direitos trabalhistas, impedindo disposições que desconsiderem a necessidade de equilibrar a relação em questão.

Ademais, o exercício da autonomia privada individual trabalhista encontrará limites nos próprios direitos fundamentais trabalhistas, uma vez que, em relação a estes, não haverá possibilidade de disposição, de acordo com o que será abordado mais adiante neste capítulo.

A aceção tradicional da indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, no entanto, vem sendo contestada diante da autonomia privada do empregado⁶⁰¹, em especial com o advento da reforma trabalhista e a criação da figura do empregado hipersuficiente. Discute-se a extensão da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, principalmente diante das teorias flexibilizatórias, que buscam modificar a lógica protetora do Direito do Trabalho.

Aqui, resguarda-se uma posição mais conservadora em relação à disponibilidade de direitos trabalhistas. Um dos dados que se deve ter em consideração na avaliação da autonomia privada das partes é a existência de desigualdade fática entre elas. Deste aspecto, infere-se que o *status* de vulnerabilidade do indivíduo torna necessária a sua proteção em relação às entidades que são dotadas de poder de fato. Não é apenas o fato de estar numa situação de desequilíbrio que faz com que a indisponibilidade opere efeitos, impedindo transações. Em verdade, para que a consequência seja esta, se faz necessário que o desequilíbrio de poderes seja utilizado como mote para influenciar a parte que abdica dos seus direitos, fazendo com que esta realize transações que lhes sejam nocivas⁶⁰².

Em razão disso, argumenta-se que renúncias não seriam possíveis em âmbito laboral trabalhista, uma vez que estas fariam com que o titular do direito abrisse mão da tutela

⁶⁰¹ Cf. PESSOA, Valton Dória. *Transação extrajudicial nas relações individuais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

⁶⁰² CRORIE, Benedita da Silva Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 132.

jurídica protetiva trabalhista, essencial para o equilíbrio de poderes nesta relação jurídica. O conceito de renúncia aqui adotado consiste naquele advindo do Direito Civil, que considera a renúncia como ato de abdicação dos direitos patrimoniais e disponíveis diante das relações firmadas com outros particulares, no sentido de despojamento de um direito que se é titular⁶⁰³. Este conceito difere daquele adotado pelos constitucionalistas, onde a renúncia, na perspectiva de direitos fundamentais, não traduz, necessariamente, a extinção ou perda⁶⁰⁴ do direito, levando-se, em verdade, ao enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida por uma norma de direito fundamental⁶⁰⁵.

Não há que se cogitar uma abdicação definitiva de direitos trabalhistas. Contudo, a possibilidade de abdicação do exercício destes direitos é possível, inclusive abarcando a possibilidade de negociação a depender da situação concreta⁶⁰⁶. Por isso, no que tange às transações⁶⁰⁷, estas poderiam ocorrer, desde que não abarcassem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou os valores comunitários básicos, que funcionariam como limites à autonomia privada⁶⁰⁸. Obviamente, o respeito à manifestação de vontade livre e esclarecida é pressuposto deste exercício da autonomia privada na seara individual trabalhista, além dos demais fatores que se verá adiante.

Em suma, entende-se que o princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade de direitos mostra-se plenamente compatível com a autonomia privada individual trabalhista, de sorte a fundamentar o estabelecimento de parâmetros negociais e limitações, haja vista que a relação jurídica ali firmada encontra-se num grau variável de assimetria, apenas aferível em situações concretas.

⁶⁰³ COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho. *A renúncia abdicativa no Direito Civil: algumas notas tendentes à definição do seu regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 13.

⁶⁰⁴ No que tange aos direitos fundamentais, diferencia-se renúncia de perda. O ordenamento jurídico associa perda de direitos fundamentais a um comportamento voluntário ou culposo do titular do direito fundamental, desvinculado de qualquer consentimento desse mesmo titular, enquanto que na renúncia a manifestação de vontade do titular é elemento necessário. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33.

⁶⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.) *Perspectivas constitucionais*. Nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 271-272.

⁶⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63-64.

⁶⁰⁷ A transação consiste no ato jurídico bilateral onde os sujeitos contratantes realizam concessões recíprocas visando a extinção de obrigações dotadas de litigiosidade ou de conflitos. LACERDA, Dorval de. *A Renúncia no Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944, p. 178.

⁶⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 312.

4.2 FATORES OBJETIVOS PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL

Consoante o que fora visto linhas atrás, para que o exercício da autonomia privada individual possa se dar de forma adequada, faz-se necessário examinar a mesma a partir dos direitos à liberdade e igualdade. A análise da autonomia como um mecanismo do exercício da liberdade com base no autorregramento da vida de um trabalhador comporta uma investigação complexa, devendo ser conciliada com o direito fundamental à igualdade.

A liberdade não atua com carga axiológica plena na seara individual trabalhista em razão da vulnerabilidade do empregado nesta relação jurídica. Aponta-se um desequilíbrio negocial marcante que torna esta relação jurídica diferente da relação padrão do Direito Civil, embora compartilhem a possibilidade de realização de negócios jurídicos e, conseqüentemente, de contratos.

A vulnerabilidade fática faz com que o empregado se encontre numa posição de fragilidade e de menor força em relação ao empregador, que detém o poder diretivo da relação de emprego, independentemente do grau do exercício deste poder. Ademais, a dependência econômica, que ocorre por vezes na relação de emprego, coloca o obreiro numa situação de debilidade constante, haja vista que tem seu trabalho sendo apropriado pelo poderio econômico sem que haja uma capacidade de reação, uma vez que depende daquele trabalho para sua subsistência e de sua família.

A falta de oportunidades no mercado de trabalho, bem como o aumento da pobreza e desigualdades sociais colaboram para este quadro no Direito do Trabalho, haja vista que, conforme visto linhas atrás, a recolocação no mercado de trabalho não é fácil diante da taxa de desemprego e desalento vivenciadas no Brasil.

Não há, neste cenário, como a liberdade produzir carga axiológica plena no aspecto negocial individual trabalhista. Corrobora com esta premissa a existência de uma vulnerabilidade técnica, na linha da alienação da força do trabalho pelo trabalhador quando este enxerga o mesmo como uma mercadoria, além da vulnerabilidade informacional, que coloca o empregado numa situação, em maior ou menor medida, de fragilidade no tocante ao conhecimento pleno da existência dos seus direitos. Por estas e outras razões que serão trabalhadas ao longo deste ponto que a liberdade negocial individual trabalhista necessita de restrições que se coadunem com o direito fundamental à igualdade.

Desigualdades ocorrem na sociedade pelo viés da legitimidade, buscando-se diferenciar situações jurídicas que, em verdade, nunca estiveram num mesmo patamar de igualdade. Falar em igualdade e em desigualdade é falar em carga valorativa, que decorre de uma escolha do ordenamento jurídico num processo democrático.

Ressalta-se que este processo de escolha deve ser feito com base na Constituição Federal, haja vista que é a Carta Magna que designa os parâmetros valorativos e finalidades que devem ser alcançadas por meio da definição de igualdade e desigualdade. No que concerne ao Direito do Trabalho, a Constituição Federal demonstra o viés protetivo na seara individual, uma vez que evidencia, em diversas passagens, que se deve buscar melhorias nas condições sociais dos trabalhadores, como ocorre no caput do art. 7º.

Neste diapasão, critérios devem ser utilizados para que se possa realizar uma diferenciação (ou não) na relação jurídica que envolva a autonomia privada individual trabalhista. Embora a vulnerabilidade deva ser analisada a partir da premissa da pessoa, faz-se necessário o estabelecimento de fatores voltados a evitar o subjetivismo, de sorte a garantir o exercício da autonomia privada individual com base na vulnerabilidade deste empregado.

O estabelecimento de critérios consiste numa tarefa árdua, até mesmo porque pode envolver uma infinidade de fatores a serem considerados, como tempo, espaço ou até mesmo a cultura local. Os critérios propostos irão levar em consideração as vulnerabilidades que podem ser vislumbradas na relação de emprego, visando equilibrar a relação jurídica trabalhista para fins do exercício da liberdade negocial.

Buscar-se-á evitar, contudo, que a identificação da vulnerabilidade do empregado fique à mercê de interpretações subjetivas e vinculações político-ideológicas, pretendendo-se evitar a estigmatização e o paternalismo⁶⁰⁹ em face deste indivíduo que se encontra acobertado pelo manto protetor trabalhista.

Compreender em quais momentos o princípio da igualdade precisa atuar, visando impedir tratamentos discriminatórios e a colocação do empregado numa situação ainda maior de vulnerabilidade, perpassa por uma justificativa racional, que deve ser acolhida com base nos valores prestigiados pela Constituição Federal em relação ao mundo do trabalho.

⁶⁰⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 118.

No capítulo anterior, sustentou-se a existência de cinco modalidades de vulnerabilidade no Direito do Trabalho, tendo como inspiração os modelos de vulnerabilidade advindos da seara consumerista: a vulnerabilidade negocial, fática, econômica, técnica e informacional.

A proposta desta investigação consiste em cotejar e ampliar os critérios relativos à vulnerabilidade trabalhista em relação à autonomia privada individual a partir das constatações do mundo do trabalho e dos estudos relativos à área em questão.

Assim, diante da confirmação da vulnerabilidade fática, advinda da existência de subordinação jurídica, e da vulnerabilidade negocial, inerente à posição contratual que se encontra o empregado, se defende que a negociação em seara individual deve contar com a presença de contrapartidas, que equilibrem tal relação. A averiguação da vulnerabilidade econômica, por sua vez, faz com que se proponha que a inexistência de dependência econômica seja um critério para fins de exercício da liberdade negocial em seara individual.

Em relação à vulnerabilidade técnica e informacional, aventa-se a concepção de que a desinformação pessoal e técnica acerca do conteúdo do Direito do Trabalho impediria o exercício negocial em sede individual, em especial diante da ratificação de que o empregador não cumpre, por vezes, os deveres anexos inerentes à boa-fé objetiva na relação contratual.

Por fim, será realizada uma análise da hipervulnerabilidade, indicando um impeditivo negocial aos empregados que possuam vulnerabilidade agravada, no que diz respeito a essas vulnerabilidades.

Alguns entraves e dificuldades serão apontados na propositura destes requisitos, uma vez que estes desconsideram o padrão estabelecido pelo art. 444, parágrafo único da CLT, que aborda o exercício da autonomia privada individual trabalhista. No entanto, conforme fora visto no capítulo anterior, este dispositivo deve ser enxergado à luz dos ditames do sistema internacional trabalhista e da Constituição Federal de 1988. Só poderia o artigo em comento subsistir por meio de uma interpretação conforme a Constituição, que leve em consideração o sistema protetivo trabalhista.

Neste ínterim, sustenta-se que o artigo 444, parágrafo único da CLT padece de vício de inconvenção e inconstitucionalidade, por ofensa aos dispositivos que tratam do princípio da igualdade em sede constitucional e internacional, repise-se. A igualdade deve atuar como medida da liberdade negocial, de modo que, ao se realizar diferenciações para buscar equilibrar a relação jurídica trabalhista, não se coloque o empregado numa situação de maior vulnerabilidade, como ocorre com os empregados hipersuficientes.

Nível superior e salário alto não são critérios adequados a promover um autorregramento da vontade do empregado, que continuará possuindo uma autonomia falsa, com um exercício da liberdade simulado, já que as vulnerabilidades inerentes ao vínculo empregatício não serão superadas. Este empregado pode estar dependendo economicamente daquele emprego, sofrendo com a ameaça inerente ao desemprego que assola o país e dificuldades de recolocação no mercado de trabalho com o mesmo patamar salarial, além de talvez não conhecer seus direitos trabalhistas ou ter ciência da exploração da sua mão de obra no sistema capitalista atual.

Todavia, ainda que o argumento apontado seja superado, não há como se aplicar o dispositivo em questão desconsiderando o patamar da igualdade promovido pelo texto constitucional, além da incidência do princípio protetor. A alegação da legalidade e aplicação da norma, neste caso, não pode conduzir a uma situação fática de desrespeito à Constituição, em especial no que tange à igualdade.

Os critérios aqui propostos visam, em síntese, possibilitar o exercício da autonomia privada individual trabalhista sem que haja uma desconsideração dos valores constitucionais inerentes ao sistema jurídico brasileiro. A liberdade, nesta ocasião, precisa ser restringida, seja por meio da análise de fatores objetivos para o exercício da autonomia privada, seja por meio do estabelecimento de limites neste exercício, tendo como base a tutela jurídica do vulnerável trabalhista.

As disparidades de força que ocorrem na relação jurídica individual trabalhista precisam ser amenizadas ou mesmo eliminadas para que se possa pensar em autonomia privada individual. As fontes estatais trabalhistas cumprem um papel salutar no estabelecimento de direitos que visem conter os ímpetos exploratórios do empregador, assim como as fontes advindas da negociação coletiva.

Todavia, não se pode negar a autonomia existencial e privada do empregado enquanto uma forma de respeito às livres opções que o sujeito possui para a concretização daquilo que entende como compatível para se realizar enquanto pessoa humana. Os critérios aqui sugeridos buscam, em suma, consagrar a autonomia do trabalhador, na perquirição de mecanismos que equilibrem a relação individual trabalhista, analisando as relações entre liberdade, igualdade e vulnerabilidade no exercício da autonomia privada deste indivíduo.

4.2.1 Dependência econômica como um fator de limitação do exercício da vontade negocial individual

Diante das questões que envolvem a vulnerabilidade econômica do trabalhador, a dependência econômica surge, neste estudo, como um critério limitador do exercício da liberdade individual negocial em âmbito trabalhista, sendo uma nota distintiva da autonomia privada individual.

O critério em comento é, por vezes, utilizado como uma alternativa ou complemento à subordinação jurídica, buscando incluir figuras atípicas das relações de trabalho que estão envoltas no estado de dependência econômica sob o manto protetor do Direito do Trabalho⁶¹⁰. Todavia, nesta pesquisa, embora não se descarte a importância da averiguação de novos critérios para subordinação jurídica ou do estabelecimento da dependência econômica como uma alternativa à crise da subordinação jurídica laboral, defender-se-á que a retomada do conceito de dependência econômica é salutar para o exercício da liberdade individual negocial.

A justificativa para o uso da dependência econômica consiste na singularidade do negócio jurídico trabalhista, que, embora pautado na autonomia privada, não se escusa do critério protetor advindo deste ramo jurídico como um mecanismo limitador da exploração do trabalho humano.

A relação entre o trabalhador e o capital consiste numa relação de dependência diante da apropriação promovida pelo empregador do resultado do trabalho do empregado, que o coloca numa condição estrutural de necessidade daquele emprego para o seu sustento. A sua força de trabalho torna-se, em consequência, um bem dentro do mercado trabalhista, estando o empregado compelido ao processo de alienação para salvaguardar seu emprego ante a ameaça da dispensa.

O preceito funciona a partir da afirmação de que não é possível separar o emprego da evolução econômica dos regimes de produção empresarial. O Direito do Trabalho visa reduzir a coação econômica, que vicia a vontade dos mais fracos em reação aos economicamente mais poderosos. Em âmbito doutrinário, a concepção técnica e estrita da dependência econômica, como um elemento contratual, é bifronte, ou seja, aferida em função de cada um

⁶¹⁰ Cf. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando os conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014.

dos contratantes, relacionados entre si, embora mais aguda e importante no que tange ao trabalhador⁶¹¹.

Paul Cuche⁶¹² afirmou, em 1913, que um contrato de trabalho é qualificado como qualquer acordo que coloque uma pessoa sob a dependência econômica da outra. A dependência econômica seria vislumbrada quando presentes dois requisitos. O primeiro deles afirma que a pessoa que presta o trabalho deve possuir o mesmo como sua única forma de sustento ou, pelo menos, como a principal fonte de sustento. Infere-se deste requisito que o empregado precisa viver do aferimento da renda laboral. O segundo requisito indica que a pessoa que arca com os custos laborais, no caso o empregador, deve utilizar plena e regularmente a atividade de quem a fornece, sendo necessário que o empregado não possua tempo livre para prestar serviços para outro empregador⁶¹³.

A vantagem da dependência econômica, na sua origem, consistiu na vinculação da qualidade de empregado conforme a realidade factual deste, de sorte que o empregado seria assim considerado porque depende economicamente do trabalho fornecido pelo empregador para a promoção do seu sustento⁶¹⁴. Funcionou, neste ponto, como um critério para diferenciação de categorias jurídicas, em especial diante da situação do trabalho em domicílio, alargando o espectro de proteção do Direito do Trabalho.

Fora criticada, conforme já fora visto anteriormente, por conta de sua imprecisão, haja vista que indicaria que a configuração do vínculo empregatício necessitaria deste critério, além de ensejar a defesa da exclusividade para o estabelecimento desta relação jurídica. Ademais, distinguir o contrato de emprego dos contratos afins com base na dependência econômica poderia ensejar um inquérito da vida daquele obreiro⁶¹⁵. Ganha força o conceito de subordinação jurídica, sendo a dependência econômica considerada uma situação fática pré-

⁶¹¹ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. vol. 1. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 201-202.

⁶¹² CUCHE, Paul. Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail. *Revue Critique de la Jurisprudence en Matière Civile, Administrative, Commerciale et Criminelle*, Paris, p. 412-427, 1913, p. 423 apud NICOLE, Pedro Augusto Gravatá. *O sujeito trabalhador e o direito internacional social*. Tese de Doutorado (2015). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 343 p. Orientadora: Profa. Daniela Muradas Reis. Minas Gerais: 2015, p. 161.

⁶¹³ No original: “On arrive ainsi à faire dépendre la nature dut contrat de la situation économique des contractants et du besoin que l’un d’eux peut avoir de la prestation que l’autre doit lui fournir”. *Ibid., loc.cit.*

⁶¹⁴ SINTEZ, Cyril. De la subordination à la domination du salarié : la « preuve sociologique » par le temps de travail. *Siècles, Cahiers du Centre d’histoire, Espaces et Cultures*. Disponível em: <http://journals.openedition.org/siecles/1431>, acesso em 17 abr. 2019.

⁶¹⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 135-136.

jurídica⁶¹⁶, não servindo como um requisito próprio para o estabelecimento da relação de emprego ou servindo como um requisito complementar à subordinação jurídica⁶¹⁷.

O conceito de dependência econômica, esquecido em prol do conceito de subordinação jurídica e dos novos mecanismos de subordinação criados após a instauração do modelo toyotista de produção, volta à tona na doutrina como uma forma de garantir a tutela protetiva às novas formas de trabalho.

Urge salientar que as situações de dependência modernas não se encontram elucidadas como aquelas defendidas Cuche. As proteções sociais ao redor do trabalho são dissolvidas dia após dia por meio de um discurso de prevalência do trabalho autônomo e liberdade, como um mecanismo de aniquilamento das resistências trabalhistas.

A política neoliberal enaltece a liberdade sem medidas, determinando uma exploração laboral pautada na farsa da autonomia, numa verdadeira manipulação dos trabalhadores que, certos de serem livres, colaboram para a manutenção da exploração⁶¹⁸.

O novo perfil de trabalhador não é daquele que se encontra sujeito ao poder de comando e direção, e sim o perfil do trabalhador eficiente, produtivo, criativo, um colaborador que assume responsabilidades e atende às demandas do mercado no regime de organização flexível e busca do consumo. Este novo trabalhador permanece, muitas vezes, alheio ao conflito capital e trabalho, pois perde a identificação relativa ao pertencimento a uma classe com a constituição de uma relação de uma conflituosidade com clientes e disputa por situações mais vantajosas no vínculo. Este trabalhador acaba por se identificar mais com o empregador, que seria "seu companheiro de luta no mercado"⁶¹⁹.

No entanto, este obreiro ainda precisa do seu emprego, estando sujeito ao poderio inerente ao capital. O homem está ainda alienado de si e do todo. A relação de dependência do assalariado para com a empresa seria prévia ao contrato e estrutural da sociedade capitalista, uma vez que a força de trabalho apenas se realiza quando vendida ao capital, no processo de alienação em favor do empregador.

⁶¹⁶ DE LA CUERVA, Mario. *Derecho Mexicano Del Trabajo*. 3. ed. Vol. 1. México: Porrúa, 1949, p. 507.

⁶¹⁷ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando os conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 178 - 184.

⁶¹⁸ BOURDIEU, Pierre. La double vérité du travail. *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, v. 114, p. 89-90, set. 1996, p. 89. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1996_num_114_1_3197, acesso em 17 abr. 2019.

⁶¹⁹ COUTINHO, Aldacy. Efetividade do Direito do Trabalho: uma mirada no "homem sem gravidade". *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 93-105, jan./jun. 2007, p. 102-103.

A dependência se constitui, em essência, na relação com o tomador de serviços, na medida em que a empresa é vista como uma propriedade em ação. As condições econômicas prévias empresariais, consistentes na detenção dos meios de produção, são o terreno para a formação da dependência. A primeira delimitação da dependência econômica seria, conforme Murilo Oliveira, a ausência de propriedade capaz de permitir ao empregado acessar a condição de titular de uma empresa, sendo estrutural ao modelo social existente pela divisão entre proprietários e não proprietários⁶²⁰.

Concorda-se com a posição do autor, haja vista que a dependência econômica consiste em fenômeno social que se manifesta no sistema capitalista, em face da constatação de que a posse dos meios de produção se encontra nas mãos do empregador. O empregado depende economicamente do emprego não só pela sua subsistência e de sua família, afinal não possui mecanismos econômicos que o coloque na posição ocupada pelo empregador.

As novas formas de precarização e os mecanismos extremos de exploração corroboram com a situação aventada, reproduzindo vulnerabilidade econômica e ensejando métodos cada vez maiores de dependência econômica, haja vista que o obreiro não possui propriedade suficiente para atuar como empresário.

A dependência econômica também não pode ser encarada como um sinônimo de pobreza. Nota-se a existência de trabalhadores que não são tidos como pobres, mas que se encontram dependentes economicamente daquele emprego, como no caso do empregado que possui uma única fonte de renda, por exemplo.

Por isso, a pobreza é tida como um fenômeno complexo, no qual as necessidades não são atendidas de forma clara. Ser pobre significa não dispor dos meios para atender as necessidades básicas⁶²¹. Divide-se a pobreza em absoluta e relativa. A pobreza absoluta está relacionada com o não atendimento das necessidades vinculadas ao mínimo vital, enquanto que a pobreza relativa é definida pelo modo de vida predominante na sociedade em questão, estando relacionada com a noção de desigualdade social⁶²².

A dependência econômica, assim, pode atingir trabalhadores que se encontrem em situação de pobreza absoluta ou relativa, bem como obreiros que estejam em patamar fora do conceito econômico de pobreza, mas que se encontrem na condição de empregado, que não detém os

⁶²⁰ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando os conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 209.

⁶²¹ ROCHA, Sônia. *Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?* 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 11.

⁶²² SCHUBERT, Renate. *Poverty in developing countries: its definition, extent and implication*. Economics, vol. 49/50, p. 17-40. Tubigen: Institute for Scientific Co-operation, 1994, p. 17-18.

meios de produção. Um alto empregado poderia, numa situação concreta, ser considerado economicamente dependente, de sorte a ter limitações no exercício da liberdade negocial individual por conta da sua vulnerabilidade econômica.

Feitas estas considerações, sustenta-se que o conceito de dependência econômica aponta diretrizes para o exercício da liberdade negocial em esfera individual trabalhista, a partir do cotejamento do mesmo com a ideia de vulnerabilidade econômica.

As vontades individuais, nas relações que envolvem dependência, são por vezes limitadas aos espaços estruturalmente estabelecidos pelas relações sociais. A contratação, na perspectiva do empregado, é vislumbrada, em sua grande maioria das vezes, como uma necessidade e não como uma vontade real⁶²³, decorrente de um ato de emancipação do sujeito trabalhista.

Soma-se a esta questão o medo do desemprego, que falseia o consentimento do trabalhador fazendo com que este se sujeite a disposições contratuais contra o sistema protetivo trabalhista, alterações contratuais lesivas, disposições contrárias àquilo que fora negociado pela categoria, dentre outros aspectos.

Constatada a dependência econômica, não será possível o exercício da autonomia privada individual, sob pena de se estimular ou reproduzir os modelos desvirtuados que indicam existir posição igualitária entre empregado e empregador. Concorda-se com o pensamento de Messias Donato, no sentido de que “a liberdade na miséria nada mais poderia significar do que uma ficção jurídica”⁶²⁴. Não adianta, assim, se falar em liberdade negocial se não existe um verdadeiro patamar de igualdade na relação trabalhista.

Distanciando-se de noções subjetivistas ou ideológicas, perfilha-se neste ponto como deve ser aferida a dependência econômica nos casos concretos. Adverte-se, no entanto, que é impossível realizar uma análise *in abstracto* deste critério, sendo necessária a situação fática para que se possa apurar o preenchimento ou não do requisito.

Exige-se, para que a dependência econômica seja vislumbrada, que o trabalhador não seja detentor dos meios de produção, não se configurando como proprietário substancial de uma atividade de natureza econômica. Indica-se como indício a relação de poder e o jogo de forças avistado na relação jurídica que envolve empregado e empregador e o processo de estranhamento do empregado em relação ao resultado do seu trabalho.

⁶²³ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando os conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 214.

⁶²⁴ DONATO, Messias Pereira. *O movimento sindical operário no regime capitalista*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1959, p. 28.

Ademais, a dependência econômica fixa a necessidade que o empregado possui de auferir renda com aquela atividade. Por isso, se o empregado presta serviço a apenas um empregador, possuindo um único emprego e não tendo outra fonte de renda, não poderá exercer liberdade negocial no que tange ao seu contrato de emprego, por se encontrar numa circunstância que caracteriza vulnerabilidade econômica.

Diferente seria a situação do empregado que possui renda advinda de outra atividade laboral em sentido amplo, como uma relação de emprego ou uma relação de trabalho *lato sensu*, sendo que esta outra fonte de retribuição é considerada a sua fonte principal de rendimentos. Neste caso, *a priori*, seria possível se pensar em exercício da autonomia privada individual, desde que não haja nenhuma outra hipótese de vulnerabilidade que impeça tal negociação ou um agravamento da vulnerabilidade do empregado e desde que os limites à negociação sejam respeitados. A proteção relativa ao Direito do Trabalho, nesta hipótese, permanece existente com o equilíbrio advindo do binômio liberdade - igualdade, promovendo um empoderamento e emancipação do sujeito obreiro.

Exemplifica-se a situação acima descrita com a possibilidade de um empresário, autônomo, que auferir lucro significativo, ter um vínculo empregatício como consultor ou quando um magistrado, defensor público, promotor, etc. possui vínculo como professor de uma Universidade privada. Neste caso, como a sua principal fonte de rendimentos não advém da relação jurídica empregatícia, seria possível, num primeiro momento, o exercício da liberdade negocial.

Ao revés, situações de pobreza, seja em sua acepção absoluta ou relativa, colocam o empregado numa condição de vulnerabilidade econômica extrema, impedindo a autodeterminação da vontade contratual que estaria presumidamente viciada pela condição extrema vivenciada.

Também é possível que um trabalhador que, no momento pré-contratual era tido como vulnerável no aspecto econômico, se torne independente no aspecto financeiro em relação àquele emprego. Neste caso, o requisito dependência econômica teria que ser aferido no momento da realização dos atos negociais, por meio da análise do preenchimento deste e dos demais requisitos. Se conjuntura contrária é vislumbrada, infere-se que, daquele momento em diante, não será possível a prática dos atos de autorregramento da vontade.

Salienta-se que a existência de exclusividade funciona como um indício na análise da dependência econômica, não podendo ser analisada de forma isolada dos demais requisitos. É

possível que se tenha um empregado que possui um contrato de exclusividade, mas que aufera renda advinda de investimentos, como poupança, renda fixa, etc.

Obviamente, esta situação fática não aparenta ser comum, uma vez que a exclusividade não constitui requisito da relação de emprego, nos moldes dos art. 2º e 3º da CLT e a prática de investimentos e poupança é restrita a um grupo pequeno de empregados⁶²⁵.

Em síntese, em caso de estar presente dependência econômica, encontra-se um óbice à autonomia privada individual laboral pelo indicativo da vulnerabilidade econômica. Situação reversa autoriza, *a priori*, o exercício da liberdade negocial diante do fator de discriminação provocado pela incidência do princípio da igualdade. Todavia, os outros fatores para o estabelecimento da mesma devem ser analisados, reiterando-se, além do respeito aos limites inerentes à autonomia privada.

4.2.2 Desinformação pessoal e técnica acerca do conteúdo do Direito do Trabalho

Viu-se que a presença de vulnerabilidade técnica e informacional faz com que o obreiro não tenha efetivo conhecimento acerca do Direito do Trabalho, encontrando-se numa posição de fragilidade diante dos óbices vivenciados pela falta de informação precisa, clara e adequada. O direito a informação revela-se necessário para corrigir as barreiras causadas pelas vulnerabilidades técnica e informacional, ratificando o ideal de igualdade buscado neste estudo para o exercício da liberdade negocial.

Antes de qualquer coisa, cumpre destacar que a existência de informações e orientações que permitam ao empregado ciência acerca dos direitos faz-se importante, bem como políticas voltadas à propagação deste conhecimento⁶²⁶. A educação, assim, é essencial ao pleno desenvolvimento pessoal e, conseqüentemente, ao desenvolvimento da autonomia, preparando

⁶²⁵ Em 2018, conforme pesquisa feita pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas e Serviço de Proteção ao crédito, o Brasil possuiu 63,4 milhões de cidadãos negativados, o que representa 41% da população adulta. Quanto ao volume de dívidas, o avanço foi de 1,47% na comparação anual. Dados do Indicador de Reserva Financeira, das mesmas instituições, demonstram que apenas 19% dos consumidores conseguiram terminar o mês de janeiro de 2019 com algum tipo de reserva financeira. SPC Brasil. *Apenas 19% dos brasileiros pouparam em janeiro, mostra indicador CNDL/SPC Brasil*. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/indice/6065>, acesso em 17 abr. 2019.

⁶²⁶ WATANAE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et all (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

a pessoa para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, de acordo com o prelecionado pela Constituição⁶²⁷.

Não se pode pretender a plenitude da igualdade jurídica sem um ordenamento jurídico efetivamente igualitário e sem que os interessados tenham acesso à informação ampla a respeito do conteúdo jurídico das normas que o compõe. O desconhecimento, produto do desnivelamento cultural causado pela desigualdade socioeconômica, é agravado pela complexidade cada vez mais crescente das legislações⁶²⁸.

Como compatibilizar tal realidade fática com o disposto no art. 3º da Lei de introdução às normas de Direito Brasileiro?⁶²⁹ Funda-se o dispositivo na obediência à lei em razão da segurança jurídica, como um mecanismo de garantia da convivência social⁶³⁰. No entanto, este princípio não pode ser tido como absoluto, em especial num país em que há um excesso legislativo, uma superprodução das leis que a todos assombra, atormenta e confunde⁶³¹.

Seria injusto, em um ordenamento democrático, diante da miséria e da falta de educação formal que assola diversos brasileiros, que se exigisse que os mais pobres e menos favorecidos soubessem da existência de certos direitos e dos mecanismos para o exercício dos mesmos⁶³². Quando se pensa que muitos brasileiros possuem déficits educacionais e problemas de compreensão da língua portuguesa, tal constatação se assevera ainda mais, em especial diante da linguagem jurídica, técnica e complexa.

Barbosa Moreira ressalta que o mal da desinformação jurídica atinge todas as classes e segmentos da sociedade brasileira, afetando em especial a população de baixa renda. Exemplifica esta questão trazendo à baila a problemática trabalhista, em que diversos operários "se conformam em trabalhar sob condições inteiramente diversas das previstas na legislação pertinente; muitos, sem dúvida, pura e simplesmente ignoram que fazem jus a férias ou a repouso semanal remunerado"⁶³³.

⁶²⁷ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 157.

⁶²⁸ WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária como instrumento de acesso a ordem justa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. São Paulo, n. 22, jan./dez. 1984, p. 87-89.

⁶²⁹ Art. 3º: Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm, acesso em 18 abr. 2019.

⁶³⁰ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; VIEIRA, Mônica Silveira; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *A LICC e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 77.

⁶³¹ VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Belém: Unama, 2005, p. 53.

⁶³² SILVA, *op.cit.*, p. 157.

⁶³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A desinformação jurídica. *Revista Forense*. Vol. 325, jan./fev./mar. 1994. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 317.

A pobreza, em seu aspecto absoluto ou relativo, acaba por agravar a vulnerabilidade informacional dos cidadãos, em especial quando se trata da relação jurídica empregatícia, em que o medo do desemprego assola diuturnamente os trabalhadores. As dificuldades de informação constituem obstáculo ao pleno acesso ao Direito, o que se mostra especialmente verdadeiro para os indivíduos e grupos menos privilegiados⁶³⁴, como a maioria dos empregados.

Uma sociedade democrática deve ampliar o sentido dos direitos, abrindo um espaço de lutas populares pelos direitos sociais e culturais, opondo-se aos interesses dominantes voltados à desinformação e manutenção das diferenças que ocorrem diuturnamente na sociedade brasileira⁶³⁵.

Evidencia-se que o reconhecimento do livre intercâmbio de ideias, concepções e críticas não é o suficiente para orientar o processo de tomada de decisões, esse processo deve vir acompanhado da informação acerca dos direitos⁶³⁶. Quando se pensa no exercício da autonomia privada, esta averiguação se mostra ainda mais marcante, haja vista que as vulnerabilidades técnica e informacional assolam a relação jurídica ali estabelecida.

Visando facilitar o acesso à informação e diminuir a vulnerabilidade informacional em âmbito consumerista, a Lei 12.291/2010 estabeleceu que todo estabelecimento empresarial deve disponibilizar exemplar do Código de Defesa do Consumidor em local visível para eventual consulta dos seus clientes, sob pena de multa⁶³⁷. Com o desígnio de proporcionar uma rápida informação ao consumidor, a norma esbarra no complexo e rebuscado linguajar jurídico, que por vezes impede a compreensão dos direitos pelo vulnerável.

No entanto, avaliza-se a norma em comento por esta ser um pontapé inicial do contato do consumidor vulnerável com a legislação consumerista, possibilitando uma curiosidade e vontade de conhecimento acerca dos seus direitos.

Por isso, defende-se que, na seara trabalhista, a presença de um exemplar da CLT e das principais legislações que versem sobre o Direito do Trabalho pode ser interessante,

⁶³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 84.

⁶³⁵ CHAUÍ, Marilena. Democracia e sociedade autoritária. *Comunicação & Informação*. v. 15, n. 2, jul.-dez. 2012. p. 153.

⁶³⁶ MORELLO, Augusto Mario. El conocimiento de los derechos como presupuesto de La participación (El derecho a La información y La realidad social). In: GRINOVER, Ada Pellegrini et all (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 171.

⁶³⁷ BRASIL. *Lei 12.291, de 20 de julho de 2010*. Torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12291.htm, acesso em 18 abr. 2019.

principalmente no que tange ao simbolismo desta atitude, sendo capaz, ainda, de provocar estímulo e curiosidade nos empregados.

Claro que a analogia realizada, por si só, não é capaz de suprir a desigualdade inerente à vulnerabilidade informacional do empregado. É preciso que se tenha um projeto de informação e divulgação acerca dos direitos trabalhistas, com o conhecimento das entidades que podem prestar aconselhamento jurídico, como os sindicatos.

Segundo os ensinamentos de Barbosa Moreira, a informação jurídica deveria ser colocada à disposição dos carentes no próprio meio em que vivem ou exercem suas atividades. Instalação de postos nas sedes das associações de moradores, em estabelecimentos de ensino, em quartéis, fábricas, cooperativas, paróquias, órgãos judiciais, etc. são propostas de ação defendidas pelo autor para aniquilar as barreiras criadas no acesso ao conhecimento⁶³⁸.

Não há como não aquiescer à proposta acima disposta. O acesso à informação jurídica não deveria ficar restrito a determinados espaços de conhecimento. A difusão da informação consiste num mecanismo essencial para a redução das disparidades educacionais e técnicas na sociedade, devendo ser um dos princípios basilares na redução da vulnerabilidade.

O reconhecimento do direito à informação também implica no reconhecimento do dever à informação, em relação ao Estado e particulares, relacionados ao abastecimento informacional de forma adequada e permanente, segundo a diversidade cultural e econômica. Essa tarefa permite o crescimento da liberdade e o estabelecimento de responsabilidades coletivas, do Estado e da sociedade, na proclamação de direitos⁶³⁹.

Esse dever consiste na face oposta do direito à informação, funcionando como um dever fundamental, estando inserido na categoria dos deveres constitucionais⁶⁴⁰. Como os direitos fundamentais vinculam os particulares, conforme visto no ponto 2.3.3, esse dever fundamental relativo ao direito à informação deve ser visualizado na relação de emprego.

⁶³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A desinformação jurídica. *Revista Forense*. Vol. 325, jan./fev./mar. 1994. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 318.

⁶³⁹ MORELLO, Augusto Mario. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (El derecho a La información y La realidad social) In: GRINOVER, Ada Pellegrini et all (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 174.

⁶⁴⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. A. 21. nº 62, mai./ago. 2001, p. 23. Disponível em: file:///C:/Users/Adriana/Downloads/REDC_062_009.pdf, acesso em 18 abr. 2019.

A informação desempenha um conteúdo importante no contrato de trabalho, que concebe a defesa e proteção do trabalhador como a parte mais débil do vínculo jurídico e que pode diminuir as desigualdades advindas do predomínio do empresário nesta relação⁶⁴¹.

Aqui, buscando adaptar a proposta de Barbosa Moreira à realidade da vulnerabilidade informacional do empregado, defende-se que o exercício da autonomia privada individual dependerá do acesso à informação da parte débil da relação jurídica trabalhista. Cabe ao sindicato o papel de realizar aconselhamento jurídico acerca dos direitos trabalhistas que estão sendo discutidos em sede negocial, devendo, portanto, participar deste processo como um verdadeiro auxiliar do empregado.

Justifica-se a premissa diante do conceito da autonomia privada assistida, visto linhas atrás. O sujeito coletivo atua no negócio jurídico trabalhista apenas de forma indireta, assegurando a realização do mesmo de acordo com os ditames do sistema jurídico trabalhista. Visa, portanto, o resguardo da vontade dos sujeitos que se encontram numa situação onde a proteção da sua vontade seja necessária, diante do direito à informação que este possui, evitando-se vícios na declaração de vontade.

Ademais, cabe ao sindicato defender não apenas o interesse coletivo ou conjunto dos trabalhadores, cabendo ainda defender interesses gerais dos cidadãos e não exclusivamente "intereses profesionales, precisamente porque los miembros de los sindicatos, los trabajadores, son a la vez ciudadanos, y una parte muy importante de los ciudadanos son trabajadores en la inmensa mayoría de los ciudadanos que no lo son"⁶⁴².

A importância da participação do sindicato, neste aspecto, é salutar. Primeiramente, a participação do sindicato resguarda um apuro maior à técnica e direitos trabalhistas, haja vista que conta com pessoas qualificadas, experientes e com formação jurídica para auxiliar o empregado na tomada de decisões que envolvem o exercício da sua autonomia privada. Ademais, o sindicato atua no resguardo das atitudes passionais que podem acometer o empregado, uma vez que, por desconhecimento e no calor das tratativas negociais, pode tomar atitudes que são contrárias aos seus interesses.

A Reforma Trabalhista abre espaço para este raciocínio quando determina a possibilidade de quitação anual dos débitos trabalhistas perante o sindicato, firmando-se termo de quitação anual, segundo o art. 507-B da CLT. Não se adentrará no mérito da figura em questão, uma

⁶⁴¹ GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003, p. 207.

⁶⁴² MOLINERO, Helena Ysás. *La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos*. Albacete: Bomarzo, 2010, p. 105.

vez que foge do objeto da pesquisa. Todavia não se pode deixar de ressaltar que a própria norma trabalhista consagra a figura da autonomia assistida neste caso.

Não caberia ao sindicato, na negociação individual, intervir ao ponto de suprimir a vontade do empregado. Seu papel seria voltado à informação, divulgação e aconselhamento acerca do conteúdo jurídico do negócio que está sendo firmado, como um mecanismo de suprir a vulnerabilidade informacional visualizada.

Questiona-se se seria possível que este assessoramento fosse realizado por entidade ou pessoa diversa do sindicato. Em princípio, se uma pessoa possui capacidade plena para a prática dos atos da vida civil, a tomada de decisões relativas aos seus direitos patrimoniais ou pessoais depende apenas de si, a não ser que esta deseje algum tipo de aconselhamento por parte de familiares ou de profissionais especializados⁶⁴³. No entanto, diante de situações de vulnerabilidade, é possível se pensar no estabelecimento de mecanismos de apoio para a tomada de decisões.

Para esta pesquisa, determina-se que o papel de apoiador deveria ser destinado ao sindicato, por tudo que já fora mencionado. No entanto, compreende-se ser possível que esta tarefa seja realizada por sujeito particular, de confiança do empregado, como forma de consagração da sua autonomia.

Em situação de hipervulnerabilidade da pessoa com deficiência, o legislador brasileiro autorizou que este papel fosse desempenhado por, pelo menos, duas pessoas idôneas da confiança desta, que forneceriam elementos e informações necessárias para que a mesma pudesse exercer seu poder de escolha no exercício dos atos de autonomia. Esta disposição encontra-se no caput do art. 1783-A do Código Civil, que consagrou o instituto da tomada de decisão apoiada⁶⁴⁴.

Este instituto constitui inovação no Brasil, embora tenha disposição em outros ordenamentos jurídicos, como o italiano - *amministrazione di sostegno*⁶⁴⁵, e argentino - *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad*⁶⁴⁶.

⁶⁴³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de Decisão Apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 83.

⁶⁴⁴ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 09 de agosto de 2018.

⁶⁴⁵ ITÁLIA. *Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004*. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04006l.htm>, acesso em 09 de agosto de 2017.

⁶⁴⁶ GIAVARINO, Magdalena Beatriz. La Recepción Del Sistema De Apoyos En El Nuevo Código Civil Y Comercial. *Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de La Nación* / Liliana Abreut de Begher ... [et al.] ; compilado por Graciela C. Wüst. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de

Ora, se em casos de hipervulnerabilidade por deficiência, em que a proteção e cuidado são intensificados, o empregado pode utilizar este instituto jurídico para solucionar impasses trabalhistas⁶⁴⁷, por que tais ditames não poderiam ser utilizados para outros empregados?

Sustenta-se que, com base no supracitado dispositivo, pode o empregado, no exercício da sua autonomia, utilizar o apoio de outras pessoas ou entidades para suprir a informação que seria prestada pelo sindicato. Poderia o empregado contratar advogados especializados, contar com a ajuda de parentes, de amigos, de empresas de consultoria trabalhista, etc. a fim de afastar a vulnerabilidade informacional.

E se o empregado fosse detentor de conhecimento laboral específico, como ocorre nos casos de empregados que exercem atividade de advocacia ou que possuem bacharelado em Direito, haveria a necessidade da presença do sindicato ou de apoiadores para o exercício da autonomia individual laboral? Entende-se que, diante da particularidade e especificidade do caso em questão, seria possível o afastamento da premissa aqui estabelecida, desde que haja comprovação neste sentido. Ressalte-se que a formação em curso superior em Direito, por si só, não afasta as outras vulnerabilidades que possam estar presentes, de sorte que o respeito aos outros fatores objetivos se faz necessário.

Outrossim, cabe ao empregador, no exercício do dever de informação, alertar o empregado acerca do conteúdo e riscos que a realização daquele negócio jurídico oferece. Esta conduta do empregador nada mais é do que a incidência do princípio da boa-fé objetiva, consoante fora visto no capítulo anterior.

Embora a enumeração dos deveres laterais inerentes à boa-fé objetiva seja tarefa difícil, quiçá impossível, o seu conteúdo é diversificado, "podendo descobrir-se deveres de informação e conselho, de cooperação, [...]"⁶⁴⁸. De acordo com a finalidade dos deveres laterais, Judith Martins-Costa afirma que existem deveres inerentes à boa-fé que visam proteger a contraparte dos riscos de danos à sua pessoa ou patrimônio, sendo tidos como deveres de proteção⁶⁴⁹.

Trazendo a posição esposada para a realidade trabalhista em questão, cabe ao empregador prestar informação e esclarecimento ao empregado, de sorte que as partes estejam

Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, ISBN 978-987-97935-8-9. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho-privado/giavarino.pdf>, acesso em 09 de agosto de 2017.

⁶⁴⁷ WYZYKOWSKI, Adriana. Tomada de decisão apoiada e contrato de emprego. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). *Novos estudos sobre a incapacidade*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019, p. 165-182.

⁶⁴⁸ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994, p.40.

⁶⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.438-439.

reciprocamente informadas de todas as circunstâncias que caracterizam aquele negócio jurídico. Pressupõe-se que o empregador detenha as informações relativas ao vínculo empregatício e direitos trabalhistas que estão em jogo, em razão da sua posição de superioridade.

Cabe ao empregador adotar uma postura leal, que não vise desequilibrar ainda mais a relação jurídica ali estabelecida perante o empregado, podendo surgir deveres voltados à atuação positiva deste, como colaboração e cooperação para a finalidade perquirida com o exercício da liberdade negocial⁶⁵⁰.

Exora-se, neste ponto, como a vulnerabilidade técnica e informacional pode ser superada na realização de um negócio jurídico trabalhista em sede de autonomia privada individual. Cabe ao empregador disponibilizar um exemplar da CLT no local de trabalho, a fim de facilitar consultas e promover a curiosidade do empregado.

Paralelo a isso, deve ainda a negociação individual contar com a presença do sindicato que atuará como um assistente do empregado, promovendo informação e aconselhamento jurídico do mesmo acerca do conteúdo do negócio jurídico que pode vir a ser firmado. A presença de outros apoiadores também é possível, como mecanismo de consagração da autonomia privada e existencial do empregado.

Por fim, espera-se do empregador uma conduta leal e proba no exercício da liberdade negocial. Cabe a ele alertar o empregado acerca dos riscos que são próprios à realização do negócio jurídico, constando em ata ou termo tais declarações, com a assinatura do empregado, do empregador e do representante da entidade sindical ou dos apoiadores. Sabe-se que uma ata ou termo, por si só, não indica que houve cumprimento do dever de informação por parte do empregador, contudo a mesma produz alguma segurança diante da dificuldade inerente à desinformação do empregado.

Funcionaria essa ata ou termo de forma semelhante ao termo de consentimento informado, direito moral dos pacientes que implica em obrigações para os médicos, na busca pela efetivação da autonomia, capacidade, voluntariedade, informação, esclarecimento e o consentimento em si mesmo⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa- Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p.604-607.

⁶⁵¹ ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Valnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. *Revista bioética*. 2016; 24 (3): 452-8. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n3/1983-8042-bioet-24-03-0452.pdf>, acesso em 18 abr. 2019.

Neste sentido, a obrigação relativa à informação e esclarecimento prestada pelo empregador seria condição *sine qua non* para o exercício da autonomia individual trabalhista nos moldes propostos, sob pena de invalidação da negociação individual realizada.

4.2.3 A existência de contrapartidas para o exercício da autonomia privada individual na seara trabalhista

Defende-se a presença de contrapartidas expressas para o exercício da autonomia privada individual, como um recurso em face da vulnerabilidade fática existente na relação de emprego. As condições mais vantajosas funcionariam como uma premissa para a validade do negócio jurídico realizado em face da disponibilidade relativa de direitos trabalhistas.

Atualmente, apenas o art. 611-A da CLT aborda, de forma breve e superficial, a temática das contrapartidas, sendo este artigo específico para o âmbito coletivo trabalhista. O parágrafo segundo do artigo 611-A afirma que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas nos instrumentos coletivos não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. As contrapartidas só seriam necessárias de forma expressa no caso de pactuada cláusula que reduza salário ou jornada, em que se faz necessária proteção contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo, conforme disposição do parágrafo terceiro.

Este dispositivo aparenta contrariar a tese adotada no RE 590415 do STF⁶⁵², em que o Supremo determinou que o estímulo aos acordos e convenções coletivas deve se dar com o

⁶⁵² DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provedimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte

respeito à autonomia privada, devendo o Poder Judiciário intervir em casos excepcionais. Afirmou ainda que a existência de contrapartidas e de condições mais vantajosas no todo é condição de validade do acordo coletivo em comento.

Outro importante julgado sobre o tema é o RE 895.759/PE do STF, em que o Supremo estabeleceu que a prevalência das normas coletivas deve ser feita caso a caso, não sendo possível a transação de parcelas de indisponibilidade absoluta. Trouxe ainda como requisito maior para a prevalência da norma coletiva a existência de vantagens proporcionais ao direito advindo da legislação estatal que fora relativizado⁶⁵³.

Segundo a jurisprudência advinda do Supremo⁶⁵⁴, melhorias nas condições sociais são essenciais, devendo ser firmadas a partir de critérios amplos e contextualizados. A verificação de vantagens compensatórias seria elemento essencial para se concluir se houve melhoria nas condições sociais o que, de antemão, respeita o ideal estabelecido pelo princípio da norma mais favorável⁶⁵⁵.

O Tribunal Superior do Trabalho - TST, mesmo após a reforma trabalhista, vem adotando linha semelhante, com a verificação de contrapartidas e vantagens compensatórias, como no

tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 590415 / SC*. Min. Relator: Luís Roberto Barroso. DJ 30 de abril de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629027>, acesso em 07 de jan. de 2019.

⁶⁵³ EMENTA: TRABALHISTA. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. TRANSAÇÃO DO CÔMPUTO DAS HORAS IN ITINERE NA JORNADA DIÁRIA DE TRABALHO. CONCESSÃO DE VANTAGENS DE NATUREZA PECUNIÁRIA E DE OUTRAS UTILIDADES. VALIDADE. 1. Conforme assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 590.415 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 29/5/2015, Tema 152), a Constituição Federal “reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas”, tornando explícita inclusive “a possibilidade desses instrumentos para a redução de direitos trabalhistas”. Ainda segundo esse precedente, as normas coletivas de trabalho podem prevalecer sobre “o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade absoluta”. 2. É válida norma coletiva por meio da qual categoria de trabalhadores transaciona o direito ao cômputo das horas in itinere na jornada diária de trabalho em troca da concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades. 3. Agravos regimentais desprovidos. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, pois não houve prévia fixação de honorários advocatícios na causa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. 895.759/PE*. Min. Relator: Teori Zavascki. DJ 09 de dez. de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>, acesso em 07 de jan. de 2019.

⁶⁵⁴ Em 06 de maio de 2019, reconheceu-se repercussão geral pelo Plenário Virtual do STF no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1121633, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nele, discute-se a validade de norma coletiva que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado pela Constituição, tendo como base o afastamento do pagamento de horas in itinere. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1121633*. Min. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410168>, acesso em 16 maio 2019.

⁶⁵⁵ TRINDADE, Rodrigo. Negociado sobre legislado: o mito de Ulisses e as sereias In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 679.

exemplo do Recurso de Revista 691-27.2015.5.06.0412⁶⁵⁶, que estabeleceu que a norma coletiva, no todo, possui benefício superior ao previsto em lei.

O que se observa é que, embora a legislação tenha, aparentemente, retirado a garantia estabelecida pelo art. 7º, *caput* da Constituição, que prevê melhoria nas condições sociais e de onde se extrai a noção de proteção, norma mais favorável e vedação de retrocesso social, a mesma não vem sendo interpretada desta forma em prestígio ao equilíbrio necessário no exercício da autonomia privada, que precisa se fundar, repise-se, nos direitos fundamentais de liberdade e igualdade.

No pensamento de Ronaldo Lima dos Santos, o parágrafo 2º do art. 611-A da CLT, em verdade, prestigia a progressividade dos direitos sociais trabalhistas, uma vez que os instrumentos coletivos só prevaleceriam sobre a lei quando dispusessem de modo mais favorável ao trabalhador por meio de contrapartidas, ainda que estas não estejam expressamente previstas no instrumento normativo. Para ele, não se deve confundir inexistência de contrapartida expressa com ausência de contrapartida, de sorte que, em ambas, deve haver uma condição mais favorável aos trabalhadores⁶⁵⁷. Coaduna-se com a interpretação esposada em promoção da melhoria nas condições laborais por meio da autonomia privada.

Diante do posicionamento doutrinário, legal e jurisprudencial sobre a temática das contrapartidas em âmbito coletivo, infere-se que esta lógica pode ser vislumbrada em âmbito individual, com certa parcimônia.

Explique-se. Em âmbito coletivo, diante do equilíbrio existente entre a entidade sindical obreira e a entidade sindical patronal/empregador, a autonomia privada coletiva acaba se encontrando com a ideia de paz laboral, diante de um sistema de justiça pautado no equilíbrio das forças sociais atuantes no Direito do Trabalho, mesmo diante das posições contrapostas⁶⁵⁸. Em âmbito individual, todavia, esse equilíbrio não é vislumbrado, diante da vulnerabilidade fática existente por conta da subordinação jurídica.

⁶⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 691-27.2015.5.06.0412*. Min. Relatora: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DJ 14 de mar. de 2018. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=209549&anoInt=2017>, acesso em 09 de jan. de 2019.

⁶⁵⁷ SANTOS, Ronaldo Lima. Autonomia privada coletiva e hierarquia da lei n. 13.467/17. in: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Reforma trabalhista na visão dos procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 480.

⁶⁵⁸ HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. *Compendio de derecho del trabajo*. Trad. Miguel Rodriguez Piñero e Luis Enrique De La Villa. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 253.

A sujeição aos poderes do empregador desequilibra a relação jurídica trabalhista, em grau maior ou menor. A apropriação do poderio econômico pelo empregador, como visto linhas atrás, ocorre em qualquer relação jurídica trabalhista, podendo ensejar uma subordinação mais atenuada ou mais incisiva, de acordo com o exercício do poder diretivo. Contudo, independentemente da forma de exercício do poder diretivo, a vulnerabilidade fática encontra-se presente diante da assimetria causada pela subordinação.

Neste aspecto, o empregado localiza-se numa posição contratual mais débil, não conseguindo exigir contrapartidas nos mesmos moldes do sindicato da categoria, que está, pelo menos teoricamente, numa posição de paridade perante o empregador. Na negociação individual, vantagens compensatórias são de difícil reivindicação diante da disparidade de forças negociais que circundam empregados e empregadores. Alia-se a este fato, mais uma vez, o medo relacionado ao desemprego, temor este que domina a vontade e que, atrelado aos poderes do empregador, faz com que os empregados fiquem numa desvantagem grande no exercício da liberdade negocial.

Contudo, a liberdade pessoal do trabalhador e a autonomia individual que é reconhecida a serviço da primeira estão na base do sistema constitucional trabalhista. A empresa não pode ser considerada como uma estrutura unitária dos interesses do empresário, adiando ou ignorando a dignidade e autonomia. Pelo contrário, a liberdade e igualdade deste empregado resultam do conflito trabalhista de sempre, com base nas estruturas e conjunturas que permeiam esse relacionamento individual de disparidade de forças⁶⁵⁹.

Por isso, as contrapartidas precisam ser vistas, no exercício da autonomia individual, como vantagens compensatórias capazes de implicar em melhorias nas condições sociais, possuindo como limites negociais, como serão abordados posteriormente, os direitos fundamentais e a própria negociação coletiva. Exemplifica-se, com base na negociação trazida do direito norte-americano por José Simpliciano Fernandes, a possibilidade de negociação de estabilidades no emprego como contrapartida para a retirada de algum benefício que implique em perda da renda pelo empregado⁶⁶⁰. Seria possível se pensar, também, em permuta do dia referente ao feriado, com implicação num aumento do adicional de hora extra e maior cobertura do contrato de seguro saúde empresarial, a título de exemplo. Vislumbram-se, nos casos citados,

⁶⁵⁹ MARTINEZ ABASCAL, Vicente-Antonio; HERRERO MARTÍN, José Bernardo. *Sistema de derecho del trabajo*. 2. ed. Tarragona: publicaciones URV, 2015, p. 86.

⁶⁶⁰ FERNANDES, José Simpliciano. Da exigência da reciprocidade na negociação coletiva: sobre um diálogo falso não se constrói um resultado negociado. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Delaíde Alves Miranda (org.). *A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018, p. 188.

melhorias nas condições sociais dos trabalhadores, seja pela permanência no emprego ou acesso a um patamar remuneratório mais alto e benefícios de natureza social. Assim, as contrapartidas na seara individual precisam, necessariamente, implicar em melhorias ao trabalhador, sob pena de não constituir uma negociação verdadeira e sim uma negociação ilusória com o domínio do mais forte em face do mais fraco.

Esta conclusão decorre da máxima disposta no caput do art. 7º da Constituição Federal, em que se estabeleceu uma série mínima e fundamental de direitos sociais trabalhistas preceituando, ainda, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que ligados à melhoria na sua condição social⁶⁶¹.

Com isso, entende-se que a garantia da autonomia no marco da relação de trabalho individual significa construir o sistema constitucional com base na dignidade do trabalhador, como essência de toda relação trabalhista. Funciona a dignidade como um valor e princípio de natureza nuclear⁶⁶², que atinge, por óbvio, os atos relativos à autonomia privada do obreiro.

Em posição aparentemente contrária, Adrián Goldin afirma que as partes do contrato individual "no pueden apartarse de las normas laborales imperativas ni si quiera buscando se compensación dentro del limitado ámbito de la cláusula de modo de hacer de esta, en su conjunto, una unidad más favorable"⁶⁶³. Para o autor, as normas imperativas não seriam passíveis de negociação, ainda que trouxessem uma compensação que, no todo, fosse mais favorável ao empregado.

Concorda-se com a posição esposada, haja vista que as normas de Direito do Trabalho imperativas não seriam passíveis de negociação individual, encontrando limites na lei, ordem pública e nos próprios direitos fundamentais laborais, conforme será visto mais adiante. Isso não significa dizer, todavia, que não seja possível o estabelecimento de um regime de contrapartidas nas negociações individuais, respeitando os limites estabelecidos para o exercício da autonomia privada individual.

Vantagens compensatórias na negociação individual, em analogia ao que ocorre na negociação coletiva, são essenciais para a validade de um negócio jurídico entre empregado e

⁶⁶¹ MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. *A intangibilidade dos Direitos Trabalhistas*. São Paulo, LTr, 2009, p. 21.

⁶⁶² MARTINEZ ABASCAL, Vicente-Antonio; HERRERO MARTÍN, José Bernardo. *Sistema de derecho del trabajo*. 2. ed. Tarragona: publicaciones URV, 2015, p. 86.

⁶⁶³ GOLDIN, Adrián O. *Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos*. Cuadernos de investigaciones 22. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A., 1991, p. 21.

empregador, sob pena de se acentuar ainda mais a vulnerabilidade da parte débil da relação jurídica trabalhista.

4.2.4 A necessidade de proteção ao emprego na negociação individual trabalhista

Esta pesquisa abraça a concepção que seria essencial para a liberdade negocial individual o estabelecimento de garantia de emprego para o empregado que, preenchendo os demais critérios e respeitando os limites da negociação individual, submete-se ao processo negocial. Seria este requisito uma forma de se garantir a manifestação de vontade livre e desembaraçada, desvinculada do medo da perda do emprego, diante da constatação da vulnerabilidade fática e negocial do empregado.

O que a garantia de emprego estabelece é uma vedação à despedida injustificada, sendo uma vacina contra o arbítrio, um limite ao poder de gestão do empregador⁶⁶⁴. Não se confunde com a estabilidade, que seria uma forma de manutenção do trabalhador no emprego por um longo espaço de tempo⁶⁶⁵. Inicialmente, a estabilidade fora ligada a questões previdenciárias, como um instrumento de manutenção da contribuição previdenciária. Posteriormente, fora incorporada ao diploma celetista por meio da chamada estabilidade decenal, de sorte que o empregado que contasse com mais de 10 anos de serviço na mesma empresa não poderia ser despedido senão por motivo de falta grave ou força maior⁶⁶⁶.

O regime de estabilidade decenal, já abalado pela Lei 5107/66, que estabeleceu a opção entre esta e o novo regime do FGTS, fora substituído pelo regime de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa prevista na Constituição Federal de 1988, revelando uma mudança ideológica acerca da proteção ao emprego no Brasil.

Diante deste cenário, atualmente, somente com mecanismos de garantia de emprego é que se pode evitar que o empregador trate a mão de obra do empregado como um bem qualquer, com valor econômico dentro do mercado de consumo, totalmente desvinculado da pessoa humana que se encontra fazendo parte daquela relação jurídica. Por isso, entende-se que a garantia de emprego é essencial em qualquer relação empregatícia, haja vista que possibilita o estabelecimento de um freio aos ímpetos da economia neoliberal. No entanto, limitar-se-á o

⁶⁶⁴ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. *Trabalho na Constituição*. São Paulo: LTr, 1989, p. 16-18.

⁶⁶⁵ MARTINS, Nei Frederico Cano. *Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo: LTr, 1995. p. 23.

⁶⁶⁶ Art. 492, CLT. O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

objeto de pesquisa ao estabelecimento de garantias de emprego como fenômeno necessário à realização da negociação individual trabalhista.

Em verdade, segundo Valdete Souto Severo, a proteção contra a dispensa imotivada encontra respaldo no próprio discurso liberal, "já que apenas empregados protegidos contra a possibilidade de extinção repentina do posto de trabalho têm condições reais de negociar direitos trabalhistas"⁶⁶⁷. O emprego deve ser visto como um ser social a ser preservado, de sorte que mecanismos de proteção ao mesmo, que possibilitem a afirmação axiológica da continuidade da relação de emprego, são cruciais para se pensar no exercício da autonomia privada na seara laboral.

Neste contexto, defende-se a incorporação da Convenção 158 da OIT, aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra e com entrada em vigor em 23 de novembro de 1985, como um mecanismo capaz de promover proteção ao emprego por meio da proibição da denúncia vazia do contrato de trabalho⁶⁶⁸.

Esta ferramenta poderia melhorar o relacionamento entre o empregado e o empregador, pois, ao se exigir uma causa justificada para o término contratual, acabaria com a denúncia vazia do contrato. Se houver dúvida acerca da motivação indicada no momento da dispensa, confere-se o ato e, se não há motivação adequada, nos termos da Convenção 158 da OIT, este ato é nulo⁶⁶⁹.

Essa norma, no tocante à autonomia privada individual, pode colocar o empregado numa posição mais confortável em termos negociais, haja vista que garante que a dispensa só ocorreria se presentes motivos fundados para tanto. Embora não se trate de estabilidade, a garantia de emprego prevista na Convenção 158 da OIT é de grande ajuda na técnica negocial, pela promoção da igualdade e proteção ao emprego que promove.

Ressalta-se que o depósito da carta de ratificação fora efetuado em janeiro de 1995 pelo Brasil e o decreto de promulgação n. 1855 fora publicado em 11 de abril de 1996. No entanto, influenciado pela interpretação de que o art. 7º, I, da CF/88 necessitava de lei complementar

⁶⁶⁷ SEVERO, Valdete Souto. Garantia de Manutenção no Emprego: Condição de Possibilidade da Verdadeira Negociação Coletiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações : Vol. 5, n. 80 (jul. 2009). Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/80395/2009_severo_valdete_garantia_manutencao.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 22 abr. 2019.

⁶⁶⁸ BRASIL. *Decreto n. 1855, de 10 de abril de 1996*. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1855.htm, acesso em 22 abr. 2019.

⁶⁶⁹ SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996, p. 63.

para a sua excecutoriedade, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, publicou o Decreto n. 2100 em 23 de janeiro de 1996, denunciando a Convenção 158 da OIT.

Discute-se se este processo foi válido, haja vista que a denúncia de uma Convenção depende de atividade do Congresso Nacional e do Presidente, nos termos do art. 49, I, da CF/88. No caso em questão, não houve manifestação do Congresso Nacional, o que colocaria em xeque a constitucionalidade formal da denúncia da Convenção 158. Em face destas questões tramita, atualmente, no STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI - n. 1625-3, com o objetivo de questionar o ato de denúncia unilateral do Presidente⁶⁷⁰.

Entretanto, argui-se que, independentemente da incorporação ou não da Convenção 158 da OIT ao ordenamento brasileiro (embora se deixe claro que se concorda com o conteúdo desta Convenção), existem fundamentos jurídicos para se exigir a motivação da dispensa e, conseqüentemente, proteção ao emprego.

A motivação nada mais é do que uma decorrência lógica do princípio da proteção, resultante da vedação da coisificação do homem. A motivação seria um dever que decorre de uma relação em que o homem obriga-se pessoal e diretamente para com outro homem, entregando-lhe sua força física, psíquica e emocional em troca de remuneração, funcionando como a expressão das razões que levam o empregador a optar pela ruptura do vínculo, que permite que o empregado compreenda as mudanças que lhe serão impostas, sem ser pego de surpresa⁶⁷¹.

O art. 7º, I da Constituição brasileira garante a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, proibindo, portanto, a despedida sem motivação pelo empregador. Defende-se que este dispositivo teria eficácia plena, assegurando ao trabalhador este direito social, constitucional e fundamental, sendo antijurídica a dispensa injusta ou arbitrária⁶⁷².

O direito do empregador em despedir o empregado não poderia ser arbitrário ou imotivado. Ato motivado deve ser encarado, neste prisma, como o contrário de um ato arbitrário, de sorte a ser a garantia de emprego um direito suficiente para gerar aplicabilidade imediata⁶⁷³.

⁶⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1625*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>, acesso em 22 abr. 2019.

⁶⁷¹ SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 14.

⁶⁷² MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005, p. 198.

⁶⁷³ Nesta pesquisa, filia-se à corrente que entende ser possível se falar em eficácia imediata dos direitos fundamentais, com fulcro no art. 5º, §1º da CF/88. Neste sentido, sendo a proteção contra a dispensa arbitrária um direito fundamental específico trabalhista, estaria sujeito à determinação do art. 5º, §1º da Constituição, que determina a eficácia imediata dos direitos fundamentais, não havendo, portanto, necessidade de Lei Complementar para a aplicabilidade da garantia de emprego em questão. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia*

Caberia à Lei Complementar determinar apenas limites técnicos da aplicabilidade, como elementos e indenização compensatória. A Constituição garante, assim, o princípio da conservação do emprego ou da continuidade⁶⁷⁴.

Segundo Valdete Souto Severo, os elementos da despedida arbitrária estariam dispostos já no texto celetista, em especial no art. 165 da CLT que conceitua a dispensa arbitrária como aquela que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. O direito fundamental a uma relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária impediria a denúncia imotivada, de sorte que a lei a ser editada apenas deveria explicitar o dever já contido no dispositivo constitucional⁶⁷⁵.

Dispositivo mais recente surge em linha semelhante ao estabelecer no que consiste a dispensa arbitrária. O art. 510-D, §3º da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista, afirma que despedida arbitrária consiste naquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, ao tratar da garantia de emprego do membro da comissão de empregados⁶⁷⁶.

O que se busca, portanto, é a simples aplicação do art. 7º, I da Constituição, dispositivo este também dirigido aos particulares, haja vista que o empregador não detém poderes ilimitados, sendo estes vinculados à função social da propriedade e ao regramento constitucional invocado⁶⁷⁷. Este entendimento nada mais é do que o reconhecimento da existência de vulnerabilidade fática e negocial vivenciada pelo empregado, afinal os desequilíbrios decorrentes do poder diretivo não autorizam que este seja infinito ou imensurável.

Não se pode pensar na despedida como algo irrelevante socialmente, sob pena da depreciação do valor social do trabalho e da exaltação do dinheiro como lógica da condição social⁶⁷⁸. A

dos Direitos Fundamentais. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p.279. Da mesma forma, afirma Jorge Luiz Souto Maior: "ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena". MAIOR, Jorge Luis Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e a aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano. 30, n. 116, out./dez. 2004, p. 110.

⁶⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 193.

⁶⁷⁵ SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 197.

⁶⁷⁶ Art.510, §3º, CLT: § 3º Desde o registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, o membro da comissão de representantes dos empregados não poderá sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

⁶⁷⁷ VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *Proteção efetiva contra a dispensa arbitrária no Brasil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 207.

⁶⁷⁸ BAYLOS GRAU, Antonio; REY, Joaquim Pérez. *A dispensa ou violência do poder privado*. Trad. Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009, p. 34.

proteção à dispensa é ferramenta importante diante do desequilíbrio causado pela vulnerabilidade negocial, uma vez que a desvantagem em relação àquele que possui um maior poder dentro da negociação pode ser reduzida.

A forte assimetria causada pela existência do direito de dispensar do empregador, sem a necessidade de motivação, conduziria a um aumento ainda maior da vulnerabilidade negocial e fática, pois a culpa do término contratual seria atribuída a este empregado, numa perspectiva de exclusão social. Ele é considerado o excedente de mão de obra, o fracassado, o inadaptado às exigências e tarefas exigidas pelo empregador, o culpado por ser dispensado⁶⁷⁹.

É salutar, portanto, que o empregado que exerça liberdade negocial individual, aceitando negociar diretamente com o empregador, possua garantia de emprego, de sorte a apenas poder ser dispensado se, porventura, houver justificativa para tanto. Frisa-se que esta ideia não possui nenhum teor inovador, consistindo apenas na eficácia imediata do art. 7º, I, da Constituição Federal.

Constitui, ademais, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no momento do encerramento contratual, garantindo ao empregado, com base nos deveres anexos da boa-fé relacionados à informação, colaboração e lealdade, ciência acerca da justificativa que ensejou o findar do vínculo empregatício.

Repise-se que, embora se concorde com a eficácia deste dispositivo a toda e qualquer relação de emprego, no que tange à proteção ao contratante vulnerável esta ferramenta se mostra essencial por funcionar como uma combinação dos princípios da liberdade e igualdade, compensando-se a fragilidade de um dos contratantes num aspecto fático e jurídico.

Dessa argumentação infere-se que a vulnerabilidade fática e a vulnerabilidade negocial são beneficiadas de forma direta, por meio da promoção de um maior equilíbrio contratual. Não obstante, logra-se êxito também no que diz respeito à vulnerabilidade econômica, pelo fato da garantia de emprego salvaguardar, em alguma medida, o próprio emprego enquanto posição de posto de trabalho. Tem-se que a redução do medo do empregado em se tornar parte do exército de desempregados é capaz de promover, ainda que de forma sutil, uma diminuição da vulnerabilidade econômica o que, em linhas gerais, facilita o exercício da liberdade negocial.

⁶⁷⁹ BAYLOS GRAU, Antonio; REY, Joaquim Pérez. *A dispensa ou violência do poder privado*. Trad. Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009, p. 34.

4.2.5 A impossibilidade de negociação individual dos empregados hipervulneráveis em relação aos direitos que lhes garantem proteção diferenciada

O art. 5º da Recomendação 198 da OIT determina a indispensabilidade da “proteção efetiva aos trabalhadores especialmente afetados pela incerteza da existência de uma relação de trabalho”, em especial em relação àqueles que se encontram numa situação de vulnerabilidade agravada, seja por questões de gênero, origem étnica ou idade⁶⁸⁰.

Esta recomendação abrange o aspecto da hipervulnerabilidade em seara laboral, indicando a necessidade de políticas nacionais que sejam eficazes para proteger trabalhadores que estejam numa situação vulnerável no que concerne ao vínculo formal trabalhista. Elenca o artigo a necessidade de proteção dos jovens trabalhadores, trabalhadores mais velhos, migrantes, trabalhadores com deficiência e aqueles da economia informal.

De certo modo, embora tratando especificadamente sobre questões de acesso ao mercado de trabalho e emprego, o supracitado dispositivo determina a proteção daqueles que possuem uma fragilidade ainda mais acentuada no âmbito trabalhista, chamados nesta pesquisa de hipervulneráveis.

Trata-se, portanto, de enxergar as diferenças entre os próprios trabalhadores, considerando-os em sua individualidade concreta⁶⁸¹. Sabe-se que todos os trabalhadores possuem algum grau de vulnerabilidade, no sentido de que podem, a qualquer momento, se tornar dependentes diante de instituições precárias, que não promovem direitos individuais e coletivos capazes de garantir sua autodeterminação⁶⁸².

No entanto, a hipervulnerabilidade deve ser vista como um estado subjetivo, multiforme e pluridimensional, determinando-se a proteção àqueles que são seres minoritários, discriminados ou ignorados diante da massificação das relações trabalhistas e invisibilidade das diferenças. A vulnerabilidade aqui é exacerbada ou acentuada em razão da pouca ou da avançada idade, da condição de deficiência e gênero.

⁶⁸⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação n. 198*. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/content/relativa-%C3%A0-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho>.

⁶⁸¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlaune. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, n.º 71, p. 109-148, 2012, p. 140.

⁶⁸² FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida econômica, 2012, p. 134.

A proteção aos empregados hipervulneráveis ou com vulnerabilidade agravada implica no reconhecimento de qualidades que lhes são específicas e que os diferenciam dos demais empregados com base na situação social fática e objetiva. A tutela jurídica especial surge, portanto, como um mecanismo para equilibrar a relação jurídica em tela, sendo também uma forma de manifestação do princípio da igualdade.

Tanto é assim que o sistema jurídico trabalhista garante proteção diferenciada àqueles empregados hipervulneráveis, justamente por conta do agravamento da condição de debilidade evidenciada na relação fático-contratual. A Constituição Federal e as normas de direito interno, além das Convenções e Tratados Internacionais, buscam compensar as desigualdades fáticas inerentes a estas minorias, fazendo com que as mesmas possam ter um espectro protetivo efetivo dentro do sistema jurídico brasileiro.

No que diz respeito à autonomia privada destes trabalhadores, o cuidado deve ser ainda maior, ante a já mencionada exacerbação da vulnerabilidade. Defende-se, portanto, que os hipervulneráveis não poderiam realizar negócios jurídicos que tivessem por conteúdo a renúncia ou transação de direitos relacionados às características que os tornam hipervulneráveis, sob pena de agravamento da disparidade existente entre empregado e empregador. No que tange aos atos de autonomia privada não relacionados a esta situação, a realização de negócios jurídicos seria possível, mas sempre sendo observada com parcimônia, diante da possibilidade deste não estar em conformidade com o Direito, acarretando numa invalidade.

A fundamentação para esta abordagem reside na própria noção de vulnerabilidade agravada destes trabalhadores. Em relação àqueles que possuem idade avançada - os trabalhadores idosos - sua atividade econômica encontra-se diminuída, seu corpo e raciocínio mais lentos diante do passar do tempo. A diminuição das aptidões físicas e mentais coloca estes trabalhadores idosos numa posição de maior suscetibilidade na realização de negócios jurídicos contrários aos seus interesses⁶⁸³, muitas vezes por engano ou ignorância, num agravamento da vulnerabilidade informacional.

⁶⁸³ Embora não se trate de um caso específico da área trabalhista, em seara consumerista se reconheceu a hipervulnerabilidade do consumidor idoso e a nulidade do contrato realizado diante do vício de consentimento do mesmo. Neste sentido: RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL. COMPRA E VENDA, A DOMICÍLIO, DE COLCHÃO COM PROMESSA DE EFEITO TERAPÊUTICO QUE RESOLVERIA OS PROBLEMAS DE DORES NO CORPO E MELHORA NA SAÚDE DA CONSUMIDORA, PESSOA IDOSA E DE PARCOS RENDIMENTOS. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NA CONTRATAÇÃO CONSISTENTE EM ERRO SUBSTANCIAL QUANTO AO OBJETO DA COMPRA E AS QUALIDADES A ELE ESSENCIAIS. NULIDADE DO CONTRATO. RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. DIREITO À DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS.

A relação de dependência em face do emprego também é vislumbrada. Esta dependência pode ser econômica, gerando um agravamento da vulnerabilidade econômica, principalmente nos casos em que o idoso funciona como provedor da família, seja pela coabitação com dependentes desempregados, seja pela pouca renda advinda dos benefícios previdenciários. A dependência, todavia, pode ser emocional, como um mecanismo de apego ao trabalho até então desempenhado⁶⁸⁴.

Vislumbra-se ainda uma vulnerabilidade técnica maior em relação aos idosos, que podem sentir mais o avanço tecnológico no ambiente de trabalho. Infere-se ainda que os idosos acabam sendo uma mão de obra mais fácil de ser substituída por esta questão, além do patamar remuneratório que, por ser, por vezes, mais alto, os coloca na linha de frente da perda do emprego. A recolocação no mercado de trabalho de uma pessoa idosa, inclusive, é dificultada⁶⁸⁵, o que demonstra a necessidade de uma proteção diferenciada.

Ademais, a vulnerabilidade do jovem obreiro também é avivada, uma vez que este se encontra em formação física e intelectual. Sabe-se que a Constituição permite o labor a partir dos 16 anos, salvo se aprendiz a partir dos 14 anos. Esse jovem é facilmente ludibriado, uma vez que não se encontra apto para exercer todos os atos da vida civil.

Presume-se, portanto, uma vulnerabilidade informacional neste contexto, já que este jovem trabalhador ainda não possui a malícia e destreza para lidar com todos os aspectos que envolvem o vínculo empregatício, podendo ter, inclusive, uma postura impulsiva no que tange à tomada de decisões acerca da vida laboral⁶⁸⁶.

DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. RIO GRANDE DO SUL.. *Recurso Cível Nº 71008110835*. Terceira Turma Recursal Cível. Relator: Fabio Vieira Heerdt. DJ 21/02/2019. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=consumidor+idoso+hipervulner%C3%A1vel&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris, aceso em 24 abr. 2019.

⁶⁸⁴ COUTRIM, Rosa Maria da Exaltação. Idosos trabalhadores: perdas e ganhos nas relações intergeracionais. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 21, n. 2, p. 367-390, maio/ago. 2006, p. 368.

⁶⁸⁵ FELIX, Jorge. O idoso e o mercado de trabalho. In: ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia; GIACOMIN, Karla Cristina (org.). *Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 247-248.

⁶⁸⁶ Estudos na área de neuropsicologia e neuropsiquiatria buscam determinar o momento do amadurecimento cerebral no tocante à tomada de decisões, em especial diante do comportamento impulsivo vislumbrado nos adolescentes. Tais estudos são concentrados na parte do cérebro denominada de lobo frontal. O lobo frontal é encarregado do controle da ação antecipadamente, da escolha dos objetivos a serem alcançados, do planejamento, da seleção da resposta mais adequada e da inibição de outras, da atenção no acompanhamento enquanto a ação se desenrola e da verificação do resultado. PINO, Viviane Del; WELANG, Blanca Susana Guevara. Homicídio e lobo frontal: revisão da literatura. *Interação em Psicologia*. Vol. 10, Ed. 1, 2006, p. 127-137. Curitiba: UFPR, 2006, p. 128. Segundo David Eagleman, a principal diferença entre o cérebro de um

O trabalho destinado ao jovem normalmente é voltado a atividades precárias, motivado pela necessidade de se obter renda para subsistência própria e da família, além do acesso aos bens trazidos pela sociedade de consumo e desinteresse ou descrença nos estudos como propulsor de melhores condições de vida no futuro⁶⁸⁷. A vulnerabilidade econômica, diante dessa constatação, é uma realidade marcante, ante a dependência econômica deste jovem em relação ao seu emprego.

Corroborando com este fato os dados encontrados na PNAD contínua, em que 27,2% dos jovens com até 24 anos, no final de 2018, estavam sem emprego e mais de 1,76 milhão de jovens se encontram na condição de desalento, em que há desistência da procura de emprego⁶⁸⁸. O medo em face do desemprego afeta esses trabalhadores de forma colossal, haja vista que, para eles, posicionar-se no mercado de trabalho é extremamente difícil, o que agrava a vulnerabilidade deste grupo.

Aliando-se o fato de ser este trabalhador um ser em desenvolvimento, ainda imaturo para a tomada de decisões, com a apreensão em face do desemprego, a vulnerabilidade desta categoria de trabalhadores é notável, o que implica numa autonomia privada mais restrita.

Isso também ocorre com a mulher, que sofre com a influência do patriarcado nas relações laborais, sendo alvo de discriminação voltada à condição do seu gênero, apenas pelo fato de ser mulher. O estado gestacional feminino é um dos pontos deste agravamento da vulnerabilidade. A pesquisa realizada na Fundação Getúlio Vargas - FGV por Cecília Machado e Valdemar Pinho Neto indica que há imediata queda no emprego das mães ao final da licença maternidade e, após 24 meses, metade delas acaba por sair do mercado de trabalho, na maioria das vezes por iniciativa do empregador⁶⁸⁹.

Nota-se uma vulnerabilidade fática grande, uma vez que, submetidas às ordens e ditames advindos do empregador, as mulheres, mesmo se competentes e responsáveis, são dispensadas

adolescente e de um adulto é o desenvolvimento dos lobos frontais, chamados de órgão da socialização, que só ocorrem por volta dos 20 anos e fundamenta o comportamento impulsivo dos adolescentes. EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Trad. Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p.197.

⁶⁸⁷ GONÇALVES, Ana Lucia de Alencastro. Aprendizagem profissional: trabalho e desenvolvimento social e econômico. *Estud. av.*, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 191-200, Aug. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142014000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24 abr. 2019.

⁶⁸⁸ BRASIL. IBGE - *Pnad Contínua*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24109-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-4-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-24-6-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro-de-2019>, acesso em 01 abr. 2019.

⁶⁸⁹ MACHADO, Cecília; PINHO NETO, Valdemar. *The Labor Market Consequences of Maternity Leave Policies: Evidence from Brazil*. FGV. Disponível em: https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf, acesso em 24 abr. 2019.

sem justa causa pelo mesmo, diante da condição de maternidade atual. A circunstância apresentada no aspecto social repercute na seara laboral, fazendo com que a mulher se submeta, por vezes, a situações prejudiciais ou de abdicção dos seus direitos para a manutenção do posto de trabalho.

Não há, por exemplo, como defender que uma mulher poderia negociar, no exercício da sua autonomia privada, questões que envolvem a maternidade, de forma direta ou indireta, em seu prejuízo, ante a fragilidade advinda deste estado feminino e do contexto social na qual a maternidade é tratada, além da restrição que será vista adiante relacionada aos direitos fundamentais.

Não parece ser esta a posição do legislador brasileiro, contudo. Introduziu-se modificação no art. 396 da CLT por meio da Lei 13.467/17, de sorte a determinar que os horários destinados à amamentação devam ser negociados individualmente entre empregada e empregador⁶⁹⁰. Infere-se que este dispositivo não leva em consideração a hipervulnerabilidade da mulher lactante, tampouco a necessária proteção da criança que necessita do aleitamento materno, haja vista que pode ensejar que os horários para lactação sejam aqueles mais convenientes ao empregador.

A intolerância em face do gênero feminino acaba se traduzindo por meio de discriminações no ambiente de trabalho, que vão desde as questões salariais à ocupação de cargos de confiança, oprimindo as mulheres e comprometendo seu poder decisório ante a vulnerabilidade extremada vivenciada. A complexidade das relações sociais marcadas pela desigualdade acaba por perpassar toda a realidade social brasileira, demonstrando o pressuposto teórico da desigualdade estrutural de gênero, que agrava a vulnerabilidade das trabalhadoras e compromete o exercício da liberdade negocial⁶⁹¹.

A vulnerabilidade econômica, mais uma vez, é vislumbrada, diante do considerável crescimento das mulheres como chefes de família no arranjo monoparental e unipessoal, onde ocorreu um aumento de 20% no arranjo monoparental, e 124% no arranjo unipessoal em 15

⁶⁹⁰ Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um. [...]

§ 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.

⁶⁹¹ CEREZETTI, Sheila Christina Neder; Et al. *Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?* São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2019, p. 59.

anos⁶⁹². As mulheres são responsáveis pelo seu sustento e de familiares em muitos modelos familiares, colocando-as na mesmíssima condição de temor em fazer parte do exército de desempregados e numa situação de vulnerabilidade econômica diante da dependência do emprego.

Por fim, defende-se a impossibilidade de negociação individual em relação à pessoa com deficiência, no tocante aos direitos que se relacionam com os impedimentos de longo prazo que podem obstruir a participação plena do indivíduo em sua vida laboral.

A eliminação ou diminuição de barreiras enfrentadas pela pessoa com deficiência se mostra muito importante, constituindo direito fundamental relacionada à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, não podendo ser alvo de liberdade negocial individual. A vulnerabilidade da pessoa com deficiência pode, inclusive, se mostrar ainda mais exacerbada em relação à discriminação sofrida no ambiente social e laboral.

Ressalta-se que, a depender do tipo de impedimento ou obstáculo vivenciado pelo trabalhador com deficiência, sua inserção no mercado de trabalho é ainda mais complicada, até mesmo porque as empresas acabam por preferir empregados que guardem deficiências leves, visando evitar os custos relativos à adaptação e acessibilidade. Não poderia o empregado com deficiência, por exemplo, abrir mão do direito à adaptação do meio ambiente laboral para o exercício das suas atividades.

Pesquisa feita pela Associação Brasileira de Recursos Humanos Nacional, Isocial e Catho, em 2014/2015, com 2.949 profissionais do setor de recursos humanos apontou que 81% dos recrutadores contratam pessoas com deficiência apenas para cumprir os ditames do já mencionado art. 93 da Lei 8312/91, que trata da política de cotas no setor privado. Apenas 4% dos entrevistados declararam fazê-lo por acreditar no potencial destes trabalhadores⁶⁹³.

Por estas e pelas razões já expostas ao longo desta pesquisa, sustenta-se que o exercício da autonomia privada individual não pode ser tolhido aos hipervulneráveis, mas precisa encontrar contingências maiores do que as vislumbradas para o empregado vulnerável ante a

⁶⁹² "Em termos de arranjos domiciliares, as chefias femininas são ampla maioria nas famílias monoparentais (cerca de 87%), dividem meio a meio as chefias dos arranjos unipessoais (cerca de 50%) e são minoria (cerca de 23%) nas chefias das famílias nucleares (núcleo duplo). Foram aquelas em que os avanços aconteceram de maneira mais significativa. Entre 2001 e 2015, a chefia feminina aumentou 822% no arranjo casal sem filho e 551% no arranjo casal com filhos. Pode-se dizer que a maior novidade ocorrida no período em análise foi o crescimento da chefia feminina nas famílias de núcleo duplo, que estavam pouco abaixo de 5% em 2001 e passaram para cerca de 23% em 2015". CAVENAGHI, Suzana; ALVES, José Eustáquio Diniz. *Mulheres chefes de família no Brasil : avanços e desafios*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2018, p. 60-68.

⁶⁹³ CARDOSO, Cristiane. *81% Contratam Pessoas Com Deficiência Só "Para Cumprir Lei"*. Disponível em: <https://blog.isocial.com.br/81-contratam-pessoas-com-deficiencia-so-para-cumprir-lei/>, acesso em 24 abr. 2019.

necessidade de maior incidência do princípio da igualdade. Os mecanismos de proteção criados por conta da situação de fragilidade acentuada não podem ser objeto de negociação individual trabalhista, sob pena de se criar, por meio de um negócio jurídico, uma situação ainda mais grave que a já vivenciada por esses grupos hipervulneráveis.

4.2.6 A vulnerabilidade organizacional e a análise da condição do empregador para fins de exercício da autonomia privada individual

Sabe-se que o Brasil possui uma grande massa de trabalhadores que adentra pela primeira vez no mercado de trabalho através de oportunidades advindas de pequenos negócios. Segundo os dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, 55% desse universo de trabalhadores conquistaram o primeiro emprego, em 2017, por meio do estabelecimento de relação celetista em pequenos negócios, enquanto que as médias e grandes empresas foram responsáveis pela absorção de 44% dessa mão de obra. A Administração Pública, por sua vez, foi responsável pelo 1% restante⁶⁹⁴.

Ademais, em 2019, os pequenos negócios geraram 60,7 mil empregos formais celetistas, enquanto que as médias e grandes empresas começaram o ano registrando extinção líquida de 25,7 mil empregos. Assim, são os pequenos negócios responsáveis pela geração de empregos na economia atual brasileira, absorvendo expressiva parcela do exército de desempregados⁶⁹⁵.

Vislumbra-se que relações que envolvam empregadores pessoa física, empresários individuais, microempresas ou empresas de pequeno porte podem possuir como marca distintiva uma menor assimetria entre empregado e empregador. Embora estes desenvolvam atividades com muita importância socioeconômica, encontram dificuldades no acesso de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem uma inserção competitiva em âmbito econômico.

A importância das pequenas empresas, advinda do desenvolvimento econômico, social e laboral proporcionado por estas, fez com que o ordenamento jurídico se voltasse à busca da isonomia substancial em relação às mesmas, em especial pela preocupação com a justiça social enquanto objetivo da ordem econômica e social do país. Segundo o art. 170 da CF/88, a

⁶⁹⁴ SEBRAE. *Relatório Especial do CAGED: primeiro emprego nos pequenos negócios*. Brasília: Sebrae, 2018, p. 6.

⁶⁹⁵ *Id. Análise do CAGED: janeiro de 2019*. Brasília: Sebrae, 2019, p. 3.

ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, estabelecendo um plexo normativo que conduz ao modelo econômico adotado no Brasil e a forma de atuação do Estado no domínio econômico⁶⁹⁶.

A Constituição, ao se referir à ordem econômica sob o prisma dos princípios fundamentais elencados, não deseja desprezar ou eliminar o sistema capitalista de produção, e sim conformá-lo aos fins sociais pretendidos pelo Estado, buscando alcançar um ponto de equilíbrio entre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa⁶⁹⁷.

Para André Ramos Tavares, além dos princípios econômico-constitucionais em sentido amplo mencionados, o art. 170 da CF/88 elenca princípios econômico-constitucionais em sentido estrito, sendo estes: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento diferenciado para as pequenas empresas constituídas sob a égide das leis brasileiras e que tenham sede e administração no país⁶⁹⁸.

A igualdade material no tratamento das pequenas empresas corporifica uma aproximação entre os conceitos de desenvolvimento social, bem-estar, dignidade humana e justiça social. Isso porque se busca, no sistema brasileiro, que microempresas e empresas de pequeno porte possam ter tratamento favorecido que garanta competitividade no mercado econômico, uma vez que são responsáveis por desenvolvimento regional social, além de promover emprego e movimentação da economia⁶⁹⁹.

Uma economia saudável almeja o desenvolvimento e crescimento de pequenas empresas, sendo uma avaliação de avanço econômico com base no equilíbrio entre liberdade de iniciativa, qualidade de vida e valorização do trabalho humano⁷⁰⁰. O tratamento diferenciado às pequenas empresas encontra sede constitucional não apenas no art. 170, IX, mas também nos artigos 146, III, d e 179 da CF/88⁷⁰¹, almejando ações afirmativas do Estado que garantam

⁶⁹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional econômico*. São Paulo: LTr. 2001, p. 134-135.

⁶⁹⁷ BIALESKI, Roseli de Fátima. VILLATORE, Marcos Antônio César. Novas considerações sobre a ponderação entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador à luz da ordem econômica constitucional. *Revista de direito do trabalho*. São Paulo: Ano 36, n. 139, jul.-set. 2010, p. 161.

⁶⁹⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 128-129.

⁶⁹⁹ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.91.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p.304.

⁷⁰¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

isonomia substancial. Em nível infraconstitucional, diversas são as normas que abordam a temática, possuindo, entretanto, destaque a Lei Complementar 123/06⁷⁰², que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, alterando, inclusive, a CLT para garantia de tratamento diferenciado no que diz respeito ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Embora estes dispositivos sejam voltados à atuação estatal diante das micro e pequenas empresas, demonstram que o tratamento diferenciado aos pequenos empregadores consiste num princípio do ordenamento jurídico pátrio, fundamentando distinções, inclusive de natureza celetista, a fim de promover um maior desenvolvimento dessas atividades. Com base nos fundamentos constitucionais apresentados, defende-se nesta pesquisa que a liberdade negocial na relação de emprego que envolve o pequeno empregador não pode se sujeitar aos mesmos critérios estabelecidos para as grandes empresas. Explica-se.

Graus de assimetria nas relações de poder podem ser vislumbrados, em especial no que diz respeito ao Direito do Trabalho. Não há como promover o mesmo tratamento entre pequenos e grandes empregadores, até mesmo porque as exigências econômico-sociais e disparidades estruturais são evidentes.

Em certa medida, os pequenos empregadores, incluindo-se aqui os empregadores pessoa física, entidades beneficentes, microempresários individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, são frágeis do ponto de vista econômico, social, cultural e organizativo, apresentando, também, certo grau de vulnerabilidade. Obviamente, não se pode comparar a vulnerabilidade existente em relação aos empregados com a vulnerabilidade dos pequenos empregadores, até mesmo porque estes exercem atividade econômica ou pessoal sem as diretrizes da subordinação jurídica e assumem os riscos desta atividade.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm; acesso em: 07 de set. 2018.

⁷⁰² BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm, acesso em 20 abr. 2019.

Todavia, não se pode desprezar a necessidade de conciliação entre os direitos individuais dos empregados com as exigências que derivam do vínculo empregatício contratual nestas situações, até mesmo porque se estará diante de um grau de assimetria menor entre empregado e empregador, que fundamenta um maior grau de autonomia privada individual⁷⁰³.

Buscando estabelecer uma ponderação entre direitos fundamentais e autonomia privada no Direito Individual do Trabalho, Fábio Rodrigues Gomes e Daniel Sarmento defendem uma conciliação entre o respeito aos direitos individuais dos empregados com as exigências que derivam do vínculo contratual mantido com o empregador. Para tanto, buscam evitar duas posições extremadas: a posição que ignora a participação da vontade do empregado no momento da celebração do seu contrato e a que, em nome da autonomia privada, revela-se insensível diante da opressão privada que pode ocorrer em relações assimétricas⁷⁰⁴.

Os autores argumentam que parâmetros para restrição de direitos fundamentais nas relações laborais devem ser visualizados. Restrições proporcionais, a *priori*, seriam possíveis se mantivessem relação com os objetivos legítimos do empregador. Entes de grande envergadura, com muitos empregados e atuação pautada em interesses econômicos, teriam que respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, pois se estabeleceria uma preferência *prima facie* destes por conta da forte assimetria existente naquela relação. Se a natureza do empregador for de micro, pequeno empresário, empresário individual ou entidade sem fins lucrativos, deverá ser mitigada a referida preferência, em face da menor desigualdade fática e maior proximidade pessoal entre as partes e vontades dos contratantes. Caso se trate de empregador doméstico, também não deverá existir preferência *prima facie* do direito fundamental do empregado diante de uma escolha restritiva do empregador, haja vista que aquele não desenvolve atividade econômica, atuando num ambiente residencial e familiar, em que deve ser preservada uma margem de arbítrio⁷⁰⁵.

Independentemente da natureza da atuação do empregador, por fim, haverá preferência ao direito fundamental do empregado sempre que existir conduta restritiva do empregador que

⁷⁰³ WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego sob a perspectiva do Direito Individual Do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016, p. 36.

⁷⁰⁴ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011, p. 92-93.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 93-94.

coloque em jogo alguma qualidade intrínseca ou existencial do trabalhador, como gênero, idade, nacionalidade, etnia, etc.⁷⁰⁶.

Concorda-se com a ideia sustentada pelos supracitados autores, haja vista que esta se coaduna com a noção de graus de autonomia privada individual adotada nesta pesquisa. Ademais, o tratamento diferenciado aos pequenos empregadores encontra-se inserido no texto constitucional, constituindo princípio que possui relação direta com a valorização do trabalho humano e livre iniciativa. Reconhece-se, também, a importância das atividades desempenhadas pelos pequenos empregadores quando um maior grau de autonomia privada individual lhes é resguardado, haja vista que se leva em consideração o grau do impacto econômico e social que resulta a imposição de uma obrigação positiva ligada aos direitos sociais em questão⁷⁰⁷.

As situações de poder social são muitas e diferenciadas, de sorte que o grau e a medida de aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias variam de acordo com os tipos de situações e circunstâncias em concreto⁷⁰⁸. O critério "poder social" do empregador é de difícil análise em abstrato, uma vez que a graduação da autonomia privada individual pode variar de acordo com a intensidade do poder exercido nas situações concretas, até mesmo nas tidas por similares, como ocorre com o emprego doméstico, por exemplo.

Almeja-se com esta pesquisa, todavia, o estabelecimento de critérios e fatores de limitação que possam servir de parâmetro para as situações concretas. Por isso, com base nos fatores objetivos propostos para as situações gerais de emprego, se analisará a situação do pequeno empregador no que tange à autonomia privada individual em âmbito laboral, aqui definido como o empregador pessoa física, microempresário individual, microempresário ou empresa de pequeno porte e entidades sem fins lucrativos.

O critério dependência econômica deve se mantido, *a priori*, ainda que se trate de pequeno empregador, uma vez que demonstra que não é o empregado o detentor dos meios de produção, colocando-o numa posição de inferioridade em relação ao empregador. Ademais, a dependência econômica inviabilizaria a negociação individual, pois poderia estar o empregado em situação de miserabilidade ou ter naquele emprego sua única fonte de sustento,

⁷⁰⁶ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011, p. 95.

⁷⁰⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 306.

⁷⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 247.

comprometendo a sua manifestação de vontade. No entanto, estando o pequeno empregador em comprovada situação de debilidade econômica, ante a existência de certa vulnerabilidade econômica em relação ao mesmo, seria possível se pensar em um maior grau de autonomia privada individual pela assimetria visualizada no caso concreto.

Não bastaria o pequeno empregador informar que se encontra em ruína financeira, sendo necessário, para que a negociação ocorra, a demonstração da vulnerabilidade econômica na situação concreta, por meio de documentos, extratos bancários, balanços contábeis, dentre outros. Da mesma forma que ocorre com o empregado, seria possível se pensar numa invasão de intimidade e privacidade com a apresentação destes documentos. Todavia, uma ponderação se faz necessária neste aspecto, em prol de uma maior segurança na negociação individual.

As contrapartidas e a garantia de emprego também são essenciais para se falar em negociação individual de pequeno empregador e empregado. Obviamente, os custos das contrapartidas devem levar em consideração a capacidade econômico-financeira do empregador, uma vez que este não pode ser comparado a uma grande empresa, que possui recursos vultosos, investimentos e acesso facilitado ao crédito bancário. Deve se destacar que um custo em demasia poderia ensejar reflexos negativos para os resultados econômicos do pequeno empregador, em especial numa época marcada por grande competitividade, podendo, inclusive, levá-lo à insolvência ou falência⁷⁰⁹.

A impossibilidade de negociação em relação aos empregados hipervulneráveis, no que tange aos direitos que lhes garantem proteção diferenciada por conta de características intrínsecas ou existenciais, também deve ser preservada na negociação entre empregados e pequenos empregadores. Haverá uma reforçada preferência em relação aos direitos dos empregados hipervulneráveis, em razão da condição de minoria que lhes assiste.

A vulnerabilidade técnica e informacional se encontra presente no que diz respeito ao pequeno empregador, em certas situações. É possível que o empregador sofra com problemas relacionados ao déficit informacional acerca do conteúdo do Direito de uma forma geral, atingindo, inclusive, o Direito do Trabalho.

⁷⁰⁹ O percentual de empresas que são extintas em até dois anos é de 23,4%, conforme dados do ano de 2014. Entre 2010 e 2014, a taxa de sobrevivência das empresas aumentou de 54% para 77%. No entanto, este aumento deu-se por conta da ampliação do número de microempresários individuais. Quando estes são excluídos, a taxa de sobrevivência das empresas é de 58%, conforme análise do ano de 2014, o que significa dizer que mais de 40% das empresas no Brasil encerram suas atividades nos primeiros dois anos. SEBRAE. *Sobrevivência das empresas no Brasil*. Brasília: SEBRAE, 2016, p. 17.

Uma pesquisa realizada pelo SEBRAE de São Paulo⁷¹⁰ entre abril e novembro de 2013, com 1.820 entrevistados, identificou que 32% dos micro e pequenos empresários não conheciam os aspectos legais do negócio, o que acarretou em extinção da atividade. A mesma pesquisa constatou que 18% dos micro e pequenos empresários não realizaram levantamento acerca da qualificação necessária da mão de obra e que apenas 24% dos empresários entrevistados possuía nível superior completo.

Esses dados, embora não abarquem os empregadores pessoa física e instituições sem fins lucrativos, demonstram que a vulnerabilidade informacional também se encontra presente em relação ao pequeno empregador, que possui desconhecimento técnico e jurídico acerca do Direito, incluindo-se aqui o Direito do Trabalho. Quando se trata de empregador pessoa física, a vulnerabilidade fica ainda mais evidente, pois poucos são aqueles que possuem acesso amplo a informações de conteúdo jurídico.

Sustenta-se que a presença do sindicato é salutar na negociação individual entre empregado e pequeno empregador, visando suprir os déficits informacionais que possam estar presentes no exercício da autonomia privada individual. Igualmente, podem as partes escolher apoiadores para a tomada de decisão no processo negocial, respeitando-se a vontade das mesmas. Indica-se apenas que se faz necessário que empregado e empregador estejam assistidos por entidades ou apoiadores diferentes, garantindo-se a imparcialidade na assistência prestada pelas mesmas, em semelhança ao disposto para o processo de homologação de acordo extrajudicial, previsto no art. 855-B, §1º da CLT⁷¹¹.

Dispensa-se, por fim, o termo voltado à informação, por parte do empregador, acerca do conteúdo e riscos do negócio jurídico que está sendo firmado, uma vez que este também se encontra em situação de vulnerabilidade informacional presumida. Admite-se, todavia, prova em contrário, aplicando-se os ditames da boa-fé objetiva em relação ao dever informacional do empregador no exercício da autonomia privada individual.

Perfilha-se, em síntese, caminho que busca tratamento diferenciado aos pequenos empregadores em relação aos atos de liberdade negocial que ocorrem em âmbito laboral, em

⁷¹⁰ SEBRAE SÃO PAULO. *Causa Mortis: o sucesso e o fracasso das empresas nos primeiros cinco anos de vida*. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Anexos/causa_mortis_2014.pdf, acesso em 20 mar. 2019.

⁷¹¹ Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.
§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.
[...] BRASIL. *Decreto lei 5452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm, acesso em 01 abr. 2019.

face da reduzida assimetria existente entre estes e os empregados. Todavia, isso não significa dizer que não há necessidade de conformação da autonomia privada individual aos limites que serão propostos, uma vez que há imprescindibilidade na busca da isonomia substancial em âmbito laboral.

Se, mesmo no Direito Civil, limitações à autonomia privada são visualizadas, sendo que suas relações são, em essência, simétricas, não poderia se chegar à conclusão diferente em relação aos pequenos empregadores. A assimetria, neste caso, é menor, mas não se pode dizer que é inexistente. Os limites que serão sustentados se aplicam nesta relação jurídica, em respeito ao princípio da isonomia substancial.

4.3 LIMITES AO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA EM SEDE INDIVIDUAL LABORAL

Adotou-se caminho no sentido de que contingências à liberdade negocial são necessárias, visando resguardar a igualdade material dos sujeitos negociantes. A vontade negocial, destarte, não pode ser encarada de forma ilimitada, sob pena do retorno à noção de autonomia da vontade em detrimento do conceito de autonomia privada.

No Direito do Trabalho, diante da constatação da vulnerabilidade do empregado, percebe-se que este não está na posição de autodeterminação vislumbrada em outros âmbitos do Direito, de sorte que o exercício ilimitado da autonomia privada conduziria ao risco de uma presunção de liberdade que poderia ensejar ofensa à dignidade humana. Situações de grave violação de direitos fundamentais trabalhistas são concebidas quando não há proteção ao contratante vulnerável, com abdicação de direitos que lhes são inerentes. Como se pensar em impossibilidade de atuação de uma restrição em situações onde o empregado poderia abrir mão de direitos como férias, FGTS, décimo terceiro salário, jornada, intervalos, etc.?

Sabe-se que o Direito do Trabalho foi fruto de lutas reivindicatórias por melhores condições laborais e que enfrentamentos até hoje são apontados ante as práticas neoliberais de acumulação flexível, descentralização da produção, mundialização, terceirização irrestrita, dentre outras. Não se pode negar o conteúdo e o objetivo substancial do Direito do Trabalho, quer seja a proteção do vulnerável ante o poderio econômico advindo do capital.

Sem embargo, não se pode pensar num aniquilamento da autonomia do indivíduo, que não se apaga no estabelecimento do vínculo empregatício. A *via crucis* desta pesquisa consiste exatamente na busca de uma ponderação entre o exercício da liberdade do empregado ante a situação naturalmente desequilibrada que é o vínculo empregatício.

As limitações à autonomia privada individual trabalhista funcionam como uma medida prudente em face da vulnerabilidade do empregado. Estar-se-á diante de uma finalidade constitucional admissível, quer seja a proteção aos vulneráveis em razão da discrepância de poderes existentes.

Não há, no entanto, como se enxergar soluções uniformes ou apriorísticas. Faz-se necessária análise dos fatores objetivos já elucidados, além dos limites que serão abordados neste momento. Ressalta-se que estes limites funcionam como garantidores da escolha individual, haja vista que buscam a isonomia material na relação individual laboral, sendo, conseqüentemente, necessários.

4.3.1 Os limites tradicionais: lei, ordem pública, moral e bons costumes

As limitações tradicionais surgem como mecanismos capazes de fixar os contornos do exercício da autonomia privada, sem que isso signifique que as partes da relação negocial estão abrindo mão dos seus direitos. Em verdade, estão abrindo mão do exercício do direito pela força ou imposição, em prol do consenso da maioria.

O exercício da autonomia privada individual trabalhista funciona dentro dos limites autorizados pelo ordenamento jurídico, como uma forma de equilíbrio dos interesses dos negociantes com os interesses de outros seres. A limitação à autonomia privada trabalhista é um mal necessário, é verdade, mas que possui importância salutar diante da vulnerabilidade do empregado.

Nesse sentido, a teoria negocial, incluindo-se aqui a trabalhista, não prescinde do reconhecimento do papel relevante da vontade como elemento formador de vínculos negociais, contudo, não ignora que a liberdade é fundamento e pressuposto de justiça. Para que o negócio jurídico possa ser concluído, "impende repartir a liberdade entre os

contratantes. Na tentativa de harmonização entre a autonomia individual e a solidariedade social reside o grande desafio do operador do Direito, neste novo milênio"⁷¹².

Conformar a autonomia privada indica a satisfação das necessidades sociais, em especial pela experiência vivenciada pelos empregados. Relaciona-se esta conformação com a falsa noção de autonomia proporcionada pelo regime de acumulação flexível, que coloca o empregado em estado de vulnerabilidade extremada sob a justificativa de que o mesmo faz parte de uma organização, em que pode ditar os ditames da prestação dos serviços.

Sabe-se, no entanto, que a vulnerabilidade não se extingue apenas pelo discurso da autonomia, haja vista que o exercício do poder diretivo em maior ou menor intensidade, atrelado à dependência econômica, falta de informação e processo de alienação do empregado em relação à sua produção, geram neste um estado de debilidade acentuado em face do empregador. Não se tem autonomia onde a desigualdade é pronunciada, sendo necessário o estabelecimento de limites que propiciem a igualdade substancial no autorregramento da vontade pelo empregado.

A lei trabalhista funciona como importante limite à aplicação do princípio da autonomia privada, haja vista que a liberdade contratual deve ser exercida em razão e dentro dos limites da função social do contrato⁷¹³. Tanto é assim que a Constituição estabelece um parâmetro de direitos individuais trabalhistas no art. 7º que não podem ser desprezados, estando sujeitos à vedação de retrocesso social.

A obrigação relativa à proibição de retrocesso social veda que aquele que possui poder normativo adote disposição que derogue ou reduza o nível dos direitos sociais, econômicos e culturais, como uma garantia que protege o conteúdo dos direitos vigentes⁷¹⁴.

Deve-se ter em mente que a legislação trabalhista fora criada com o objetivo precípuo de funcionar conforme o espectro protetivo celetista, funcionando como um mecanismo de conformação das negociações individuais com o desejado pelo Estado Democrático de

⁷¹² CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 31.

⁷¹³ Funcionalizar o contrato significa oxigenar as estruturas fundamentais do direito com elementos externos, cumprindo-se o objetivo da Constituição Federal de 1988. Privilegia-se a pessoa humana na formação dos negócios jurídicos, portanto, na busca da emancipação nas relações interpessoais. NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Em busca da sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 215.

⁷¹⁴ COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales: apuntes introductorios in: COURTIS, Christian (coord.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 17-18.

Direito. As limitações legais não podem ser afastadas pela vontade das partes, uma vez que possuem caráter obrigatório e cogente⁷¹⁵.

A ordem pública também funciona como limite tradicional à autonomia privada individual, sendo o conjunto de princípios e valores que informam a organização política e econômica de uma sociedade, num espaço temporal e fase histórica.

É fundamental para a estabilização das relações humanas, de sorte que cabe aos negócios jurídicos individuais trabalhistas refletirem os interesses tidos como básicos e fundamentais por um sistema jurídico. Como um conceito jurídico indeterminado, funciona como parâmetro residual, exercendo a função de limite diante das lacunas legais em relação ao Direito do Trabalho.

Neste aspecto, a limitação advinda da ordem pública⁷¹⁶ em âmbito trabalhista se justifica por razões de interesse social, uma vez que o Direito do Trabalho possui o papel de abrandar as desigualdades pela circunstância da vulnerabilidade do empregado, de sorte que a limitação da liberdade das partes no contrato de emprego é essencial para a garantia de igualdade⁷¹⁷.

Um negócio trabalhista em sede individual não pode violar as normas de organização social, tidas como inderrogáveis, sob pena de se afrontar o interesse público existente. O Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno, sendo formado pela sociedade e devendo perseguir os valores que a mesma aponta⁷¹⁸. Deve se perseguir, portanto, o interesse que resulta do conjunto de interesses que as pessoas possuem quando consideradas na qualidade de membros de uma sociedade⁷¹⁹.

A moral e os bons costumes, conforme fora visto no item 2.5.2, funcionarão como limites à autonomia privada por ensejarem um critério de consciência pública, regulamentando o

⁷¹⁵ Neste sentido, afirma Perez Botija que o contrato de trabalho se submete a uma série de restrições em face do exercício do poder diretivo. O contrato seria produto da vontade das partes, no entanto o seu conteúdo econômico deve ser predeterminado pelo Legislador. PEREZ BOTIJA, Eugênio. *El Contrato de Trabajo: comentarios a la ley doctrina y jurisprudencia*. Prólogo José Castan Tobeñas. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1945, p. 66.

⁷¹⁶ Em posição semelhante à adotada nesta pesquisa, Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que a autonomia privada individual não pode ser exercida sem limites, em prejuízo aos direitos fundamentais e às determinações legais de ordem pública, a serem aplicadas a todos os tipos de empregados, sob pena de afronta aos princípios da igualdade e legalidade. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista: análise crítica da Lei 13.467/2017*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 157.

⁷¹⁷ GARCIA OVIEDO, Carlos. *Tratado elemental de derecho social*. 3. ed. Madrid: E.P.E.S.A., 1948, p. 277.

⁷¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público in: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. X.

⁷¹⁹ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional in: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 24.

comportamento social. Moral e bons costumes são conceitos autorreferentes, remetendo às questões que envolvem ética.

A vulnerabilidade humana enseja a conexão do direito com a moral, com base em abstenções e proibições. A igualdade, ainda nas relações tidas como equilibradas, é apenas aproximada, fundamentando restrições e privações mútuas e de compromisso com base na moral, facilitando a vida em sociedade. O risco da moral com base em padrões essenciais da maioria existe, conforme fora relatado no supracitado ponto desta pesquisa, de sorte que tais limites, embora admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, são questionáveis.

Infere-se, que a moral e os bons costumes devem ser considerados limites à autonomia privada individual trabalhista enquanto um dever geral de boa convivência, resguardando-se ofensas que venham lesar outros indivíduos, com base no caráter multicultural da sociedade. É um limite ético no que tange à validade deste negócio jurídico que busca evitar que haja um aproveitamento na situação de debilidade do empregado.

Por exemplo, em certas situações, a existência de legislação não é suficiente para obstacularizar a coerção nas relações laborais. Embora exista possibilidade de recusa, a vulnerabilidade do empregado implica na impossibilidade de realização desta escolha, pois se encontra, por vezes, dependente do salário e com necessidade de manutenção do seu posto de trabalho⁷²⁰.

Quando o empregador, se valendo desta condição do empregado, ainda assim propõe a realização de um negócio jurídico individual, o faz de forma contrária aos limites éticos esperados nesta relação jurídica. Ofende, por conseguinte, os fatores objetivos nesta pesquisa, ensejando a invalidade do negócio em questão com base no art. 104 do CC-02. Trata-se, portanto, de um abuso de direito do empregador que, com base no art. 187 do CC-02, excede manifestamente os limites trazidos pela boa-fé e bons costumes, cometendo ato ilícito. O abuso de direito pode ser exercido por qualquer forma de conduta do empregador, comportando ação ou omissão⁷²¹.

Dessa forma, os bons costumes devem funcionar como um cânone interpretativo, de sorte que o exercício da autonomia privada seja orientado pelo respeito à pluralidade de valores que conformam a ordem constitucional, como consequência da incidência do princípio da

⁷²⁰ FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida econômica, 2012, p. 107.

⁷²¹ CARPENA, Heloísa. O Abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.393.

solidariedade e do pluralismo democrático. Ademais, atua enquanto criador de deveres, uma vez que traz a necessidade de se impor uma conduta positiva, colaborativa, sempre que o ato de autonomia implicar em consequências jurídicas relevantes para outras esferas jurídicas⁷²².

O dever de cooperação, de colaboração e de cuidado advindos dos bons costumes deve conduzir, em síntese, ao respeito à dignidade dos trabalhadores que estão em situação de vulnerabilidade, evitando, portanto, que haja uma vantagem patrimonial do empregador sob a égide da exclusão da solidariedade.

4.3.2 Os direitos fundamentais como fatores de limitação à autonomia privada na seara individual trabalhista

Para Teubner, são obsoletas as fórmulas de controle das relações jurídicas privadas que levam em consideração apenas os bons costumes ou até mesmo a boa-fé. Decidir se algo é compatível com a ordem pública é decidir a compatibilidade de regulações privadas com critérios constitucionais, especialmente com os direitos fundamentais⁷²³.

Não seria a Constituição uma simples ferramenta, uma terceira coisa que se interpõe entre o Estado e a sociedade. Segundo pensamento de Lenio Streck, a Constituição dirige, constitui, traça diretrizes, mostra referências diante da sua força normativa. Não seria possível, portanto, descumprimento sistemático daquilo que é o mais importante, quer seja o seu núcleo essencial-fundamental⁷²⁴. Os direitos fundamentais assumem papel essencial na compatibilidade normativa entre as normas que advém dos particulares com a Constituição.

Nesse sentido, os limites tradicionais cumprem papel salutar no exercício da autonomia privada individual trabalhista. Contudo, não podem ser vistos como as únicas balizas de atuação deste poder dos particulares. Faz-se necessário que a liberdade negocial advinda da autonomia privada esteja conformada com os direitos fundamentais.

⁷²² CASTRO, Thamis Danselter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 14, p. 99-125, out./dez. 2017, p. 116.

⁷²³ TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Ed. Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 52.

⁷²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2008, p. 114-115.

Em congruência com a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, são estes direitos valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, dotados de dimensão objetiva e devendo expandir seu campo de atuação para todas as esferas do ordenamento jurídico⁷²⁵.

A autonomia privada individual se encontra limitada para proteção dos indivíduos em face da opressão que pode ser exercida por particulares. Em relações de poder, justifica-se a proteção da liberdade daqueles que se encontram em posição de vulnerabilidade, sendo que este poder não necessita ser necessariamente um poder jurídico, podendo se revelar, inclusive, em poder de fato⁷²⁶.

A proteção da liberdade destes indivíduos se faz por meio da vinculação dos particulares ao princípio da igualdade. Neste ponto, Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie afirma que a existência de uma razão social forte deve justificar esta vinculação, em especial diante da situação fática em que se têm entidades privadas dotadas de poder, havendo uma circunstância de desequilíbrio negocial⁷²⁷.

Os limites à autonomia negocial não devem se restringir às situações de ilegalidade ou de ofensa à ordem pública, moralidade e bons costumes apenas. São os direitos fundamentais limites dentro do espaço do Direito do Trabalho, que nasce da aceitação jurídica das desigualdades das partes, sendo uma relação não paritária. A livre iniciativa econômica é um direito fundamental voltado à gestão e criação empresariais, mas não pode ser visto como um direito absoluto, que privilegie a liberdade apenas da parte mais forte da relação em comento. Repise-se que solução a esta celeuma consiste na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, buscando-se um patamar de igualdade substancial nas situações concretas, objetivando-se um modelo humanista de trabalho⁷²⁸.

As normas de direitos fundamentais são tidas como cláusulas pétreas em face do art. 60, §4º, inciso IV, da CF/88, o que ensejou a criação de uma espécie de barreira a retrocessos no que diz respeito aos direitos fundamentais, não cabendo modificação destes direitos nem mesmo pelo constituinte derivado. Em verdade, qualquer medida que tende a revogar direitos

⁷²⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 106.

⁷²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. .5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 245.

⁷²⁷ CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 60.

⁷²⁸ QUINTAS, Paula. *Os direitos da personalidade consagrados no Código do Trabalho na Perspectiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado - Direitos (des)figurados*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 136-137.

fundamentais já inseridos no sistema jurídico brasileiro seria inconstitucional, se não houvesse a criação de meios alternativos de compensação⁷²⁹.

Obviamente, os direitos fundamentais trabalhistas específicos e inespecíficos⁷³⁰ não poderiam ser suprimidos nem mesmo por Emenda Constitucional, de sorte que negociações individuais teriam que seguir os mesmos ditames do ordenamento constitucional em vigor.

Os direitos fundamentais trabalhistas específicos e inespecíficos atuam como limites imanescentes ao exercício da autonomia privada, pois não pode a autonomia privada contrariar a lei e a ordem pública. Ademais, os Tratados e Convenções internacionais dos quais o Brasil faça parte também atuam como limites inerentes à autonomia privada pelo mesmo motivo supracitado, em especial no que tange aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos que envolvam o mundo do trabalho, em respeito à norma de *jus cogens pro homine*.

Esta posição coaduna-se com o princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos visualizado no ponto 4.1.2 desta pesquisa. Não é possível se falar em renúncia enquanto abdicação ou despojamento dos direitos trabalhistas garantidos pelo ordenamento constitucional. Não poderia o empregado, por exemplo, abrir mão do direito ao décimo terceiro salário ou férias, resguardados no art. 7º da CF/88.

No entanto, é possível se falar em transações, desde que respeitadas os critérios acima defendidos e os direitos fundamentais e valores comunitários básicos. Poderia o empregado, na mesma circunstância vista acima, negociar prazos de pagamento do 13º salário ou das férias, desde que haja contrapartidas. Inclusive, a própria CLT reconhece esta autonomia negocial em relação às férias, permitindo o parcelamento destas em até três períodos, desde que respeitadas os limites estabelecidos no art. 134, §1º do mesmo diploma legal⁷³¹, além de permitir o abono pecuniário das férias⁷³².

⁷²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 336.

⁷³⁰ Os direitos trabalhistas específicos são aqueles que decorrem da relação laboral estabelecida entre empregado e empregador, enquanto que os direitos trabalhistas inespecíficos são aqueles que decorrem da condição de cidadania do obreiro, como os direitos da personalidade, afinal o empregado mantém sua condição de cidadão no ambiente laboral. ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 60.

⁷³¹ Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

§ 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

⁷³² Art. 143 - É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes. BRASIL. *Decreto-lei*

A autonomia negocial individual não pode se distanciar dos direitos fundamentais, sob pena de se permitir injustiças e violação à própria noção de dignidade humana. Dessarte, os direitos constitucionais dos trabalhadores "representan, a su vez límites para el empresario en el ejercicio de su poder de dirección, debiéndolo se subrayar que la dignidad es un valor y un principio que se reconoce en la CE a la persona física y no a la jurídica"⁷³³.

A doutrina constitucional laboral tem ressaltado a eficácia dos direitos e liberdades fundamentais no marco da relação contratual de trabalho, assinalando que a celebração de um negócio jurídico não pode implicar, de modo algum, na privação do empregado dos direitos que a Constituição lhe reconhece enquanto trabalhador e cidadão. As organizações empresariais não podem formar mundos separados e estanques do resto da sociedade, de sorte que nem mesmo a liberdade de empresa legítima que aquele que preste serviço à mesma sofra com disposições e limitações injustificadas em seus direitos fundamentais. O Estado Social e Democrático de Direito se realiza, assim, por meio dos valores superiores de liberdade, justiça e igualdade⁷³⁴.

As transações apenas podem ser vislumbradas diante da negociação realizada dentro dos parâmetros esperados dos direitos fundamentais específicos e inespecíficos⁷³⁵. O impacto na autonomia privada é sentido com esta limitação. Todavia, não se pode tratar a relação trabalhista como uma relação cível em que não há detenção de parcela expressiva de poder social e jurídico por um dos polos da relação⁷³⁶. Ademais, mesmo na relação cível há proteção quando se está diante de um contratante vulnerável.

Limites à disponibilidade convencional com base nos direitos fundamentais são compatíveis com a proposta protetiva trazida pelo sistema jurídico trabalhista. Direitos de indisponibilidade absoluta, que traduzem um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política num dado momento histórico, não podem ser alvo de renúncias e transações. Já os direitos de indisponibilidade relativa podem ser objeto de negociação desde

n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, acesso em 02 mai. 2019.

⁷³³ MARTINEZ ABASCAL, Vicente-Antonio; HERRERO MARTÍN, José Bernardo. *Sistema de derecho del trabajo*. 2. ed. Tarragona: publicaciones URV, 2015, p. 81.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 83.

⁷³⁵ Esta pesquisa não se filia à tese do individualismo possessivo, que acaba por conduzir a uma teoria liberal dos direitos fundamentais onde estes só existem como direitos de defesa do cidadão perante o Estado. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 384.

⁷³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 580.

que não resultem em efetivo prejuízo ao empregado, respeitando-se a noção de contrapartidas. O respeito ao princípio da vedação ao retrocesso social estabelecido no *caput* do art. 7º da CF/88 deve ser sempre resguardado, em conformidade com os direitos fundamentais⁷³⁷.

Entende-se por proibição de retrocesso toda e qualquer forma de proteção dos direitos fundamentais em face de medidas que tenham o escopo de supressão ou mesmo de restrição desses direitos⁷³⁸. Nestes, incluem-se os direitos trabalhistas que, inclusive, estão submetidos expressamente à vedação ao retrocesso social em face da proibição de piora da condição social do trabalhador.

Em síntese, a autonomia privada individual trabalhista deve ser exercida em compatibilidade com os direitos fundamentais, não podendo extirpar direitos consagrados no seio constitucional e nos tratados internacionais, sob pena de violação do princípio do não retrocesso social. Ademais, a contenção realizada à liberdade negocial neste ponto não se mostra maléfica, haja vista que possui função precípua final de garantia da igualdade substancial em âmbito trabalhista.

4.3.3 A existência de acordo ou convenção coletiva mais favorável ao empregado como fator de limitação à autonomia individual trabalhista: o rechaço à prevalência do negociado sobre o legislado

Sustenta-se que a existência de convenção ou acordo coletivo mais favorável ao empregado funciona como limite ao exercício da autonomia privada individual, em privilégio a uma noção de legislação e ordem pública mais ampla. Para tanto, faz-se necessário analisar o sistema implementado pela Lei 13.467/17, tecendo críticas ao mesmo e estabelecendo padrões com base no princípio da norma mais favorável.

A norma mais favorável opera comumente entre normas de origem estatal e normas coletivas "pues si las normas de derecho necesario relativo son normas que prohíben una regulación

⁷³⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. *A intangibilidade dos Direitos Trabalhistas*. São Paulo, LTr, 2009, p. 115.

⁷³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

peor para el trabajador, pero no una regulación mejor, esta prohibición sólo puede jugar respecto de normas de rango inferior al de la norma imperativa relativa en cuestión [...]”⁷³⁹.

Consiste, para Americo Plá Rodriguez, num princípio decorrente do princípio da proteção, que determina que, em caso de existir mais de numa norma aplicável no caso concreto, deve se optar pela norma que seja mais favorável ao trabalhador, mesmo que não corresponda à norma aplicável pela teoria clássica da hierarquia normativa⁷⁴⁰.

É o mais amplo princípio em termos de proteção ao vulnerável, condicionado à existência de uma pluralidade de normas jurídicas que devem estar em confronto e que não devem padecer de vício de inconstitucionalidade ou de ilegalidade⁷⁴¹. Não afeta, portanto, a hierarquia das normas, determinando apenas no caso coexistência e conflito qual norma deverá ser aplicada com base na proteção ao trabalhador.

Assim, é inverídica a afirmação de que não existe uma teoria hierárquica das fontes trabalhistas. Em verdade a mesma existe, sendo apenas mais flexível no que tange à possibilidade de não aplicação de uma norma superior se esta for menos favorável que uma norma inferior⁷⁴². São estabelecidos limites ao critério hierárquico, que não encontra sustento em situações que desprestigiem o empregado, desde que não haja disposição expressa ou tácita das fontes superiores no sentido da inaplicabilidade do princípio da norma mais favorável.

Jesús Mercader Uguina indica que ocorre uma silenciosa decadência do princípio da norma mais favorável, pois inúmeras decisões jurisprudenciais espanholas enxergam o instrumento coletivo como um todo orgânico, de aplicação global, não sendo possível privilegiar uma norma específica mais favorável em relação a um todo mais favorável, desequilibrando o instrumento coletivo⁷⁴³.

A observação do autor leva em consideração não a aplicação do princípio da norma mais favorável em si, e sim a utilização de critérios para a execução do princípio em comento. Se utilizado sem critérios específicos, o princípio realmente pode ser considerado enfraquecido.

⁷³⁹ BEJARANO HERNANDEZ, Andrés. La aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable en caso de concurrencia entre un convenio colectivo estatutario y otro de carácter extraestatutario. *Revista de derecho social*. nº 43, jul 2008. Albacete: Editorial Bomarzo, 2008, p. 105.

⁷⁴⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 42.

⁷⁴¹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. rd. São Paulo: LTr, 1999, p. 66.

⁷⁴² MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como um instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 286.

⁷⁴³ MERCADER UGUINA, Jesus. La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable. *Revista española de derecho Del trabajo*. Nº 109, p. 19-44. Madrid: Editorial Civitas, 2002, p. 28.

Doutrinariamente, defende-se a utilização de três métodos para a execução do critério da norma mais favorável: a teoria da acumulação, a teoria do conglobamento e a teoria do conglobamento orgânico ou por institutos.

Em apertada síntese, pela técnica do conglobamento devem ser comparadas as fontes no todo, verificando no seu conjunto qual delas é mais favorável ao obreiro, rejeitando a outra fonte em bloco. A técnica do conglobamento indiscriminado apresenta dificuldades importantes na prática, pois seria necessário encontrar um sentido compacto das normas que não existe habitualmente. Nem sempre os direitos trabalhistas são reduzidos a um critério monetário, sendo heterogêneos⁷⁴⁴. Apresenta, por sua vez, como vantagens o respeito à harmonia interna e organicidade da fonte jurídica e, principalmente, a vontade dos seus autores, que inserem nesses atos cláusulas compensatórias de outras, de modo a resultar no equilíbrio do todo⁷⁴⁵.

O critério da acumulação procede por meio da aplicação fracionada e atomizada das diferentes normas em jogo, podendo assim eleger cada trecho delas isoladamente, desde que contenham uma regulação mais favorável. Contudo, este critério é passível de críticas por atentar contra a unidade e totalidade que o mesmo supõe, onde cada cláusula está pactuada atendendo as restantes, rompendo o equilíbrio negocial⁷⁴⁶.

Por fim, o conglobamento orgânico ou por institutos defende que a determinação da norma mais favorável deve se dar por meio da comparação entre institutos presentes nas normas em choque, confrontando-se, por exemplo, regime de férias com regime de férias. Cada instituto do Direito do Trabalho teria um regime unitário, o que impediria o seu fracionamento na análise da norma mais favorável⁷⁴⁷.

No Brasil, a teoria do conglobamento por institutos parece encontrar sede legal em legislação específica, que trata dos trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviço no exterior. Segundo o artigo 3º, inciso II, da Lei 7064/82, a empresa observará, independentemente da legislação do local da prestação dos serviços, a aplicação da legislação

⁷⁴⁴ OJEDA ÁVILES, Antônio. *Compendio de derecho sindical*. Madrid: Editora Tecnos, 1998, p. 24.

⁷⁴⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 82.

⁷⁴⁶ MERCADER UGUINA, Jesus R. *Estructura de La negociacion colectiva y relaciones entre convênios*. Madrid: Civitas, 1994, p. 296.

⁷⁴⁷ DEVEALI, Mario. *El derecho del trabajo em su aplicación y em sus tendencias*. Vol. I. Buenos Aires: Astrea, 1983, p. 128.

brasileira, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, "quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria"⁷⁴⁸.

Reconhece-se a importância de cada método, haja vista que apresentam aspectos positivos e negativos, optando-se pela defesa da teoria do conglobamento orgânico, que deverá ser adotada no caso concreto e que deve respeitar, sempre, os direitos fundamentais específicos e inespecíficos do trabalhador. De forma excepcional, para a garantia de direitos fundamentais e visando estabelecer um patamar civilizatório mínimo por meio do Direito do Trabalho, defende-se a possibilidade de utilizar a teoria do conglobamento puro, desde que de maneira fundamentada e justificada. Esta opção, repise-se, só deve ser utilizada em situações concretas em que não se consiga definir com clareza os institutos em conflito e desde que haja risco sério e grave de violação de direitos fundamentais dos trabalhadores com a aplicação da teoria do conglobamento orgânico.

A aplicação do princípio da norma mais favorável deve afirmar o primado da proteção da parte vulnerável da relação, não permitindo que normas de Direito do Trabalho sejam derogadas em sentido desfavorável ao trabalhador, limitando a negociação coletiva e individual em relação aos direitos que estabeleçam patamares mínimos de dignidade humana⁷⁴⁹.

Analisando os artigos 444, parágrafo único, 611-A, 611-B e 620 da CLT numa perspectiva das fontes do Direito, observa-se uma priorização da norma coletiva em detrimento da lei, em certa medida, e uma priorização das negociações individuais em relação às normas coletivas. Defender-se-á que estes dispositivos, em verdade, só podem ser enxergados com base no princípio da norma mais favorável, de sorte que, havendo acordo ou convenção coletiva sobre o tema mais favorável que a negociação individual, aqueles devem prevalecer.

A reforma, na opinião de Cléber Lúcio de Almeida, substitui, "como critério de solução de antinomias entre as normas que compõe o Direito do Trabalho, o princípio da norma mais favorável aos trabalhadores pela regra de aplicação da norma mais favorável ao capital". Como os objetivos fundamentais da República perpassam pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, buscando-se a garantia do desenvolvimento social, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, o caput do artigo 7º da CLT não poderia ser

⁷⁴⁸ BRASIL. *Lei 7064/82: Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7064.htm; acesso em: 06 de jan. de 2019.

⁷⁴⁹ LIMA, Maria da Paz Campos. O dismantelamento do regime de negociação coletiva em Portugal, os desafios e as alternativas. *Cadernos do observatório n° 8*. Coimbra: Centro de estudos sociais da Universidade de Coimbra, 2016, p. 45.

desprezado, pois dele se infere a aplicação do princípio da norma mais favorável, exigindo-se o respeito aos direitos inerentes ao trabalho⁷⁵⁰.

Filia-se, nesta linha, à corrente doutrinária que defende que o princípio da norma mais favorável deve atuar em caso de pluralidade de normas a serem aplicadas num mesmo caso, como decorrência da valorização do trabalho humano e melhorias nas condições sociais dos trabalhadores.

Posiciona-se contrariamente aos arts. 611-A, 611-B e 620 da CLT no que tange à hierarquia estática das normas trabalhista. Conforme visto anteriormente, questiona-se a convencionalidade destes dispositivos com base nas Convenções 98, 151 e 154 da OIT, que visam a promoção da negociação coletiva com fundamento no estabelecimento de condições mais favoráveis aos trabalhadores.

O respeito aos dispositivos celebrados em sede de autonomia privada coletiva é importante, mas não pode sufragar agressão frontal ao patamar civilizatório mínimo constitucional e normas imperativas internacionais sobre direitos humanos, além da legislação estatal que verse sobre proteção das condições mínimas de trabalho⁷⁵¹. Por isso, o art. 611-A apenas poderia sobreviver no ordenamento jurídico brasileiro se fosse enxergado à luz do princípio da norma mais favorável, de sorte que a norma jurídica negocial só prevaleceria se fosse mais favorável que o padrão implementado pela lei.

O artigo 611-B da CLT, embora tenha tentado estabelecer um rol de direitos que não podem ser suprimidos pelos atos de autonomia privada coletiva, é inócuo, pois não leva em consideração que tais direitos não poderiam ser suprimidos de forma alguma em face de seu caráter de cláusula pétrea trabalhista, além de não contemplar todos os direitos e garantias sociais fundamentais. Padece, ainda, de problemas relativos à enumeração destes direitos, ao propor o estabelecimento de um rol exaustivo com a utilização da expressão "exclusivamente" no seu *caput* quando, em verdade, não elenca e nem poderia elencar todos os direitos fundamentais do trabalhador, em face da cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º, da CF/88.

A Lei 13.467/17 estabeleceu, alterando o artigo 620 da CLT, a prevalência do acordo coletivo em face da convenção coletiva. Substituiu a antiga expressão "quando mais favoráveis", que

⁷⁵⁰ ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A prevalência do negociado sobre o legislado na perspectiva da reforma trabalhista: a mutação genética do direito do trabalho no Brasil. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 683-684.

⁷⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 278-279.

denotava que o acordo prevalecia sobre a convenção com base no princípio da norma mais favorável, pela expressão "sempre", indicando uma noção hierárquica predeterminada. No entanto, este critério da especificidade sempre cedeu espaço à aplicação do princípio da norma mais favorável⁷⁵², sendo a redação original do art. 620, inclusive, redundante por indicar uma interpretação que já era decorrente do arcabouço principiológico trabalhista.

Todavia, defende-se nesta pesquisa que o favorecimento do princípio em comento não deve ser extirpado do sistema trabalhista brasileiro, devendo haver conjugação dos critérios da especificidade e da norma mais favorável.

O art. 444, parágrafo único da CLT, em dissonância ao princípio defendido nesta pesquisa, equipara os poderes conferidos aos sindicatos no momento da negociação coletiva aos empregados ditos hipersuficientes, como fora visto no capítulo anterior. A redação deste dispositivo causa estranheza, pois não aponta quais cláusulas poderiam ser alvo de prevalência da negociação individual, tão pouco se haveria sujeição à norma legal.

Ademais, esvazia a autonomia privada coletiva, desqualificando a negociação realizada por entidades que possuem prerrogativas constitucionais específicas, como é o caso dos sindicatos. Cria-se uma estranha preferência pela negociação individual em detrimento da negociação coletiva, não se levando em consideração o princípio da norma mais favorável.

Em verdade, no que diz respeito à relação entre os acordos individuais e acordos ou convenções coletivas, vige a noção da inderrogabilidade dos últimos instrumentos. Os destinatários das cláusulas da parte normativa estariam vinculados por elas, e não podem afastá-las ou derogá-las por meio de decisões unilaterais de conteúdo diferente⁷⁵³.

Estas cláusulas teriam eficácia imperativa, o que significa dizer que limitam a liberdade contratual ou dispositiva do contrato individual de trabalho, a não ser que estabeleçam normas mais favoráveis aos trabalhadores, com o objetivo de ampliação e melhoria das condições sociais e laborais.

Neste sentido, a jurisprudência espanhola reafirma a força vinculante das convenções coletivas, determinando a desnecessidade de aceitação individual do empregado. Limita-se a

⁷⁵² Henrique Hinz em posição minoritária, defendia a prevalência de um acordo menos benéfico nos casos onde a convenção coletiva trazia cláusula de adaptação, onde haveria autorizativo para estipulação de condições menos favoráveis nos acordos coletivos, em especial quando se tratava de negociação coletiva que envolvesse micro e pequenas empresas. Seria, pois, uma forma de adaptar o direito do trabalho à realidade econômica dessas empresas. HINZ, Henrique Macedo. *Cláusulas Normativas de Adaptação. Acordos e convenções coletivos como formas de regulação do trabalho no âmbito das empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118.

⁷⁵³ MOURA, José Barros. *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 185.

autonomia individual ou decisão unilateral empresarial no que tange às condições advindas dos instrumentos negociais, impedindo a substituição das funções que são inerentes à negociação coletiva⁷⁵⁴.

Assim, embora a autonomia individual ocupe um lugar preeminente no sistema constitucional de relações laborais, não é possível se ignorar que a liberdade negocial encontra-se limitada pelo exercício da autonomia negocial coletiva, não sendo possível rechaçar a incidência dos acordos e convenções coletivas na esfera dos direitos e interesses individuais. Isso levaria a negar toda a necessidade e importância da negociação coletiva enquanto um instrumento essencial para a ordenação das relações de emprego⁷⁵⁵.

Tanto é assim que a Recomendação n. 91 da OIT, no art. 3º, item 3, afirma que as disposições mais favoráveis dos contratos de trabalho não devem ser consideradas contrárias aos instrumentos coletivos⁷⁵⁶. Infere-se, portanto, a premissa de que a inderrogabilidade das convenções e acordos coletivos é relativa, permitindo a aplicação do princípio da norma mais favorável em relação ao instrumento negocial individual.

A reflexão que se faz é no sentido de que as convenções e acordos coletivos devem fixar mínimos que podem ser ultrapassados em sentido mais favorável no âmbito da negociação individual trabalhista, compatibilizando a autonomia privada individual com a autonomia privada coletiva. Ao revés, se a convenção ou acordo coletivo traz disposições mais favoráveis, com base na teoria do conglobamento por institutos, estas devem prevalecer, sendo desconsideradas as cláusulas menos favoráveis do negócio jurídico individual.

Consagra-se à luz dos princípios do Direito do Trabalho e dos ditames constitucionais relativos às melhorias nas condições sociais uma compatibilidade normativa que leva em consideração as especificidades da categoria, privilegiando, em situações concretas, a norma mais favorável no que tange a uma disciplina ou no todo. Dessa forma, prioriza-se a harmonização do sistema plural de fontes trabalhistas, em detrimento de táticas que busquem, aprioristicamente, estabelecer hierarquias normativas e práticas flexibilizatórias que não levam em consideração os direitos fundamentais laborais, tão pouco a busca por melhores condições de trabalho que, conseqüentemente, exaltam a dignidade humana.

⁷⁵⁴ LAHERA FORTALEZA, Jesús. *Normas laborales y contratos colectivos*. Madrid: Editorial Reus, 2008, p. 57-58.

⁷⁵⁵ MARTINEZ ABASCAL, Vicente-Antonio; HERRERO MARTÍN, José Bernardo. *Sistema de derecho del trabajo*. 2. ed. Tarragona: publicaciones URV, 2015, p. 86.

⁷⁵⁶ OIT. *Recomendação n. 91: recomendação sobre os contratos coletivos*. 1951. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312429:NO, acesso em 25 abr. 2019.

4.4 PROPOSTA PARA A APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS E FATORES OBJETIVOS NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE INDIVIDUAL TRABALHISTA COM BASE NA VULNERABILIDADE DO EMPREGADO

Segundo Adrián O. Goldin, uma das técnicas mais eficazes para a promoção de modificações contratuais é o estabelecimento de um método ágil de validação prévia que frustra comportamentos abusivos e fornece segurança e legitimidade substancial ao novo *status* contratual. Para isso, seria necessário desenvolver mecanismos conjuntos de colaboração e de consulta com informações suficientes, de modo que, em próprio tempo e com conhecimento imediato da realidade contextual, possibilite a realização de negócios jurídicos em sede individual, freando os avanços de negociações perversas e voltadas à satisfação do interesse único do empregador⁷⁵⁷.

Este raciocínio pode ser vislumbrado não apenas no que tange às modificações contratuais, e sim em relação a qualquer ato que culmine no exercício da autonomia privada individual na seara trabalhista.

O respeito ao plano da existência e ao plano da validade são essenciais para se pensar no exercício da liberdade negocial individual trabalhista, afinal estar-se-á diante da realização de um negócio jurídico. Faz-se necessário atendimento aos elementos gerais de todo e qualquer negócio jurídico, que indicam os fundamentos necessários para que aquele negócio possa existir. São eles agente, forma, objeto e vontade⁷⁵⁸.

Já a validade do negócio faz com que se analise a conformidade deste com o sistema jurídico em questão, por meio do estabelecimento de requisitos para a prática do mesmo. Segundo fora visto no capítulo 2 desta pesquisa, o art. 104 do Código Civil trata dos requisitos de validade do negócio jurídico, quer sejam a capacidade do agente, a licitude, a possibilidade e determinabilidade do objeto, a obediência à forma prescrita ou não defesa em lei e a vontade livre e desembaraçada. O descumprimento de algum requisito implica, necessariamente, na invalidade do negócio. No entanto, o artigo supracitado não traz um rol exaustivo de invalidades, deixando de elencar a imoralidade do objeto (art. 122, Código Civil de 2002), a

⁷⁵⁷ GOLDIN, Adrián O. *Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos*. Cuadernos de investigaciones 22. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A., 1991, p. 23.

⁷⁵⁸ Para Antônio Junqueira de Azevedo, embora não sejam elementos gerais, comumente apresentam-se no negócio jurídico os elementos tempo e lugar. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. 7. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32-33.

incompatibilidade com norma jurídica cogente (art. 166, VI do Código Civil de 2002) e os defeitos dos negócios jurídicos⁷⁵⁹.

No Direito do Trabalho, tais requisitos são conformados de acordo com as especificidades da área. De forma simplificada, a capacidade absoluta revela-se a partir dos 18 anos, enquanto que entre 16 e 18 anos estar-se-á diante de uma incapacidade relativa, salvo se aprendiz a partir dos 14 anos, conforme disposição do art. 7º, XXXIII, CF/88. Em relação à forma, adotou-se a liberdade de forma, apenas se exigindo forma escrita em situações excepcionais. O objeto do contrato de emprego deve ser idôneo, distinguindo-se para a seara laboral ilicitude e irregularidade. As atividades proibidas ou irregulares são aquelas contrárias ao Direito do Trabalho, mas que conduzem à produção de efeitos, enquanto que as ilícitas constituem tipo penal ou concorrem para ele, não gerando efeitos trabalhistas. A vontade, por fim, deve ser livre e desembaraçada, estando imune a vícios ou coações⁷⁶⁰.

Satisfeitos os requisitos de validade do negócio jurídico, passar-se-á à análise dos fatores objetivos e limitações estabelecidos nesta pesquisa. Primeiramente, cumpre discutir a quem cabe à iniciativa acerca da negociação individual trabalhista.

Utilizando-se o art. 507-A da CLT⁷⁶¹ por analogia, infere-se que a iniciativa para o exercício da autonomia privada individual deve partir do empregado ou, caso parta do empregador, deve estar em consonância com a vontade expressa do obreiro.

Deve haver, portanto, uma declaração negocial escrita no sentido de exprimir o comportamento do obreiro, do ponto de vista exterior, dirigida à produção de certos efeitos sob a tutela do Direito, adotada com consciência e intenção de incorrer por intermédio desta numa vinculação jurídico negocial⁷⁶².

Destaca-se, assim, que a declaração negocial deve ser pautada na vontade do empregado, sendo resultado de uma vontade livre, esclarecida e isenta de erro ou coação. A

⁷⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

⁷⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 621-628.

⁷⁶¹ 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. BRASIL. *Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943: Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, acesso em 02 mai. 2019.

⁷⁶² PINTO, Paulo Mota. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 435.

vulnerabilidade do empregado, em verdade, faz com que este esteja mais suscetível a pressões ou incitações por parte do empregador que, são, por vezes, de difícil comprovação.

Numa eventual análise da existência de algum vício na manifestação ou declaração de vontade pelo empregado deve se levar em consideração se existe uma verdadeira voluntariedade na escolha realizada pelo obreiro, com base na proteção da sua liberdade de escolha. A análise deve se perfilar, assim, ao grau de autonomia real existente naquele tempo e espaço, levando-se em consideração a vulnerabilidade do empregado.

Por isso, só será possível a validade da negociação individual se livre de pressões ou coação por parte do empregador. O ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5º, XXXV da CF/88 consagra que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Dessa forma, havendo obrigatoriedade na realização ou aceitação da negociação individual, fruto de pressão do empregador, se estará diante de invalidade, passível de análise pela Justiça do Trabalho⁷⁶³.

Cumprido este requisito, verificar-se-á os fatores objetivos para o exercício da autonomia privada individual. Deve se iniciar pela análise da existência ou não de dependência econômica do empregado perante o empregador, haja vista que este critério impede a realização da negociação individual de antemão.

Cabe ao empregado a apresentação de documentos que comprovem que o mesmo se encontra em patamar equânime em termos financeiros diante do empregador, caso a independência econômica não advenha dos frutos e rendimentos manifestados naquele vínculo empregatício. Obviamente, se o empregado possui outra fonte de renda, seja por meio de atividade autônoma, outro vínculo empregatício ou laboral ou até mesmo por conta de rendimentos ou herança, deve juntar ao processo negocial estabelecido documentação que comprove tal condição.

A alegação de que ocorreria uma invasão da esfera pessoal e patrimonial do obreiro neste caso pode vir à tona, uma vez que se veria compelido a demonstrar a existência de rendimentos que estão adstritos à sua esfera de intimidade e privacidade e que podem, inclusive, o colocar em posição de vulnerabilidade perante o empregador, diante da possibilidade de dispensa por ser este "menos necessitado" em relação aos demais empregados.

⁷⁶³ CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis Trabalhista: legislação complementar, jurisprudências*. Atual. por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva, p. 468.

Compreende-se, contudo, que o exercício da autonomia privada individual necessita de concessões recíprocas em relação aos interesses que estão sendo protegidos⁷⁶⁴, de sorte que uma restrição ao interesse voltado à intimidade e privacidade se justifica diante da essência da vulnerabilidade econômica.

Ademais, deve ser realizada análise acerca da hipervulnerabilidade do empregado. Caso se esteja diante de hipervulnerável trabalhista, torna-se impossível a realização de negócio jurídico que tenha por objetivo discussão e negociação dos direitos e características que colocam aquele empregado numa situação de vulnerabilidade agravada, conforme fora visto linhas atrás.

É imprescindível que a proposta apresentada pelo empregador seja clara, objetiva e disponha de informações suficientes acerca dos direitos que serão objeto da negociação individual. Caso o empregado apresente a proposta, tais requisitos também se mostram necessários, mas devem ser abrandados ante a vulnerabilidade informacional que pode estar presente na relação individual trabalhista.

De qualquer sorte, ainda que o empregado venha a apresentar proposta, cabe ao empregador a prestação das informações necessárias em relação àquela negociação individual ao empregado, em face ao respeito do dever de informação que é inerente à boa-fé objetiva, mediante assinatura de termo de consentimento informacional. Funciona a boa-fé como um dever de agir com lealdade na celebração de negócios jurídicos⁷⁶⁵, de sorte a corrigir desequilíbrios por conta da vulnerabilidade.

O dever de esclarecer ocorre desde a origem até o ocaso da relação, envolvendo as noções preliminares e até mesmo a fase pós contratual⁷⁶⁶, que não constitui objeto desta pesquisa. O dever de informação acaba por aferir se todas as condições foram esclarecidas para que o empregado possa decidir o conteúdo disponível da sua relação laboral com pleno conhecimento da causa. O termo, em verdade, constitui mecanismo de se garantir maior segurança no que tange ao dever informacional, criando uma presunção relativa acerca do cumprimento do mesmo por parte do empregador, admitindo-se prova em contrário.

Cabe ainda a participação do sindicato no momento das tratativas, funcionando como um auxiliar nas condições informacionais advindas do exercício da autonomia privada individual.

⁷⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.102.

⁷⁶⁵ SILVEIRA, Alípio. *A boa-fé no Código Civil: doutrina e jurisprudência*. 1. Vol. São Paulo: Universitária de Direito, 1972, p. 60.

⁷⁶⁶ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108.

Não possui, portanto, poder decisório, sendo um assistente do empregado (autonomia assistencial) no esclarecimento de eventuais dúvidas, imprecisões ou ambiguidades que possam circundar aquele negócio jurídico.

Frisa-se que o empregado pode escolher pessoas de sua confiança para exercer esse papel, de sorte a contar com familiares, apoiadores, profissionais especializados, etc. para a tomada de decisões na seara laboral, sendo possível a negociação sem a presença destas partes quando o empregado demonstra ter conhecimento jurídico trabalhista, como ocorre com os empregados bacharéis em Direito.

Em relação à proposta, faz-se imprescindível a presença de contrapartidas⁷⁶⁷ para a validade da mesma, haja vista que a autonomia privada individual possui o papel precípua de melhoria nas condições sociais do empregado. Ademais, as contrapartidas consistem na lógica do negócio jurídico sinalagmático, onde há interdependência e reciprocidade das obrigações pactuadas pelas partes⁷⁶⁸.

Não se pode esquecer que a presença de garantia de emprego constitui requisito essencial para a concretização da autonomia privada individual em sede trabalhista. Isto se dá, pois se faz necessário o estabelecimento de um patamar de segurança ao empregado em face da dispensa no momento da realização de um negócio jurídico. De que adiantaria poder realizar negócio jurídico individual se, posteriormente, o empregado pudesse ser dispensado sem justo motivo? Para que empregar esforços em prol da conformação da vontade perante o empregador se o seu contrato pudesse ser encerrado sem motivação alguma?

A garantia de emprego em face da dispensa arbitrária é essencial em toda e qualquer relação trabalhista, conforme já fora defendido linhas atrás. Todavia, no momento da negociação

⁷⁶⁷ No caso em questão, a existência de contrapartidas negociadas coletivamente implicava em possibilidade de realização de opção pelo empregado do congelamento da parcela "Adicional de Tempo de Serviço - ATS", em troca de uma indenização proporcional e razoável ao direito transacionado. RECURSO DE REVISTA. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA. PETROBRAS. PARCELA "ATS". CONGELAMENTO. ACORDO COLETIVO. OPÇÃO INDIVIDUAL. CONCESSÕES RECÍPROCAS. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. VALIDADE 1. O princípio da autonomia privada coletiva, consagrado no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, autoriza que os próprios interlocutores sociais criem normas, mediante concessões recíprocas, inclusive com a possibilidade de eventual supressão de direitos patrimoniais disponíveis dos empregados, em prol de algum outro benefício. 2. Plenamente válido o acordo coletivo de trabalho que autoriza o congelamento da parcela "adicional de tempo de serviço - ATS", mediante opção individual do empregado da PETROBRAS, com o recebimento, em contrapartida, de indenização razoável e proporcional ao direito patrimonial transacionado. Precedentes. 3. Recurso de revista dos Reclamantes conhecido, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, não provido. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR: 4430620105090654. Min. Relator: João Oreste Dalazen, DJ: 15/03/2017, 4ª Turma. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>, acesso em 02 mai. 2019.

⁷⁶⁸ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Introdução, doutrina geral, negócio jurídico. Vol.1, Tomo I. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 460.

individual, ganha contornos mais evidentes, ante o medo do desemprego mesmo após a realização de um ato de disposição de direitos. Isto posto, poderia ainda ser parte do conteúdo negocial o estabelecimento de estabilidade, ainda que provisória, ao empregado que, preenchidos os requisitos, se submete à negociação individual, uma vez que as contrapartidas não precisam ser necessariamente financeiras.

Depreende-se ainda deste pensamento que o ato de dispensa posterior do empregado que exercita sua autonomia privada individual constitui comportamento contraditório por parte do empregador. Nota-se um investimento de confiança por parte do empregado, diante da conduta prévia do empregador que faz despertar nele expectativas no sentido da manutenção no emprego e a frustração desta confiança pela conduta da dispensa pelo empregador⁷⁶⁹.

O dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro se revela, no plano axiológico-normativo, não apenas como conteúdo da boa-fé objetiva, mas como expressão da solidariedade social e como importante instrumento de reação ao voluntarismo e liberalismo que ainda contamina o Direito Privado como um todo⁷⁷⁰.

Age, portanto, no Direito do Trabalho, permitindo reparação do dano advindo da conduta contraditória do empregado ou desfazimento desta mesma conduta, com a reintegração do empregado⁷⁷¹. Imagine-se a situação de um empregado que negocia o tipo de salário, deixando de receber por tempo de serviço com base na jornada de trabalho e passando a receber por produtividade, mesmo esta implicando em salários menores nos meses de menor movimento, em troca de uma gratificação anual se atingir determinada produtividade. A negociação realizada pelo empregador leva a crer que haverá continuidade na relação de emprego, até mesmo por conta das parcelas jurídicas negociadas. Uma dispensa sequencial à realização do negócio jurídico conduziria à frustração de uma expectativa legítima do empregado no que tange à manutenção do emprego, devendo este ser reintegrado ou

⁷⁶⁹ ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. *Responsabilidade Civil e Proteção Jurídica da Confiança: a tutela da confiança como vetor de solução de conflitos na responsabilidade civil*. Curitiba, Juruá, 2016, p. 123.

⁷⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 95.

⁷⁷¹ Para a configuração de *venire contra factum proprium*, faz-se necessária a presença dos seguintes requisitos: o *factum proprium*, a legítima confiança despertada, a contradição ao *factum proprium* e o dano efetivo ou potencial. Em relação ao Direito do Trabalho, Anderson Schreiber exemplifica comportamento contraditório do empregador julgado pelo Tribunal Italiano de Reggio Calabria. Um empregado, licenciado da empresa por um longo período, retomou o trabalho e fora posteriormente dispensado. O Tribunal impediu a dispensa, alegando que houve conduta contraditória do empregador em aceitar a retomada do emprego pelo empregado e posteriormente dispensá-lo. *Ibid.*, p. 238-239.

indenizado, a depender da situação concreta, diante do mencionado comportamento contraditório do empregador.

Havendo contraproposta, seja por parte do empregado ou por parte do empregador, faz-se necessária nova análise do dever de informação por parte deste, bem como esclarecimentos assistenciais pelo sindicato ou pessoas escolhidas pelo empregado para tanto, além da verificação das contrapartidas e da garantia de emprego.

Outra questão que se revela importante diz respeito ao momento da aferição dos requisitos propostos nesta pesquisa. A identificação das situações de vulnerabilidade, bem como dos critérios objetivos e respeito aos limites à autonomia privada, deve ser coincidente com o momento da realização do negócio jurídico, haja vista que a falta de preenchimento dos critérios propostos levaria à impossibilidade de exercício da autonomia individual trabalhista.

A análise prévia destes critérios poderia ser interessante para fins de preparação do negócio jurídico. Contudo, ao tempo das tratativas negociais, os fatores objetivos mencionados devem estar presentes, uma vez que constituem tutela da igualdade no tocante ao conhecimento dos riscos inerentes ao negócio jurídico em questão e correção das assimetrias.

A desistência por parte do empregado ou do empregador no momento das tratativas é possível, haja vista que ainda não ocorreu a realização do negócio jurídico em questão⁷⁷². A desistência realizada pelo empregado não pode implicar em sanções ou responsabilidade do mesmo, em face da sua posição de vulnerabilidade no exercício da liberdade negocial.

No entanto, em relação à desistência promovida pelo empregador, a reparação por danos advindos na fase pré-contratual é admissível, diante das frustrações das expectativas no caso concreto que atendem a um interesse negativo, voltados às despesas e prejuízos causados⁷⁷³ por conta de comportamentos contraditórios ou da perda de uma chance⁷⁷⁴.

Em caso de dúvidas acerca do preenchimento dos critérios estabelecidos, podem as partes levar a discussão relativa à autonomia privada individual ao Poder Judiciário, para que a Justiça do Trabalho faça a análise por ora cabível às partes. Isso não significa dizer que o negócio jurídico necessite, em todos os casos, da chancela do Poder Judiciário, não se fazendo

⁷⁷² Extrapola o objeto desta pesquisa as questões que envolvem o desenrolar do negócio jurídico. Assim, limitar-se-á a realização de uma análise das propostas e tratativas negociais, não se adentrando em pontos como inadimplemento, revisão judicial, danos patrimoniais e morais, etc.

⁷⁷³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 137.

⁷⁷⁴ OLIVEIRA, Patrícia Cibelle Alves de. A teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil no direito do trabalho = Theory of a chance lost and liability in labor law. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, SP, v. 43, n. 173, p. 35-57, jan. 2017.

necessária homologação do mesmo perante a Justiça do Trabalho. Numa situação de dificuldade das partes no tocante aos critérios propostos, todavia, a atuação da Justiça do Trabalho se faz benéfica. Explique-se.

Não há, no ordenamento jurídico trabalhista, menção a atuação da Justiça do Trabalho em relação aos atos de autonomia privada individual, limitando-se a definir os contornos da atuação da Justiça do Trabalho na autonomia privada coletiva.

A legislação em comento resguardou o chamado princípio da intervenção mínima do Judiciário na autonomia da vontade coletiva, ao estabelecer que à Justiça do Trabalho compete apenas a análise do cabimento dos elementos essenciais de existência e validade do negócio jurídico, não sendo possível analisar conteúdo dos instrumentos coletivos, conforme preconiza o artigo 8º, §3º da CLT⁷⁷⁵.

Sabe-se de antemão que o princípio apontado encontra como subsídio teórico o afastamento do controle do Poder Judiciário no que tange ao conteúdo dos acordos e convenções coletivas, tendo sido inserido buscando evitar a invalidação de cláusulas que tenham sido negociadas em sede de autonomia privada coletiva. Peca, no entanto, em não verificar que cabe ao Poder Judiciário a análise de qualquer matéria que lhe é objeto de provocação, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, de base constitucional e com previsão no artigo 5º, inciso XXXV⁷⁷⁶.

Dessa forma, o respeito aos dispositivos celebrados em sede de autonomia privada coletiva são importantes, mas não podem sufragar agressão frontal ao patamar civilizatório mínimo constitucional e normas imperativas internacionais sobre direitos humanos, além da legislação estatal que verse sobre proteção das condições mínimas de trabalho⁷⁷⁷.

Segundo Vólia Bomfim e Leonardo Borges, a verdadeira intenção do parágrafo 3º do artigo 8º da CLT foi o de impedir ou dificultar o ativismo judicial, isto é, tenta limitar a postura proativa do Judiciário Trabalhista na proteção do trabalhador⁷⁷⁸. Ademais, a vedação do

⁷⁷⁵ Art. 8º, §3º. No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm, acesso em 08 de jan. de 2019.

⁷⁷⁶ RENZETTI, Rogério. Prevalência do negociado sobre o legislado em norma coletiva In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 600.

⁷⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 278-279.

⁷⁷⁸ BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. *Comentários à Reforma Trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 23.

exame pelo Judiciário inviabilizaria a melhoria na condição social dos trabalhadores, além de mitigar a atuação do Ministério Público do Trabalho, que possui como atribuição o ajuizamento de ações para anulação de cláusulas de contratos, convenções e acordos coletivos, conforme disposição expressa da Lei Complementar 75/93⁷⁷⁹.

Por isso, em conformidade às posições explanadas relativamente à autonomia privada coletiva, defende-se que cabe à Justiça do Trabalho o papel de análise dos requisitos de validade trazidos pela legislação e dos critérios e limites arrazoados nesta pesquisa em relação à autonomia privada individual.

Esta posição não visa desvalorizar a liberdade negocial das partes, e sim conformar o exercício da mesma à necessidade de melhoria nas condições de trabalho, vedando-se negociações esdrúxulas que violem direitos fundamentais ou que aumentem ainda mais o patamar de vulnerabilidade do empregado.

Em síntese, caberia ao Poder Judiciário laboral realizar, se provocado, a análise do preenchimento dos elementos de existência e validade do negócio jurídico realizado em sede de autonomia privada individual trabalhista, além de possuir o poder de intervir na negociação individual trabalhista se esta se mostra agravadora da vulnerabilidade do empregado, quer seja pelo desatendimento dos critérios aqui estabelecidos ou ultraje às limitações advindas da proteção à igualdade substancial do obreiro.

⁷⁷⁹ PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira. Prevalência do negociado sobre o legislado na perspectiva constitucional In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 619.

5 CONCLUSÕES

Pode-se afirmar, em síntese, que:

I - A premissa para o estudo da autonomia numa acepção jurídica perpassa pela análise da interação desta com os direitos fundamentais à liberdade e igualdade. A autonomia, enquanto mecanismo de exercício da liberdade acerca da autorregulação da vida do indivíduo, deve ser conciliada com os direitos de outras pessoas a uma idêntica cota de liberdade;

II - A autonomia depende de uma relação fundada em condições igualitárias. A opção por tratamentos desiguais, tendo por base nos critérios valorativos constitucionais, fundamenta limitações à autonomia, de forma a garantir o exercício da liberdade negocial em concordância com uma sociedade justa e democrática;

III - Autonomia significa a capacidade que todo e qualquer ser humano tem de se autodeterminar no que tange à tomada de decisões e opções de escolha. Vontade, ao revés, significa expressar seus desejos, bem como a intenção em realizar algo;

IV - O conceito clássico da autonomia da vontade revela feição subjetiva, decaindo com a necessidade de conformação aos ditames atuais do Direito Privado. Ganha força o conceito de autonomia privada, não significando autossuficiência, e sim a manifestação de vontade por meio da fidelidade a certos pressupostos trazidos pelo ordenamento jurídico;

V - A autonomia privada pode ser conceituada como a manifestação de um poder de criar, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, normas jurídicas. Seu estudo não se limita ao Direito Civil, encontrando importância em outros ramos do Direito, como o Direito do Trabalho, além de se materializar em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais;

VI - Autonomia privada e autonomia existencial consistem em visões distintas de um mesmo fenômeno. A autonomia existencial funda-se na liberdade do sujeito de gerir a sua própria vida e personalidade de forma digna. Faz parte do seu conteúdo as livres opções para a concretização daquilo que o indivíduo entende como compatível para se realizar enquanto pessoa humana. Autonomia privada, por sua vez, estaria ligada a aspectos patrimoniais, embora seja possível vislumbrar situações onde haja utilização simultânea dos dois fenômenos;

VII - Faz-se necessário o estabelecimento de limites ou conformações à autonomia privada, visando equilibrar dois valores indispensáveis à vida em comunidade: liberdade e igualdade;

VIII - A lei e a ordem pública funcionam como limites à autonomia privada, fazendo com que a mesma se coadune com os ditames do ordenamento. As limitações legais não podem ser afastadas pelas partes por possuírem caráter obrigatório e cogente;

IX - A ordem pública é vista como um estado de coisa fundamental à estabilização das relações humanas, imprimindo segurança e controle nas relações sociais pelo Estado. Funciona como um parâmetro residual à lei, devendo ser analisada a conformidade ou não com a ordem jurídica com base na sua globalidade;

X - A moral e os bons costumes são tidos como limites à autonomia privada, embora criticáveis. A moral conduziria à opinião comum de um sentimento ético que seria inerente a pessoas justas e razoáveis. Os bons costumes seriam relacionados à moral, haja vista que se baseiam em princípios de natureza ética. Devem ser vistos apenas como um dever geral de boa convivência, visando o combate a ofensas que visem lesar outros indivíduos, não desfazendo o caráter multifacetário de uma sociedade multicultural;

XI - A autonomia privada consiste num poder de criação de normas jurídicas dentro dos limites propostos. Enquanto fenômeno social, a autonomia consiste num poder originário diante da manifestação de vontade dos sujeitos. Quando reconhecida pelo ordenamento jurídico, encontra seu fundamento de existência e validade no mesmo por meio da delimitação das esferas de ação social e competências. Reconhece-se ou declara-se apenas a esfera de ação própria e originária dos grupos sociais, não possuindo efeito constitutivo;

XII - Os negócios jurídicos resultantes do exercício da autonomia privada são atos regulados pelo Direito e que também contém Direito em face do seu conteúdo normativo. São, ao mesmo tempo, fato e norma, a depender do ângulo de análise. Por isso, estes negócios jurídicos possuem conteúdo normativo;

XIII - No Direito do Trabalho, as direções pluralistas do Direito fazem com que se reconheça que normas trabalhistas emanam de outros centros de poder que não apenas o Estado. Os sindicatos passam a ter a atribuição de tutelar um interesse coletivo, funcionando como atores coletivos dotados de autonomia privada coletiva, com poder de criação de normas jurídicas para a categoria;

XIV - A autonomia privada coletiva difere da autonomia privada individual no Direito do Trabalho. A autonomia privada coletiva busca estabelecer, dentro dos limites propostos pelo ordenamento jurídico, regulações normativas das condições de trabalho e de interesses da coletividade. Já a autonomia privada individual consiste no ato de liberdade negocial que

respeita os primados de existência e validade na relação firmada entre empregado e empregador, sendo bastante limitada diante do desequilíbrio existente neste vínculo;

XV - A autonomia privada coletiva também difere da autonomia privada assistida. Enquanto a autonomia privada coletiva pressupõe a atuação direta e imediata dos sujeitos coletivos na tutela dos interesses da categoria, a autonomia privada assistida é caracterizada pela atuação indireta do sujeito coletivo, visando resguardar a autonomia privada dos sujeitos onde a proteção da vontade seja necessária;

XVI - A categoria dos sujeitos vulneráveis deve ser analisada nos mais diversos âmbitos do Direito, incluindo-se o Direito do Trabalho, uma vez que trata de sujeitos que preenchem os requisitos formais da capacidade civil, mas que não possuem condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde para manifestar a vontade sem uma tutela protetiva;

XVII - A vulnerabilidade pode ser vista em três acepções. A primeira concepção enxerga a vulnerabilidade como característica particular de pessoas ou grupos, característica esta provisória e contingente e que tem por base os sujeitos que necessitam de uma proteção especial. A segunda acepção se funda na noção de vulnerabilidade como uma condição humana universal, revelando a fragilidade que acompanha o desenvolvimento humano. Por fim, a última acepção enxerga a vulnerabilidade como princípio ético universal. A primeira acepção revela-se importante para o Direito do Trabalho, uma vez que a vulnerabilidade enquanto condição intrínseca dos empregados afeta o modo de relacionamento estabelecido entre empregado e empregador, em especial no que tange aos atos de autonomia privada;

XVIII - Vulnerabilidade e hipossuficiência são conceitos distintos. Vulnerabilidade se apresenta como acepção mais complexa, associada à identificação de fraqueza ou debilidade apresentada por uma pessoa numa relação jurídica por conta de sua posição contratual ou determinadas condições que são inerentes. Hipossuficiência, por sua vez, conduz a uma acepção econômica, sendo apenas um aspecto da vulnerabilidade;

XIX - O Direito brasileiro possui normas com conteúdo voltado à tutela jurídica da vulnerabilidade, elencando situações ou pessoas que necessitam de um tratamento jurídico protetivo, como ocorre com o consumidor, criança e adolescente, idosos, mulheres, pessoa com deficiência e com os trabalhadores;

XX - Em relação ao Direito do Trabalho, tradicionalmente, protege-se a parte mais débil da relação jurídica, quer seja o empregado, em razão da sua hipossuficiência perante o

empregador. Desenvolve-se uma disciplina jurídica para regulação do processo econômico, com garantia dos Direitos Sociais e padrões legais e negociais de proteção ao empregado, diante do desequilíbrio inerente à relação empregatícia;

XXI - A forma clássica de proteção com base na hipossuficiência e subordinação jurídica não mais responde aos anseios protetivos. Defende-se a substituição do conceito de hipossuficiência pelo de vulnerabilidade no Direito do Trabalho, em especial diante dos modernos regimes pós-toyotistas, que buscam criar uma ilusão de autonomia ao empregado na programação de comandos e objetivos quase que mecânicos, que dominam suas consciências e corpos;

XXII - Três dimensões básicas da vulnerabilidade poderiam ser associadas ao trabalho. A primeira delas consistiria nas características individuais das pessoas, nos moldes vistos inicialmente neste estudo, enquanto que a segunda seria vislumbrada em relação às próprias características laborais, como entorno físico, produtividade, eficácia, rendimento, etc. Por fim, as condições extralaborais como a conjuntura socioeconômica e política do país e a integração do trabalho com as expectativas de qualidade e proteção da vida sociofamiliar também funcionariam como parâmetros para aferir a vulnerabilidade no trabalho;

XXIII - Enxerga-se a presença de hipervulneráveis trabalhistas, que são aqueles que possuem vulnerabilidade agravada enquanto um estado subjetivo, multiforme e pluridimensional. Incluem-se aqui as minorias mais frágeis, impondo a preponderância dos interesses existenciais das pessoas. Elencam-se como hipervulneráveis as crianças e adolescentes, os idosos, as mulheres e as pessoas com deficiência, embora se reconheça que outras formas de vulnerabilidade agravada possam existir no mundo do trabalho;

XXIV - Elencam-se como vulnerabilidades laborais a vulnerabilidade negocial, vulnerabilidade fática ou contratual, vulnerabilidade econômica, vulnerabilidade técnica e vulnerabilidade informacional;

XXV - A vulnerabilidade negocial consiste num sinal indicativo de desequilíbrio numa relação jurídica negocial, de sorte que um indivíduo em particular, pertencente a uma categoria ou grupo de pessoas, se vê em posição de desvantagem em relação ao outro sujeito da mesma relação, que possui maior poder;

XXVI - A vulnerabilidade fática ou contratual decorre do exercício dos poderes do empregador, em especial do poder diretivo, que faz com que o empregador assuma uma postura de autoridade no desenvolvimento do contrato de trabalho diante da posição de

subordinação ocupada pelo empregado. Varia de acordo com grau de subordinação jurídica, uma vez que se vislumbram novas formas de subordinação, onde ocorre uma atenuação do poder de direção do empregador;

XXVII - A vulnerabilidade econômica é constatada diante da lógica do capitalismo em que o empregado necessita daquele emprego para sua subsistência e de sua família, numa dependência do capital acentuada por questões sociais, desemprego, informalidade e precarização. Os frutos do trabalho do empregado são explorados por outrem, tornando-se propriedade do empregador, o que coloca o empregado numa situação de vulnerabilidade que pode ser maior ou menor, a depender da dependência econômica visualizada;

XXVIII - A vulnerabilidade técnica pode ser vislumbrada sobre três prismas. O primeiro enxerga a vulnerabilidade técnica como menor grau de instrução do trabalhador. A segunda forma de vulnerabilidade técnica seria aquela que limita a execução do labor, uma vez que cabe ao empregador gerir o seu empreendimento, com a prerrogativa de organização e estabelecimento de métodos. Por fim, a última forma de vulnerabilidade técnica seria aquela relacionada à alienação do trabalhador, onde o trabalho se transforma em objeto, adquirindo existência externa independente, tornando-se um poder autônomo em oposição ao trabalhador;

XXIX - A vulnerabilidade informacional parte da constatação de que a informação não é veiculada de forma precisa, clara e ostensiva nas relações laborais e, ainda que amplamente divulgada, não possui acesso uniforme, sendo retida em alguma medida pelo empregador;

XXX - A Lei 13.467/17 - Reforma Trabalhista - criou a figura do empregado hipersuficiente, onde é possível a livre estipulação negocial, nos mesmos moldes do art. 611-A da CLT, 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 da Previdência Social;

XXXI - Entende-se que a opção legislativa padece de vício de inconveniência e inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade e ao sistema protetivo nacional e internacional trabalhista. Ainda que este argumento seja superado, visando dar interpretação conforme a Constituição a este dispositivo, defende-se interpretação com base no princípio da norma mais favorável, critérios e limitações ao exercício da liberdade negocial;

XXXII - Sugere-se que a autonomia privada individual na seara trabalhista pode ser vista em graus, tendo por base o direito fundamental à igualdade, de sorte a promover uma

compensação protetiva em face ao desequilíbrio da relação jurídica em questão. Dessa forma, quanto maior a assimetria existente na relação individual trabalhista, menor o grau de autonomia privada e, conseqüentemente, maior a incidência protetiva a ser exercida com base nos direitos fundamentais;

XXXIII - O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas encontra seu fundamento na limitação da liberdade para a consagração da igualdade substancial. Renúncia, enquanto abdicação de direitos trabalhistas, não seria possível, uma vez que faria com que o empregado abrisse mão da tutela jurídica protetiva trabalhista, essencial para o equilíbrio de poderes. Já as transações seriam possíveis desde que não abarcassem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou os valores comunitários básicos, que funcionam como limites à autonomia privada;

XXXIV - Ademais, a autonomia privada individual laboral só poderia ser exercida conforme os critérios objetivos e limitações propostas, uma vez que se busca uma emancipação do sujeito trabalhador com base nos valores constitucionais inerentes ao sistema jurídico brasileiro;

XXXV - A dependência econômica funciona como um fator de limitação do exercício da vontade negocial individual. Para que a dependência econômica seja vislumbrada, exige-se que o trabalhador não seja detentor dos meios de produção, não se configurando como proprietário substancial de uma atividade de natureza econômica. Indica-se como indício a relação de poder e o jogo de forças avistado na relação jurídica, além do processo de estranhamento do empregado em relação ao resultado do seu trabalho;

XXXVI - A inexistência de dependência econômica se dá, ainda, com base no empregado possuir renda com outra atividade. Se ele possui um único emprego e não tem outra fonte de renda, não poderá exercer liberdade negocial. Nas situações de pobreza, absoluta ou relativa, a vulnerabilidade econômica é marcante, impedindo a autodeterminação da vontade contratual, presumidamente viciada. A exclusividade na prestação dos serviços constitui um indício de dependência econômica;

XXXVII - A vulnerabilidade técnica e informacional faz com que o obreiro não tenha efetivo conhecimento e acesso ao Direito do Trabalho, encontrando-se numa posição de fragilidade diante dos óbices vivenciados. Defende-se que, para superar esta vulnerabilidade, sejam tomadas algumas medidas;

XXXVIII - Deve o empregador deixar disponível no ambiente laboral um exemplar da CLT, visando estimular a curiosidade e o conhecimento sobre o Direito do Trabalho. É preciso que se tenha um projeto de informação e divulgação acerca dos direitos trabalhistas. Cabe ao sindicato realizar o papel de aconselhamento jurídico acerca dos direitos trabalhistas que estão sendo discutidos em sede negocial, no exercício de autonomia privada assistida;

XXXIX - O apoio informacional poderia ainda ser exercido por entidade ou pessoa diversa do sindicato com base na vontade do empregado, como ocorre com o trabalhador hipervulnerável com deficiência, que pode utilizar o instituto da tomada de decisão apoiada. Em situações excepcionais, seria possível a negociação individual sem aconselhamento ou apoio, como ocorre com aqueles empregados que possuem conhecimento laboral específico, como advogados ou bacharéis em Direito;

XL - Outrossim, cabe ao empregador, no exercício do dever de informação, alertar o empregado acerca do conteúdo e riscos que a realização daquele negócio jurídico oferece, com base na incidência do princípio da boa-fé objetiva. Faz-se necessária ata ou documento que comprove esta atuação, embora se entenda que a mesma, por si só, não é capaz de comprovar o cumprimento do dever de informação;

XLI - Defende-se ainda a necessidade de contrapartidas para o exercício da autonomia privada individual na relação de emprego, em analogia ao que ocorre na negociação coletiva. Vantagens compensatórias capazes de implicar em melhorias nas condições sociais são essenciais para o exercício da liberdade negocial;

XLII - Faz-se necessária a proteção ao emprego na negociação individual trabalhista por meio de garantia de emprego que promova vedação à despedida injustificada, arbitrária. Entende-se que a garantia de emprego é essencial para todas as relações trabalhistas, mas na negociação individual ganha prisma de essencialidade, colocando o empregado em posição mais confortável em termos negociais por meio da diminuição da vulnerabilidade fática e negocial;

XLIII - Em relação aos empregados hipervulneráveis, defende-se que estes não poderiam realizar negócios jurídicos que tivessem por conteúdo a renúncia ou transação de direitos relacionados às características que os tornam hipervulneráveis, sob pena de agravamento da disparidade existente entre empregado e empregador;

XLIV - Os pequenos empregadores - empregadores pessoa física, microempresário individual, micro e pequeno empresário e instituições sem fins lucrativos - podem possuir vulnerabilidade na negociação individual, tornando a relação ali estabelecida menos díspare;

Neste caso, será observado um poder negocial maior em comparação aos atos de autonomia privada que envolvem empregados e grandes empregadores;

XLV - A lei funciona como importante limitação à autonomia privada, uma vez que a própria Constituição traz um rol de direitos individuais trabalhistas no art. 7º que não podem ser desprezados, estando sujeitos ao princípio de vedação de retrocesso social. As disposições legais funcionam como um mecanismo de conformação das negociações individuais com o desejado pelo Estado Democrático de Direito;

XLVI - A ordem pública também consiste em limite à autonomia privada individual trabalhista, pois um negócio jurídico não pode afrontar normas de organização social, sob pena de ultrajar os valores e princípios que informam a organização política e econômica de uma sociedade;

XLVII - A moral e os bons costumes são limites à autonomia privada por ensejarem um critério de consciência pública, regulamentando o comportamento social e trazendo abstenções e proibições em prol da boa convivência;

XLVIII - A autonomia negocial não pode se afastar dos direitos fundamentais, sob pena de se permitir injustiças e violação à dignidade humana. A celebração de um negócio jurídico individual não pode implicar, de modo algum, na privação dos direitos fundamentais garantidos ao trabalhador pela sua condição de obreiro e de cidadão. O respeito ao princípio de vedação ao retrocesso social deve ser sempre resguardado, em conformidade com os direitos fundamentais trabalhistas, sejam estes específicos ou inespecíficos;

XLIX - A existência de acordo ou convenção coletiva mais favorável ao empregado, do mesmo modo, consiste num limite à autonomia privada individual. Rechaça-se a prevalência do negociado sobre o legislado com base na aplicação do princípio da norma mais favorável, que afirma o primado da proteção à parte vulnerável da relação trabalhista;

L - A reflexão que se faz é no sentido de que as convenções e acordos coletivos devem fixar mínimos que podem ser ultrapassados em sentido mais favorável ao empregado em âmbito individual trabalhista, compatibilizando a autonomia privada individual e a autonomia privada coletiva;

LI - Infere-se que a iniciativa do exercício da autonomia privada individual deve ser do empregado. Caso parta do empregador, deve estar em consonância com a vontade expressa do obreiro, por meio de uma declaração negocial livre de vícios ou defeitos do negócio jurídico;

LII - Cabe ao empregado a apresentação de documentos que comprovem a inexistência de dependência econômica perante o empregador. Justifica-se uma restrição ao interesse voltado à intimidade e privacidade do empregado diante da essência da vulnerabilidade econômica;

LIII - Deve ser analisado, no caso concreto, se existe hipervulnerabilidade do empregado. Caso esta esteja presente, faz-se impossível realização de negócio que tenha por objetivo a discussão de direitos que colocam aquele empregado numa situação de vulnerabilidade agravada;

LIV - É imprescindível que a proposta apresentada seja clara, objetiva e disponha de informações suficientes acerca dos direitos que serão objeto de negociação individual. Se a proposta for apresentada pelo empregado, estes critérios devem ser almeçados de forma abrangida, diante da vulnerabilidade informacional;

LV - Defende-se ainda a participação do sindicato no momento das tratativas, funcionando como um auxiliar nas condições informacionais para o exercício dos atos de autonomia privada. Pode o empregado escolher pessoas de sua confiança ou atuar por si só quando demonstra ter conhecimento jurídico laboral, sendo esta última hipótese excepcional;

LVI - A proposta deve contemplar contrapartidas, sendo estas requisito de validade do negócio jurídico realizado, bem como deve estar presente garantia de emprego que impeça dispensa arbitrária. A dispensa posterior à negociação individual constitui comportamento contraditório por parte do empregador, com quebra da confiança dos interesses e expectativas legítimas;

LVII - A análise dos critérios e limites sugeridos nesta pesquisa pode se dar de forma prévia, contudo, necessitam estar presentes ao tempo das tratativas, uma vez que constituem tutela da igualdade substancial em relação aos riscos inerentes ao negócio jurídico em questão, além da correção das assimetrias;

LVIII - A desistência por parte do empregado no momento das tratativas é possível, não podendo implicar em sanções ou responsabilidade diante da posição de vulnerabilidade ocupada pelo mesmo. A desistência do empregador, por sua vez, pode ensejar a reparação de danos advindos da fase pré-contratual;

LIX - Em caso de dúvidas acerca do preenchimento dos critérios estabelecidos, podem as partes levar a discussão relativa a autonomia privada individual à Justiça do Trabalho. Caberia ao Poder Judiciário laboral realizar, se provocado, a análise do preenchimento dos elementos de existência e validade do negócio jurídico realizado em sede de autonomia privada

individual trabalhista, além de possuir o poder de intervir na negociação se esta se mostra agravadora da vulnerabilidade do empregado, quer seja pelo desatendimento dos critérios estabelecidos ou ultraje às limitações advindas da proteção à igualdade substancial do obreiro.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Barcelona: Préria Bosch, 1958.
- ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Valnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. *Revista bioética*. 2016; 24 (3): 452-8. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n3/1983-8042-bioet-24-03-0452.pdf>, acesso em 18 abr. 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A prevalência do negociado sobre o legislado na perspectiva da reforma trabalhista: a mutação genética do direito do trabalho no Brasil. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.
- ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função Social da funcionalização da autonomia privada? In: REQUIÃO, Maurício (coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- ALONSO OLEA, Manuel. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1969.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischo contrattuale e autonomia privata*. Napoli: JOVENE EDITORE NAPOLI, 1982.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *A declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho e as convenções fundamentais da OIT comentadas*. São Paulo: LTr, 2018.
- ÁLVAREZ, Silvina. El umbral de autonomía. La concepción relacional y La construcción de las opciones. In: HIERRO, Libório R (coord). *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo “Direito do Capital”. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 338, p. 61- 63, ago. 2017.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de Decisão Apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Maciel (Coord.) *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. *Responsabilidade Civil e Proteção Jurídica da Confiança: a tutela da confiança como vetor de solução de conflitos na responsabilidade civil*. Curitiba, Juruá, 2016.

ANDRADE, Carlos Frederico Guerra. Direito à intimidade genética na relação de emprego. Dissertação de Mestrado (2008). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 292 p Orientadora: Prof. Doutora Mônica Neves Aguiar da Silva.. Salvador: 2008.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

ANTUNES, Ricardo. Mundo do trabalho e sindicatos na era da reestruturação produtiva: impasses e desafios do novo sindicalismo brasileiro. *Transinformação*. Vol. 8, n. 3, p. 130-137, set/dez, 1996.

ANTUNES, Ricardo. *O Caracol e sua Concha: Ensaio sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. Prefácio Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Adriana Hilgenberg de. Limites da autonomia normativa coletiva: controle exercido pelo ministério público do trabalho. *Revista De Direito Do Trabalho*, Curitiba: Genesis, n.77, p. 651-668, maio., 1999.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e internacional*. Vol. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. *Revista De Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.7, n.27, p. 279-292, jul./set. 2006.

ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França. *Caderno do CEAS*. N. 242, p. 558-581. Salvador/Recife, set./dez., 2017, p. 560. Disponível em: <https://periodicos.ucs.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/401/330>, acesso em 01 de jan. 2019.

ARENDT, Hanna. *A condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. Postfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Resolução 39/248 de 16 de abril de 1985*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/legislação>; acesso em 25 mar. 2019.

ASSIS, Rui. *O poder de direcção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ATIYAH, P.S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Oxford University Press, 1985.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. 7. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAAS, Emile. *Introducción crítica al marxismo*. 3. ed. Barcelona: Nova Terra, 1970.

BADIR, Eid. Autonomia privada à luz do direito comunitário - a formação do direito civil comunitário in: LOTUFO, Renan (coord.). *Direito Civil Constitucional*. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. Trad. Vinicius Aquini e Eduardo Bondarczuk.. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.100, n.904, p. 41-72, fev. 2011.

BALLALAI, Augusto Luppi. A vontade como elemento promordial no direito privado. *Revista De Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.8, n.32, p. 21-31, out. / dez. 2007.

BARBAGELATA, Hector Hugo. *A evolução do pensamento do Direito do Trabalho*. Trad. Sidnei Machado. São Paulo: LTR, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A desinformação jurídica. *Revista Forense*. Vol. 325, jan./fev./mar. 1994. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Vulnerabilidade e Dignidade Humana. *O Mundo da Saúde*, São Paulo, ano 30, v. 30, n. 3, p. 434-440, jul./set.2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. *Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial*. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_57/Alice_Barros.pdf, acesso em 29 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público in: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. *El orden público como limite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BATAGLIA, Patrícia Unger Raphael; Morais, Alessandra de; LEPRE, Rita Melissa. A teoria de Kohlberg sobre o desenvolvimento do raciocínio moral e os instrumentos de avaliação de juízo e competência moral em uso no Brasil. *Estudos de Psicologia*, 15(1), Janeiro-Abril/2010, 25-32. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/epsic/v15n1/04.pdf>, acesso em 18 mar. 2019.

BATISTA, Neimar; AMORIM, Ana Rosa Tenório de. Vulnerabilidade no Direito privado: do conceito às aplicações. *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, dossiê FACJUR, n. 57, c. 5. Curitiba, 2018.

BAYLOS GRAU, Antonio; REY, Joaquim Pérez. *A dispensa ou violência do poder privado*. Trad. Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009.

BEAUVOIR, Simone. O Segundo Sexo 2. A Experiência Vivida. 2. ed. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BEJARANO HERNANDÉZ, Andrés. La aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable en caso de concurrencia entre un convenio colectivo estatutario y otro de carácter extraestatutario. *Revista de derecho social*. nº 43, jul 2008. Albacete: Editorial Bomarzo, 2008.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. A reforma trabalhista e o retrocesso na proteção jurídica da saúde e segurança no trabalho: notas críticas sobre jornada e outros dispositivos alusivos ao meio ambiente laboral. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 51, p. 183-202, jul./dez. 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. . 5. ed, rev, atual., ampl., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós modernidade. *Revista de Direito Privado*. Ano 15, vol. 57, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BETTI, Emílio. *Teoria General del Negozio Giuridico*. 2. ed., Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: UTET, 1969, Tomo .I.

BIFANO MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho. *O Direito Fundamental ao Salário Mínimo Digno: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2010.

BIALESKI, Roseli de Fátima. VILLATORE, Marcos Antônio César. Novas considerações sobre a ponderação entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador à luz da ordem econômica constitucional. *Revista de direito do trabalho*. São Paulo: Ano 36, n. 139, jul.-set. 2010.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Introd. Gregorio Peces-Barba. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora da UnB, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Buebo Sudatti. Bauru- São Paulo: Edipro, 2001.

BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. *Comentários à Reforma Trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

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

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Autonomia negocial dos trabalhadores hipersuficientes in: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani. *Reforma trabalhista ponto a ponto*. Estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O princípio da irrenunciabilidade e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Direito Unifacs - Debate Virtual*. N. 197, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4593>, acesso em 29 abr. 2019.

BOURDIEU, Pierre. La double vérité du travail. *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, v. 114, p. 89-90, set. 1996, p. 89. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1996_num_114_1_3197, acesso em 17 abr. 2019.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

BRASIL. *Lei 10. 406 de 10 de janeiro de 2002* - Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acesso em 31 de agosto de 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787/16*. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>; acesso em: 08 de jan. de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6787/16*. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>; acesso em: 08 de jan. de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. *Medida Provisória 808/17*. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/131611>; acesso em 08 de jan. de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução 510, de 07 de abril de 2016*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/reso510.pdf>, acesso em 18 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm; acesso em: 07 de set. 2018.

BRASIL. *Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 27 de junho de 2017.

BRASIL. *Decreto lei 5452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm, acesso em 01 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 1855, de 10 de abril de 1996*. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1855.htm, acesso em 22 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 1973, de 1º de agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm, acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. *Decreto n. 4377, de 13 de set. de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm; acesso em 26 de mar. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968*. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm, acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm, acesso em 08 de jan. 2019.

BRASIL. *Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm; acesso em 08 de jan. de 2019.

BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os direitos das crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm, acesso em 25 mar. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei De Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm, acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. IBGE - *Pnad Contínua*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24109-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-4-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-24-6-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro-de-2019>, acesso em 01 abr. 2019.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica aplicada - IPEA. *Carta de Conjuntura n. 41, 4º Trimestre de 2018*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/181211_cc41_nota_tecnica_mercado_de_trabalho.pdf, acesso em 11 abr. 2019.

BRASIL. *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*. Portaria oficializa reajuste de 3,43% para benefícios acima do mínimo em 2019. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2019/01/portaria-oficializa-reajuste-de-343-para-beneficios-acima-do-minimo-em-2019/>, acesso em 10 abr. 2019.

BRASIL. *LC nº 75/93*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm, acesso em 29 abr. 2019.

BRASIL. *Lei 10.101/2000*. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101compilado.htm, acesso em 06 abr. 2019.

BRASIL. *Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003*. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm, acesso em 25 mar 2019.

BRASIL. *Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm; acesso em 26 mar. 2019.

BRASIL. *Lei 12.291, de 20 de julho de 2010*. Torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12291.htm, acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. *Lei 13.104, de 09 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm, acesso em 26 mar. 2019.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em 26 mar. 2019.

BRASIL. *Lei 13.146/2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 27 de junho de 2017.

BRASIL. *Lei 7064/82: Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7064.htm; acesso em: 06 de jan. de 2019.

BRASIL. *Lei 8069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm, acesso em 15 mar.2019.

BRASIL. *Lei 8842, de 4 de janeiro de 1994*: Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm, acesso em 25 mar 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm, acesso em 08 de jan. de 2019.

BRASIL. *Medida Provisória 808/17*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm; acesso em 08 de jan. de 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Pesquisa DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher de 2017*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/08/datasenado-aponta-aumento-no-percentual-de-mulheres-vitimas-de-violencia>, acesso em 26 mar. 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei da Câmara n. 38, de 2017 - Reforma Trabalhista*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>, acesso em 08 de jan, de 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei da Câmara n. 38, de 2017 - Reforma Trabalhista*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>, acesso em 10 abr. 2019.

BRASIL. *SIS - Síntese de Indicadores Sociais 2016-2017*, divulgado em 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23298-sintese-de-indicadores-sociais-indicadores-apontam-aumento-da-pobreza-entre-2016-e-2017>, acesso em 01 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 586.316/MG*, 2ª Turma, Min. Relator Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, DJ. 17.04.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>, acesso em 01 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1625*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>, acesso em 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5938*. Min. Relator: Alexandre de Moraes. DJ 29 maio 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>, acesso em 03 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1121633*. Min. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410168>, acesso em 16 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 324*. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 10 set. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>, acesso em 04 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 201819 / RJ - Rio de Janeiro*, Relator(a) Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, D.J.: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 13 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 590415 / SC*. Min. Relator: Luís Roberto Barroso. DJ 30 de abril de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629027>, acesso em 07 de jan. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n°248.869-1/SP*. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ. 12.03.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829>, acesso em 29 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. 895.759/PE*. Min. Relator: Teori Zavascki. DJ 09 de dez. de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>, acesso em 07 de jan. de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Processo 0000480-54.2015.5.05.0012*, Origem PJE, Relator(a) Desembargador(a) MARIA DAS GRACAS OLIVA BONESS, Quarta Turma, DJ 26/07/2018. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/exibe-relatorio/0/Documento>, acesso em 06 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 691-27.2015.5.06.0412*. Min. Relatora: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DJ 14 de mar. de 2018. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=209549&anoInt=2017>, acesso em 09 de jan. de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR: 2552720135090195*, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 20/09/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>, acesso em 06 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR: 4430620105090654*. Min. Relator: João Oreste Dalazen, D.J: 15/03/2017, 4ª Turma. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>, acesso em 02 mai. 2019.

BUEN L., Néstor De. *Derecho Del Trabajo*. Tomo Primero. Naucalpan de Juaréz: Editorial Porrúa, 1974.

BYINTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicologia simbólica Junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação*. 2. ed. São Paulo: Carlos Amadeu Botelho Byinton, 2015.

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

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CABRILLAC, Rémy. Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats : renégociation, rescision ou révision. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 66 N°2, 2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014).

CAENEGEM. R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARDOSO, Cristiane. *81% Contratam Pessoas Com Deficiência Só "Para Cumprir Lei"*. Disponível em: <https://blog.isocial.com.br/81-contratam-pessoas-com-deficiencia-so-para-cumprir-lei/>, acesso em 24 abr. 2019.

CARESSI, Franco. *Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARPENA, Heloísa. O Abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis Trabalhista: legislação complementar, jurisprudências*. Atual. por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Augusto César Leite de. O princípio da igualdade na reforma trabalhista: tema tormentoso e atormentador. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Delaíde Alves Miranda (org.). *A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018.

CARVALHO, Jorge Morais. *Os contratos de consumo: reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*. 2011. 1107 folhas. Tese (doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Nova Lisboa. Lisboa, 2011.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 8, ano 3, p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul-set.2016.

CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016.

CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CASTRO Y BRAVO. *La estructura del negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 2002.

CASTRO, Thamis Danselter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. vol. 1. 2. ed. rev., atualizada e aum. São Paulo: Saraiva, 1981.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, Volume I. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1982.

CAVENAGHI, Suzana; ALVES, José Eustáquio Diniz. *Mulheres chefes de família no Brasil: avanços e desafios*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2018.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder; Et al. *Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?* São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2019.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social*. São Paulo: LTr, 1980.

CHAUÍ, Marilena. Democracia e sociedade autoritária. *Comunicação & Informação*. v. 15, n. 2, jul.-dez. 2012.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, vol. 46, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. *Trabalho na Constituição*. São Paulo: LTr, 1989.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho. *A renúncia abdicativa no Direito Civil: algumas notas tendentes à definição do seu regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

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

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. *Revista De Direito Constitucional E Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.16, n.62, p. 216-239, jan. / mar. 2008.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Curitiba: HDV, 1986.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa- Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Teoria do Direito Civil*. Lisboa: Associação acadêmica da Faculdade de Direito, 1986.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Introdução, doutrina geral, negócio jurídico. Vol.1, Tomo I. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2007.

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

COSSIO, Carlos. *La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho*. Buenos Aires: ediciones arayú, 1954.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales: apuntes introductorios in: COURTIS, Christian (coord.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Autonomia privada na perspectiva do novo código civil. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e Pena. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Paraná, v. 32, 1999, p. 7-23. Disponível em: ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1872/1567. Acesso em: 02 jun. 2012.

COUTINHO, Aldacy. Efetividade do Direito do Trabalho: uma mirada no “homem sem gravidade”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 93-105, jan./jun. 2007.

COUTRIM, Rosa Maria da Exaltação. Idosos trabalhadores: perdas e ganhos nas relações intergeracionais. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 21, n. 2, p. 367-390, maio/ago. 2006.

CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio da proteção e a flexibilização das normas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

CRORIE, Benedita da Silva Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013.

CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o Impacto no Direito do Trabalho. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord). *Direito do Trabalho Contemporâneo. Flexibilização e Efetividade*. São Paulo: LTr, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. GARCIA, Phelippe Henrique Cordeiro. Arbitragem em dissídios individuais de trabalho. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 8, n. 73, p. 26-42, nov. 2018.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DE LA CUERVA, Mario. *Derecho Mexicano Del Trabajo*. 3. ed. Vol. 1. México: Porrúa, 1949.

DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves; BORGES, Lara Parreira de Faria. A revisitação do princípio da proteção pelo discurso constitucional trabalhista no Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz

Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo (coord.). *Direito constitucional do Trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista LTr*. v. 70, n. 06, junho de 2006. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DEVEALI, Mario. *El derecho del trabajo en su aplicación y en sus tendencias*. Vol. I. Buenos Aires: Astrea, 1983.

DIEESE. *Boletim de conjuntura*. N. 14, maio de 2018. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimdeconjuntura/2018/boletimConjuntura014.html>, acesso em 07 de jan. de 2019.

DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistemas de derecho civil*. Vol. I, 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

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; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silvia Teixeira do. (coord). *Interpretação e aplicação da reforma trabalhista no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018.

DONATO, Messias Pereira. *O movimento sindical operário no regime capitalista*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1959.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. Ano 77, n. 3, mar. 2013. P. 293-303. São Paulo, LTr, 2013.

DRAY, Guilherme Machado. O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez. p. 113-137, 2003.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistência: novos e velhos desafios? *Caderno CRH*. Salvador, Vol. 24, n. spe 01, p. 37-57, 2001.

DUPRET, Cristiane. *Direito da criança e do adolescente*. 2.ed. Belo Horizonte: IUS, 2012.

DURAND, Paul; JAUSSAUD, Robert. *Traité de droit du travail*. Prefácio Georges Pichat. Paris: Dalloz, 1947.

DUTRA, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Trad. Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

EMERIQUE, Lilian Balmant; DANTAS, Fernanda Lage. O avanço da austeridade e o retrocesso na erradicação da pobreza in: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. *Autonomia individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*. Madrid: CES, 2000.

ESPANHA. *Código Civil: Real Decreto de 24 de julio de 1889*. Disponível em: https://www.iberley.es/legislacion/real-decreto-24-julio-1889-publica-codigo-civil-7499513/26#ancla_119396, acesso em 25 de agosto de 2018.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. Vol. 1. 15. ed., rev., ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista de direito do consumidor*. Ano 22, n. 85, jan/fev. 2013, p. 16-23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FELICIANO, Guilherme; MIZIARA, Raphael. Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: organizados por assunto. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view; acesso em 08 de jan. de 2019.

FELIX, Jorge. O idoso e o mercado de trabalho. In: ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia; GIACOMIN, Karla Cristina (org.). *Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. *Direito do Trabalho: relações colectivas de trabalho*. Vol. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

FERNANDES, José Simpliciano. Da exigência da reciprocidade na negociação coletiva: sobre um diálogo falso não se constrói um resultado negociado. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Delaíde Alves Miranda (org.). *A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trota, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 10. ed, rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida econômica, 2012.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. e notas de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das Normas no Direito Internacional: Jus Cogens e Metaconstitucionalismo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FLEURY, Ronaldo Curado. A reforma trabalhista, o trabalho digno e o Ministério Público do Trabalho in: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Reforma trabalhista na visão dos procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2018.

FLICKINGER, Hans-Georg. *Marx e Hegel: o porão de uma filosofia social*. Porto Alegre: L&PM & CNPQ, 1986.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994.

FRANÇA. *Code civil des français*. 21 mar. 1804. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 13 maio 2019.

FRANÇA. *Código Civil Francês*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=958CB49A3C32AF23A44C590668FB3402.tplgfr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000032040792&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180825, acesso em 25 de agosto de 2018.

FRANÇA. *Código Civil Francês*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=958CB49A3C32AF23A44C590668FB3402.tplgfr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000032040792&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180825, acesso em 25 de agosto de 2018.

FRANCO FILHO, Georgenor. *Reforma Trabalhista em pontos*. De acordo com a Lei n. 13.467/17. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FRIEDMANN, Georges. O lazer e a Civilização tecnicista In: OLIVEIRA, Paulo de Salles (org). *O lúdico na Cultura Solidária*. São Paulo: Hucitec, 2001.

FRIEDRICH, Ariela Cristine Dias; MACEDO, Fernando; REIS, Aline Henriques. Vulnerabilidade ao stress em adultos jovens. *Rev. Psicol., Organ. Trab.*, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 59-70, mar. 2015. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572015000100006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 18 mar. 2019. <http://dx.doi.org/10.17652/rpot/2015.1.499>.

GARBINI, Vanessa Gischkow; SQUEFF, Tatiana de A. F. R.; SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araújo. A vulnerabilidade agravada dos refugiados na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, Vo. 119, ano 27, p. 19-47, set.-out. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GARCIA OVIEDO, Carlos. *Tratado elemental de derecho social*. 3. ed. Madrid: E.P.E.S.A., 1948.

GARCÍA RUBIANO, M., et al. Diseño, construcción y validación de un instrumento para evaluar el riesgo psicolaboral en empresas colombianas. *Diversitas - perspectivas en psicología* - Vol. 4, No. 1, p. 37-51, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista: análise crítica da Lei 13.467/2017*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

GARCIA, Manuel Alonso. *Curso de derecho Del trabajo*. 4. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1973.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Ordem pública e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

GAROFALI, Mario Giovanni. *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*. Napoli: Editore Jovene Napoli, 1979.

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 (2011). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 281 p. Orientador: Prof. Doutor Luiz de Pinho Pedreira da Silva. Salvador: 2011.

GAUTHIER, Gustavo. *Disrupción, economía compartida y derecho*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016.

GIAVARINO, Magdalena Beatriz. La Recepción Del Sistema De Apoyos En El Nuevo Código Civil Y Comercial. *Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de La Nación* / Liliana Abreut de Begher ... [et al.] ; compilado por Graciela C. Wüst. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, ISBN 978-987-97935-8-9. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho-privado/giavarino.pdf>, acesso em 09 de agosto de 2017.

GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003.

GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press. 1974.

GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Trad. y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez e José Antônio Fernández Avilés. Granada: Editorial Comares, 2004.

GOLDFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

GOLDIN, Adrián O. *Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos*. Cuadernos de investigaciones 22. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A., 1991.

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

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

GONÇALVEZ, Ana Lucia de Alencastro. Aprendizagem profissional: trabalho e desenvolvimento social e econômico. *Estud. av.*, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 191-200, Aug. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142014000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24 abr. 2019.

GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

GOULART, Rodrigo Fortunato. Empregado hipersuficiente e negociação individual. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; KAJOTA, Ernani (coord.). *Reforma Trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther*. São Paulo: LTr, 2018.

GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controle dos trabalhadores através de sistemas automatizados*. Coimbra: Almedina, 2004.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, Administração Pública Direta e Indireta*. Goiânia: UCG, 2006.

GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. *Revista Bioética*, vol. 7, n. 1. Disponível em:

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288/427, acesso em 18 mar. 2019.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. 22. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

HEGEL, Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

HINZ, Henrique Macedo. *Cláusulas Normativas de Adaptação. Acordos e convenções coletivos como formas de regulação do trabalho no âmbito das empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro *in*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.) *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Renato Jaime Ribeiro. Coord. Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. *In*: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO. *Reforma trabalhista na visão de procuradores de trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2018.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. A autonomia privada e a constituição. *Revista da Procuradoria do INSS*. Trimestral, 164p. 1993. Brasília: MPAS/INSS.

HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. *Compendio de derecho del trabajo*. Trad. PIÑERO, Miguel Rodríguez Piñero e Luis Enrique De La Villa. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ITÁLIA. *Codice Civile*. Disponível em: <http://www.ipsoa.it/codici/cc/14/t2>; acesso em: 25 de agosto de 2018.

ITÁLIA. *Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004*. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04006l.htm>, acesso em 09 de agosto de 2017.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOTTOW, Michael. H. Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org). *Bioética: poder e injustiça*. 2 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

LACERDA, Dorval de. *A Renúncia no Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944.

LAFARGUE, Paul. O direito ao ócio. In: DE MASI, Domenico. *A economia do ócio*. Trad, org. e intr. de DA COSTA, Carlos Irineu W.; JORGENSEN JÚNIOR, Pedro e MANZI, Léa. Rio de Janeiro: Sextante, 2001.

LAHERA FORTALEZA, Jesús. *Normas laborares y contratos colectivos*. Madrid: Editorial Reus, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodriguez Molinero. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2009.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1994.

LIMA, Javert de Sousa. Princípios peculiares do Direito do Trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. V. 2, Out. 1950, p. 113-122. Belo Horizonte.

LIMA, José Edmilson de Souza; SILVA, Marcos Alves da; LIMA, Erick Alan de. O empregado hipersuficiente sob a perspectiva do direito fundamental da igualdade e da Convenção 111 da OIT. *Anais do V Congresso Luso-brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação*. vol. 3, n.º.26, p. 452-475. Curitiba, 2018.

LIMA, Maria da Paz Campos. O desmantelamento do regime de negociação coletiva em Portugal, os desafios e as alternativas. *Cadernos do observatório nº 8*. Coimbra: Centro de estudos sociais da Universidade de Coimbra, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.722, p. 40-45, dez., 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Do Senado*, Brasília A. 36 N. 141 Jan./Mar. 1999.

LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável in: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord). *Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Vol. I, Parte Geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUNA, Florencia. *Vulnerabilidade: la metáfora de las capas*. Disponível em: http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metafo ra_de_las_capas.pdf f. Acesso em: 18 mar. 2019.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las Geraciones de Derechos Humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N. 10. Septiembre-Diciembre 1991, p. 205/206. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=qins0qjcsbmigxqpzog2ec55_407909&ART=15,21414,RCEC_10_201.pdf. Acesso em: 13 maio de 2009.

MACHADO, Cecília; PINHO NETO, Valdemar. *The Labor Market Consequences of Maternity Leave Policies: Evidence from Brazil*. FGV. Disponível em: https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf, acesso em 24 abr. 2019.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; VIEIRA, Mônica Silveira; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *A LICC e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1980.

MAIOR, Jorge Luis Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e a aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano. 30, n. 116, out./dez. 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_supersubordina%C3%A7%C3%A3o.pdf, acesso em: 04 abr. 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como um instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *Manual da Reforma Trabalhista: pontos e contrapostos*. São Paulo: Sensus, 2017.

MANGARELLI, Cristina. Costume. In: RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). *Estudos sobre as fontes do direito*. São Paulo: LTr, 1998.

MARIMPIETRI, Flávia. *Direito do consumidor e direito do trabalho: axiologia e principiologia comuns*. In: ALMEIDA NETO, João Alves de (coord.). *As novas faces do Direito do Trabalho: estudos em memória de Gilberto Gomes*. Salvador: Quarteto, 2006.

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

MARQUES, Christiani. A discriminação na aplicação das normas de proteção às pessoas com deficiência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 44-59, out./dez. 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed, rev., ampl, atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de doutorado (2010). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 475 p. Orientador: Prof. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: 2010.

MARTINEZ ABASCAL, Vicente-Antonio; HERRERO MARTÍN, José Bernardo. *Sistema de derecho del trabajo*. 2. ed. Tarragona: publicaciones URV, 2015.

MARTINEZ, Luciano. *Reforma Trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Nei Frederico Cano. *Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo: LTr, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Autonomia privada, confiança e boa-fé: princípios informadores da relação obrigacional. *Revista da Faculdade Baiana de Direito*. N. 4, Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista de Direito da GV*. v 1, n. 1, Maio/2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 01 Set. 2018.

MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1964.

MARX, Karl. *O Capital*: edição resumida. Resumo dos três volumes por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Trad. Frank Müller. 3. ed. 1. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MASCARENHAS, Elena Macedo. Substituição de produtos em razão de vícios por inadequação: uma análise crítica acerca da efetividade da legislação consumerista brasileira em comparação com o sistema jurídico norte-americano in: SUZART, Joseane; CERQUEIRA, Alane Silva de (org.). *Proteção do consumidor diante dos problemas de*

produtos e serviços: o que fazer quando quebram ou deixam de funcionar? Salvador: Paginae, 2014.

MATTOS, Felipe Montenegro. Formas alternativas de solução de conflitos trabalhistas: arbitragem e acordo extrajudicial. In: MANNRICH, Nelson (coord.). *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

MÁXIMO, Mário Motta de Almeida. As limitações do conceito de autonomia no liberalismo. *Revista Oikos*. Vol. 14, n. 1, p. 59-67. Rio de Janeiro, 2014, p. 64. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/index.php/oikos/index>; acesso em 27 de agosto de 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; MOLINA, André Araújo. O controle de Convencionalidade da Reforma Trabalhista. *Revista Dat@venia*, V.9, Nº.1 (Jan./Abr.2017).

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*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

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; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marco Aurélio. A força normativa do princípio da proteção no Direito Constitucional do Trabalho. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Delaíde Alves Miranda (org.). *A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- MENDES, Marcus Menezes Barberino. Autonomia coletiva e a lei 13467/2017: apertem os cintos porque o garante do interesse público sumiu. Será? In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão popular, 2017.
- MERCADER UGUINA, Jesus R. *Estructura de La negociacion colectiva y relaciones entre convênios*. Madrid: Civitas, 1994.
- MERCADER UGUINA, Jesus R. La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable. *Revista española de derecho Del trabajo*. Nº 109, p. 19-44. Madrid: Editorial Civitas, 2002.
- MESSIAS, Patrícia Melo. O princípio do melhor interesse do menor. *Revista do Mestrado em Direito*. Maceió: v.2, n.2, jun 2006.
- MESSINA, Giuseppe. *La simulazione assoluta*. Milão: Vallardi, 1948.
- MILL, John Stuart. *Ensayo sobre La libertad*. Trad. María Ángeles Lavilla Navarro. Madrid: Miestas, 2006.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e Transação no direito do trabalho – uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 74, n. 02, Fev.190-224, 2010.
- MOLINERO, Helena Ysás. *La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos*. Albacete: Bomarzo, 2010.
- MONTORO, André Franco. *Iniciação à ciência do direito*. 26. ed, rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade* (no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, interpretação sistemática do direito). 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2009.

MORELLO, Augusto Mario. El conocimiento de los derechos como presupuesto de La participación (El derecho a La información y La realidad social). In: GRINOVER, Ada Pellegrini et all (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MOURA, Alessandra Christiane Bittencourt Ambrogi. Livre estipulação contratual entre empregado e empregador. Solução do litígio por meio da arbitragem. In: CREMONESI, André; NAKANO, Silvia (coord.). *Reforma Trabalhista: avanço ou retrocesso?* São Paulo: LTr, 2018.

MOURA, José Barros. *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1984.

MUKNICKA, Rosana. Arbitragem Trabalhista. In: MARTINE NETO, Aldo Augusto, BURMANN, Márcia Sanz; LACERDA, Nadia Demoliner; GALO, Thais (coord.). *Reforma Trabalhista brasileira em debate*. São Paulo: LTr, 2019.

MURADAS, Daniela. A reforma Trabalhista e o Mito da Classe Média Esclarecida: Capital Cultural e dependência dos fatores os organizados da produção. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silvia Teixeira do. (coord). *Interpretação e aplicação da reforma trabalhista no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018.

NAHAS, Thereza Cristina. *Novo Direito do Trabalho: institutos fundamentais. Impactos da reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós moderno*. Em busca da sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NAVAES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada - relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

NEUNER; Jörg. O código civil da Alemanha (BGB) e a Lei fundamental. *Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, 2008, p. 75- 106. Florianópolis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, p. 80. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32349-38871-1-PB.pdf>, acesso em 24 de agosto de 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 2. ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2003.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista brasileira de bioética*, vol.2, n.2, 2006.

NICOLE, Pedro Augusto Gravatá. *O sujeito trabalhador e o direito internacional social*. Tese de Doutorado (2015). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 343 p. Orientadora: Profa. Daniela Muradas Reis. Minas Gerais: 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.) *Perspectivas constitucionais*. Nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. Trad. Wanda Caldeira Brant. Revisão da tradução Laura Teixeira Mota. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

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

OJEDA ÁVILES, Antônio. *Compendio de derecho sindical*. Madrid: Editora Tecnos, 1998.

OLIVEIRA, Leandro Antunes de. A supressão das horas *in itinere*. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Moacyr. Deficientes: sua tutela jurídica. *Revista dos Tribunais*. Ano 70, vol. 553, Nov. 1981.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re) pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando os conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014.

OLIVEIRA, Patrícia Cibelle Alves de. A teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil no direito do trabalho = Theory of a chance lost and liability in labor law. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, SP, v. 43, n. 173, p. 35-57, jan. 2017.

OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Resenha: Moreira, Eduardo Ribeiro. Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 241p. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 2008 – RDCI 65. 2008, p. 354-366.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores no sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.23 e 24, p. 41-78, jul./dez.,1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf, acesso em 25 mar 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação n. 91: recomendação sobre os contratos coletivos*. 1951. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTUMENT_ID:312429:NO, acesso em 25 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação n. 198*. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/content/relativa-%C3%A0-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho>.

OTERO, Paulo. Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana, In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008.

PADILHA, Valquíria. Se o trabalho é doença, o lazer é remédio? In: Müller, Ademir e Dacosta, Lamartine Pereira. *Lazer e Trabalho: um único ou múltiplos olhares*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

PALACIO, Germán. *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. *Direito do trabalho e ideologia*. Trad. Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *Negozió giuridico*. Torino: Tip Roberto Gayet, 1934.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. 2 tir. São Paulo: LTr, 1994.

PASTORE, José. *Encargos sociais: Implicações para o salário, emprego e competitividade*. 2. tir. São Paulo: LTr, 2001.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. O costume no Direito. *Akrópolis: Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*. Vol. 5, n.8, p.22-26, 1997, p. 23-24. Disponível em: <http://revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/view/1695/1467>, acesso em 13 maio 2019.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia Privada E Negócios Jurídicos – Breves Notas. In: PUSCHEL, Flávia Portella. (Org.). *Organização das relações privadas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007..

PEREIRA, Jane Reis Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares in BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira. Prevalência do negociado sobre o legislado na perspectiva constitucional In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ BOTIJA, Eugênio. *El Contrato de Trabajo: comentarios a la ley, doctrina y jurisprudência*. Prólogo José Castan Tobeñas. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1945.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSANHA, Vanessa Vieira. *O dever fundamental do empregador de qualificar seus empregados*. Tese de Doutorado (2015). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 201 p. Orientador: Prof. Luciano Dórea Martinez Carreiro. Salvador: 2015.

PESSOA, Valton Dória. *Transação extrajudicial nas relações individuais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlaune. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, n.º 71, p. 109-148, 2012.

PINO, Viviane Del; WELANG, Blanca Susana Guevara. Homicídio e lobo frontal: revisão da literatura. *Interação em Psicologia*. Vol. 10, Ed. 1, 2006, p. 127-137. Curitiba: UFPR, 2006.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pito; PINTO, Paulo Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor e a ótica subjetiva do intérprete. *Revista de direito do consumidor*. Ano 26, n. 110, mar/abril 2017, p. 43-57 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PINTO, Paulo Mota. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Portugal-Brasil, Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

POPPER, Karl Raymund. *Lógica das Ciências Sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em: 24 de agosto de 2018.

PORTUGAL. *Declaração do Estoril sobre o acesso à informação*. Disponível em: <http://www.apbad.pt/Downloads/DeclaracaoEstoril.pdf>, acesso em 06 abr. 2019.

PORTUGAL. *Decreto-lei nº 44.344, de 25 de novembro de 1966 - código civil português*. Disponível em:

<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>, acesso em 24 de agosto de 2018.

POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina. 1982.

QUINTAS, Paula. *Os direitos da personalidade consagrados no Código do Trabalho na Perspectiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado - Direitos (des) figurados*. Coimbra: Almedina, 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho*. Parte I - Dogmática Geral. 3. ed. rev. E atual. Coimbra: Almedina, 2012.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAY, Jean-Emmanuel. *Aborder Le droit Du travail*. Paris: Seuil, 1998.

RENZETTI, Rogério. Prevalência do negociado sobre o legislado em norma coletiva In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 6/2016, p. 37 - 54, Jan - Mar / 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REQUIÃO, Maurício. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. 195 folhas. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 5, n. 46, p. 28-33, nov. 2015.

REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016.

RESEDÁ, Salomão. A doutrina da proteção integral e os direitos fundamentais da criança e do adolescente. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Direitos e reflexos nas relações sociais*. Salvador: Paginae, 2010.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e os princípios da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direitos humanos e a dignidade da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Social*. Ano 5, n. 21, jan/mar, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. *Recurso Cível Nº 71008110835*. Terceira Turma Recursal Cível. Relator: Fabio Vieira Heerdt. DJ 21/02/2019. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=consumidor+idoso+hipervulner%C3%A1vel&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris, acesso em 24 abr. 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990.

ROCHA, Sônia. *Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?* 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de derecho laboral*. Tomo 1, Vol.1, 3. reimp. Montevideo: Ediciones Idea, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr.

ROMANO, Salvatori. Autonomia privada (appunti). In: *Studi in onore de Francesco Messineo*. Milano: Giuffrè, 1959.

ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ROMITA, Arion Sayão. Autonomia da vontade: contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte: validade. Inaplicabilidade de normas de direito administrativo (parecer). *Revista De Direito Do Trabalho*, Curitiba: Genesis, n.79, p. 13-21, jul. 1999.

ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Proteção em Xequê e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

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

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2 ed. Milão: Giuffrè Editore, 2011.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. *Revista Jurídica da Presidência*. V. 18 n. 116, p. 533-558, Out. 2016./Jan. 2017. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2017.

ROSELVAND, Nelson. *O direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. A. 21. n° 62, mai./ago. 2001, p. 23. Disponível em: file:///C:/Users/Adriana/Downloads/REDC_062_009.pdf, acesso em 18 abr. 2019.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANSEVERINO, Luisa Riva; MAZZONI, Giuliano. *Nuovo Trattato di Diritto Del Lavoro*. Vol. I: Diritto Sindacale. Verona: Edizioni Cedam PADOVA, 1971.

SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 116, ano 27, mar-abr 2018, p. 19-49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a história jurídico-social de Parságada. In: José Geraldo de Souza Junior (Org.). *O direito achado na rua*. Brasília: UnB, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*. São Paulo, vol. 2, n. 2, 46-71, mai/ago 1988.

SANTOS, Ronaldo Lima. Autonomia privada coletiva e hierarquia da lei n. 13.467/17. in: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Reforma trabalhista na visão dos procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2018.

SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das normas coletivas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais In:

CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

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

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional in: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada in: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema Del derecho romano actual*. Trad. M. CH. Guenoux. Tomo I. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A "hipervulnerabilidade" do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 70, ano 18, abr./jun 2009, p. 139-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHNEEWIND, J.B. *A invenção da autonomia: uma história da filosofia moral moderna*. Trad. Magda França Lopes. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Livro III. Trad. Wolfgang Leo Maar. Edição Acrópoles, p. 10. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/representacao3.html>, acesso em 18 de agosto de 2018.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHUBERT, Renate. *Poverty in developing countries: its definition, extent and implication*. Economics, vol. 49/50, p. 17-40. Tubigen: Institute for Scientific Co-operation, 1994.

SEBRAE SÃO PAULO. *Causa Mortis: o sucesso e o fracasso das empresas nos primeiros cinco anos de vida*. Disponível em:

http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Anexos/causa_mortis_2014.pdf, acesso em 20 mar. 2019.

SEBRAE. *Análise do CAGED: janeiro de 2019*. Brasília: Sebrae, 2019.

SEBRAE. *Relatório Especial do CAGED: primeiro emprego nos pequenos negócios*. Brasília: Sebrae, 2018.

SEBRAE. *Sobrevivência das empresas no Brasil*. Brasília: SEBRAE, 2016.

SEIXAS, Antônio Eduardo Reichmann. *Summa Divisio* direito público - direito privado: um estudo histórico da dicotomia à luz do direito Francês in: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ALVES, Angela Limongi Alvarenga; NAHAS, Fernando W. Bunemer; MELONCINI, Maria Isabela Haro. *Temas atuais de Direito Público II - diálogos entre Brasil e França*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SEVERO, Valdete Souto. Garantia de Manutenção no Emprego: Condição de Possibilidade da Verdadeira Negociação Coletiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações* : Vol. 5, n. 80 (jul. 2009). Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/80395/2009_severo_valdete_garantia_manutencao.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 22 abr. 2019.

SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos*. São Paulo: Sensus, 2017.

SHAFFER, David R. *Psicologia do Desenvolvimento: infância e adolescência*. Trad. Cíntia Regina Pemberton Cancissu. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional econômico*. São Paulo: LTr. 2001.

SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. Análise da lei 13.467/2017 - artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: parte geral*. Vol I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Da “Velha” Parassubordinação Ao Novo Contrato De Trabalho A Projeto. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, p. 343-348, abril-junho, 2006.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Um novo critério de aplicação do direito do trabalho: a parassubordinação. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, p. 173-181, julho-setembro, 2001.

SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Vulnerabilidade e direitos: lei e jurisprudência sobre consumo e trabalho na sociedade contemporânea. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 22, n. 86, p. 13-44, mar/abr. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada, ordem pública e flexibilização do Direito do Trabalho. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Faculdade de direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Edição comemorativa do cinquentenário (1947-1997). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

SILVEIRA, Alípio. *A boa-fé no Código Civil: doutrina e jurisprudência*. 1. Vol. São Paulo: Universitária de Direito, 1972.

SINTEZ, Cyril. De la subordination à la domination du salarié : la « preuve sociologique » par le temps de travail. *Siècles, Cahiers du Centre d’histoire, Espaces et Cultures*. Disponível em: <http://journals.openedition.org/siecles/1431>, acesso em 17 abr. 2019.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*. Dissertação de Mestrado (2016). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 185 p Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Júnior. Salvador: 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SPC Brasil. *Apenas 19% dos brasileiros pouparam em janeiro, mostra indicador CNDL/SPC Brasil*. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/indice/6065>, acesso em 17 abr. 2019.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2008.

SUPIOT, Alain. *Crítica do Direito do Trabalho*. Trad. Antônio Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SUPIOT, Alain. *Homos juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA, Sérgio Torres; BARROSO, Fábio Túlio. Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral. *Revista do TST*. Vol. 75, nº 3, jul/set 2009, p. 57-69. Brasília.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I, Parte Geral (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, *In: Temas de Direito Civil*. 3. ed. Atual. Rio De Janeiro: Renovar, 2004.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnicada dos novos princípios contratuais. *Revista dos Tribunais*. Ano 103, vol. 945, julho/2014. São Paulo: RT.

TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de La sociedad global*. Ed. Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

THÉBAUD-MONY, Annie; DRUCK, Graça. Terceirização: A Erosão dos Direitos dos Trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (Orgs) *A Perda da Razão Social do Trabalho. Terceirização e Precarização*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

THOMALE, Chris. *Cuius Regnum Eius Judicium - Emancipando o discurso jurídico privado em face dos direitos humanos*. Trad. Patrícia Cândido Alves Ferreira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 13, ano 4, p. 391-418, out/dez 2017. São Paulo: RT, 2017.

TORRES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. A repercussão do Estatuto da Pessoa com deficiência no regime da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*. Vol. 75. Ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar 2017.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 21. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2016.

TRINDADE, Rodrigo. Negociado sobre legislado: o mito de Ulisses e as sereias In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

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

UNESCO. *Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos*. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por, acesso em 18 mar. 2019.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *Reforma Trabalhista e o hipersuficiente*. Disponível em: [http://www.amatra5.org.br/images/a/A%20REFORMA%20TRABALHISTA%20E%20O%20HIPERSUFICIENTE .pdf](http://www.amatra5.org.br/images/a/A%20REFORMA%20TRABALHISTA%20E%20O%20HIPERSUFICIENTE.pdf); acesso em 11 abr. 2019.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *Proteção efetiva contra a dispensa arbitrária no Brasil*. São Paulo: LTr, 2015.

VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. *Reforma Trabalhista e seus impactos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Belém: Unama, 2005.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*. Vol. 251, ano. 41, p. 391-426. São Paulo: RT, 2016.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

VIANNA, Segadas. Antecedentes Históricos. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*, Volume I. 22. ed. São Paulo. LTr, 2005.

VIANNA, Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*, Volume I. 22. ed. São Paulo. LTr, 2005.

VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 8, ano 3, p. 275-302. São Paulo: RT, jul-set.2016.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.791, p. 31-64, setembro, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávia Scabin. [S.I.] Malheiros, 2006.

VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e filosóficos*. Vol. I. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária como instrumento de acesso a ordem justa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. São Paulo, n. 22, jan./dez. 1984.

WATANAE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no Direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WYZYKOWSKI, Adriana. A Autonomia Privada e a Relação De Emprego sob a perspectiva do Direito Individual Do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016.

WYZYKOWSKI, Adriana. Tomada de decisão apoiada e contrato de emprego. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). *Novos estudos sobre a incapacidade*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019.