



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

MAYANA COSTA DA ASSUNÇÃO SANTOS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DO
CONCEITO “EMPREGADO HIPERSUFICIENTE”: UMA ANÁLISE
FRENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE.**

Salvador
2021

MAYANA COSTA DA ASSUNÇÃO SANTOS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DO
CONCEITO “EMPREGADO HIPERSUFICIENTE”: UMA ANÁLISE
FRENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito,
Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski.

Salvador

2021

MAYANA COSTA DA ASSUNÇÃO SANTOS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DO
CONCEITO “EMPREGADO HIPERSUFICIENTE”: UMA ANÁLISE
FRENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Salvador, 09 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Nome: Dra. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski – Orientadora

Doutora em Direito.

Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr. Lawrence Estivalet de Mello

Doutor em Direito.

Instituição: Universidade Federal do Paraná

Nome: Me. Felipe Santos Estrela de Carvalho

Mestre em Ciências Sociais.

Instituição: Universidade Federal da Bahia

Aos meus pais, Jucilene e Rogério,
e meus irmãos, Maurício e Monique,
pela constante escuta e dedicação!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por me permitir uma vida de muita saúde, alegrias e conquistas, com a graça de uma família abençoada.

A minha mãe, Jucilene, e ao meu pai, Rogério, que dedicaram, não somente cinco anos, mas suas vidas para seus filhos, acolhendo, protegendo, escutando e orientando em todos os segundos de minha trajetória. Este trabalho é fruto de muita atenção, afago, ensinamentos e muito carinho dedicado por vocês.

Aos meus irmãos, Maurício e Monique, pelas escutas incansáveis ao longo das madrugadas, pela atenção nos momentos de angústia e incertezas e pelo incentivo durante esta caminhada. Este é mais um passo que daremos juntos nas nossas vidas.

Ao meu amor, Igor, por ouvir meus anseios e minhas indecisões por longas horas, por me apoiar, por ser um grande incentivador de minhas conquistas e por se dedicar, ao meu lado, nesta etapa final.

Aos meus sogros e cunhados, pelas horas de companhia e distração nesse período de incertezas.

As minhas amigas, Adriana, Maria Carolina e Vitória, que me acompanham neste percurso por muitos anos e representam um pedaço importante de minha história.

Aos meus amigos da faculdade, que tornaram essa jornada mais leve e mais encantadora.

A Universidade Federal da Bahia, que me engrandeceu, me proporcionando participar de tantos projetos de extensão com alcance e interação popular, sendo uma verdadeira fonte de conhecimento.

Aos professores de toda minha história estudantil, que possibilitaram meu desenvolvimento e me permitiram alcançar e finalizar esta nova etapa.

Em especial, agradeço à Professora Adriana Wyzykowski, minha orientadora, que me guiou, estimulou e esteve presente nos momentos de dificuldade e incertezas deste trabalho. Agradeço a atenção, o carinho e, especialmente, o cuidado.

A todos que, diretamente e indiretamente, fizeram e fazem parte desta história.

*Está na luta, no corre-corre, no dia-a-dia
Marmita é fria mas se precisa ir trabalhar
Essa rotina em toda firma começa às sete da manhã
Patrão reclama e manda embora quem atrasar*

(Seu Jorge, trecho da canção Trabalhador, 2007)

RESUMO

A presente monografia apresenta como estudo central a análise dos supostos “empregados hipersuficientes”, figura criada pela inserção dos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT. Tal inovação legislativa confere maior autonomia privada individual aos empregados possuidores de diploma de nível superior e que recebem mais de duas vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social, com ressalvas. O objetivo desta pesquisa, então, é o estudo da excessiva autonomia privada conferida a esta nova classificação de empregados, de modo a criar segmento diverso de obreiros. Diante de tal diferenciação, questiona-se a conformidade das normas com os ditames constitucionais - especialmente o direito à igualdade e o direito a não discriminação no ambiente de trabalho -, as diretrizes impostas pelas normas internacionais - com destaque para a Convenção nº 111 da OIT – e os princípios basilares do Direito Individual do Trabalho. Assim, o presente trabalho concluiu pela evidente flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho através da Lei nº 13.467/2017, sendo tal Reforma Trabalhista meio para a atenuação dos princípios do não retrocesso social e do princípio da proteção do trabalhador. Nesse sentido, entendeu-se ainda que, ao introduzir os artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT, o legislador adotou critérios não previstos na Legislação Trabalhista para diferenciar os empregados, criando segmento diverso. Assim, esta monografia optou por utilizar, por analogia, o art. 611-B da CLT como limitador dos arts. 444, parágrafo único e 611-A da CLT. Diante das violações, o presente trabalho defende, primeiramente, a inconstitucionalidade e inconveniência dos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT bem como a necessidade de limitação interpretativa da autonomia privada conferida aos empregados, uma vez que a criação da figura do “empregado hipersuficiente” viola o direito à igualdade e o direito a não discriminação laboral presentes na Constituição Federal de 1988 e na Convenção nº 111 da OIT. Em segundo plano, concluiu-se pela aplicação do princípio da norma mais favorável e do princípio do não retrocesso social aos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT, a fim de que a negociação individual e a escolha pela utilização do instituto da arbitragem venham a serem praticados de forma a melhorar ou, ao menos, manter a condição social do trabalhador. Por fim, o trabalho sustenta ainda a aplicação de fatores e critérios objetivos para a verificação de validade aos acordos individuais entre empregado e empregador.

Palavras-chave: Empregado hipersuficiente. Direito à igualdade. Direito a não discriminação. Vulnerabilidade. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

This monograph presents as a central study the analysis of the supposed “hypersufficient employees”, a figure created by the insertion of Articles 444, sole paragraph and 507-A of Consolidated Labor Laws. Such legislative innovation gives greater private autonomy to employees with higher education diploma that earns more than twice the maximum value of the General Social Security Regime, with reservations. The objective of this research, thus, is to study the excess of private autonomy conferred to this new classification of employees, in order to create a diverse segment of employees. In the face of such differentiation, this paperwork questions the conformity between the news dispositions inserted in the labor law and the constitutional values - especially the right to equality and the right to non-discrimination in the work environment -, the guidelines imposed by international standards - with emphasis on International Labor Organization, Convention No. 111 - and the basic principles of Individual Labor Law. Thus, the present work concluded by the evident flexibilization and deregulation of the Labor Law through Federal Law n° 13.467/2017, being such Labor Law Reform a means to mitigate the principles of social non-retrogression and the principle of worker protection. In this sense, it was also understood that, by introducing articles 444, single paragraph and 507-A in the Labow Law, the legislator adopted criteria not provided for in the Labor Law to differentiate employees, creating a diverse segment. Thus, this monograph chose to use, by analogy, article 611-B of the Labor Law as limiter of articles 444, sole paragraph and 611-A of the Labor Law. In view of such violations, the present study defends, first, the unconstitutionality and unconventionality of articles 444, sole paragraph and 507-A of the Labor Law, as well as the need for interpretative limitation of the autonomy granted to employees, since the creation of the figure of "hyper-sufficient employee" violates the right to equality and the right to non-discrimination at work present in the Federal Constitution of 1988 and in Convention No. 111 of the ILO. Secondly, it was concluded that the principle of the most favorable norm and the principle of social non-retrogression were applied to articles 444, sole paragraph and 507-A of the Labor Law, so that individual negotiation and the choice to use the institute of arbitration will be practiced in order to improve or, at least, maintain the social condition of the worker. Finally, the work also supports the application of objective factors and criteria to verify the validity of individual rights between employees and employer.

Keywords: Hypersufficient employee. Right to equality. Right to non-discrimination. Vulnerability. Labor Reform.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta De Inconstitucionalidade
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas
ART.	Artigo
ARTS.	Artigos
CF/88	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MP	Medida Provisória
Nº	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
p.	Página
RE	Recurso Extraordinário
RGPS	Regime Geral da Previdência Social
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE	14
2.1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1.1 Da Caracterização Dos Direitos Fundamentais	17
2.1.2 Da Eficácia Horizontal Dos Direitos Fundamentais: Aplicabilidade Nas Relações Entre Particulares.....	21
2.2 DO DIREITO À IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	25
2.2.1 Da inter-relação entre igualdade e liberdade	27
2.2.2 Das dimensões do Direito à Igualdade e seus titulares.....	29
2.2.3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais não-trabalhistas e trabalhistas nas relações laborais.....	32
3 DIREITO CONSTITUCIONAL DA NÃO DISCRIMINAÇÃO: ART. 7º, XXXII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	35
3.1 A CONVENÇÃO Nº 111 DA OIT E O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	39
3.1.1 Aplicabilidade da Convenção nº 111 da OIT no Brasil.....	42
3.1.2. Do controle de convencionalidade.....	46
3.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	48
4 O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE.....	54
4.1 A REFORMA TRABALHISTA – SUA APROVAÇÃO	54
4.1.1 Do princípio do não retrocesso social	57
4.1.2 Do princípio da norma mais favorável	60
4.2 ENTENDENDO O CONCEITO “EMPREGADO HIPERSUFICIENTE”	63
4.3 AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL X AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA: EQUIPARAÇÃO LEGISLATIVA?.....	72
4.3.1 A autonomia privada nas relações trabalhistas	74
4.3.2. A prevalência da autonomia privada do “empregado hipersuficiente”	76
4.4. DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL AOS ARTIGOS 444, PARÁGRAFO ÚNICO E 507-A DA CLT.....	83
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86

REFERÊNCIAS.....	90
-------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017 inovou no campo do Direito do Trabalho, apresentando inúmeras alterações legislativas, de modo a dar margens para questionamentos aos estudiosos quanto à conformidade das modificações frente aos ditames constitucionais e os princípios que regem historicamente o Direito do Trabalho.

Nesse sentido, o presente trabalho possui como objetivo principal discutir acerca da criação da figura intitulada como "empregado hipersuficiente", a partir dos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT - inseridos com a Reforma Trabalhista. De acordo com tais disposições normativas, o “empregado hipersuficiente” é, de modo geral, o trabalhador que possui formação acadêmica – nível superior completo – e que recebe mais do que duas vezes o limite máximo do Regime Geral de Previdência Social, com ressalvas ante as diferentes especificidades previstas nos arts. 444, parágrafo único e 507-A da CLT. Estes empregados apresentam, conforme a lei, maior autonomia privada individual, podendo inclusive realizar negociações individuais com seu empregador e utilizar o instituto da arbitragem como meio de resolução de conflitos.

Esta monografia analisa se as disposições dos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT estão em conformidade com as normas constitucionais e internacionais, especialmente o direito à igualdade e o direito a não discriminação laboral constantes na Constituição Federal de 1988 e na Convenção nº 111 da OIT.

Diante disso, é inquestionável a necessidade da pesquisa quanto ao conceito e definição da nova classificação dos “empregados hipersuficientes”, uma vez que este novo segmento, se posto em prática, gerará consequências econômicas e jurídicas ao país ante a possibilidade de aplicação dos institutos da arbitragem e as negociações individuais no âmbito individual trabalhista – esfera antes não alcançada por tais mecanismos. Assim, é evidente a relevância do presente trabalho para o estudo acadêmico ante os seus reflexos nas questões jurídicas e econômicas do país.

Portanto, esta monografia optou por realizar uma pesquisa bibliográfica e descritiva dos discursos e visões jurídicas, observando as consequências e as análises feitas pela criação trazida pela Lei nº 13.467/2017, debruçando-se sobre livros, artigos, pesquisas científicas bem como as mais diversas teses e monografias sobre o tema. O método adotado é o dedutivo, já que, no presente trabalho, será analisado o direito positivado, especialmente, a criação de

uma nova figura pela Reforma Trabalhista sob a visão dos direitos fundamentais à igualdade e a não discriminação laboral. Com isso, o trabalho contará com uma grande revisão de literatura, de modo a trazer um olhar completo e crítico sobre a possível constitucionalidade e convencionalidade da criação da figura do “empregado hipersuficiente” no ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo, o estudo se propõe a destrinchar os conceitos de direito fundamental à igualdade, constante no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Tal análise se inicia com o exame da definição e aplicabilidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, de sorte a especificar tais efeitos quanto ao direito fundamental à igualdade. Posteriormente, o capítulo abordará a inter-relação existente entre igualdade e liberdade, as dimensões do direito à igualdade e sua eficácia nas relações privadas.

No segundo capítulo, realiza-se a análise do direito a não discriminação nas relações trabalhistas (art. 7º, XXXII da CF/88), conceituando-o e relacionando-o com as normas constantes da Convenção nº 111 da OIT, que versa sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Junto a isso, investigam-se ainda a definição e aplicabilidade da Convenção nº 111 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, examinando a disposição internacional e a regência do direito de não discriminação no ambiente laboral. Na mesma oportunidade, será também debatido o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade das normas.

No terceiro e último capítulo, o estudo aprofunda-se na discussão quanto às vulnerabilidades e hipossuficiências do empregado perante o empregador, verificando as consequências geradas pela Reforma Trabalhista com a criação da figura do “empregado hipersuficiente” perante as flexibilizações e desregulamentações do Direito Individual do Trabalho. Neste capítulo, a pesquisa se propõe a refletir acerca da autonomia privada individual conferida ao empregado, questionando-se a existência de uma evidente equiparação legislativa do poder negocial individual com o coletivo, de sorte a buscar propostas de limitação à autonomia privada individual como mecanismo de proteção ao trabalhador.

Portanto, a presente monografia busca discutir as consequências e os efeitos advindos dos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT, que introduziram a suposta figura do “empregado hipersuficiente”, investigando a constitucionalidade e convencionalidade das normas perante os direitos fundamentais (especialmente o direito à igualdade e o direito a não discriminação laboral), a Convenção nº 111 da OIT e os princípios que regem o Direito

Individual do Trabalho, em especial destaque o princípio da proteção ao trabalhador, o princípio da norma mais favorável e o princípio do não retrocesso social.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

É indiscutível a importância do papel dos direitos fundamentais aos indivíduos, à sociedade e à manutenção da democracia. Consciente de tamanha relevância, o constituinte elencou no Título II da Constituição Federal de 1988, minuciosamente, uma série de direitos e garantias fundamentais a serem asseguradas a todas as pessoas – sejam físicas ou jurídicas – tituladas sob o ordenamento jurídico brasileiro.

Diante de tal importância, o presente trabalho irá analisar o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CF/88) e o direito a não discriminação nas relações trabalhistas (art. 7º, XXXII, CF/88).

Neste primeiro capítulo, o foco da discussão será o direito fundamental em geral, perpassando pelo conceito, características gerais e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo, posteriormente, especificada a análise para o direito fundamental à igualdade, suas características e sua atuação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, cumpre realizar uma breve distinção terminológica entre os termos “direito fundamental”, “direitos humanos” e “direito do homem”. Apesar das denominações se mostrarem, grosso modo, muito semelhantes, as supracitadas expressões carregam significados e aplicabilidades distintas.

A expressão “direitos humanos” ou “direitos humanos fundamentais” abarca os “direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal”¹. Já a expressão “direito do homem” retrata os “‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e resistência à opressão”². Enquanto que os “direitos fundamentais”

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-pub*. p. 392.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 562.

tratam dos direitos previstos e reconhecidos pelo texto constitucional³, limitados pelo espaço e tempo⁴.

Nessa seara, Paulo Bonavides, mencionando Carl Schmitt, verificou que existiriam dois critérios formais de designação dos direitos fundamentais, sendo, primeiramente, “todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”⁵ e ainda os “direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*) a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição”⁶, de sorte que cada país soberano irá construir e escolher a aplicabilidade de seus direitos fundamentais próprios⁷.

Os direitos fundamentais, assim, surgiram a partir de um processo, de uma evolução constante e gradual com a defesa, reconhecimento e, posterior, positivação constitucional. Essa busca progressiva de afirmação dos direitos fundamentais se deu a partir de uma motivação central do indivíduo da necessidade de limitação do poder e controle Estatal, ou seja, o direito fundamental surge a partir da procura por proteção e contenção do poder político⁸- isto é, do poder dos governantes- sobre os indivíduos, de modo que, ao longo da história, apresentaram-se dimensões/gerações dos direitos fundamentais como fruto de um “processo cumulativo e qualitativo”⁹.

Começando pelos direitos fundamentais de primeira geração/dimensão, tem-se os direitos voltados à liberdade, sendo os direitos individuais, civis e políticos. São os “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹⁰. Neste rol, está o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, à liberdade de atividade econômica e da disposição da propriedade bem como o direito ao voto, à formação de partido político, entre outros¹¹.

A segunda geração/dimensão avança com os direitos sociais, econômicos e culturais, de sorte que “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois

³ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 392.

⁴ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7º ed. 14º reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 561.

⁶ *Ibid*, *loc. cit.*

⁷ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre* *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 561.

⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 295.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

¹⁰ *Ibid*. p. 564.

¹¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 503

fazê-lo equivaleria desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”¹². Os direitos de segunda dimensão, então, podem ser denominados de direitos de igualdade, uma vez que possuem o ânimo de atenuar as desigualdades sociais e econômicas existentes¹³. Nesse sentido, André Ramos Tavares afirma acerca dos direitos fundamentais de segunda dimensão que:

Trata-se, com essa nova dimensão, não de se proteger contra o Estado, mas, sobretudo, de elaborar um rol de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter de atuar para satisfazer tais direitos. Entre os direitos de segunda dimensão, encontram-se, v. g., o direito ao trabalho, à proteção em caso de desemprego, o direito ao salário mínimo, a um número máximo de horas de trabalho, ao repouso remunerado e ao acesso a todos os níveis de ensino.¹⁴

Os direitos pertencentes a esta dimensão apresentam, principalmente, cunho prestacional, sendo direitos a prestações sociais positivas do Estado. Enquanto os direitos de primeira dimensão exigem que o Estado não permita a violação do direito, os direitos de segunda dimensão necessitam de uma ação permanente do Estado para cumprir os programas sociais, de modo a serem denominados direitos positivos, uma vez que apresentam o poder de exigir ou de crédito¹⁵.

A terceira geração/dimensão dos direitos fundamentais é caracterizada como elemento da fraternidade, uma vez que os direitos atuam como mecanismos de proteção do indivíduo em sua coletividade social¹⁶, sejam de titularidade coletiva ou difusa¹⁷. Tal classificação abarca o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, direito de comunicação e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade¹⁸.

Atualmente, diversos autores reconhecem novas dimensões de direitos fundamentais, seja a quarta, quinta, sexta ou, até mesmo, a sétima dimensão de direitos fundamentais¹⁹.

¹² BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 564.

¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 623.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 503.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* p. 623.

¹⁶ *Ibid.*, p. 626.

¹⁷ Os direitos de titularidade difusa são direitos que pertencem a todos os indivíduos de um grupo indeterminado, sem necessariamente haver uma relação jurídica entre si. Já os direitos de titularidade coletiva tratam de direitos de um determinado grupo. Neste, os direitos não são unicamente do indivíduo, mas sim do grupo que determinado indivíduo compõe.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

¹⁹ Nesse sentido, interessante explicitar brevemente quais seriam os direitos defendidos pelas novas dimensões de direitos fundamentais. Como fruto do fenômeno da globalização, a quarta dimensão abarca o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. A quinta dimensão dos direitos fundamentais defende o direito à paz. Já a sexta dimensão seria composta pelo direito à busca da felicidade e ainda o acesso à água potável. Por fim, há ainda autores que defendem a existência da sétima dimensão dos direitos fundamentais, a qual seria formada pelo

Contudo, o presente trabalho irá se ater à classificação clássica para melhor aprofundamento da temática.

Desse modo, a defesa pelo reconhecimento dos direitos fundamentais se perpetuou como um processo sucessivo de afirmações, possuindo como consequência principal a irreversibilidade ou irrevogabilidade desses direitos e ainda o seu caráter complementar, não sendo possível qualquer supressão de um direito fundamental já reconhecido²⁰, seja tal remoção parcial ou total. Assim, faz-se imperioso prosseguir com a caracterização dos direitos fundamentais e as suas peculiaridades.

2.1.1 Da Caracterização Dos Direitos Fundamentais

Para a melhor definição do termo “Direitos Fundamentais” se mostra indispensável a análise de suas características principais. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior elenca como características inerentes aos direitos fundamentais as seguintes: historicidade, universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, limitabilidade, concorrência, proibição do retrocesso e constitucionalização²¹.

A historicidade decorre do fato dos direitos fundamentais, como brevemente exposto acima, serem conquistados e reconhecidos, ao longo do tempo, como resultado de um processo de construção e, conseqüente, evolução histórica. Diante de sua historicidade, os direitos fundamentais são ampliados e reinterpretados - direitos já existentes assumem novas definições-, uma vez que novas realidades e desejos sociais são estabelecidos²², de modo que a concepção dos direitos fundamentais modifica-se de acordo com o tempo e o espaço.

A partir desta perspectiva, Norberto Bobbio afirma que não existem direitos fundamentais por natureza, uma vez que os direitos variam conforme a sua época histórica e

direito à probidade administrativa e à boa administração pública. Importante frisar que a definição de tais dimensões não apresenta um verdadeiro consenso, havendo críticas e discordâncias entre os autores.

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 613.

²¹ *Ibid.*, p. 637-642.

²² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 386-387.

ainda segundo a civilização que o adota, podendo o mesmo direito, em uma determinada civilização, não ser fundamental em outras épocas e em outras culturas²³.

Quanto à universalidade, entende-se que os direitos fundamentais abarcam e atingem todos os seres humanos, havendo a ressalva de que alguns destes direitos interessam ou pertencem apenas a uma parcela dos sujeitos, como por exemplo, os direitos dos trabalhadores. Importante aqui destacar que a universalidade dos direitos fundamentais não significa a sua uniformidade, uma vez que, conforme desenvolvido anteriormente, os direitos fundamentais modificam-se na dimensão tempo-espaço²⁴.

As características da inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade dos direitos fundamentais podem ser entendidas conjuntamente. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais não podem ser transferidos ou renunciados, uma vez que não estão à disposição de seu titular. Além disso, os direitos fundamentais são imprescritíveis, ou seja, não desaparecem pelo decurso do tempo, sendo, portanto, sempre exigíveis²⁵.

No tocante à limitabilidade, verifica-se que os direitos fundamentais não são direitos absolutos, podendo, em nível concreto, sofrer ponderações conforme o juízo de proporcionalidade, sem que um direito seja completamente esvaziado em função de outro²⁶. Tal limitabilidade ocorre ainda em situações específicas, como as chamadas limitações circunstanciais, em que direitos fundamentais são restringidos por situações constitucionais de crise, como por exemplo, a decretação dos estados de sítio e de defesa²⁷. Nessa seara, importante o destaque de trecho do posicionamento adotado por Dirley da Cunha Júnior quanto à análise das limitações dos direitos fundamentais:

A propósito dessa característica, cumpre acentuar que os direitos fundamentais, por si só, não podem sofrer qualquer ordem de limitação, seja pela via da interpretação, seja, sobretudo, pela atividade do legislador infraconstitucional, a não ser que a possibilidade de restrição seja admitida pela própria Constituição ou derive da necessidade de interação com outras disposições constitucionais, hipótese em que, ainda assim, a limitação jamais poderá atingir o núcleo essencial, isto é, o conteúdo mínimo desses direitos.

²³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão. p. 13.

²⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 638.

²⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 384-385.

²⁶ Nesse contexto, o exercício dos direitos fundamentais deve respeitar tanto aos limites impostos como aos limites dos limites, de modo que não ocorra uma aplicação absoluta do direito fundamental nem uma limitação excessiva a tal direito, permitindo a aplicação do direito fundamental de forma harmônica.

²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 640-641.

Assim, as chamadas *limitações iminentes* dos direitos fundamentais existem para realizar a concordância entre eles próprios ou entre eles e outros bens constitucionalmente protegidos.²⁸

Nesse sentido, os direitos fundamentais também têm como atributo a concorrência, ou seja, os direitos podem ser exercidos de forma cumulativa, permitindo-se que um mesmo sujeito seja titular, cumulativamente, de diversos direitos fundamentais²⁹.

Os direitos fundamentais possuem ainda como característica principal a proibição de retrocesso, aspecto muito importante para o presente trabalho, visto que tratará de novo instituto trazido pela Reforma Trabalhista, a qual é alvo de críticas por grande parte dos autores por representar uma regressão do Direito do Trabalho. Tal atributo consagra que os direitos fundamentais, por serem frutos de um processo histórico-evolutivo, não podem ser suprimidos, abolidos ou enfraquecidos, de modo que não poderá haver revogação de normas que ratifiquem os direitos fundamentais ou ainda que sejam essas substituídas por outras menos assecuratórias, ficando de logo impedida a realização e propagação de políticas públicas que venham a suprimir ou enfraquecer, na prática, a defesa dos direitos fundamentais já conquistados³⁰. Assim, o legislador não possui a obrigação de avançar com direitos, contudo, há a obrigação de proibir o retrocesso, já que “uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não pode depois eliminá-las sem ‘alternativas’ ou ‘compensações’”³¹.

Com base no princípio da proibição de retrocesso, a Constituição Federal elencou as chamadas “cláusulas pétreas” – previstas no art. 60, §4º, inciso IV -, estando os direitos fundamentais e o próprio artigo 60, §4º impedidos de serem objetos de deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a os abolir ou enfraquecê-los. Tal restrição material às emendas constitucionais funciona como uma verdadeira barreira ao retrocesso³², ao impossibilitar que os direitos fundamentais uma vez reconhecidos sejam retirados do arcabouço jurídico brasileiro. Tal característica é tão significativa para a sociedade que se

²⁸ *Ibid.*, p. 641.

²⁹ BARROS, Renato da Costa Lindo de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V.; WYZYKOWSKI, Adriana. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2014. p. 46.

³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 641.

³¹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 103.

³² BARROS, Renato da Costa Lindo de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V.; WYZYKOWSKI, Adriana. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2014. p. 46.

transformou em um princípio autônomo, uma garantia constitucional implícita: o princípio do não retrocesso³³, que será posteriormente aprofundado no capítulo 4.1.1 do presente trabalho.

Por fim, os direitos fundamentais apresentam como característica a sua constitucionalização. Diante de tamanha importância, os direitos, para assumir a classificação de direitos fundamentais, necessitam estarem inscritos no diploma normativo de cada Estado³⁴. Apesar de tal visão, há autores que defendem a não tipicidade dos direitos fundamentais, de sorte que os direitos fundamentais não são apenas as normas constitucionais formalmente previstas, mas também os direitos provenientes de outras fontes. Nesse sentido,

Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração (embora sem ser, em rigor, exemplificativa) é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novos direitos ou de novas faculdades de direitos para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento³⁵.

Para tais autores, esta perspectiva foi, inclusive, adotada pela Constituição Federal de 1988 ao prever, no artigo 5º, §2º que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Assim, a análise das características supracitadas é de grande importância para a temática central, uma vez que a aplicação prática da figura do “empregado hipersuficiente” apresenta como uma das barreiras os direitos fundamentais, de modo que as características explicitadas poderão servir como impeditivo para a verificação de sua constitucionalidade.

Sob a perspectiva da dupla dimensão, entende-se que os direitos fundamentais atuam na esfera subjetiva e objetiva, funcionando tanto como possibilidades jurídicas subjetivas quanto como a base do ordenamento jurídico do país. Na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais impõem uma atuação positiva (direitos de prestações) e uma atuação negativa (dever de omissão do Estado) aos titulares do Poder Público. Já na dimensão objetiva, os direitos fundamentais atuam como valores que vão influenciar todo o ordenamento jurídico e servir de diretriz para o Estado e a sociedade, de modo que todos os direitos estabelecidos no

³³ MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região. Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010. p. 65

³⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 278.

³⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed., rev. e atualizada. Coimbra: Coimbra Ed, 2008. p. 176.

ordenamento jurídico devem, obrigatoriamente, passar pelo filtro dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal³⁶.

Diante disso, os direitos fundamentais são direitos inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis de todos os seres humanos, fruto de um processo histórico, cumulativo e modificável na esfera tempo-espaço, podendo sofrer limitações, mas impossibilitando retrocessos sociais. Com isso, os direitos fundamentais funcionam como garantias e diretrizes para os indivíduos, especialmente perante o Estado, questionando-se, assim, sua aplicabilidade nas relações entre particulares.

2.1.2 Da Eficácia Horizontal Dos Direitos Fundamentais: Aplicabilidade Nas Relações Entre Particulares

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais – também chamada de eficácia externa dos direitos fundamentais ou eficácia privada dos direitos fundamentais - revela a incidência e aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações travadas entre os particulares – ou seja, entre indivíduos.

Os direitos fundamentais nasceram como instrumento de proteção e limitação dos indivíduos aos poderes e controles estatais, de sorte que é clara a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações travadas entre os indivíduos e o Estado³⁷. Entretanto, com o passar do tempo, estudiosos e operadores do Direito passaram a se questionar acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo que surgiram teorias divergentes, sendo três principais, quais sejam: as teorias negativas – teoria do *state action*³⁸ e a *public function theory*; a teoria da eficácia indireta e mediata e a teoria da eficácia direta e imediata.

Inicialmente, os ordenamentos jurídicos dos países adotavam a teoria negativa, a qual negava a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares³⁹. As teorias negativas levaram à criação, nos Estados Unidos, da doutrina *state action*, a qual

³⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 362-363.

³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 648.

³⁸ BARROS, Renato da Costa Lindo de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V; WYZYKOWSKI, Adriana. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2014. p. 73-74.

³⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 531

defende que os direitos fundamentais impõem limitações apenas aos Poderes públicos, não se aplicando as limitações nas relações privadas⁴¹.

Os autores defendem a não aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas com base em três argumentos: a literalidade da constituição norte-americana, que cita, na maioria das cláusulas asseguradoras dos direitos fundamentais, apenas o Poder Público; o federalismo dos Estados Unidos, que defende ser competência dos Estados legislar sobre o Direito Privado, de sorte que a teoria do *state action* preserva a autonomia dos estados e impossibilita que as cortes federais, sob a justificativa de aplicar o texto constitucional, interviessem no direito privado; e, por fim, a preocupação com a autonomia privada do indivíduo, que, diante das restrições constitucionais, teria sua liberdade perdida⁴².

Tal doutrina, posteriormente, foi mitigada pela teoria da função pública - *public function theory* -, que permite a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares quando estes estiverem exercendo funções tipicamente públicas⁴³. Em verdade, a *public function theory* funcionou como um temperamento à doutrina da *state action*, afirmando que os direitos fundamentais poderiam ser aplicados às relações privadas, sem, contudo, estabelecer critérios claros e específicos⁴⁴.

Em 1956, a teoria da eficácia indireta e mediata passou a ser defendida por Günter Dürig, sustentando que os direitos fundamentais apenas produzem os seus efeitos entre os particulares quando estiverem previstas cláusulas gerais da legislação infraconstitucional como mecanismo de intermediação⁴⁵, ou seja, a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas estaria condicionada à prévia intervenção do legislador infraconstitucional⁴⁶. Segundo esta teoria, os direitos fundamentais não poderiam possuir aplicabilidade direta nas relações privadas, uma vez que tal incidência estaria abolindo a autonomia privada⁴⁷ - tema que será abordado no capítulo 4.3 do presente trabalho - e comprometendo as liberdades individuais, que estariam a mercê do Poder Judiciário, diante

⁴¹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011, p. 63.

⁴² *Ibid.*, loc. cit.

⁴³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 649.

⁴⁴ BARROS, Renato da Costa Lindo de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V.; WYZYKOWSKI, Adriana. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2014. p. 77.

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 531.

⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 649.

⁴⁷ O autor Daniel Sarmiento, ao escrever o tema, utilizou a expressão “autonomia da vontade”. Contudo, por estar a referida terminologia ultrapassada, como se verá mais adiante, o presente trabalho optou por utilizar a expressão “autonomia privada”.

dos conceitos indeterminados presentes na Constituição Federal⁴⁸. Assim, para os adeptos desta teoria, cabe ao legislador privado mediar a aplicação dos direitos fundamentais na relação privada, atuando o poder judiciário apenas em casos excepcionais⁴⁹.

Por outro lado, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, a qual foi inicialmente defendida por Hans Nipperdey - juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão⁵⁰ -, sustentava a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares por entender que os direitos fundamentais produzem efeitos absolutos, ou seja, com caráter *erga omnes*, sendo assim dispensável a intermediação legislativa⁵¹. Para o defensor, “os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provém apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral”⁵².

Apesar de a teoria nascer na Alemanha, tal posicionamento não era predominante no país, ganhando destaque na Espanha, Portugal e Chile⁵³. No Brasil, a teoria defendida pela doutrina majoritária é a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares⁵⁴, sendo este o posicionamento atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁵.

Nesse contexto, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário número 201.819-8, travou discussão aprofundada acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O caso trata da expulsão de um sócio de entidade sem fins lucrativos - União Brasileira dos Compositores – sem a observância das garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório, desdobramentos inerentes do direito ao devido processo legal. A decisão defende a existência de vinculação entre os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e os particulares em face dos poderes privados.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 221-223

⁴⁹ *Ibid.*, p. 224.

⁵⁰ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; TORRES, Marcio Roberto. *Direitos fundamentais e as relações privadas: superando a (pseudo)tensão entre aplicabilidade direta e eficácia indireta para além do patrimônio*. vol. 04, n.º. 53. Revista Jurídica: Curitiba, 2018, p.334.

⁵¹ BARROS, Renato da Costa Lindo de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V; WYZYKOWSKI, Adriana. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2014. p. 84.

⁵² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 229.

⁵³ BARROS, Renato da Costa Lindo de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V; WYZYKOWSKI, Adriana. *Op. Cit.*, p. 85.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit*, p. 269.

⁵⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 650.

Apesar da expressa distinção entre a vinculação dos direitos previstos na Constituição Federal aos poderes públicos e privados na decisão, uma das críticas levantadas é a presença de um debate acerca da natureza da “sociedade”, de modo que a decisão explicitamente defende que a entidade ocupa um espaço público, ainda que não-estatal. Entretanto, para André Ramos Tavares, a teoria da eficácia imediata não teria sido completamente absorvida pelo STF, uma vez que, se de fato tal teoria tivesse sido admitida pela Suprema Corte, não haveria que se discutir a natureza da entidade como “semiestatal”⁵⁶.

Apesar das críticas, a decisão enumera outros casos semelhantes⁵⁷, nos quais a tese de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais foi adotada pelo STF, de modo que o relator Ministro Gilmar Mendes ratifica, em trecho da decisão, ser essa a posição majoritária do Tribunal ao afirmar: “Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”⁵⁸.

Em verdade, a Constituição Federal prevê, no artigo 5º, §1º, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sem, contudo, esclarecer se tal incidência atingiria as relações privadas⁵⁹. Apesar da ausência de uma expressa aplicação, os doutrinadores utilizam a existência do supracitado artigo como instrumento de defesa para a adoção da teoria imediata dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduos.

Desse modo, a discussão da aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais se mostra de grande importância para o presente trabalho, haja vista que a pesquisa aprofundará o debate da incidência do direito fundamental à igualdade e o direito a não discriminação nas relações trabalhistas – art. 5º e 7º da Constituição Federal-, as quais apresentam como destinatários, especialmente, particulares em suas relações privadas. Com isso, o próximo

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 533.

⁵⁷ Na referida decisão, cita-se o RE nº 158.215-RS, no qual preconiza a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 2018198/RJ*. Sociedade Civil Sem Fins Lucrativos. União Brasileira De Compositores. Exclusão De Sócio Sem Garantia Da Ampla Defesa E Do Contraditório. Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Privadas. Recurso Desprovido. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 28 de jan. de 2021. p. 31.

⁵⁹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; TORRES, Marcio Roberto. *Direitos fundamentais e as relações privadas: superando a (pseudo)tensão entre aplicabilidade direta e eficácia indireta para além do patrimônio*. vol. 04, nº. 53. Revista Jurídica: Curitiba, 2018, p.335.

passo será o exame aprofundado da temática a partir do detalhamento do direito fundamental à igualdade.

2.2 DO DIREITO À IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O direito à igualdade apareceu, no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Carta Imperial de 1824, a qual previu - no artigo 179, XIII - que “a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Com o passar do tempo, as Cartas Magnas evoluíram trazendo conceitos e disposições cada vez mais específicas acerca do direito à igualdade, inclusive abrangendo a vedação de discriminações em virtude de sexo, raça, religião, entre outros⁶⁰.

A Constituição Federal de 1988, tão conhecida como a “Constituição Cidadã”, progrediu consideravelmente com a inserção de direitos à defesa do cidadão e trouxe em seu texto como um dos pilares do atual ordenamento jurídico brasileiro: o direito fundamental à igualdade, disposto no art. 5º, *caput* da CF/88. Tal caráter igualitário do Estado brasileiro foi assumido pela Carta Magna, desde o seu “preâmbulo”, ao propor:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁶¹

O direito fundamental à igualdade decorre do princípio constitucional da igualdade⁶², o qual apresenta uma estreita relação com o conceito de justiça. Tal associação foi sinalizada

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-pub*. p. 758-763.

⁶¹ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁶² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 696.

por Aristóteles ao sugerir que os iguais devem ser tratados igualmente, enquanto que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade⁶³.

Essa perspectiva trazida por Aristóteles esclarece, de logo, que o direito fundamental à igualdade não pode ser entendido como uma homogeneidade de direitos entre todos os cidadãos - sejam eles crianças ou adultos -, mas, sim, uma igualdade estabelecida entre os indivíduos dentro de suas peculiaridades. Ora, assumir que todos – indistintamente – fossem literalmente iguais perante a lei presumir-se-ia que crianças e adultos possuiriam os mesmos direitos e deveres, de modo que as crianças pudessem assumir obrigações não compatíveis com a sua capacidade psicológica, o que não é razoável. Na verdade, a existência de uma distinção entre pessoas não necessariamente viola o direito fundamental à igualdade⁶⁴, uma vez que se tal premissa fosse verdadeira, haveria uma equivalência e homogeneidade entre os direitos/deveres das crianças e adultos, por exemplo. O questionamento feito é quando e como se deve fazer a distinção entre os “iguais” e os “desiguais”?

Nesse sentido, o direito fundamental à igualdade formal define que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, prevendo, como regra, uma igualdade de tratamento, de modo a vedar a aplicação de qualquer distinção/ discriminação autoritária por parte dos legisladores e dos aplicadores da lei. Assim, não basta à aplicação da lei ser imperiosa a observância da igualdade, mas também a própria edição da lei se sujeita ao dever de respeitar o tratamento igualitário a todos⁶⁵, estando o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário submetidos ao direito à igualdade⁶⁶.

O direito à igualdade, então, funciona como uma limitação à discricionariedade legislativa⁶⁷, sendo função da lei a discriminação de certas situações para a aplicação de determinadas regras, de modo que é indispensável a análise de quais são as discriminações juridicamente intoleráveis⁶⁸.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-pub*. p. 757-758.

⁶⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. Cit*, p. 700.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., atual, 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 9.

⁶⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 602.

⁶⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 697.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., atual, 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 11.

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição⁶⁹.

Um exemplo da legítima distinção trata-se dos casos de concurso para formação da “polícia feminina”. No caso em destaque, sob um olhar superficial, haveria uma suposta discriminação por sexo e conseqüente violação ao direito fundamental à igualdade. Ocorre que, em razão da função exercida – “polícia feminina” – somente pode (e deve) ser aceita a inscrição de pessoas do sexo feminino. Desse modo, a suposta discriminação não viola em nada o direito à igualdade, uma vez que o fator objetivo da distinção não foi escolhido de forma aleatória⁷⁰.

Com isso, o direito fundamental à igualdade atua como instrumento de vedação de medidas e discriminações arbitrárias, ou seja, distinções juridicamente intoleráveis, sem haver qualquer pertinência lógica, de modo que, para o melhor entendimento do conceito de direito fundamental à igualdade, mostra-se indispensável a análise mais aprofundada da relação entre igualdade e liberdade.

2.2.1 Da inter-relação entre igualdade e liberdade

O estudo do direito fundamental à igualdade não pode ser feito sem uma análise acerca do direito à liberdade. Tais direitos, ainda que sejam direitos fundamentais autônomos, apresentam uma inter-relação profunda, de modo que, ao passo que o exercício de um limita o exercício do outro, ambos se complementam, garantindo-se, assim, a autonomia⁷¹.

Inicialmente, o direito à liberdade poderia ser definido apenas como o dever de abstenção de terceiros. Contudo, o direito à liberdade não pode ser estudado como um direito à simples ausência de intervenção, mas deve ser entendido também como a faculdade de

⁶⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 17-18.

⁷¹ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. p. 28 – 30.

realização do ser, de sorte que a inter-relação entre a igualdade e liberdade levará a condições equitativas entre os indivíduos para o respectivo exercício do direito⁷².

Para John Rawls, o conceito de liberdade estaria relacionado a três pontos: “os agentes que são livres, as restrições ou limitações de que eles estão livres, e aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer”⁷³.

O autor, então, diferencia o conceito de liberdade e valor da liberdade. A liberdade seria “um sistema completo das liberdades de cidadania igual, enquanto o valor da liberdade para pessoas e grupos depende de sua capacidade de promover seus fins dentro da estrutura definida pelo sistema”⁷⁴. Para o autor, enquanto a liberdade é igual para todos os indivíduos, o valor da liberdade varia conforme cada um, dependendo de sua autoridade e riqueza. Assim, haveria indivíduos que atingiriam seus objetivos com maior facilidade que outros, o que permitiria que o valor da liberdade fosse compensado para os menos favorecidos, sendo garantida a igualdade e justiça social⁷⁵.

Nesse contexto, entende-se que o direito fundamental à liberdade e o direito fundamental à igualdade “permitem uma autodeterminação dos indivíduos, na medida em que garantem a atuação livre dos agentes, possibilitando que diferenciações sejam realizadas para se assegurar um equilíbrio nesta relação jurídica”⁷⁶. A liberdade, sob a perspectiva da autonomia, só pode ser efetivamente garantida, quando em uma relação jurídica equilibrada com condições igualitárias entre as partes, não sendo possível o exercício pleno da liberdade e da autonomia em uma sociedade de pobreza extrema, dificuldades sociais e evidentes desigualdades⁷⁷.

Diante disso, para a análise da plena autonomia nas relações jurídicas – especialmente, em se tratando de relações trabalhistas, tema do presente trabalho-, passa-se a discutir, mais detidamente, o conceito de igualdade e os seus titulares.

⁷² POMPEU, Gina Vidal Marcilio; SAMPAIO, Natercia Siqueira. *Liberdade e igualdade: condicionamentos democráticos para a estabilidade social*. Unoesc International Legal Seminar, p. 931-946, 20 nov. 2014, p. 944.

⁷³ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.219.

⁷⁴ *Ibid.*, p.221.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 221 -222

⁷⁶ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. p. 29.

⁷⁷ *Ibid.*, p.33.

2.2.2 Das dimensões do Direito à Igualdade e seus titulares

Pioneiramente, a igualdade teve origem religiosa, ganhando destaque com a teoria cristã ao pregar que “todos os homens são iguais perante Deus por serem criados à sua imagem e semelhança”⁷⁸. Apesar de alguns autores defenderem a perpetuação, na prática, pela Igreja Católica de certas desigualdades - como a legitimação da escravidão, a inferiorização da mulher e de outros povos em relação ao homem branco⁷⁹ -, é a partir do fortalecimento da igualdade propagada pela mesma que o instituto se fortaleceu no pensamento político ocidental⁸⁰.

Com a queda dos estados absolutistas e a eclosão dos movimentos sociais, políticos e históricos – Revoluções Francesa, Inglesa e Americana -, a igualdade passou a figurar como direito a ser observado na Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776, dispondo que todos os homens nascem igualmente livres e independentes⁸¹. Seguindo essa ideologia, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 também afirma que os homens são livres e independentes por natureza. A partir de então, a igualdade de todos perante a lei passou a estar gradativamente prevista nas declarações e constituições seguintes, tais como: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)⁸².

No primeiro momento, o direito à igualdade é entendido apenas como uma igualdade de todos os homens perante a lei, ou seja, trata-se de uma igualdade absoluta ou meramente formal, na qual é vedado qualquer tratamento diferenciado independentemente do seu conteúdo, “pois, ainda que se reconheçam as desigualdades existentes entre os homens, considera-se serem as mesmas irrelevantes no âmbito do tratamento jurídico”⁸³. Nesse caso, a igualdade formal conduziria a definição dos sujeitos da relação jurídica como entes abstratos e

⁷⁸ AYRES, Renato de Carvalho. A Igualdade Na Perspectiva Do Estado Social : Da Insuficiência Do Princípio Formal Da Igualdade Perante A Lei. In: AYRES, Renato de Carvalho. et al. *Temas sobre a constitucionalização dos direitos fundamentais: um debate crítico*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. p. 99.

⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10º. ed. - São Paulo : Saraiva, 2015, p. 30.

⁸⁰ AYRES, Renato de Carvalho. *Op. Cit.*, p. 99.

⁸¹ *Ibid, loc. cit.*

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-pub*. p. 759-760.

⁸³ TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: Conteúdo, alcance e direções. *Revista de direito administrativo: RDA*. n. 211, p. 241–269, jan./mar.. FGV: Rio de Janeiro, 1998, p. 255.

completamente apartados de qualquer condição material de existência⁸⁴. Sob a ótica da igualdade formal entre os sujeitos,

[...] em determinados âmbitos, como por exemplo, uma compra e venda entre um grande industrial e um grande comerciante atacadista, ou entre dois trabalhadores, a idéia de equivalência projetada a partir de uma concepção formal de igualdade pode até corresponder à realidade dos fatos. O mesmo não ocorria, por exemplo, nas relações contratuais estabelecidas entre o capital e o trabalho, entre o empregador e o empregado – plano fundamental a partir do qual se dá a produção social da riqueza em uma sociedade capitalista. Neste plano, a assimetria se apresenta de forma radical, requerendo uma intervenção estatal capaz de re-equilibrar os termos de uma equação jurídica vazia que o Estado liberal-individualista, por seus pressupostos ideológicos e por seus objetivos políticos não poderia prover⁸⁵.

Com o passar dos anos, notou-se que as desigualdades sociais e econômicas se perpetuavam, os indivíduos – especialmente, assalariados e as minorias étnicas e nacionais – sequer prosperavam, chegando à conclusão de que a simples afirmação da existência de uma igualdade meramente formal não era suficientemente capaz de eliminar todas as injustiças vivenciadas pela sociedade⁸⁶.

Diante de tantas desigualdades, lutas de classes e o mundo no pós-segunda guerra mundial, surgiu o Estado Democrático Social de Direito – com especial destaque, na Constituição do México de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 -, consolidando-se nas sociedades ocidentais no período da Guerra Fria⁸⁷. É a partir da instituição do Estado Democrático Social de Direito, sobretudo quando concebidas as ordens jurídico-constitucionais na forma de Constituições dirigentes, que se passou a compreender a igualdade como uma igualdade material⁸⁸, buscando a defesa pelo conteúdo igualitário da lei. Em verdade, para uma igualdade propriamente dita, é exigível, em determinadas situações, que a lei seja desigual para uns e outros. Nesse momento, a igualdade passa a ser entendida como um mecanismo de vedação das discriminações arbitrárias, operando para a escolha de critérios razoáveis e justos⁸⁹.

⁸⁴ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *O estado democrático social de direito em face do princípio da igualdade e as ações afirmativas*. Tese (Mestrado Em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2007. p.30

⁸⁵ *Ibid*, loc. cit.

⁸⁶ *Ibid.*, p.323-324.

⁸⁷ *Ibid.*, p.325-327.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 329.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 764.

No constitucionalismo moderno, a igualdade alcança a sua terceira fase, na qual se entende a existência de “um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais”⁹⁰, sendo conhecida pela fase da igualdade social ou de fato. Tal igualdade pode ser sinalizada na Constituição Federal brasileira de 1988 nos artigos que garantem, por exemplo, assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovam a insuficiência de recursos - art. 5º, LXXIV - ou a proteção do mercado de trabalho da mulher - art. 7º, XX, entre outras disposições⁹¹.

A partir de tal perspectiva, a Carta Magna brasileira apresenta três dimensões do direito à igualdade, quais sejam: a proibição do arbítrio – vedam-se, nesse ponto, as distinções meramente autoritárias e sem qualquer pertinência lógica, sendo proibida a conferência de tratamento igual para situações desiguais; a proibição de discriminação, impedindo-se a ocorrência de discriminação com bases subjetivas; por último, a obrigação de tratamento diferenciado para diminuir as desigualdades sociais, econômicas e culturais⁹².

Diante das dimensões assumidas pelo direito à igualdade, importante tratar dos seus titulares e destinatários. Como titulares, entende-se todos aqueles que estejam sob o ordenamento jurídico brasileiro, tanto pessoas físicas quanto jurídicas, incluindo estrangeiros não residentes. Imperioso esclarecer que a aplicabilidade do direito à igualdade irá se ater a compatibilidade do direito à peculiaridade da pessoa. Os destinatários do direito fundamental à igualdade são os órgãos estatais dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, uma vez que a igualdade é compreendida como igualdade na lei e igualdade pela lei⁹³.

Desse modo, o direito à igualdade garante o tratamento isonômico entre as pessoas, de modo a diminuir as desigualdades e distinções injustificáveis. Diante disso, indispensável se faz o estudo da eficácia vertical e horizontal dos direitos constitucionais – em especial destaque, o direito fundamental à igualdade - nas relações trabalhistas, tendo em vista tratar-se de ponto crucial para a discussão central do presente trabalho.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 765.

⁹¹ TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: Conteúdo, alcance e direções. *Revista de direito administrativo: RDA*. n. 211, p. 241–269, jan./mar.. FGV: Rio de Janeiro, 1998, p. 265.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 769.

⁹³ *Ibid.*, p. 772.

2.2.3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais não-trabalhistas e trabalhistas nas relações laborais

Como anteriormente analisado, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é foco de grande discussão na doutrina e jurisprudência brasileira, sendo, atualmente, destacada uma preferência pela defesa da eficácia imediata dos direitos fundamentais na relação entre particulares.

No presente tópico, a análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – sobretudo, o direito fundamental à igualdade - girará em torno das relações trabalhistas, sendo discutida a eficácia tanto dos direitos fundamentais não trabalhistas como os direitos fundamentais trabalhistas, presentes nos arts. 7º a 11 da Constituição Federal de 1988.

As relações de emprego são, sobretudo, relações jurídicas travadas entre entes privados e marcadas por uma evidente assimetria de poder⁹⁴. Para Daniel Sarmento,

Nela, jamais existe uma plena simetria de poder entre empregador e empregado, ainda que o prestador de serviço seja altamente qualificado. Isso porque ele estará sempre submetido às diretrizes de organização, ao poder de fiscalização e às normas disciplinares estabelecidas pelo empregador⁹⁵.

Ainda nesse sentido, Daniel Sarmento afirma que a subordinação – poder de mando do empregador sob o empregado - da relação trabalhista inicia-se muito antes da própria execução do trabalho, mas sim “(e principalmente) no momento de admissão, quando, via de regra, o indivíduo precisa conquistar uma vaga no mercado de trabalho na tentativa de sobreviver dignamente”⁹⁶. É então, a partir deste contexto, que há uma prevalência entre os autores pela defesa da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas de forma energética⁹⁷.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite, é inegável a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, uma vez que tais relações são marcadas por uma profunda desigualdade entre os particulares envolvidos, sendo de um lado o

⁹⁴ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011, p. 88.

⁹⁵ *Ibid*, loc. cit.

⁹⁶ *Ibid*, p. 89.

⁹⁷ *Ibid*, loc. cit.

empregador – parte detentora do poder empregatício – e de outro, o empregado – parte hipossuficiente e vulnerável⁹⁸.

Apesar da evidente desigualdade entre os sujeitos da relação jurídica – *in casu*, trabalhista - e da aplicação imediata dos direitos fundamentais, há a necessidade de ponderação de tais direitos com a autonomia privada das partes, uma vez que os empregadores não podem ser igualados ao próprio Estado e ainda que algumas limitações aos direitos fundamentais são inerentes à própria relação contratual⁹⁹. Contudo, destaca Daniel Sarmento que

deverem ser evitadas duas posições extremas: a que ignora a participação da vontade do empregado na celebração do contrato de trabalho, assumindo posição excessivamente paternalista; e a que, em nome da sua autonomia contratual, se revela insensível diante da opressão privada, que pode ocorrer sob a fachada da autonomia contratual, sobretudo no contexto de relações assimétricas, como aquelas travadas entre patrão e empregado¹⁰⁰.

Assim, se mostra indispensável a análise de cada caso e, conseqüentemente, a ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada do empregador.

Sobre essa temática, o STF se manifestou no julgamento do RE 161.243/DF. O caso trata de uma ação trabalhista movida por um trabalhador brasileiro contra a empresa aérea Air France, requerendo a aplicação de direitos trabalhistas previstos no Estatuto de Pessoal da empresa e que, de início, seriam aplicados apenas aos empregados franceses. O acórdão que negou o reconhecimento dos direitos trabalhistas foi reformado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a eficácia direta do princípio da igualdade¹⁰¹ e, conseqüentemente, aplicou ao empregado brasileiro os direitos garantidos no estatuto de pessoal da empresa. Em tal decisão, o ministro Carlos Velloso afirma que a não aplicação do estatuto aos brasileiros se dava por, pura e simplesmente, discriminação, não havendo qualquer correlação lógica ou racional para a diferenciação, de certo que “não se reservava aos franceses um certo tipo de trabalho diferente do trabalho praticado pelos brasileiros”¹⁰² e ainda que “não exerciam, uns

⁹⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 219.

⁹⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011, p. 89.

¹⁰⁰ *Ibid*, p.92-93.

¹⁰¹ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 3, p. 47-77, set./dez. 2005, p. 72.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 1612436/DF*. Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatutos do pessoal

em relação os outros, tarefas diferentes, ontologicamente, mais importantes ou mais difíceis, especiais, uns em relação os outros”¹⁰³.

Em caráter semelhante, há também decisão do Tribunal Superior do Trabalho que reconheceu a eficácia imediata dos direitos fundamentais – no caso, o princípio da não discriminação – nas relações trabalhistas para anular a dispensa de uma trabalhadora portadora do vírus HIV¹⁰⁴. Assim, necessário destaque à ementa da decisão:

EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o caput do art. 5º da CF/88. Precedentes: E-RR-439.041/1998, E-RR-217.791/1995, E-RR-205.359/1995. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido" (RR-726101-42.2001.5.02.5555, 5ª Turma, Relator Ministro Rider de Brito, DEJT 06/02/2004).¹⁰⁵

Logo, a eficácia imediata dos direitos fundamentais trabalhistas e não-trabalhistas nas relações contratuais de trabalho é tese de defesa na doutrina majoritária ante a assimetria de poder presente entre os sujeitos da relação jurídica. Desse modo, mostra-se indispensável para a discussão completa da temática o exame do direito fundamental trabalhista de não discriminação nas relações laborais, direito este que apresenta atuação próxima e similar ao direito fundamental à igualdade.

desta: aplicabilidade: ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. C.F., 1967, art. 153, §1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofenda ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, §1º; C.F., 1988, art. 5º, caput.). II- A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag. 110.846 (AgRg)- PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III- Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV – R.E conhecido e provido. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrido: Roberto de Figueiredo Caldas e outros. Relator: Min. Carlos Velloso, 29 de outubro de 1996, p. 15.

¹⁰³ *Ibid, loc. cit.*

¹⁰⁴ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 3, p. 47-77, set./dez. 2005, p. 72.

¹⁰⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma). Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/94cd130952d8a8ab1e021d6e229bb77c>. Acesso em: 07 de mar. 2021.

3 DIREITO CONSTITUCIONAL DA NÃO DISCRIMINAÇÃO: ART. 7º, XXXII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 elencou, no artigo 7º, os direitos fundamentais sociais, tratando em especial dos direitos trabalhistas. Extraem-se da Carta Magna os princípios constitucionais do trabalho, dos quais fazem parte o princípio da igualdade e o princípio da não discriminação, sendo tal diferença discutida mais adiante.

O princípio da não discriminação aparece na Constituição Federal de 1988 sob três perspectivas: a proibição de distinção de salários, exercícios de funções e de critério de admissão com base no sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX); proibição de qualquer discriminação de salários e critérios de admissão aos trabalhadores portadores de deficiência (art. 7º, XXXI); proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os respectivos profissionais (art. 7º, XXXII).

Para o presente trabalho, a discussão girará em torno do direito a não discriminação entre os profissionais que exercem funções manuais, técnicas e intelectuais, de modo que o artigo 7º, inciso XXXII da Constituição Federal terá maior destaque.

O princípio antidiscriminatório não foi uma novidade adotada pela Constituição Federal de 1988. Na verdade, o princípio esteve presente desde a Constituição de 1934, aparecendo tanto na Constituição de 1946 como nas Constituições de 1967 e 1969¹⁰⁶. Para não restar dúvidas acerca da aplicabilidade do princípio, a Consolidação das Leis Trabalhistas trouxe o artigo 3º, parágrafo único¹⁰⁷, que exige, mais uma vez, a ausência de discriminação relativa à condição de trabalhador e ainda a vedação de distinções entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Como discutido na temática do direito à igualdade, a existência de distinções entre empregados não necessariamente é ilegítima, desde que haja uma justificativa coerente, razoável e não arbitrária para a sua aplicação. Nesse sentido, não se trata de violação ao direito de proibição à discriminação a necessidade de preenchimento de alguns requisitos para

¹⁰⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 422.

¹⁰⁷ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

o exercício de determinada profissão, sendo, portanto, válidas, em alguns casos, a presença de regulamentações específicas¹⁰⁸.

A partir desta perspectiva, o princípio da não discriminação é uma “diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante”¹⁰⁹ com o objetivo de impedir segregações injustas bem como proteger os empregados de distinções arbitrárias.

Para o direito internacional, há uma violação ao direito de proteção à discriminação em duas situações. Primeiro, quando há tratamentos diferentes para casos iguais, de modo que a diferença de tratamento não apresenta qualquer justificativa objetiva e razoável e, segundo, quando ausente a proporcionalidade entre o objetivo visado e os meios empregados¹¹⁰.

A partir dessa conceituação, tem-se que há discriminações legítimas, ou seja, existem situações em que, apesar de haver um tratamento diferenciado com base em fatores discriminatórios, não há nenhum prejuízo a outros direitos do indivíduo ou ainda quando a própria diferenciação de tratamento tem a intenção de potencializar e beneficiar determinados indivíduos e grupos vulneráveis¹¹¹. Neste âmbito, pode-se citar como exemplo: as cotas destinadas às pessoas portadoras de deficiência na área trabalhista como mecanismo de maior inserção destes no mercado de trabalho (art. 93, Lei nº 8213/91), a estabilidade provisória conferida às gestantes no trabalho, entre outros.

As discriminações ilegítimas são, então, aquelas que apresentam efetivamente um efeito discriminatório, fazendo distinções com base em fatores proibidos, de modo a reforçar privilégios ou desvantagens¹¹². Um exemplo para o privilégio seria a existência de uma lei que concedesse o direito às férias apenas aos trabalhadores brasileiros ou, como reforço da desvantagem¹¹³, uma lei que, com base em critérios raciais, determinasse a jornada de trabalho dos trabalhadores.

Interessante se faz ainda a distinção entre discriminação indireta e discriminação direta, tema que será abordado no próximo tópico com relação à Convenção nº 111 da OIT.

¹⁰⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *op. cit.*, p. 422.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 955.

¹¹⁰ ADAMATTI, Bianka; BRAGATO, Fernanda Frizzo. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: São legítimos os tratamentos diferenciados. *Revista de Informação legislativa*. ano 51, n. 204 out./dez. 2014 p. 91–108, 2014. p. 105.

¹¹¹ *Ibid, loc. cit.*

¹¹² *Ibid, loc. cit.*

¹¹³ O conceito de “desvantagem” será, aqui, entendido como um reforço às dificuldades já, atualmente, vivenciadas pelas minorias e pelos grupos vulneráveis.

Nesse contexto, é imperioso distinguir o direito à igualdade do direito à proibição de discriminação. De fato, grosso modo, os supracitados direitos poderiam se confundir por tratarem de temas relativamente similares. Contudo, o direito à igualdade possui um caráter mais abrangente, sendo aplicado com a finalidade de “igualar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si”¹¹⁴, enquanto o direito a não discriminação entre os empregados objetiva servir como meio de resistência a possíveis distinções injustificáveis, existindo um “ piso de civilidade”¹¹⁵.

Assim, a discriminação atinge tanto a igualdade de tratamento quanto, e principalmente, a essência e individualidade da pessoa humana, de modo que “a proteção contra a discriminação não somente pretende preservar a obrigação de trato igual, mas também todo o patrimônio jurídico da pessoa humana, no respeito de sua igual dignidade e igual valor social em relação a todas as demais”¹¹⁶.

Diante de sua extrema importância, o direito a não discriminação integra o quadro dos direitos fundamentais sociais trabalhistas, apresentando, portanto, eficácia plena e direta¹¹⁷. Assim, as normas constitucionais de não discriminação nas relações trabalhistas produzem todos os seus efeitos de forma imediata e ilimitada, sendo de observância obrigatória pelos particulares, especialmente quando analisadas sob a ótica da presença de um desequilíbrio de poder econômico entre empregado e empregador¹¹⁸.

Veja-se que o princípio da proteção à discriminação abrange não somente a limitação do poder de contratar do empregador, mas também intervém no mercado de trabalho, para que o mesmo se torne menos injusto ao permitir a valoração do trabalho humano¹¹⁹.

Nesse contexto, imperioso destacar as três modalidades da discriminação. Ora, a discriminação laboral pode ocorrer em três momentos, quais sejam: na fase pré-contratual - a relação jurídica entre o empregado e o empregador ainda não existe, uma vez que se trata de um momento inicial de contato -, durante o contrato de trabalho - desenvolvimento da relação

¹¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 956.

¹¹⁵ *Ibid, loc. cit.*

¹¹⁶ LIMA, Firmino Alves. Contribuição para uma teoria da discriminação nas relações de trabalho. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 67.

¹¹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 208.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 773.

¹¹⁹ LIMA, Firmino Alves. Contribuição para uma teoria da discriminação nas relações de trabalho. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 87.

laboral – e, por fim, na fase pós-contratual – quando o ato discriminatório ocorre após finda a relação trabalhista¹²⁰.

Diante disso, em consonância com o texto constitucional, a Lei Federal nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer ato discriminatório e limitativo para efeito de acesso à relação de trabalho ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvado o disposto no artigo 7º, XXXIII, o qual proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição de menor aprendiz.

Assim, a supracitada lei traz, no artigo 3º, as penalidades administrativas a serem aplicadas aos empregadores - como multas administrativas e a proibição de empréstimo ou financiamento – e também, no artigo 4º, a faculdade do empregado, no caso de rompimento da relação laboral por ato discriminatório, optar pela reintegração com ressarcimento integral do período afastado ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, ambos os valores corrigidos monetariamente e acrescidos de juros legais.

No panorama nacional, a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, é considerada um grande marco legal no que se refere à disciplina da discriminação em matéria de trabalho, uma vez que trouxe, expressamente, a possibilidade de ocorrência de uma “prática discriminatória” e “ato discriminatório” por parte do empregador, adotando, inclusive, penalidades administrativas, trabalhistas e sanções penais¹²¹.

Desse modo, tendo em vista o direito constitucional de não discriminação nas relações trabalhistas adotado pela Constituição Brasileira de 1988 e a legislação nacional, se mostra necessário destacar, para o presente trabalho, ainda a relação do direito a não discriminação nas relações trabalhistas com a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, a qual abarca o tema da “Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação”.

¹²⁰ *Ibid.*, p.249-253.

¹²¹ *Ibid.*, p. 35-36.

3.1 A CONVENÇÃO Nº 111 DA OIT E O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Como anteriormente demonstrado, a própria Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe, tanto em seu preâmbulo – ainda que ausente qualquer força normativa – como ao longo do texto constitucional, diretrizes, regras e princípios que regem e fundamentam o Direito do Trabalho.

Contudo, não se pode dizer que os direitos fundamentais trabalhistas estão previstos única e exclusivamente na Constituição Federal. Em verdade, os direitos fundamentais trabalhistas são elencados pela Constituição Federal, pelas legislações heterônomas estatais e, pelos tratados e convenções internacionais subscritos e ratificados pelo Brasil, não podendo tais fontes autônomas internacionais reduzir as garantias já asseguradas pelas normas internas do próprio país¹²².

Para não restar dúvidas acerca da aplicabilidade das convenções e tratados internacionais, a Constituição Federal de 1988 trouxe o art. 5º, §2º, afirmando, como cláusula aberta ou expansiva de direitos fundamentais¹²³, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. A aplicabilidade das convenções e tratados internacionais no ordenamento jurídico será objeto do próximo capítulo, no qual será analisado o art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988 e o posicionamento adotado pelas doutrinas e pelo STF.

Na esfera trabalhista, o Direito Internacional do Trabalho busca regulamentar as relações entre empregados e empregadores, estabelecendo padrões mínimos a serem observados na prática laboral, os quais devem ser aplicados em todos os Estados, além de promover – através da melhoria das relações trabalhistas – a dignidade da pessoa humana, a justiça social e a paz¹²⁴.

¹²² DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, p. 11-40, 13 ago. 2007, p. 26-28.

¹²³ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Cláusula aberta de direitos fundamentais e o §3º do art. 5º da CF – avanços e retrocessos. *Revista jurídica da procuradoria-geral do Estado do Paraná direito do estado em debate: edição comemorativa 10 anos*. Curitiba: Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, n. 10, p. 197-223, 2019, p. 200.

¹²⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário*. 9 ed. rev, atual, e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 460.

O estabelecimento de tais regras trabalhistas ocorreu, inicialmente, através da aplicação das “normas” de conduta cristã, avançando – para fora da esfera religiosa – a partir da Revolução Industrial, período marcado por péssimas condições de trabalho e, conseqüentemente, por diversos movimentos sociais. Somente em 1890, ocorreu a primeira reunião internacional que discutiu sobre as normas internacionais trabalhistas com a Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Berlim¹²⁵.

Entretanto, o Direito Internacional do Trabalho somente se consolidou com a formação, em 1919, da OIT – Organização Internacional do Trabalho-, entidade autônoma que tem como objetivo primordial o estabelecimento de normas internacionais do trabalho¹²⁶. Atualmente, a OIT já realizou 190 convenções, 206 recomendações e 06 protocolos sobre os mais variados temas trabalhistas¹²⁷. O Brasil – como membro fundador da OIT¹²⁸ - já ratificou, ao longo dos anos, 98 convenções realizadas pela entidade¹²⁹, buscando a promoção do trabalho decente.

Em 26 de novembro de 1965, o Brasil ratificou a Convenção nº 111 da OIT, a qual conta com 14 artigos com o objetivo eliminar a discriminação em matéria de emprego e profissão. A convenção, no art. 1º, define o significado de “discriminação” como a distinção, exclusão ou preferência com base na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social ou ainda qualquer outra diferenciação que seja capaz de alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento do indivíduo em matéria de emprego ou profissão, sendo excepcionadas as distinções por qualificações exigidas para o exercício de um determinado emprego. Assim, com base na Convenção nº 111 da OIT, define-se “discriminação” como toda distinção, exclusão ou preferência, originada a partir da legislação nacional ou na prática, podendo inclusive não apresentar um autor identificável, mas que tenha como resultado a destruição ou a alteração da igualdade de oportunidade e de tratamento no emprego e na profissão. Desse modo, a edição de normas gerais e impessoais pode consistir em um tratamento discriminatório¹³⁰.

¹²⁵ *Ibid*, p. 470-472.

¹²⁶ *bid*, *loc. cit.*

¹²⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO::>. Acesso em: 04 de mar. 2021.

¹²⁸ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Op. cit.* .p. 471.

¹²⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:10015::NO:10015:P10015_DISPLAY_BY,P10015_CONVENTION_TYPE_CODE:1,U . Acesso em: 04 de mar. 2021.

¹³⁰ BRITO, Tarcísio Correa de. Estado Da Arte Da Convenção N. 111 Da OIT E Recomendação N. 111 Sobre Discriminação Em Matéria De Emprego E De Ocupação Nos 100 Anos Da OIT. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; PIRES, Rosemary de Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcellos; ROCHA, Cláudio Jannotti Da;

Neste tópico, importante diferenciar a discriminação direta e a discriminação indireta. O artigo 1º da Convenção nº 111 da OIT aborda estas duas modalidades. A discriminação direta é aquela que configura um tratamento menos favorável a um trabalhador, explícita ou implicitamente, com base em um ou vários critérios proibidos de discriminação, quais sejam a idade, sexo, estado civil, crenças políticas, religiosas, raça, origem étnica, orientação sexual, entre outros¹³¹. Já a discriminação indireta é definida como aquela realizada através de qualquer tipo de acordo, o qual, ainda que aparentemente não apresente discriminação, resulta em efeitos negativos para uma quantidade relevante de trabalhadores. Esta discriminação indireta ocorre, principalmente, nos contextos em que são aplicados, aos trabalhadores, critérios, tratamentos e condições diferenciadas¹³².

Nos artigos 2º e 3º, a Convenção determina que os países, que a ratificar, deverão formular e aplicar uma política nacional que promova a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria, de modo a “promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação”¹³³ como também “revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política”¹³⁴, além de adotar outras medidas para erradicar a discriminação no ambiente laboral.

Diante disso, questiona-se acerca da aplicabilidade de tal convenção no território brasileiro e o processo de integralização das convenções e tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio, sendo este o tema do próximo tópico.

(Org.). *Os Instrumentos Normativos: Tratados E Convenções Internacionais*. Coleção Direito Internacional Do Trabalho v.3, São Paulo: Tirant, 2020,p. 136-137.

¹³¹ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. p. 161 e BRITO, Tarcísio Correa de. Estado Da Arte Da Convenção N. 111 Da OIT E Recomendação N. 111 Sobre Discriminação Em Matéria De Emprego E De Ocupação Nos 100 Anos Da OIT. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; PIRES, Rosemary de Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcellos; ROCHA, Cláudio Jannotti Da; (Org.). *Os Instrumentos Normativos: Tratados E Convenções Internacionais*. Coleção Direito Internacional Do Trabalho v.3, São Paulo: Tirant, 2020,p. 137.

¹³² WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. p. 161

¹³³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 111: discriminação em matéria de emprego e ocupação*, 1960. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm >. Acesso em: 07 de abr. de 2021.

¹³⁴ *Ibid.* Acesso em: 07 de abr. de 2021.

3.1.1 Aplicabilidade da Convenção nº 111 da OIT no Brasil

As convenções elaboradas pela OIT são tratados multilaterais, ou seja, acordos escritos que vinculam juridicamente os Estados-membros que escolhem a ratificar¹³⁵. Assim, as convenções são elaboradas, mas cada Estado-membro opta pela sua ratificação em seu território.

Em verdade, as normas previstas nas convenções da OIT somente alcançarão o *status* de obrigatórias após a ratificação pelo Estado-membro, sendo possível que a convenção nunca venha sequer a ser ratificada pelo Estado e, portanto, não tenha qualquer obrigatoriedade. Neste último caso, os Estados-membros devem apenas informar ao diretor-geral da repartição internacional do trabalho acerca da legislação e a prática adotada pelo Estado¹³⁶.

Apesar da ausência de obrigatoriedade, a OIT elencou, na “*Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998*”, quatro temas fundamentais, declarando que todos os membros da entidade, ainda que ausente qualquer ratificação da convenção, tem o compromisso de respeitar, promover e pôr em prática os direitos fundamentais presentes nas convenções, quais sejam: a liberdade de associação sindical e negociação coletiva; eliminação de trabalho forçado ou obrigatório; abolição efetiva do trabalho infantil e, por fim, eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenção nº 111 da OIT)¹³⁷.

No Brasil, o processo de incorporação das convenções internacionais inicia-se com a negociação e, posterior, assinatura pelo Presidente da República. Esse tem como competência a celebração de acordos, convenções e atos internacionais, sendo a sua assinatura uma mera manifestação de existência jurídica. Após a assinatura, a convenção deverá ser encaminhada ao Congresso Nacional para a aprovação mediante decreto legislativo. Contudo, para a

¹³⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*: incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário. 9 ed. rev, atual, e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 482.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 483.

¹³⁷ Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:(a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. < Trecho retirado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453911:NO> . Acesso em: 04 de mar. 2021.

convenção apresentar força obrigatória, é necessário ainda a ratificação pelo Chefe de Estado e sua posterior promulgação – através de decreto –, publicando-se, por fim, no Diário Oficial da União¹³⁸.

A partir disso, surge o questionamento acerca do *status* conferido à convenção internacional dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, os tribunais brasileiros adotavam a teoria monista jurídica, a qual defendia o primado do direito internacional sobre o direito interno, de sorte que uma lei não teria o condão de revogar um tratado internacional. Contudo, ao julgar o RE nº 80.004 em 1977, o STF defendeu que os tratados internacionais estariam em paridade com a lei federal, aplicando-se o princípio de que lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível¹³⁹.

Esse posicionamento foi reiterado pelo STF, ao julgar a ADI nº 1480¹⁴⁰, que assim se manifestou:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa¹⁴¹.

Assim, os tribunais entendiam que toda norma internacional que venha a ser adotada no país, apresentavam-se com o *status* de lei ordinária, ou seja, deve manter conformidade com a Constituição Federal e as emendas constitucionais.

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu, ao texto constitucional, o art. 5º, §3º, adotando um tratamento diferenciado aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Nesse caso, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que tenham sido aprovados pelo rito de emenda constitucional – ou seja, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão *status* de emenda e, portanto, terão força constitucional.

Posteriormente, o STF se pronunciou novamente sobre a incorporação de tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, no RE nº 466.343-1 SP, ao

¹³⁸ CAMPOS, José Ribeiro de. As convenções da organização internacional do trabalho e o direito brasileiro. *Revista IMES*. Direito. ano VIII, n. 13, p. 49-61, jul./dez. 2007, p. 53-55.

¹³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 119-120.

¹⁴⁰ MARTINS, Claudio de Almeida. *Tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e a primazia da norma mais favorável ao ser humano*. 2014. 100 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito) - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza. p. 51.

¹⁴¹ BRASIL. *ADI 1480 MC / DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 05 de mar. 2021.

discutir sobre a ocorrência de prisão civil de depositário infiel em face do Pacto de São José de Costa Rica. Nessa oportunidade, o STF decidiu que as convenções de direitos humanos que tenham sido aprovadas pelo Congresso Nacional adentram o ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de norma supralegal, ou seja, hierarquicamente superior às leis ordinárias, mas inferior à Constituição Federal e às emendas constitucionais. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, ao pronunciar seu voto, detalhou que

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

[...]

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.¹⁴²

Em oposição à decisão apresentada, subsiste por parte da doutrina – aqui, em destaque, a autora Flávia Piovesan – o entendimento que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos adentram ao ordenamento jurídico brasileiro como normas materialmente constitucionais¹⁴³. Isto porque o art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988 reconhece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tal posicionamento admite que:

[...] o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 4663431/SP. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, 03 de dezembro de 2008, p. 20-27.*

¹⁴³ PIOVESAN, Flávia *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.

[...]

Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.¹⁴⁴

Nessa perspectiva, os tratados e convenções que versam sobre direitos humanos adentram ao ordenamento jurídico brasileiro como normas materialmente constitucionais, enquanto que aqueles aprovados pelo rito previsto no art. 5º, §3º da CF/88 apresentam o *status* de emenda constitucional e, portanto, são considerados normas materialmente e formalmente constitucionais.

Para o Supremo Tribunal Federal, a posição majoritária é aquela que defende que os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil apresentam o *status* de norma legal; os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos apresentam o *status* de norma supralegal; e, por fim, os tratados e convenções que versam sobre direitos humanos e que sejam aprovados sob o rito do art. 5º, §3º da CF/88 apresentam o *status* de emenda constitucional.

No caso da Convenção nº 111 da OIT, a convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104 em 24 de novembro de 1964, entrando em vigor, no Brasil, em 26 de novembro de 1966, após a sua ratificação em 26 de novembro de 1965¹⁴⁵. Por se tratar de convenção de direitos humanos – e ter a aprovação anteriormente à emenda constitucional nº45/2004 -, a Convenção nº 111 da OIT, sob a perspectiva do entendimento adotado pelo STF, apresenta *status* de norma supralegal, de modo a estar hierarquicamente superior às legislações ordinárias e complementares¹⁴⁶, mas inferior à Constituição Federal. Desse modo, a Convenção nº 111 da OIT, na visão do presente trabalho, se submete ao controle de convencionalidade, temática esta que será tratada no próximo tópico.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 137-138.

¹⁴⁵ BRASIL. *Convenção 111 da OIT*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 de mar. 2021.

¹⁴⁶ ROCHA, Cláudio Jannotti da; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. O controle de convencionalidade da reforma trabalhista: uma real necessidade contemporânea em prol do estado democrático brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 22, n. 44, p. 1-15, dez.2019, p. 11-12.

3.1.2. Do controle de convencionalidade

Como anteriormente destrinchado, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento firmado no sentido de conferir *status* supralegal aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados por maioria simples. Assim, as leis ordinárias e complementares devem estar de pleno acordo e observância com as normas trazidas pelos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sob pena de serem objetos do controle de convencionalidade.

O instituto do “controle de convencionalidade” surgiu no início da década de 1970, a partir da decisão nº 74-54 DC do Conselho Constitucional francês, o qual entendeu ser incompetente para julgar a compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França¹⁴⁷. A partir de então, o conceito de controle de convencionalidade modificou-se ao longo do tempo, sendo, atualmente, definido como um mecanismo judicial para a declaração de invalidade de normas que contrariam tratados e convenções internacionais¹⁴⁸.

O art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, ao incorporar determinados direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro através dos tratados e convenções internacionais, ampliam o bloco de constitucionalidade e a parametricidade do controle de convencionalidade. Assim, é possível a aplicação do controle de convencionalidade para a efetivação dos direitos humanos fundamentais¹⁴⁹.

Independentemente da teoria adotada acerca do *status* de supralegalidade ou constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo rito procedimental do art. 5º, §3º da CF/88, entende-se que todas as normas internas do país devem também obediência aos tratados internacionais de direitos humanos, sendo objeto do controle de convencionalidade¹⁵⁰. Ou seja, se a norma interna posterior for incompatível com uma convenção internacional de direitos humanos ratificada no país, de nada vale a sua

¹⁴⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Pref. Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.(Coleção direito e ciências afins ; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira), p.81.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 82.

¹⁴⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano fundamental ao trabalho: a sua aplicação no âmbito da reforma trabalhista. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, BA, v. 7, n. 10, p. 210-236, out. 2018, p. 218. Disponível em: < <https://hdl.handle.net/20.500.12178/147837>>. Acesso em: 27 de abr. 2021.

¹⁵⁰ ROCHA, Claudio Jannotti da; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. O controle de convencionalidade da reforma trabalhista: uma real necessidade contemporânea em prol do estado democrático brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 22, n. 44, p. 1-15, dez.2019, p. 11.

compatibilidade com a Constituição, uma vez que diante de tal incongruência, a norma interna, apesar de vigente, será considerada inválida e, portanto, ineficaz¹⁵¹.

O controle de convencionalidade, então, funciona como uma compatibilização vertical das normas internas do ordenamento jurídico do país com os tratados e convenções de direitos humanos ratificados e vigentes¹⁵². Tal compatibilização é desempenhada pelos órgãos da justiça nacional e através dos tribunais internacionais¹⁵³, funcionando como um “controle difuso de convencionalidade”.

Para parte da doutrina – em especial, Valerio de Oliveira Mazzouli - que defende o caráter materialmente constitucional das convenções de direitos humanos aprovadas pela maioria simples, haveria o controle de convencionalidade – aplicável para analisar a compatibilidade da norma interna e das convenções de direitos humanos – e o controle de suprallegalidade – aplicado para a análise da compatibilidade vertical entre o direito interno e as normas dos tratados internacionais comuns. Para o autor, nos casos dos tratados e convenções enquadrados no art. 5º, §3º da Constituição Federal, seria ainda possível o controle concentrado de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵⁴. Assim, as normas internacionais incorporadas sem respeitar os ditames do art. 5º, §3º da CF/88 são normas apenas materialmente constitucionais, de modo que somente poderia ser aplicado o controle de convencionalidade difuso, enquanto que os tratados e convenções internacionais incorporados conforme o procedimento do art. 5º, §3º da CF/88 apresentam o *status* de normas materialmente e formalmente constitucionais, sendo aplicado o controle de convencionalidade tanto na modalidade difusa quanto concentrada¹⁵⁵, modalidades essas que serão posteriormente diferenciadas.

Diante disso, para Rodolfo Pamplona Filho e Matheus Lins Rocha, ao adotar a tese dos tratados internacionais de direitos humanos serem normas materialmente constitucionais, poderia ser aplicado tanto o controle de constitucionalidade quanto o controle de convencionalidade. Contudo, ao adotar a tese abordada pelo STF, compreende-se que as

¹⁵¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Pref. Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.(Coleção direito e ciências afins ; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira), p.118.

¹⁵² *Ibid*, p. 95.

¹⁵³ GOMES, Eduardo Biacchi; ZANCHI, Deborah Maria. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção aos direitos sociais: desdobramentos da convenção nº 158 da OIT. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 208-253. jun, 2018, p. 214.

¹⁵⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Pref. Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.(Coleção direito e ciências afins ; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira), p.133-135.

¹⁵⁵ *Ibid*., p. 13.

convenções internacionais que versam sobre o Direito do Trabalho não fazem parte nem do bloco de constitucionalidade nem do controle de convencionalidade, sendo, nesse caso, aplicado o controle de suprallegalidade, o qual poderá ser exercido por qualquer juiz ou tribunal da Justiça do Trabalho¹⁵⁶.

Entretanto, o presente trabalho adota a tese de ser indiscutível a possibilidade (e obrigação!) das leis internas brasileiras serem alvo do controle de convencionalidade, quando apresentarem normas incompatíveis com as convenções e tratados de direitos humanos, especialmente, no presente caso, a Convenção nº 111 da OIT. Nesse contexto, os autores Eduardo Biacchi Gomes e Deborah Maria Zanchi destacam a aplicabilidade do controle de convencionalidade às normas incompatíveis com as convenções da OIT, afirmando que

Este é o papel transformador do juiz: ao aplicar o controle de convencionalidade e garantir a primazia do tratado ratificado pela República Federativa do Brasil – ou seja, em um raciocínio de hermenêutica jurídica –, buscar, dentro das Convenções da OIT, aquelas que possam proteger os direitos sociais suprimidos pela reforma trabalhista, sob pena de violação ao princípio do não retrocesso social.¹⁵⁷

Com isso, diante da análise do *status* assumido pelas convenções ao adentrarem o ordenamento jurídico brasileiro e mais especificamente do controle de convencionalidade, o presente trabalho passará ao estudo do controle de constitucionalidade, aplicável aos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988.

3.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como os tratados e convenções internacionais, a Constituição Federal e as leis apresentam também uma relação de hierarquia jurídica. Fruto do poder constituinte, a Constituição Federal é elencada como a lei das leis, a norma superior, ou seja, a mais alta

¹⁵⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano fundamental ao trabalho: a sua aplicação no âmbito da reforma trabalhista. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, BA, v. 7, n. 10, p. 210-236, out. 2018, p. 222. Disponível em: < <https://hdl.handle.net/20.500.12178/147837>>. Acesso em: 28/04/2021.

¹⁵⁷ GOMES, Eduardo Biacchi; ZANCHI, Deborah Maria. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção aos direitos sociais: desdobramentos da convenção nº 158 da OIT. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 208-253. jun, 2018, p. 211.

expressão jurídica da soberania¹⁵⁸. É a partir desta superioridade hierárquica, que se assegura o respeito à ordem jurídica e a efetivação dos valores sociais¹⁵⁹.

Sendo a Constituição Federal norma hierarquicamente superior às leis, surge, a partir disso, o conceito de “controle de constitucionalidade”, mecanismo este de proteção aos direitos constitucionais e meio de contenção aos excessos e abusos de poder¹⁶⁰. Isto porque, como norma superior, não podem, no sistema jurídico, serem introduzidas leis contrárias às disposições constitucionais, sob pena de serem consideradas nulas, inaplicáveis, inválidas e incoerentes com a ordem jurídica estabelecida¹⁶¹. Para Dirley da Cunha Júnior,

[...] em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Caso contrário, a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade, é invalidada e afastada do sistema jurídico positivado, como meio de assegurar a supremacia do texto magno.¹⁶²

Na história, o controle de constitucionalidade surge no Brasil somente com a Constituição de 1891, quando conferido tal exercício, de forma difusa, a qualquer juízo ou tribunal. Tal Constituição previu, ainda, o controle de constitucionalidade preventivo, o qual seria exercido pelo órgão político, através do veto pelo Presidente da República a projeto de lei considerado inconstitucional¹⁶³.

Contudo, tal controle não era constantemente utilizado pelo judiciário. Com a Constituição de 1934, o controle de constitucionalidade ganha novos moldes, sendo estabelecida a necessidade da deliberação de maioria absoluta do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma (princípio da reserva de plenário)¹⁶⁴. Outro avanço foi o advento da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a qual funcionava como uma revisão judicial para analisar a constitucionalidade da lei federal que viesse a determinar a intervenção quando, mediante a provocação vinculada do Procurador-Geral da República, invocada para assegurar os princípios constitucionais¹⁶⁵. Ainda na Constituição de 1934,

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 296.

¹⁵⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 268.

¹⁶⁰ *Ibid, loc. cit.*

¹⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 297.

¹⁶² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.* p. 268.

¹⁶³ ROCHA, Rafael Macedo Coelho Luz. *O modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF*. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015. p. 18-19.

¹⁶⁴ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. A evolução histórica do controle de constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. *Revista Jurídica "9 de Julho"*, São Paulo, n. 2, p. 8-29, 2003, p. 15-25.

¹⁶⁵ ROCHA, Rafael Macedo Coelho Luz. *Op. cit.*, p. 21.

restou prevista a possibilidade do Poder Legislativo suspender a execução de qualquer ato normativo que viesse a ser considerado inconstitucional pelo Poder Judiciário¹⁶⁶.

Já a Constituição de 1937, apesar de trazer algumas modificações, caracterizou-se, contudo, como um retrocesso. Com a Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, foi instituído o controle de constitucionalidade de forma abstrata no Brasil. Por fim, com a Constituição de 1988, ficou consagrado o regime misto do controle de constitucionalidade: o controle concreto, incidental e difuso bem como o controle abstrato, principal e concentrado¹⁶⁷.

Atualmente, o controle de constitucionalidade pode ser exercido sobre os atos legislativos, executivos e jurisdicionais¹⁶⁸, de modo que é exercido, então, de forma mais acentuada através do Poder Judiciário, que poderá realizar, de forma abstrata ou concreta, tal fiscalização¹⁶⁹.

O controle de constitucionalidade também poderá ser exercido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo¹⁷⁰. No Brasil, o sistema adotado é o controle misto, eclético ou híbrido, ou seja, há tanto o exercício do controle político – órgão não pertencente ao Poder Judiciário que exerce o controle – quanto do controle jurídico – o controle exercido é pelos juízes ou tribunais¹⁷¹.

A partir disso, o controle de constitucionalidade pode ocorrer ainda em dois momentos: quando o controle recai sobre a norma ainda em elaboração, como projetos de leis ou propostas de emenda constitucional, para impedir que a norma ingresse no ordenamento jurídico – esse é chamado de controle preventivo; ou, ainda, quando o controle recai sobre normas que já produzem ou estão aptas a produzir seus efeitos, o qual é nomeado como controle repressivo. No Brasil, ambos os meios são utilizados, podendo os controles políticos

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 22.

¹⁶⁷ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. A evolução histórica do controle de constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. *Revista Jurídica "9 de Julho"*, São Paulo, n. 2, p. 8-29, 2003, p. 15-25.

¹⁶⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 187.

¹⁶⁹ FERNANDES BAFFA, Elisabete. Controle de constitucionalidade - noções introdutórias. *Revista Científica Semana Acadêmica*. Fortaleza, ano MMXIV, Nº. 000060, 24/09/2014. Disponível em: <<https://semanaacademica.com.br/artigo/controle-de-constitucionalidade-nocoes-introdutorias>>. Acesso em: 07 de abr. de 2021, p. 9.

¹⁷⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 272.

¹⁷¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 191-192.

e jurídicos ocorrerem tanto de forma preventiva como de forma repressiva, dentro dos parâmetros previstos no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷².

O controle de constitucionalidade se subdivide também em duas modalidades: controle de constitucionalidade difuso e controle de constitucionalidade concentrado.

O controle de constitucionalidade difuso – também conhecido como incidental, concreto, descentralizado ou aberto – é exercido pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica, provocando seus efeitos, retroativamente, entre as partes envolvidas. Ou seja, os juízes ou tribunais¹⁷³, ao analisarem determinado processo, fazem o juízo de verificação da compatibilidade da norma em questão – qualquer ato emanado do Poder Público - com o texto constitucional. Nesse caso, o controle da constitucionalidade de determinada norma não é a questão principal da ação, ou seja, a ação não é movida exclusivamente para a verificação da compatibilidade norma e constituição, mas, sim, para a observância de determinado direito concreto, de sorte que, para a análise desse direito, faz-se necessária a apreciação prévia da constitucionalidade da norma. Assim, através desse controle, a inconstitucionalidade de determinada norma poderá ser suscitada por qualquer pessoa - dentro dos limites do direito de ação -, pelo Ministério Público e ainda, de ofício, pelos juízes ou tribunais¹⁷⁴.

O controle concentrado de constitucionalidade – também nomeado de objetivo, reservado, fechado, principal, abstrato ou centralizado – é de exercício exclusivo do órgão da Cúpula do Poder Judiciário, ou seja, o Supremo Tribunal Federal¹⁷⁵. Assim, para a análise do controle concentrado de constitucionalidade, é indispensável a propositura de ações específicas pelos legitimados (art. 103, CF/88), quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, "a", CF/88), a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, "a", CF/88); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF/88); a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, CF/88)¹⁷⁶.

Na prática, o controle de constitucionalidade é exercido quando invocada suposta dúvida sobre a coerência entre uma norma inferior e a Constituição, sendo realizado, pelo

¹⁷² MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 1449-1450.

¹⁷³ No caso dos tribunais, para que seja declarada a inconstitucionalidade de determinada norma, através do controle de constitucionalidade difuso, é indispensável a observância do princípio da reserva de plenário, tema anteriormente abordado. MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 1460.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 1458-1460.

¹⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 191-235.

¹⁷⁶ MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 1475.

órgão competente, o confronto entre as normas contrárias, de sorte que a constatação de contrariedade a direito constitucional provoca o reconhecimento e a declaração de inconstitucionalidade da norma violadora com a retirada, em regra retroativa, de sua eficácia¹⁷⁷.

Nesse sentido, Paulo Bonavides ratifica

Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece o correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental¹⁷⁸.

Diante disso, os direitos aqui estudados – o direito fundamental à igualdade e o direito fundamental a não discriminação – são direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, de sorte que configuram direitos e garantias constitucionais, sendo as normas, como os tratados internacionais de direito comum, decretos, medidas provisórias, leis ordinárias, leis complementares, *etc*, hierarquicamente inferiores. Assim, tais normas devem clara obediência às normas constitucionais, sob pena de, em face de alguma incoerência com a Lei Fundamental, serem declaradas inconstitucionais, perdendo sua eficácia.

Para Cristina Queiroz,

a constitucionalidade da medida legislativa violará “direitos adquiridos” se colidir com o “núcleo essencial” de “existência mínima” inerente ao respeito pela “dignidade da pessoa humana”, ou se desrespeitar o “princípio geral da igualdade” ou o “princípio da proteção da confiança”¹⁷⁹

Desse modo, a presença de qualquer norma infraconstitucional ou proposta de emenda constitucional que apresente a possibilidade de aplicação de distinções injustificáveis entre os indivíduos e, especialmente, entre os empregados deve ser analisada perante o direito à proibição de discriminação nas relações laborais e o direito à igualdade, de modo a ser a norma declarada inconstitucional por ferir direitos fundamentais trabalhistas.

Com o advento da Reforma Trabalhista, em 2017, o direito a não discriminação laboral e o direito à igualdade passaram a serem alvos de discussão, uma vez que a Lei nº 13.467/2017 trouxe, nos artigos 444, parágrafo único e 507-A, a suposta figura do

¹⁷⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 269.

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 297.

¹⁷⁹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Ed, 2006, p. 108.

“empregado hipersuficiente”, ou seja, aquele empregado relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado. Assim, há o debate se a Reforma Trabalhista, com a adoção dos supracitados artigos, viola o direito a não discriminação e o direito fundamental à igualdade, tema que será objeto do próximo capítulo.

4 O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

A Lei nº 13.467/17, conhecida como a lei responsável pela Reforma Trabalhista, trouxe modificações na legislação tanto do direito individual do trabalho, direito coletivo e direito processual do trabalho. Como objetivo central, o presente trabalho focará na inovação trazida pela reforma trabalhista com a criação da suposta figura do “empregado hipersuficiente”, sendo, para tal discussão, indispensável entender melhor a Reforma Trabalhista, que será tema do próximo tópico.

4.1 A REFORMA TRABALHISTA – SUA APROVAÇÃO

O surgimento do Direito do Trabalho ocorreu, no Brasil, após as influências externas – como o ingresso do país na OIT e proliferação de regimentos legais de proteção ao trabalhador na Europa – e internas – como, o movimento operário influenciado por imigrantes europeus por volta de 1800 e 1900, o *boom* industrial no pós-primeira guerra mundial e a política de Getúlio Vargas em 1930¹⁸⁰.

O marco inicial para o surgimento do direito do trabalho no Brasil é a Lei Áurea, que erradicou a escravidão – relação incompatível com a ordem trabalhista¹⁸¹. A partir disso, o direito do trabalho foi vagarosamente ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro - com as ligas operárias em 1870, a proibição do trabalho noturno para menores de 15 anos e a limitação da jornada de labor de 7 horas com o Decreto nº 1.313 de 1891, a instituição de caixa de aposentadoria e o direito à estabilidade aos ferroviários com mais de 10 anos de serviço (Lei nº 4.682 de 1923), o direito a férias anuais remuneradas (Lei nº 4.982 em 1925), o direito ao recebimento de indenização nos casos de demissão injustificada aos trabalhadores da indústria e do comércio (Lei nº 62 de 1935) -, até que, em 1939, foi estabelecida a Justiça

¹⁸⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 41-42.

¹⁸¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 125-126.

do Trabalho e, em 01 de maio de 1943, foi outorgada através do Decreto-lei nº 5.452, a Consolidação das Leis do Trabalho¹⁸².

Desde então, através das disposições da Constituição Federal, das emendas constitucionais, das convenções e tratados internacionais foi criado um grande projeto humanista, social e inclusivo¹⁸³, que levou, conseqüentemente, à proteção dos direitos trabalhistas e do trabalhador.

Contudo, com o discurso da existência de forte crise econômica no Brasil e da suposta necessidade de flexibilização das legislações trabalhistas para salvaguardar os empregos dos cidadãos, o então presidente da República encaminhou o Projeto de Lei nº 6.787/2016, que alteraria apenas sete artigos da CLT. Ocorre que o projeto de lei foi consideravelmente ampliado pelo Deputado Rogério Marinho, acrescentando e modificando noventa e sete artigos da CLT, três artigos da Lei nº 6.019/74 – que dispõe sobre o Trabalho Temporário-, um artigo da Lei nº 8.036/90 – que versa sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-, um artigo da Lei nº 8.213/91 – Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social - e um artigo da MP nº 2.226/2001¹⁸⁴.

Ao proferir seu voto, enquanto relator do Projeto de Lei, o Deputado Rogério Marinho destacou que as modificações não resultariam em retirada de direitos dos trabalhadores, mas tinham como único objetivo a geração de empregos.

Esse desequilíbrio deve ser combatido, pois, escudada no mantra da proteção do emprego, o que vemos, na maioria das vezes, é a legislação trabalhista como geradora de injustiças, estimulando o desemprego e a informalidade. 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.

[...]

E essa constatação apenas reforça a nossa convicção de que é necessária uma modificação da legislação trabalhista para que haja a ampliação do mercado de trabalho [...]¹⁸⁵

¹⁸² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Op. cit.*, p. 42.

¹⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 157.

¹⁸⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Op. cit.*, p. 44.

¹⁸⁵ MARINHO, Rogério. Parecer do Relator, *PRL 1 PL678716*: Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo, que "altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - consolidação das leis do trabalho, e a lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências". 2017. Disponível em:

.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=TramitacaoPL+6787/2016>. Acesso em: 12/04/2021. p. 20

Apesar do discurso se mostrar muito positivo e garantista, o resultado proveniente da aprovação da Lei nº 13.467, em 13 de julho de 2017, é bastante criticado pelos defensores dos direitos trabalhistas por apresentar incoerências com o caráter protecionista do empregado, parte hipossuficiente da relação trabalhista.

Assim, supostamente para cessar os extremismos trazidos pela Lei nº 13.467/2017, poucos dias após a entrada em vigor da lei em 11 de novembro de 2017, foi publicada a Medida Provisória nº 808, trazendo algumas modificações ao diploma legal reformista. No entanto, a medida provisória não foi convertida em lei, de modo que os seus efeitos se restringiram no tempo, aplicando-se apenas ao período de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018¹⁸⁶. Com isso, a Lei nº 13.467/2017 estava plenamente sendo aplicada às relações trabalhistas.

Em verdade, uma reforma trabalhista seria, de fato, interessante e positiva para a regulamentação de algumas lacunas legislativas - como, por exemplo, o teletrabalho¹⁸⁷ - ou ainda para a retirada de artigos já ultrapassados quando analisados perante a atual conjuntura social. Contudo, a reforma trabalhista não regulamentou expressivamente nenhuma situação jurídica antes não regulada¹⁸⁸, mas sim alterou uma série de artigos, de modo que, ao se ler o texto legal, pode-se notar diversas incongruências, transformando a CLT em um verdadeiro conjunto de retalhos.

Nesse contexto, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado elencam, na obra “A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017”, aspectos gerados pela Lei nº 13.467/2017, quais sejam: a negligência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e emprego, do bem-estar individual e social, da igualdade em sentido material, entre outros; a depreciação intensificada do princípio constitucional da igualdade material ao flexibilizar as normas, acentuar o poder do empregador e ainda ao restringir o acesso à justiça aos trabalhadores; o enfraquecimento das normas de proteção à saúde e segurança do empregado; a tentativa de driblar o sistema inclusivo implementado pela Constituição Federal; o estímulo ao aumento da duração da

¹⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 157.

¹⁸⁷ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Ltr, 2017, p. 52-53.

¹⁸⁸ *Ibid, loc. cit.*

jornada de trabalho com a flexibilização das normas; e, por fim, a descaracterização do salário¹⁸⁹.

Com isso, a Reforma Trabalhista é caracterizada por romper a trajetória democrática e inclusiva inerente ao próprio Direito do Trabalho, apresentando, através da desregulamentação e flexibilização¹⁹⁰, um cenário muito diversificado com diversos artigos passíveis de questionamentos de constitucionalidade ante o enfraquecimento e a atenuação dos princípios embaixadores do Direito do Trabalho.

Para Murilo Carvalho Sampaio Oliveira, a desregulamentação e a flexibilização apresentam conceitos diferentes. Segundo o autor, a desregulamentação, também denominada precarização, se refere à retirada de regulamentação legal pelo Estado, de modo a delegar para a autonomia privada o estabelecimento das condições de trabalho. Já a flexibilização é a adaptação/ redução das vantagens e direitos previstos nas normas, em virtude da situação mundial econômica de crise, para que o empregador, diminuindo os custos, continue a obter sucesso no cenário competitivo. Assim, a precarização/ desregulamentação é mais agravante do que a flexibilização, isto porque enquanto a flexibilização reduz os direitos dentro dos termos previstos no contrato de emprego, a desregulamentação irá retirar completamente todo e qualquer direito estabelecido no contrato¹⁹¹.

Para contextualizar melhor as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, se mostra necessário a análise de dois princípios extremamente importantes para o direito do trabalho, quais sejam: o princípio do não retrocesso social – tema pincelado no tópico 2.1.1 – e o princípio da norma mais favorável.

4.1.1 Do princípio do não retrocesso social

O princípio do não retrocesso social – também conhecido como princípio da proibição/vedação do retrocesso – é um princípio autônomo, que decorre do bloco de

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 41-43.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 41.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006. p. 50-54.

constitucionalidade e dos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana¹⁹².

Tal princípio tem como objetivo vedar a diminuição ou supressão do alcance e importância de direitos sociais uma vez garantidos no ordenamento jurídico brasileiro, sem que seja criada uma medida compensatória¹⁹³. Logo, não se configura retrocesso social, a alteração que, ao reduzir certo direito, apresente uma medida compensatória aos interessados.

Ou seja, o princípio do não retrocesso social não visa impedir a substituição de medidas que venham a concretizar igualmente determinado direito, mas sim impossibilitar o esvaziamento de um direito já reconhecido e consolidado no ordenamento jurídico. Assim, a liberdade discricionária do legislador de escolher as políticas públicas permanece intacta, desde que não haja a restrição injustificada de determinado direito social¹⁹⁴. Destaca-se que as melhorias advindas das normas infraconstitucionais – ao concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição Federal- também estão abarcadas pelo princípio do não retrocesso social, uma vez que o retrocesso pela via das normas ordinárias iria de encontro à própria natureza da constituição social¹⁹⁵.

Importante salientar que, diante da progressividade inerente aos direitos sociais, é possível que haja alterações nas normas com objetivo de amoldar a sociedade às modificações sociais. Contudo, tal alteração deve ocorrer de modo a acrescentar ou, ao menos, não diminuir a efetividade do direito fundamental¹⁹⁶. Isto é, o princípio do não retrocesso social tem como intenção “fomentar a atuação estatal sempre em direção ao aperfeiçoamento e incremento dos direitos sociais, visando conquistar progressivamente melhores condições de vida para os indivíduos”¹⁹⁷.

¹⁹² MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região*. Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010. p. 65.

¹⁹³ MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 437.

¹⁹⁴ BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. *Revista Tribunal Regional Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v.47, n.77, p.51-66, jan./jun.2008, p. 58.

¹⁹⁵ SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. Renúncia do direito fundamental pelo trabalhador. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, SP, v. 20, n. 8, p. 259-271, mai./ago. 2018, p. 267-268. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3195/3999>. Acesso em: 22 mai. 2021.

¹⁹⁶ MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região*. Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010. p. 66.

¹⁹⁷ MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 437.

No âmbito do direito do trabalho, tal princípio é extremamente importante, em especial quando presente uma reforma trabalhista, que carrega como principais características a desregulamentação e flexibilização das normas trabalhistas e, logo, das condições de trabalho.

Como anteriormente mencionado, os direitos trabalhistas estão previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, sendo considerados verdadeiros direitos sociais e humanos abarcados pelo princípio do não retrocesso social. Em destaque, o artigo 7º da CF/88 traz expressamente a característica da progressividade dos direitos trabalhistas ao afirmar que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Conforme o artigo, todas as normas que venham a regulamentar os direitos trabalhistas devem conceder ao trabalhador uma condição social melhor do que aquela anteriormente aplicada¹⁹⁸. Portanto, o art. 7º da CF/88, ao trazer a expressão “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, abarca o princípio do não retrocesso social, uma vez que afirma ser possível o reconhecimento de outros direitos, além dos previstos no artigo 7º, desde que tais vantagens venham a melhorar a condição do trabalhador, vedando-se, assim, qualquer alteração que tenha como característica o retrocesso social do empregado.

Em razão de tal princípio estar expressamente previsto na CF/88, Edilton Meireles de Oliveira Santos afirma que não se pode admitir qualquer emenda constitucional ou normas infraconstitucionais que não gere uma melhoria na condição social do empregado, de modo que tal norma seria inconstitucional por “não preencher esse requisito constitucional da melhoria da condição social do trabalhador”¹⁹⁹.

Apesar do caráter progressista dos direitos trabalhistas, vê-se que a Reforma Trabalhista trouxe inúmeros artigos passíveis do controle de constitucionalidade e convencionalidade, uma vez que violam as diretrizes norteadoras de todo o sistema normativo do Direito do Trabalho, o qual valoriza o não retrocesso social, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Nesse sentido, a doutrina majoritária – destaca-se Maurício Godinho Delgado e Carlos Bezerra Leite – apresenta grandes críticas à Lei nº 13.467/2017 por representar um significativo retrocesso social com a flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho.

¹⁹⁸ MELO, Geraldo Magela. *Op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁹ SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. Renúncia do direito fundamental pelo trabalhador. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, SP, v. 20, n. 8, p. 259-271, mai./ago. 2018, p. 268. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3195/3999>. Acesso em: 22 mai. 2021.

Diante de tal enfraquecimento das leis trabalhistas, é indispensável a análise de um dos mais significativos princípios do direito do trabalho: o princípio de proteção ao trabalhador, com especial destaque para o princípio da norma mais favorável.

4.1.2 Do princípio da norma mais favorável

O Direito Individual do Trabalho se baseia em diversos princípios justralhistas, de modo que boa parte da doutrina elenca o princípio da proteção como o princípio central do Direito do Trabalho. Assim, essencial se faz a sua definição.

O princípio de proteção – também conhecido como princípio tutelar ou tuitivo ou protetivo ou, ainda, tutelar-protetivo²⁰⁰ – promove, na estrutura do próprio Direito do Trabalho, “uma teia de proteção à parte vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia — o obreiro —, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”²⁰¹, de modo a inspirar e influenciar todas as normas trabalhistas²⁰².

Enquanto no direito comum busca-se uma igualdade jurídica entre as partes, 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”²⁰³.

A partir disso, o princípio de proteção se desdobra, diretamente, em três princípios diferentes, quais sejam: o princípio *in dubio pro operário* – na dúvida, interpreta-se a norma de forma mais benéfica ao trabalhador²⁰⁴; o princípio da norma mais favorável – que será analisado posteriormente; e, por fim, o princípio da condição ou cláusula mais benéfica – a

²⁰⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 232.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 233.

²⁰² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 3ª ed. atual. 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2000, p. 100.

²⁰³ *Ibid.*, p. 83.

²⁰⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 138.

aplicação de uma nova norma trabalhista nunca poderá servir para restringir as condições mais favoráveis já concedidas ao trabalhador²⁰⁵.

Em virtude do recorte temático aqui analisado, o presente trabalho focará na discussão acerca do princípio da norma mais favorável, inclusive como mecanismo de solução para o conflito de aplicação da figura do “empregado hipersuficiente”.

O princípio justtrabalhista da norma mais favorável aduz que o operador do Direito, no caso de conflito de normas, deve adotar a norma mais benéfica ao trabalhador, aplicando-se esse princípio em três dimensões diversas, quais sejam: no momento de elaboração da norma – também conhecida como a fase pré-jurídica e essencialmente política, na qual se busca influenciar o processo de elaboração do Direito Individual do Trabalho; no instante de confronto das regras – trata-se da fase jurídica em que, havendo um confronto entre duas normas distintas, o operador do Direito deve eleger a norma mais favorável ao trabalhador; e, ainda, na ocasião de interpretação da regra jurídica, na qual, na hipótese de haver duas ou mais interpretações a serem aplicadas à norma, deve-se optar pela interpretação que venha a ser mais favorável ao trabalhador²⁰⁶. Conforme este princípio, “havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador”²⁰⁷.

No direito comum, as normas se hierarquizam conforme a extensão da eficácia e a intensidade criadora do direito, sendo a Constituição Federal a norma de maior prevalência do direito²⁰⁸. Tal hierarquia clássica é representada pelo formato de uma pirâmide, a qual é composta, na ordem crescente, pelos contratos, leis e Constituição Federal. Ocorre que, no Direito do Trabalho, esta hierarquia clássica é atenuada, de modo a aplicar a norma que, no caso concreto, seja mais favorável ao trabalhador, independentemente de sua posição hierárquica. Neste caso, são avaliadas a validade da norma e o processo de produção da mesma, para que se possa analisar em que meio a norma incide, levando em consideração a relação desta com as demais fontes formais do Direito do Trabalho²⁰⁹. Assim, é possível que norma trabalhista hierarquicamente inferior venha a preponderar sobre norma

²⁰⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. cit.*, p. 107.

²⁰⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 234-236.

²⁰⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 65.

²⁰⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 517.

²⁰⁹ SILVA, Sayonara Grilo Coutinho Leonardo da. A relação entre normas coletivas autônomas e legislação estatal: duas notas sobre o modelo normativo brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 313-335, out./dez. 2016, p. 323. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/102000>. Acesso em: 28/05/2021.

hierarquicamente superior, desde que seja mais favorável ao empregado²¹⁰. Insta esclarecer que esta hierarquia móvel do Direito do Trabalho somente se aplica nos casos em que “inexistam regras proibitivas expressas em normas de nível superior ou de ordem pública”²¹¹.

Assim, o Direito do Trabalho não segue, a rigor, a hierarquização comum, estática e imutável das normas – conforme sistema piramidal do ordenamento jurídico elaborado por Hans Kelsen -, mas, sim, prevalece a norma que venha a ser mais benéfica ao obreiro, exceto quando previstas disposições de ordem pública²¹², adotando-se a teoria dinâmica da hierarquia entre as normas trabalhistas²¹³.

O princípio da norma mais favorável²¹⁴ se materializa na Constituição Federal de 1988 ao afirmar, no artigo 7º, que os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais são tanto os direitos consagrados no supracitado artigo como todos aqueles que venham a melhorar a condição social do obreiro²¹⁵.

Entretanto, importante destacar que o princípio da norma mais favorável foi mais um ponto relativizado por inúmeros artigos introduzidos ou alterados pela Lei nº 13.467/17, reforma esta caracterizada pela flexibilização/ desregulamentação das disposições trabalhistas. Um exemplo disso é o artigo 611–A da CLT, que passou a prever que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei” quando estes dispuserem sobre os temas ali elencados, abrindo o leque de possibilidades da aplicação de norma menos favorável ao trabalhador desde que disposta nos acordos e convenções coletivas de trabalho.

²¹⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 69.

²¹¹ CAIRO JUNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 13. ed., rev, atual, ampl. Salvador, JusPodivm, 2017, p 83.

²¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 440.

²¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 140.

²¹⁴ Diante do princípio da norma mais favorável e a consequente hierarquia dinâmica das normas trabalhistas, criou-se no ordenamento duas teorias acerca da aplicabilidade das normas. Atualmente, tem-se duas teorias centrais, quais sejam: a teoria da acumulação ou atomização e a teoria do conglobamento. Segundo a teoria da acumulação, havendo o conflito entre dois ou mais conjuntos de regras, aplica-se o fracionamento do conteúdo de tais textos normativos, extraindo-se preceitos singulares mais favoráveis ao trabalhador de diferentes diplomas. Já a teoria do conglobamento apresenta posição contrária, se subdividindo teoria do conglobamento puro e teoria do conglobamento mitigado. Pela teoria do conglobamento puro, se aplica a norma mais favorável a partir da totalidade dos sistemas/ diplomas jurídicos, enquanto que, pela teoria do conglobamento mitigado, a norma mais favorável é aplicada a partir da análise de um bloco relevante e coerente dessa totalidade, ou seja, do mesmo universo temático. Atualmente, a teoria mais aceita pela doutrina e jurisprudência é a teoria do conglobamento mitigado, também conhecida como a teoria do conglobamento setorizado. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 216-217.

²¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 235.

O supracitado artigo, além de atenuar o princípio da norma mais favorável, cria um “novo sistema de hierarquia das fontes em que as cláusulas previstas em convenções ou acordos coletivos prevalecem quando se apresentarem em antinomia com as disposições previstas em lei”²¹⁶, contrariando a hierarquia dinâmica das normas trabalhistas.

Apesar de tal enfraquecimento, o princípio da norma mais favorável continua se consagrando como um dos princípios basilares do Direito do Trabalho, possibilitando a solução de conflitos, de modo a diminuir o desequilíbrio inerente à relação empregado e empregador - ante o poder econômico e diretivo deste último - e possibilitar uma maior igualdade entre as partes.

Diante dos conceitos iniciais acerca dos direitos fundamentais já consolidados e da contextualização da Lei nº 13.467/2017, passa-se para a análise aprofundada do conceito da figura criada pela Reforma Trabalhista: o “empregado hipersuficiente”.

4.2 ENTENDENDO O CONCEITO “EMPREGADO HIPERSUFICIENTE”

Como anteriormente debatido, a legislação trabalhista brasileira se desenvolveu, ao longo dos anos, atribuindo o caráter de hipossuficiência ao empregado em face da concentração de poder diretivo, disciplinar, fiscalizatório e regulamentar do empregador. Assim, diante da presença de uma relação altamente desequilibrada, não cabia ao empregado assumir o papel de um contratante comum como em uma relação jurídica baseada no Direito Privado, mas sim pactuar um contrato que estaria sob as égides das normas elaboradas pelo Estado²¹⁷, então, parte protetora dos cidadãos.

Este caráter protetor do Estado advém da própria Constituição Federal de 1988 ao estipular, especialmente nos artigos 7º, 8º e 9º, uma série de direitos a serem assegurados aos trabalhadores.

²¹⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1230.

²¹⁷ GUIMARÃES, Dirlene Mendes. MIALHE, Jorge Luís. A inconstitucionalidade da figura do empregado hipersuficiente trazida pela Lei 13.467/2017. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 36, p.169, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>> . Acesso em: 05 de mai. de 2021.

Contudo, foi a CLT que efetivamente conceituou os termos “empregado” e “empregador”, dispondo ser empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”²¹⁸. Enquanto empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”²¹⁹.

Ou seja, para ser empregado é necessário o preenchimento de cinco requisitos: pessoa física, pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação. Enquanto que o empregador, pela sua natureza, detém todo o poder econômico e diretivo. A própria definição estabelecida pela CLT demonstra o caráter hipossuficiente do empregado diante do empregador, uma vez que afirma que é este que assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço.

Na perspectiva econômica, Antônio Ferreira Cesarino Júnior afirma ser o direito social um sistema de proteção dos hipossuficientes, ou seja, aqueles indivíduos economicamente fracos e, portanto, dependentes do produto de seu trabalho. Haveria ainda a classificação dos autossuficientes – indivíduos economicamente fortes – e os hipersuficientes – indivíduos economicamente mais fortes que aqueles. Assim, para o autor, haveria uma dupla hipossuficiência: a hipossuficiência absoluta – que abarca aqueles indivíduos que necessitam do produto de seu trabalho para viver – e a hipossuficiência relativa – que trata da posição de uma pessoa economicamente forte (autossuficiente) perante o economicamente mais forte (hipersuficiente)²²⁰. Assim, a definição de hipossuficiente trazida pelo autor se coaduna com a denominação de empregado trazida pela CLT, uma vez que é este o mesmo indivíduo que necessita do produto de seu trabalho para viver e atender às necessidades básicas de sua vida, precisando da proteção advinda do direito social.

Entretanto, retrocedendo e contrariando todas as definições conferidas à relação empregado-empregador, a Lei nº 13.467/2017 acrescentou dois artigos à CLT, quais sejam: o artigo 444, parágrafo único e o artigo 507-A, criando uma nova figura de empregado, que ficou conhecido como o “empregado hipersuficiente”²²¹.

²¹⁸ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

²¹⁹ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

²²⁰ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. Evolução do direito social brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 47, p. 185-206, 1951, p. 186-187. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66158>. Acesso em: 23 maio. 2021.

²²¹ Alguns autores, como Maurício Godinho Delgado, não utilizam a expressão “empregado hipersuficiente”, mas sim fazem menção à classificação do empregado como “empregado relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado”.

Assim, passa-se para a definição do “empregado hipersuficiente” sob as direções estabelecidas nos supracitados artigos.

O artigo 444, parágrafo único da CLT preconiza a possibilidade de livre estipulação entre as partes da relação empregatícia sobre os temas dispostos no artigo 611-A da CLT, desde que o empregado seja 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 artigo 611-A da CLT dispõe uma série de direitos trabalhistas que podem ser tema-alvo de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, inclusive prevalecendo, no caso de oposição, a negociação realizada sob o previsto em lei.

Assim, o “empregado hipersuficiente”, na visão do art. 444, parágrafo único da CLT, é aquele que possui diploma de nível superior e que recebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o teto da Previdência Social, possuindo a plena liberdade para pactuar com seu empregador sobre os temas referidos no art. 611-A da CLT, prevalecendo tal acordo sob a legislação trabalhista.

Nessa perspectiva, o artigo 507-A da CLT – acrescido pela Lei nº 13.467/2017- também se encaixa na categoria dos “empregados hipersuficientes”. O supracitado artigo dispõe que os empregados que receberem remuneração superior a duas vezes o limite máximo previsto no Regime Geral de Previdência Social poderão pactuar cláusula compromissória de arbitragem, devendo para tanto haver a iniciativa do empregado ou através de sua concordância expressa, conforme a Lei de arbitragem. A inovação legislativa permite que o empregado, mesmo parte hipossuficiente da relação trabalhista e que detém a prerrogativa de apreciação de seus vínculos empregatícios pela Justiça do Trabalho, possa utilizar a arbitragem como meio de solução de conflitos.

Assim, enquanto o artigo 444, parágrafo único da CLT requer o preenchimento de dois requisitos - formação educacional e suficiência econômica -, o artigo 507-A da CLT apenas exige o caráter econômico do empregado²²².

Ora, ambos os artigos são bastante criticados por parte da doutrina. Isto porque apresentam inúmeras desconformidades com a Constituição Federal de 1988. Primeiro, porque o texto constitucional, ao garantir o caráter hipossuficiente e protecionista ao

²²² SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. A polêmica acerca dos chamados trabalhadores hipersuficientes. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 9, n. 84, p. 21-39, dez. 2019/jan. 2020, p. 27. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/168719>. Acesso em: 12 de mai. de 2021.

empregado, nega a prevalência do negociado sobre o legislado e veda, ainda que não expressamente, a possibilidade do uso da arbitragem como meio de solução de conflitos trabalhistas. Contudo, o presente trabalho irá se ater às críticas referente a violação ao direito de não discriminação laboral e ao direito à igualdade.

Para Maurício Godinho Delgado, o artigo 444, parágrafo único da CLT – assim como, para o presente trabalho, o art. 507-A da CLT – estabelece uma segregação jurídica dos empregados de uma mesma empresa, criando-se dois grupos: um grupo que recebe todas as proteções e garantias trabalhistas asseguradas pela legislação e outro grupo dos empregados possuidores de diploma de nível superior e salário mensal igual ou superior a duas vezes o teto previdenciário²²³ que poderá negociar – e, no caso do art. 507-A, utilizar a arbitragem – para a flexibilização de cláusulas constantes no contrato de trabalho²²⁴.

Tais inovações legislativas configuram uma discriminação indireta, já que estes empregados “hipersuficientes” suportam um ônus mais agravante que os outros empregados, já que possibilitam uma negociação individual como se coletiva fosse, sem ter, entretanto, as proteções previstas no Direito Coletivo do Trabalho²²⁵.

Nesse sentido, Georgenor de Sousa Franco Filho analisa tais alterações legislativas sob o panorama das Convenções da OIT, afirmando configurar a criação da figura do “empregado hipersuficiente” conforme o caráter econômico em evidente equívoco, uma vez que os empregados e as relações empregatícias devem ser classificados pela perspectiva da subordinação jurídica e dependência econômica, não podendo a remuneração servir como base justificatória para a situação de superioridade, estando, inclusive, tal entendimento previsto na Convenção nº 111 da OIT²²⁶.

Isso porque os “empregados hipersuficientes”, apesar de possuírem formação educacional e receberem salários superiores ao padrão do mercado de trabalho brasileiro, continuam a preencher o requisito da subordinação perante o empregador, já que a ausência

²²³ No caso do art. 507-A, o único requisito exigido para a pactuação da cláusula compromissória de arbitragem é o critério econômico/salarial, qual seja receber remuneração equivalente a duas vezes o teto previdenciário.

²²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 241.

²²⁵ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. p. 161.

²²⁶ FILHO. Georgenor de Sousa Franco. Reforma Trabalhista e OIT: Preparação para a Conferência do Centenário, Capítulo 04. In: MARANHÃO, Ney; TOURINHO TUPINAMBÁ, Pedro. *Direito Internacional do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Centenário da OIT*. São Paulo: LTR, 2019, p. 47.

de tal condição desclassificaria o indivíduo como empregado, podendo ser a relação jurídica travada entre as partes, qualquer outra que não empregatícia.

Os “empregados hipersuficientes”, na verdade, apresentam grande dependência econômica com o emprego, uma vez que, em virtude do recebimento de remuneração acima do padrão salarial brasileiro e ainda a dificuldade de se inserir novamente no mercado de trabalho, sujeitam-se às mais diversas situações laborais.

Nesse sentido, Jorge Luiz Souto Maior aduz que:

Parece-me que um primeiro e importante passo a ser dado na direção da humanização das relações de trabalho dos altos empregados é reconhecer que, mesmo tendo alto padrão de conhecimento técnico e sendo portadores de uma cultura mais elevada que o padrão médio dos demais empregados, não deixam de depender economicamente do emprego (aliás, há uma dependência até moral ao emprego, dada a necessidade natural de manutenção do seu status social) e que, por conta disso, submetem-se às regras do jogo capitalista para não perderem sua inserção no mercado. Sua sujeição às condições de trabalho que lhe são impostas pela lógica da produção é inevitável²²⁷.

Apesar do trecho acima tratar dos “altos empregados”²²⁸, figura estreitamente parecida, a situação explicitada também abarca a figura dos “empregados hipersuficientes”, de sorte que não pode ser esquecida a forte dependência econômica e moral destes empregados com seus empregadores.

Nessa mesma seara, a autora Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale aduz que os “empregados hipersuficientes” “são até mais subordinados que os clássicos operários, pois detém um padrão financeiro que é mais raro de ser encontrado no mercado e, para manter este dito padrão, suportam toda sorte de dissabores perpetrados pelo empregador”²²⁹. De certo, apesar do patamar salarial estabelecido aos “empregados hipersuficientes” ser elevado quando comparado no mercado de trabalho brasileiro, o recebimento de tal remuneração não elimina

²²⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do Direito à Desconexão do Trabalho. *Revista do TRT da 15ª Região*, nº 23, set. 2003, p. 302. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 de mai. de 2021.

²²⁸ A figura dos “altos empregados” diverge da figura dos “empregados hipersuficientes”. Os “altos empregados” são, na verdade, os trabalhadores que apresentam alto grau de fúquia na relação empregatícia e, por isto, recebem tratamento diferenciado pela legislação. Os altos empregados, normalmente, ocupam as posições de funções de confiança, sócio-empregado e diretores. LIMA, Kaique Martine Caldas De. *O empregado hipersuficiente segundo a lei n. 13.467/17: autonomia e vulnerabilidade*. Tese (Graduação em Direito) .– Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018. p. 54.

²²⁹ VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *A Reforma Trabalhista e o Hipersuficiente*. Disponível em: http://www.amatra5.org.br/images/a/A%20REFORMA%20TRABALHISTA%20E%20O%20HIPERSUFICIENTE_.pdf. Acesso em 12 de mai. de 2021.

nem reduz a evidente dependência econômica do trabalhador com o emprego, ocupando uma posição de manifesta vulnerabilidade econômica²³⁰.

O receio do desemprego e a necessidade de sujeição do empregado às mais diversas condições estabelecidas, ainda que unilateralmente, pelos empregadores multiplicam-se quando analisadas as estatísticas de desemprego no Brasil. No trimestre encerrado em fevereiro de 2021, o IBGE registrou a taxa de 14,4% de desemprego no Brasil, ou seja, 14,4 milhões de pessoas encontram-se atualmente desempregadas²³¹. Importante ressaltar que tal estatística reflete a alta taxa de desocupação diante do período pandêmico, em virtude da decretação da pandemia de COVID-19 no ano de 2020, no qual inúmeros estabelecimentos foram fechados, por atos da Administração Pública, como mecanismo de prevenção à propagação da doença.

Ocorre que a alta taxa de desocupação no Brasil não é recente, mas sim permanece ao longo dos anos e agravou-se com a pandemia. No quarto trimestre de 2019 – anteriormente à decretação da pandemia -, a taxa de desocupação no Brasil foi estimada em 11%²³², demonstrando o elevado número de pessoas desempregadas no país. Diante de tais estatísticas, é incongruente concluir que o empregado não sofre nenhuma pressão para aceitar as condições supostamente acordadas com seus empregadores.

Na verdade, a vulnerabilidade do empregado não se limita à vulnerabilidade apenas econômica, mas tem-se também uma vulnerabilidade informacional. Veja-se que o empregado, por mais que possua diploma de nível superior e receba uma “elevada” remuneração, não possui qualquer conhecimento técnico da legislação trabalhista proveniente do Poder Legislativo e das convenções e acordos coletivos para realizar uma negociação justa com seu empregador²³³.

Na prática, a maioria dos empregados sequer sabe quais são as regras mínimas estabelecidas pelo Direito do Trabalho, de modo que qualquer acordo será feito sem o

²³⁰ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. p. 162.

²³¹ IBGE. Desemprego fica estável em 14,4% no trimestre encerrado em fevereiro. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30600-desemprego-fica-estavel-em-14-4-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro>. Acesso em: 14 de mai. de 2021.

²³² *Idem*. *Indicadores IBGE: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Quarto Trimestre de 2019*. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. out-dez 2019, 2020, p. 7. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_4tri.pdf. Acesso em: 22 mai. 2021.

²³³ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. p. 163.

oferecimento de apoio jurídico à parte obreira. Entretanto, veja-se que é comum nas grandes empresas a presença de um departamento jurídico, que funciona como setor consultivo para as dúvidas acerca das regras trabalhistas e que é responsável pela análise de acordos e tratativas. Ora, enquanto o empregador possui todo um arcabouço para verificar a negociação a ser realizada, tem-se o empregado, que, além de ser economicamente dependente, não possui nenhum conhecimento técnico nem a possibilidade de consulta jurídica para chegar ao consenso desejado, confirmando-se mais uma vez a hipossuficiência do trabalhador.

Desse modo, é evidente que a relação empregado e empregador caracteriza-se pelo constante desequilíbrio. Veja-se que a alta taxa de desocupação e a grande quantidade de pessoas buscando por empregos deixa o empregador numa posição confortável, já que, diante da negativa do empregado em cumprir o determinado em acordo, o empregador tem a opção de dispensar o obreiro e buscar por uma das 14,4 milhões de pessoas desempregadas que, possuindo qualificação técnica semelhante, venha a ocupar o cargo.

Junto à alta taxa de desemprego, soma-se a dificuldade de recolocação do trabalhador mais qualificado e melhor remunerado no mercado de trabalho, tendo em vista o elevado patamar remuneratório quando comparado com o padrão do mercado de trabalho brasileiro. Assim, o empregado, pelo grande receio de estar desempregado, se submete a qualquer negociação, inclusive, a que possa vir a ferir os seus direitos fundamentais.

Por ser a relação de emprego marcada por uma profunda assimetria, o Direito Individual do Trabalho tem como objetivo primordial a democratização da relação trabalhista, aplicando-se um parâmetro de igualdade material, atenuando-se o poder empregatício e, assim, elevando-se a condição de vida e de trabalho dos empregados²³⁴.

Assim, com as alterações legislativas do art. 444, parágrafo único e art. 507-A da CLT, o empregado passa de parte hipossuficiente da relação trabalhista para a posição de igualdade frente ao empregador, violando todo o arcabouço protetor do Direito do Trabalho.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”²³⁵. No caso, os artigos 444, parágrafo único e art. 507-A da CLT violam diversos princípios e direitos trabalhistas, em especial destaque o direito à igualdade e direito

²³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Ltr, 2017, p. 40.

²³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., atual, 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 10.

à proibição de discriminação na relação trabalhista, uma vez que distingue um grupo dos empregados entre os demais com base na formação intelectual e no montante salarial percebido.

Para Rodrigo Fortunato Goulart,

Dentre todas as alterações da CLT, esta, sem dúvida, talvez seja a mais emblemática porque atinge em cheio o núcleo da proteção social, traçando uma nova “categoria” de trabalhador, considerado “empregado hipersuficiente” (apesar da nomenclatura apresentar evidente contradição). Fato é que, se considerada constitucional, a lei passará a pressupor plena capacidade formal de negociação (igualdade entre contratantes), baseados em critérios circunstanciais (fatores econômicos/escolaridade do trabalhador).²³⁶

Ora, permitir que os empregados negociem com seus empregadores situações que venham a reduzir ou suprimir direitos trabalhistas já consagrados e estabelecidos em lei ou tratados internacionais da OIT atenua o princípio da proibição do retrocesso²³⁷, mencionado no tópico 4.1.1. Em face deste princípio, Edilton Meireles de Oliveira Santos afirma que nem “por acordo individual, nem por norma coletiva, bem como por lei infraconstitucional ou reforma constitucional, pode-se contratar ou legislar de forma mais desfavorável ao trabalhador, já que, neste caso, incorre-se em conduta inconstitucional [...]”²³⁸.

Com isso, a lei responsável pela Reforma Trabalhista ao introduzir os supracitados artigos viola tanto direitos fundamentais previstos na própria Constituição Federal como os tratados internacionais da OIT – os quais possuem o *status* de supralegalidade perante o STF-, de modo que os artigos são passíveis de serem objetos do controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade.

Não diferentemente do exposto no presente trabalho, o Conselho Federal da OAB, no período de análise do projeto da Reforma Trabalhista, realizou um parecer acerca das possíveis inconstitucionalidades presentes nos artigos, então objetos de modificações, concluindo pela inconstitucionalidade do artigo 444, parágrafo único da CLT por apresentar um fator de discriminação com restrição de direitos assegurados pela Constituição Federal.

²³⁶ GOULART, Rodrigo Fortunato. Empregado hipersuficiente e negociação individual. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani. *Reforma Trabalhista: ponto a ponto*. São Paulo: LTR, 2018, p. 120.

²³⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano fundamental ao trabalho: a sua aplicação no âmbito da reforma trabalhista. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, BA, v. 7, n. 10, p. 210-236, out. 2018, p. 229. Disponível em: < <https://hdl.handle.net/20.500.12178/147837>>. Acesso em: 12/05/2021.

²³⁸ SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. Renúncia do direito fundamental pelo trabalhador. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, SP, v. 20, n. 8, p. 259-271, mai./ago. 2018, p. 268. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3195/3999>. Acesso em: 22 mai. 2021.

Segundo o parecer, é irreal achar que, na prática, os trabalhadores conseguirão de fato negociar suas condições de trabalho diretamente com seus empregadores, uma vez que, na realidade, a vontade do empregador irá prevalecer, diante do medo e receio do trabalhador perante o risco de desemprego²³⁹.

Diante de tamanho absurdo e evidente inconstitucionalidade da nova figura trabalhista, na 2º Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho foram aprovados diversos enunciados que evidenciavam o caráter inconstitucional da figura do “empregado hipersuficiente”, ratificando a violação ao direito à isonomia e à proibição de discriminação no trabalho. Nesse contexto, importante o destaque ao enunciado nº1 da Comissão 4:

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)²⁴⁰.

Assim, boa parte da doutrina confirma a desconformidade da criação da figura do “empregado hipersuficiente”, em virtude das disposições protecionistas do empregado previstas tanto na CLT quanto na Constituição Federal de 1988. Contudo, diante da presença de tal alteração na legislação trabalhista, o presente trabalho, no tópico 4.4, abordará a possibilidade de interpretação da figura do “empregado hipersuficiente” à luz dos princípios protecionistas do trabalho, a fim de que tais modificações legislativas, na hipótese de serem entendidas constitucionais, sejam interpretadas de modo a proteger o trabalhador.

Antes de tal debate, faz-se interessante a análise da autonomia individual dos empregados intitulados “hipersuficientes”, tendo em vista que os supracitados artigos, em

²³⁹ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer sobre o projeto de lei da reforma trabalhista, aprovado na Câmara dos Deputados (PL 6787/2016 – Câmara Federal e PLC 38/2017 – Senado Federal). Proposição n. 49.0000.2017.004049-7/COP, 16 de maio de 2017. Comissão Relatora: Bruno Reis de Figueiredo, Eduarda Mourão, Flávio Pansieri e Raimar Machado, p. 12. Disponível em: <https://s.oab.org.br/arquivos/2017/06/reforma-trabalhista-preliminares-inconstitucionalidades.pdf>. Acesso em: 13 de mai. de 2021.

²⁴⁰ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). Reforma Trabalhista - Enunciados Aprovados, 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017), XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018). Brasília, 2018, p. 32. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 12 de mai. de 2021.

especial o art. 444, parágrafo único da CLT, conferem, de forma equivocada, uma autonomia semelhante à autonomia coletiva.

4.3 AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL X AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA: EQUIPARAÇÃO LEGISLATIVA?

A autonomia privada representa o poder conferido pelo ordenamento jurídico para que os indivíduos possam, por si mesmos, reger suas próprias relações jurídicas. Ou seja, a autonomia privada permitiria o estabelecimento de microssistemas jurídicos, nos quais os indivíduos irão regular situações específicas de sua vida, através do estabelecimento de regras²⁴¹.

Na perspectiva do Direito do Trabalho, a autonomia privada funciona como um “sistema de ação não estatal construído para a solução de conflitos relativos ao mundo do trabalho, em que o direito estatal abre espaços de regulação à normatização por meio da autonomia dos grupos sociais laborais”²⁴².

Entretanto, a atuação da autonomia privada não ocorre de forma independente sem relação às normas estabelecidas pelo Estado, mas precisa, necessariamente, estar em concordância com os ideais de igualdade e liberdade que baseiam todo o ordenamento jurídico brasileiro²⁴³. Isto porque, conforme a teoria da autonomia privada, o poder de criar regras jurídicas a serem aplicadas nas situações específicas da vida não advém da mera manifestação de vontade das partes (autonomia da vontade), mas necessita estar também de acordo com a Constituição Federal, as leis, a ordem pública, a moral e os bons costumes²⁴⁴.

Assim, a autonomia privada opera com limites, devendo sempre guardar conformidade com o ordenamento jurídico. É a presença de tais limites de atuação que distingue a teoria da

²⁴¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2º ed. rev., 2007, p. 47.

²⁴² WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. p. 165.

²⁴³ *Ibid*, loc. cit.

²⁴⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2º ed. rev., 2007, p. 54.

autonomia da vontade - anteriormente aplicada no direito liberal – da teoria da autonomia privada.

Segundo a teoria da autonomia da vontade, para a criação de regras jurídicas e, conseqüente, produção de efeitos jurídicos apenas seria necessária a manifestação de vontade das partes, que estaria soberana à imposição de qualquer limite jurídico. Contudo, tal teoria foi superada pela teoria da autonomia privada, a qual consagra que não basta a manifestação de vontade para a produção de efeitos jurídicos, mas sim a “declaração de vontade que estiver autorizada pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, quanto ao conteúdo e quanto à capacidade e legitimidade do sujeito”²⁴⁵.

Nas relações trabalhistas, a autonomia privada e a liberdade negocial reinavam anteriormente à Revolução Industrial. Na verdade, foi no período da Revolução Industrial que ocorreu a proliferação das relações laborais, em virtude do crescimento econômico acelerado. Diante de tal crescimento desenfreado, notaram-se os abusos das forças de trabalho perpetrados pelos detentores dos meios de produção. Assim, a falta de regulação e a ausência de regras trabalhistas impostas pelo Estado levaram às manifestações incipientes dos trabalhadores, na busca de melhores condições de trabalho, de direito à saúde, à educação, entre outros. Na época, a própria Igreja Católica editou a encíclica *Rerum Novarum*, documento este responsável pela denúncia das condições degradantes que os trabalhadores estavam sujeitando-se, apoiando a regulação das relações laborais com o reconhecimento de direitos trabalhistas²⁴⁶.

As inúmeras manifestações levaram ao surgimento dos direitos sociais e do conseqüente Estado do Bem-Estar social, no qual o Estado passa a ocupar uma posição intervencionista, a fim de garantir as necessidades básicas da população, inclusive dos trabalhadores. Assim, os intensos abusos cometidos pelos detentores dos meios de produção com os trabalhadores permitiram a criação de um sistema protecionista ao vitimizado da relação, de modo que o Direito do Trabalho se desenvolveu com a elaboração de princípios que viessem a limitar a atuação da autonomia privada, uma vez que, na Revolução Industrial, tal liberdade negocial gerou inúmeros descontroles diante dos trabalhadores²⁴⁷.

²⁴⁵ *Ibid, loc. cit.*

²⁴⁶ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016, p. 21. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/101982>>. Acesso em: 15 de mai. de 2021.

²⁴⁷ MEIRELES, Edilton. SILVEIRA, Everton Caldas. A autonomia privada na reforma trabalhista e a vedação ao retrocesso social. *RJLB*, Ano 5, nº 3, p. 539-554, 2019, p. 545.

Entretanto, com a Reforma Trabalhista, houve o crescimento de regras que permitiam uma maior atuação e o fortalecimento da autonomia privada nas relações laborais, com a flexibilização e desregulamentação de diversos direitos trabalhistas e a possibilidade de negociação entre o empregado – que não deixou de ser parte hipossuficiente – e o empregador, legitimando ainda a prevalência do negociado entre as partes pelo devidamente legislado pelo Poder Legislativo. Portanto, passa-se para o estudo da autonomia privada nas relações trabalhistas.

4.3.1 A autonomia privada nas relações trabalhistas

Anteriormente à análise da atuação da autonomia privada nas relações trabalhistas após a Lei nº 13.467/2017, é necessário realizar uma breve conceituação e distinção entre a autonomia privada individual e a autonomia privada coletiva, uma vez que ambas carregam princípios norteadores diferentes.

Como antes delineado, a autonomia privada é o poder atribuído às partes para, perante a liberdade negocial, autorregular as suas relações com a produção de seus próprios efeitos jurídicos. Insta ressaltar, mais uma vez, que a autonomia privada não se coaduna com a mera manifestação de vontade, mas sim a declaração de vontade que esteja dentro dos limites previstos em lei. A eficácia da autonomia privada está “subordinada à mediatização da lei, de sorte que o Estado pode atuar conformando esta vontade, mediante um limite positivo ou negando eficácia a essa vontade, por meio de um limite negativo”²⁴⁸.

A partir disso, é necessária a distinção entre autonomia privada individual da autonomia privada coletiva. Isto porque, no Direito Coletivo do Trabalho, a autonomia privada possui o papel central para a realização das negociações coletivas trabalhistas, método de resolução de conflitos.

No Direito Individual do Trabalho, a autonomia privada é conferida ao empregado e empregador na regência de um contrato de trabalho. Enquanto que a autonomia privada coletiva se dá na perspectiva do Direito Coletivo do Trabalho, com a atuação do sindicato de trabalhadores – grupo intermediário – para negociar diretamente com a empresa, resultando

²⁴⁸ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Op. cit.*, p. 30. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/101982>>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

no acordo coletivo de trabalho, ou através do sindicato empresarial, que resultará na elaboração da convenção coletiva de trabalho²⁴⁹. É a autonomia privada coletiva que irá regular as relações inerentes do direito coletivo do trabalho²⁵⁰.

Para Amauri Mascaro Nascimento, a autonomia privada coletiva representa a autonomia organizativa – direito dos sindicatos de elaborar seus próprios estatutos-, a autonomia negocial – elaboração de convenções coletivas de trabalho-, autonomia administrativa – permite o sindicato eleger sua diretoria e exercer sua administração- e a autotutela – com o reconhecimento da greve, *lockout* e outros como meio de resolução de conflitos trabalhistas²⁵¹.

Segundo Walküre Lopes Ribeiro da Silva, a autonomia privada individual e a autonomia privada coletiva se distinguem conforme a finalidade e a estrutura. Quanto aos fins, a autonomia privada individual busca satisfazer apenas o interesse individual, de um único indivíduo ali singularizado, enquanto que, na autonomia privada coletiva, o objetivo é a realização do interesse coletivo. A autora diferencia ainda a autonomia conforme a estrutura, ou seja, quanto aos limites internos e externos da autonomia, os quais são dados através do grau de relevância dos direitos envolvidos, dividindo em privados – como individual e coletivo – ou em públicos. Na prática, a autonomia coletiva se diferencia do público por “dizer respeito a um grupo de pessoas sem constituir interesse de toda a comunidade ou sociedade. Por outro lado, o interesse coletivo não se confunde com o individual, próprio das pessoas singularmente consideradas”²⁵².

Como expressão da autonomia privada coletiva, a negociação coletiva é um método de resolução de conflitos por autocomposição²⁵³, em que as partes – seres coletivos tanto empresariais quanto obreiros – elaboram instrumentos-fins, quais sejam as convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 32. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/101982>>. Acesso em: 15 de mai. de 2021.

²⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 1529.

²⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1271.

²⁵² SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 135 - 159 jan./dez. 2007, p. 141-142.

²⁵³ Atualmente, tem-se 03 métodos de resolução de conflitos: a autotutela, autocomposição e a heterocomposição. Tanto na autotutela quanto na autocomposição, os sujeitos originais do confronto se organizam para a resolução do conflito. Enquanto que na heterocomposição, há a inserção de um agente exterior para se chegar à solução do conflito. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 1640.

Desse modo, enquanto a autonomia privada individual é uma relação travada entre indivíduos, a autonomia privada coletiva se baseia na existência de dois seres coletivos: o ser coletivo obreiro (ação grupal organizada dos trabalhadores) e o ser coletivo empresarial²⁵⁴.

Diante da análise da autonomia privada individual e autonomia privada coletiva, passa-se para a discussão acerca da alteração legislativa que possibilita a prevalência do negociado sobre o legislado.

4.3.2. A prevalência da autonomia privada do “empregado hipersuficiente”

Ante o desequilíbrio das relações trabalhistas, no Direito Individual de Trabalho, as normas, legislações e princípios funcionam como verdadeiros limites à autonomia privada, uma vez que “a liberdade plena de negociação por vezes esbarra no princípio da proteção ou no leque de direitos fundamentais dos trabalhadores consagrados na Constituição”²⁵⁵.

Tais limites à autonomia privada existem justamente para proteger, regular e equilibrar uma relação que se dá entre uma parte evidentemente hipossuficiente e subordinada e outra detentora de todos os meios de produção e do poder diretivo, econômico e social. Veja-se que tal premissa não se sustenta quando analisada no Direito Coletivo Trabalhista, isto porque, em regra, as relações coletivas se dão entre entes iguais com a autonomia privada alcançando a sua plenitude²⁵⁶.

Nesse contexto, Adriana Brasil Vieira Wyzykowski, inspirada na teoria desenvolvida por Juan María Bilbao Ubillos, anteriormente à Reforma Trabalhista, defendeu a possibilidade de aplicação da autonomia privada do particular ponderando, caso a caso, com os direitos fundamentais, de modo a haver três graus de autonomia: grau fraco e quase inexistente – encaixa-se a boa parte das relações trabalhistas, as quais são marcadas pelo forte desequilíbrio entre empregado e empregador -, grau médio – nestas, certos direitos da relação podem ser objetos de negociação, enquanto outros não - e, por fim, o grau alto – este se destina às

²⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 805.

²⁵⁵ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016, p. 35. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/101982>>. Acesso em: 15 de mai. de 2021.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 36. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/101982>>. Acesso em: 15 de mai. de 2021.

relações trabalhistas mais equilibradas, normalmente travadas entre celebridades e empregados altamente especializados. Assim, seguindo esta linha de raciocínio, as relações trabalhistas, apesar de serem normalmente desequilibradas e, portanto, inaplicáveis à autonomia privada, há exceções, podendo, diante de cada caso concreto, ser possível a aplicação da liberdade negocial²⁵⁷.

Ora, veja-se que o art. 444, parágrafo único da CLT – introduzido pela Lei nº 13.467/2017 - confere a livre estipulação entre as partes com a eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos dos temas previstos no art. 611-A da CLT, que assim dispõe:

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

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Conforme os artigos, os temas supracitados – que antes eram objetos exclusivos do acordo coletivo e da convenção coletiva de trabalho – podem ser objeto de negociação entre os empregados ditos “hipersuficientes” e seus empregadores, sendo, inclusive, válida a negociação se dela sobrevier prejuízos aos trabalhadores²⁵⁸, conclusão absurdamente

²⁵⁷ *Ibid*, p. 36-46. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/101982>>. Acesso em: 15 de mai. de 2021.

²⁵⁸ LIMA, Kaique Martine Caldas De. *O empregado hipersuficiente segundo a lei n. 13.467/17: autonomia e vulnerabilidade*. Tese (Graduação em Direito) .- Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018. p. 57.

violadora dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no próprio princípio de proteção do Direito do Trabalho.

A gritante e errônea autonomia privada conferida aos empregados demonstra-se ainda no art.611-A pelo fato do legislador sequer evidenciar um rol taxativo de temas que podem ser alvo de negociações pela via direta do empregado com o empregador. Na verdade, o art. 611-A traz um rol meramente exemplificativo ao dispor, no *caput*, que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre (...)”, hipótese que deveria ser evidentemente restrita ao possibilitar a redução e supressão dos direitos trabalhistas²⁵⁹ e a aplicação de norma menos benéfica ao trabalhador.

Na tentativa de limitar a aplicação da prevalência da autonomia privada do “empregado hipersuficiente”, interpreta-se o art. 611-B como um mecanismo de proteção ao trabalhador. Isto porque elenca os direitos sobre os quais a convenção e acordo coletivo de trabalho não podem suprimir ou reduzir por constituírem objeto ilícito. Veja-se:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

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

²⁵⁹ CASSAR, Vólia Bonfim. *Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/04/25/reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716/>. Acesso em: 15 de mai. de 2021.

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
XIX - aposentadoria;
XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.
Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Por se tratar de uma limitação à autonomia privada coletiva, o presente trabalho entende pela aplicação por analogia do art. 611-B às negociações individuais perpetradas pelo “empregado hipersuficiente”, uma vez que funcionará como uma espécie de limitador também à autonomia privada individual. Veja-se que tal interpretação sequer é necessária, uma vez que, pela aplicação do princípio da norma mais favorável, nenhum direito trabalhista poderá ser alvo de negociação individual que venha a reformar *in pejus* os direitos dos trabalhadores.

Em posição semelhante, encontra-se o art. 507-A da CLT, o qual também foi acrescentado na legislação através da Lei nº 13.467/2017. Segundo o disposto no artigo, os recém-empregados “hipersuficientes” podem firmar cláusula compromissória de arbitragem ao assinar o contrato individual de trabalho. Tal alteração legislativa recebe diversas críticas por

ir de encontro aos princípios e direitos protecionistas do trabalho, especialmente os princípios da indisponibilidade e imperatividade das normas trabalhistas²⁶⁰.

Ao introduzir o art. 507-A da CLT, a Lei nº 13.467/2017, mais uma vez, confere equivocadamente ao empregado um tratamento semelhante aos seres coletivos. A Constituição Federal de 1998 expressamente prevê, em seu artigo 114, §1º, a aplicação do procedimento da arbitragem aos conflitos trabalhistas coletivos, sem, contudo, afirmar tal aplicabilidade perante as relações individuais trabalhistas, sendo tal omissão entendida como proposital.

Assim, o legislador – ao acrescentar as duas inovações legislativas – confere aos empregados ditos “hipersuficientes” um maior grau de autonomia privada, como se entidades coletivas ou empregados especializados e celebridades o fossem. Esqueceu-se, porém, o legislador que o fato do empregado possuir diploma de nível superior ou ainda receber o dobro do limite previsto no RGPS não retira a subordinação, a dependência econômica e ainda as vulnerabilidades inerentes a qualquer empregado.

Ora, “malgrado o legislador tenha conferido maior autonomia para esses trabalhadores, a sua conduta será realizada mediante a existência de sujeição às ordens do empregador e dependência econômica, do mesmo modo que ocorre com os empregados em geral”²⁶¹. Tal perspectiva foi alvo de críticas pelo Conselho Federal da OAB que, ao realizar o parecer referente ao projeto de lei da Reforma Trabalhista, assim afirmou:

11- Prevalência de acordo individual sobre o negociado coletivamente (art. 444, parágrafo único, CLT): prevê-se que o acordado entre empregado e empregador prevalecerá sobre as disposições de instrumentos coletivos de trabalho, quando se tratar 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 que representa significativa desvalorização da negociação coletiva de trabalho, da atuação da entidade sindical correlata e se assume a presunção segundo a qual o trabalhador (chamado hipersuficiente), melhor remunerado está em condições de negociar diretamente com seu empregador, o que se choca com a realidade prática, na medida em que o ordinário é a absoluta impossibilidade de fixação de condições de trabalho pela via da negociação direta; a vontade do empregador acaba sendo prevalecendo, diante do receio quanto ao desemprego. O Dispositivo é Inconstitucional, pois permite, apenas para um determinado de trabalhadores, alterações contratuais por acordo individual quando a CF exige acordo coletivo. Neste sentido a

²⁶⁰ Os princípios da indisponibilidade e imperatividade dos direitos trabalhistas apresentam grande relação. Isto porque o princípio da indisponibilidade afirma que o trabalhador não poderá dispor de seus direitos, enquanto que o princípio da imperatividade aduz que as normas trabalhistas são obrigatórias, vedando qualquer renúncia ou transação dos direitos trabalhistas.

²⁶¹ LIMA, Kaique Martine Caldas De. *Op. cit.* p. 53.

inconstitucionalidade reside, claramente, no fato de criar-se um fator de discrimen', restritivo de direitos e garantias, a margem do texto constitucional. Viola os Art. 7, inc VI, XIII e XIV.²⁶²

Insta destacar a manifesta impossibilidade de o empregado fixar condições de trabalho com o empregador pela via direta de negociação, de modo que, na prática, a vontade do empregador irá prevalecer, uma vez que, como anteriormente já explicitado, a alta taxa de desemprego no Brasil (14,4%) contribui para a aceitação pelo empregado das condições de trabalho oferecidas, as quais muitas vezes não correspondem sequer ao patamar mínimo previsto na Constituição Federal de 1988.

O tema da autonomia privada individual e a prevalência do negociado sob o legislado foi alvo de inúmeras discussões na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que versou mais especificamente sobre a Reforma Trabalhista. No evento, a ANAMATRA aprovou dois enunciados extremamente relevantes para a temática aqui abordada, quais sejam:

44. NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO É nula cláusula normativa, por quebra das características fundantes do direito do trabalho como ramo jurídico especializado, quando importar violação ao patamar civilizatório mínimo (artigos 9º, 444, 468 e 611-A da CLT).²⁶³

49. 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)²⁶⁴

²⁶² CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer sobre o projeto de lei da reforma trabalhista, aprovado na Câmara dos Deputados (PL 6787/2016 – Câmara Federal e PLC 38/2017 – Senado Federal). Proposição n. 49.0000.2017.004049-7/COP, 16 de maio de 2017. Comissão Relatora: Bruno Reis de Figueiredo, Eduarda Mourão, Flávio Pansieri e Raimar Machado, p. 12. Disponível em: <https://s.oab.org.br/arquivos/2017/06/reforma-trabalhista-preliminares-inconstitucionalidades.pdf>. Acesso em: 15 de mai. de 2021.

²⁶³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). Reforma Trabalhista - Enunciados Aprovados, 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017), XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018). Brasília, 2018, p. 28. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 15 de mai. de 2021.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 32. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 15 de mai. de 2021.

Desse modo, nota-se que os artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT, além de violarem os direitos fundamentais à igualdade e o direito fundamental a não discriminação nas relações laborais por expressa contrariedade à Constituição Federal de 1988 e à Convenção nº 111 da OIT, violam também todo o arcabouço protecionista conferido pelo Direito do Trabalho brasileiro ao equiparar, equivocadamente, a autonomia privada individual com a autonomia privada coletiva.

Ora, permitir que o empregado negocie diretamente com o empregador como se ser coletivo fosse, sem a presença de um sindicato, contraria as diretrizes do próprio Direito do Trabalho, uma vez que “o sindicato tem a função social de suprir a ausência de equilíbrio nas relações laborais, substituindo o trabalhador em negociações coletivas (e também no âmbito individual), a fim de garantir a realização de tratativas negociais com paridade de armas”²⁶⁵. Assim, com as alterações previstas na Lei nº 13.467/2017, o legislador elevou o *status* do trabalhador “para atribuir simetria entre as partes e liberdade de contratação, equivalendo-a, ou, até mesmo, conferindo-lhe maior capacidade negocial que os Sindicatos”²⁶⁶.

Além disso, percebe-se que a teoria da autonomia privada consagra a liberdade negocial desde que presente a declaração de vontade com concordância com o disposto tanto na Constituição Federal, nas leis, na ordem pública, na moral e nos bons costumes. Ocorre que as supracitadas normas previstas na CLT violam consideravelmente os princípios e direitos previstos tanto no ordenamento jurídico interno brasileiro quanto internacional.

Como demonstrado, a aplicação da autonomia privada individual no período da Revolução Industrial resultou na proliferação de contratações com péssimas condições de trabalho, sendo, posteriormente, indispensável a intervenção estatal com o Estado do Bem-Estar social para regulamentar as relações laborais e conceder melhorias aos empregados²⁶⁷.

Desse modo, tendo em vista as violações aos direitos trabalhistas pela Lei nº 13.467/2017 suscitadas no presente trabalho, passa-se para a discussão acerca da interpretação a ser dada às normas (arts. 444, parágrafo único e 507-A da CLT) conforme a Constituição Federal e o princípio da norma mais favorável.

²⁶⁵ LIMA, Kaique Martine Caldas de. MEIRELES, Edilton. O acordo individual firmado por empregado hipersuficiente e o direito fundamental à negociação coletiva. *RJLB*, Ano 7, nº 3, p. 1049-1070, 2021, p. 1064. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021_03_1049_1070.pdf. Acesso em: 23 mai. 2021.

²⁶⁶ MOURA, Alessandra Christiane Bittencourt Ambrogi. Livre estipulação contratual entre empregado e empregador. Solução do litígio por meio da arbitragem. In: CREMONESI, André; NAKANO, Silvia (coord.). *Reforma Trabalhista: avanço ou retrocesso?* São Paulo: LTr, 2018, p. 93.

²⁶⁷ MEIRELES, Edilton. SILVEIRA, Everton Caldas. A autonomia privada na reforma trabalhista e a vedação ao retrocesso social. *RJLB*, Ano 5, nº 3, p. 539-554, 2019, p. 541.

4.4. DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL AOS ARTIGOS 444, PARÁGRAFO ÚNICO E 507-A DA CLT

Como mencionado ao longo do presente trabalho, as disposições dos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT ferem direitos e garantias fundamentais presentes tanto na Constituição Federal de 1988 como a Convenção nº 111 da OIT por diversos motivos, entre eles: a violação ao direito à igualdade, ao direito a não discriminação no ambiente de trabalho e às mais diversas diretrizes protecionistas e basilares do Direito Individual do Trabalho.

Diante de tais violações, a melhor posição a ser tomada é a propositura de ação, através do controle concentrado, para suscitar a desconformidade dos artigos com as disposições da Constituição Federal de 1988, de modo a tal inconstitucionalidade ser julgada pelo STF.

Ocorre que, ausente tal medida, cabe ao Poder Judiciário, através do controle repressivo e difuso, suscitar a inconstitucionalidade e inconveniência das supracitadas normas, uma vez que qualquer Juiz ou Tribunal – observadas as competências – poderá realizar tal controle, analisando cada caso concreto e sua peculiaridade, de sorte a verificar a efetiva autonomia do empregado.

Contudo, não se deve descartar a possibilidade de interpretação das normas que criaram o “empregado hipersuficiente” conforme a Constituição e as diretrizes do Direito do Trabalho, em especial o princípio de proteção ao trabalhador, princípio da norma mais favorável e o princípio do não retrocesso social.

A conferência de certa autonomia privada individual ao trabalhador pode ocorrer, desde que a liberdade de escolha permita ao empregado melhorar – ou, ao menos, manter – a sua condição social, nos termos do art. 7º, *caput* da CF/88. Assim, é vedada qualquer alteração ou livre estipulação – seja por negociação individual ou pela arbitragem – que venha a causar prejuízo ao obreiro, sem qualquer compensação, sob pena de violar o princípio de proteção ao trabalhador, o princípio da norma mais favorável e o princípio do não retrocesso social.

Ademais, cabe ainda ao Poder Judiciário a interpretação das normas sob a perspectiva do princípio da norma mais favorável. Isso porque, como anteriormente exposto, o princípio da norma mais favorável, o qual rege o Direito Individual do Trabalho, determina que, diante de um conflito entre normas de vigência simultâneas e aplicabilidade à mesma situação

jurídica, o operador do Direito deve optar pela norma que seja mais benéfica ao empregado²⁶⁸, inclusive, em atenção, à hierarquia dinâmica das normas trabalhistas. Assim, em face de um confronto entre as normas previstas em acordo individual e aquelas dispostas seja na legislação infraconstitucional, constitucional, internacional ou, ainda, nos acordos e convenções coletivos, deve ser aplicada a norma que seja mais favorável ao obreiro.

Com isso, presente a livre estipulação realizada pelo empregado supostamente “hipersuficiente” que venha a ferir os direitos laborais, deve o Poder Judiciário aplicar a norma mais benéfica – seja esta prevista em lei ou em negociação coletiva. Isto porque uma vez que “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”²⁶⁹. Desse modo, diante de todo o arcabouço protecionista conferido pelo legislador constituinte, deve o intérprete do Direito orientar-se por tais disposições.

Junto a isso, Adriana Brasil Vieira Wyzykowski apresentou uma série de medidas e critérios objetivos a serem aplicados para valorar a autonomia privada do empregado, mantendo o mecanismo de proteção ao obreiro. Segundo a autora, a iniciativa para a negociação individual deve partir do empregado ou através de expressa confirmação pelo mesmo, devendo a declaração negocial ser escrita e pautada na vontade do obreiro, de sorte que, presente qualquer incerteza acerca de vícios constantes na declaração de vontade, deve-se analisar o grau de autonomia real do empregado, considerando-se a vulnerabilidade do obreiro naquele tempo e espaço, não sendo válida a negociação individual que contenha pressões ou coação por parte do empregador. Para a autora, a presença de dependência econômica entre o empregado perante o empregador impossibilita a realização de qualquer negociação individual, devendo ocorrer a apresentação de documentos que demonstrem a existência de patamar financeiro similar entre o empregado e o empregador. Assim, impossível a realização de negociação individual realizada por empregado de vulnerabilidade agravada²⁷⁰.

Quanto à negociação individual, esta deve ocorrer com a apresentação de proposta e contraproposta claras e objetivas – especialmente quando sugerida pelo empregador -,

²⁶⁸ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 65.

²⁶⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 3ª ed. atual. 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2000, p. 84.

²⁷⁰ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. p. 240-242.

havendo, no caso de proposta feita pelo empregado, a obrigação do empregador de esclarecer as informações. No mais, segundo a autora, cabe a participação do sindicato nas tratativas da negociação individual, funcionando como um assistente do empregado, haja vista, na maioria das situações, a vulnerabilidade informacional do obreiro²⁷¹.

Por todo o exposto, o presente trabalho preza, principalmente, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade e inconvencionalidade das normas 444, parágrafo único e 507-A da CLT. Na hipótese de declaração de constitucionalidade, entende-se pela aplicação das normas conforme os ditames constitucionais e os princípios basilares do Direito do Trabalho, especialmente o princípio da norma mais favorável, a fim de que o desequilíbrio inerente às relações trabalhistas seja atenuado com a proteção dos direitos trabalhistas já anteriormente consagrados e consolidados pelo ordenamento jurídico, sob pena de violação ao princípio do não retrocesso social.

Por fim, na hipótese de conferência de validade das negociações individuais realizadas pelo empregado e empregador, coaduna-se com a perspectiva e soluções trazidas pela autora Adriana Brasil Vieira Wyzykowski, de sorte a serem tais critérios utilizados para a análise da aplicabilidade do acordo individual.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 243-246.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.467/2017 adentrou ao ordenamento jurídico brasileiro realizando diversas modificações e introduzindo uma nova classificação de empregados: os “empregados hipersuficientes”. Segundo a legislação, tais empregados gozam de maior autonomia para negociação individual, inclusive, com a possibilidade de adotar o instituto da arbitragem como meio de resolução de conflitos.

Há, então, dois tipos de “empregados hipersuficientes”: aqueles que possuem nível superior completo e que recebem salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo previsto no Regime Geral de Previdência Social podem livremente estipular diretamente com o seu empregador sobre os temas elencados no art. 611-A da CLT, nos termos do art. 444, parágrafo único da CLT; e, aqueles empregados que recebem remuneração superior a duas vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social que podem utilizar do instituto da arbitragem para solução de conflitos, conforme o art. 507-A da CLT.

Assim, tais empregados intitulados de “hipersuficientes” possuem, segundo a lei, autonomia privada individual, de modo a poderem negociar diretamente com o empregador, sem a presença de sindicato.

Inicialmente, o presente trabalho entende pela evidente segregação perpetrada pelos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT entre os obreiros, uma vez que, ao criarem um novo segmento de empregados, utilizam de requisitos não previstos no Direito do Trabalho para diferenciá-los, quais sejam: a formação educacional e/ou a remuneração recebida. Entende-se, então, que a pura análise de quantia salarial recebida pelo empregado não reflete, sozinha, no menor grau de subordinação e dependência econômica do empregado perante o empregador (critérios efetivamente mais pertinentes para a criação de novas figuras de empregados).

Ademais, verificou-se que, ao conferir livre estipulação aos “empregados hipersuficientes” sobre os temas constantes no art. 611-A da CLT, há uma, errônea, equiparação legislativa da autonomia privada individual com a autonomia privada coletiva. Isto porque acreditar que o empregado, sem qualquer apoio jurídico, pode livremente e diretamente negociar com o empregador demonstra o tratamento – concedido pela Lei nº 13.467/2017 – aos empregados como se entidades coletivas os fossem.

Na prática, o empregado, apesar de ser intitulado de “hipersuficiente”, apresenta as mesmas (ou até mais) vulnerabilidades econômicas e informacionais perante o empregador, já que é este o detentor do poder econômico, diretivo e disciplinar, de modo que uma negociação individual direta pode não reproduzir de fato as vontades do empregado. Como demonstrado ao longo do texto, o alto índice de desemprego que assola o país confere ao empregado dito “hipersuficiente” – e que, conseqüentemente, recebe mais do que o padrão salarial do mercado de trabalho brasileiro – uma evidente pressão em manter seu *status* social e sua qualidade de vida, submetendo-se às vontades do empregador, mesmo que tais vontades venham a ferir seus direitos fundamentais.

Junto a isso, esta monografia verificou que o artigo 444, parágrafo único da CLT, ao permitir a livre estipulação sobre os temas constantes no art. 611-A, possibilita a prevalência dos acordos individuais realizados sob o previsto em lei, de sorte que, pela literalidade da lei, poderia tal negociação individual reduzir ou atenuar direitos trabalhistas já reconhecidos e consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, concluiu-se que tal literalidade da lei não pode ser posta em prática, já que violaria o princípio do não retrocesso social, sendo, então, necessário que o artigo 444, parágrafo único da CLT seja interpretado conforme o princípio da norma mais favorável e, portanto, sejam apenas aplicadas as normas estabelecidas nos acordos individuais que venham a melhorar – ou, ao menos manter – a condição social do trabalhador. Nesse ínterim, destaca-se que é possível a redução de determinado direito, desde que presente uma medida compensatória ao empregado.

Ainda nesse sentido, este trabalho entendeu pela aplicação do art. 611-B como limitador dos arts. 444, parágrafo único e 611-A da CLT, não podendo o empregado realizar negociações individuais com o empregador que tenham como objetos os temas constantes do art. 611-B.

Com isso, a presente monografia concluiu que os artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT estão manifestamente eivados de inconstitucionalidade e inconvenção por diversos motivos.

Primeiramente, tais artigos criam uma nova classificação de empregados que carregam ônus mais agravante, de modo a existir, numa mesma empresa, dois segmentos de empregados: os hipossuficientes e os hipersuficientes. Como exposto ao longo do trabalho, tal diferenciação fere o direito fundamental à igualdade e o direito fundamental a não discriminação, previstos nos artigos 5º e 7º, XXXII, da Constituição Federal de 1988,

respectivamente, uma vez que diferencia os empregados, conferindo a uma parcela dos trabalhadores uma autonomia negocial maior, que poderá gerar prejuízos ao empregado.

No segundo momento, entendeu-se pela inconvenção dos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT, haja vista que a presença de um tratamento desigual entre os empregados que tenha a capacidade de alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento do indivíduo em matéria de emprego vai de encontro aos direitos previstos na Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1965.

Como evidenciado na presente pesquisa, a Convenção nº 111 da OIT versa sobre a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, de sorte que tal tema foi elencado pela OIT como tema fundamental, declarando que todos os países membros da entidade possuem o compromisso de respeitar e promover os direitos ali protegidos. Ademais, conforme o art. 5º, §2º da CF/88, os direitos previstos nas convenções internacionais e, logo, na Convenção nº 111 da OIT também integram o rol de direitos fundamentais a serem respeitados pelas legislações infraconstitucionais, sob pena de ser declarada a inconvenção da norma.

Foi, então, percebido que a Lei nº 13.467/2017 – vulgarmente conhecida como a Reforma Trabalhista – introduziu, ao menos, dois artigos eivados de inconstitucionalidade e inconvenção, evidenciando a efetiva tentativa de flexibilização e desregulamentação da legislação trabalhista, conflitando com as diretrizes protecionistas que regem o Direito do Trabalho, em especial o caráter de hipossuficiência do empregado. Isso porque, como explicitado no desenvolvimento desta monografia, a característica de hipossuficiência do empregado surgiu pelo próprio modo de crescimento e extensão das relações trabalhistas, de sorte que a conferência da hipossuficiência ao empregado (dependente da sua força de trabalho para sobreviver) perante o empregador (detentor dos meios de produção) foi o mecanismo do Direito do Trabalho para igualar as partes da relação jurídica travada.

Assim, verifica-se que a Reforma Trabalhista atenuou/ enfraqueceu diversos princípios embaixadores do Direito do Trabalho, em destaque o princípio da proteção e o princípio do não retrocesso social.

Por todo o exposto, o presente trabalho defende a inconstitucionalidade e inconvenção dos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT, sustentando, conjuntamente, a necessidade de reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de tal inconstitucionalidade – através do controle concentrado – e, ainda, o reconhecimento pelos

Juízes e Tribunais da inconstitucionalidade e inconveniência das supracitadas normas pelo controle difuso.

Como anteriormente explicitado, não pode lei infraconstitucional reduzir direitos fundamentais, sem a permissão da Constituição Federal ou para salvaguardar outros direitos constitucionais, não podendo tal limitação atingir o núcleo essencial da norma, pela própria característica da limitabilidade dos direitos fundamentais.

Argumenta-se ainda que, ausente tal reconhecimento, opta-se pela interpretação das disposições normativas dos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT nos termos dos princípios de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e ainda o princípio do não retrocesso social, de modo que as negociações individuais somente vão prevalecer caso melhorem ou mantenham a condição social do trabalhador.

Por fim, alinha-se ainda à tese de critérios e requisitos elencados pela autora Adriana Brasil Vieira Wyzykowski para, diante da decretação da constitucionalidade dos arts. 444, parágrafo único e 507-A da CLT, utilizar tais fatores como mecanismos de verificação de validade do acordo individual e da cláusula compromissória de arbitragem firmada pelo empregado perante o empregador.

REFERÊNCIAS

ADAMATTI, Bianka; BRAGATO, Fernanda Frizzo. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: São legítimos os tratamentos diferenciados. *Revista de Informação legislativa*. ano 51, n. 204 out./dez. 2014 p. 91–108, 2014.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *O estado democrático social de direito em face do princípio da igualdade e as ações afirmativas*. Tese (Mestrado Em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2007.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). Reforma Trabalhista - Enunciados Aprovados, 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017), XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018). Brasília, 2018, p. 32. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_sit_e.pdf.

AYRES, Renato de Carvalho. A Igualdade Na Perspectiva Do Estado Social : Da Insuficiência Do Princípio Formal Da Igualdade Perante A Lei. In: AYRES, Renato de Carvalho. et al. *Temas sobre a constitucionalização dos direitos fundamentais: um debate crítico*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

BARROS, Renato da Costa Lindo de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V; WYZYKOWSKI, Adriana. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2014.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 7ª reimpressão, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. *Revista Tribunal Regional Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v.47, n.77, p.51-66, jan./jun.2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2º ed. rev., 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *ADI 1480 MC / DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 2018198/RJ*. Sociedade Civil Sem Fins Lucrativos. União Brasileira De Compositores. Exclusão De Sócio Sem Garantia Da Ampla Defesa E Do Contraditório. Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Privadas. Recurso Desprovido. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 1612436/DF*. Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatutos do pessoal desta: aplicabilidade: ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. C.F., 1967, art. 153, §1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofenda ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, §1º; C.F., 1988, art. 5º, caput.). II- A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag. 110.846 (AgRg)- PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III- Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV – R.E conhecido e provido. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrido: Roberto de Figueiredo Caldas e outros. Relator: Min. Carlos Velloso, 29 de outubro de 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 4663431/SP*. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, 03 de dezembro de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma). EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o caput do art. 5º da CF/88. Precedentes: E-RR-439.041/1998, E-RR-217.791/1995, E-RR-205.359/1995. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/94cd130952d8a8ab1e021d6e229bb77c>.

BRITO, Tarcísio Correa de. Estado Da Arte Da Convenção N. 111 Da OIT E Recomendação N. 111 Sobre Discriminação Em Matéria De Emprego E De Ocupação Nos 100 Anos Da OIT. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; PIRES, Rosemary de Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcellos; ROCHA, Cláudio Jannotti Da; (Org.). *Os Instrumentos Normativos: Tratados E Convenções Internacionais*. Coleção Direito Internacional Do Trabalho v.3, São Paulo: Tirant, 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAIRO JUNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 13. ed., rev, atual, ampl. Salvador, JusPodivm, 2017.

CAMPOS, José Ribeiro de. As convenções da organização internacional do trabalho e o direito brasileiro. *Revista IMES*. Direito. ano VIII, n. 13, p. 49-61, jul./dez. 2007.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7º ed. 14º reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/04/25/reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716/>.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. Evolução do direito social brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 47, p. 185-206, 1951. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66158>.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10º. ed. - São Paulo : Saraiva, 2015.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer sobre o projeto de lei da reforma trabalhista, aprovado na Câmara dos Deputados (PL 6787/2016 – Câmara Federal e PLC 38/2017 – Senado Federal). Proposição n. 49.0000.2017.004049-7/COP, 16 de maio de 2017. Comissão Relatora: Bruno Reis de Figueiredo, Eduarda Mourão, Flávio Pansieri e Raimar Machado. Disponível em: <https://s.oab.org.br/arquivos/2017/06/reforma-trabalhista-preliminares-inconstitucionalidades.pdf>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, p. 11-40, 13 ago. 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Ltr, 2017, p. 52-53.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. A evolução histórica do controle de constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. *Revista Jurídica "9 de Julho"*, São Paulo, n. 2, p. 8-29, 2003.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; TORRES, Marcio Roberto. *Direitos fundamentais e as relações privadas: superando a (pseudo)tensão entre aplicabilidade direta e eficácia indireta para além do patrimônio*. vol. 04, nº. 53. Revista Jurídica: Curitiba, 2018.

FERNANDES BAFFA, Elisabete. Controle de constitucionalidade - noções introdutórias. *Revista Científica Semana Acadêmica*. Fortaleza, ano MMXIV, Nº. 000060, 24/09/2014. Disponível em: < <https://semanaacademica.com.br/artigo/controle-de-constitucionalidade-nocoos-introdutorias>>.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020.

FILHO. Georgenor de Sousa Franco. Reforma Trabalhista e OIT: Preparação para a Conferência do Centenário, Capítulo 04. In: MARANHÃO, Ney; TOURINHO TUPINAMBÁ, Pedro. *Direito Internacional do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Centenário da OIT*. São Paulo: LTR, 2019.

GOMES, Eduardo Biacchi; ZANCHI, Deborah Maria. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção aos direitos sociais: desdobramentos da convenção nº 158 da OIT. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 208-253. jun, 2018.

GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 3, p. 47-77, set./dez. 2005.

GOULART, Rodrigo Fortunato. Empregado hipersuficiente e negociação individual. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani. *Reforma Trabalhista: ponto a ponto*. São Paulo: LTR, 2018.

GUIMARÃES, Dirlene Mendes. MIALHE, Jorge Luís. A inconstitucionalidade da figura do empregado hipersuficiente trazida pela Lei 13.467/2017. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 36, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>> .

IBGE. Desemprego fica estável em 14,4% no trimestre encerrado em fevereiro. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30600-desemprego-fica-estavel-em-14-4-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro>.

IBGE. *Indicadores IBGE: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Quarto Trimestre de 2019*. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. out-dez 2019, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_4tri.pdf.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Firmino Alves. Contribuição para uma teoria da discriminação nas relações de trabalho. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

LIMA, Kaique Martine Caldas de. MEIRELES, Edilton. O acordo individual firmado por empregado hipersuficiente e o direito fundamental à negociação coletiva. *RJLB*, Ano 7, nº 3,

p. 1049-1070, 2021. Disponível em:
https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021_03_1049_1070.pdf.

LIMA, Kaique Martine Caldas De. *O empregado hipersuficiente segundo a lei n. 13.467/17: autonomia e vulnerabilidade*. Tese (Graduação em Direito) .– Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do Direito à Desconexão do Trabalho. *Revista do TRT da 15ª Região*, nº 23, set. 2003. Disponível em:
https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1.

MARINHO, Rogério. Parecer do Relator, *PRL 1 PL678716*: Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo, que "altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - consolidação das leis do trabalho, e a lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências". 2017. Disponível em: [.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=TramitacaoPL+6787/2016](http://camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=TramitacaoPL+6787/2016)>.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-pub.

MARTINS, Claudio de Almeida. *Tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e a primazia da norma mais favorável ao ser humano*. 2014. 100 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito) - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Pref. Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção direito e ciências afins ; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

MEIRELES, Edilton. SILVEIRA, Everton Caldas. A autonomia privada na reforma trabalhista e a vedação ao retrocesso social. *RJLB*, Ano 5, nº 3, p. 539-554, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., atual, 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed., rev. e atualizada. Coimbra: Coimbra Ed, 2008.

MOURA, Alessandra Christiane Bittencourt Ambrogi. Livre estipulação contratual entre empregado e empregador. Solução do litígio por meio da arbitragem. In: CREMONESI, André; NAKANO, Silvia (coor). *Reforma Trabalhista: avanço ou retrocesso?* São Paulo: LTr, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 111: discriminação em matéria de emprego e ocupação*, 1960. Disponível em: <
https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm >

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em:
<https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO:::>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em:
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:10015:::NO:10015:P10015_DISPLAY_BY,P10015_CONVENTION_TYPE_CODE:1,U .

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano fundamental ao trabalho: a sua aplicação no âmbito da reforma trabalhista. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, BA, v. 7, n. 10, p. 210-236, out. 2018. Disponível em: <
<https://hdl.handle.net/20.500.12178/147837>>.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 3ª ed. atual. 2º tiragem. São Paulo: LTr, 2000.

POMPEU, Gina Vidal Marcilio; SAMPAIO, Natércia Siqueira. *Liberdade e igualdade: condicionamentos democráticos para a estabilidade social*. Unoesc International Legal Seminar, p. 931-946, 20 nov. 2014.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário*. 9 ed. rev, atual, e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Cláusula aberta de direitos fundamentais e o §3º do art. 5º da CF – avanços e retrocessos. *Revista jurídica da procuradoria-geral do Estado do Paraná direito do estado em debate: edição comemorativa 10 anos*. Curitiba: Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, n. 10, p. 197-223, 2019.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Claudio Jannotti da; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. O controle de convencionalidade da reforma trabalhista: uma real necessidade contemporânea em prol do estado democrático brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 22, n. 44, p. 1-15, dez.2019.

ROCHA, Rafael Macedo Coelho Luz. *O modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF*. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015.

SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. Renúncia do direito fundamental pelo trabalhador. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, SP, v. 20, n. 8, p. 259-271, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3195/3999>.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Sayonara Grilo Coutinho Leonardo da. A relação entre normas coletivas autônomas e legislação estatal: duas notas sobre o modelo normativo brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 313-335, out./dez. 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/102000>.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 135 - 159 jan./dez. 2007.

SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. A polêmica acerca dos chamados trabalhadores hipersuficientes. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 9, n. 84, p. 21-39, dez. 2019/jan. 2020. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/168719>.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: Conteúdo, alcance e direções. *Revista de direito administrativo: RDA*. n. 211, p. 241–269, jan./mar.. FGV: Rio de Janeiro, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *A Reforma Trabalhista e o Hipersuficiente*. Disponível em:

http://www.amatra5.org.br/images/a/A%20REFORMA%20TRABALHISTA%20E%20O%20%20HIPERSUFICIENTE_.pdf.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/101982>>.