

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

LÚCIO ROBERTO FALCE

**A EFICÁCIA JURÍDICA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISALDO NAS
RELAÇÕES INDIVIDUAIS**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2019

LÚCIO ROBERTO FALCE

**A EFICÁCIA JURÍDICA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISALDO NAS
RELAÇÕES INDIVIDUAIS**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de Direito do Trabalho e Processo, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Sérgio João.

SÃO PAULO

2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Sérgio João (PUC/SP)
Orientador

Suplente 1

Suplente 2

Dedico esta dissertação ao meu pai Alberico Falce Filho que sempre me incentivou, além de me ajudar na matrícula do curso financeiramente, e acreditar que seria capaz de realizar um sonho, pois sem a educação proporcionada por ele não haveria a possibilidade de concluir esse estudo.

Dedico ao meu orientador, Professor Dr. Paulo Sérgio João, pela orientação, pelas aulas ministradas, e por grande amizade conquistada, o que me enche de orgulho e admiração.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus inicialmente por ter me dado a fé e por conseguir ingressar no Mestrado, a sabedoria de dar continuidade no curso, a força de vontade para vencer o cansaço das viagens para São Paulo e a esperança de concluir o curso.

Agradeço à minha família, minha esposa Hany Angelita Macias Dias, por ter a paciência com meu tempo dispensado aos estudos e pela bagunça dos livros espalhados, e a minha enteada Bruna Dias Cobra por acreditar em mim e se orgulhar da minha pessoa.

Agradeço imensamente ao Professor Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, o grande incentivador para eu ingressar no mestrado e por se tornar um grande amigo.

Agradeço aos amigos de Taubaté de idas e vindas para São Paulo, Fernando Gentil de Almeida Pedroso, e Leonardo Xexéo, pessoas com as quais tenho grande consideração e se tornaram grandes amigos.

Agradeço a todos amigos que fiz no Mestrado, que dividiram momentos de felicidade em minha vida, o que ficará marcado em meu coração para sempre.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade abrir discussão a respeito da eficácia jurídica da negociação individual de forma a prevalecer sobre o legislado, e o negociado coletivamente, nos termos do parágrafo único do art. 444, da Consolidação das Leis do Trabalho. O trabalho visa a abordar nesse contexto a aplicação dos princípios de Direito do Trabalho, bem como dos princípios constitucionais, a fim de verificar a eficácia da negociação individual do empregado “hipersuficiente”. O presente estudo também aborda a ofensa à Constituição de 1988 quanto à possibilidade de a negociação individual prevalecer sobre o legislado e o negociado. A dissertação em apreço buscou trazer a visão dogmática do Direito do Trabalho, em razão de sua essência e natureza, a possibilidade de viabilizar a negociação individual em prol de modernização das relações de trabalho, e busca de maior número de empregos.

Palavras-chave: Parágrafo único do art. 444, da CLT. Empregado “Hipersuficiente”. Negociação Individual. Prevalência do Negociado sobre o Legislado e Negociado Coletivamente. Art. 611-A, da CLT. Princípios de Direito do Trabalho. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Constitucionalidade do parágrafo único do art. 444, da CLT. Eficácia da Negociação Individual.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to open discussion about the legal effectiveness of individual negotiation in order to prevail over the legislated, and the negotiated collectively, in terms of the sole paragraph of art. 444, of the Consolidation of Labor Laws. The purpose of this paper is to address the application of labor law principles as well as constitutional principles in order to verify the effectiveness of the individual negotiation of the "hypersufficient" employee. The present study also addresses the offense against the 1988 Constitution regarding the possibility of individual negotiation prevailing over legislated and negotiated. The dissertation in question sought to bring the dogmatic view of Labor Law, due to its essence and nature, the possibility of facilitating individual negotiation in favor of modernizing labor relations, and seeking more jobs.

Keywords: Provisional Stability pregnant women. Protecting his wife and unborn child. Case-law of the Superior Labor Court. Docket No. 244 of the Superior Labor Court. Jurisprudence of the Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 PRINCÍPIOS	11
2 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO.....	18
2.1 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.....	18
2.1.1 <i>O princípio do in dubio pro operario</i>	21
2.1.2 <i>O princípio da norma mais favorável</i>	23
2.1.3 <i>O princípio da condição mais benéfica</i>	29
2.2 O PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE	32
2.3 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS.....	36
2.3.1 <i>Imperatividade das normas trabalhistas</i>	37
2.3.2 <i>Caráter de Ordem Pública</i>	39
2.3.3 <i>Limitação à autonomia da vontade</i>	40
2.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	42
2.5 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	48
3 O CONTRATO DE TRABALHO.....	55
3.1 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 444 DA CLT E A NOVA CATEGORIA DE TRABALHADORES.....	62
4 O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NO ÂMBITO INDIVIDUAL	64
4.1 O EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE” E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	72
4.2 O EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE” E O PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE E INDISPONIBILIDADE	76
4.3 O EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE” E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	80
4.4 O EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE”, A AUTONOMIA DA VONTADE E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	84
5 A EFICÁCIA DA NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	90
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.467/2017 alterou e acrescentou novas regras à Consolidação das Leis do Trabalho, em prol da necessidade de modernização das relações de trabalho e em razão das novas tecnologias que tornam obsoletos alguns modelos de relação de trabalho do ano 1943, com a finalidade de reduzir a taxa de desemprego e, ainda, em prol da segurança jurídica ante as inúmeras interpretações da Lei pelo Poder Judiciário trabalhista, o que impede o investimento no país e aumenta o desemprego.

A Lei da Reforma Trabalhista trouxe alterações na essência do Direito do Trabalho, uma delas com grande repercussão, a soberania do negociado sobre o legislado tanto no âmbito individual como no âmbito coletivo.

O legislador acrescentou ao art. 444, da CLT, o parágrafo único e criou nova categoria de trabalhadores, distintos pela renda igual ou superior a duas vezes o teto de benefícios do Regime Geral da Previdência Social e, em razão de possuírem diploma de nível superior, possibilitou a estes a prevalência da negociação individual sobre a legislação e sobre a negociação coletiva de sua categoria, nas hipóteses do art. 611-A, da CLT que são os mesmos direitos negociáveis com plena liberdade pelos sindicatos.

Chama a atenção e que motiva ao estudo deste tema é justamente a inovação da lei ao dar prevalência da negociação individual sobre o legislado e o negociado coletivamente, frente aos princípios constitucionais, de Direito do Trabalho e diante da eficácia das normas da própria Constituição Federal de 1988.

O objetivo do estudo é avaliar a incidência dos princípios da proteção na sua extensão da norma mais favorável, do princípio da irrenunciabilidade, da indisponibilidade, do princípio da igualdade e da função social no contrato de trabalho celebrado com o empregado “hipersuficiente”, expressão utilizada por parte da doutrina.

Não se avaliam apenas os princípios, mas também a teoria da eficácia das garantias e dos direitos fundamentais, a fim inclusive de verificar afronta às normas constitucionais pela regra do art. 444, parágrafo único da CLT.

A análise dos princípios e da eficácia dos direitos fundamentais, ainda como consequência, enseja a análise à autonomia da vontade privada e a liberdade de

contratação de cláusulas por parte do empregado “hipersuficiente”, uma vez que é da essência da relação de trabalho a restrição dessa autonomia pela própria redação do *caput* do art. 444, da CLT, e a subordinação jurídica como característica da relação de emprego.

A prevalência da negociação individual nos remete ao surgimento dos sindicatos, pela comunhão de interesses dos trabalhadores que foi o mecanismo de proteção destes, uma vez que, só assim, poderiam se colocar de forma assimétrica frente aos empregadores, e a condição do empregado “hipersuficiente” é estar à margem dessa proteção.

A abordagem de todos os pontos é feito no presente estudo sob a luz da doutrina clássica de Direito do Trabalho ao tempo da reunião das normas trabalhistas, a Consolidação das Leis do Trabalho e da doutrina clássica atual, como forma de avaliar a evolução deste ramo do Direito, e se houve alguma alteração nos princípios, e principalmente na proteção dispensada ao empregado, em razão de sua subordinação.

O legislador ordinário, ao criar uma espécie de nova categoria de trabalhadores “hipersuficientes”, impõe ao operar do Direito do Trabalho uma revisitação ao estudo de introdução dessa ciência, sobretudo, dos seus princípios, de sua origem, e evolução histórica até a proteção constitucional, consagrada na Constituição de 1988.

A proteção constitucional não pode ser deixada de lado ao tratar da relação de emprego, nem a função social do trabalho, da atividade econômica baseada nessa, como a necessária análise e visão da regra do parágrafo único do art. 444 da CLT, à luz dos preceitos constitucionais, por exemplo, no princípio da igualdade, dentre outros, já que a norma traz critério de diferenciação por renda e nível de escolaridade.

A questão ainda se mostra mais interessante quando nas hipóteses do art. 611-A, da CLT, sem adentrar o mérito de cada um de seus incisos que não é objetivo deste estudo, mas, de forma exemplificativa, demonstra-se sem eficácia a negociação individual de certos direitos.

Por conta de todos esses pontos é que se pretende verificar a eficácia da negociação no âmbito individual de forma a prevalecer sobre o legislado e o negociado coletivamente, diante dos princípios e normas constitucionais, de modo a analisar a constitucionalidade do parágrafo único do art. 444, da CLT.

1 PRINCÍPIOS

Inicialmente, necessária se faz a abordagem dos princípios constitucionais e de Direito do Trabalho, a fim de analisá-los diante da nova regra do parágrafo único do artigo 444 da CLT, no sentido de verificar se a norma afasta a aplicação dos princípios da proteção, da irrenunciabilidade, da indisponibilidade, da igualdade e da função social do contrato.

Antes da conceituação de cada um dos princípios, distingue-se o princípio de regra, sem fazer estudo aprofundado da natureza dos princípios à luz da Teoria Geral do Direito, mas uma abordagem introdutória, para fim de estudo da Lei da Reforma Trabalhista, especialmente quanto à abrangência e alargamento da possibilidade de negociação individual do empregado, por alguns doutrinadores, alcunhados de “hipersuficientes”.

Américo Plá Rodriguez¹ afirma serem as regras normas de dever fazer, de como fazer ou não fazer em situações previstas pelas regras; já os princípios propiciam critérios para tomar posição diante de situações indeterminadas.

Às regras se obedecem, aos princípios se adere.
Mas a distinção essencial à regra é que a regra determina o critério de nossa ação, dizendo-nos o que devemos fazer, o que não devemos fazer ou que podemos fazer em determinadas situações previstas pela própria regra. O princípio não diz nada diretamente a esse respeito, mas nos propicia critérios para tomar posição diante de situações, a *priori* indeterminadas, quando vêm a se determinar concretamente.
Os princípios determinam atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou de desacordo ou de rejeição com referência a tudo o que possa implicar de concreto. Seu significado não é abstratamente determinável, mas só concretamente seu alcance pode ser entendido.

Willis Santiago Guerra Filho² diz que os princípios têm grau incomparavelmente maior de generalidade e abstração do que as regras, e são neles que se situam normas de direito fundamental.

Da posse desses elementos, cabe agora introduzir nosso tema no contexto da diferença entre normas que são “regras” daquelas que são “princípios”, sendo que essas últimas que se situam as normas de direitos fundamentais. As regras trazem a descrição de estado-de-coisas formado por um fato ou

¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 39-40.

² GUERRA FILHO, Willis Santiago Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Editora SRS, 2017, p. 51-52

um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo por isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos a quem a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a quem a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual a uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios são “determinações de otimização” (*Optimierunggebote*), na expressão de Alexy, que se cumpre na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente.

Os princípios são mandamentos de otimização e prescrevem uma ação a ser feita de maneira mais ampla possível, compatíveis com as possibilidades jurídicas e de fato, conforme citam Willis Santiago Guerra Filho a Robert Alexy, Já para Ronald Dworkin, o conteúdo material do princípio é a dimensão de seu peso, e para quem os princípios conferem coerência ao sistema jurídico.

Robert Alexy afirma que os princípios produzem abertura do sistema jurídico, com a qual admitem para casos difíceis, margem de discricionariedade, em razão da possibilidade de aplicação de duas ou mais soluções por via da ponderação (princípio da proporcionalidade).

Já para Ronaldo Dworkin³, os princípios conferem coerência e integridade do sistema, não se aplicando o método de ponderação, porque, para casos difíceis, somente poderá haver uma decisão correta.

A definição dos princípios, frente a uma ou outra doutrina e a sua própria noção, ajuda a avaliar sua incidência nas relações individuais de trabalho.

O ambiente natural dos princípios é a Constituição: “A ambiência natural dos princípios jurídicos, como é fácil deduzir, será o texto constitucional”, no qual se percebe, em escala decrescente, os princípios fundamentais em fundamentais estruturantes (princípio do Estado Democrático do Direito), em princípios constitucionais gerais (dignidade da pessoa humana), princípios constitucionais gerais e normas constitucionais (regras)⁴.

Os princípios, assim, possuem alto grau de generalidade referente à classe de indivíduos e de abstração à espécie do fato a que a norma se aplica, ao contrário

³ Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**: Tradução Jeferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014.

⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Editora SRS, 2017, p. 56 e 65.

da regra que determina grupo de indivíduos e o fato com a qual incidirá, em subsunção.

Os princípios possuem funções de interpretação, integração e informadora que servem como ferramentas no processo de interpretação da norma, aplicação e no processo legislativo de elaboração da norma.

Guilherme Guimarães Feliciano⁵ classifica as funções dos princípios em: normogenética, hermenêutica, integrativa e função derogatória (alta e baixa intensidade).

A função normogenética é a mais importante, justamente porque revela a gênese da norma à medida que as normas-princípios são os fundamentos das normas-regras, tanto na condição formal de validade da regra como na razão de ser desta, a inspiração para a sua elaboração, como ocorre com a regra do parágrafo único do art. 444, parágrafo único da CLT, cuja “alma” dessa norma é o princípio da igualdade.

A função hermenêutica dos princípios é a interpretação e aplicação da norma-regra, servindo os princípios como baliza e direcionamento para o interprete aplicador, já que as regras e os princípios devem ser interpretados em harmonia.

A função integrativa aplica-se na lacuna legislativa ou quando a interpretação da norma-regra for equivocada, ou sem observar os princípios constitucionais ou readequá-los à Constituição, o que se denomina interpretação conforme a Constituição.

A função integrativa ocorrerá quando o texto da lei contrariar o conteúdo da norma-princípio, o que compromete a eficácia ou validade da norma regra.

Guilherme Guimarães Feliciano⁶ dá importância à função hermenêutica dos princípios, ao ressaltar que nenhum juiz será bom se deixar de compreender a legislação a partir da Constituição e aqui não se pode dar tratamento diferente à interpretação da Lei 13.467/2017, quanto ao art. 444, parágrafo único da CLT.

No fim, será mesmo sempre melhor ter bons juízes, ainda que más leis, do que boas leis com maus juízes (Anatole France). E nenhum juiz será realmente bom se se alijar do dever de compreensão a legislação *a partir* da Constituição – e jamais o contrário -, na linha do que o *justice* Marshall legou ao mundo em 1803, no julgamento do célere *Marbury vs. Madison*.

⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães, **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 5712 a 5890.

⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães, **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 5712.

Por fim, a função derogatória se operaria de dois modos com alta intensidade, quando afasta a aplicação das regras que não tem qualquer supedâneo constitucional e de baixa intensidade, quando afasta a eficácia da regra que tem supedâneo constitucional direto ou indireto, mas cujos fundamentos principiológicos cedem lugar aos juízos concretos de proporcionalidade, episodicamente contrapostos.

A função derogatória de baixa intensidade é o princípio da proporcionalidade da teoria de Robert Alexy que, para Willis Santiago Guerra Filho⁷, é o “princípio dos princípios”.

Américo Plá Rodriguez⁸ afirma que os princípios possuem uma tríplice missão: a) informadora, de inspiração do legislador; b) normativa, atuam como fonte supletiva, em lacunas da lei, e são meios de integração do direito; e c) interpretativa, servem como critério orientador do juiz ou do interprete.

Os motivos expostos no projeto de lei 6.787/2016 que resultou na redação do parágrafo único do art. 444 da CLT é exemplo de função normogénica, ou informadora do princípio, pois o legislador ordinário inspirou-se no princípio da igualdade material, para dar tratamento diferenciado ao empregado que ganha o valor igual ou duas vezes mais o teto dos benefícios da Previdência Social, e possui grau superior completo.

A função interpretativa tem relevante importância em razão da interpretação conforme a Constituição.

Willis Santiago Guerra Filho⁹, inspirado na doutrina alemã de Konrad Hesse e na portuguesa de Gomes Canotilho, pontua ser o princípio de interpretação constitucional, princípio hermenêutico diferenciado da interpretação tradicional, uma vez que se baseia nas opções valorativas básicas do texto constitucional.

O princípio da interpretação constitucional se subdivide em outros princípios: a) da unidade da constituição; b) do efeito integrador; c) da máxima efetividade; d) da força normativa da Constituição; d) da conformidade; e) da interpretação conforme à Constituição; e f) concordância prática ou da harmonização¹⁰.

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Editora SRS, 2017, p. 51.

⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 43-44.

⁹ GUERRA FILHO, p. cit., p. 71-75.

¹⁰ GUERRA FILHO, idem.

1. O primeiro – e mais importante – é o da unidade das constituições, o que determina que se observe a interdependência das diversas normas de ordem constitucional, de modo a que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expressos na decisão fundamental do constituinte, naquilo que, como vimos anteriormente Pablo Lucas Verdú chama de fórmula política. Lembramos que para o eminente catedrático da Universidade de Madri, “fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organizava a convivência política em sua estrutura social”. O ato de interpretação constitucional, portanto, sempre tem um significado político e se dá calcada numa ideologia, que, porém, não deve ser a ideologia particular do intérprete, mas sim aquela em que se baseia a própria Constituição. No caso da nossa, a fórmula política, se acha claramente indicada no “Preâmbulo” e no seu art. 1º: Estado Democrático de Direito. Ela há de se situar ao nível do que na hermenêutica filosófica de GADAMER de denomina “pré-compreensão” (*Vorverständnis*), designando a pré-disposição orientadora do ato hermenêutico de compreensão.
2. O princípio do efeito integrador, indissolavelmente associado ao primeiro, ao determinar que, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se dê preferência à interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade política.
3. Princípio da máxima efetividade, também denominado princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, por determinar que na interpretação de norma constitucional, se atribua a ela o sentido que a confira maior eficácia, sendo de se observar que, atualmente, não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras extorsões morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidos futuramente. Tal princípio assume particular relevância na inteligência das normas consagradoras de direitos fundamentais.
4. Princípio da força normativa da Constituição, que chama a atenção para a historicidade das estruturas sociais, às quais se reporta a Constituição, donde a necessidade permanente de se proceder a sua atualização normativa, garantido assim sua eficácia e permanência. Esse princípio nos alerta para a circunstância de que a evolução social determina sempre, se não uma modificação do texto constitucional, pelos menos alterações no modo de compreendê-lo, bem como as normas infraconstitucionais.
5. Princípio da conformidade funcional, que estabelece a estrita obediência, do intérprete constitucional, da repartição de função de poderes estatais, prevista constitucionalmente.
6. Princípio da interpretação conforme a Constituição, que afasta a interpretações contrárias a alguma das normas constitucionais, ainda que favoreça o cumprimento delas. Determina, também, esse princípio, a conservação de norma, por inconstitucional, quando seu possam se harmonizar com preceitos constitucionais, ao mesmo tempo em que estabelece como limite à interpretação constitucional as próprias regras infraconstitucionais, impedindo que ela resulte numa interpretação *contra legem*, que contrarie a letra e o sentido dessas regras.
7. Princípio da concordância prática ou da harmonização, segundo o qual se deve buscar, no plano a ser solucionado em face da Constituição, confrontar bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício de outros. Nesse ponto, tocamos o problema crucial de toda a hermenêutica constitucional, que nos leva a introduzir o *topos* argumentativo da proporcionalidade.

A referência ao princípio da interpretação constitucional, como fundamento do princípio da proporcionalidade, permite refletir sobre se elegeu bem o legislador para aprovação do parágrafo único do art. 444 da CLT, o fundamento do princípio da igualdade material, conforme se vê mais adiante.

A interpretação, conforme a Constituição Federal, verifica ofensa ao seu próprio conteúdo valorativo, por parte da norma ordinária, mas há necessária integração e coerência entre os princípios constitucionais, a fim de alcançar o valor mais alto da decisão do constituinte, como o Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

Com vista a elucidar a aplicação do princípio da interpretação constitucional, especificamente a respeito do parágrafo único do art. 444 da CLT, Guilherme Guimarães Feliciano, na qualidade de presidente da Associação Nacional dos Magistrados, em entrevista publicada no sítio da entidade na rede mundial de computadores em 16 de novembro de 2017, afirma, categoricamente, que a negociação individual do empregado “hipersuficiente” é inconstitucional por não estar em conformidade com a Constituição¹¹.

SJSP: De que outras formas a negociação individual vai afetar os trabalhadores?

Feliciano: Um exemplo é a jornada 12x36 por acordo individual, ou ainda todas as matérias constantes do Art. 611-A que podem ser negociadas individualmente se o trabalhador for o chamado “hiper suficiente econômico”, ou seja, aquele que recebe mais que dois pisos do Regime Geral da Previdência Social, cerca de R\$ 11.500, e que tem formação universitária. Este sujeito, pela reforma, pode negociar qualquer coisa individualmente, sem o sindicato, e estas hipóteses não existem na Constituição Federal.

A Carta diz claramente que a jornada é de 8 horas diárias e 44 semanais, salvo negociação coletiva. Então, não tem possibilidade de negociação individual, e muito menos a possibilidade do trabalhador que, por ganhar R\$ 11.500 - como se isso fosse uma fortuna - possa negociar diretamente, sem o Sindicato, para baixo do limite legal. Essa distinção de hipersuficiente ou hipossuficiente jamais foi feita pela Constituição.

A eleição do princípio da igualdade material pode colidir com outros princípios constitucionais, como o princípio da proteção, da irrenunciabilidade, da indisponibilidade, da função social, e com o princípio da autonomia da vontade

¹¹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Entrevista publicada no sítio da entidade na rede mundial de computadores, em 16 de novembro de 2017**. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/25903-anamatra-mudancas-da-reforma-trabalhista-na-clt-sao-inconstitucionais>. Acesso em: 04 out. 2018.

coletiva, e do principal valor axiológico da norma constitucional, a dignidade da pessoa humana.

Além disso, pode colidir com normas constitucionais, como a proteção do trabalhador de seus interesses individuais e coletivos, por meio do sindicato, art. 8º, III, da CF.

2 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

Após a breve abordagem sobre os conceitos e as funções dos princípios, passa-se, agora, a aprofundar o estudo do Negociado sobre o Legislado nas Relações Individuais, enfatizar os princípios de Direito do Trabalho: princípio da proteção, princípio da irrenunciabilidade, princípio da indisponibilidade, princípio da igualdade e da não discriminação e o princípio da função social.

Há vários princípios de Direito do Trabalho, mas a escolha pontual que se fez a estes, sem citar outros, a exemplo da irredutibilidade salarial, ocorre porque estes possuem conexão lógica da negociação individual sobre o legislado do trabalhador “hipersuficiente”.

2.1 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção é o princípio do amparo ao trabalhador que encontrou seu fundamento na própria essência do Direito do Trabalho, ou sua razão de ser, pois nasceu da necessidade de proteção ao trabalhador no final do século XIX, ante sua exploração pelo capital, com o advento da máquina a vapor e a industrialização.

No início das relações de trabalho, a exploração inescrupulosa da mão-de-obra trouxe ao Estado, nesse momento liberal, a preocupação de intervir nessas relações, a fim de minimizar a exploração, regulando-as à medida que era perceptível à época, como a limitação da jornada.

A proteção do trabalhador surge como contraponto ao poder empregador detentor dos meios de produção e do capital, o que afasta a tentativa igualdade com o empregador¹².

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de

¹² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 83.

igualdade, responde ao objetivo de estabelecer amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Ao contrário, o princípio da proteção se baseia na igualdade material, ou no tratamento desigual dado ao trabalhador frente ao empregador, núcleo essencial do Direito do Trabalho, que surge para nivelar as desigualdades¹³.

O fundamento do princípio da proteção, para Maurício Godinho Delgado, tem como finalidade corrigir a desigualdade fática do contrato de trabalho, de forma a atenuá-la no plano jurídico, através da proteção do vulnerável na relação de emprego, o trabalhador¹⁴.

José João Abrantes, quanto ao conteúdo histórico da feição protecionista do Direito do Trabalho, argumenta ser necessária a intervenção do legislador nas relações de trabalho para sanar as desigualdades¹⁵.

O facto de o trabalhador aparecer como a parte mais fraca e a possibilidade real de o empregador abusar dos poderes que o próprio quadro conflitual lhe confere justificaram desde cedo a intervenção do legislador no domínio das relações de trabalho e esteve, aliás, na génese do Direito do Trabalho enquanto segmento do ordenamento jurídico de fortíssima feição *protectorista*.

O princípio da proteção embrionário ao Direito do Trabalho surge para socorrer o vulnerável, o trabalhador, por meio de uma ordem jurídica justa, dando tratamento desigual aos desiguais, como refere Américo Plá Rodriguez em citação a Cesarino Junior¹⁶.

A consequência dessa ideia é que se favorece a quem se pretende proteger. *Cesarino Jr.* A resumiu numa frase sumamente feliz: “Sendo o direito social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador.

¹³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 86.

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 231.

¹⁵ ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005, p. 37.

¹⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Idem.

A importância do princípio em estudo se revela nas suas funções de interpretação e integração, porque obriga ao intérprete observar a proteção como desigualdade compensatória de outras desigualdades.¹⁷

Em certo sentido, isto se limita a estabelecer uma interpretação coerente com a *ratio legis*. Se o legislador se propôs a estabelecer por meio da lei um sistema de proteção do trabalhador, o intérprete desse direito deve colocar-se na mesma orientação do legislador, buscando cumprir o mesmo propósito.

O princípio da proteção se revela na tarefa do intérprete, mais do que a do legislador e o contrário nem poderia deixar de ser, pois o princípio da proteção foi consagrado no ordenamento jurídico como valor axiológico que se extraí, especialmente, do artigo 7º da Constituição de 1988.

A doutrina de Américo Plá Rodriguez diz ter o princípio da proteção duplo fundamento: a subordinação do trabalhador sujeito às ordens do empregador, por estar na dependência deste, e a subordinação econômica¹⁸.

A especial necessidade de proteção do trabalhador tem duplo fundamento: 1) O sinal distintivo do trabalhador é sua dependência sua subordinação as ordens do empregador; 2) a dependência econômica, embora não necessária conceitualmente, apresentando-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro, quem se vê obrigado a isso para obtenção dos seus meios de vida.

A doutrina de forma pacífica reconhece o desdobramento do princípio da proteção em três outros princípios: a regra do *in dubio pro operário*, a regra da norma mais favorável, e a regra da condição mais benéfica, ou como prefere Luciano Martinez, “extensão desta variável do princípio da proteção”¹⁹.

Assim, à luz da denominação reconhecida pela doutrina pátria, passa-se a analisar cada um desses princípios que são a extensão do princípio da proteção, denominados como princípios.

¹⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 86.

¹⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Op. Cit. p. 88.

¹⁹ MARTINEZ, Luciano, **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 81.

2.1.1 O princípio do *in dubio pro operario*

O princípio do *in dubio pro operario* serve ao intérprete, ao juiz, quando na dúvida interpretação aplica-se aquela mais favorável ao trabalhador. Os vários sentidos de uma norma obrigam, ao intérprete, aplicar a mais favorável, “*in dubio pro operario*: critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhado”²⁰.

O princípio da proteção, nessa forma de aplicação, deve ser feito não somente frente ao texto legal, como também aos negócios jurídicos e, nessa última análise, deve ser considerado o contrato de trabalho.

A interpretação da cláusula contratual deve ser feita em favor daquele que não redigiu a cláusula, conforme se aplica aos contratos de natureza civil (artigo 423 do Código Civil)²¹.

A respeito da interpretação a favor daquele que não redigiu a cláusula, Américo Plá Rodriguez dá ênfase ao contrato de trabalho e a sua característica de ser de adesão, o que reforça a aplicação do princípio do *in dubio pro operario*²².

E enfatiza especialmente o caso de interpretação das cláusulas dos contratos individuais de trabalho, entendendo que, sendo na prática o contrato de trabalho de adesão, a interpretação deve ser feita em favor da parte que não redigiu o texto, segundo a regra em que nosso Código Civil está consagrado no artigo 1.304.

Luciano Martinez afirma que o princípio do *in dubio pro operario* deve ser aplicado, predominantemente, ao negócio jurídico na forma do artigo 423 do Código Civil²³ - interpretação a favor do aderente às cláusulas ambíguas ou contraditórias nos contratos de adesão²⁴.

Anota-se para o fato de que o princípio em análise aplica-se predominantemente à *interpretação dos negócios jurídicos*, embora seja

²⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 107.

²¹ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

²² PLÁ RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 109

²³ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

²⁴ MARTINEZ, Luciano, **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 86.

razoável a sua incidência sobre a interpretação de textos legais. Atente-se também para o fato de que esse princípio somente tem razão de ser *diante das situações da vida*. Não existindo dúvida, não se poderá aplicar o ora analisado princípio. Há mais: o *in dubio pro operario* não foi criado para ser aplicado na interpretação da prova produzida no processo do trabalho. Sustenta-se isso porque a prova é avaliada segundo o princípio da persuasão racional e de acordo com a distribuição do ônus probatório. Rigorosamente, não há prova dividida; pode haver, sim, prova mal avaliada.

A regra da dúvida a favor do trabalhador aplica-se, somente, no caso da existência de dúvida verdadeira ou autêntica de interpretação.

A dúvida é quanto ao alcance da norma e sempre que não esteja em desacordo com a vontade do legislador, vedado ao intérprete na aplicação do princípio legislar ou afastar o significado exato da norma²⁵.

Não se trata de corrigir a norma, nem sequer de integrá-la: somente cabe utilizar essa regra quando existe uma norma e unicamente para determinar-lhe o verdadeiro sentido, entre os vários possíveis. De sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar essa regra para afastar-se do significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo nenhum se pode deduzir de seu texto ou de seu contexto.

A respeito do princípio do *in dubio pro operario*, clara é a citação de Evaristo de Moraes Filho²⁶ de que na existência de dúvida na interpretação da lei deve-se proteger o empregado, a fim de prestigiar o bem comum e o interesse público, conforme art. 8º da CLT²⁷.

O princípio de favor para o empregado – “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”, é o que se dispõe no art. 5º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. Ora, segundo a melhor doutrina, podem assim ser sumariados os princípios e as finalidades do direito do trabalho: irrenunciabilidade dos benefícios, rendimento, conciliação (paz social), progressão racional, igualdade, tutela do trabalhador, e a organização do trabalho.

Assim tendo sempre em vista a prevalência do bem comum ou do interesse público (art. 8º da CLT) concordamos com Barassi quando escreve que, “na relação individual de trabalho, a posição preeminente é, sem dúvida, a do

²⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 111.

²⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011, p. 170.

²⁷ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

empresário, e por isso se compreende que as leis que a regulam devem interpretar-se em favor do trabalhador em caso de dúvida”.

Já Maurício Godinho Delgado²⁸ considera o princípio do *in dubio pro operario* como princípio justrabalhista especial controvertido, pois na sua dimensão temática foi ultrapassado pelo princípio da aplicação da norma mais favorável e entra em choque com o princípio do juiz natural porque não se admite seu exame na aplicação de fatos e provas.

O que há de positivo, portanto, na velha diretriz (*in dubio pro operario*) – sua referência a um critério de interpretação de normas jurídicas – já se manteve no Direito do Trabalho (através do *princípio da norma mais favorável*), abandonando-se, contudo, a referência superada que o antigo aforismo fazia à função judicante de avaliação e valoração dos fatos.

Américo Plá Rodriguez²⁹ admite a aplicação do princípio na aferição de fatos e provas, em razão da vulnerabilidade do empregado, com ressalva de não ser essa a posição majoritária da doutrina.

Entendemos que as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio justificam que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar os fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos.

No entanto, não se pretende analisar a aplicação do princípio aos fatos e provas, nem a tese de estar o princípio ultrapassado pela norma mais favorável, mesmo porque se trata de critério de interpretação para sanar dúvida quando ao alcance da norma, e seus efeitos.

2.1.2 O princípio da norma mais favorável

O princípio da norma mais favorável possui função integrativa à medida que, ao contrário do anterior, não se revela na dúvida interpretativa da norma, mas na

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 247.

²⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 115.

aplicação clara e objetiva de duas ou mais normas incidentes ao contrato de trabalho, optando-se aquela que mais favoreça o trabalhador.

Isso não quer dizer que o princípio não exerça função de interpretação, pois ao aplicador da norma caberá a escolha da mais benéfica, o que ocorre em razão da pluralidade de fontes normativas características do Direito do Trabalho: a lei como fonte formal heterônoma; as normas coletivas como fonte formais autônomas; e os próprios regulamentos da empresa que incidirão no contrato de trabalho impregnando obrigações e deveres.

Maurício Godinho Delgado³⁰ enfatiza que o princípio da norma mais favorável cumpre três funções: de informação, interpretação e hierarquizante.

A função de informação serve como inspiração e orientação ao legislador, como fonte material do ramo justralhista, na fase pré-jurídica ou, essencialmente, política³¹.

Na fase pré-jurídica (isto é, fase essencialmente política) age como critério de política legislativa, influenciando no processo de construção desse ramo jurídico especializado. Trata-se de função essencialmente informativa do princípio, sem caráter normativo, agindo como verdadeira *fonte material* do ramo justralhista. Essa influência é muito clara, especialmente em contextos políticos democráticos, colocando uma franca excepcionalidade em diplomas normativos que agridam a direção civilizatória essencial que é inerente ao Direito do Trabalho. Lamentavelmente, em conjunturas de regressão autoritária, individualista e/ou mercantilista, o princípio perde sua influência civilizatória diante do Legislador.

A função interpretativa permite a escolha da norma mais favorável ao trabalhador, diante das interpretações possíveis, quando há conflitos de regras ou interpretações consistentes³².

Como *princípio de interpretação* do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso interpostas ao intérprete duas ou mais *consistentes* alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada. Ou seja, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflitos de regras ou de interpretações consistente a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho.

³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 233.

³¹ **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 233.

³² DELGADO, Op. Cit., p. 234.

Nesse ponto, marca-se a divergência de Maurício Godinho Delgado com a doutrina majoritária, a respeito de não se aplicar a norma mais favorável a uma única norma com mais de uma interpretação, o que seria a aplicação do princípio do *in dubio pro operario*, mas que, para o autor, este fora ultrapassado pelo princípio estudado nesse tópico.

E, por fim, a função hierarquizante está relacionada à pluralidade de fonte formal do Direito do Trabalho, cujo princípio é o responsável pela escolha da norma mais favorável ao trabalhador, independente de sua hierarquia³³.

Como *critério de hierarquia*, permite eleger como regra prevalecente, em uma dada situação de conflitos e regras, aquele que for mais favorável ao trabalhador, observados certos procedimentos objetivos orientadores, evidentemente. Nesse sentido, a partir de 1988, o princípio da norma mais favorável adquiriu até mesmo respaldo constitucional, por meio do *caput* do art. 7º da Constituição da República (“Art. 7º. São Direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social...*”). (grifos acrescidos).

Dessa feita, a aplicação do princípio da norma mais favorável, como é reconhecida pacificamente na doutrina, não obedece à hierarquia das normas representada pela figura emblemática da Pirâmide Kelseniana do Direito, com a qual as normas se encontram escalonadas por grau de importância e subordinação.

A aplicação da norma mais favorável dá mobilidade e plasticidade ao sistema, uma vez que permite a não observância dessa regra rígida de hierarquia, para a escolha daquela mais favorável.

É possível dizer, para elucidar a aplicação do princípio, que nem sempre o ponto mais importante, o topo da pirâmide por assim dizer, é a norma constitucional, já que, por exemplo, a lei ordinária pode ser mais favorável.

Nesse sentido, não se pode deixar de citar a colocação de Arnaldo Süssekind³⁴: “o princípio da norma mais favorável, em virtude do qual independentemente da sua colocação na hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador”.

³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 233.

³⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 119.

Amauri Mascaro Nascimento³⁵, também, trata da tríplice função do princípio da norma mais favorável, por três aspectos: diante da elaboração das normas, conflito de hierarquia de normas, e interpretação das normas jurídicas.

Os autores explicam, com maior ou menor amplitude, o *princípio da norma favorável ao trabalhador*. Pode, em tese, ter tríplice função: 1) a *elaboração das normas jurídicas*, o que significa que devem ser compensatórias da inferioridade econômica do empregado na relação de trabalho, só por exceção afastando-se desse objetivo, como, em alguns países, com o chamado *direito do trabalho de emergência* ou o *direito do trabalho de crise*, para situações excepcionais, ou diante das novas leis a partir de 1970, em face de imperativos da economia e diante de desemprego, dos quais resultou uma legislação trabalhista flexibilizadora da rigidez da lei e transferindo desta para a negociação coletiva a estipulação ou a forma de realização de diversos direitos; 2) a definição, diante do conflito entre normas, da *hierarquia das normas*, entre mais de uma norma, sob a mesma matéria, aplicável ao caso concreto, da lei, da convenção coletiva, ao contrato individual de trabalho, porque o direito do trabalho é *plurinormativo*; 3) *como princípio de interpretação de normas jurídicas* para que, havendo obscuridade quanto ao significado destas, prevaleça a interpretação capaz de conduzir ao resultado que melhor se identifique com o sentido social do direito do trabalho, sem contrariar a lei.

Na aplicação do princípio da norma mais favorável, contudo, deve ser observado o caráter sistêmico da ordem jurídica, como preleciona Maurício Godinho Delgado³⁶.

No tocante ao princípio de *hierarquização das normas*, não poderá o operador jurídico permitir que o uso do princípio da norma mais favorável comprometa o caráter sistemático da ordem jurídica, elidindo-se o patamar de cientificidade a que se deve submeter todo o processo de interpretação e aplicação do Direito. Assim, o encontro da regra mais favorável não se pode fazer mediante uma separação tópica e casuísticas de regras, acumulando-se a preceitos favoráveis ao empregado e praticamente criando ordens jurídicas próprias e provisórias em face de cada caso concreto – como resultado do enfoque proposto pela *teoria da acumulação*.

Américo Plá Rodríguez³⁷, no que se refere à observância do caráter sistêmico, faz alusão à unidade de medida de comparação das normas e seu conjunto de direitos, a fim de estabelecer se a aplicação deve ser da norma no seu conjunto, ou de forma setorizada naquilo que convêm, sendo a primeira a teoria, como denomina

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: Editora LTr, 2014, p.136.

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 234.

³⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 128.

o autor, teoria do conjunto, conhecida como conglobamento, e a segunda, da acumulação.

Foram expostas as duas posições. A que sustenta que as normas devem ser comparadas em seu conjunto é a doutrina que foi chamada de *incidibilidade*, ou utilizando uma palavra italiana, do *conglobamento*. Quer dizer, da consideração global ou de conjunto. *Deveali*, o chama de critério orgânico, porque considera o caráter unitário de cada regime, estabelece a comparação entre os dois regimes em seu conjunto e exclui a possibilidade de aplicara simultaneamente disposições de um regime ou de outro, prescindindo do respectivo caráter unitário.

A que sustenta que podem ser extraídas de cada norma as *disposições* mais favoráveis é a chamada teoria da acumulação. Somam-se as vantagens extraídas de diferentes normas, ainda que sejam de origem diversa. É o que *Deveali* chama de teoria *atomista* porque não toma o todo conjunto, mas a cada uma de suas partes como coisas separadas.

A teoria do conglobamento é aquela com a qual a norma mais favorável deve ser aplicada na sua íntegra, no caráter unitário de cada regime; já a teoria da acumulação ocorre quando se extrai, de diversas normas, apenas pontos favoráveis.

Américo Plá Rodriguez³⁸, no entanto, põe-se em posição intermediária às duas teorias, que é a comparação no conjunto entre as normas naquilo que se refere à mesma matéria que não se pode dissociar sem perda da sua harmonia interior.

Parece ser esta a posição mais razoável: o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem a perda da sua harmonia interior. Mas não se pode levar a preocupação de harmonia além desse âmbito.

Maurício Godinho Delgado³⁹ se filia à teoria do conglobamento por matéria, uma vez que a norma deve ser enfocada de forma global, discriminando os preceitos em função da matéria, sem perder o caráter sistêmico da ordem jurídica.

Ao contrário, o operador jurídico deve buscar a regra mais favorável, enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando, no máximo, os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter sistêmico da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básico que sempre deve informar o fenômeno do Direito (*teoria do conglobamento*).

³⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 131.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 234.

A jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho aplica a teoria da conglobamento frente a dois conjuntos de normas, por meio dos quais devem ser analisadas no todo e não pontualmente, *in verbis*.⁴⁰.

[103002127160](#) - RECURSO DE REVISTA - COISA JULGADA - AÇÃO INDIVIDUAL E AÇÃO COLETIVA PROPOSTAS PELO SINDICATO NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL - A Corte Regional deu provimento ao recurso ordinário do autor para afastar a exceção de coisa julgada acolhida em primeira instância quanto ao pagamento de horas extras pela não fruição do intervalo do artigo [298](#) da CLT (período até 31-10-2009) e passou a tratar do pedido em relação a todo o período laboral, firme no entendimento de que não é possível a caracterização de coisa julgada entre o pedido formulado em uma reclamatória trabalhista individual e aquele proposto pelo sindicato como substituto processual, fazendo menção, inclusive, à "ação coletiva de f. 204/215" (págs. 284-294 destes autos eletrônicos). Pois bem, esta Corte Superior entende que, conforme previsto no artigo [104](#) do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a ação ajuizada pela entidade sindical da categoria profissional, na qualidade de substituto processual, não induz à litispendência nem faz coisa julgada em relação à reclamação trabalhista idêntica proposta pelo empregado individualmente, em razão da ausência de identidade de partes. Ademais, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a homologação de acordo nos autos de ação coletiva não induz litispendência, nem coisa julgada, para eventual propositura de ação individual, sob o mesmo fundamento ressaltado anteriormente, ou seja, ante a ausência da identidade de partes. Precedentes. Incidência do artigo [896](#), § 4º, da CLT (Lei 9.756/98) e da Súmula [333](#) /TST. Recurso de revista não conhecido.

CONFLITO ENTRE NORMAS COLETIVAS - PREVALÊNCIA - PRINCÍPIO DO CONGLOBAMENTO - Da insurgência recursal, percebe-se que o inconformismo da empresa centra-se no entendimento de que a teoria do conglobamento deveria ter sido aplicada para resolver o conflito de normas coletivas, consideradas na sua integralidade. Pois bem, o artigo [620](#) da CLT prevê que "as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo". Esta e. 3ª Turma entende que "O quadro que se extrai da interpretação conjunta das normas inseridas no art. 7º, "caput" e XXVI, da Constituição Federal, aponta para a recepção do art. [620](#) da CLT" (ementa do voto proferido pelo Exmo. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira no processo RR-120100-11.2007.5.18.0002, Data de Julgamento: 11/03/2009, DEJT 07/04/2009). Por outro lado, pela teoria do conglobamento, deve ser realizada uma análise total das normas aplicáveis, com o fito de verificar-se a que fosse mais benéfica ao trabalhador. Aliás, nesse sentido é a jurisprudência predominante nesta Corte Superior, em razão do respeito ao princípio da unicidade das normas coletivas. Precedentes. Portanto, a aplicabilidade da teoria do conglobamento está adstrita à comparação de todos os pontos da CCT e do ACT, isto é, devem ser examinadas as duas normas coletivas como um todo de modo a se verificar qual a mais favorável ao empregado. Diante do entendimento *supra* tem-se que merece reforma a decisão regional, no entanto, não é possível nesta instância extraordinária que se proceda à verificação de qual das normas coletivas é, em seu integral conteúdo, mais benéfica ao trabalhador e aplicá-la e, supostamente, como pretende a empresa, "indeferir todos os pleitos amparados na invalidação

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 288-29.2013.5.03.0148**. Relator. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. DJe 11.05.2018. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577074298/recurso-de-revista-rr-2882920135030148/inteiro-teor-577074319?ref=serp>. Acesso em: 08 out. 2018.

desse ajustes ou aplicação preponderante das Convenções Coletivas, dentre eles horas extras referentes à sétima hora diária, labor prestado no sétimo dia, intervalo intrajornada, horas *in itinere*, tempo à disposição e descontos tidos como ilegais" (pág. 707). Assim, não sendo possível a solução do mérito, deve ser dado provimento ao recurso de revista para determinar o retorno dos autos ao e. TRT de origem a fim de que, superada a aplicação da norma coletiva em razão da sua mera especificidade, prossiga aquela Corte na apreciação da pretensão patronal à luz da norma coletiva mais favorável ao trabalhador, conforme a teoria do conglobamento. Recurso de revista conhecido, por divergência jurisprudencial, e provido. Prejudicado o exame do recurso em relação aos demais temas. CONCLUSÃO: Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (TST - RR 288-29.2013.5.03.0148 - Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte - DJe 11.05.2018).

O princípio da norma mais favorável será de grande valia para o estudo da regra do art. 444, parágrafo único da CLT, conforme se analisa adiante em razão da efetiva existência de cláusulas do contrato individual de trabalho que confronte com a lei e com a negociação coletiva da categoria.

2.1.3 O princípio da condição mais benéfica

A última expressão do princípio da proteção é a condição mais benéfica cuja aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis⁴¹.

A regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável.

Como se vê, embora essa regra esteja bastante relacionada com as anteriores, distingue-se de ambas. Da primeira – *in dubio, pro operario* – por ser mais geral, aparecer na realidade como manifestação da mesma e ter formulação jurídico-positiva expressa. Da segunda, por acarretar uma aplicação de norma positiva de favor, embora não referida à caracterização geral, mas uma situação concreta e determinada.

O princípio da condição mais benéfica rege a prevalência das condições do contrato de trabalho, ou do regulamento da empresa sobre a norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção, conforme Arnaldo Süssekind⁴²:

⁴¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 131.

c) o princípio da condição mais benéfica, que determina a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento da empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa, prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis.

Maurício Godinho Delgado⁴³ diz que o princípio da condição mais benéfica possibilita a preservação das cláusulas contratuais mais vantajosas em respeito à garantia constitucional fundamental do direito adquirido.

Este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88). Ademais para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há que prevalecer aquele mais favorável ao empregado.

A condição mais benéfica se distingue das demais variações do princípio da proteção, em razão, propriamente, de não exercer função interpretativa, pois não se elege a interpretação mais favorável no caso de dúvida interpretativa de uma única norma, nem se opta por uma norma dentre as fontes de direito existentes e vigentes, mas se preserva a cláusula contratual mais benéfica ao trabalhador.

O princípio da condição mais benéfica se manifesta no art. 468 da CLT⁴⁴, em razão da inalterabilidade contratual lesiva, o que foi incorporado pela jurisprudência trabalhista, através da súmula nº 51, I, do C. TST⁴⁵.

⁴² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio e Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 119.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 236.

⁴⁴ BRASIL. Decreto Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 08 out. 2018. Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. **Súmula Nº 51**. Norma Regulamentar. Vantagens e opção pelo novo Regulamento. Art. 468 da CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em:

<https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?pagina=1&idarea=1&idmodelo=1149>. Acesso em: 08 out. 2018.

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

A condição mais benéfica do contrato não permite alteração a alteração deste *in pejus*, a fim de se preservar a condição anterior, se mais benéfica.⁴⁶

O princípio da condição mais benéfica ou da *inalterabilidade contratual in pejus* baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual, diante das **fontes autônomas com vigência sucessiva**, há de se manter a condição anterior, se mais benéfica. Assim, a título de exemplo, imagine-se que, por ocasião da admissão de um empregado, existisse um regulamento empresarial interno que oferecesse, dentre outras vantagens, férias de sessenta dias por ano. A extinção ou modificação desse regulamento não seria suficiente para que desaparecesse os direitos às férias em dimensão privilegiada. O regulamento poderia até ser extinto ou modificado, mas a extinção ou modificação somente valeria para empregados contratados depois do ato normativo do regulamento. Nesse sentido, é positivo observar o teor da Súmula 51, I, do TST, no sentido de que “as cláusulas regulamentares que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.

O princípio da condição mais benéfica incidirá quando houver sucessão normativa, entenda-se esta por contrato de trabalho ou cláusula contratual e, nessa condição, deve se respeitar aquelas derogadas por mais benéficas⁴⁷.

Esta regra funciona nos casos de sucessão normativa, garantindo o respeito aos níveis alcançados com a norma derogada, ou seja, aquela que estabelecem a manutenção dos tratamentos obtidos pela aplicação de normativa anterior se mais benéfica ou se não contemplados pela normativa substitutiva.

A condição mais benéfica, assim, refere-se às condições do contrato de trabalho e regulamento de empresa, na projeção particular para cada trabalhador, não se tratando por isso de conflitos de normas coletivas.

O princípio da condição mais benéfica deve ser avaliado e aplicado, se necessário, sempre que houver alteração das condições do contrato de trabalho, como se poderá ocorrer diante da vigência da Lei nº 13.467/2017 para os trabalhadores agora classificados como “hipersuficientes” naquilo cujas cláusulas alteradas os prejudiquem.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-I - inserida em 26.03.1999)

⁴⁶ MARTINEZ, Luciano, **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 84.

⁴⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 133.

2.2 O PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE

O princípio da irrenunciabilidade se resume na impossibilidade jurídica do trabalhador abrir mão de uma vantagem concedida pelo ordenamento jurídico⁴⁸.

Por isso cremos que a noção de irrenunciabilidade pode ser expressa em termos muitos mais gerais na forma seguinte: a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista e benefício próprio.

A impossibilidade de privação de uma vantagem deve ser restrita e ampla antes da celebração do contrato, sob pena de ser declarada nula, salvo se a própria lei assim admitir.

O fundamento do princípio da irrenunciabilidade, conforme Américo Plá Rodríguez⁴⁹ baseia-se no princípio da indisponibilidade, no caráter imperativo das normas trabalhistas, na noção de ordem pública e na limitação à autonomia da vontade.

Alguns o baseiam em outro princípio mais profundo e transcendente, qual seja, o princípio da indisponibilidade; outros o relacionam com o caráter imperativo das normas trabalhistas; outros o vinculam à noção de ordem pública; outros o apresentam como forma de limitação da autonomia da vontade.

Na definição de Américo Plá Rodríguez⁵⁰, a renúncia equivale “a um ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu favor e o abandona” e, em referência à doutrina de *Ojeda Aviles*, ressalta a renúncia como negócio jurídico com manifestação de vontade que produz o efeito de saída de determinado bem do patrimônio do trabalhador⁵¹.

Ojeda Avilés, depois de lembrar os diferentes fenômenos jurídicos que o legislador designa com essa palavra, descreve-a com base nessas três características conceituais:

- a) É um negócio jurídico em sentido estrito, isto é, uma manifestação da vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado prático previsto e amparado no ordenamento jurídico;

⁴⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 142.

⁴⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Op. cit., p. 144.

⁵⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 142.

⁵¹ PLÁ RODRIGUEZ, Idem.

- b) É uma atividade voluntária unilateral que não necessita do concurso de outra vontade para produzir o resultado visado; e
- c) É dispositivo, no sentido de que o efeito objetivado é justamente a saída, de nosso patrimônio, de um determinado bem que já não nos interessa conservar.

A renúncia como negócio jurídico válido, no ordenamento jurídico pátrio, deve observar os requisitos do artigo 104 do Código Civil⁵², quais sejam: agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei.

A renúncia se distingue da transação à medida que aquela é ato unilateral, e esta é ato bilateral, porque os envolvidos fazem concessões recíprocas, extinguindo obrigações litigiosas ou duvidosas.

A renúncia se refere a um direito certo e existente que pode até ser futuro, mas que seja certo, já que aquilo que não é certo não pode ser reivindicada a sua propriedade, conforme preleciona Américo Plá Rodriguez⁵³: “A renúncia se refere a um direito certo e existente ou pelo menos futuro, porém certo, e que não seja um direito impugnado porque ninguém pode renunciar a uma coisa cuja propriedade não lhe seja, amplamente, reconhecida”.

Arnaldo Süssekind⁵⁴ trata da renúncia em alusão à norma de ordem pública e ao caráter imperativo da norma. Baseado nesses dois motivos se percebe o fundamento do princípio da irrenunciabilidade, correlacionado ao momento em que pode se operar a renúncia, se antes da celebração do contrato de trabalho, no decorrer do contrato ou após a extinção do contrato de trabalho.

Antes da celebração do contrato de trabalho, a renúncia de direito instituído por norma de ordem pública que lhe seja aplicável é inexistente para Arnaldo Süssekind⁵⁵.

Se, previamente, renuncia direito instituído em seu favor por preceito de ordem pública que lhe seja aplicável, configura-se, a nosso ver, uma presunção *juris et de jure* de que foi coagido a essa atitude para ingressar ou permanecer na respectiva empresa. Por isso mesmo, em face do disposto nos arts. 9º e 444 da CLT, essa renúncia deve ser considerada inexistente.

⁵² BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei10406.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 176.

⁵⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio e Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 289-290.

⁵⁵ SÜSSEKIND, Op. Cit., 289.

Já no decorrer do contrato de trabalho, permanece como regra geral o princípio da irrenunciabilidade, salvo, quando se tratar de direito oriundos de normas e ordem pública, a lei admite a renúncia, observados os procedimentos legais, quando não for atinente a direitos provenientes da imperatividade da norma a renúncia somente será válida se não acarretar prejuízos diretos e indiretos ao trabalhador⁵⁶.

Durante a relação de emprego prevalece, como regra, o princípio que o empregado não pode renunciar aos direitos que lhe correspondem ou aos que advirão no curso do contrato. Tratando-se de direitos oriundos de normas de ordem pública, a renúncia só é válida nos casos em que a lei venha admiti-la, observados os procedimentos nela estatuídos. Tratando-se de direitos atinentes ao ajuste de cláusulas que impedem da aplicação de regras imperativas, a renúncia terá validade desde que não acarrete prejuízos diretos e indiretos ao trabalhador.

A renúncia, também, pode ocorrer após a rescisão contratual, quando não se tratar de transação; admite-se maior abrangência da renúncia dos direitos incorporados ao patrimônio do trabalhador, mas, para tanto, na visão de Américo Plá Rodriguez⁵⁷, faz-se necessário verificar a existência de coação econômica.

Deve-se examinar o estado de dependência econômica, capaz de constituir coação econômica, cessa no momento em que o trabalhador deixa de ser empregado da empresa. Com o término do contrato, apesar de cessar o *soggezione impregatizia* pode persistir o estado de inferioridade e dependência econômica do trabalhador, capaz de leva-lo a renunciar certos direitos, a fim de obter o pagamento imediato de salários atrasados ou sua reincorporação.

Por sua vez, para Arnaldo Süssekind⁵⁸, a renúncia, após a cessação do contrato de trabalho, somente é válida se o direito for renunciável e se houver livre manifestação da vontade, ou seja, elidida a hipótese de vício de consentimento.

A faculdade de renunciar, uma vez, rescindindo o contrato de trabalho, amplia-se consideravelmente. Mas é preciso que se tenha em mente, na análise do respectivo ato: a) se se trata, realmente, de renúncia ou transação, um a vez que a primeira corresponde, a um só ato unilateral, em virtude da qual nada recebe o titular de direito pelo fato de dele se despojar; b) se o direito é, por sua natureza, renunciável; c) se houve livre manifestação da vontade.

⁵⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio e Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 289.

⁵⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 183.

⁵⁸ SÜSSEKIND, Op. Cit., 2010, p. 290.

Há, ainda, que se verificar se a renúncia ocorre em direito, meramente, individual ou de interesse da categoria, e nessa hipótese há limite à renúncia, haja vista não se tratar de interesse patrimonial e, sim, coletivo⁵⁹.

A limitação da renúncia relacionada a um direito meramente individual ou coletivo liga-se à incorporação do direito ao patrimônio do trabalhador, ou não, sendo que não se pode renunciar direito garantido à categoria, não incorporado ao patrimônio individual, por conta da preservação da autonomia coletiva que assegurou a conquista do direito.

A consideração é importante porque faz alusão à renúncia se operar no âmbito coletivo através da negociação coletiva, e não no âmbito individual.

Américo Plá Rodriguez⁶⁰, sobre a renúncia em negociação coletiva, menciona dois pressupostos: o primeiro deles, a possibilidade de modificação dos direitos adquiridos anteriormente através de convenções coletivas; e o segundo, a possibilidade de instituir em norma coletiva, cláusula assecuratória de renúncia ao empregado no instrumento normativo, mas cuja possibilidade não acha provável, em razão da impossibilidade de interferência da categoria na esfera individual.

A renúncia, no âmbito do direito coletivo do trabalho, não interessa ao estudo de negociação individual, mas tem sua relevância à medida que cita a possibilidade de o ente coletivo autorizar a renúncia na esfera individual, quando os direitos consagrados na lei e na norma coletiva são irrenunciáveis.

O princípio da irrenunciabilidade é importante para abordar o negociado sobre o legislado nas relações individuais do empregado “hipersuficiente”, a fim de se estabelecer não só se o parágrafo único do art. 444 da CLT trata de transação ou se irá operar a renúncia antes da celebração do contrato revestido de transação, e ainda, em se tratando de direitos irrenunciáveis estabelecidos na norma coletiva, o empregado individualmente o poderá fazer.

A doutrina aponta quatro fundamentos ao princípio da renúncia: o princípio da indisponibilidade, o caráter imperativo da norma, a noção de ordem pública, e a limitação à autonomia da vontade; o que se passa a analisar.

⁵⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 290.

⁶⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 176.

2.3 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS

A doutrina de Maurício Godinho Delgado⁶¹ trata do princípio da indisponibilidade como extensão do princípio da irrenunciabilidade, haja vista que a disponibilidade de direitos é feita sob a análise da renúncia e transação e, por tal motivo, que Américo Plá Rodríguez⁶² afirma que a indisponibilidade não pode ser limitada à irrenunciabilidade, mas deve ser ampliada para a intransigibilidade.

O princípio da indisponibilidade abrangeria, assim, a transação de direitos e não, apenas, a renúncia.

Maurício Godinho Delgado⁶³ classifica a extensão da indisponibilidade como absoluta e relativa; sendo a primeira, referindo-se à tutela de um direito em nível público, por traduzir um patamar mínimo civilizatório firmado pela sociedade política, em dado momento histórico; e a segunda, ocorre quando o direito se encontra no interesse individual e bilateral, sem estar no patamar mínimo civilizatório.

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em dado momento histórico.

Relativa será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado traduzir interesse individual, ou bilateral simples que não caracterize um padrão civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em dado momento histórico.

A respeito dessa classificação, o autor afirma que a renúncia não pode se operar na indisponibilidade relativa, o que pode apenas ocorrer por meio de transação, desde que não implique em efetivo prejuízo ao empregado nos termos do art. 468 da CLT.

O empregado não pode dispor de seus direitos laborais, o que revela, no plano concreto das relações de emprego, o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, como o princípio da irrenunciabilidade⁶⁴.

⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 235.

⁶² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 146.

⁶³ DELGADO, Op. Cit., p. 251-252.

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 251.

Guilherme Guimarães Feliciano afirma que a indisponibilidade se fundamenta na indisponibilidade de bens e direitos do trabalhador, em razão do caráter imperativo das normas trabalhistas e, por conta da limitação da autonomia privada individual, conforme forma de manter o equilíbrio contratual das partes⁶⁵.

A irrenunciabilidade tem fundamento na indisponibilidade de certos bens e direitos (e.g., a saúde e integridade física do trabalhador), no caráter absolutamente imperativo de certas normas trabalhistas (e.g., as normas que garantem o direito ao repouso semanal remunerado e às férias) e na necessidade de limitação material à autonomia privada individual, como forma de restabelecer a igualdade das partes no contrato de trabalho.

A indisponibilidade está consagrada no ordenamento jurídico nacional pelos arts. 9º, 444, *caput*, e 468 da CLT: “A indisponibilidade dos direitos trabalhistas pelo empregado constitui-se em regra geral no Direito Individual do Trabalho do País, estando subjacente pelo menos três relevantes dispositivos celetistas: arts. 9º, 444, *caput*, e 468, *caput*, da CLT”, conforme Maurício Godinho Delgado⁶⁶.

O princípio da indisponibilidade aplicado nas relações de emprego trará reflexos no âmbito individual, se admitir que o empregado “hipersuficiente” transacione direitos eleitos como disponíveis pelo legislador no rol do art. 611-A da CLT.

2.3.1 Imperatividade das normas trabalhistas

A imperatividade da norma jurídica decorre do Estado Social, passada a fase do Estado Liberal, cuja tônica era a liberdade contratual com autonomia da vontade ampla dos contratantes, para negociarem cláusulas contratuais frente às normas *jus cogens* e *jus dispositivum*.

Américo Plá Rodríguez⁶⁷, em citação a Francisco Ferrari, faz distinção à luz do Direito Romano entre normas: *jus cogens* e *jus dispositivum*, que, respectivamente, significam normas que devem ser cumpridas, qualquer que seja a

⁶⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães, **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 6705.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 251.

⁶⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 149.

vontade das partes, e normas que se devem cumprir só quando as partes não tenham estabelecido outra.

Assim iniciou-se no Direito do Trabalho, *jus dispositivum* no Código Napoleônico, para o Direito do Trabalho como *jus cogens* e, com o transcurso do tempo, ao elevar-se o mínimo de garantias sociais, completou-se a sua transformação, pois as garantias tanto as individuais como as sociais, têm por função essencial assegurar a intervenção do Estado para que em toda relação jurídica se respeitem seus imperativos. Donde se deduz que o Estado deve intervir em cada relação de trabalho, como intervém a respeito da garantia da liberdade pessoal, para impor padrões, coativamente se necessário, o cumprimento das obrigações impostas pelas garantias sociais.

A norma *jus cogens* é o direito imperativo, cuja ordem jurídica não confere a sujeito de direito, a faculdade de regulamentar livremente suas relações jurídicas.

No entanto, mesmo a norma do Direito do Trabalho sendo imperativa há necessidade de respeitar autonomia de vontade do indivíduo, para, justamente, garantir sua liberdade como corolário da sua personalidade⁶⁸.

No campo do Direito do Trabalho surge, pois, uma distinção essencial e de sua importância: nele existem normas imperativas que não excluem a vontade privada, mas a cercam de garantias para assegurar sua livre formação e manifestação, valorizando-a como a expressão da própria personalidade humana.

A imperatividade da norma trabalhista, contudo, não pode ser avaliada apenas sob o enfoque do Direito Romano do *jus cogens*, pois as garantias individuais e sociais consagradas na Constituição, bem como a teoria da eficácia dos direitos fundamentais têm aplicação direta e imediata, verticalmente, frente ao Estado, e irradia-se no ordenamento jurídico, dimensão objetiva dos direitos fundamentais, obrigando os particulares, eficácia horizontal.

A questão se mostra relevante ao se tratar da imperatividade dos direitos individuais e sociais fundamentais e sua eficácia, como limitação à autonomia da vontade do empregado.

A norma trabalhista é, sem dúvida imperativa, mas observada a garantia da autonomia da vontade que se limita ao núcleo mínimo essencial dos direitos fundamentais individuais e sociais, condicionando a manifestação de vontade sobre aquilo que é permitido, como forma de consagrar a própria liberdade do empregado.

⁶⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Op. cit., p. 151.

Não se pode esquecer que o art. 444 da CLT celebra a autonomia da vontade das partes, que não deixa de existir por conta da imperatividade da norma de Direito do Trabalho.

2.3.2 *Caráter de Ordem Pública*

O caráter de ordem pública da norma de Direito do Trabalho relaciona-se ao imperativo legal do interesse público sobre o particular, sob a égide de vantagens de ordens mínimas garantidas aos trabalhadores, que nenhuma hipótese pode ser suprimida ou derogadas⁶⁹.

Chama-se a atenção sobre a referência ao caráter de ordem público da norma como sinônimo de imperatividade, o qual, aliás, Américo Plá Rodriguez⁷⁰ diz não ser preocupação doutrinária essa distinção.

A natureza do Direito do Trabalho tem em sua gênese a coexistência de preceitos de Direito Público e Privado e, como público, aquilo que é relacionado aos limites mínimos de proteção, individuais e coletivos, impostos pelo Estado, o que se traduz no caráter de ordem público da norma trabalhista.⁷¹

a) as normas gerais e especiais concernentes à proteção ao trabalhador, com as quais o Estado coloca os indivíduos e grupos, sobre quem elas incidem, subordinados à sua vontade, estabelecendo limites mínimos de proteção, em que prevalece, intensamente, o interesse coletivo que encarna. Tais normas são de caráter imperativo e de ordem público, sendo que a inobservância ou violação das normas ensejam a aplicação de multas recolhidas em favor do próprio Estado - sintoma que bem caracteriza a intensidade de interesse do Estado, sua presença na aplicação dos preceitos que impôs e a relação de subordinação a que já aludimos.

O caráter público da norma trabalhista, em suma, é o interesse público sobre o individual, e a aplicação do interesse público é consagrado no artigo 8º da CLT.

O interesse público se traduz na proteção aos interesses gerais, e não de particulares, diante da efetiva proteção aos direitos fundamentais individuais e

⁶⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 155-156.

⁷⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Idem.

⁷¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 107.

sociais, como cita Guilherme Guimarães Feliciano⁷², como ocorre, atualmente, no ramo do Direito Civil onde na sua essência original visava à proteção da propriedade e, hoje, visa a proteção do economicamente vulnerável e da dignidade da pessoa humana.

Na esfera laboral, o consentimento da pessoa curva-se à integridade do ser humano. E já não apenas nela: é ilação recorrente entre os próprios civilistas, nos dias de hoje, que crescente necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica privada promoveu, no âmbito das relações intersubjetivas (tradicionalmente privadas, de “coordenação”), uma *distinção do conceito de ordem pública*, que passa a se expandir para os domínios de Direito Civil.

Dadas essas premissas, o que se vê, afinal, no Direito do Trabalho? Uma disciplina jurídico-tuitiva que interfere em relações de subordinação (ainda que de cariz privado) e tem como objeto primacial direitos fundamentais (individuais e sociais) em situações de vulnerabilidade da pessoa.

A visão do Direito de Trabalho perpassa a discussão sobre a natureza dessa ramo de direito, se público ou privado, cujo debate não interessa a esse estudo, mas nos interessa o fato de se reconhecer o caráter público da norma trabalhista, como consequência da almejada proteção coletiva dos interesses dos trabalhadores e da sociedade, e a possibilidade do empregado “hipersuficiente” negociar cláusulas contratuais afastando o imperativo legal, e o caráter de ordem pública da norma.

2.3.3 Limitação à autonomia da vontade

O último fundamento apresentado para o princípio da irrenunciabilidade é a limitação à autonomia da vontade, que se liga diretamente à imperatividade da norma e seu caráter de ordem pública, conforme explanado no tópico anterior, haja vista que o interesse público supera os individuais.

O art. 444 da CLT sempre contemplou a autonomia da vontade individual, como característica do negócio jurídico, o contrato de trabalho, contudo, no Direito

⁷² FELICIANO, Guilherme Guimarães, **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 2704.

do Trabalho essa autonomia, na maioria das vezes é transplantada para a autonomia da vontade coletiva, em razão do interesse social⁷³.

A autonomia da vontade como tal não está em jogo, mas se trata de evitar seu abuso. Para esse efeito, alguns setores da vida social o legislador transplantou a autonomia da vontade do terreno individual para o coletivo. Hoje em dia, as organizações do trabalho são pessoas, que em primeiro lugar, gozam plenamente dessa autonomia, enquanto os indivíduos só desfrutam dela na medida em que o gozo parece compatível com o interesse social.

A limitação da autonomia da vontade privada individual no Direito do Trabalho encontra, também, seu fundamento no interesse público que transpassa a relação jurídica individual, os interesses individuais⁷⁴.

A autonomia privada encontra o fundamento de suas limitações na mesma composição da ordem social, na natureza da sociedade e valores, onde impera uma necessária submissão da vontade autônoma aos ditames superiores, constitutivos da comunidade e de sua existência, indispensáveis para poder ordenar devidamente a realidade social através de meios jurídicos. As relações trabalhistas são relações que transcendem a esfera individual daqueles que atuam como sujeitos dela, para interessar à sociedade em geral e determinar, em não pequeno grau, uma clara repercussão. Poderíamos dizer que, nesse sentido, as relações jurídico-trabalhistas – contratuais ou não – importam o bem comum, fixam os limites de sua vigência em função e na dependência de um interesse da sociedade.

A autonomia privada foi consagrada como direito absoluto como garantia fundamental da expressão da liberdade do indivíduo, valorizado no Estado Liberal, mas revista, no momento posterior frente à opressão do capital por parte da burguesia, com a qual surgiu a necessidade da proteção ao trabalho, e, por ângulo diametralmente oposto necessitou-se limitar a autonomia privada, a fim de evitar prejuízos maiores relacionados à ordem social.

Neste contexto, com o surgimento do ente coletivo, o sindicato, pela paridade da posição que se encontra aos empregadores, e indústrias, transplantou-se a efetividade da autonomia privada individual para a coletiva, o que se reconhece, nos dias atuais, como plena para negociação de direitos, como fonte formal autônoma.

Américo Plá Rodriguez diz ser uma tendência futurística a limitação da autonomia da vontade pela aplicação do princípio da proteção, o que vai de

⁷³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 158.

⁷⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Idem.

contramão a lei da reforma trabalhista, com a qual dá maior autonomia da vontade ao empregado “hipersuficiente”⁷⁵.

Esta nota de excepcionalidade da autonomia da vontade no Direito do Trabalho pode ser em um direito positivo mais clara que em outros. Mas, sem dúvida, considerando a tendência para o futuro, o princípio da proteção será cada vez mais intenso, e em consequência mais limitada a autonomia da vontade.

A autonomia da vontade privada é demasiadamente limitada por normas de ordem pública e imperativas quando se trata da defesa da higiene, do salário, da liberdade sindical, e outros direitos essenciais ao trabalhador⁷⁶.

E o primeiro exemplo, que menciona é justamente a irrenunciabilidade de direitos. A aplicação do campo da irrenunciabilidade para além da proteção da ordem pública e das normas proibitivas, visando a defesa do trabalho higiênico, do salário suficiente, da liberdade sindical e de outros direitos essenciais do trabalhador, é a primeira restrição específica do Direito do Trabalho à autonomia da vontade dos eventuais contratantes.

Não se coloca em dúvida a existência da autonomia da vontade privada no contrato de trabalho, com a qual já pertence a sua gênese, antes da reforma trabalhista, conforme *caput* do art. 444 da CLT, mas sim que esta autonomia não é absoluta não só pelos princípios elementares do Direito do Trabalho, como da proteção, como em razão dos princípios constitucionais, e até em razão da autonomia da vontade coletiva, e seus efeitos no contrato de trabalho.

2.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade ou da isonomia ou, ainda para alguns, da não discriminação, é princípio constitucional geral ou, por vezes, princípio constitucional especial, como no caso do tratamento isonômico de homens e mulheres, conforme a lição de Willis Santiago Guerra Filho⁷⁷.

⁷⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 160

⁷⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Idem.

⁷⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Editora SRS, 2017, p. 65.

O princípio da isonomia pode ser apontado como um dos princípios constitucionais gerais, assim como a isonomia entre homens e mulheres, referida no Art. 5º, inc. I, seria exemplo de princípio constitucional especial.

É por conta disso que não se trata de princípio especial do Direito do Trabalho como os anteriores, mas para fins didáticos sobre o tema do presente estudo, se elenca o princípio em referência dessa forma.

Américo Plá Rodriguez⁷⁸ trata o princípio da igualdade como mais ambicioso e amplo do que o da não discriminação e que, por vezes, recebe o nome de princípio da equiparação, pois trata de conceber a trabalhadores as mesmas vantagens, mas isso é fonte de conflitos e problemas, cuja solução pode ser estabelecida pelo legislador ao estabelecer o alcance preciso da norma, sendo por isso desnecessário recorrer ao princípio. Em suma, o autor crê que a equiparação posta na norma não é princípio e, portanto, não se deve tratá-lo desta forma, ao contrário do que ocorre com o princípio da não discriminação.

Em síntese, podemos dizer que, depois de vários anos de reflexão, nos inclinamos por admitir o princípio de não discriminação, mas não o da igualdade.

Não se trata de problema terminológico, mas conceitual.

O princípio da não discriminação leva a excluir todas aquelas diferenciações que põe o trabalhador em uma situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida ou legítima.

O princípio da igualdade encerra a ideia da equiparação, que é uma fonte de conflitos e problemas; descaracteriza o caráter mínimo das normas de trabalho e impede concessão de melhorias de benefícios que poderia existir.

Por outro lado, a imposição da igualdade tem sido acolhida em normas que condicionam a aplicação do critério a certos limites e requisitos.

Dessa maneira, o legislador pode estabelecer o alcance precioso que quis dar à norma. Onde há normas expressas não há necessidade de recorrer a princípios.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência dominante consideram a isonomia e a igualdade como princípio, haja vista sua alargada abstração e generalidade; e é nos princípios que se situam os direitos fundamentais.

Por isso, ousamos a discordar de Américo Plá Rodriguez e elegemos, como doutrina esclarecedora do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Melo, que aborda a discriminação como critério de igualdade, a lume da velha máxima aristotélica de que deve se tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade.

⁷⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 445.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁹, a respeito da abordagem do princípio da igualdade, diante da máxima do tratamento desigual aos desiguais, faz indagação mais que pertinente, de quem seriam os desiguais e os iguais; e quais as discriminações são, juridicamente, toleráveis.

O autor afirma que a lei traz tratamento desuniforme às pessoas, às situações, ou às coisas e parte disso para avaliação da sua licitude ou ilicitude, mediante critério muito bem criado para entendimento de tão valioso valor que reside na dignidade da pessoa humana⁸⁰.

Os vários exemplos aduzidos desde o início desse estudo servem para demonstrar que *qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações*, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é o traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸¹ utiliza três critérios para verificar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, que são: o elemento que se toma como fator de discriminação, a correlação lógica e abstrata entre o fator erigido e o discrimen e a consonância da correlação lógica com os interesses da constituição.

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) A primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) A segunda reporta-se a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) A terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Em relação ao primeiro critério, o elemento de fator de discriminação, diz o autor referido que a lei não pode escolher critério com traço específico que singularize no presente e no futuro, mas deve deixar portas abertas à incidência futura sobre outros destinatários inexistentes à época de sua edição. Nesse critério, é importante perquirir o espírito da lei.

O benefício ou desprestígio concedido pela lei deve ser ao sujeito indeterminado e indeterminável, sob pena de ofender-se a isonomia.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 22ª tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 17.

⁸⁰ MELLO, Idem.

⁸¹ MELLO, Op. Cit., p. 21.

Outra questão levantada, nesse sentido, é ser inadmissível discriminar pessoas, situações ou coisas por fatores que não sejam nelas mesmas residentes, ou seja, é inadmissível regime diferente em razão de fator alheio como, por exemplo, o fator tempo⁸².

Sintetizando: aquilo que é, em abstrato rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferenciável, que é, por algum traço ou aspecto, desigual, pode ser diferenciado, fazendo-se remissão à existência ou à *sucessão* daquilo que dessemelhou as situações.

O critério do elemento tomado como fator de discriminação se refere às pessoas ou coisas e situações que guarnecem em si próprios fatores de diferenciação, e não pode ser usado elemento externo, igual a todos, para a diferenciação.

Desta forma, quanto a este primeiro critério, haverá desrespeito à isonomia quando a norma singularizar atual e definitivamente um destinatário e quando utilizar critérios alheios às coisas, pessoas e situações.

O segundo critério utilizado por Celso Antônio Bandeira de Melo é da correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação, ou seja, observar o critério discriminatório e a justificativa racional do traço desigualador adotado ou os efeitos jurídicos atribuídos à discriminação⁸³.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.

O exemplo da ausência de sentido lógico, como cita o autor seria a faculdade dada aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso.

O traço importante desse critério é a pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta, o que Celso Antônio Bandeira de Melo trata como adequação racional entre o elemento de discriminação e o regime dispensado à categoria de indivíduos, que se inserem nesta condição diferenciada.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 22ª tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 32.

⁸³ MELLO, Op. Cit., p. 38.

E, por último, o critério da consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição.

Neste aspecto, Antônio Celso Bandeira de Mello⁸⁴, diz não bastar haver, em abstrato, adequação racional entre o critério de discriminação e o tratamento adotado à categoria dos indivíduos, mas que, em concreto, essa correlação lógica deve ser pertinente a interesses constitucionalmente protegidos, para que resulte o tratamento jurídico diferenciado.

Assim, o nexó entre a diferença e o tratamento diferenciado deve ser vinculado a algo que seja, constitucionalmente, pertinente.

E mais, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que a lei não pode colocar desvantagens em situações que o sistema constitucional empresta conotação positiva⁸⁵.

37. Reversamente, não podem ser colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva. Deveras, a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões éticos-sociais acolhidos neste ordenamento.

O critério de discriminação não pode ser aleatório, mas a relação lógica deve estar consoante com os interesses prestigiados pela constituição, não podendo ir contra a um valor constitucionalmente prestigiado, nem prestigiar um elemento desvalorado.⁸⁶

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

O Supremo Tribunal Federal utilizando o critério de discriminação correlato aos valores protegidos constitucionalmente ao analisar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I da CF/88) e o tratamento diferenciado as mulheres no art. 384 da CLT, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 658312/SC, com Repercussão Geral, tema nº 528, antes da alteração da Lei nº 13.467/2017, declarou a norma recepcionada pela Constituição porque o tratamento

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 22ª tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 42.

⁸⁵ MELLO, Idem.

⁸⁶ MELLO, Op. Cit., p. 47.

diferenciado guarda correlação lógica com os valores constitucionais, e com o tratamento diferenciado.

O critério de diferenciação do julgado foi inerente ao sexo e, portanto, não é critério externo à situação, coisa ou pessoa, o que inicialmente possibilita o tratamento do diferenciado.

O Supremo Tribunal Federal utilizou como nexos entre o fator de discriminação (sexo), e o tratamento dispensado às mulheres (concessão de intervalo de quinze minutos antes do início da jornada extraordinária), o componente orgânico da mulher, menor resistência física, e o componente social que é o acúmulo do trabalho com atividades relacionadas aos cuidados com a família, para cancelar a ausência de discriminação no art. 384 da CLT.

O Ministro Dias Toffoli na relatoria da matéria citada que reconheceu a recepção do artigo 384 pela Constituição Federal de 1988 expressamente utiliza o critério da correlação lógica entre a discriminação, e a razão do tratamento desigual⁸⁷.

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso não provido. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet. 2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual. 3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma. 4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 658312 / SC - Santa Catarina - **Recurso Extraordinário**. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI - Julgamento: 27/11/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação - ACÓRDÃO ELETRÔNICO - REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO - DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311630607/recurso-extraordinario-re-658312-santa-catarina/inteiro-teor-311630613>. Acesso em: 08 out. 2018.

proporcionalidade na compensação das diferenças. 5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras.

O art. 444, parágrafo único da CLT trouxe ao ordenamento jurídico distinção aos empregados que ganham salário igual ou superior a duas vezes o teto de benefícios do Regime Geral da Previdência Social, e que possuam grau superior, ou seja, discriminação baseada na situação, e lhes deu tratamento diferenciado ao possibilitar a negociação individual de cláusulas sobre a legislação (art. 611-A, da CLT), de maneira que há de se verificar, como faremos adiante se o critério de discriminação, e o tratamento diferenciado ofendem ou não princípio da isonomia considerando a máxima aristotélica de dar tratamento desigual aos desiguais.

2.5 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Antes de adentrar especificamente no princípio da função social do contrato, é importante abordar, de forma sintética, o aspecto histórico do direito privado, especificamente o Direito Civil, retratado pelo Código Civil de 2002 e na superação dos valores encampados no Código Civil de 1916.

A inspiração do Código Civil de 1916 era no Direito Civil individualista e com o objetivo primordial de proteção ao patrimônio, como era a tônica do Estado Liberal do século XIX e do emblemático Código Napoleônico de 1804.

O Estado Liberal, assim, possibilitava ao indivíduo a tomada de suas decisões, sem interferência do Estado, em consagração absoluta da autonomia privada.

Nesse período, o Direito Civil estava centrado na propriedade e as normas estatais, somente, protegiam os cidadãos contra o próprio Estado, conforme lição de Eugênio Facchini Neto⁸⁸.

Os códigos civis deste período caracterizaram-se por estarem centrados, na propriedade, com ênfase a propriedade imobiliária, com caráter absoluto e

⁸⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **RIDB – Revista do Instituto Brasileiro de Direito**. Lisboa. Faculdade de Direito de Lisboa, 2012. Mensal. nº 1, p. 187.

individualista, no voluntarismo jurídico, na liberdade e autonomia contratual, na igualdade meramente formal. No âmbito do direito de família, percebe-se a supremacia do pai-marido – a esposa, reduzida à condição de relativamente incapaz, subordina-se à chefia do marido; os filhos são vistos mais como objetos de preocupação jurídica do que como sujeitos de direito. As normas estatais protetoras do indivíduo buscavam assegurar tão-somente seu espaço de liberdade econômica, protegendo o cidadão contra o próprio Estado. As imitações aos direitos subjetivos, quando existentes, eram apenas aquelas necessárias para permitir a convivência social. Nítida aqui, a inspiração kantiana: minha liberdade irrestrita só encontra limitações na idêntica liberdade do meu semelhante.

Os princípios implícitos no Código Civil de 1916 eram da autonomia da vontade absoluta, obrigatoriedade ou conservação do contrato (*pacta sunt servanda*) e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

O Estado Liberal deu lugar, com o advento do constitucionalismo social, pós-segunda guerra mundial, fruto das concepções do *Welfare State*, ao Estado Social, onde havia maior intervencionismo estatal, cujo objetivo é buscar a promoção da igualdade substancial, e a promoção estatal pela efetividade e garantia aos direitos fundamentais e não apenas a proteção à liberdade frente ao Estado.

No Estado Social assim a vontade dos particulares passa a ser limitada, em razão, como menciona Eugênio Facchini Neto⁸⁹, à ética da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

No âmbito do direito privado, esse novo período é caracterizado pelo fato de que também o poder de vontade dos particulares encontra-se limitado, ao contrário do período anterior, não se dá apenas em virtude de aplicação de normas imperativas editadas em proveitos de outros particulares, como é o caso das regras do direito de vizinhança. Essa nova limitação se dá principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Ou seja, abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção à dignidade da pessoa humana.

O ser humano e suas emanções passam a ser o centro do Direito Civil, em razão da migração dos valores constitucionais para esse ramo do direito, com a qual o olhar desse ramo do direito deve ser feito à luz da Constituição⁹⁰.

Da constitucionalização do direito civil decorre à migração, para âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *pirmis*

⁸⁹ FACCHINI NETO, Op. Cit, p. 201.

⁹⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **RIDB – Revista do Instituto Brasileiro de Direito**. Lisboa. Faculdade de Direito de Lisboa, 2012. Mensal. nº 1, p. 187.

inter paris, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deveria, necessariamente, a chamada *repersonalização* do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do Direito Civil o ser humano e suas emanções. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorda-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% dos seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações), sendo substituído pela consideração pela pessoa humana.

No Brasil, o constitucionalismo social, no seu ápice, é representado pela Constituição Federal de 1988 e tem como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, o que fez com o que o Direito Civil abandonasse a postura patrimonialista, ou seja, a finalidade de proteção absoluta da propriedade, para a proteção do desenvolvimento humano.

Os princípios e regras constitucionais, com fundamento na dignidade da pessoa humana, irradiaram-se em todo ordenamento jurídico dando unidade a esse, e, por conta disso, é que o conjunto normativo deve ser visto à luz da Constituição⁹¹.

A Constituição erigiu, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana, colocada agora no centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, direciona-se para sua proteção. As normas constitucionais (compostas de princípios e regras), centradas nessa perspectiva, conforme unidade sistemática a todo ordenamento jurídico. Opera-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações do ordenamento jurídico, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana, como instrumento para seu pleno desenvolvimento. A inversão do *locus* de preocupações deve decorrer, também, no Direito Civil. Trata-se de consequência necessária diante da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico. Por essa razão, todo o *standard* normativo infraconstitucional deve ser visto sob o modelo axiológico constitucional.

O fenômeno da constitucionalização do direito civil decorre da irradiação dos direitos fundamentais sobre o ordenamento jurídico. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais alcançou as relações privadas por meio das cláusulas gerais, como: a boa-fé objetiva, a função social do contrato de trabalho e o equilíbrio econômico dos contratantes, conforme leciona Renato Rua de Almeida⁹².

Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 ampliou sua irradiação no ordenamento jurídico brasileiro,

⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. Aspectos da racionalidade históricos cultural do arquétipo inserido no Código Civil brasileiro de 2002. **Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo**. São Paulo. nº 98, p. 143 – 150. Jul. 2008.

⁹² ALMEIDA, Renato Rua de. A função social do contrato e a nova redação do item III, da Súmula 224, a inserção do item III, na Súmula 378, e a edição das Súmulas 440 e 443, do TST. **Revista UNIFACS da Universidade de Salvador**. n. 164. Fev. 2014.

resultando o fenômeno da constitucionalização do direito privado, com aprovação no Brasil do Código Civil de 2002.

Em decorrência, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas passou a ser também alcançada com as cláusulas gerais da boa-fé objetiva (artigos 187 a 422 do Código Civil), e seus deveres anexos, da função social (artigos 421 e 187 do Código Civil) e do equilíbrio econômico dos contratantes (expressada pelos institutos da resolução por onerosidade excessiva, artigo 478 do Código Civil, e da lesão, artigo 157 do Código Civil).

Ingo Wolfgang Sarlet, ao abordar as correntes doutrinárias de aplicação dos direitos fundamentais, se imediata e direta ou se indireta e mediata, por um dos critérios de aplicação, afirma que pode ser feito através cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, para serem preenchidos por valores constitucionais.⁹³

As cláusulas gerais são os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico dos contratantes, apesar de que alguns doutrinadores, como Nelson Nery Junior, não considerarem a cláusula geral como princípio.

No entanto, é importante trazer a noção, conceito e a função das cláusulas gerais, especialmente da função social, a fim de aplicarmos ao contrato de trabalho, principalmente por conta da sua relação com a autonomia da vontade privada.

Nelson Nery Junior define as cláusulas gerais como normas orientadoras em forma de diretrizes, utilizada pela lei em caráter genérico e abstrato, a ser utilizado pelo juiz, cujos valores serão preenchidos por ele, para dar solução ao caso concreto⁹⁴.

Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (*Generalklausein*) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz.

A função da cláusula geral, para o autor, é dar ao sistema interno do Código Civil mais mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, através da concretização dos princípios gerais de direito e dos conceitos legais indeterminados, por isso

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. ver. atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 389.

⁹⁴ NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda. **O Novo Código Civil**: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 429.

possuem função instrumentalizadora, que, para o doutrinador, é norma de ordem pública que deve ser aplicado pelo juiz, *ex officio*, nos termos do artigo 2035 do Código Civil⁹⁵.

O fundamento do princípio da função social do contrato é a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII da CF/88), da ordem econômica (artigo 170, III da CF/88) e como derivação do fundamento da República, baseada no valor social da livre iniciativa (artigo 1º, IV da CF/88), bem como no valor da solidariedade (artigo 3º, I e III, da CF/88) e na própria dignidade da pessoa humana.

A função social consagra o princípio da solidariedade, no artigo 3º, da CF/88, com a qual realiza equilíbrio entre interesse econômico e social e preza pelo bem comum.

Na perspectiva da função social do contrato tem-se a alteração dos pilares do Código Civil de 1916, quanto à autonomia absoluta da vontade, e a relatividade dos efeitos dos contratos.

A função social do contrato quebra o bloqueio do liberalismo econômico, haja vista que o objeto do contrato não interessa apenas às partes envolvidas, mas a toda sociedade, pois se preocupa com interesses metaindividuais e os interesses relativos à dignidade da pessoa humana, ou seja, não se permite a livre contratação das partes baseada nos seus interesses econômicos, mas no interesse da sociedade como um todo, e observar a dignidade da pessoa humana⁹⁶.

O contrato tem de ser entendido não apenas como as pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro instrumento de “convívio social e de preservações dos interesses coletivos da coletividade, onde encontra sua razão de ser e de onde extrai a sua força – o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia.” O contrato não pode ser mais visto como um negócio de interesse apenas para as partes, porque interessa a toda sociedade, na medida em que os *standards* contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas. Portanto, tudo que ocorrer relativamente a um contrato terá, forçosamente, repercussão em outros casos que digam respeito ao tipo de contrato. Essa é apenas uma consequência da nova *socialidade* do contrato.

Por conta disso é que o Código Civil de 2002 rompe com os princípios basilares do Código Civil de 1916, principalmente, no que tange à autonomia

⁹⁵ NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda. **O Novo Código Civil**: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 429.

⁹⁶ NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda, Op. Cit., p. 446.

absoluta da vontade privada, haja vista que os interesses perpassam os contratantes e atinge terceiros estranhos à relação jurídica, mitigando o princípio da relatividade dos contratos (os efeitos do contrato não beneficiam ou prejudica terceiros)⁹⁷.

A visão social do contrato constitui, se não ruptura, pelo menos abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato – contrato somente atinge as partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros – ou seja, de *utilidade individual* (particular), dada a sua condição de repercussão no convívio da própria sociedade – *utilidade pública*. A ideia predomina no direito privado mundial e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, em razão da função social do contrato, tem seu aspecto público ressaltado, em detrimento do exclusivamente privado das partes contratantes. Fala-se, inclusive, em *tutela externa do crédito*, para significar essa mitigação do referido princípio.

A limitação da autonomia da vontade privada pela função social, para Judith Martins Costa⁹⁸, traz uma nova concepção sobre esta e a denomina de autonomia privada solidária, isso por conta dos interesses metaindividuais e individuais conectados aos direitos da personalidade, como expressão da dignidade da pessoa humana.

Creio que a melhor expressão será – à vista do art. 421 do Novo Código Civil brasileiro – a “autonomia solidária”: o *auto normos* privados há de ser exercidos nos quadros de uma substantiva justiça social. Daí a correlação, necessária, entre autonomia privada e a função social, expressa no art. 421 do novo Código Civil. Registre-se que, segundo o texto, a liberdade de contratar será exercida “em razão e nos limites” da função social do contrato. Portanto, a função social não é meramente externa, não é apenas limite, antes configurando elemento constitutivo da própria liberdade contratual.

A autonomia privada se constitui aspecto positivo e negativo da personalidade humana e não se elide por conta da função social, mas com ela se relaciona como expressão da própria personalidade humana, com a qual, para seu desenvolvimento não basta à liberdade como vontade de contratar, mas a relação com o outro⁹⁹.

⁹⁷ NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda. **O Novo Código Civil**: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 443.

⁹⁸ NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda, Op. Cit., p. 367.

⁹⁹ NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda. **O Novo Código Civil**: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 367.

Hoje sabemos que a liberdade humana não está cingida a uma hipotética vontade: nem mesmo o psiquismo é totalmente autônomo. A liberdade está em poder desenvolver a própria personalidade e essa se desenvolve nas *cíves*, na relação com o outro, na consideração com a alteridade. Daí que, da autonomia solidária, que identificamos no art. 421 decorram importantíssimo efeitos jurídicos exemplificativamente, a liberdade de contratar deverá ter presente a relevância externa do crédito; a intenção decorrente do respeito, por todos devido, à proteção do meio ambiente; a adstrição aos princípios que regem a concorrência empresarial; a coibição dos negócios usurários; a especial tutela que recebem certos negócios socialmente muito significativos, como contratos educacionais e etc.

A função social limita a autonomia da vontade privada, pois os efeitos do contrato não apenas surtem efeitos as partes, mas a coletividade, e a sociedade, são modelos a serem observados, nem podem prevalecer interesses particulares e patrimoniais em prejuízos aos direitos e garantias individuais e sociais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, já que esta intrínseca a liberdade do indivíduo a garantia desses direitos.

3 O CONTRATO DE TRABALHO

A definição de contrato individual de trabalho, por Evaristo de Moraes Filho¹⁰⁰, é o acordo pelo qual a pessoa natural se compromete a prestar serviços de natureza não eventual à outra pessoa natural ou jurídica em seu proveito, e sob suas ordens e mediante salário.

Arnaldo Süssekind¹⁰¹ define o contrato de trabalho como sendo negócio jurídico, em virtude do qual o trabalhador obriga-se a prestar pessoalmente serviços não eventuais a uma pessoa física ou jurídica, subordinado ao seu poder de comando, dele recebendo os salários ajustados.

A relação jurídica que estabelece o negócio jurídico, a relação de emprego, encontra-se nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho e as disposições legais, a respeito da formalização desse contrato estão no Título IV, Capítulo II da Consolidação das Leis do Trabalho, artigos 442 a 456-A da CLT, com as quais inúmeras novas regras foram acrescentadas ou alteradas pela lei nº 13.467/2017.

A celebração do contrato de trabalho pode ser tácita ou expressa, verbal ou escrita, por prazo determinado, indeterminado e intermitente.

As características do contrato de trabalho referente à relação e emprego, à luz da doutrina de Arnaldo Süssekind¹⁰², são: a) contrato de natureza de direito privado; b) consensual; c) *intuitu personae*; d) de trato sucessivo; e) sinalgmático; e f) subordinativo.

Arnaldo Süssekind considera a relação entre empregado e empregador como de direito privado, com a qual a limitação a autonomia da vontade e a imperatividade das normas não enseja maiores dificuldades como em outras relações jurídicas.

¹⁰⁰ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de Moraes. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora LTr. 2014, p. 198.

¹⁰¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 235.

¹⁰² SÜSSEKIND, Op. Cit., p. 249-250.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁰³ é partidário dessa doutrina, em razão da gênese da relação jurídica de trabalho ou prestação de serviços é a locação de serviços do Código Civil de 1916.

Já, Octavio Bueno Magno¹⁰⁴ filia-se a doutrina que considera o Direito do Trabalho de natureza público privada, não podendo dizer ser exclusivo de um ou outro ramo do direito.

Na doutrina moderna e atual, representada por Maurício Godinho Delgado¹⁰⁵, o contrato de trabalho é de direito privado, até quando o sujeito da relação é o próprio Estado ao contratar empregados via Consolidação das Leis do Trabalho, pois a relação jurídica básica é regulada por suas cláusulas contratuais, apesar da existência de normas de caráter imperativo.

O contrato de trabalho é consensual, pois, para sua formalidade, salvo algumas exceções, não depende de forma especial prescrita em lei. É *intuitu personae* por parte do empregado, pois a obrigação e prestação de serviços somente podem ele pode ser cumprido, é de trato sucessivo porque sua execução é em caráter contínuo através do tempo e não se resolve com um único ato apenas; é sinalagmático (comutativo) porquanto as partes se obrigam entre si em prestações recíprocas; e é, ainda subordinativo, porque o vínculo jurídico estabelecido decorre de uma dependência do empregado ao empregador, quanto ao seu poder de direção.¹⁰⁶

Evaristo de Moraes Filho¹⁰⁷, frente à teoria geral das obrigações, classifica o contrato de trabalho como sendo de direito privado, consensual, sinalagmático perfeito, porque os direitos e deveres são de ambas as partes; comutativo, porque deve haver equivalência entre a prestação do trabalho e a contraprestação salarial, de trato sucessivo, e contrato de adesão.

¹⁰³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: Editora LTr, 2014, p. 84.

¹⁰⁴ MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. v. 1, parte geral. 4. ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora LTr, 1991, p. 78.

¹⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 524.

¹⁰⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio e Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 249-251.

¹⁰⁷ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora LTr. 2014, p. 204.

O contrato de trabalho como ato jurídico bilateral, como menciona o autor citado, depende da manifestação de vontade das partes.¹⁰⁸

Octavio Bueno Magano¹⁰⁹ considera a autonomia privada como elemento constitutivo do contrato de trabalho e a define como poder dos indivíduos de disciplinar os próprios interesses à base dos negócios jurídicos bilaterais.

A autonomia da vontade, conforme visto, é elemento caracterizador do contrato de trabalho em razão de ser negócio jurídico bilateral, com a qual emana a manifestação de vontade das partes, mas cujo conteúdo, para efeito de validade, deve ser observado à vista dos vícios de consentimento (coação, erro, e dolo) que torna anulável o negócio jurídico, nos termos do artigo 171 do Código Civil.

O artigo 9º da CLT trata da hipótese de fraude, por simulação do negócio jurídico quando este é utilizado para fraudar, impedir ou desvirtuar os preceitos contidos na própria Consolidação das Leis do Trabalho, e funciona como mecanismo de validade da autonomia da vontade.

Não obstante a isso, outra limitação à autonomia da vontade se encontra no respeito e observância ao conteúdo mínimo necessário do contrato, como utiliza a expressão Arnaldo Süssekind¹¹⁰, que decorre de lei, do instrumento normativo autocomposto, ou da sentença normativa.

Evaristo de Moraes Filho¹¹¹ leciona, também, que o dirigismo contratual encontra limitação nas leis, convenções coletivas, sentenças normativas e regulamentos internos, ou seja, no conteúdo mínimo do contrato de trabalho.

É claro que pelo próprio dirigismo contratual, inerente a essa matéria nem tudo depende da vontade das partes, integrando-se desde logo no contrato individual as vantagens e os benefícios constantes de outras fontes superiores (lei, sentenças, convenções, regulamentos e, etc).

A limitação da autonomia privada no que tange ao conteúdo mínimo do contrato instituído na lei, na norma coletiva e na sentença normativa, é a representação do ideal do Estado Social e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e, principalmente no âmbito da relação de trabalho.

¹⁰⁸ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2014, p. 198.

¹⁰⁹ MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**: Direito individual do trabalho. v. 2, 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 1984, p. 41.

¹¹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 257.

¹¹¹ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de, OP. Cit., p. 262.

Outro elemento importante do contrato de trabalho que possui estrita ligação com a autonomia da vontade privada, é a subordinação, e conforme preleciona Amauri Mascaro Nascimento¹¹² o conceito de subordinação é herdado do direito italiano que surgiu com a concepção binária autonomia-subordinação, mas hoje é revisto por conta das novas tecnologias e a modificação dos processos de produção, com a qual para os dias atuais tem uma concepção tricotômica de subordinação-parasubordinação-autonomia.

Amauri Mascaro Nascimento¹¹³ conceitua a subordinação como sendo a limitação contratual da autonomia da vontade, em razão da entrega ao empregador do poder de direção sobre a prestação dos serviços.

Situação que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para fim de transferir, ao empregador, o poder de direção sobre a atividade que se desempenhará.

A subordinação, apesar da divergência doutrinária, pode ser concebida da seguinte forma, de acordo com Amauri Mascaro do Nascimento¹¹⁴: de natureza hierárquica, econômica, técnica e jurídica, sendo o autor adepto à subordinação hierárquica, pois o empregado está sob a fiscalização de um chefe ou encarregado, e quanto maior for o nível do trabalhador, mais tênue é a subordinação.

A subordinação para Octavio Bueno Magano¹¹⁵ também decorre do poder de direção do empregador (dependência jurídica), com a qual esse poder se desdobra na faculdade do empregador de dar ordens, de fiscalizar, em acompanhar a atividade do trabalhador e na faculdade de puni-lo, poder de disciplina.

O estudo da subordinação, ou dependência do empregado já orbitou entre ser ela técnica, econômica, social, ou jurídica, mas hoje domina na doutrina a subordinação jurídica.¹¹⁶

O autor ensina que a dependência técnica decorreu dos estudos do direito francês, em 1905 com a legislação que fazia distinção entre contrato de trabalho e de empreitada, sendo que a dependência técnica é caracterizada quando o

¹¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: Editora LTr, 2014, p. 176.

¹¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro, Op. Cit., p. 175.

¹¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro, Idem.

¹¹⁵ MAGNO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 2ª. ed. v. II. São Paulo: Editora LTR, 1980, p. 164.

¹¹⁶ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora LTr. 2014, p. 200.

empregador tem como profissão utilizar os serviços do empregado, e que emanem ordens de caráter técnico.¹¹⁷

Dois são assim os elementos determinantes dessa figura: a) que alguém trabalhe para outrem, que tenha como profissão utilizar os serviços alheios (profissionalidade do empregador); b) e que as ordens recebidas possam conter, por parte de quem as emite, um caráter de tecnicidade.

A dependência técnica não prevalece porque o empregado pode ser mais competente que o próprio empregador, e nem por isso deixa de ser dependente, e ainda, na tecnocracia moderna dissocia-se a propriedade ou a titularidade, administração ou a direção empresa, e nada impede o titular da empresa de se assessorar de técnicos com a competência para dirigir a sua indústria ou o seu comércio.

A dependência econômica ainda para o autor em referência não é por si só válida por vários motivos, dentre os quais, o empregado ter mais de um trabalho e sua subsistência não advirem somente de um deles, e diante disso para aquele cuja renda não é a principal não estaria presente o elemento da subordinação.

A dependência econômica estaria, assim, ligada à subsistência do trabalhador, com a contraprestação, salário, em razão da força de trabalho entregue, exclusivamente, a um único empregador, e que a remuneração recebida não exceda, sensivelmente, a sua necessidade e de sua família. No entanto, o autor referido afirma que essa espécie de subordinação não pode ser vista como critério absoluto, pois variáveis na vida do empregado podem elidir a dependência econômica, como ter mais de um emprego e/ou ganhar na loteria.¹¹⁸

Contudo, podemos endereçar a essa concepção as seguintes críticas: a) trata-se de nota social, econômica de fato, extrajurídica, contingente, sem a certeza da necessidade formal e jurídica; b) por outro lado, nada impede que um autônomo ou profissional liberal, não empregado, se dedique a um único caso, que lhe tome todo ou quase todo seu tempo e do qual passe a depender economicamente; c) ainda mais, nada impede por igual que um verdadeiro empregado (por herança, por prêmios lotéricos, por dificuldades financeiras do empregador, etc.) seja mais rico do que seu empregado, a quem deve ordens; d) pode também acontecer que um verdadeiro empregado não dependa de seu contrato de trabalho para viver, por se dedicar a vários empregos, ou depender de algum familiar ou de relação de amizade, à custa de quem viva.

¹¹⁷ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora LTr. 2014, p. 200.

¹¹⁸ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de, Op. Cit., p. 201.

A dependência social ou subordinação social conforme Evaristo de Moraes Filho¹¹⁹ se caracteriza sempre que uma pessoa necessitar, para sua subsistência, do trabalho e dos instrumentos de trabalho que lhe oferece o empregador, se que possa assumir o risco de um trabalho próprio, mas categorias sociais não podem influenciar na natureza e nos efeitos do contrato.

Segundo Savatier, inclinava-se a jurisprudência francesa, àquela época, para proteção de certos, trabalhadores aparentemente autônomos, mas que permaneciam dependentes sociais perante os possíveis empregadores. Assim, uma pessoa é *socialmente dependente* sempre que necessitar para sua subsistência do trabalho que lhe proporciona o empregador, dos instrumentos que lhe oferece, não trabalhando a seu risco próprio, ou porque obedece às ordens desse possível empregador, do qual juridicamente é um preposto.

E, por fim, como já reconhece a doutrina de forma pacífica, a subordinação é jurídica, é um estado de sujeição ao empregador criado pelo vínculo jurídico ou pelo direito, donde decorre o poder de direção e fiscalização.

Evaristo de Moraes Filho¹²⁰ trata dessa sujeição do empregado não como uma questão meramente de fato, mas decorrente da contratualidade, e cita que autores italianos comparam a sujeição ao do cidadão perante a soberania estatal¹²¹.

Os autores italianos referem-se a uma espécie de *status subiectionis* do empregado diante do empregador, muito semelhante a do cidadão perante a soberania estatal. Situação esta que não é meramente um estado de fato, e sim de direito, que se evidencia por meio da contratualidade existente entre as partes. É do próprio contrato, do vínculo jurídico que se celebrou, que se origina esse estado de sujeição.

A subordinação jurídica, como define Maurício Godinho Delgado, é a subordinação do empregado ao poder de direção do empregador, decorrente da relação de emprego, relação jurídica com a limitação de sua vontade.

A *subordinação jurídica* é o polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica. Ambos resultam da natureza da relação de emprego, de qualidade que lhe é ínsita e distintiva perante as demais formas de utilização do trabalho humano que já foram hegemônicas em períodos anteriores da história da humanidade: a escravidão e a servidão.

¹¹⁹ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora LTr. 2014, p. 203.

¹²⁰ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de, Idem.

¹²¹ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de, Op. Cit., p. 202.

A respeito da subordinação, e no que se refere ao nosso estudo, interessante a colocação de Evaristo de Moraes Filho¹²² ao tratar a subordinação com certa relatividade à medida que diminui sua intensidade em uma escala decrescente entre o trabalho manual, técnico, e o intelectual, mas que de forma inversamente proporcional para os empregados intelectuais, aumenta o dever de confiança e colaboração.

Por isso mesmo, não deve passar despercebida a relatividade do laço subordinativo, segundo a natureza ou a espécie de prestação de serviços. Vai uma longa distância entre o vínculo subordinativo de um trabalhador manual e um trabalhador intelectual ou técnico. Pode-se até apontar um princípio de grande validade: à medida que se vai elevando o empregado – nesta escala, do manual para o técnico ou intelectual -, tanto mais vai se adelgçando a subordinação que ele deve efetivamente ao seu empregador, ao mesmo tempo em que vai aumentando o seu caráter de colaboração e de confiança dentro da empresa.

No entanto, Maurício Godinho Delgado¹²³ classifica a subordinação em uma concepção subjetiva e objetiva, e reafirma a posição majoritária da doutrina atual com a qual a subordinação é objetiva, contrariando a posição de Evaristo de Moraes Filho no sentido de que a dependência não pode ser analisada sob a perspectiva da pessoa do empregado.

A concepção objetiva da subordinação refere-se ao modo de realização da prestação de serviços. Já a concepção subjetiva é a criação de um estado de sujeição sobre a pessoa do trabalhador, não que essa sujeição não ocorra, conforme Maurício Godinho Delgado¹²⁴, e pode até ocorrer na realidade com certa frequência, mas que, do ponto de vista sócio jurídico, não explica a dinâmica essencial da relação de subordinação.

Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um *prisma objetivo*: ela atua sobre o *modo de realização* da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão *subjetivista* do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (*status subjectiones*). Não obstante a essa situação de sujeição possa ocorrer, inclusive com a inaceitável frequência ela não explica, no ponto de vista sociojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação. Observe-se que a visão subjetiva,

¹²² MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2014, p. 202.

¹²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 349-350.

¹²⁴ DELGADO, Idem.

por exemplo, é incapaz de captar a presença de subordinação na hipótese de trabalhadores intelectuais e altos empregados.

A música *Um Homem Também Chora* (Guerreiro Menino) traz a exata noção da subordinação e dependência do empregado, por um olhar artístico quando diz Gonzaguinha no verso de sua canção: “Um homem se humilha, Se castram seu sonho, Seu sonho é sua vida, E vida é trabalho, E sem o seu trabalho, O homem não tem honra, E sem a sua honra, Se morre, se mata. ”¹²⁵

A subordinação é elemento de caracterização da relação de emprego que se revela de suma importância ao estudo na regra do parágrafo único do artigo 444 da CLT, do empregado “hipersuficiente”, à medida que se analisa, no capítulo posterior, justamente, a distinção da sua condição frente aos demais empregados e a sua subordinação, para efeitos de maior autonomia da vontade em negociação individual.

3.1 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 444 DA CLT E A NOVA CATEGORIA DE TRABALHADORES

A Lei 13.467/2017 acrescentou o parágrafo único no artigo 444 da CLT, criando nova espécie de empregados, que são aqueles que recebem salário mensal igual ou superior ao limite máximo de benefícios do Regime Geral da Previdência Social, que no ano de 2018 é de R\$ 11.291,60 (onze mil duzentos e sessenta e um reais e oitenta centavos), e possuem diploma de nível superior, portanto, estabelece duas condições objetivas para caracterização deste empregado.

A nova categoria de empregados é nominada por parte da doutrina como empregados “hipersuficientes”, em contraponto a ideia de hipossuficiente.

A respeito da nomenclatura da nova categoria de empregados, doutrinadores, como Luciano Martinez, utiliza a expressão “hipersuficiente” para adjetivar aquele que recebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo de benefícios da Previdência Social, e possui diploma de nível superior.¹²⁶

¹²⁵ Disponível em: < <https://www.lettras.mus.br/gonzaguinha/250255/>>. Acesso no dia 28. nov. 2018.

¹²⁶ MARTINEZ, Luciano, **Reforma Trabalhista - entenda o que mudou**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 177.

A Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas – Anamatra, através de seu presidente, Guilherme Guimarães Feliciano, a respeito da denominação, também utiliza a expressão hipersuficiente.¹²⁷

O significado da palavra hipossuficiente quer dizer: pessoa que é economicamente muito humilde, ou que não é autossuficiente¹²⁸. Ou ainda pode ser a pessoa que não possui condições financeiras de se sustentar¹²⁹.

O antônimo da palavra hipossuficiente é autossuficiente que é aquele que não precisa de apoio; auxílio; ajuda; independe, e livre, e, é sinônimo de livre, autônomo, independente, e emancipado¹³⁰.

A palavra hipossuficiente tem uma significação jurídica atrelada à condição de vulnerabilidade de uma parte perante outra, como nas relações de trabalho, ou ainda, no campo processual uma qualificação do sujeito da ação que não tem condições de arcar com custas processuais, e honorários advocatícios sucumbenciais.

Não nos parece, no entanto, correta a definição da palavra “hipersuficiente” como sinônimo de autossuficiente, pois, no sentido etimológico, expressa qualidade de empregado que não condiz com a subordinação jurídica, que por sua vez afasta o significado de autonomia, liberdade, independência e emancipação.

Homero Batista Mateus da Silva, diz preferir não utilizar a expressão de “hipersuficiente”, pois a expressão carrega estigma e falsas premissas.¹³¹

No entanto, em que pese o apontamento a respeito da expressão “hipersuficiente” utiliza-se neste trabalho, apenas de forma didática, uma vez que, como será demonstrado não se acredita na expressão frente ao princípio da proteção.

¹²⁷ Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/25903-anamatra-mudancas-da-reforma-trabalhista-na-clt-sao-inconstitucionais>. Acesso em: 16 out. 2018.

¹²⁸ Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/hipossuficiente/>. Acesso em 16. out. 2018.

¹²⁹ Disponível em: <https://www.dicio.com.br/hipossuficiente/>. Acesso em 16. out. 2018.

¹³⁰ Disponível em: <https://www.dicio.com.br/autossuficiente/>. Acesso em 16. out. 2018.

¹³¹ Silva, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista – Análise da lei 13.467/2017 – Artigo por artigo**. 2. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 76.

4 O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NO ÂMBITO INDIVIDUAL

No dia 11.11.2017 entrou em vigor a Lei da Reforma Trabalhista nº 13.467/2017, amplamente comentada e analisada no âmbito acadêmico, jurídico, político, econômico e social, ante o reflexo direto e imediato, não apenas de forma isolada e particular nas relações jurídicas entre empregados e empregadores, mas no âmbito social, haja vista ser o trabalho fator de confirmação de dignidade da pessoa humana, e como parte integrante da economia, como fundamento da Constituição Federal, frente ao valor social do trabalho e a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, conforme artigo 1º, IV¹³² e artigo 170¹³³ da CF/88.

Antes, contudo, da vigência da Lei nº 13.467/2017, como parte do processo legislativo para elaboração da norma em referência, de forma embrionária, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6787/2016, onde se encontram as motivações da reforma trabalhista.

¹³² BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹³³ 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:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- ~~VI - defesa do meio ambiente;~~
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- ~~IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O Relator do Projeto de Lei nº 6787/2016, Deputado Rogério Marinho, para alteração da Consolidação das Leis do Trabalho encontrou sua principal bandeira e motivação na necessidade de modernização das leis trabalhistas, frente às novas tecnologias da informação, novas formas de se relacionar e de produzir, que superam àquelas de 1943, cuja população era em sua maioria rural.

O relatório do projeto de lei tem nítida concepção neoliberal, pois se dá prioridade a liberdade individual e coletiva, por meio dos sindicatos, em contrapartida ao intervencionismo do Estado.

O Relator do Projeto de Lei nº 6787/2016 conforma seu compromisso com o emprego frente à alarmante situação presente de desemprego que para ele tem como causa a legislação trabalhista, e apresenta a modernização e a reforma da legislação trabalhista, como remédio para esse problema, a oferta de empregos e a migração de trabalhadores informais para formais: “Temos, assim, plena convicção de que essa reforma contribuirá para gerar mais empregos formais e para movimentar a economia, sem comprometer os direitos tão duramente alcançados pela classe trabalhadora”.

Dentre outras motivações, cita-se a rigidez da legislação trabalhista de 1943 como causa da insegurança jurídica na contratação, o que levou à judicialização exacerbada das relações de emprego, frente às interpretações da lei pelos Tribunais do Trabalho.

O litígio exagerado, como propõe o Relator Deputado Rogério Marinho¹³⁴ deve ser estancado através de três mecanismos: a valorização dos meios de solução de conflitos extrajudiciais, como a arbitragem; estabelecer um risco decorrente do ingresso com a ação, e fortalecer a negociação coletiva, com a prevalência do negociado sobre o legislado, e com o fim do imposto sindical obrigatório, para buscar maior efetividade na representatividade sindical.

Portanto, no que se refere ao objetivo de garantir a segurança jurídica, a primeira linha de ação é a de se estimular a solução extrajudicial do conflito; depois, a proposta visa a estabelecer um risco decorrente do ingresso com a ação. Por fim, propõe-se que haja um fortalecimento da negociação coletiva, conferindo maior eficácia às cláusulas que forem acordadas entre as partes. Em suma, é urgente a alteração da legislação vigente, que configura um verdadeiro convite à litigância, como já tivemos a oportunidade de nos referir.

¹³⁴ MARINHO. Rogério. **Modernização das Leis Trabalhistas: o Brasil pronto para o futuro.** Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora De Petrus et Alii Editora LTDA. 2018. p. 45 – 52.

Um dos pilares do projeto encaminhado para apreciação por esta Casa Legislativa é a possibilidade de que a negociação coletiva realizada por entidades representativas de trabalhadores e empregadores possa prevalecer sobre normas legais, em respeito à autonomia coletiva da vontade.

O negociado sobre o legislado ganha relevância e torna-se um dos pilares da Reforma Trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017, inclusive nas relações individuais, conforme parágrafo único, do art. 444 da CLT em contrassenso por parte do Legislador quando, por diversas vezes, ressalta o compromisso com o respeito às garantias, aos direitos e às conquistas históricas retratadas no art. 7º, da Constituição Federal de 1988.

O negociado sobre o legislado, no âmbito coletivo e individual afronta ao princípio da norma, mas favorável, desafiando as garantias sociais e individuais fundamentais.

O constituinte de 1988 cerou as hipóteses de flexibilização no art. 7º, como: a redução salarial (inciso VI); compensação de jornada de trabalho (inciso XIII) e a hipótese de jornada de oito horas no turno ininterrupto de revezamento (inciso XIV), sempre por meio de negociação coletiva, possibilitando efetivo exercício da autonomia da vontade privada coletiva.

A flexibilização é defendida por aqueles que vêm à necessidade de aumentar a competitividade econômica do país, por meio da redução do custo, como se o grande entrave do desenvolvimento econômico fosse o custo da mão-de-obra.

Arnaldo Süssekind diz que, no Brasil, a flexibilização significa a redução ao direito do trabalhador.¹³⁵

A verdade é que em virtude da concorrência comercial incrementada pela globalização da economia, a exigir a diminuição do custo da produção e de bens de serviços, prevalece na Europa a flexibilização visando o aumento da produtividade, enquanto na América do Sul, inclusive no Brasil, a flexibilização predominante objetiva a redução dos direitos do trabalhador.

Pedro Paulo Teixeira Manus¹³⁶ define a flexibilização como o permissivo constitucional conferida pelo legislador constituinte para o empregado e empregador equacionarem seu contrato.

¹³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 118.

¹³⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 114.

O fenômeno da flexibilização, como já dissemos, significa a postura do legislador de permitir que as relações entre empregado e empregado possam ser equacionadas de forma diversa do contrato de trabalho, bem como significa que os problemas oriundos do contrato de trabalho possam ensejar soluções diversas das regras tradicionais da CLT.

A flexibilização surge em contexto de crise mundial instaurada pelo “choque do petróleo”, na década de 80 no século XX que ameaçava a vida financeira de milhares de empresas, e acenava para evolução das taxas de desemprego.¹³⁷

Diz-se “flexibilização do Direito do Trabalho” a diretriz política segunda a qual os imperativos econômicos podem justificar a postergação e atenuação de direitos sociais *stricto sensu* (direitos trabalhistas) como meio necessário para propiciar o desenvolvimento econômico, condição *sine qua non* para a melhoria da condição social dos assalariados e de seus dependentes. Teve início na década de oitenta do século XX, na Europa Ocidental, como elemento da complexa estratégia para controlar os efeitos negativos da crise mundial instaurada como o segundo “choque do petróleo” (em 1979, pela paralisação da produção iraniana após a “revolução islâmica” de Khomeini), que ameaçava a viabilidade financeira de milhares de empresas e acenava com a evolução abrupta das taxas gerais de desemprego ao redor do mundo.

Arnaldo Süssekind¹³⁸ admite a flexibilização, não como sinônimo de desregulamentação, no sentido de redução do grau de intervenção das leis nas relações de trabalho, mas desde que observado um mínimo de proteção a todos os trabalhadores, sem a qual não se concebe a dignidade do ser humano.

Os adeptos do Estado social, entre os quais nos incluímos, admitem apenas, nesta fase da história socioeconômica, a redução do grau de intervenção da lei nas relações de trabalho, a fim de que:

1º) os sistemas legais se constituam em diversas regras indisponíveis, que estabeleçam um mínimo de proteção a todos os trabalhadores, abaixo do qual não se concebe a dignidade do ser humano;

2º) esses sistemas abram espaço para a complementação do piso protetor irrenunciável ou para flexibilizar a aplicação das normas gerais de nível superior, mediante negociação coletiva, isto é, com a participação dos correspondentes sindicatos, aos quais cumprem assegurar à liberdade sindical, tal como prevista na Convenção da OIT nº 87;

3º) A flexibilização deve ter por objetivo:

o atendimento a peculiaridades regionais, empresarias e profissionais;
a implementação de nova tecnologia ou de novos métodos de trabalho;
a preservação da saúde econômica da empresa e dos respectivos empregos.

¹³⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães, **Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 3480.

¹³⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 55.

A desregulamentação não se confunde com a flexibilização, ante a inexistência da maioria das normas de proteção do trabalho, sendo as condições de emprego reguladas pelas leis de mercado.¹³⁹

Os neoliberais pregam a omissão do Estado, desregulamentado, o tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições de emprego sejam ditadas basicamente, pelas leis de mercado. Já os defensores do Estado social esteados na doutrina social da Igreja ou na filosofia trabalhista advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana; e, porque a social-democracia contemporânea pressupõe a pluralidade de fontes do Direito, consideram que o patamar dos direitos indisponíveis, adequado a cada país, deve e pode ser ampliado pelo instrumento da negociação coletiva entre sindicatos dos trabalhadores e empresários, ou as associações destes.

Guilherme Guimarães Feliciano refere-se à Robortella e Magano, como aqueles defensores da flexibilização, no sentido de promover a garantia ao emprego e a adaptação do Direito do Trabalho à realidade econômica.¹⁴⁰

Em suma, o garantismo laboral clássico haveria de ceder à lógica do economicamente possível, para o bem da preservação dos empregos: *“in dubio mails minus malum est elegendum”* (cfr. Magano, 1998 – sobre a suspensão do contrato para a reciclagem profissional). Adaptando-se à realidade econômica (em vez de tentar impor-se a ela), o Direito do Trabalho regularia de modo eficaz o mercado de trabalho e conjugaria o desenvolvimento econômico com o progresso social.

O relatório do Projeto 6.787/2016 traz como motivo de flexibilização a rigidez das normas de Direito do Trabalho contidas na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 que não mais atenderiam às novas relações sociais e às novas tecnologias, sem que isso se confunda com a desregulamentação.

Américo Plá Rodriguez¹⁴¹ admite a existência na história do Direito do Trabalho da flexibilização de adaptação, mas não tese de se permitir a desregulamentação.

Temos afirmado que são aceitáveis muitas questões levantadas propondo uma solução mais flexível ou introduzindo algo mais que flexibilização numa

¹³⁹ ¹³⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 54.

¹⁴⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães, **Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 3480.

¹⁴¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 78.

solução. O que parece inaceitável é a filosofia que respalda e está por de trás de todas estas propostas, que passa do que se tem chamado flexibilidade de adaptação para uma flexibilidade de desregulamentação.

A flexibilização se manifesta de três maneiras: flexibilização de proteção (combinação de normas heterônomas e autônomas, para melhoria da condição social); de adaptação (revisão *in pejus* de normas estatais, em detrimento dos trabalhadores, para manutenção dos empregos e das circunstâncias econômicas); e flexibilização de desregramento (afastamento das normas estatais e permissão do regramento autônomo da matéria).¹⁴²

A rigidez das normas trabalhistas da Consolidação das Leis do Trabalho não pode somente ser vista frente as novas formas de trabalho, pois nunca deve se afastar da história, fundamentos e princípios do Direito do Trabalho, pois é indubitável que a supressão dos rigores da lei leva à destruição deste como, sabiamente, afirma Américo Plá Rodriguez¹⁴³.

No fundo, os fomentadores deste movimento invocam uma fundamentação que vai além do aceitável. Já se disse que é preciso suprimir os rigores que possam desestimular o investidor. Ora, a supressão de todos os rigores leva a destruição do Direito do Trabalho, pois toda a nossa disciplina foi edificada com base em alguma rigidez.

Se há uma limitação da jornada de trabalho é porque se proíbe trabalhar ilimitadamente. Se há um descanso semanal é porque se proíbe trabalhar consecutivamente todos os dias, sem exceção. Se há o benefício das férias é porque ao empregador se impõe a obrigação de dar certo período de descanso semanal.

Suprimir todos os rigores equivale a destruir do Direito do Trabalho.

Por isso deve se reconhecer certa limitação na aspiração da flexibilidade e distinguir o que se justifica do que não se justifica.

O grande desafio que se coloca diante da Reforma Trabalhista é justamente verificar se há possibilidade de flexibilizar outros direitos sociais elencados no art. 7º da Constituição de 1988, sem ser aqueles já permitidos por meio de negociação coletiva.

O negociado sobre o legislado no âmbito individual foi consagrado pelo parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescentado pela Lei nº 13.467/2017, com a qual o empregado que recebe salário igual ou superior ao limite de duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, e que tenha

¹⁴² FELICIANO, Guilherme Guimarães, **Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 3555.

¹⁴³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 78 a 79.

diploma de nível superior pode negociar cláusulas contratuais, naquilo que o art. 611-A da CLT permite, em prejuízo da norma autônoma ou heterônoma.

A justificativa para a criação da norma que trata da prevalência do negociado sobre o legislado, no âmbito individual para os empregados “hipersuficientes” foi feita sobre a tese de aplicação do princípio da igualdade material, ao dar tratamento diferenciado a estes empregados frente aos demais que por critério de renda e escolaridade seriam hipossuficientes.

A Lei nº 13.467/2017 criou a figura do empregado “hipersuficiente” ao acrescentar o parágrafo único no art. 444 da CLT¹⁴⁴, e com a qual deu prevalência de sua negociação sobre a legislação alargando a autonomia da vontade privada desse empregado.

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

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

O parágrafo único do art. 444 da CLT limitou a negociação individual do empregado “hipersuficiente” às hipóteses de negociação coletiva, pelos sindicatos¹⁴⁵, nos termos do art. 611 – A da CLT.

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;

¹⁴⁴ BRASIL. Lei Ordinária. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, aprovada pelo Decreto-Lei n o 5.452, de 1 o de maio de 1943, e as Leis n os 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, Brasília, 13 de julho de 2017; 196^o da Independência e 129^o da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm Acesso em: 12 ago. 2018.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei Ordinária. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, aprovada pelo Decreto-Lei n o 5.452, de 1 o de maio de 1943, e as Leis n os 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, Brasília, 13 de julho de 2017; 196^o da Independência e 129^o da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm Acesso em: 12 ago. 2018.

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.

§ 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.

No entanto, há que se ressaltar que a Lei nº 13.467/2017 não alterou o *caput* do art. 444 da CLT, mantendo assim inalterada sua estrutura e a observância ao princípio da proteção decorrente das normas legais e convencionais, direitos individuais e sociais fundamentais destinados a esse fim, que em suma reflete a busca pela melhoria da condição social.

O *caput* do art. 444 da CLT continua garantindo assim o conteúdo mínimo de proteção constitucional ao trabalhador (Capítulo II da Constituição da República de 1988, artigos 6 a 11), sem fazer distinção e diferenciação de empregados.

O legislador ordinário criou uma diferenciação entre empregados baseado na renda e escolaridade, mas não parece que o princípio da proteção e os conteúdos mínimos do contrato foram derogados pelo parágrafo único do artigo 444 da CLT, pois, do contrário haverá uma subversão do próprio Direito do Trabalho, sua essência, natureza e fundamento.

A subversão ocorre ao se dar à possibilidade do empregado “hipersuficiente” negociar as condições e cláusulas contratuais como se a autonomia da vontade individual fosse equiparada a coletiva, o que não se pode admitir.

O alargamento da autonomia privada do empregado que auferi renda maior, e possui grua de escolaridade superior desafia o próprio *caput* do artigo 444 da CLT, pois afasta esse empregado do princípio da proteção, da irrenunciabilidade, da indisponibilidade, da função social do contrato, além de amenizar os efeitos da subordinação jurídica.

4.1 O EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE” E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção, como abordado no capítulo II confunde-se com a própria essência e origem do Direito do Trabalho, haja vista que surgiu diante da necessidade de dar tratamento diferenciado ao empregado, perseguindo a igualdade substancial frente ao empregador, uma vez que no século XIX o Estado Liberal pregava a liberdade dos indivíduos e a absoluta autonomia da vontade privada, o que ocasionou desequilíbrio contratual entre patrões e empregados.

O *caput* do art. 444 da CLT faz referência ao princípio da proteção “não contravenha as disposições de proteção ao trabalho”, o que se coaduna com as garantias e direitos fundamentais individuais e sociais, haja vista que o capítulo II da Constituição da República de 1988 retrata a proteção ao trabalhador, como corolário lógico e desdobramento da proteção à dignidade da pessoa humana.

No entanto, e, por óbvio, que se admite a evolução das relações de trabalho, mas não se pode crer que, ainda nos tempos atuais, para certo tipo de trabalhador, este princípio tenha menor incidência, de maneira a permitir negociação individual de cláusulas contratuais prevalecendo sobre fontes autônomas e heterônomas de direito.

Nesse sentido, ante a declarada motivação do legislador ordinário para a reforma trabalhista, de que as relações de trabalho evoluíram e há que se adaptar a

lei, é necessário ressaltar que a Lei nº 13.467/2017 não altera nem revoga os princípios de Direito do Trabalho, conforme lição de Nelson Mannrich¹⁴⁶.

Não bastassem tais ponderações, deve-se considerar, por fim, que os princípios que regem o Direito do Trabalho também não foram refogados nem alterados pela reforma. Nem poderia, mesmo porque são eles que sustentam a própria base do Direito do Trabalho e modelam seus valores, justificando assim certo modelo de intervenção do Estado nas relações de trabalho, mantido mesmo com a reforma.

O princípio da proteção surge para amenizar a desigualdade do trabalhador frente ao empregador que, no Estado Liberal, encontrava-se no mesmo patamar de forças para negociação das condições de trabalho, e, por conta disso, é que também surgem os sindicatos, e, por via de consequência a contratação coletiva para compensar a debilidade do empregado, dada a sua fraqueza econômica frente ao empregador, como nos ensina doutrinadora portuguesa, Maria do Rosário Palma Ramalho.¹⁴⁷

Como é sabido, a contratação colectiva surgiu, em meados do século XIX, com forma de compensar a debilidade dos trabalhadores subordinados na determinação de suas condições laborais ao nível de contrato de trabalho. Através deste mecanismo, os trabalhadores - cuja posição de igualdade e de liberdade no contrato de trabalho se vinha revelando cada vez mais ilusória, dada sua fraqueza econômica em face do empregador – optam por constituir entidades representativas dos seus interesses (as associações de classes ou sindicais e <<transferem>> para essas entidades a tarefa de negociações de 1 condições de trabalho.

A jurisprudência nacional do Tribunal Superior do Trabalho retrata a debilidade do trabalhador frente ao empregador para negociar condições de trabalho, pois remete ao que é permitido na norma coletiva para validar certas condições individuais.

A Súmula nº 85, II, por exemplo, antes da alteração do artigo 59, § 6º da Lei 13467/2017, somente, permitia o acordo individual de horas extras quando a norma coletiva não proibia. A Súmula nº 423 do C. TST orienta que a jornada de oito horas para o turno ininterrupto, somente, poderá ser instituída por norma coletiva, ou seja, a jurisprudência reconhece a debilidade do empregado frente ao empregador à medida que não chancela cláusula contratual por via individual.

¹⁴⁶ AGUIAR, Antônio Carlos de. (Coord.). **Reforma Trabalhista** – Aspecto jurídicos. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2017, p. 248.

¹⁴⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Negociação Colectva Atípica**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 30.

O entendimento jurisprudencial reconhece a autonomia da vontade coletiva em prol da individual, em razão dos preceitos constitucionais, flexibilizando excepcionalmente algumas hipóteses, como no turno ininterrupto, mas somente por meio de negociação coletiva.

O princípio da proteção de subdivide em três outros subprincípios: princípio do *in dubio pro operário*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica; e quando tratamos do negociado sobre o legislado no âmbito das relações individuais se revelam, importante, o princípio da aplicação da norma mais favorável e da condição mais benéfica.

A aplicação do princípio da norma mais favorável ocorre quando há mais de uma norma ou interpretação aplicável e, sendo assim, é possível, sem adentrar na discussão do princípio da isonomia entre empregados, afirmar que o legislador ordinário no parágrafo único do art. 444 da CLT relegou a incidência dessa faceta do princípio da proteção ao trabalhador “hipersuficiente”.

Nessa dinâmica, se o empregado “hipersuficiente”, por exemplo, negocia individualmente a compensação de jornada, para não trabalhar aos sábados, e a norma coletiva vier a proibir essa compensação (artigo 611-A, I, da CLT), frente ao princípio da norma mais favorável, ainda, assim, prevalecerá a cláusula contratual? Qual seria a norma mais favorável? Ou, então, se o empregado “hipersuficiente” negocia cláusula de jornada de oito horas em turno ininterrupto e a norma coletiva assim não o faz, qual será a norma mais favorável a ser aplicado esse empregado?

E mais, se o empregado “hipersuficiente” negocia individualmente cláusula de compensação de jornada, sem que haja qualquer negociação coletiva, não haveria infringência à letra expressa da Constituição Federal de 1988 (artigo 7º, XIII) que excepciona a regra geral somente por negociação coletiva? Parece-nos óbvio que sim.

O princípio da condição mais favorável não é princípio de interpretação e integração, de maneira que se aplica à condição mais benéfica daquela posta em contrato ou regulamento de empresa quando sobrevier outro posterior menos favorável, o que também pode ocorrer quando vier norma posterior com nível de proteção menor.

A respeito do regulamento de empresa, o Tribunal Superior do Trabalho, à luz do princípio da condição mais benéfica, que possui estrita relação com a inalterabilidade contratual do artigo 468 da CLT, na Súmula nº 51, I e II, orienta que

o novo regulamento não atinge o contrato de trabalho celebrado sob a égide do anterior e no caso de dois regulamentos, a opção do empregado por apenas um deles opera os efeitos da renúncia em relação ao outro.

Desta forma, se o empregado “hipersuficiente” celebrasse contrato com cláusula de nível de proteção inferior ao regulamento da empresa que beneficia os demais empregados, então, haveria ofensa ao princípio da proteção, pela condição mais favorável, reiterando que a temática do contrato de trabalho à luz do art. 444 da CLT, *caput*, é a aplicação do princípio da proteção em todas suas formas, sem distinguir qualquer condição objetiva e/ou subjetiva, da relação de emprego, nos termos do artigo 3º da CLT.

A Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) não alterou a redação do art. 3º da CLT, mantendo intactos os requisitos para configuração da relação de emprego, onerosidade, pessoalidade, habitualidade e subordinação, e nesse sentido, se o art. 444 da CLT é a materialização dessa relação de emprego, pensamos que se não foi alterado o art. 3º da CLT, principalmente quanto à subordinação, não podemos tratar de autonomia diferenciada do empregado hipersuficiente, uma vez que ele também é subordinado juridicamente ao empregador.

A subordinação jurídica, e até a econômica possui estrita ligação com a limitação da autonomia da vontade.

A subordinação jurídica é a sujeição do empregado ao poder de direção e fiscalização do empregador que lhe retira, à medida que dispõe de sua força de trabalho para receber salário, a autonomia da vontade privada e, nesse sentido, não é possível admitir que empregados “hipersuficientes” tenham condições de negociar cláusulas contratuais no exercício pleno e livre de autonomia da vontade privada.

É por conta da subordinação jurídica e econômica que boa parte da doutrina considera o contrato de trabalho como de adesão.

O princípio da proteção converge para a garantia dos direitos fundamentais individuais e sociais do empregado, sem fazer distinção desse empregado, muito menos por seu nível salarial e de escolaridade, pois todos se submetem à subordinação jurídica, que se revela no poder direito, disciplinar e fiscalizador do empregador.

Além disso, se o legislador ordinário distinguiu o trabalhador que ganha certo nível salarial, é porque considerou a dependência tratada no art. 3º da CLT à

econômica, o que não se admite frente à doutrina e, portanto, se a subordinação é jurídica não se pode fazer distinção com relação ao salário.

E o mesmo acontece quando faz a distinção com base na escolaridade, mas, por outra ótica, pois considera empregado com nível superior como detentor de autonomia da vontade mais alargada para negociar cláusulas contratuais, o que não se reconhece frente ao poder de direção do empregador.

No entanto, não só pelo princípio da proteção haveria contrassenso da prevalência do negociado sobre o legislado nas relações individuais, pois isso também demanda análise de renúncia e da disponibilidade de direitos a ser negociado, ou, melhor a coexistência da negociação individual com os princípios da irrenunciabilidade e indisponibilidade.

4.2 O EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE” E O PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE E INDISPONIBILIDADE

A Lei nº 13.467/2017 acrescentou o parágrafo único do art. 444 da CLT e trouxe a possibilidade de negociação individual do empregado “hipersuficiente”, nas hipóteses do artigo 611-A da CLT, e com isso pôs em xeque os princípios da irrenunciabilidade e da indisponibilidade, à medida que poderá possibilitar renúncia ou transação de direitos consagrados como normas de ordem pública e imperativas.

Vólia Bomfim Cesar comenta que a finalidade do parágrafo único do art. 444 da CLT foi tornar disponíveis os direitos dos incisos do artigo 611-A da CLT¹⁴⁸.

Os direitos trabalhistas previstos em lei são indisponíveis, isto é, são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública. O valor do salário percebido pelo empregado não deveria alterar a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem igual ou mais que o valor máximo que duas vezes os benefícios previdenciários podem livremente dispor sobre os direitos trabalhistas relacionados no artigo 611-A da CLT e/ou renunciar as benesses previstas nas normas coletivas é negar a vulnerabilidade do trabalhador, que depende do empregador para sobreviver e, com relativa facilidade, concordaria com qualquer ajuste para manutenção do emprego.

¹⁴⁸ CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 22.

O princípio da irrenunciabilidade é, justamente, a impossibilidade jurídica de o trabalhador abrir mão de vantagem concedida pelo ordenamento jurídico que, aqui, se trata de fontes formais heterônomas e autônomas do Direito do Trabalho.¹⁴⁹

A renúncia pode se dar antes da celebração do contrato de trabalho, no decorrer de sua execução ou, posteriormente, sendo que, como reconhece Arnaldo Süssekind, ao se operar antes da celebração do contrato é nula de plano direito, nulidade essa absoluta com presunção *juris et de jure*, e, no decorrer do contrato, a renúncia somente é permitida, nos casos em que a lei venha admitir, quando se tratar de normas de ordem pública.¹⁵⁰

Entretanto, se o art. 444, parágrafo único da CLT trouxe a possibilidade de negociação bilateral entre empregado “hipersuficiente” e o empregador, antes da celebração do contrato de trabalho, o permissivo legal afasta a figura jurídica da renúncia, porque este é ato volitivo unilateral, mas aproxima e caracteriza a figura da transação, com a qual haverá necessidade de verificar se os direitos negociáveis (art. 611-A, da CLT) são transacionáveis, disponíveis, por serem normas de ordem pública e possuírem o caráter imperativo da norma.

O princípio da indisponibilidade é mais abrangente que o da irrenunciabilidade, pelo fato de trazer, em seu conceito, a noção de transação de direitos ligados ao caráter imperativo e de ordem pública da norma, e por isso que a doutrina de Vólia Bonfim Cassar¹⁵¹ diz que o art. 444, parágrafo único da CLT torna certos direitos disponíveis.

Maurício Godinho Delgado¹⁵² classificou a indisponibilidade em absoluta e relativa, sendo o primeiro relacionado ao caráter mínimo civilizatório da norma diante de um interesse público, e a segunda o interesse individual e bilateral.

O patamar mínimo civilizatório é instituído por normas de ordem pública que possuem feição imperativa e, por sua vez, limitam a autonomia da vontade privada.

O caráter público da norma trabalhista significa o interesse público sobre o individual, conforme art. 8º da CLT, e cuja ordem constitucional consagrada no art. 7º da Constituição de 1988.

¹⁴⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 142.

¹⁵⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio e Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 290.

¹⁵¹ CASSAR, Vólia Bomfin; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 22.

¹⁵²

A imperatividade da norma trabalhista decorre de sua própria eficácia, à medida que deve se respeitar o núcleo mínimo dos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, limitando a autonomia da vontade das partes.

A possibilidade de negociação individual por parte do empregado que ganha dois ou mais salários de contribuição do Regime Geral da Previdência Social, e possui grau superior atenua a incidência do princípio da indisponibilidade, pelo conteúdo do artigo 611-A da CLT, o que relativiza, a priori, o legislador ordinário, o caráter público e imperativo da norma, por exemplo, em questões de saúde, medicina e segurança do trabalho (artigo 7º, XXII, da CF/88), com a possibilidade de negociação do percentual de insalubridade¹⁵³.

À medida que o legislador relativizou o caráter público e imperativo de certas normas naquilo que possibilita a negociação individual de certa forma equiparou a autonomia individual da vontade com a autonomia coletiva da vontade, de prerrogativa dos sindicatos, o que também desfia o princípio da indisponibilidade, pois aquilo que fora negociado pela categoria em convergência de interesses revela maior densidade do caráter público da norma, e maior limitação à autonomia da vontade individual.

E se, a renúncia não se opera nem no âmbito coletivo, por exemplo, quando se trata de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, pois pode ser objeto de ação anulatória quanto ao seu conteúdo, e nesse sentido não se discute a nova redação do art. 8º, § 3º da CLT, quiçá quando essa se opera no âmbito individual.

O caráter público e imperativo da norma, por exemplo, de saúde, higiene e segurança do trabalho, não poderiam nem ser objeto de transação, no âmbito individual.

O legislador no art. 507-A, da CLT da Reforma Trabalhista inovou ao possibilitar mediante a iniciativa do empregado “hipersuficiente” com sua concordância expressa a celebração de cláusula compromissória de arbitragem nos termos da Lei 9.307/1996, o que até então não se admitia pela uníssona jurisprudência como mecanismo de heterônimo de solução de conflito individual em razão do princípio da indisponibilidade, uma vez que o art. 1º da Lei 9.307/1996 faz referência a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁵³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015, p. 160.

O art. 507-A da CLT refere-se a meio alternativo de solução de conflitos, através da arbitragem de todos os direitos celebrados no contrato de trabalho sem fazer referência aos limites impostos no art. 611-A, da CLT, de maneira a viabilizar renúncia ou transação de todos os direitos assegurados ao trabalhador “hipersuficientes” mesmo aqueles provenientes de normas de ordem pública, ou que tenham sido contempladas por negociação coletiva.

A subordinação jurídica e econômica do empregado “hipersuficiente” limita sua autonomia da vontade, e a celebração de cláusula compromissória de arbitragem já fere ao princípio da proteção, e da indisponibilidade, pois o empregado no momento da sua contratação em busca de colocação no mercado de trabalho, jamais se oporá a cláusula.

Não andou bem o legislador em estabelecer um rol de direitos negociáveis diretamente com o empregador sem contemplar algum mecanismo de solução extrajudicial de conflitos, e, no segundo momento possibilitar a arbitragem desses direitos, como de tanto outros não elencados no art. 611-A, da CLT.

A intenção do legislador foi de dar maior autonomia da vontade e liberdade na negociação de cláusulas contratuais ao empregado “hipersuficiente”, por critério de salário, e escolaridade por pressupor que o empregado diplomado tem melhores condições culturais de negociar aquilo que lhe convêm nos termos do art. 611-A, da CLT, mas não o fez na celebração da cláusula compromissória de arbitragem (art. 507-A da CLT).

E nesse sentido, se o critério de diferenciação, o grau superior de escolaridade é fundamento para alargamento da autonomia da vontade, e certa relativização da subordinação, para celebração de cláusulas contratuais, também o deveria ser não só para assinar cláusula compromissória de arbitragem, como para validar a própria arbitragem.

O legislador inicialmente elegeu o empregado que ganha salário igual ou superior a duas vezes o teto de benefícios da Previdência Social, e que possui diploma superior como empregado distinto dos demais para negociar cláusulas individuais, mas ao término do contrato alargou subjetivamente a hipótese de arbitragem porque excluiu a necessidade do empregado possuir grau superior.

Em suma, o empregado que ganha salário igual ou maior que duas vezes o teto de benefícios da Previdência Social, mas não possui diploma superior pode

negociar cláusula compromissória de arbitragem, mas não pode negociar cláusulas individuais no momento de sua contratação.

A Associação Nacional dos Magistrados na segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho editou o enunciado n.º 56 e diz ser de impossível a aplicação de cláusula compromissória de arbitragem por indisponibilidade e inderrogabilidade dos créditos trabalhistas em razão de sua natureza alimentar.¹⁵⁴

56. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM. ART. 507-A DA CLT. IMPOSSIBILIDADE DE SER INSTITUÍDA EM SE TRATANDO DE CRÉDITOS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO, À LUZ DO ARTIGO 1º DA LEI 9.307/96, ART. 100 DA CF/88, ART. 1707 DO CC E ART. 844, § 4º, II DA CLT. CARÁTER ALIMENTAR DO CRÉDITO TRABALHISTA. INDISPONIBILIDADE E INDEROGABILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS.

O princípio da indisponibilidade tem como fundamento o princípio da irrenunciabilidade, a autonomia da vontade, o caráter de ordem pública da norma, e a imperatividade desta, e o art. 444, *caput*, da CLT não admite qualquer disposição contrária às disposições de proteção ao trabalho, de maneira que não se pode crer afastar-se o princípio na relação jurídica estabelecida com o empregado “hipersuficiente”, mesmo porque a indisponibilidade de direitos decorre da eficácia dos direitos fundamentais como abordaremos adiante.

4.3 O EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE” E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O parágrafo único, do art. 444 da CLT tem como fundamento o princípio da igualdade, conforme relatório do projeto da lei da Reforma Trabalhista, haja vista que a referida norma criou uma distinção entre empregados, diante da regra geral do *caput* do referido artigo.

Não é fácil tratar do princípio da proteção, da indisponibilidade e da limitação à autonomia da vontade sem, no mínimo, avaliar no contexto histórico do Direito do Trabalho a distinção desde a origem existente entre empregado e empregador, em

¹⁵⁴ Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso no dia 04. dez. 2018.

razão da dependência jurídica daquele sobre este, mas, agora, a Lei da Reforma Trabalhista nº 13.467/2017, sob a justificativa de modernização das relações de trabalho inova e acrescenta fator de discriminação, entre empregados, condicionado ao grau de escolaridade e ao valor do salário recebido.

Dessa maneira, temos, então, a necessária discriminação entre empregado e empregador em razão da dependência jurídica, mas, dentre os empregados, criou-se certa categoria distinta dos demais, “hipersuficientes”, mas que, de qualquer forma não perdem a qualidade de empregado.

Nesse contexto é importante provocar o raciocínio e nos indagar, dentre os empregados, quem eram e são os desiguais, e quais discriminações são toleráveis.

Não há dúvidas de que o empregado sempre foi desigual ao seu empregador, o que justifica o princípio da proteção, e por isso a legislação trabalhista ser protecionista, mas com a reforma, é possível dizer que alguns empregados, aqueles com renda igual ou superior a duas vezes o teto de benefícios do Regime Geral da Previdência Social, e possuem diploma de grau superior deixariam de estar sobre o “guarda-chuva” da proteção, ou este seria menor.

A avaliação do princípio da igualdade, sob a ótica da doutrina de Antônio Celso Bandeira de Melo¹⁵⁵, trata da correlação lógica entre o fator de discriminação e o tratamento dispensado; daí a necessidade de verificar se a discriminação está inculcada nas pessoas, situações ou coisas, e os efeitos jurídicos da discriminação.

O elemento externo comum a todos não pode ser utilizado como fator de discriminação, como, por exemplo, o tempo.

Necessário verificar a correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação, bem como a consonância da discriminação com os interesses protegidos na constituição.

A regra do parágrafo único do art. 444 da CLT traz fator de discriminação baseado no salário do empregado, e na sua escolaridade, ou seja, consubstanciado na pessoa e situação, de maneira, à primeira vista, não sendo fator externo, não haveria lugar para alegação de ofensa ao princípio da igualdade.

No entanto, não basta apenas avaliar esse primeiro critério, mas é necessário avaliar a correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação, bem como a consonância com os interesses protegidos constitucionalmente.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 22ª tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 38.

Não há correlação lógica entre o fator de discriminação e os efeitos jurídicos atribuídos por esta, pois discriminar empregado, e como efeito autoriza-lo a negociar condições de trabalho, nas hipóteses do artigo 611-A da CLT, de maneira a prevalecer sobre a própria norma, tem como efeito o afastamento dos princípios da proteção e da indisponibilidade aplicada a todos os empregados, sem qualquer distinção frente ao art. 7º da Constituição Federal de 1988.

E, ainda crer que o fator de discriminação tem como efeito amplitude de autonomia da vontade, e menor intensidade da subordinação jurídica, não elide totalmente esses dois elementos, o que acaba não justificando o tratamento desigual aos desiguais.

Aliás, mesmo diante da dependência econômica, apesar de não ser a característica da dependência descrita no art. 3º da CLT, não pode ser utilizado como fator isolado de tratamento destoado, uma vez que o custo de vida de cada trabalhador seria fato externo que não pode se medir para efeito de igualdade, por critérios objetivos, uma vez que o empregado que auferi maior renda poderá ser mais dependente economicamente de seu emprego.

Não seria apenas sobre esse critério que haveria ofensa ao princípio da igualdade, mas, também, pelo critério da consonância da discriminação com os interesses protegidos pela Constituição e, nesse sentido, o art. 7º, inciso, XXXII trata da não discriminação entre o trabalho manual, técnico e intelectual.

O art. 7º, inciso XXXII da Constituição Federal veda a discriminação não só do trabalho, e o que nos interessa mais ainda, veda a discriminação dos trabalhadores que exercem os trabalhos manuais, técnicos e intelectuais.

Não se quer dizer aqui que o trabalhador que ganhe igual ou o dobro de dois salários do limite máximo de contribuição do Regime Geral da Previdência Social e possua diploma de nível superior se enquadre em uma ou outra espécie de trabalhador, mas que de forma indireta isso estaria implícito ao trabalhador que exerça trabalho manual, técnico ou intelectual, uma vez que os cargos e salários estão atrelados à qualificação profissional do trabalhador e à complexidade do trabalho, conforme preceito do inciso V, do art. 7º da Constituição de 1988.

O legislador constituinte não vedou a diferenciação de salário, função e admissão em razão da qualificação profissional, mas apenas o fez de forma expressa, em razão de sexo, idade, cor ou estado civil.

Assim, se nessa espécie de classificação, o trabalho manual, técnico ou intelectual é, diretamente, proporcional ao grau de escolaridade e nível salarial, pode-se afirmar que a regra do parágrafo único do art. 444 da CLT ofende ao princípio da igualdade pelo critério de discriminação, com a qual o inciso XXXII, do art. 7º da Constituição de 1988 veda.

Maurício Godinho Delgado, em sua doutrina a respeito da figura do empregado “hipersuficiente”, diz haver ofensa ao princípio da igualdade ou da não discriminação, frente ao inciso XXXII, do art. 7º da Constituição de 1988, pois, para ele, quanto mais qualificado o empregado mais discriminado estará e, por um critério econômico desproporcional, por se tratar apenas ao dobro do teto de benefícios da Previdência Social.¹⁵⁶

Todos sabem que o princípio antidiscriminatório especificado no artigo 7º, XXXII, da Constituição de 1988, no fundo, já existe na tradição constitucional do País, há mais de 80 anos, tendo sido introduzida pela Constituição de 1934 (art. 12, § 2º). Em seguida, compareceu na Constituição de 1946 (art. 157, parágrafo único), permanecendo até mesmo nos textos constitucionais do período autoritário iniciado em 1964 (cartas constitucionais de 1967 e 1969). O mesmo princípio se insculpe, também, no artigo 3º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho. A discriminação, no caso, evidencia-se não apenas em face de ser erigida a partir da qualificação intelectual e científica do empregado (aquilatado, critério bastante curioso, quanto mais qualificado for o empregado, mais discriminado será), como também a partir do parâmetro econômico modesto, desarrazoado, desproporcional (ganha salarial mensal correspondente apenas ao dobro do teto dos benefícios do INSS).

Por outro viés, o mesmo autor, como já abordado, e com a qual comungamos da mesma ideia, afirma que os dois critérios de discriminação não afastam nem diminuem a dependência jurídica do empregado, nem sua vulnerabilidade e hipossuficiência.¹⁵⁷

Ora, a diferenciação jurídica é tolerada no Direito – deixando de ser discriminatória – apenas caso ocorra por motivo realmente consistente, legítimo e essencial, imprescindível. Na regra, enfocada os dois fatores pinçados para respeitar a diferenciação jurídica, profunda, radical, enfatize-se não afastam e nem diminuem o poder empregatício detido pelo empregador, não afetando a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência jurídicas, sociais e econômicas do empregado. Se não bastasse, esses dois fatores não justificam o tratamento jurídico espartano e segregador

¹⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 437.

¹⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 437.

conferido a esse profissional relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado no contexto da relação empregatícia.

Homero Batista Mateus da Silva¹⁵⁸ trata da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 444 da CLT sob dois fundamentos, sendo, o primeiro deles, e que nos interessa nesse tópico, é a discriminação inválida dos empregados sem diploma e que possuem renda inferior e, por consequência, a ofensa ao princípio da igualdade à luz do artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988.

Este autor prevê dois fundamentos básicos nas alegações de inconstitucionalidades da proposta do artigo 444 da CLT: a) violação ao artigo 5º, *caput*, da CF, porque ter diploma e ganhar 11.000 reais não é um fator de discriminação válido em relação aos empregados sem diploma e com renda inferior – nem tampouco permite presunção absoluta soberania (...).

Não só se revela, entretanto, importante à análise de ofensa ao princípio da igualdade sob a ótica do fator de discriminação do trabalhador “hipersuficiente” com os demais empregados, mas a análise e observância do mesmo princípio frente ao empregador, no sentido de reafirmar que o tratamento de proteção dispensado aos empregados frente aos empregadores, decorre da necessidade de correção da fragilidade dos trabalhadores com o surgimento do Estado Social, em contraponto ao liberalismo do século XIX.

4.4 O EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE”, A AUTONOMIA DA VONTADE E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O princípio da função social do art. 421 do Código Civil é aplicável a todos os contratos, inclusive ao contrato de trabalho, pois se alcança os valores e princípios constitucionais, como aqueles correlatos à personalidade humana, como expressão da liberdade do indivíduo¹⁵⁹.

¹⁵⁸ SILVA, Homero Batista Mateus. **Comentários à Reforma Trabalhista** - Análise da Lei 13.467/2017 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 77.

¹⁵⁹ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, Antônio Galvão. **O Direito do Trabalho na Empresa e na Sociedade Contemporâneas**. 1. ed. São Paulo: Editora LTR, 2009, p. 250.

O contrato de trabalho deve ser visto à luz da Constituição Federal de 1988, pois à ordem econômica é calcada na valorização do trabalho humano, cujas garantias fundamentais individuais e sociais se irradiam nas normas ordinárias, e por sua vez nos contratos individuais de trabalho.

A função social do contrato, como princípio e cláusula geral rompeu com os princípios do Código de 1916, a medida que a proteção é a pessoa humana, o que relativizou-se os princípios do antigo Código Civil, especialmente o princípio da relativização dos efeitos do contrato, porque este não mais interesse apenas as partes mas a sociedade como um todo, o princípio da autonomia da vontade absoluta, que passa a ser vista como autonomia da vontade privada solidária, na visão de Judith Martins Costa¹⁶⁰, e em razão da proteção dos interesses metaindividuais.

O contrato não deve ser visto apenas de acordo com as pretensões individuais, mas no convívio social, e como preservação dos interesses coletivos, como leciona Nelson Nery.¹⁶¹

E isso nos interessa, pois se o interesse envolvido no contrato é apenas das partes, mas é de interesse a sociedade, mesmo porque à ordem econômica está calcada no valor social do trabalho, nos termos do art. 170, III da Constituição de 1988, não haveria a necessidade da proteção dos interesses coletivos dos trabalhadores através dos sindicatos profissionais, nos termos do artigo 8º, III da Constituição de 1988.

A da transcendência dos interesses individuais para os interesses coletivos, quanto ao conteúdo do contrato, é o que limita a liberdade contratual das partes e a discricionariedade, ou seja, a autonomia da vontade das partes, em razão dos reflexos no seio da sociedade, e nesse sentido, como exposto no item 3.5 do capítulo 3, os contratos são *standard* normativos, modelos que servem a coletividade.

O Relator Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Luiz Phillippe Vieira de Mello Filho no julgamento do RR 920/2005-26.01.40.02 ressalta a limitação da

¹⁶⁰ NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda. **O Novo Código Civil**: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 367.

¹⁶¹ NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda. **O Novo Código Civil**: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 446.

autonomia da vontade das partes, em razão do interesse social e da coletividade quanto aos efeitos do contrato, por conta da função social, *in verbis*¹⁶²:

103000231226 - RECURSO DE REVISTA - DIREITO DO TRABALHO EDIÇÃO SEQUENCIAL DE PLANOS DE DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO COM O MESMO OBJETIVO, SENDO O SEGUNDO MAIS BENÉFICO QUE O PRIMEIRO - MANIFESTAÇÃO DO REPRESENTANTE LEGAL DO BANCO NO SENTIDO DE QUE NÃO SERIA EDITADO PLANO IDÊNTICO NO FUTURO DESCUMPRIMENTO - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA - INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA BOAFÉ OBJETIVA – A [Constituição Federal](#) internalizou a função social da propriedade e o [art. 421 do Código Civil Brasileiro](#) é expresso em afirmar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, ou seja, a autonomia privada e a discricionariedade na pactuação do negócio jurídico não são absolutas, encontrando limitações naturais decorrentes dos seus reflexos no seio da coletividade. Na esfera das relações de trabalho, a função social do contrato ganha relevo, na medida em que os efeitos dessa relação são irradiados por toda a sociedade econômica e produtiva do país, sendo imprescindível zelar pelo equilíbrio e pela segurança jurídica dessas relações. Assim, não há espaço para incertezas e instabilidades na execução dos contratos de trabalho, devendo as partes agir de maneira ética e transparente no curso da relação, atendendo o princípio da boa-fé, acima referido. Nesse sentido, viola os princípios da isonomia de tratamento, da função social do contrato e da boa-fé objetiva a edição sequencial de dois planos de incentivo ao desligamento dos empregados, em curto espaço de tempo, quando o segundo é mais vantajoso que o primeiro, notadamente quando os representantes legais da empresa induziram os empregados a aderirem ao primeiro programa, alegando que não seria editado no futuro outro plano com o mesmo objetivo. A relação jurídica contratual não admite ações unilaterais que levem a outra parte ao equívoco, em descompasso com o equilíbrio dos contratantes e a segurança jurídica assegurados pela legislação trabalhista. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

A função social é cláusula geral e norma de ordem pública de caráter genérico e abstrato, com a qual o juiz preenche com valores constitucionais, como fora feito no exemplo do ementário, e, como por exemplo, no julgamento Recurso Ordinário RO 0000111-48.2016.5.09.0001 do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região com a qual a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, e a livre iniciativa foram o conteúdo de robustez da função social do contrato, *in verbis*¹⁶³:

120000073350 - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - BANCO POSTAL - AMPLIAÇÃO DO RISCO - REITERADOS ASSALTOS - DEVER ANEXO DE ADOTAR MEDIDAS QUE

¹⁶² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 920/2005-026-01-40.2. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DJe 25.03.2011.

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região. Recurso Ordinário nº 0000111-48.2016.5.09.0001, Relatora Thereza Cristina Gosdal. DJe 11.07.2017 - p 439.

REDUZAM O RISCO INERENTE AO TRABALHO - ARTS. 1º, III E IV DA CF - ARTS. 421 E 422 DO CC - FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO - DIÁLOGO DAS FONTES - LINDB - APLICAÇÃO DA LEI 7.102/1983 POR ANALOGIA - Os produtos e serviços oferecidos pelo Banco Postal implicam movimentação de numerário em montantes significativos no interior da agência dos Correios, o que sem dúvidas amplia o risco à segurança dos empregados da ré. Apesar de a Constituição atribuir ao Estado o dever de promover a segurança pública (art. 144), também prevê em seu art. 1º, III e IV a proteção da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como valores maiores e fundamentos da República. Tratando-se o vínculo empregatício de relação jurídica consubstanciada por meio de contrato, instituto inerente ao direito civil, as normas civis e trabalhistas incidem em conjunto no presente caso, compreendendo-se que adoção de medidas que proporcionem a redução do risco inerente ao trabalho pode ser considerada dever anexo ao contrato de trabalho, em aplicação ao princípio da boa-fé em sua função integrativa ([art. 422 do CC](#)), garantindo que o direito de contratar atenda à sua função social e efetivando o direito ao meio ambiente do trabalho. A partir do momento em que a ré passou a realizar também atividades típicas de uma agência bancária, atraiu para si a obrigação de adequar-se às normas de segurança destinadas aos estabelecimentos bancários, devendo observância ao [art. 2º da Lei nº 7.102/1983](#) . Recurso da ré a que se nega provimento no particular.

Interessa aqui não só certificar a aplicação do princípio da função social ao contrato de trabalho, como também, analisá-lo diante do alargamento da autonomia da vontade privada do empregado “hipersuficiente” naquilo que a própria lei o possibilita, nas hipóteses do art. 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

E nesse sentido, necessário questionarmos se o empregado “hipersuficiente” pode negociar cláusulas contratuais, sem ferir o princípio da função social, especialmente, quando há a possibilidade de deixar de lado a garantias fundamentais sociais que a sociedade interessa, como a proteção à saúde, higiene, e segurança do trabalho, conforme art. 7º, XXII da Constituição de 1988.

A regra do inciso XII do art. 611- A da Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, permite a negociação sobre o enquadramento do percentual do grau de insalubridade, no âmbito individual e coletivo, de maneira a sobrepor a prova técnica, e a Norma Regulamentar 15, do Ministério do Trabalho e Emprego, instituído pela portaria do órgão ciado nº 3.214/1978, conforme autorização do artigo 190 e 192 da CLT.

Por exemplo, quando se tratar de ruído de impacto, Norma Regulamentar 15, anexo II, item nº 04, a exposição ao agente insalubre é grave e iminente, o que enseja o adicional de insalubridade em grau máximo de 40% (quarenta por cento), mas cujo adicional não irá reparar os efeito do ruído na saúde do trabalhador, e

ainda assim prevalecerá acordo individual do empregado “hipersuficiente” de redução do percentual da insalubridade em 10% (dez por cento).

Na prática, se o adicional em grau máximo não repara a saúde do trabalhador, mas o legislador fixou critério de adicional de 40% (quarenta por cento) para compensar sua exposição ao agente nocivo, significa, por óbvio que qualquer adicional inferior ao limite imposto por lei não compensa a exposição ao ruído de impacto, e ainda permanece sem reparar a eventual lesão à saúde do trabalhador.

Ilustrada a situação que pode ocorrer com o empregado “hipersuficiente” temos a ofensa ao princípio da função social do contrato, pois a cláusula contratual não assegura a garantia constitucional de eliminação dos riscos de saúde, higiene e segurança do trabalho, pois implicará, no caso de perda auditiva, em problemas de convívio social do trabalhador, e no custeio de benefício, por meio da Previdência Social, por toda sociedade, conforme princípio da solidariedade do art. 195 da Constituição de 1988.

O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª região no julgamento do Recurso Ordinário nº 0000961-77.2016.5.17.0002 expõe os efeitos à saúde do trabalhador e convívio social, na exposição ao ruído, e demonstra que o bem tutelado não é só das partes envolvidas, *in verbis*¹⁶⁴:

128000217321 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - NÍVEL DE RUÍDO ACIMA DO LIMITE DE TOLERÂNCIA - O trabalho em condições insalubres, mesmo com a utilização de equipamentos de proteção individual, não impede, muitas vezes, a manifestação futura de doenças decorrentes da exposição do trabalhador a esses agentes. Ignorar esse fato seria sonegar direitos personalíssimos do trabalhador que se expõe a condições que degradam sua saúde. O uso de EPI's decorre da necessidade das condições de trabalho, o que não afasta o direito ao pagamento do respectivo adicional. No mais, o agente ruído não é de fácil constatação, pois apresenta características de intensidade (nível de pressão sonora), de tipo (contínuo, intermitente ou impacto), de duração (tipo de exposição a cada tipo de ruído) e de qualidade (frequências dos sons). O ruído pode provocar alterações em todos os aparelhos e órgãos de nosso organismo, tais como: estresse, aborrecimentos, diminuição na eficiência do trabalho, alterações fisiológicas, hipertensão, zumbido, impotência sexual, distúrbios metabólicos e psicológicos, dificuldade na comunicação oral e no convívio social, podendo até ser causa de acidentes no ambiente de trabalho. Conforme estudo a respeito dos equipamentos de proteção individual, eles não vedam completamente a passagem do ruído: "Segundo GERGES (1999), os EPIs não vedam completamente a passagem do ruído, pois podem chegar na orelha interna através da vibração de ossos e tecidos do crânio, vibração do EPI gerando som ao MAE e passagem através do

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª região. Recurso Ordinário nº 0000961-77.2016.5.17.0002, Relator. Claudio Armando Couce de Menezes. DJe 14.03.2018 - p. 369.

espaço com o mau ajuste na orelha externa (...)" (Fonte: <http://www.cefac.br/library/teses>). Assim, constatada a presença de nível de ruído contínuo acima dos limites de tolerância, devido o adicional de insalubridade, em grau máximo.

A respeito do exemplo acima proposto, a Associação Nacional dos Juizes Trabalhistas, na segunda jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, decidiu no enunciado nº 33 pela não prevalência do negociado sobre o legislado, no âmbito coletivo, quando se tratar do percentual de insalubridade¹⁶⁵.

**ENQUADRAMENTO DO GRAU DE INSALUBRIDADE:
IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO**

CONSIDERANDO O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE, E SENDO A SAÚDE UM DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO, E CONSIDERANDO AINDA A ILICITUDE DA SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DOS DIREITOS PROVENIENTES DE NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA NO TRABALHO, PREVALECERÁ O ACORDADO SOBRE O LEGISLADO SEMPRE QUE SE TRATAR DE PAGAMENTO DE PERCENTUAL SUPERIOR ÀQUELE DETERMINADO NA NR-15, NÃO SENDO POSSÍVEL A REDUÇÃO DO REFERIDO ADICIONAL.

E nesse sentido, se não prevalece o negociado sobre o legislado quanto da redução do percentual de insalubridade, quiçá no que tange no âmbito individual.

O princípio da função social, como cláusula geral que é, tem como substrato os valores e garantias constitucionais coletivas e individuais, de maneira que para validade dos efeitos da negociação individual é necessário também à análise sob ótica desse princípio, e dos preceitos constitucionais, que, aliás, conforme se abordará no capítulo a seguir será o critério adotado para avaliar a eficácia jurídica do negociado nas relações individuais.

¹⁶⁵ Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em 11. nov. 2018.

5 A EFICÁCIA DA NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O parágrafo único do art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho quanto ao conteúdo da negociação individual remete às hipóteses do art. 611-A da mesma norma, cuja convenção ou acordo coletivo prevalece sobre a legislação.

A negociação individual de acordo com a regra do art. 611-A da CLT estaria limitada às hipóteses: jornada de trabalho (pacto de jornada; banco de horas; intervalo intrajornada de trinta minutos; modalidade de registro da jornada; troca de dia de feriado; e prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem autorização prévia do Ministério do Trabalho); adesão ao Programa Seguro –Emprego (PSE); plano de cargos e salários, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado; regulamento empresarial; representante de trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente; remuneração por produtividade e por desempenho individual; enquadramento o grau de insalubridade; prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; participação nos lucros ou resultados da empresa.

Não se pretende adentrar ao mérito de cada um dos incisos do art. 611-A da CLT, no sentido de discorrer sobre cada direito a ser negociado, mas genericamente demonstrar, e é o que se busca neste trabalho a ausência de eficácia da negociação individual *in pejus* ao empregado “hipersuficiente”, não só em razão dos princípios de Direito do Trabalho, como pela eficácia das garantias individuais e sociais da Constituição Federal de 1988.

Antes, no entanto, há que se fazer uma constatação que pela simples leitura do art. 611-A da CLT muitas das cláusulas são objeto apenas de negociação coletiva, e até o atual momento do Direito do Trabalho, pode-se dizer ser alienígena a prática jurídica que permite ao empregado “hipersuficiente” negociar cláusulas, por exemplo, representante de trabalhador no local de trabalho (inciso VII, do art. 611-A da CLT), porque se trata de interesse coletivo e não individual.

O interesse coletivo dos trabalhadores é representado pelo sindicato, o que reflete autonomia da vontade coletiva, e é por meio disso que o sindicato se legitima para a defesa dos interesses individuais e coletivos conforme art. 8º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

O Professor Paulo Sérgio João¹⁶⁶ a respeito da análise da intervenção mínima do Estado na autonomia da vontade coletiva, consagrado no art. 8º, § 3º da CLT afirma que a autonomia da vontade não é imposta pela representação formal do art. 8º, VI da Constituição Federal de 1988, mas sim pela assembleia dos interessados que materializa a vontade coletiva em acordo ou convenção.

Desse modo, o sindicato sempre foi o agente capaz na forma do artigo 104 do Código Civil. Essa capacidade, em se tratando de direito coletivo, não é adquirida pelo monopólio da representação formal que é imposta pela Constituição Federal (artigo 8º, VI), mas pela assembleia dos interessados que autoriza a materialização da vontade coletiva em acordo ou convenção coletiva. Pode-se dizer que o sindicato não age de forma autônoma, mas por meio dos representados e com eles se confunde na expressão dos seus interesses.

Ao tratar da intervenção mínima do Judiciário na autonomia da vontade coletiva, no nosso sentir, não se trata de impedir a prestação jurisdicional, mas de garantir que a autonomia da vontade seja a expressão dos interesses manifestados em assembleia, base fundamental e nuclear das relações coletivas do trabalho.

Nesse sentido, a negociação individual do trabalhador “hipersuficiente” confronta com a Constituição Federal, não só por conta de que o art. 8º, III da Constituição Federal, legitima o sindicato na proteção dos interesses individuais e coletivos, mas também porque afasta esse trabalhador da proteção dos interesses revelados na convenção ou no acordo coletivo, tornando ineficaz o art. 7º, XXVI do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

O sindicato profissional, a exemplo disso, pode não ter negociado redução do intervalo intrajornada para trinta minutos, e o empregado “hipersuficiente” pode ter negociado tal redução, e assim está não só o excluindo da proteção coletiva, por meio da norma coletiva, mas também se refere a tratamento distinto entre empregados da mesma empresa, em ofensa ao arts. 7º XXVI, e XXII da Constituição de 1988.

O legislador, ao autorizar o empregado “hipersuficiente” à negociação individual de cláusulas nos termos do art. 611-A da CLT, não só o distinguiu como uma nova categoria de empregados, por conta de seu grau de escolaridade, e remuneração, mas o equiparou a ente coletivo, como o sindicato que tem o dever de lutar por direitos sociais e individuais, cuja legitimidade se obtêm por meio de

¹⁶⁶ JOÃO, Paulo Sérgio. **A Intervenção mínima do Judiciário na autonomia da vontade coletiva.** Disponível em CONJUR: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-24/reflexoes-trabalhistas-intervencao-minima-judiciario-autonomia-vontade-coletiva>. Acesso em 13. nov. 2018.

assembleia dos interessados que materializa a vontade coletiva, conforme citado pelo Professor Paulo Sérgio João.

A regra do parágrafo único do art. 444 da CLT assim equiparou a vontade individual de certa espécie de empregados, a vontade coletiva representada pelo sindicato, o que permite questionar os efeitos da própria norma coletiva, eficácia ultracontraentes, nos termos do art. 619 da CLT¹⁶⁷.

O art. 619 da CLT, de forma taxativa, trata da prevalência da negociação coletiva e da incidência da norma coletiva sobre o contrato individual, independentemente de o empregado ser ou não sócio do sindicato, havendo, portanto, confronto direto entre a regra do art. 619 da CLT e o parágrafo único do art. 444 da CLT.

Nesse sentido, José Claudio Monteiro de Brito Filho¹⁶⁸ diz que não se tratar de confronto de normas coletivas, com as cláusulas de contrato individual, porque, por força do art. 619 da CLT, a disposição legal é taxativa mandando aplicar a condição como prevista no contrato coletivo.

Não se busca aqui analisar de forma aprofundada os efeitos da norma coletiva, mas já se pode afirmar que se esta prevalece sobre a cláusula contratual do contrato individual, e possível concluir que o legislador deveria ter revisto a regra do art. 619 da CLT ao propor a inclusão do parágrafo único do art. 444, da CLT.

A situação fica ainda mais conflitante se imaginar-se que determinado empregador possua oitenta por cento do quadro de empregados “hipersuficientes” sócios do sindicato profissional, que poderão ter condições de trabalho inferiores negociadas individualmente aos demais empregados, não sócios, apesar do efeito *erga omnes* da norma coletiva.

Pode-se questionar a aplicação do princípio da norma mais favorável, na hipótese acima frente ao art. 619 da CLT, que para José Claudio Monteiro de Brito Filho¹⁶⁹, a norma mais favorável, nem se aplicaria, em razão do texto literal da

¹⁶⁷ BRASIL. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Art. 619. Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acôrdio Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito.

¹⁶⁸ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical: Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa**. 4. ed. São Paulo: Editora LTR. 2012. P. 200.

¹⁶⁹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical: Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa**. 4. ed. São Paulo: Editora LTR. 2012. P. 200.

norma, contudo, considerando o princípio da norma mais favorável seria sem efeito qualquer negociação no âmbito individual quando a norma coletiva é mais favorável.

Na segunda jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Anamatra – Associação Nacional dos Juizes do Trabalho, aprovou-se o enunciado n.º 49, item II, cujo princípio da norma mais favorável e aplicável frente à negociação coletiva¹⁷⁰.

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). (*Enunciado Aglutinado nº 1 da Comissão 4*).

O enunciado ressalta que a regra do parágrafo único do art. 444 da CLT é contrária aos princípios de direito do trabalho, enfatizando a norma mais favorável, e vai mais além ao dizer inconstitucional frente ao princípio da igualdade.

Homero Batista Mateus da Silva¹⁷¹ também considerada a regra inconstitucional por ofensa ao princípio da igualdade do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, entendimento este corroborado por Mauricio Godinho Delgado¹⁷², e pela própria Associação Nacional dos Juizes trabalhistas, que apontam de forma expressa a violação ao inciso XXXII, do art. 7º, da Constituição Federal que proíbe a diferenciação entre o trabalho, manual, técnico e intelectual.

Este autor prevê dois fundamentos básicos nas alegações de inconstitucionalidade da proposta do art. 444 da CLT: a) violação ao art. 5º, *caput*, da CF, porque ter diploma e ganhar 11.000 reais não é um fator de discriminação válido em relação aos empregados sem diploma e com renda inferior – nem tampouco permite presunção absoluta de soberania; e b) violação ao art. 7º, XXVI, porque afasta o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos regularmente firmados.

¹⁷⁰ Disponível em <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em 16. out. 2018.

¹⁷¹ **Comentários à reforma trabalhista – Análise da lei 13.467/2017 – Artigo por artigo**. 2. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 77.

¹⁷² **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 437.

Homero Batista Mateus da Silva também considera inconstitucional a regra do parágrafo único do art. 444 da CLT por ofensa ao inciso XXVI, do art. 7º da Constituição Federal de 1988, que trata do reconhecimento da convenção e acordo coletivos como fontes formais autônomas de direito.

Afastar a incidência das garantias fundamentais sociais e individuais do trabalhador “hipersuficiente”, como lhes negar os benefícios de negociação coletiva, é ameaçar o princípio da proteção.

O Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, da 4ª região em suas conclusões sobre a reforma trabalhista (Comissão 058, Proposta 4) diz não poder haver renúncia do empregado “hipersuficiente” à proteção constitucional ¹⁷³.

TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 444 DA CLT. IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA ÀS NORMAS IMPERATIVAS POR MEIO DE AJUSTE INDIVIDUAL. DISCRIMINAÇÃO. PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO. AFRONTA AO ARTIGO 5º, CAPUT E INCISOS I E XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I - O empregado que recebe salário superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência continua subordinado e, por isso, não pode renunciar à proteção constitucional e normativa estabelecidas. O disposto no parágrafo único do art. 444 da CLT afronta o artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal.

II - A interpretação do parágrafo único do art. 444 CLT é constitucional quando serve de norte hermenêutico ao intérprete do contrato e não como renúncia do direito de livre acesso ao Judiciário

A conclusão do enunciado do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul tratou da eficácia dos direitos fundamentais sociais e individuais, de forma horizontal ou vertical ao negar a possibilidade de negociação individual de frente à proteção constitucional.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais é a vinculação dos poderes públicos aos direitos de liberdade e igualdade, sendo direitos de defesa contra o Estado, aplicados de forma imediata e direta, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

O direito a greve, a livre associação sindical e outros direitos aplicados aos trabalhadores elencados nos art. 7º da Constituição de 1988, conforme cita Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁴ são direitos de liberdade, cuja eficácia é imediata e direta.

¹⁷³ Disponível em <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/151467>. Acesso em 16. out. 2018.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p.263.

No entanto, após o período inicial de defesa dos direitos de liberdade em face do Estado, nesse momento chamado de Liberal, com a qual se buscava a proteção contra o intervencionismo estatal na esfera da liberdade individual, e, para dar concretude às situações vantajosas abstratamente asseguradas ao indivíduo no ordenamento jurídico, até como forma do Estado garantir-lhe plena liberdade deste, o Estado passou a se vincular de forma positiva aos direitos fundamentais, com deveres de promoção, e prestação.

Julio Ricardo de Paula Amaral¹⁷⁵, quando faz referência à vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais, trata da obrigação deste na retirada de obstáculos para que o indivíduo possa de forma plena exercer seus direitos e liberdades.

Em resumo, percebe-se que a discussão não se circunscreve à adequada utilização dos direitos fundamentais pelos cidadãos, mas também quanto à necessária intervenção do Estado na remoção de eventuais obstáculos que, de uma forma ou de outra, impeçam ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos e liberdades. Resta assinalar, entretanto, que a interferência do Estado para propiciar o gozo de tais prerrogativas pelo cidadão não ocorre de forma facultativa, mas se revela como uma obrigação imposta por meio de normas inseridas na constituição. O Estado, portanto, tem o dever constitucional de não apenas proteger, mas também de promover o pleno efetivo gozo dos direitos e liberdades.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁶ refere-se à vinculação positiva do Estado aos direitos sociais de prestação, com a qual exigem posição ativa na esfera econômica e social, cuja finalidade é a melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitam. Para o autor, os direitos fundamentais, mesmo aqueles de cunho programático, consagrados na nossa Constituição, são direitos subjetivos a prestações para seu titular¹⁷⁷.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais se revela assim nos direitos de liberdade e direitos políticos do indivíduo, direitos de defesa contra o Estado, que exigem uma postura negativa deste de não intervenção nas liberdades individuais, e

¹⁷⁵ AMARAL, Julio Ricardo de. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: Editora LTR. 2014. p. 71.

¹⁷⁶ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 282/284.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p.301.

também nos direitos sociais prestacionais, com a qual se exige postura ativa do Estado para promoção do pleno e efetivo gozo dos direitos e liberdades.

O princípio da proteção do Direito do Trabalho está incutido nos direitos sociais prestacionais por parte do Estado, por exemplo, no art. 7º, da Constituição Federal de 1988, o que exige postura ativa para contemplação do direito ao trabalhador.

Há pouco foi ventilado que o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região, quando da vigência da Lei da Reforma Trabalhista a respeito do art. 444, parágrafo único da CLT, tratou essa norma inconstitucional por afrontar a regra do art. 5, *caput*, I da Constituição Federal de 1988, e ante a impossibilidade de o empregado renunciar à proteção constitucional, o princípio da proteção.

E nesse sentido, a vinculação aos direitos fundamentais também alcança ao legislador ordinário, no sentido de proibi-lo a criar leis contrárias a proteção constitucional¹⁷⁸.

Para além disso, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo, mesmo afirmar-se que o art. 5º, § 1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas no ato de edição de normativa, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. Isto significa, em última *ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo de direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que o consagram.

O legislador infraconstitucional não respeitou à Constituição Federal quando autoriza que a negociação individual sobreponha o legislado, e a própria negociação coletiva. Dessa forma, afasta a proteção dos interesses individuais e coletivos por parte do sindicato conforme art. 8º, III, da Constituição Federal de 1988, e, como corolário lógico, torna ineficaz a convenção e acordo coletivo, conforme art. 7º, XXVI, da Constituição de 1988, que são direitos fundamentais sociais, como leciona André Araújo Molina¹⁷⁹.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 376

¹⁷⁹ **Os direitos Fundamentais na Pós – Modernidade: O Futuro do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2017. p. 107.

Inclusive a Constituição determina a obrigatoriedade da participação sindical nas negociações coletivas e trabalho (art. 8º, IV) e, como corolário disso, considera como direito fundamental dos trabalhadores o reconhecimento das citadas convenções e acordos coletivos (art. 7º, XXVI). Assim, quando o Poder Judiciário trabalhista nega eficácia, incidentalmente, de uma cláusula de negociação coletiva em uma ação individual sem proporcionar a participação do Ministério Público do Trabalho e dos entes legitimados para celebração da norma coletiva, subverte o sistema jurídico e nega vigência às citadas disposições constitucionais.

E se permitir a ausência de eficácia da norma coletiva ao contrato de trabalho celebrado com o empregado “hipersuficiente” autoriza a prevalência do negociado individual sobre o negociado coletivo, o que caracteriza verdadeira anomalia ao Direito do Trabalho, nas hipóteses do art. 611-A da CLT, ante a ofensa aos princípios da proteção, da indisponibilidade, da irrenunciabilidade, da função social do contrato, e da igualdade.

A liberdade de contratar não prevalece sobre a possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, conforme preceitua José João Abrantes¹⁸⁰.

A liberdade do trabalhador é co-natural à conflitualidade da relação laboral, reconhecida e protegida pela Lei Fundamental pelo que não tem razão de ser a prevalência da liberdade contratual em termos de justificar a renúncia do trabalhador aos seus direitos, nem a têm as limitações à referida liberdade para além do estritamente necessário.

A Constituição prevê a proteção ao empregado, como no rol de direitos indisponíveis do art. 7º, o que garante aos trabalhadores o dever de prestação do Estado para efetivação desses direitos, inclusive por meio de vinculação do legislador, tornando inconstitucional Lei Ordinária que possibilita o empregado “hipersuficiente” a exclusão dessa proteção, por meio de negociação individual de cláusulas contratuais.

Quando Estado se vê obrigado a promover, prestar e garantir os direitos consagrados ao cidadão, por conta dos desequilíbrios e abusos das relações individuais, os direitos fundamentais ganham uma dimensão objetiva que reflete nos particulares, terceiros estranhos a sua relação com indivíduo, e devem ser observados por estes, o que se denomina de eficácia horizontal¹⁸¹.

¹⁸⁰ ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Editora Coimbra. 2005. p. 190.

¹⁸¹ ANDRADE, Carlos Vieira de Andrade. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª. ed. 2012. Coimbra: Editora Almedina. 2012. p. 232.

A regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações e serviu por vezes para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas. A paz social, o bem-estar coletivo, à justiça, e a própria liberdade não podem realizar-se espontaneamente numa sociedade economicamente desenvolvida, complexa, dividida, dissimétrica e conflitual. É necessário que o Estado regule os mecanismos económicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias a transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida, de progresso, de justiça, e bem-estar.

Perante esta lição dos factos, o sistema de direitos fundamentais tornou-se, como vimos, mais complexo e diferenciado.

Por outro lado, não pode pura e simplesmente remeter ao Estado para a categoria fixa do <<inimigo público>>. Os direitos fundamentais ganham dimensão objetiva, são também valores constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar, mas igualmente fazer respeitar como interesses públicos fundamentais – esbate-se o antagonismo substancial indivíduo-Estado, que tenha sido força impulsionadora dos direitos do homem.

Por outro lado, torna-se patente que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado como pressupunham as teorias liberais-burguesas. A área da sociedade deixa de ser (ou pode ser vista como) o palco de atuações individuais, à medida que se verifica a profunda diversificação e imbricação entre os interesses das pessoas e se multiplica a atividade dos partidos e dos grupos de interesses – sindicatos, associações patronais, igrejas, grupos económicos, associações cívicas, profissional, desportivas, etc. – que dispõem, cada vez mais, de elevado poder social e político.

Os direitos fundamentais se irradiam em todo ordenamento jurídico, e nas relações entre particulares, que com a evolução histórica da sociedade após período liberal, com o surgimento das sociedades de massas, e organização dos indivíduos em grupos em convergência de interesses, como os sindicatos, passam a ter poder social e económico.

O empregador sempre fora visto como sujeito de poder social e económico, que em termos de igualdade o empregado não se encontra em simetria, mesmo porque a subordinação jurídica e económica sujeita o empregado ao poder de direção do empregador, o que justifica a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente de emprego.

Nesse contexto lúdimo é a afirmação de José João Abrantes¹⁸² a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares quando diz que a autonomia da vontade e a liberdade de contratar são limitadas pelos direitos fundamentais.

Num Estado democrático, os direitos fundamentais representam valores que, como elemento objectivos do ordenamento, devam informar todo o sistema jurídico e, portanto, também, as relações entre particulares. Essa “ordem de valores”, traduzida na Constituição, deve limitar a liberdade

¹⁸² **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais.** Lisboa: Coimbra Editora. 2005. p. 141.

contratual, que, no seu exercício, terá sempre que respeitar os limites legais, designadamente os derivados de Lei Fundamental. Desconhecer os princípios e os valores constitucionais nas relações entre particulares seria, como já foi dito, aceitar uma factura absolutamente inadmissível entre o público e o privado, violando tanto a segurança jurídica como a coerência interna que há-de presidir a qualquer ordenamento.

A doutrina divide a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em duas teorias, a monista, eficácia imediata e direta, e a dualista, eficácia imediata e indireta¹⁸³.

O art. 5º, § 1º da Constituição Federal ao tratar da aplicação imediata dos direitos elencados no próprio artigo, não fez referência à eficácia horizontal, mas apenas vertical, não se concluindo, portanto que a norma faz alusão à teoria monista.

No direito comparado, a título de exemplificação, a Constituição da República de Portugal de 1976, no art. 18.1 trata da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas não da intensidade de aplicação, de forma direta ou indireta¹⁸⁴.

Artigo 18.º

Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

A eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais é a vinculação dos particulares a eles, porque são normas de valor válidas para toda ordem jurídica, e, porque a Constituição tem força normativa, e por isso o direito privado não pode estar à margem dos preceitos constitucionais¹⁸⁵.

A aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais não prescinde de intervenção do legislador, e, em razão da respectiva natureza de cada direito

¹⁸³ ANDRADE, Carlos Vieira de Andrade. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª. ed. 2012. Coimbra: Editora Almedina. 2012. p. 235 – 239.

¹⁸⁴ PORTUGUAL. **CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art18>. Acesso em 25.11.2018.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p.387 – 388.

consagrado na Constituição são direitos subjetivos dos cidadãos contra o Estado e os particulares.¹⁸⁶

A teoria dualista, por sua vez trata da aplicação dos direitos fundamentais por meio de interpretação, e integração das cláusulas gerais, e conceitos legais indeterminados do direito privado, como, por exemplo, já citado no capítulo próprio o princípio e a cláusula da geral da função social.¹⁸⁷

A aplicação dessa teoria demanda atuação necessária do legislador para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.¹⁸⁸

No âmbito das relações de trabalho em razão do poder social e econômico do empregador, autores como Júlio Ricardo de Paula Amaral¹⁸⁹, e Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹⁰ são partidários da aplicação imediata e direta.

Júlio Ricardo de Paula Amaral¹⁹¹ é paritário da aplicação direta em razão do desequilíbrio entre empregado e empregador, para proteção das liberdades públicas do próprio trabalhador, e em razão da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Percebe-se, portanto, que somente por meio da “aplicação direta” e “imediata” dos direitos fundamentais, nas relações trabalhistas será possível a efetiva proteção aos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, em face do dinamismo destas vinculações. Essa conclusão pode ser atribuída à intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, e, ainda, diante da flagrante desigualdade que ocorre entre os envolvidos – empregados e empregadores – nas relações laborais. Pode-se mencionar, por fim, que o empregador, em decorrência desta relação jurídica, é detentor de direitos e faculdades que, exercidos e maneira inadequada, mostram-se como potenciais fatores de afrontas e vinculações à liberdade, privacidade e dignidade dos trabalhadores, o que demonstra a necessidade de uma proteção adicional e efetiva à esfera privada do cidadão-trabalhador.

Não nos revela importante à discussão sobre a prevalência de qual das teorias monista e dualista aplicável no âmbito das relações de trabalho, até porque

¹⁸⁶ AMARAL, Julio Ricardo de. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: Editora LTR. 2014. p. 85.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p.387.

¹⁸⁸ AMARAL, Julio Ricardo de. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: Editora LTR. 2014. p. 82.

¹⁸⁹ **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: Editora LTR. 2014. p. 107.

¹⁹⁰ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 391.

¹⁹¹ **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: Editora LTR. 2014. p. 109-110.

necessária seria análise do princípio da proporcionalidade, o que não é o objetivo deste estudo.

A questão se volta para tratar da renúncia da proteção constitucional pelo empregado “hipersuficiente”, e a autonomia da vontade e a liberdade do empregado.

No surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiram vozes contrárias a esta no sentido de que a ingerência desses direitos nas relações privadas ofenderia a autonomia privada do indivíduo, mas a tese não obteve êxito porque o limite material da liberdade do indivíduo, é a proteção à dignidade humana.

Nesse sentido, de forma muito apropriada ao estudo, apesar de se referir à liberdade e autonomia de indivíduos substancialmente iguais, onde não há subsunção ao poder social nem econômico por parte de um dos sujeitos, o que não é o caso na relação de trabalho, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹² diz que a dignidade é o fundamento de proteção da pessoa contra si mesma, já que ninguém é facultada a usar a liberdade para violar a própria dignidade.

Fora das relações indivíduo – poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra (segunda defensores desta concepção), prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal.

Não é demais lembrar que, no concernente aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa humana assume a condição do limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais (pelo menos no que diz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direito especificamente considerado).

A liberdade concebida não é aquela sob enfoque estritamente liberal e individualista, cuja autonomia da vontade privada com ela se confunde, mas deve ser a liberdade real, aquela de autodeterminação dos diversos sujeitos de direito, confirmadores da personalidade do indivíduo, conforme elucida José João Abrantes¹⁹³.

¹⁹² **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 390.

¹⁹³ ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais.** Lisboa: Coimbra Editora. 2005. p. 128.

É, pois, esta a liberdade que a ordem jurídico-constitucional pretende garantir, uma liberdade real e efetiva, um verdadeiro poder de autodeterminação dos diversos sujeitos de direito, sem o qual, aliás, os próprios princípios de direito civil não passarão de uma ficção. Na verdade, a autonomia privada e a liberdade negocial só fazem sentido se forem exercidas de forma livre e esclarecida, isto é, pressupõe, para serem reais, a possibilidade de uma verdadeira autodeterminação daqueles sujeitos, o que só pode ser garantido pela actuação dos direitos fundamentais.

A par disso, e como já citamos nesse estudo, o surgimento dos sindicatos nasce justamente para consagrar a liberdade dos trabalhadores na defesa de seus interesses individuais e coletivos, uma vez que entre eles e o empregador não haveria a desigualdade em uma relação de subsunção de um sujeito por outro com poder social e econômico.

O legislador ordinário não se atendeu a isso que para a consagração a dignidade do trabalhador “hipersuficiente”, e sua liberdade negocial deve ser observada a eficácia dos direitos fundamentais, por exemplo, das garantias elencadas art. 7º da Constituição.

Vimos ainda que até nas relações privadas de iguais a dignidade da pessoa humana é limite material para a liberdade e da autonomia privada, quiçá no âmbito da relação privada de trabalho.

E nesse sentido não cremos que o trabalhador “hipersuficiente”, em razão de sua condição de diplomado em grau superior, e receber salário igual ou maior que duas vezes o teto de benefício da Previdência Social esteja no mesmo patamar de poder social e econômico do empregador para exercer plenamente sua liberdade e autonomia de vontade para negociar cláusulas nos termos do art. 611-A, da CLT.

E é também por essa razão que o art. 444, parágrafo único da CLT ao adotar critério de discriminação, e criar nova categoria de trabalhador, o “hipersuficiente” desrespeitou o princípio da igualdade, nos termos do art. 5º, *caput*, e art. 7º, XXXII, da Constituição, pois não há correlação lógica entre o grau de escolaridade, a remuneração superior e a exclusão desse empregado a proteção aos direitos fundamentais específicos e inespecíficos do trabalhador (art. 7º e 5º, da Constituição).

Exemplificando nossa afirmação, de forma hipotética, se determinada categoria celebra em acordo coletivo pagamento da participação nos lucros e resultados, nos termos da Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, mas o empregado “hipersuficiente” celebra cláusula contratual expressa de não

recebimento, ou inferior aos demais empregados da empresa, os direitos fundamentais estariam então sendo violados.

Inicialmente afastaria a autonomia da vontade coletiva, a proteção do sindicato na defesa dos interesses individuais e coletivos do empregado (art. 8º, III, da CF), e a eficácia da norma coletiva como fonte formal autônoma integradora do contrato de trabalho (art. 7º, XXVI, da CF), ressaltando a não observância do procedimento a participação dos lucros e resultados, do art. 2º, II, § 1º, I e II da Lei 10.101/2000, e por via indireta a ofensa do art. 7º, XI, da CF.

Posteriormente, e como consequência, afastaria o empregado “hipersuficiente” da finalidade do princípio da proteção, não só na sua forma genérica, como quanto ao seu desdobramento de aplicação da norma mais favorável, em razão da melhoria da condição social (art. 7º, *caput*, da CF).

E, por fim implicaria na discriminação deste empregado para com os demais, sem correlação lógica para sua exclusão do direito a participação nos lucros, ou com a redução de valor (art. 5º, *caput*, e art. 7º, XXXII, da CF), conforme já orienta a súmula nº 451 do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*.¹⁹⁴

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. RESCISÃO CONTRATUAL ANTERIOR À DATA DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. PAGAMENTO PROPORCIONAL AOS MESES TRABALHADOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 390 da SBDI-I) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014 Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa.

No caso da súmula nº 451 do Tribunal Superior do Trabalho se o entendimento é de ofensa ao princípio da isonomia quando o empregado não recebe por não ter trabalhado no período integral de apuração da participação nos lucros e resultados, quiçá quando se excluí o trabalhador “hipersuficiente” ou então se reduz a base de cálculo para seu pagamento.

Aliás, quando se trata da exclusão de trabalhadores do programa de participação nos lucros e resultados prevalece na jurisprudência o entendimento de

¹⁹⁴ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 451. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>. Acesso no dia 06 de dez de 2018.

ofensa ao princípio da isonomia, como no caso do julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho com a qual somente tinham direito a participação nos lucros e resultados os empregados efetivos, excluindo-se os safristas, *in verbis*.¹⁹⁵

103002198773 - AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - REGIDO PELA LEI 13.015/2014 - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS - TÍQUETE-ALIMENTAÇÃO - NORMA COLETIVA - PREVISÃO DISTINTIVA - SAFRISTAS - EMPREGADOS EFETIVOS - AUSÊNCIA DE ISONOMIA MATERIAL (ARTIGO 5º, CAPUT, DA CF) - O acórdão regional manifestou-se no sentido de que fere o princípio da isonomia material estipular por norma coletiva diferenças de contraprestações para empregados considerados efetivos e aqueles que laborem por safra, como no caso da Reclamante, que desenvolvia idêntica função dos empregados efetivos. A propósito, a Súmula 451 do TST entabula que "fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa". Em decorrência lógica dessa diretriz, o fato de o empregado ser safrista não lhe retira o direito de perceber também as parcelas "Participação nos Lucros e Resultados" e "Tíquete-Alimentação", fixadas nas normas coletivas para apenas os empregados ditos efetivos, caso o labor identificado entre esses trabalhadores seja prestado em idênticas condições, a se prestigiar, como visto, o princípio da isonomia material, estampado no artigo 5º, caput, da CF. Desse modo, não se constata afronta ao artigo 7º, XXVI, da CF. Julgados de outras Turmas do TST, em casos análogos, envolvendo a mesma Reclamada. De todo modo, o único aresto colacionado pela Reclamada, nas razões do recurso de revista, carece de especificidade, porquanto trata de hipótese em que a norma coletiva fixava diferenciação de valores a receber, a título de "tíquete-alimentação", para empregados efetivos e empregados de empresa terceirizada, prestadora de serviços, a atrair o óbice da Súmula 296 /TST. Agravo interno de que se conhece e a que se nega provimento. (TST - Ag-AIRR 130783-74.2014.5.13.0011 - Rel. Des. Conv. Ubirajara Carlos Mendes - DJe 26.10.2018).

E ainda assim se houver insurgência contra o exemplificado a respeito da liberdade contratual e a autonomia da vontade do trabalhador "hipersuficiente" será possível contra-argumentar que a dignidade da pessoa humana é o limite material da liberdade contratual, de maneira que o indivíduo não pode utilizar de sua liberdade como mecanismo de ofender sua dignidade.

Não só no exemplo apontado como de maneira geral, a regra do art. 444, parágrafo único da CLT igualou a autonomia privada individual do trabalhador "hipersuficiente" ao ente coletivo de representação de classe, o sindicato, que por si

¹⁹⁵ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 130783-74.2014.5.13.0011. Relatora Desembargador Convidado Ubirajara Carlos Mendes. Publicação no DJe 26.10.2018.

só já bastaria como argumento para afastar a eficácia da negociação individual, e torna-la nula para todos os efeitos, considerando esdrúxula a hipótese do negociado individualmente transpor a legislação e a própria norma coletiva.

Ainda mais, tratando-se de expressa violação dos princípios do Direito do Trabalho, e as garantias e direitos fundamentais do trabalhador, como, afastar o princípio da proteção da relação jurídica de emprego, e tonar sem eficácia qualquer direito consagrado no art. 7º, da CF, com a qual o constituinte apenas facultou a flexibilização por meio de negociação coletiva (redução salarial, compensação jornada, e turno ininterrupto de revezamento com jornada de oito horas) tornando sem eficácia e nula cláusula individual pactuada *in pejus* por trabalhador “hipersuificiente”.

No direito comparado, Código de Trabalho de Portugal faculta a celebração de contrato especial de trabalho, contrato de trabalho em regime de comissão de serviços nos termos do art. 161 a 164, cuja natureza deste contrato é baseada na confiança especial entre o empregador e trabalhador, em razão das funções enumeradas pela lei que podem ser exercidas nessa condição especial.

O art. 161 do Código de Trabalho português¹⁹⁶ enumera as funções que podem ser exercidas à comissão de serviços: cargo de administração ou equivalente, de direção ou chefia diretamente dependente da administração ou de diretor-geral ou equivalente, funções de secretariado pessoal de titular de qualquer desses cargos, ou ainda, desde que instrumento de regulamentação coletiva de trabalho o preveja, funções cuja natureza também suponha especial relação de confiança em relação a titular daqueles cargos e funções de chefia.

SUBSECÇÃO IV

Comissão de serviço Artigo 161.º

Objeto da comissão de serviço Pode ser exercido, em comissão de serviço, cargo de administração ou equivalente, de direção ou chefia diretamente dependente da administração ou de diretor-geral ou equivalente, funções de secretariado pessoal de titular de qualquer desses cargos, ou ainda, desde que instrumento de regulamentação coletiva de trabalho o preveja, funções cuja natureza também suponha especial relação de confiança em relação a titular daqueles cargos e funções de chefia.

¹⁹⁶ PORTUGUAL. **CÓDIGO DO TRABALHO.** Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=65>>. Acesso em 28. nov. 2018.

O contrato de trabalho em regime e comissão de serviços pode se revestir de duas modalidades, comissão de serviço externa, e interna, sendo a primeira de recrutamento de novo trabalhador, para desempenho de função em especial confiança, e a segunda o empregador que recorrer aos trabalhadores da empresa para exercer o regime de especial confiança¹⁹⁷.

Maria do Rosário Palma Ramalho¹⁹⁸ diz que essa espécie de contrato flexibiliza o Direito do Trabalho português porque na cessação da comissão de serviços interno o trabalhador pode retornar a sua função, sem ultrapassar a garantia da irreversibilidade da categoria, o que entre nós seria sem ofender ao princípio da alteração contratual, e no caso cessação da comissão de serviços externos o rompimento do contrato não obedece a qualquer motivação especial, denúncia vazia do contrato, conforme art. 164 do Código do Trabalho português¹⁹⁹.

Tanto numa como outra modalidade, a figura da comissão de serviço é um instrumento de grande utilidade para flexibilização das relações laborais, porque permite ao empregador adequar recursos humanos do que dispõe a novas tarefas ou recrutar novos trabalhadores para esse efeito, sem ficar, perpetuamente, vinculado aos novos resultados dessa experiência: no caso da comissão de serviços interna, porque, finda esta, o trabalhador regressa ao seu posto de origem, o que permite ultrapassar a garantia da irreversibilidade da categoria (art. 129º, n.º 1 e) do CT); e no caso da comissão de serviço externa, porque a respectiva concessão não tem que obedecer a qualquer motivação especial.

Artigo 164.º

Efeitos da cessação da comissão de serviço

1 - Cessando a comissão de serviço, o trabalhador tem direito: a) Caso se mantenha ao serviço da empresa, a exercer a atividade desempenhada antes da comissão de serviço, ou a correspondente à categoria a que tenha sido promovido ou, ainda, a atividade prevista no acordo a que se refere a alínea c) ou d) do n.º 3 do artigo 162.º; b) A resolver o contrato de trabalho nos 30 dias seguintes à decisão do empregador que ponha termo à comissão de serviço, com direito a indemnização calculada nos termos do artigo 366.º; c) Tendo sido admitido para trabalhar em comissão de serviço e esta cesse por iniciativa do empregador que não corresponda a despedimento por facto imputável ao trabalhador, a indemnização calculada nos termos do artigo 366.º 2 - Os prazos previstos no artigo anterior e o valor da indemnização a que se referem as alíneas b) e c) do n.º 1 podem ser aumentados por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou contrato de trabalho. 3 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n.º 1.

¹⁹⁷ **Direito do Trabalho: Parte II – situações laborais individuais.** 3ª. ed. Ver. actual. 2 v.: Coimbra. 2010. p. 328.

¹⁹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho: Parte II – situações laborais individuais.** 3ª. ed. Ver. actual. 2 v.: Coimbra. 2010. p. 329.

¹⁹⁹ PORTUGUAL. **CÓDIGO DO TRABALHO.** Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=65>. Acesso em 28. nov. 2018.

O legislador português reconhece em sua legislação necessidade de celebrar contratos de trabalho em regime diferenciado por critério exclusivo de confiança especial para o exercício de cargos de gestão e secretariado, como forma de flexibilização, sem, contudo, alterar a essência e os princípios universais do Direito do Trabalho, como a proteção, e sem privilegiar a liberdade contratual e a autonomia da vontade particular.

Os únicos direitos não negociados pelas partes, mas sim flexibilizados pela lei é a dispensa imotivada (serviços de comissão externos), considerando que o art. 53 da Constituição da República de Portugal²⁰⁰ é norma de conteúdo perceptivo, e não de conteúdo programático, e a possibilidade de rebaixamento de cargo, sem ofensa a inalterabilidade do contrato (comissão de serviços internos)²⁰¹.

Artigo 53.º

Segurança no emprego

É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

Já no caso pátrio o empregado “hipersuficiente”, não necessariamente aquele que exerce cargo de confiança, gestão, e secretariado com confiança especial pode negociar inúmeras cláusulas contratuais em desprestígio aos seus direitos e garantias fundamentais.

No caso lusitano ainda a norma remete-se a negociação coletiva, conforme art. 161 do Código de Trabalho português para delimitação de novas funções além daqueles descritas na norma, mas com justificativas de tal sujeição a critério da confiança especial, ou seja, prevalece à autonomia da vontade coletiva, em razão da proteção ao princípio constitucional de segurança no emprego, e da proteção ao empregado a fim de não se fraudar a legislação²⁰².

Por todas essas razões é que não cremos que o legislador ordinário nacional andou bem com a regra do art. 444, parágrafo único da CLT, a ponto de declarar-se a norma inconstitucional.

²⁰⁰ PORTUGUAL. **CONSTITUIÇÃO DE PORTUGUAL**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art53>. Acesso no dia 06 de dez. de 2018.

²⁰¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho: Parte II – situações laborais individuais**. 3ª. ed. Ver. actual. 2 v.: Coimbra. 2010. p. 850.

²⁰² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho: Parte II – situações laborais individuais**. 3ª. ed. Ver. actual. 2 v.: Coimbra. 2010. p. 331.

CONCLUSÃO

O art. 444, parágrafo único da CLT, trouxe ao ordenamento jurídico categoria de empregados, denominados por alguns como “hipersuficientes”, discorda-se, ousadamente, dessa adjetivação, pois frente ao princípio da proteção, na qualidade de empregado, nenhum trabalhador pode ser considerado como autossuficiente, uma vez que reconhecidamente somente o sindicato possui paridade de forças ao lado do empregador, tanto é assim que a Constituição outorgou-lhe a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria.

A situação faz emergir outra problemática que desemboca na análise da constitucionalidade do art. 444, parágrafo único a CLT frente ao art. 8º, III, da Constituição, pois afasta a proteção sindical ao trabalhador “hipersuficiente”, como também os efeitos da norma coletiva, convenção ou acordo, como fonte formal autônoma de direitos no contrato individual, tornando ineficaz o art. 7º, XXVI, da Constituição.

Afastar as normas constitucionais citadas é negar a eficácia vertical direta dos direitos fundamentais, conforme art. 5º, § 1º da Constituição, e a eficácia horizontal imediata ou mediada desses direitos nas relações entre particulares, haja vista que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se irradia em todo o ordenamento jurídico.

O princípio da proteção e a melhoria da condição social do trabalhador do art. 7º, *caput*, da Constituição sobre essa mesma perspectiva estariam sendo violados, ao possibilitar o alargamento da autonomia da vontade e a negociação de direitos considerados indisponíveis, e irrenunciáveis por parte do trabalhador “hipersuficiente”, inclusive porque sua negociação individual sobrepõe às garantias legais, e negociadas pelo sindicato de sua categoria.

Nessa perspectiva, a negociação individual do empregado “hipersuficiente” prevaleceria sobre a lei e sobre a negociação coletiva da própria categoria, é o negociado sobre o legislado, e o negociado sobre o negociado.

À medida que se reconhece a possibilidade da negociação individual prevalecer sobre a negociação coletiva da categoria, ofende-se o princípio da proteção na sua extensão da norma mais favorável de maneira afasta-lo, pois aquilo

que fora negociado para a categoria cujo empregado “hipersuficiente” está inserido não integrará seu contrato de trabalho, nem a melhoria de sua condição social.

O legislador legitimou mais a negociação individual do trabalhador “hipersuficiente” do que a negociação externada pela assembleia dos trabalhadores que representa a vontade coletiva, alargando a autonomia da vontade individual, ou no mínimo a comparando a autonomia da vontade coletiva.

No Direito do Trabalho, a liberdade contratação e a autonomia da vontade individual são consagradas no do art. 444, *caput*, da CLT desde a redação original, e encontram limitação naquilo que não contravenha a proteção ao trabalhador e nos demais princípios, como: da indisponibilidade, da irrenunciabilidade e da função social, o que, aliás, limita a autonomia da vontade também no âmbito de Direito Civil, pois os efeitos do contrato não interessam mais apenas aos contratantes e seu conteúdo deve observar os direitos e garantias fundamentais.

E quanto à autonomia da vontade individual, apesar do parágrafo único do art. 444, da CLT possibilitar a negociação naquilo que é permitido pelo Art. 611-A, da CLT o legislador não tomou de observar a proteção ao “hipersuficiente”.

Aliás, a efetiva e plena liberdade do trabalhador somente é conquistada quando respeitado seus direitos e garantias fundamentais, como corolário lógico da dignidade da pessoa humana, e não o revés de liberdade sem respeito aos direitos de personalidade sob pena de retroceder-se ao final do século XIX, no Estado Liberal.

Por outro lado, a autonomia da vontade do empregado, como do “hipersuficiente”, encontra limitação na própria subordinação jurídica, e dependência econômica ao empregador, o que impede plenamente de negociar cláusulas contratuais.

O empregado “hipersuficiente” não pode ser considerado como empregado menos subordinado porque ganha renda igual ou superior a duas vezes o limite máximo de dois benefícios do Regime Geral a Previdência Social e possui diploma de nível superior, uma vez que tais critérios não guarnecem qualquer correlação lógica com o tratamento diferenciado.

Admitir o critério de discriminação do empregado “hipersuficiente”, para efeito de justificar a negociação de cláusulas individuais, sem observar a lei e a norma coletiva, é equipará-lo ao sindicato, sem que o mesmo detenha os meios de proteção de seus interesses, por exemplo, a greve, o que os torna mais vulneráveis

que os trabalhadores hipossuficientes, e ofende ao princípio da isonomia do art. 5º, *caput*, da Constituição.

O princípio da isonomia, também consagrado no art. 7º, XXII, da Constituição, proíbe a distinção entre o trabalho manual, técnico, e intelectual, e à medida que se presume o trabalho intelectual como melhor remunerado, exercido por trabalhadores com grau superior, haveria então um critério de discriminação baseado na forma como o trabalho é prestado.

O art. 444, parágrafo único da CLT, afronta assim não só os princípios constitucionais e de Direito do Trabalho, como as garantias individuais e sociais fundamentais inscritos nos artigos 5º, *caput*, 7º, *caput*, XXII, XXVI, art. 8º, III, e ainda a dignidade da pessoa humana, e o valor social do trabalho, nos termos do art. 1º, III, e art. 170 da Constituição, o que torna sem eficácia a negociação individual que prevaleça sobre o legislado e o negociado coletivamente, por inconstitucionalidade da norma.

A negociação no âmbito individual com prevalência sobre a legislação e o negociado coletivamente subverte a essência, e a natureza do Direito do Trabalho criando um novo paradigma de empregados que são afastados da margem de proteção que demanda a própria relação jurídica de trabalho por conta subordinação e dependência econômica, além da eficácia dos direitos fundamentais, dando a falsa sensação de o empregado ser “hipersuficiente”, quando todos são hipossuficientes e vulneráveis frente aos seus empregadores.

Dessa maneira, não se pode chegar à outra conclusão, senão a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 444 da CLT, ou ao menos sem qualquer eficácia a negociação individual que sobreponha os preceitos legais, ou normativos.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

AGUIAR, Antônio Carlos de. (Coord.). **Reforma Trabalhista – Aspecto jurídicos**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2017.

ALMEIDA, Renato Rua de. A função social do contrato e a nova redação do item III, da Súmula 224, a inserção do item III, na Súmula 378, e a edição das Súmulas 440 e 443, do TST. **Revista UNIFACS da Universidade de Salvador**. n. 164. Fev. 2014.

AMARAL, Julio Ricardo de. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: Editora LTR. 2014. p. 71.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical: Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa**. 4. ed. São Paulo: Editora LTR. 2012.

CASSAR, Vólia Bomfin; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social Brasileiro: Teoria Geral do Direito Social – Direito da Segurança Social (Direito Assistencial e Direito Previdencial) – Direito Coletivo do Trabalho (Direito Corporativo)**. 1. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1963.

_____. Antônio Ferreira. **Direito Social Brasileiro: Direito do Trabalho (Direito Individual do Trabalho)**. 1. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1963.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. et. al. **Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: Dogmática, visão crítica e interpretação constitucional**. São Paulo: Editora LTR, 2018.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**: Tradução Jeferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos da racionalidade históricos cultural do arquétipo inserido no Código Civil brasileiro de 2002. **Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo**. São Paulo. nº 98, p. 143 – 150. Jul. 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **RIDB – Revista do Instituto Brasileiro de Direito**. Lisboa. Faculdade de Direito de Lisboa, 2012. Mensal. nº 1, p. 187.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Editora SRS, 2017.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho: Teoria e Prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho: Direito individual do trabalho**. v. 2, 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 1984.

_____. **Manual de Direito do Trabalho**. v. 1, parte geral. 4. ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora LTr, 1991.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MARINHO, Rogério. **Modernização das Leis Trabalhistas: o Brasil pronto para o futuro**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora De Petrus et Alii Editora LTDA. 2018.

MARTINEZ, Luciano, **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. Luciano, **Reforma Trabalhista - entenda o que mudou**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MELEK, Marcelo Augusto. **Trabalhista! O que mudou? – Reforma trabalhista**. 2017. Curitiba: Editora Imediato. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 22ª tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MOLINA, André Araújo. **Os direitos Fundamentais na Pós – Modernidade: O Futuro do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2017.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora LTr. 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: Editora LTr, 2014.

NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda. **O Novo Código Civil**: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Negociação Colectva Atípica**. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

_____. **Direito do Trabalho: Parte II – situações laborais individuais**. 3ª. ed. Ver. actual. 2 v.: Coimbra. 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. ver. atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus. **Comentários à Reforma Trabalhista - Análise da Lei 13.467/2017 – Artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio e Janeiro: Editora Renovar, 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 288-29.2013.5.03.0148**. Relator. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. DJe 11.05.2018. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577074298/recurso-de-revista-rr-2882920135030148/inteiro-teor-577074319?ref=serp>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Decreto Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Tribunal Superior Do Trabalho. **Súmula Nº 51**. Norma Regulamentar. Vantagens e opção pelo novo Regulamento. Art. 468 da CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?pagina=1&idarea=1&idmodelo=1149>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei10406.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 658312 / SC - Santa Catarina - **Recurso Extraordinário**. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI - Julgamento: 27/11/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação - ACÓRDÃO ELETRÔNICO - REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO - DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311630607/recurso-extraordinario-re-658312-santa-catarina/inteiro-teor-311630613>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei Ordinária. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, aprovada pelo Decreto-Lei n o 5.452, de 1 o de maio de 1943, e as Leis n os 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, Brasília, 13 de julho de 2017; 196^o da Independência e 129^o da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. **Entrevista publicada no sítio da entidade na rede mundial de computadores, em 16 de novembro de 2017.** Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/25903-anamatra-mudancas-da-reforma-trabalhista-na-clt-sao-inconstitucionais>. Acesso em: 04 out. 2018.

PORTAL DA UOL. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/06/12/oit-reforma-trabalhista.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.