

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

FERNANDO FRANCO MORAIS

**HIPOSSUFICIÊNCIA E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ESTUDO  
CRÍTICO DE ACORDO COM A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

MARÍLIA  
2017

FERNANDO FRANCO MORAIS

**HIPOSSUFICIÊNCIA E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ESTUDO  
CRÍTICO DE ACORDO COM A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Lourival José de Oliveira.

MARÍLIA  
2017

Morais, Fernando Franco

Hipossuficiência e as novas relações de trabalho: estudo crítico de acordo com a ordem econômica constitucional / Fernando Franco Moraes. - Marília: UIIMAR, 2017.

127f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

1. Direito                      2. Empregador                      3.  
Hipossuficiência                      4. Ordem Econômica                      5.  
Relações de Trabalho I. Moraes, Fernando Franco

CDD – 341.6

FERNANDO FRANCO MORAIS

**HIPOSSUFICIÊNCIA E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ESTUDO  
CRÍTICO DE ACORDO COM A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dr. Lourival José de Oliveira.

Aprovado pela Banca Examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

---

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira  
Orientador

---

Prof.(a) Dr.(a)

---

Prof.(a) Dr.(a)

A Deus e aos meus pais.

Agradeço a Deus, por mais um objetivo conquistado, e pelo sonho que ora se concretiza. A Unimar, professores, administração e direção pelo comprometimento e responsabilidade. Ao meu orientador Dr. Lourival pelas suas correções e estímulos. Aos meus pais e amigos, pela ajuda e apoio. E a todos aqueles fizeram parte desta etapa de minha vida, o meu muito obrigado!

## HIPOSSUFICIÊNCIA E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ESTUDO CRÍTICO DE ACORDO COM A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

**RESUMO:** O objeto da pesquisa é o princípio da hipossuficiência da forma como vem sendo aplicado na relação de emprego, fazendo um paralelo como que se encontra estabelecido no art. 170 da Constituição Federal, ou seja, o princípio da hipossuficiência, na forma como está sendo aplicado nas relações de emprego está de acordo com os princípios contidos na ordem econômica constitucional? O tema hipossuficiência do empregado revela-se necessário tendo em vista a mudança educacional, cultural e industrial que o Brasil alcançou desde os anos 40 do século passado, visto que o perfil do empregado e da empresa mudaram desde aquela época. Considerando as alterações organizacionais havidas e a inclusão da tecnologia nas relações de trabalho, como também os resultados produzidos pela globalização, levando-se em conta o seu aspecto econômico, caberia uma releitura do princípio da hipossuficiência a ponto de justificar o seu emprego. O presente trabalho possui como objetivo geral identificar se os diversos tipos de trabalhadores devem ser tratados com o mesmo grau de hipossuficiência. Dando sequência, tem como objetivos específicos conceituar os graus de hipossuficiência, levando em conta o grau de escolaridade, a idade, ao momento histórico vivido pelo país e analisar casos concretos de empregados que tiveram ou não o grau de hipossuficiência relativizado. Inicialmente pesquisou o conceito da hipossuficiência, os princípios e a possibilidade ou não de flexibilização das leis do trabalho e por fim foram apresentados casos reais em que o próprio STF realizou reformas transversas na própria Constituição Federal. Desse modo, embasando-se nas concepções de diversos doutrinadores, bem como na legislação a respeito do assunto, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, adotando-se o método dedutivo. Concluiu-se pela necessidade da releitura do princípio da hipossuficiência, levando-se em conta o grau educacional do empregado, a sua posição dentro do quadro funcional da empresa, a sua condição de reinserção no mercado de trabalho dentre outros fatores e em especial as mudanças produzidas nas relações de trabalho.

**Palavras-chave:** empregador. hipossuficiência. ordem econômica.

## HYPOSSUFFICIENCE AND THE NEW WORK RELATIONS: CRITICAL STUDY IN ACCORDANCE WITH THE CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER

**ABSTRACT:** The object of the research is the principle of hyposufficiency of the way it has been applied in the relation of employment, making a parallel as it is established in art. 170 of the Federal Constitution, ie, the principle of hyposufficiency, in the way it is applied in employment relations is in accordance with the principles contained in the constitutional economic order? The issue of employee hygiene is proving necessary in view of the educational, cultural and industrial change that Brazil has achieved since the 1940s, since the profile of the employee and the company has changed since that time. Considering the organizational changes made and the inclusion of technology in labor relations, as well as the results produced by globalization, taking into account its economic aspect, it would be necessary to re-read the principle of hyposufficiency to the point of justifying its use. The present work as a general objective to identify if the different types of workers must or not have the same degree of hypersufficiency. Following, it has as specific objectives to conceptualize the degrees of hyposufficiency, in relation to the degree of schooling, the age, to the historical moment lived by the country, and to analyze concrete cases of employees that have or not the degree of hyposufficiency relativized. Initially the concept of hyposufficiency was investigated, the principles and the possibility or not of flexibilization of the labor laws and finally were presented real cases in which the STF itself carried out transverse reforms in the Federal Constitution itself. In this way, based on the conceptions of several professors, as well as on the legislation on the subject, it is a bibliographical research, adopting the means of the deductive method. It was concluded that there is a need to re-read the hypersufficiency principle, taking into account the educational level of the employee, his / her position within the company's workforce, its condition of reintegration into the labor market, among other factors, and especially the changes Produced in labor relations.

**Keywords:** employer. hypnosis. economic order.



## LISTA DE ABREVIATURAS:

ART: Artigo

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

CF/88: Constituição Federal de 1988

OIT: Organização Internacional do Trabalho

TRT: Tribunal Regional do Trabalho

TST : Tribunal Superior do Trabalho

STF: Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1. O ESTUDO DA HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO DE TRABALHO.....</b>	<b>144</b>
1.1. CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA NO ASPECTO TÉCNICO, JURÍDICO, POLÍTICO, PSÍQUICO E ECONÔMICO.....	14
1.1.1. A Hipossuficiência e suas espécies .....	15
1.2. HIPOSSUFICIÊNCIA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO .....	23
1.3. A HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO CONTRATUAL DE TRABALHO.....	28
1.4. PROTEÇÃO INFRACONSTITUCIONAL À HIPOSSUFICIÊNCIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....	37
<b>2. CONSEQUÊNCIAS GERADAS PELA HIPOSSUFICIÊNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO .....</b>	<b>43</b>
2.1. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR.....	43
2.2. NÃO POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO.....	51
2.3. REFLEXOS DA HIPOSSUFICIÊNCIA NA ADOÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTA: ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO .....	59
<b>3. NECESSIDADE DE NOVO TRATAMENTO À HIPOSSUFICIÊNCIA SEGUNDO A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>71</b>
3.1. A HIPOSSUFICIÊNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL .....	72
3.2. OS NOVOS CRITÉRIOS DE SUBORDINAÇÃO E A HIPOSSUFICIÊNCIA.....	79
3.2.1. Reforma trabalhista promovida na forma transversa.....	89
3.2.2. Reforma trabalhista de iniciativa do executivo federal .....	93
3.3. A SUPERAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA ATRAVÉS DE UMA AUTÊNTICA REPRESENTAÇÃO COLETIVA, COMO FORMA DE ATENDER A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL.....	95
3.4 PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO SEGUNDO O GRAU DE HIPOSSUFICIÊNCIA.....	107
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>114</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>117</b>

## INTRODUÇÃO

O Direito é o resultado da pressão de fatos sociais, que influenciados por valores, resultam em normas jurídicas. É o que aconteceu também, de forma clara, com o Direito do Trabalho.

Abolida a escravidão no Brasil, em 1888, os trabalhadores nas indústrias emergentes, muitos deles imigrantes, com tradição sindicalista europeia, passaram a exigir medidas de proteção legal; até cerca de 1920, a ação dos anarquistas repercutiu fortemente no movimento trabalhista; as primeiras normas jurídicas sobre sindicato são do início do século XX; o Código Civil de 1916 dispunha sobre locação de serviços, e é considerado o antecedente histórico do contrato individual de trabalho na legislação posterior; na década de 30, com a política trabalhista de Getúlio Vargas, influenciada pelo modelo corporativista italiano, reestruturou-se a ordem jurídica trabalhista no Brasil. Assim, os fatos, valores e suas implicações, produziram um direito de proteção ao trabalhador, mediante normas jurídicas, a que se deu o nome de Direito do Trabalho.

Sabe-se que em virtude das características de subordinação às ordens de serviço do empregador bem como da situação econômica de dependência, o trabalhador coloca-se frente ao empregador com certa inferioridade e desequilíbrio na relação jurídica.

Desta forma é que o Direito do Trabalho, com suas regras e institutos busca a proteção da parte hipossuficiente da referida relação jurídica objetivando abrandar de certa forma o desequilíbrio existente no contrato de trabalho entre empregador e empregado e proteger a parte mais frágil na relação jurídica, ou seja, o empregado.

Na base de sustentação do tratamento protetivo oferecido pelo Direito do Trabalho ao empregado encontra-se o princípio da hipossuficiência, capaz de generalizar, ou seja, tratando todos os empregados dentro do mesmo grau de fragilidade e impossibilidade de expressar as suas vontades diante de um contrato de trabalho.

Considerando as mudanças ocorridas nos últimos anos nas relações de trabalho bem como os diversos graus e ou diferenças existentes entre empregados de uma mesma empresa, levando-se em conta a diversidade de graus de conhecimento e cargo que ocupa, seria possível continuar tratando-os de forma genérica?

Feitas estas considerações iniciais que se apresentam como justificativas, o presente estudo tem como foco a necessidade da averiguação dos níveis da hipossuficiência, levando em consideração as mudanças pelas quais o Brasil passou, desde o final do século passado.

Os vários graus de hipossuficiência que aqui se propõe a tratar, apontam para uma reflexão sobre quais são e quem são os trabalhadores do século XXI, e o quanto desta hipossuficiência deve ser aplicada em cada caso concreto, objetivando buscar uma melhor distribuição da justiça, a promoção do pleno e produtivo emprego, em busca da redução das desigualdades sociais.

O intuito principal deste trabalho é despertar o legislador, os empresários e empregados que a forma de apreender o princípio da hipossuficiência pode beneficiar a ambas as partes de modo a garantir a própria viabilidade das relações de trabalho no Brasil.

Trata-se de apresentar a matéria da hipossuficiência a partir de um estudo que leve em conta o contexto em que o empregado está inserido, as suas condições profissionais, seu enquadramento profissional e até a categoria econômica em que está inserido o empregador a que está vinculado, utilizando-se para tanto do método dedutivo, envolvendo especificamente o Direito do Trabalho, Direito Constitucional, Direito Empresarial, Direito Civil e outros campos científicos afins, como por exemplo a economia e a administração de empresas.

Inicialmente abordou-se o conceito da hipossuficiência do empregado, importância, características, e vantagens. Conceito de hipossuficiência no aspecto técnico e econômico, hipossuficiência e os princípios do Direito do Trabalho, a hipossuficiência na relação contratual de trabalho e proteção infraconstitucional à hipossuficiência à luz do novo CPC.

Enfatizou-se também o quesito do grau de escolaridade, o grau econômico do empregado ou daquele que se propõe a ingressar em uma relação de emprego.

Logo após foi destinado um capítulo às consequências geradas pela hipossuficiência nas relações de trabalho. Abordou-se as normas de ordem pública de proteção ao trabalhador, não possibilidade de flexibilização da legislação, reflexos da hipossuficiência na adoção dos meios alternativos de solução de conflitos trabalhistas, valendo citar a arbitragem e mediação.

E por fim, pesquisou-se a necessidade de novo tratamento à hipossuficiência segundo a ordem econômica constitucional, a hipossuficiência nas relações de trabalho e a ordem econômica constitucional, a hipossuficiência e os novos critérios de subordinação, a hipossuficiência em relação ao momento econômico do país, a reforma trabalhista promovida na forma transversal e a superação da hipossuficiência através de uma autêntica representação coletiva, como forma de atender a ordem econômica constitucional.

Espera-se que o presente estudo contribua para uma reflexão onde torne-se possível adotar novos parâmetros a partir de casos concretos, para se estabelecer a possibilidade ou não de flexibilização da legislação trabalhista e em sendo afirmativa a possibilidade, fixar os

limites levando-se em conta em especial uma nova compreensão sobre o instituto da hipossuficiência aplicada às relações de trabalho no Brasil.

## **1. O ESTUDO DA HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO DE TRABALHO**

Este capítulo tem como objetivo demonstrar o conceito de hipossuficiência em seus aspectos mais relevantes, como exemplo, o técnico, jurídico, psíquico e econômico, e em consequência, os seus desdobramentos, especificando quais os mais relevantes perante o Direito do Trabalho. Ao mesmo tempo, servir de base para construção das críticas e propostas que seguirão nos artigos seguintes.

### **1.1. CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA NO ASPECTO TÉCNICO, JURÍDICO, POLÍTICO, PSÍQUICO E ECONÔMICO.**

De acordo com a compreensão do termo hipossuficiência, tem-se resultados distintos, tanto no que se refere às decisões judiciais obtidas como também as proposições econômicas, em especial quando diante de projetos reformistas.

Por essa razão é que se faz necessário distinguir na própria conceituação do termo hipossuficiência e as suas variadas espécies. Caso não proceda dessa maneira, ter-se-á o chamado reducionismo conceitual, capaz de provocar erros em suas mais variadas concepções.

O tratamento genérico da hipossuficiência aplicada as relações de trabalho não é mais suficiente em face das próprias mudanças nas relações sociais ocorridas nas últimas décadas. A facilidade nas formas de comunicação, os novos modelos de gerenciamento empresarial, a criação de novos métodos gerenciais contribuem para fomentar uma crescente discussão sobre a continuidade ou não da aplicação do princípio da hipossuficiência de uma maneira generalizada e irrestrita.

Sabe-se que a hipossuficiência é a base sobre a qual constrói-se o fundamento fático e ou justificativa para a existência de normas de ordem pública protetivas do empregado frente ao empregador. Trata-se da própria justificativa da existência do Direito do Trabalho.

Também, o elemento subordinação em uma relação de emprego é a expressão da diferença de posicionamentos ocupados pelo empregador em relação ao empregado, encontrando-se este último em uma situação de igualdade quanto ao grau de inferioridade.

Dessa forma é que o Direito do Trabalho, com suas regras e institutos busca a proteção da parte hipossuficiente da relação de emprego objetivando abrandar de certa forma o desequilíbrio existente no contrato de trabalho entre empregador e empregado e proteger a parte mais frágil na mesma relação.

Através do Direito do Trabalho confere-se um conjunto de direitos que procuram amenizar esta desigualdade que separa as partes em uma relação de emprego de forma a construir uma “igualdade” dentro do plano jurídico.

O ordenamento jurídico brasileiro, em sua Carta Maior determina, através da inteligência do art. 5º, caput que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Todavia, nas sábias palavras trazidas pelo jurista Ruy Barbosa,<sup>1</sup> em sua ilustre Oração aos Moços: “A regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”.

Nesta esteira, tendo em vista a relação empregador/empregado, o princípio da proteção ao hipossuficiente deriva de uma situação fático existente, tornando-se assim necessário a construção de uma balizamento no plano jurídico sob pena de contrariar o próprio princípio da igualdade. A questão é saber se o balizamento construído de forma igual para todos os empregados é suficiente para atender a finalidade pretendida pelo Direito do Trabalho ou se essa igualdade poderá contribuir negativamente para as próprias relações de trabalho no Brasil.

Contudo, como dito anteriormente, para fins de estudo aqui pretendido não é possível apropriar-se do conceito de hipossuficiência apenas no viés desigualdade econômica, por conta que se assim fosse admitido, correria o risco de abrandar ou deixar de apreender o mesmo conceito dentro da sua complexidade.

#### 1.1.1. A Hipossuficiência e suas espécies

Juridicamente pode compreender que a hipossuficiência é um fato, para depois ser conceituado como princípio, pois a realidade é que o empregado, na maioria das vezes está em situação desigual a do empregador. Tal fato/princípio, segundo o qual o sistema jurídico brasileiro reconhece ao empregado a condição de ser o agente mais fraco na relação de trabalho pode ser explicado em considerando que ele não detém os meios de produção, possuindo unicamente a sua força de trabalho. Diferente do empregador, que no caso possui os meios de produção, sem falar na sua condição de empreendedor, suportando por consequência os riscos do seu negócio.

---

<sup>1</sup>BARBOSA, Rui. *Trecho do discurso de paraninfo "Oração aos Moços"*. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=1107>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

A hipossuficiência econômica e social é facilmente percebida na relação entre os empregadores e os empregados. O empregador tem o poder de impor suas condições de trabalho ao empregado, deixando-o em desfavor nessa ligação entre as partes.

Essa situação pode ser observada principalmente no ato de contratação do empregado, que principalmente naqueles casos em que se encontra por demasiado tempo sem trabalho, pode vir a aceitar quaisquer condições de trabalho, considerando que acaba sendo necessário para o seu sustento.<sup>2</sup>

Segundo o entendimento do TST:

Ementa: RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS PERICIAIS. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. RECLAMANTE HIPOSSUFICIENTE. JUSTIÇA GRATUITA. OFENSA AO DIREITO DE AMPLO ACESSO AO JUDICIÁRIO. O indeferimento pelo Juízo de primeiro grau da realização da perícia, ante a desconsideração do pedido de justiça gratuita - que deve ser concedida em face da declaração de hipossuficiência (Orientações Jurisprudenciais 269, 304 e 331 da SDI-1)-, assim como a vinculação do pressuposto de pagamento prévio dos honorários periciais para a realização da perícia, representa desrespeito aos princípios da isonomia, do amplo acesso ao Judiciário e da ampla defesa (art. 5º, caput, XXXV, LV, CF). Para que o empregado tenha garantido o amplo acesso à Justiça, há que se levar em conta sua condição de hipossuficiência, demandando tratamento diferenciado nos termos da legislação processual trabalhista, em respeito aos citados princípios constitucionais, que pressupõem a garantia aos sujeitos processuais de igualdade de armas, em condições equilibradas, principalmente a se levar em conta o reconhecido desequilíbrio para a produção das provas nas demandas envolvendo relação empregatícia. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RECURSO DE REVISTA: 6989814120005175555 (TST), Relator: Maurício Godinho Delgado, Julgamento: 26/08/2009, Órgão Julgador: 6ª turma, Data de publicação: 04/09/2009).<sup>3</sup>

Percebe-se no julgamento acima mencionado, que o Tribunal Superior do Trabalho priorizou que o empregado tivesse a mesma chance de lutar com o empregador, mesmo não podendo arcar com o pagamento dos honorários médicos, e que portanto, em respeito ao princípio da hipossuficiência, o mesmo determinou que independentemente do recolhimento dos honorários em questão, fosse realizada a perícia para apurar eventual direito obstruído.

<sup>2</sup> SILVA, Fabiana Barcelos da. *A hipossuficiência e os contratos virtuais: aspectos sintéticos dessa relação*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6322%5D](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6322%5D)>. Acesso em 12 mai. 2016.

<sup>3</sup> (TST - RECURSO DE REVISTA: 6989814120005175555 (TST), Relator: Maurício Godinho Delgado, Julgamento: 26/08/2009, Órgão Julgador: 6ª turma, Data de publicação: 04/09/2009).<sup>3</sup>



O fato é, no caso mencionado, que o trabalhador é economicamente mais fraco e o empregador não fez menor questão de solucionar o problema perante o Judiciário. Vale ressaltar que a decisão em questão também priorizou o amplo acesso ao Judiciário, ou seja, houve a ação, a contestação, recurso ordinário e recurso de revista.

Sob este aspecto, existe correlação entre o conceito de hipossuficiência e de necessitado, conforme previsto na Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950., posto que se refere ao trabalhador, que não dispõe dos meios econômicos próprios e suficientes para prover as despesas do processo sem prejuízo do sustento de si e de sua família.

Desta forma, ao deferir a parte trabalhadora e conceder-lhe a gratuidade de justiça, por exemplo, o Juiz também já reconheceu sua condição de hipossuficiente econômico, preenchendo parte de um dos requisitos previstos no inc. VIII do art. 6º da Lei 8.078/90.

De outra maneira ou por um outro viés, a hipossuficiência técnica decorre do fato de o trabalhador não possuir conhecimentos específicos sobre o seu contrato de trabalho, se submetendo a qualquer ação imposta pelo empregador para poder conseguir o emprego/trabalho, e ainda que tenha conhecimento de que as normas regulamentadoras estão sendo aplicadas em seu desfavor, mesmo assim se submete a este contrato de trabalho devido a necessidade de ter o seu sustento.

Sobre esse prisma, fazendo um comparativo com o direito do consumidor, vale citar aqui as lições de Cláudia Lima Marques:

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. Será presumida para o consumidor não profissional, podendo atingir excepcionalmente o profissional destinatário final fático do bem.<sup>4</sup>

Destaca-se que devido ao grau de similitude, a hipossuficiência técnica do direito do consumidor também se aplica à relação de trabalho, tendo em vista que, por vezes o empregado não tem a capacidade técnica, ou seja, conhecimentos específicos para realizar determinada atividade para empresa, pois não foi treinado para isto. Veja-se o que diz o TST:

Ementa: RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE DE TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Recurso calcado em violação de dispositivos de lei federal e da Constituição Federal. O eg. Tribunal Regional deferiu indenização por danos morais e estéticos à autora em razão do acidente de trabalho ocorrido, em que a empregada, auxiliar em serviços gerais, sofreu um corte na mão ao limpar uma máquina em funcionamento. Foi registrada a culpa da empresa, em razão de ausência

<sup>4</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4 Ed. São Paulo: RT, 2002, p.84.

de treinamento para limpeza das máquinas. Não se constata inversão indevida do ônus da prova, já que comprovado o nexo entre o acidente ocorrido e a atividade de risco exercida pela autora, que no caso consistia na limpeza de máquinas em funcionamento que incontroversamente poderiam ocasionar acidentes, mormente diante da ausência de treinamento. Foi ressaltada prova testemunhal segundo a qual as máquinas eram limpas em funcionamento para não haver atraso na produção. Recurso de revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE DE TRABALHO. VALOR ARBITRADO. Recurso calcado na violação de dispositivo de lei federal. O eg. TRT entendeu razoáveis os valores arbitrados em R\$12.000,00 (doze mil reais), a título de dano moral, e em R\$2.000,00 (dois mil reais), a título de danos estéticos, este último em virtude de cicatriz de 7 cm que permaneceu após a recuperação. Foi levada em consideração a culpa concorrente de ambas as partes para a ocorrência do infortúnio (contribuindo em maior grau da ré), pelo que não há de se falar em violação do art. 945 do Código Civil . Recurso de revista não conhecido. PENSÃO MENSAL. O recurso de revista se encontra desfundamentado em relação ao tópico em epígrafe, tendo em vista que a parte não indicou violação a dispositivo de lei ou da Constituição Federal , ou divergência jurisprudencial . Recurso de revista não conhecido. RECURSO DE REVISTA RR 2766520105040512 (TST) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CREDENCIAL SINDICAL. Data do julgamento 15/02/2016. Data da publicação 11/03/2016. Órgão Julgador TST.<sup>5</sup>

Aprende a profissão na lida diária, com seus colegas de trabalho, e talvez não saiba também operar maquinário, o que dificulta a qualificação profissional. Além disto, esta vulnerabilidade também engloba o desconhecimento técnico em relação a qualquer procedimento trabalhista, apenas buscando o socorro do Judiciário quando se sente realmente lesado, porém não sabe qual a argumentação legal a ser utilizada em sua reclamação trabalhista. Por conta disto, fica sujeito aos imperativos do mercado, tendo como único aparato a confiança na boa-fé da parte empregadora.

A hipossuficiência técnica volta-se para as próprias condições pessoais da parte que não avalia o que seja relevante para a defesa de seus interesses, não compreendendo o valor deste ou daquele documento, da identificação de pessoas habilitadas a prestarem depoimentos em juízo, a carência de identificação de locais e situações que forneçam elementos de prova, a falta de cuidado na preservação de objetos de prova.

Tal deficiência gera evidentes dificuldades para o profissional encarregado de sua defesa, podendo, inclusive, conduzir a formulação de estratégia errada e fadada ao insucesso. A hipossuficiência técnica tem relação direta com a capacidade individual da parte do trabalhador em prover informações de cunho relevante ao processo, gerando incerteza quanto ao reconhecimento do direito pleiteado.

---

<sup>5</sup> (TST) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CREDENCIAL SINDICAL. Data do julgamento 15/02/2016. Data da publicação 11/03/2016. Órgão Julgador TST.

A hipossuficiência técnica se apresenta como consequência inarredável das próprias condições econômicas a que se sujeita a parte obreira em sua vida, impossibilitando-a de adquirir conhecimentos mínimos sobre o direito que pleiteia.

Segundo Felipe Peixoto Braga Netto:

“Já na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. Será presumida para o consumidor não profissional, podendo atingir excepcionalmente o profissional destinatário final fático do bem. A disparidade entre os conhecimentos técnicos do consumidor em relação ao fornecedor também é patente, pois o fornecedor é o *expert* da área em que atua, sendo o consumidor, em tese, leigo.”<sup>6</sup>

A terceira modalidade de hipossuficiência é a jurídica, onde é encontrado principalmente dois posicionamentos distintos. No caso em estudo, essa espécie é explicada, segundo Felipe Peixoto Braga Netto<sup>7</sup>: “Na avaliação das dificuldades que o trabalhador enfrenta na luta para a defesa de seus direitos, quer na esfera administrativa ou judicial”.

O contra-senso se apresenta na posição de Cláudia Lima Marques<sup>8</sup>, que, “é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”.

Dentro desse prisma, Alírio Maciel Lima de Brito<sup>9</sup> fecha a discussão afirmando o seguinte no tocante ao posicionamento de Cláudia Lima Marques: “Discordamos da conceituação oferecida pela ilustre jurista, pois da maneira por ela exposta estamos diante da vulnerabilidade técnica”.

No caso da hipossuficiência jurídica, onde a parte obreira é assistida por profissional de baixa qualificação ou mal qualificado para o exercício de seu mister, proporcionando a apresentação deficiente ou inaproveitável da demanda judicial, desincumbindo-se de maneira desidiosa ou imperita sobre os elementos do processo (partes, pedido, provas, recursos), ensejando uma assistência jurídica imperfeita para os fins de proteção do trabalhador.

---

<sup>6</sup> NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*, 3 Ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 48.

<sup>7</sup> Ob. Cit.

<sup>8</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4 Ed. São Paulo: RT, 2002, p.35.

<sup>9</sup> BRITO, Alírio Maciel Lima. *O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e consequências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade*. Revista do Consumidor. Mai/jun. 2006, p.52.

A hipossuficiência jurídica, embora de maneira indireta, também apresenta relação direta com a hipossuficiência econômica da parte trabalhadora, posto que, através da forma de atuar mal feita do advogado, a prestação jurisdicional do hipossuficiente se vê evidentemente prejudicada.

A ocorrência da hipossuficiência jurídica na relação processual do trabalhador, não tem o condão de possibilitar ao Juiz proceder a substituição cogente do profissional que assiste a parte; pode, apenas, reconhecer de ofício, o direito a inversão do ônus da prova, mesmo que não requerido processualmente pela parte, como uma das manifestações de um “direito básico do trabalhador”, que, no caso, se apresenta como “a facilitação da defesa de seus direitos”.

Neste sentido, opina o professor Flávio Tartuce:

O conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recursos, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento.<sup>10</sup>

É evidente que tal medida apenas se dará no caso de a demanda chegar a bom tempo, isto é, até a fase probatória, sendo de pouca valia se a petição inicial for indeferida.

Ainda discorrendo sobre as variadas espécies de hipossuficiência, merece tratamento a hipossuficiência política ou legislativa que decorre da falta de organização do trabalhador brasileiro, tendo em vista que o lobby patronal é maior, além da quantidade de sindicatos submissos aos empregadores.

Tal fato vê-se claramente nos dias atuais, quando para solucionar a crise financeira que assola o país, o Estado resolve fazer reformas na legislação trabalhista, onde direitos sociais adquiridos pelo trabalhador podem ser suprimidos, para que as empresas possam gerar novamente empregos.

O direito consumerista, assim como o Direito do Trabalho vive a mesma hipossuficiência política ou legislativa que decorre da falta de organização do consumidor brasileiro, inexistem associações ou órgãos “capazes de influenciar decisivamente na contenção de mecanismos legais maléficis para as relações de consumo e que acabam gerando verdadeiros ‘monstros’ jurídicos”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil, volume único*. São Paulo: Método. 4 Ed. São Paulo, 2014, p.70.

<sup>11</sup> MORAES, Roque. *Análise de conteúdo*. Revista Educação. Porto Alegre, v. 22, n. 37, 1999, p. 132.

Ao contrário, as associações de fornecedores possuem força no cenário político nacional, possuindo, inclusive, um grande lobby junto ao Congresso Nacional. Essa situação foi presenciada quando da tramitação do atual Código de Defesa do Consumidor.

Como diria Ada Pellegrini Grinover:

A dissimulação daquilo que era Código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o lobby dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um iter legislativo extremamente formal.<sup>12</sup>

Outra espécie que ainda merece ser tratada é a hipossuficiência psíquica, onde ocorre a influência do poder de convencimento do empregador em relação à psique do empregado, algumas vezes por ameaça, outras vezes levando em consideração o espírito de honestidade do trabalhador, mas sempre tocando no âmago do obreiro.

Mauro Cappelletti expõe claramente tal situação:

A doutrina esclarece acerca do distanciamento pelo povo, dos órgãos estatais, demonstrando o distanciamento característico aos órgãos responsáveis pela promoção da justiça, sendo que os procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, são figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.<sup>13</sup>

Luiz Guilherme Marinoni corrobora:

O pobre tem dificuldade em procurar um advogado, pois presume o advogado, e até mesmo o seu escritório, como relíquias distantes. As pessoas de renda mais baixa relutam em procurar até mesmo os PROCONS. Para não se falar que alguns não confiam na figura do advogado, desconfiança esta que é comum nas camadas de baixa renda. Anteriores experiências negativas com a justiça, onde ficaram evidenciadas discriminações, também influem negativamente. Não pode ser esquecido, ainda, que os mais humildes que temem represálias quando pensam em recorrer à justiça. Teme sanções até mesmo da parte adversária.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7 Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 09.

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 24.

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil*. Revista Jurídica, Curitiba, nº 7, 1993, p. 37.

Por várias vezes, o trabalhador é pessoa de poucas posses financeiras, que foi criado em uma família tradicional, onde o nome do mesmo sempre valia mais do que qualquer documento, e ainda, num mundo em que ingressar em juízo com uma reclamação trabalhista era uma humilhação ao empregado, pois supostamente, nunca mais conseguiria nenhum outro emprego.

Neste contexto, Luiz Guilherme Hagino sabidamente escreveu:

A hesitação em procurar por serviços de natureza jurídica tem algumas explicações. Em primeiro lugar, existe uma declarada desconfiança nos advogados pela sociedade em geral, e, especialmente, pelas classes menos favorecidas. É uma barreira social e psicológica, visto que em alguns casos há verdadeiro temor em relação aos advogados e aos tribunais. Existem outras motivações para os litígios serem considerados pouco atraentes para a população de baixa renda, como uma linguagem inacessível para a maior parte das pessoas, procedimentos complexos, excesso de formalismo, ambientes tido como repressores, como os tribunais e pessoas distantes do círculo de convívio das comunidades carentes, como advogados e juizes. Pode-se concluir, portanto, que as barreiras no acesso à justiça atingem de forma distintas as classes sociais e os estratos menos favorecidos, os mais pobres, são os que sofrem mais gravosamente as consequências desses obstáculos.<sup>15</sup>

Este empregado, talvez até com pouca escolaridade, entende que quando foi contratado para trabalhar, aceitou aquela proposta e portanto não pode buscar seus direitos perante a justiça, pois o que foi combinado deve ser cumprido. O princípio da *pacta sunt servanda* é questão intrínseca da *psique* da pessoa nesta situação, estando ele em qualquer posição de negociação.

Porém, o fato de o trabalhador se dar por satisfeito e ser prejudicado, não recebendo direitos já consagrados não faz com que o empregador esteja correto. Muito pelo contrário, além de violar a lei ainda explora a fraqueza de quem acredita na moral e nos bons costumes.

Portanto, tendo em vista os conceitos de hipossuficiência no aspecto técnico, jurídico, político, psíquico e econômico, percebe-se a real necessidade da proteção aos direitos sociais do trabalhador.

Além do que, com a classificação acima mencionada, percebe-se as várias formas de hipossuficiência do trabalhador, e então cada um enquadra-se mais ou menos em cada um dos perfis mencionados. O fato é que, independentemente de qual a maior vulnerabilidade, o empregado continua sim sendo a parte mais fraca na relação capital-trabalho, muito embora

---

<sup>15</sup> HAGINO, Córa Hisae Monteiro da Silva. *Acesso à justiça: Desvendando o caos e o voluntarismo dos estudantes de Direito na Defensoria Pública na cidade do Rio de Janeiro*. Conpedi – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Publicado em 24 de março de 2008. Disponível em: < [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/cora\\_hisae\\_monteiro\\_da\\_silva\\_hagino.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/cora_hisae_monteiro_da_silva_hagino.pdf) >. Acesso em: 30 mai. 2016.

não seja também possível afirmar que todos os empregados tenham a mesma vulnerabilidade quando estudados dentro dos seus contextos.

A lei não distingue os vários tipos de hipossuficiência aqui mencionados, fazendo com que todos os empregados, independentemente da qualificação técnica, cultural, economicamente, juridicamente, psicologicamente sejam tratados da mesma forma, o que requer um estudo mais particularizado de forma a desvendar a existência de vários graus de hipossuficiências.

## 1.2. HIPOSSUFICIÊNCIA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Os princípios jurídicos têm natureza de fonte supletiva do direito (art. 8º CLT), ou seja, complementam as normas, preenchendo as suas lacunas. Os princípios também atuam de forma descritiva, cumprindo importante papel na interpretação do direito (principal missão dos princípios, na nossa humilde opinião).

Logo, os princípios jurídicos desempenham dupla função, que é a função supletiva, atuando na integração jurídica e a função informativa, ligada à interpretação das normas jurídicas.

No entendimento de Amauri Mascaro Nascimento, princípios são elementos importantes:

Para o positivismo, os princípios estão situados no ordenamento jurídico, nas leis em que são plasmados, cumprindo uma função integrativa das lacunas, e são descobertos de modo indutivo, partindo das leis para atingir as regras mais gerais que delas derivam, restritos portanto, aos parâmetros do conjunto de normas vigentes, modificáveis na medida em que seus fundamentos de direito positivo são alterados.<sup>16</sup>

Para Miguel Reale:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17 Ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p.35.

<sup>17</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63.

Alguns princípios gerais podem ser apontados como aplicáveis ao Direito do Trabalho, tais como, os princípios da razoabilidade, da não-alegação da própria torpeza, da lealdade, da não-discriminação, da boa-fé, da presunção de inocência, do “*non bis in idem*”, da vedação ao enriquecimento sem causa, dentre outros.

O princípio da proteção ao hipossuficiente é o mais importante do Direito do Trabalho, do qual os demais derivam, considerando que ele é um produto direto da situação fática da hipossuficiência.

Há, no Direito do Trabalho, uma verdadeira rede de proteção ao trabalhador, abrangendo desde a elaboração das normas trabalhistas, passando pela interpretação jurídica e culminando em presunções próprias capazes de proteger o hipossuficiente.

Somando-se ao princípio da proteção, merece destaque também a lição de Humberto Theodor Júnior:

O primeiro e mais importante princípio que informa o processo trabalhista, distinguindo-o do processo civil comum, é o da finalidade social, cuja observância decorre da quebra do princípio da isonomia entre as partes, pelo menos em relação à sistemática tradicional do direito formal.<sup>18</sup>

A proteção ao obreiro chega a ser apontada como a essência do Direito do Trabalho, assim como a proteção ao consumidor é vista como o alicerce do direito do consumidor. A relação jurídica laboral guarda um desequilíbrio natural entre as partes, razão pela qual o Direito do Trabalho, ao proteger o empregado, tenta balancear, de forma mais justa, o liame.<sup>19</sup>

O princípio da norma mais favorável está no ápice da pirâmide normativa do Direito do Trabalho se encontra, em regra, a norma mais favorável ao trabalhador. Sendo assim, o operador do Direito do Trabalho, diante de mais de uma norma aplicável ao caso concreto, deve optar pela regra mais favorável ao obreiro. Veja-se que o art. 7º da Constituição Federal traz todos os direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, como férias +1/3, 13º, aviso-prévio, FGTS+40%, e outros.

O inciso 1 do artigo 7º da Constituição Federal, prevê uma proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. A Constituição de 1988 prevê uma indenização compensatória a ser regulada em lei complementar. Isto visa proteger o hipossuficiente, ou seja, o empregado.

<sup>18</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 45 Edição, Forense, 2006, p. 80.

<sup>19</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.47.



De fato, o que se extrai da Constituição, é que o brasileiro tem direito ao trabalho e que esse emprego é protegido contra a despedida arbitrária, ou sem justa causa, tendo em vista o alto valor social do trabalho e o fato de que o emprego possibilita a melhoria da condição social e a dignidade do trabalhador, o que também é preconizado pela nossa Constituição. Por isso, é que a legislação ordinária e as normas coletivas e individuais de trabalho, fixam as indenizações devidas aos empregados, quando despedidos injustamente, ou desmotivadamente.

Octavio Bueno Magano<sup>20</sup> diz:

“A despedida, assim concebida, supõe o reconhecimento de um poder arbitrário do empregador, de pôr fim ao vínculo empregatício quando mais lhe convenha. Esse poder denomina-se também o direito potestativo, porque o seu exercício não supõe qualquer prestação obrigacional por parte do empregado, senão o dever de tomar conhecimento do ato e o de se resignar com os seus efeitos. Quando inexistente justa causa para a despedida do empregado, a legislação brasileira obriga o empregador a lhe pagar indenização e aviso prévio.”

O legislador constituinte, percebendo a vulnerabilidade do empregado em relação ao empregador, verificou que este poderia ferir também o princípio da dignidade da pessoa humana, e por isto instituiu salário mínimo, que é unificado em todo o país, fixado por lei, além de abranger nominalmente maiores necessidades do empregado e sua família.

Também procurando igualar as armas e tendo em vista que o empregado não assume o risco do negócio, o legislador instituiu o 13º salário, sendo que o mesmo pode ser menor que a remuneração integral ou valor da aposentadoria. É direito auto-aplicável que não depende de lei para ter eficácia plena e as condições para a sua aquisição continuam sendo as mesmas de trabalho efetivo por pelo menos quinze dias por mês, conforme preconiza o art. 1º da Lei 4.090, de 13 de julho de 1962.

Ainda com referência ao art. 7º da Constituição, devido ao inegável desgaste que o trabalho noturno causa no empregado, e o mesmo deve cumprir sua jornada, enquanto o empreendedor está em seu descanso, o trabalhador este tem direito à remuneração adicional.

Falar sobre os princípios do Direito do Trabalho pressupõe remeter-se ao marco histórico da afirmação da área do direito em questão. Trata-se do nascimento da Organização Internacional do Trabalho, (OIT) em 1919. A OIT surgiu com o escopo de promover a unificação da legislação protetiva do trabalho em todo mundo.

---

<sup>20</sup> Magano, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. 2a Ed., São Paulo, LTR, 1986, p. 285.

A inspiração da OIT diz que o trabalho não pode ser tratado como mercadoria. Isto faz com que o trabalho seja regulamentado, e por conseguinte, o trabalhador seja beneficiado pela força que exerce.

Para Alfredo J. Ruprecht, os princípios do Direito do Trabalho “são, na realidade, diretrizes de orientação das normas de um Direito independentemente de qualquer outro e que, supletivamente, podem ter caráter interpretativo”.<sup>21</sup>

Os princípios do Direito do Trabalho tendem ao amorfismo segundo Américo Plá Rodriguez:

Curiosamente a experiência histórica universal ensina que a concreção na lei lhe tira fecundidade. Tem-se verificado 13 que nos países onde não ocorreu uma configuração jurídico-positiva dos princípios do Direito do Trabalho, estes abriram caminho com maior pujança e decisão do que nos demais. A consagração através da lei cristaliza e, por isso mesmo, congela a função que esses princípios podem ter.<sup>22</sup>

Cumprir registrar o debate entre a aplicabilidade dos princípios gerais do Direito quando confrontados com os princípios específicos do Direito do Trabalho. Existem aspectos que sustentam que, havendo contrariedade entre os princípios gerais e os princípios específicos, não há como aplicar os primeiros diante do critério da especialidade.

Por outro lado, havendo expresse reconhecimento dos princípios gerais na lei ou costumes, estes devem prevalecer, em face do seu caráter genérico. As compreensões contemporâneas do processo interpretativo, que solucionam tais conflitos entre princípios, dirigem-se a endossar algumas opiniões.

Os princípios específicos se incumbem de importante função no ramo do Direito do Trabalho, pois são compromissários e, por isso, garantidores da proteção ao hipossuficiente.

Percebe-se alguns dos principais princípios como especiais ao Direito do Trabalho. São eles o princípio da proteção, o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da condição mais benéfica, o princípio da norma mais favorável, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade, o princípio da igualdade, o princípio da razoabilidade e o princípio da primazia da realidade.

A ponderação entre princípios, visa a harmonia possível do sistema jurídico, podendo permitir ao intérprete do caso concreto analisar com segurança discussões cujo tema não se encontra literalmente transcrito nas normas, mas já encontraria pleno tratamento jurídico. Torna-se imperativo interpretar a situação real segundo os princípios vinculando assim com a devida racionalidade normas já existentes.

<sup>21</sup> RUPRECHT, Alfredo. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1995, p. 7.

<sup>22</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. Ed. Atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 56.

Os princípios gerais de Direito, permitem ao operador jurídico atribuir sentido às normas. Sem eles, os comandos legais manter-se-iam desvinculados da vida social, pois não existiria um sistema jurídico teleologicamente orientado, deles tudo decorre para conectar as normas a seu tempo. Cabe, assim, grande atenção ao art. 8º da CLT:

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

Neste sentido, mesmo as fontes do Direito do Trabalho têm em um dos princípios, pelo histórico das lutas operárias no Brasil, seu máximo fundamento, superior mesmo às normas à primeira vista antagônicas que possam existir em nosso ordenamento jurídico. Por isto, torna-se possível interpretar a legislação referente ao tema.

Vejamos a opinião do Ministro Luiz Roberto Barroso:

Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.<sup>23</sup>

Ocorre que em inúmeras situações o hipersuficiente transmuta-se no hipossuficiente, e o pior, sem qualquer proteção legal ou princípio que o ampare. Nessa linhagem, segundo Aury Lopes Júnior:

(...) o poder judicial somente será legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e do sentir do julgador, num assumido anticartesianismo. Mas também serve para controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia.<sup>24</sup>

Assim, a justiça do trabalho deve atentar-se para o fato de que a balança da justiça não pode pender nem arrimar-se para nenhum dos lados, sob pena de perder sua real finalidade. Logo, apesar de seus princípios basilares de proteção e finalidade social, a justiça do trabalho deve manter-se equilibrada sem causar prejuízo a nenhuma das partes.

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, n.º 6. Salvador: Centro de Atualização Jurídica – CAJ, setembro de 2001, p. 33.

<sup>24</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 256.

Neste sentido, posicionou-se o TRT da 3ª região<sup>25</sup>:

EMENTA: PROCESSO VISÍVEL E PROCESSO INVISÍVEL - PARTICIPAÇÃO INTEGRATIVA DO JUIZ SOCIAL DO TRABALHO NA (RE)CONSTRUÇÃO DA VERDADE DOS FATOS - MAIOR POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA - DIMINUIÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS INFLADOS PELA PETIÇÃO INICIAL E ESVAZIADOS PELA CONTESTAÇÃO -CONSTRUÇÃO DA SENTENÇA, DESCONSTRUÇÃO DA INJUSTIÇA. (Processo 00404-2009-079-03-00-1 RO. Data de Publicação: 22/03/2010. DEJT: Página: 133. Data do Julgamento: 18/02/2010, Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Luiz Otávio Linhares Renault. Revisor: Júlio Bernardo do Carmo).

Como percebe-se no julgado acima mencionado, deve o juiz buscar o princípio da verdade real, baseando-se na hipossuficiência do empregado, mas também nos princípios do Direito do Trabalho e na condição do caso concreto.

Portanto, estão interligados os princípios norteadores do Direito do Trabalho e a hipossuficiência do trabalhador, fazendo com que a justiça do trabalho seja considerada extremamente protetiva ao trabalhador.

### 1.3. A HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO CONTRATUAL DE TRABALHO

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer um regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial, sendo um negócio jurídico, requer, para sua validade, a observância dos requisitos legais (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei).

Clóvis Beviláqua<sup>26</sup> entende por contrato “o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”.

Para Orlando Gomes<sup>27</sup> “contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.

Possuem requisitos subjetivos: existência de duas ou mais pessoas; capacidade genérica das partes contratantes para pratica atos da vida civil; aptidão específica para contratar; consentimento das partes contratantes.

<sup>25</sup> (Processo 00404-2009-079-03-00-1 RO. Data de Publicação: 22/03/2010. DEJT: Página: 133. Data do Julgamento: 18/02/2010, Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Luiz Otávio Linhares Renault. Revisor: Júlio Bernardo do Carmo)

<sup>26</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil anotado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, p. 90.

<sup>27</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 65.

Também existem requisitos objetivos que dizem respeito ao objeto do contrato; a validade e eficácia do contrato, como um direito creditório, que dependem da: a) licitude de seu objeto; b) possibilidade física ou jurídica do objeto; c) determinação de seu objeto, pois este deve ser certo ou, pelo menos, determinável; d) economicidade de seu objeto, que deverá versar sobre interesse economicamente apreciável, capaz de se converter, direta ou indiretamente, em dinheiro.

São também requisitos formais: atinentes à forma do contrato; a regra é a liberdade de forma, celebrando-se o contrato pelo livre consentimento das partes contratantes (CC, arts. 129 e 1079).

Os princípios fundamentais do direito contratual são divididos em: princípio da autonomia da vontade (nele se funda a liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica).

Princípio do consensualismo, segundo o qual o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido. Princípio da obrigatoriedade da convenção, através do qual as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente.

Princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual, visto que não aproveita nem prejudica terceiros, vinculando exclusivamente as partes que nele intervierem.

Princípio da boa fé, segundo o qual o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes.

Os contratos têm papel relevante na economia, sendo elemento essencial à garantia das transações, trazendo segurança jurídica às partes e mitigando os riscos decorrentes das obrigações assumidas pelos contratantes.

Desde o Estado Liberal no século XIX imperava de forma absoluta o postulado *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato fazia lei entre as partes, devendo ser cumprido sem ressalvas.<sup>28</sup> Os particulares podiam contratar livremente, sem qualquer interferência pública nos direitos e obrigações reciprocamente assumidos por conta do ajuste ou mesmo do seu impacto na seara econômica ou social. Ainda, o contrato se revestia como se norma legal fosse, tangenciando a imutabilidade.

---

<sup>28</sup> FERREIRA., Daniel; GUÉRIOS, Patricia Borges. "Função social" e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, privados e administrativos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9548&revista\\_caderno=4](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9548&revista_caderno=4)>. Acesso em 19 mai. 2016.

Segundo Maria Helena Diniz<sup>29</sup>, o *pacta sunt servanda* se justifica porque o contrato, uma vez celebrado livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito.

Porém, no curso da execução do contrato muitas vezes o cenário fático e econômico se alterava, gerando "situações injustas" e tornando desproporcional a prestação de uma parte perante a da outra naquela determinado instrumento, razão pela qual atualmente este princípio tem sido mitigado.

Dessa forma, a obrigatoriedade aos termos pactuados não é absoluta. Como explica Maria Helena Póvoas<sup>30</sup>, “há que se respeitar a lei e, sobretudo, outros princípios que coexistem juntamente com as obrigações das partes, como o da boa-fé, o da legalidade, o da igualdade, entre tantos outros; afinal, os princípios gerais do Direito integram um sistema harmônico”.

Referida mudança se dá por força da equivalência das prestações contratuais, ligada ao princípio da igualdade, que procura, dentre outras coisas, evitar a desproporcionalidade em prejuízo de um dos contratantes.

Segundo Cláudia Lima Marques,

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.<sup>31</sup>

Aqui depara-se com a expressão do Direito Canônico *rebus sic stantibus*, entendida como "permanecendo as coisas como estavam antes", ou seja, que nos pactos de execução continuada e cujas prestações se perpetuam no futuro deve-se manter a proporcionalidade entre elas de forma a não alterar esse equilíbrio existente quando da celebração do instrumento. Tal cláusula consagra a Teoria da Imprevisão.

A legislação brasileira, no intuito de solucionar essa questão, prevê em seu art. 478 do Código Civil que, em contratos a prazo ou duradouros, “se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 8. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 78.

<sup>30</sup> PÓVOAS, Maria Helena. *A força obrigatória dos contratos e a teoria da imprevisão*. Revista Jurídica da UNIC. v. 5, n. 1, p. 95 – 104, jan/jun. 2003, p. 56.

<sup>31</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo : RT, 1991. p. 101.

Observa-se assim que o legislador permite a resolução contratual quando um elemento inusitado e surpreendente afetar a execução do contrato, colocando em situação de extrema dificuldade um dos contratantes, isto é, ocasionando a excessiva onerosidade em sua prestação, como consagra o art. 317 do Código Civil.<sup>32</sup>

Para fundamentar a revisão do contrato pela quebra do equilíbrio econômico a doutrina se socorre da chamada Teoria da Imprevisão, considerando os dois dispositivos acima citados (art. 478 e 317 do CC/02). E são os elementos trazidos pelo art. 478 do Código Civil o núcleo do desequilíbrio econômico superveniente no direito civil brasileiro.

Traz-se também o enunciado no. 176 do Conselho da Justiça Federal que diz em seu artigo 478: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

Tudo isto discutido, refere-se quase somente ao Direito Civil. Mas e o Direito do Trabalho?

O contrato de trabalho pode ser por tempo indeterminado (sem data prevista para acabar) ou por tempo determinado (o trabalhador já sabe quando o contrato termina). A regra geral é o contrato por tempo indeterminado, ou seja, o trabalhador é contratado por uma empresa sem um prazo certo.

O contrato por tempo determinado só poderá ocorrer se estiver enquadrado em uma das hipóteses de que trata o art. 443 da CLT e não pode durar mais de dois anos. O contrato por prazo determinado passa a ser contrato por prazo indeterminado, se for prorrogado mais de uma vez. O contrato de experiência é um tipo de teste, por isso não pode durar mais de 90 dias.

É importante destacar que, na hipótese de o trabalhador ser despedido sem justa causa, antes do término do contrato por prazo determinado, o empregador deverá pagar uma indenização no valor da metade dos salários devidos até o fim do contrato.

O contrato temporário está previsto na Lei nº 6.019/74 e só pode ser utilizado em situações especiais. Deve ter duração máxima de três meses e deve ser feito por empresas cadastradas no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

---

<sup>32</sup> Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Sabe-se que em virtude das características de subordinação às ordens de serviço do empregador bem como da situação econômica de dependência, o trabalhador coloca-se frente ao empregador com certa inferioridade e desequilíbrio na relação jurídica.

Desta forma é que o Direito do Trabalho, com suas regras e institutos busca a proteção da parte hipossuficiente da referida relação jurídica objetivando abrandar de certa forma o desequilíbrio existente no contrato de trabalho entre patrão e empregado e proteger a parte mais frágil na relação jurídica, ou seja, o trabalhador.

Confere ao operário conjunto de direitos que procurem amenizar esta desigualdade que separa as partes desta relação e favorece uma delas, qual seja o empregador. Grande parte da doutrina considera tal princípio como sendo aquele norteador do direito do trabalho, influenciando em toda estrutura e peculiaridades do direito laboral.

Para o autor uruguaio Américo Plá Rodrigues<sup>33</sup> o princípio protetor do hipossuficiente econômico subdivide-se em três outros princípios distintos, quais sejam eles: princípio do “in dúbio pro operário”, princípio da prevalência da norma mais favorável ao obreiro e princípio da condição mais benéfica ao trabalhador.

O princípio do “*in dúbio pro operário*”, princípio também chamado de “*in dúbio pro misero*”, determina que toda vez que estiver diante de um texto jurídico que traga dúvidas em relação ao seu sentido e alcance o intérprete deverá buscar aquela mais favorável ao obreiro.

Para Arnaldo Sussekind<sup>34</sup>, o princípio *in dubio pro operario*, trata-se do aconselhamento ao intérprete, a escolher, entre duas ou mais interpretações viáveis, sendo a mais favorável ao trabalhador, desde que não afronte a nítida manifestação do legislador, nem se trate de matéria probatória.

Este princípio possui duas questões problemáticas: a primeira questão, menos importante e de ordem prática é o fato de que este princípio trata de mesma questão já acobertada por outro princípio específico: o princípio da norma mais favorável. Aqui não se tem maiores problemas, mas apenas uma questão de redundância.

Significa que toda vez que houver divergência de interpretações de algum preceito normativo, o operador jurídico deverá optar pela norma mais favorável ao operário. Tal fato é atendido perfeitamente pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

---

<sup>33</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 85.

<sup>34</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: Ltr, 2002, p. 129.



A segunda questão e também a mais grave é que este princípio entra em choque com princípio essencial do Estado Democrático de Direito: o princípio do juiz natural. Destaca-se que este princípio deve ficar restrito a interpretação das normas jurídicas no momento em que houver dúvidas e não a figura do juiz e a sua função judicante sob pena de se comprometer a própria justiça.

Não pode se esquecer que o Direito do Trabalho hoje, incorpora um arsenal técnico-científico, um conjunto de normas, categorias e teorizações principalmente em relação à teoria do ônus da prova que se encontra hoje sedimentadas no direito processual do trabalho.

Veja-se a posição dos tribunais pátrios sobre o assunto<sup>35</sup>:

EMENTA: HONORÁRIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Segundo o art. 14 da Lei nº 5.584/70, na Justiça do Trabalho a assistência jurídica a que se refere a Lei 1.060/50 será prestada pelo sindicato da categoria profissional do trabalhador àquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou, aos de maior salário, desde que provado que sua situação econômica não lhes permita demandar sem prejuízo de seu sustento ou da família. Indevidos os honorários de assistência judiciária ou honorários advocatícios quando a parte autora não está assistida por advogado credenciado pelo seu sindicato de classe. Aplicação das Súmulas nº 219 e 329 do TST. Sentença mantida. (...) em relação à alegação de acúmulo de função, pelo exercício da função de polidor, ao reclamante incumbia o ônus de demonstrar a veracidade da assertiva, por se tratar de fato constitutivo do direito alegado (artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC), do qual não se desincumbiu a contento, prevalecendo a prova documental contida nos autos. Não há como se aplicar, aqui, o princípio invocado, “in dúbio pro operário”, porquanto este não pode ser invocado como meio a suprir a prova que deveria ter sido realizada pelo empregado, de acordo com a regra do ônus da prova, e não foi. (RO: 00566-2007-001-04-00-0, Relator: Juíza Olga Aina Joaquim Gomieri, , Julgamento 20/04/2008, Órgão Julgador: 6ª Turma, Publicação: 30/05/2008).

Assim, a decisão do operador jurídico em relação ao exame e valoração dos fatos e provas trazidos aos autos deve ser feita levando em conta a teoria do ônus da prova. Quando houver dúvida do julgador em relação ao conjunto probatório existente no processo o mesmo deverá decidir em desfavor da parte que não conseguiu fazer a prova naquele tópico que lhe cabia e não simplesmente seguindo o ordenamento do princípio in dúbio pro operário.

O princípio da prevalência da norma mais favorável ao obreiro determina que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três diferentes situações: No momento de elaboração da norma trata-se de uma fase unicamente política onde o princípio irá orientar o legislador na sua função legislativa. Aqui este princípio

---

<sup>35</sup> (RO: 00566-2007-001-04-00-0, Relator: Juíza Olga Aina Joaquim Gomieri, , Julgamento 20/04/2008, Órgão Julgador: 6ª Turma, Publicação: 30/05/2008).

age como fonte material do direito justrabalhista. Exerce bastante influência em contextos políticos democráticos.

No contexto entre o confronto de regras concorrentes, nesta fase atua como critério de hierarquia de normas jurídicas, bem como critério de interpretação de tais normas. Como critério de hierarquia permite que quando houver conflito entre duas regras aquela que for mais favorável ao trabalhador deverá prevalecer desde que observados os limites impostos pela ordem jurídica.

No contexto de interpretação das regras jurídicas, como critério de interpretação do direito trabalhista, nos casos em que houver mais de uma possibilidade de interpretação, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador. Porém esta interpretação deve se dar de forma sendo observados os critérios técnico-científicos informadores da ordem jurídica.

Neste sentido Jurisprudência do TRT4<sup>36</sup>:

EMENTA: RECURSO DO RECLAMANTE DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. Comprovada a falta grave do empregado, tentativa de furto , deve ser mantida a sentença que entendeu configurada a justa causa para despedida. Apelo negado. DAS HORAS EXTRAS. CRITÉRIO DE CONTAGEM. Aplicação da regra contida no artigo 58, § 1º, da CLT, hierarquicamente superior às normas coletivas juntadas nos autos. Observância do Princípio da Norma mais Favorável ao obreiro. Recurso provido, para deferir o pagamento de diferenças de horas extras e reflexos. RECURSO DA RECLAMADA INTERVALO ENTREJORNADAS. A não-concessão do intervalo de 11 horas entre jornadas é infração que impõe sempre o pagamento do período não-usufruído, mesmo nas situações em que já tenham sido pagas outras horas extras pelo excesso de jornada. Recurso provido. (ACÓRDÃO - 00981-2006-771-04-00-1 RO, Relator: Maria Cristina Schaan Ferreira, Julgamento: 30/08/2007, Órgão Julgador: 8ª Turma, Publicação: 25/09/2007).

Outro exemplo:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. NORMA MAIS FAVORÁVEL. Constando no contrato de trabalho a título de experiência, com vigência inicial de 30 dias, cláusula estipulando a possibilidade de uma única prorrogação por prazo igual ou inferior, não é admissível a prorrogação por 60 dias, ainda que referida no próprio contrato. Tal prorrogação acarreta a configuração de contrato por prazo indeterminado, sendo devidos aviso-prévio, diferenças de 13º salário e férias quando da rescisão do contrato. Provimento negado. (ACÓRDÃO - 01138-2006-023-04-00-1 RO, Relator: Marcos Viana, Julgamento 01/09/2007, Órgão Julgador: 9ª Turma, Publicação: 13/10/2007)<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> (ACÓRDÃO - 00981-2006-771-04-00-1 RO, Relator: Maria Cristina Schaan Ferreira, Julgamento: 30/08/2007, Órgão Julgador: 8ª Turma, Publicação: 25/09/2007).

<sup>37</sup> (ACÓRDÃO - 01138-2006-023-04-00-1 RO, Relator: Marcos Viana, Julgamento 01/09/2007, Órgão Julgador: 9ª Turma, Publicação: 13/10/2007)

Diz Maurício Godinho Delgado:

Informa esse princípio que no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho.<sup>38</sup>

O princípio da condição mais benéfica ao trabalhador possui na sua essência as mesmas propriedades existentes no princípio da prevalência da norma mais favorável ao obreiro, a diferença encontra-se no fato de que o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador diz respeito às cláusulas contratuais.

Tal princípio foi incorporado pelo TST:

TST Enunciado nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973 - Incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Cláusula Regulamentar - Vantagem Anterior I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.<sup>39</sup>

Traz garantia da norma mais benéfica ao trabalhador ao longo do contrato de trabalho, ou seja, não se trata de norma mais sim condição mais benéfica ao empregado.<sup>40</sup>

Incorporado pela CLT em seu artigo 468<sup>41</sup> e também pela Súmula 51, I, do TST, na qual informam que cláusulas contratuais benéficas somente poderão ser alteradas de por outras mais vantajosas ao trabalhador (direito adquirido) e havendo qualquer outra alteração que signifique desvantagem ao trabalhador a norma benéfica deverá ser intocada.

TST Enunciado nº 288 - Res. 21/1988, DJ 18.03.1988 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003- Complementação dos Proventos da Aposentadoria- A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 87.

<sup>39</sup> *Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/10157/cc23ec94-9e08-47e3-8ed6-2e662cee7690>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

<sup>40</sup> ZORZI, Luciana de. *Princípio Protetor do Hipossuficiente Econômico*. Via Jus. Esteio, junho de 2008. Disponível em: < <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1585&idAreaSel=8&seeArt=yes> >. Acesso em: 06 mai. 2016.

<sup>41</sup> Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

<sup>42</sup> *Súmula 288 Complementação dos Proventos da Aposentadoria*. Disponível em: < <http://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?idmodelo=1378> >. Acesso em: 12 jun. 2016.

Traz-se à colação da jurisprudência do TRT4 neste sentido:

EMENTA: DIFERENÇAS SALARIAIS. A reclamada cuidou em esclarecer que o valor das peças que era considerado para efeitos salariais do reclamante era “puro”, ou seja, sem o acréscimo referente ao valor da mão-de-obra, o que, do contrário, configuraria um bis in idem, visto que o empregado já recebe a contraprestação pelo trabalho desempenhado. (...) direito previsto em norma coletiva, que, diferentemente da previsão constante na cláusula examinada na decisão atacada (nº 12.1), garante condição mais benéfica ao trabalhador, atendendo, neste aspecto, a norma coletiva sua função precípua. Recurso provido no tópico. (RO 01339-2005-302-04-00-1, Fl.1, Relator: Maria Abadia Ozanan, Julgamento 19/04/2006, Órgão Julgador: 1ª Turma, Publicação: 13/06/2006)<sup>43</sup>.

Outro exemplo:

EMENTA<sup>44</sup>: BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Existindo salário profissional ou piso normativo estabelecido por meio de lei, convenção coletiva e/ou sentença normativa, esta deve ser a base de cálculo do adicional de insalubridade. Inteligência da Súmula 17 do TST. Ainda que as condições normativas decorrentes da autocomposição devam ser valorizadas, uma vez que expressam a vontade das categorias envolvidas, em se tratando de critério de contagem de jornada deve ser aplicado o disposto no art. 58, parágrafo 1º da CLT, porque se trata de condição mais benéfica ao trabalhador. (RO 00966-2006-332-04-00-8, Fl.1 Relator: Maria Eliza Tagliarena, Julgamento 15/06/2007, Órgão Julgador: 2ª Turma, Publicação: 16/08/2007).

Portanto, o contrato mais benéfico somente poderá ser alterado por outro mais vantajoso ao trabalhador, e se assim não for, deverá aplicar o contrato anterior, ora mais benéfico.

Consequentemente, a hipossuficiência e a relação contratual de trabalho estão amplamente interligadas. Por vezes, o empregado se submete a exercer funções ou realizar tarefas por demais árduas, acima de sua capacidade, mas as realiza, ou ainda assina documentos, abrindo mão de direitos garantidos, por ser a parte mais vulnerável na relação contratual.

---

<sup>43</sup> (RO 01339-2005-302-04-00-1, Fl.1, Relator: Maria Abadia Ozanan, Julgamento 19/04/2006, Órgão Julgador: 1ª Turma, Publicação: 13/06/2006)

<sup>44</sup> (RO 00966-2006-332-04-00-8, Fl.1 Relator: Maria Eliza Tagliarena, Julgamento 15/06/2007, Órgão Julgador: 2ª Turma, Publicação: 16/08/2007).

#### 1.4. PROTEÇÃO INFRACONSTITUCIONAL À HIPOSSUFICIÊNCIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme já era previsto no antigo Código de Processo Civil, cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Contudo, segundo o novo código, diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade, ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou ainda à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, de forma fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (§1º do artigo 373 do novo Código de Processo Civil).

A compatibilidade dessa nova regra com princípios trabalhistas, como a proteção moderada ao empregado e a majoração dos poderes do juiz na direção do processo, certamente vai permitir a adoção do dispositivo.<sup>45</sup>

Muito mais do que se ater à previsão processual acerca do ônus de produção das provas, a busca por sistema que possibilite dinamismo neste aspecto tem a função de colocar a efetividade jurisdicional ao alcance de todos, oferecendo acesso amplo e irrestrito à justiça. As partes têm a chance de produzir as provas às quais estão mais habilitadas, o que hoje tem sido feito de acordo com cada caso concreto.

É importante evitar que essa nova busca pelas provas seja feita de forma aleatória e, pior, discriminatória. É necessário que o parâmetro legal a ser adotado seja tão dinâmico quanto o direito material, estabelecendo novamente condição rígida de distribuição do ônus da prova, mas que vede também o abuso na discricionariedade do julgador.

Acredita-se que a jurisprudência tenha o condão de oferecer subsídios próprios ao reconhecimento de situações nas quais se possa aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, considerando o fato de que somente os casos concretos são hábeis à recepção desta inovação jurídica.

É justamente por acreditar que os iguais e os desiguais merecem tratamentos distintos que se acredita na efetivação da distribuição dinâmica do ônus da prova. Os critérios, os objetivos e a forma de encontrar esta linha tênue serão apurados nesta dissertação.

---

<sup>45</sup> ALFONSIN, Ricardo. *O novo CPC e o processo do trabalho*. São Paulo, maio. 2015. Disponível em: <<http://alfonsin.com.br/o-novo-cpc-e-o-processo-do-trabalho/>>. Acesso em 08 mai. 2016.

Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>46</sup>, fazendo alusão à doutrina argentina das “cargas probatórias dinâmicas” assevera que, "com ela, visa-se superar a *probatio diabolica*, transferindo a contraprova de determinados fatos à parte contrária, quando esta possua conhecimentos científicos, técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade para sua demonstração".

Camilo Couto<sup>47</sup>, assim declara:

"Implica estabelecer favor *probationis* em prol do demandante, transferindo o encargo de provar a inveracidade de certas alegações suas ao réu. Há uma alteração do próprio objeto da prova, presumindo-se existente, no próprio processo e por obra do juiz, o fato constitutivo do direito do autor, para que caiba então ao réu produzir a respectiva contraprova, sob pena de julgamento desfavorável".

A distribuição das provas no Direito Processual tem o objetivo de equalizar e identificar os obrigados na produção de conjunto probatório, hábil a subsidiar o convencimento do juízo. Este direcionamento viabiliza a segurança jurídica quando a parte já tem definida a conduta a ser seguida, qual estratégia adotar e, disto, esperar ou não êxito no processo.

Com o firme propósito de oferecer iguais condições de atuação no processo às partes que, em situações trabalhistas e consumeristas, por exemplo, são desiguais na produção da prova, além de outras situações de hipossuficiência.

A distribuição dinâmica do ônus da prova tem origem no direito estrangeiro, mais precisamente na Alemanha, no início do século XX, com recepção pela Argentina, no fim do século passado. O propósito é prestigiar a capacidade que a parte tem de melhor produzir determinada prova, complementando a previsão legal já existente.

Percebe-se, com isso, que a prova concreta em melhor condição de ser produzida deve ficar a cargo daquele que a detém, sob pena de prática discriminatória contra quem demanda, em razão de sua menor capacidade.

No Processo do Trabalho é imprescindível a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. A hipossuficiência do empregado, no mais das vezes, inviabiliza a produção de provas às quais o empregador está mais capacitado em apresentar.

---

<sup>46</sup> Paulo Henrique dos Santos LUCON. Formalismo Processual e Dinamização do Ônus da Prova. “In” Processo Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, pag. 67.

<sup>47</sup> Camilo José D’Ávila COUTO. Dinamização do ônus da prova: teoria e prática. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, pag. 120.

Documentos, testemunhas, condições técnicas e de ambiente estão mais próximos do empregador do que do empregado. A relação de trabalho perpetrada ao longo de um determinado período traz segredos e situações que, no mais das vezes, ficam sob guarda absoluta do empregador.

A exposição a condições gravosas, o trabalho em jornada extraordinária, a mitigação da condição humana, moral e psíquica do empregado são situações nas quais o empregador tem as infrações em seu poder.

Não que se está tratando da produção de prova contra si, o que não é permitido pelo ordenamento jurídico em vigor. O próprio fato de o empregado estar submetido a condições que só podem ser reproduzidas no ambiente de trabalho, numa precária volta ao passado, é que se obriga o empregador a abrir a intimidade do contrato de trabalho e não deixar de revelar o que lá ocorreu.<sup>48</sup>

A prova não pode reconstituir situação pretérita, mas deve propor o mínimo de realidade. A procura é por quem tem melhor capacidade técnica para trazer esta realidade, ainda que primitiva, ao processo.

A inversão do ônus da prova já se mostra atualmente como uma proposta de alcance de provimento jurisdicional efetivo. A distribuição dinâmica do ônus da prova, com muito mais propriedade, tem trazido, ao universo jurídico, meios mais eficazes de comprovação de direitos inalcançáveis pela parte hipossuficiente, no caso do Processo do Trabalho, o empregado.

Sabe-se, entretanto, que diante de tantas fontes do Direito, é necessário um respaldo mínimo à acolhida de inovações jurídicas, sob pena de transformarmos o ordenamento num Frankenstein, sem regras e sem sentido.

Diante da fixação objetiva da carga probatória, pode ocorrer, ainda, o distanciamento do processo efetivo e justo. Isto porque, a realidade fática pode ser prejudicada pela incapacidade ou pela inaptidão em reconstituir determinada situação.

No Processo do Trabalho é bem provável que esta distância da realidade é absolutamente prejudicial ao trabalhador, ferindo direitos irrenunciáveis. No ordenamento processual em vigor é imprescindível a produção de provas que viabilizem a elucidação de lides, promovendo, simultaneamente, o pleno exercício do provimento jurisdicional.

---

<sup>48</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 32, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI142078,11049-A+distribuicao+dinamica+do+onus+da+prova>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

É importante oferecer ao jurisdicionado meios de produzir provas que não estão ao seu alcance ou mesmo exigi-las de quem tem maior facilidade na sua produção. Como não poderia deixar de ser, a doutrina processualista no Brasil tem recepcionado bem a Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

A aplicação da teoria em estudo tem sido feita de acordo com o caso concreto. Como que no Processo do Trabalho há previsão de importação de métodos e procedimentos correlatos (769, CLT), a Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova que não está prevista na CLT tem sido adotada de acordo com a discricionariedade do juízo.

É indiscutível a importância de tal tendência no Direito Processual do Trabalho brasileiro. Vive-se em um país de dimensões continentais, e que sofre influências externas recorrentemente. Justamente pelo excesso de particularidades regionais, particularidades estas que refletem nas relações de trabalho, é que se recepciona, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Como exemplo, decisões que adotam a teoria a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova:

EMENTA<sup>49</sup>: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TÉCNICA DE JULGAMENTO CONSENTIDA PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. ATIVAÇÃO JUNTO AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. A despeito da natural disparidade de forças que existe entre empregado e empregador, na maioria dos feitos processados perante esta Justiça Especializada, a norma processual do trabalho que trata da distribuição do ônus da prova não contempla expressamente a possibilidade da inversão do ônus da prova. Embora haja sua positivação em outros diplomas processuais, assim não ocorre entre nós. Isso, no entanto, não a afasta do Direito Processual do Trabalho. E, assim, a Justiça do Trabalho não está impedida de se valer dessa técnica de julgamento, podendo utilizá-la sempre que a distribuição dinâmica do ônus da prova assim recomendar. Sua aplicação encontra sólido suporte doutrinário e jurisprudencial, pelo que seu uso é não só possível, mas também recomendável, como imperativa medida de justiça. (00235-2009-063-03-00-4 RO, 6ª T., TRT 3ª R., Rel.: Convocado Vitor Salino de Moura Eça, in DeJT 6/12/10, g.o, Julgamento 08/11/2010, Publicação: 06/12/2010).

O magistrado em questão retrata a importância da distribuição das cargas probatórias, evitando a discriminação na condução processual. Não é difícil perceber que a produção das provas e o convencimento do juízo são fatores de incômodo geral.

---

<sup>49</sup> (00235-2009-063-03-00-4 RO, 6ª T., TRT 3ª R., Rel.: Convocado Vitor Salino de Moura Eça, in DeJT 6/12/10, g.o, Julgamento 08/11/2010, Publicação: 06/12/2010).



E justo por isto, deve ser reconhecida a necessidade de subsidiar o operador do Direito com regramentos mínimos que viabilizem a utilização de recursos processuais – legais ou doutrinários – que evitem, ao mesmo tempo, a discriminação da parte hipossuficiente.

O mero reconhecimento de que o magistrado conhece o direito não pode lhe servir como meio de alcance de provas e de uso aleatório de seu poder de condução processual. Que ferramenta pode ser tão fiel às particularidades de uma realidade com tantas vertentes, com tantas distinções como o Direito do Trabalho no Brasil, sem que, contudo, estabeleça-se nova rigidez e, ao mesmo tempo, prestigie a proximidade do juiz com o caso concreto?

Como já se tem visto de forma recorrente, as relações de trabalho estão cada vez mais dinâmicas e a produção de provas nas lides têm exigido esforço considerável das respectivas partes.

A distribuição do ônus da prova deve, sem a menor dúvida, acompanhar este movimento, o que permite, sobremaneira, o alcance do provimento jurisdicional efetivo. Existindo inúmeras possibilidades e temas suscetíveis à inversão dinâmica, o julgador pode se confundir e acabar excedendo em seu poder discricionário. A consequência seria seu uso indiscriminado.

Entretanto, esta nova distribuição do ônus da prova não pode ser fixa, pois a pretensão é superar a já prevista no ordenamento vigente. Por ser parâmetro mais maleável, a jurisprudência pode subsidiar a distribuição dinâmica do ônus da prova, decidindo sobre temas recorrentes, em que as provas tenham acesso justo para ambas as partes.

Reconhecida a força da decisão pacificada, é importante compreender que ela também muda de acordo com novas tendências do Direito. O caso concreto servirá de campo para aplicação da jurisprudência dominante.

Compreender que há casos comuns do Direito do Trabalho nos quais o empregado tenha menor potencial probatório já representa o oferecimento de um oferecer regramento mínimo e estabelecimento de parâmetros que auxiliarão no alcance do processo justo.

São, de fato, ocasiões nas quais pode haver situações a serem elucidadas no caso concreto e há minúcias inerentes a cada contrato de trabalho violado. E que, logo, há absoluta dificuldade da parte hipossuficiente em produzir conjunto probatório hábil para constituir seus direitos.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> NEVES, Bethânia Couto Pinheiro e. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Migalhas, Brasília-DF: 28 set. 2011. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI142078,11049-A+distribuicao+dinamica+do+onus+da+prova> >. Acesso em: 07 mai. 2016.

Com o estabelecimento de situações como essas, o operador do Direito que, diante do caso concreto, perceber a existência de indícios que levem à violação de direito poderá distribuir de forma dinâmica o ônus da prova, desde que dê plena ciência às partes. Exitosamente afastará a condição de discriminação da parte menos hábil para produção da prova e restabelecerá a realidade do contrato de trabalho.

O próximo capítulo trará o tema das consequências geradas pela hipossuficiência nas relações de trabalho de acordo com a doutrina e a jurisprudência, as normas de ordem pública de proteção ao trabalhador, a não possibilidade de flexibilização da legislação e a não possibilidade de solução de conflitos trabalhistas através das formas alternativas, além da utilização de arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia.

## **2. CONSEQUÊNCIAS GERADAS PELA HIPOSSUFICIÊNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Este capítulo tem como objetivo demonstrar os desdobramentos ocorridos pela hipossuficiência nas relações de trabalho, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, além do entendimento sobre a possibilidade ou não da flexibilização da legislação trabalhista, tanto debatida por setores patronais e por trabalhadores, a perda de direitos sociais, além da possibilidade ou não da solução de conflitos por meios alternativos e em consequência, os seus desdobramentos, especificando e conceituando quais os mais relevantes perante o Direito do Trabalho.

### **2.1. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR**

O Direito do Trabalho está longe de ser uma espécie de “direito menor” que aparentemente possa parecer. Está demonstrado que após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 e a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, houve profunda reformulação e readequação dos procedimentos trabalhistas para causas cada vez mais complexas.

É comum chegar-se a conclusões precipitadas quanto a adoção total e irrestrita de institutos civilistas no seio da justiça do trabalho, como se tivesse que se atualizar e andar com ares modernos em virtude da ampliação de sua competência, ocorre que, os artigos 8º e 769 da CLT, continuam em pleno vigor.

O artigo 8º da CLT indica que o Direito do Trabalho contém normas de ordem pública, ou seja, é de interesse fundamentalmente público que o próprio trabalhador não possa abrir mão de direitos alimentares em qualquer tipo de negociação fora do âmbito de proteção da CLT.

Por vezes, se debate sobre a impossibilidade de se alterar a CLT, dizendo que é uma lei velha, imprestável, onde o país vive momento econômico diferente daquele em que ela foi concebida, não permitindo-se, portanto, aplicar os mesmos direitos ao trabalhador. Ocorre que tal argumento não pode prosperar, pois desde a sua criação a CLT já teve quase 76% do seu texto alterado.

Para que se possa realizar um estudo em torno dos direitos indisponíveis no contrato de trabalho, faz-se necessária uma distinção entre direitos disponíveis e direitos indisponíveis.

Disponíveis são aqueles em que as partes podem dispor diante de sua autonomia de vontade. Aqueles que a norma jurídica dispõe, mas não impõe, se as partes em contrário acordarem. É nesse campo que extrapola o contrato mínimo, que ocorrem as negociações. A transigibilidade do direito o torna disponível.

Para o eminente Professor Amauri Mascaro Nascimento<sup>51</sup>, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas se limitam aos de natureza salarial: "Quando parte da doutrina sustenta que o crédito trabalhista não pode ser cedido, não refere-se a todos os créditos trabalhistas, mas, apenas, aos créditos de natureza salarial e no curso do contrato individual de trabalho."

Indisponíveis são aqueles de que as partes não podem dispor porque a sua autonomia de vontade está limitada por uma norma de ordem pública<sup>52</sup> e, portanto, cogente. O ideal seria que a indisponibilidade não se restringisse à irrenunciabilidade, que é o sacrifício sem correspondência, mas abrangesse também a intransigibilidade, quando a retenção patronal puder ser maior que o devido.

Segundo Américo Plá Rodriguez<sup>53</sup>, "são os componentes do núcleo mínimo do contrato de trabalho, ou seja, aquelas disposições da lei que são indispensáveis para que o contrato de trabalho seja considerado válido".

No Direito do Trabalho, predomina a indisponibilidade de direitos, face ao princípio da tutela. Criado pelo Estado um aparato jurídico para proteção da parte mais frágil do contrato de trabalho, o empregado, frente ao poder econômico evidentemente superior do empregador, seria de extrema contradição que se colocasse em mãos do trabalhador o poder de abdicar dessa proteção. Seria um convite ao abuso da força de trabalho, posto que haveria um retorno à desigualdade sanada pela tutela estatal.

Nesse ramo do direito, norteado pela desigualdade das partes, o Estado criou mecanismos específicos para regerem a relação entre as partes. Portanto, surgem as peculiaridades do Direito do Trabalho, dentre as quais uma maior limitação da autonomia de vontade. Isso não quer dizer que o contrato de trabalho não está sujeito às limitações impostas ao direito comum, mas que, além dessas, possui outras, que visam a proteção do empregado e que vão "além da proteção da ordem pública e das normas proibitivas, visando a defesa do trabalho higiênico, do salário suficiente, da liberdade sindical e de outros direitos essenciais do trabalhador".<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2001. p.356.

<sup>52</sup> BERNARDES, Hugo Gueiros. *Direito do Trabalho*. vol. 1 São Paulo, LTr, 1989, p. 31.

<sup>53</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1996, p. 20.

<sup>54</sup> VILLELA, João Baptista. *Estudos em Memória de Célio Goyatá*. v. 1, 2 ed., São Paulo, LTr, 1994, p.56.

O maior problema que atinge a matéria é a dificuldade de delimitação entre o que é, e o que não é disponível. Note-se que não se restringe ao aspecto doutrinário ou didático essa discussão, mas estende-se, hoje, à possibilidade de aplicar-se o instituto da arbitragem, posto que a nova Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), em seu art. 1º determina que esta somente pode ser aplicada quando a controvérsia se der acerca de direitos disponíveis.

O problema ocorre diante da existência de uma zona nebulosa entre a disponibilidade e a indisponibilidade dos direitos. Como saber se determinada norma pode ser preterida pela determinação das partes e qual é tão impositiva que inibe a manifestação da autonomia da vontade?

A própria norma pode determinar literalmente que não pode ser pactuado nada diverso do que ela dispõe, ou pode dar a entender que isso não pode ocorrer. Nesses casos, de declaração explícita ou implícita da norma, fica mais fácil a determinação, ainda que na segunda já seja exigida uma interpretação da norma. Mas ainda pode ocorrer que a norma, através das razões que a justificam - *ratio legis* - leve a crer tratar-se de uma norma cogente, ou seja, que garante um direito indisponível.

Apesar de todos esses elementos, a real delimitação está longe de ser simples e tranquila. Na prática, a análise de uma norma é bem mais complicada. Algumas normas já são, sem que se questione seu caráter de norma de ordem pública, de difícil compreensão; imagine-se, então a dificuldade de definir se referida norma trata de direitos disponíveis ou indisponíveis.

Há alguns aspectos que possibilitam facilitar essa delimitação, apesar de não solucionarem o problema, podem ser de grande utilidade científica.

Segundo Hugo Gueiros Bernardes,

A incerteza quanto ao direito (*res dubia*) é que permite a aparente 'renúncia parcial': não é renúncia parcial, mas transação apenas, pois a transação é negócio jurídico que, incidindo sobre a *res dubia*, é objetivamente justa a partir do livre consentimento. O problema está em a transação não incidir sobre *res dubia*, mas sobre direito líquido e certo, quando então será nula porque diminutiva ou renunciatória, vale dizer, porque uma falsa transação, nula por ilicitude do objeto. Nas inúmeras 'conciliações' da Justiça do Trabalho, pratica-se muita transação diminutiva ou renunciatória, cuja nulidade não transparece, seja por causa da chancela judicial, seja porque o 'costume' vai legitimando essa redução de direitos sob a égide do poder judicial.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> BERNARDES, Hugo Gueiros. *Direito do Trabalho*. vol. 1. São Paulo, LTr, 1989, p. 30.

Quanto à última colocação do autor, data vênia, acredita-se que não há direito líquido e certo antes do fim do processo. Pode haver direitos, mas jamais estes serão tão certos a ponto de configurarem uma transação diminutiva ou renunciatória. A parte transaciona sobre direitos que diz ter, mas que não necessariamente possui, e de que, certamente não sabe o quantum.

Segundo João Baptista Villela<sup>56</sup>, “nessa eventualidade, pouco importa que haja perda de direitos para uma ou outra das partes ou para ambas, do que, de resto, nunca se saberá ao certo, porque o acordo põe fim ao litígio e exclui o julgamento”.

A conciliação judicial pode e deve ser feita. É garantida por lei e é o início da mudança na cultura do demandismo, buscando diminuir o número de causas judiciais levadas às últimas consequências e gerando menos desavenças entre as partes. É, juntamente com os institutos da mediação e da arbitragem, alternativa para atenuar o abarrotamento da Justiça do Trabalho.

Além disso, é feita perante a autoridade judicial, sob o controle estatal, o que elide possibilidade de vício de vontade frente à existência da proteção inerente ao Direito do Trabalho.

No entendimento de Ives Gandra da Silva Martins Filho,

O princípio da irrenunciabilidade tem como um de seus fundamentos o princípio da indisponibilidade, vez que não haveria sentido o Estado através de seu ordenamento jurídico, proteger o empregado e este renunciar aos direitos que se prestam a sua própria proteção.<sup>57</sup>

A nulidade da renúncia dos direitos feita pelo trabalhador, encontra fundamento legal no artigo 9º da CLT, e Orlando Gomes conceitua a renúncia como:

O fato pelo qual o titular do direito declara a vontade de se desfazer dele, ou de não aceitá-lo, logo a renúncia é negócio jurídico unilateral que determina o abandono de um direito dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. é atividade voluntária unilateral, que não precisa do concurso de outra vontade para produzir o resultado buscado.<sup>58</sup>

O princípio da irrenunciabilidade possui uma ligação com o princípio da primazia da realidade. Este último significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, ou seja, pela forma como se realiza a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes.

<sup>56</sup> VILLELA, João Baptista. *Estudos em Memória de Célio Goyatá*. v. 1, 2 ed., São Paulo, LTr, 1994, p.60.

<sup>57</sup> FILHO MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Súmula do TST nº 277, p. 83.

<sup>58</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

Assim, pode-se dizer que estes princípios estão coligados, embora atenuado pela negociação coletiva (artigo 7º incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal) que não pode-se deixar de lembrar, exemplos de flexibilizações trabalhistas.

O objetivo da irrenunciabilidade é limitar a autonomia da vontade das partes, já que não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse de direitos indisponíveis motivado pelo temor de não obter o emprego ou de perdê-lo, caso não fosse formalizada a renúncia.

No entendimento do prof. Sérgio Pinto Martins:

A regra é que os Direitos Trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador. Não se admite que o trabalhador renuncie às suas férias. Se isso ocorrer, por exemplo, por pressão da empresa, não terá qualquer validade o ato, podendo o obreiro reclamar na Justiça do Trabalho.<sup>59</sup>

Segundo Alice Monteiro de Barros:

A renúncia pode ser conceituada como a ‘abdicação’ que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do Direito, e em geral, são renunciáveis os direitos que versam sobre interesses privados. Por isso mesmo, verifica-se que no Direito do Trabalho o instituto da renúncia tem seu campo reduzido, já que concede ao trabalhador subordinado uma proteção jurídica favorável.<sup>60</sup>

Logo, a disponibilidade de direitos trabalhistas sofre limitações, quer no tocante a renúncia, quer no tocante a transação, pois não seria coerente que o ordenamento jurídico assegurasse ao empregado garantias mínimas e depois deixasse esses direitos subordinados a sua vontade ou a vontade do empregador. Por serem normas em sua maioria, imperativas e cogentes, uma vez que o Estado limita a autonomia da vontade das partes em face da necessidade de proteger o economicamente mais fraco, não haveria sentido abrir mãos desses direitos.

Um aspecto ligado à renúncia e que tem conotação prática diz respeito ao fato de poder ou não ser ela efetuada por meio de convenção coletiva. No Brasil, os incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 foram flexibilizados, permitindo a renúncia via acordo e convenção coletiva.

<sup>59</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62.

<sup>60</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 673.

Quanto aos demais direitos assegurados pela Constituição Federal vigente, Alice Monteiro de Barros<sup>61</sup> entende que não há como admitir a renúncia, sequer via convenção coletiva. Mesmo diante da flexibilização, a renúncia continua sofrendo restrições no Direito do Trabalho, em razão das barreiras ou limites impostos pelo artigo 166 do Código Civil de 2002 (que dispõe que a renúncia requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei), pelo conteúdo expresso ou implícito de normas, pelo fim visado por elas, pela necessidade de constituir manifestação volitiva livre, pela inviabilidade de concretizar-se de forma tácita e quanto a direitos futuros.

As Comissões de Conciliação Prévia foram instituídas no ordenamento jurídico através da lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, com o objetivo de solucionar os conflitos individuais trabalhistas de forma célere, buscando a conciliação entre as partes, preservando o interesse do trabalhador, hipossuficiente na relação de emprego, oferecendo a possibilidade de composição da lide sem que os conflitantes tenham de socorrer-se ao Poder Judiciário.

O professor Jorge Luiz Souto Maior<sup>62</sup>, afirma que:

“A conciliação não é, propriamente, uma técnica para solução de conflitos, assim, como não é o julgamento. As técnicas são: a mediação, a arbitragem e o processo. A conciliação é uma solução para o conflito, aceita pelas partes, que tanto pode ocorrer em uma das técnicas criadas para a solução de conflitos quanto fora delas”.

Discute-se e analisa-se o possível confronto entre essas Comissões e o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, o que resultará em um entendimento mais acurado acerca de ambos os institutos, os quais são aplicados cotidianamente, bem como, se verificará a existência de possíveis soluções, compatíveis com as condições analisadas.

As Comissões de Conciliação Prévia foram instituídas pela Lei 9.958, de 12 de janeiro de 2000. O artigo 652-A da CLT faculta a instituição de Comissões de Conciliação Prévia (CCP), de composição paritária, com representantes dos empregados e empregadores, cuja atribuição consiste em tentar a conciliação dos conflitos individuais de trabalho.

As CCPs podem ser constituídas por empresa ou grupos de empresas e/ou ter caráter intersindical, podendo o interessado optar por uma delas. Quando a CCP for instituída no âmbito sindical, terá sua constituição e normas de funcionamento definidas em convenção ou acordo coletivo.

---

<sup>61</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 673.

<sup>62</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, MOREIRA, Ranúlio Mendes, SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.



É preciso atentar para que as Comissões de Conciliação Prévia, principalmente as instituídas por empresas ou grupos de empresas, não obtenham acordos que de alguma forma lesionem ou tentem ferir os direitos irrenunciáveis dos trabalhadores, parte mais fraca da relação jurídica. Caso isso ocorra, o acordo será passível de anulação perante a Justiça do Trabalho.

A Constituição Federal de 1988 flexibilizou o princípio da irrenunciabilidade do sistema trabalhista, mas apenas nos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º, os quais não comportam interpretação extensiva. A consequência da irrenunciabilidade desrespeitada é a nulidade do ato.

Segundo Orlando Gomes<sup>63</sup>, transação é o contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica.

Um dos requisitos principais da transação é o sacrifício recíproco das partes, fazendo concessões de caráter patrimonial com o objetivo de eliminar a incerteza do direito. Diante da desigualdade das partes, é questionável a transação desproporcional.

Para a transação é necessário objeto que não seja absolutamente indisponível, capacidade das partes pactuantes, cuja capacidade plena se atinge aos 18 anos (art. 402 da CLT), entre 16 e 18 anos, com assistência de seu representante legal e abaixo de 16 anos, representado pelo representante legal. Entretanto, se a transação se operar de modo irregular e não houver prejuízo ao menor, não há nulidade.

O requisito manifestação da vontade é muito importante no Direito do Trabalho, tratando-se de um elemento determinante das cláusulas e alterações contratuais, depois do princípio da imperatividade das normas laborais e da indisponibilidade de direitos.

Ainda na transação não pode existir prejuízo ao trabalhador em função do ato transacional. Quanto á forma, essa poderá ter relevância se expressamente fixada em lei. Os atos contratuais trabalhistas podem ser tácitos (art. 442, da CLT), não se podendo impor formalidades de conduta onde a ordem jurídica não preceituar (art. 5º, II, da CF 1988).

A transação é um elemento essencial na relação de emprego como, por exemplo, em caso de regime de compensação que só pode ser pactuada por escrito e não tacitamente ou mesmo no caso de banco de horas, cujas disposições devem constar de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho. Observados os requisitos jurídicos e formais da transação, no direito do trabalho ela tem função social harmonizadora entre os sujeitos da relação de trabalho.

---

<sup>63</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.91.

Como já dito anteriormente, a transação é uma relação jurídica em que as partes fazem concessões recíprocas, é bilateral, objetivando prevenir litígios. Restringe-se a direitos patrimoniais, de caráter privado, sobre os quais recaia suscetibilidade de litígio. Pode se manifestar no curso do contrato ou por ocasião de seu término. A transação sempre envolve direito duvidoso e pressupõe incerteza do direito para que possam ser feitas concessões mútuas.

Já a renúncia é sempre unilateral e diz respeito á extinção do direito. A transação concerne á extinção da obrigação. Quanto á conciliação, é um ato praticado no curso do processo, mediante a iniciativa e a interveniência do Magistrado, conforme traz os artigos 846 e 850 da CLT, sendo feita a proposta de conciliação na primeira audiência e posteriormente renovando-se a proposta na fase de alegações finais.

Portanto, chega-se a conclusão que os direitos conferidos aos trabalhadores, em normas positivas, legais ou convencionais, não podem ser relegados por eles. No entanto, no momento em que tais direitos passam para a situação concreta, é permitido ás partes a negociação, não constituindo infração ao princípio da irrenunciabilidade, embora pareça contraditório que ao mesmo tempo em que é proibido ao trabalhador abrir mão de seus direitos, lhe é facultado em um determinado momento ceder parte destes mesmos direitos.

O entendimento é de que os direitos individuais trabalhistas provenientes de normas de ordem pública e de eficácia cogente, não podem ser renunciados, no entanto, não há lei que atribua expressamente a indisponibilidade desses direitos de uma forma geral. As normas que se enquadram nessa situação, são aquelas específicas, dirigidas á proteção do trabalhador, como registro em carteira, concessão de intervalos, fixação de jornada de trabalho nos parâmetros legais, respeito á estabilidade e outros.

Advindo a flexibilização como meio de combate ao crescente desemprego, que é uma realidade em nosso país, a própria Constituição Federal através de seu artigo 7º e incisos já citados, nos traz formas de renúncia, consideradas como exceção aos princípios da indisponibilidade e irrenunciabilidade.

O que percebe-se é um abuso por parte de muitos empresários que acabam se utilizando dos institutos da renúncia e da transação para sonegar ou reduzir direitos conquistados através de lutas no decorrer dos tempos.

## 2.2. NÃO POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

A CLT sempre foi muito clara ao tratar da autonomia individual da vontade, quanto à possibilidade de alteração do contrato de trabalho pactuada diretamente entre empregado e empregador. Com efeito, o artigo 468 da CLT não deixa dúvidas ao assinalar que qualquer alteração negociada individualmente só será válida se dela não decorrer prejuízo direto ou indireto para o empregado.

No mesmo sentido, a Constituição Federal pôs em relevo a questão da autonomia coletiva da vontade, ao realçar o papel dos sindicatos (art. 8º), ao reconhecer expressamente a validade das Convenções e dos Acordos Coletivos de Trabalho (art. 7º, XXVI), e ao permitir, em diversas normas, a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, desde que isso fosse feito mediante norma coletiva (v. G. art. 7º, VI), ou seja, com a obrigatória participação do sindicato dos trabalhadores (CF, art. 8º, VI) e que represente vantagens para os empregados (art. 7º, I da CF).

O grande problema, no entanto, é que não se sabe com precisão qual é o alcance dessa autonomia coletiva da vontade, ou seja, até onde vai a possibilidade dos sindicatos transigirem, mediante ajuste em norma coletiva, acerca dos direitos e vantagens estabelecidos em norma legal.

E isso gerou muita polêmica, havendo até quem chegasse a sustentar que “quem pode o mais pode o menos”, e se os sindicatos podem até mesmo aceitar, validamente, a redução de salários, então também poderiam transigir sobre outros direitos do trabalhador, ainda que, ao contrário da hipótese de redução dos salários, não houvesse norma constitucional explícita.

Como mencionado acima, embora seja evidente que a autonomia coletiva da vontade tem alcance muito superior ao da autonomia individual (em outras palavras: o sindicato pode transigir em diversos aspectos que estão fora do alcance do trabalhador) ainda não está claramente delineado até onde vai esse alcance.

No entanto, dois limites já foram definidos de modo claro: a) a norma coletiva não pode renunciar ou transigir em relação a direito previsto na Constituição Federal, conforme consta da OJ nº 30, da SDC, do TST; b) também não se admite que a norma coletiva possa afastar a aplicação de normas cuja finalidade seja a proteção à saúde ou à segurança do empregado (OJ nº 342, item I, da SDI-1, do TST).

Segundo Amauri Mascaro Nascimento<sup>64</sup>:

“Nas relações coletivas, os sujeitos são os grupos de trabalhadores e de empregadores, representados, em regra, pelos sindicatos profissionais e patronais, apresentando-se como relações intersindicais. São coletivas as relações entre sindicatos de trabalhadores e, diretamente, uma empresa, ou mais de uma empresa. Quando o sindicato representa os trabalhadores da empresa perante esta, sem a intermediação do sindicato patronal, estar-se-á diante de uma relação coletiva. O sindicato pode representar interesses dos trabalhadores de uma única empresa e, quando o faz, trata-se de uma relação coletiva, uma vez que o grupo, e não cada trabalhador, é o representado.”

Para Júlio Ricardo de Paula Amaral<sup>65</sup>:

“A autonomia privada não se baseia somente na autodeterminação e liberdade dos sujeitos para a formação de negócios jurídicos, tal como era visto com a autonomia da vontade. Na teoria da autonomia privada não bastaria o puro consenso suficiente para criar direito. É imprescindível ou que este consenso seja previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico, ou, ao menos, que este consenso não seja proscrito pelo ordenamento jurídico.”

Cabe lembrar a advertência de Sussekind<sup>66</sup> de que:

“Nas hipóteses em que a legislação brasileira (Constituição, CLT e Leis esparsas) autoriza a relativização via acordo ou convenção coletiva, não poderá mais ser invocado o art. 468 da CLT, alusivo a inalterabilidade do contrato de trabalho, pois nesses casos o sindicato poderá dispor de direitos individuais de empregados por ele representados”.

Assim, basta que se observe, por exemplo, a redução do percentual previsto na CLT para o referido adicional (30%), poder-se-ia imaginar a redução do mesmo ao insignificante percentual de 1%, o que atenderia a determinação contida no art. 7º, XXIII, da CF (pagamento de um adicional para o trabalho perigoso), mas, ao mesmo tempo, a tornaria inócua, face ao irrisório valor convencionado.

E eis aí o que parece justificativa razoável para que o primeiro dos limites mencionados (descabimento de renúncia ou transação quanto a direito constitucional) já funcione como barreira contra a flexibilização do adicional de periculosidade, por exemplo.

<sup>64</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 39.ed. São Paulo: LTr Editora, 2014. Pág. 80.

<sup>65</sup> AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007.

<sup>66</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. V. 1. 20.ed. São Paulo : Ltr, 2002, p. 207.

Veja-se o entendimento do TST<sup>67</sup>:

RECURSO DE REVISTA. PAGAMENTO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE DE FORMA PROPORCIONAL AUTORIZADA POR ACORDO COLETIVO, CONVENÇÃO COLETIVA OU SENTENÇA NORMATIVA. IMPOSSIBILIDADE. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA 364/TST. Decorrendo o adicional de periculosidade de medida de saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (arts. 193, 1º, da CLT e 7º, XXII e XXIII, da CF), o direito ao seu pagamento torna-se absolutamente indisponível, não podendo ser flexibilizado por negociação coletiva, porquanto o seu caráter imperativo restringe o campo de atuação da vontade das partes... No presente caso, a norma coletiva contempla o pagamento do adicional de periculosidade em percentuais variados e inferiores ao estabelecido em lei (30%), enquanto a legislação pertinente (art. 1º da Lei 7.369/85) afirma que quem permanecer habitualmente em área de risco perceberá o adicional sobre o salário da jornada de trabalho integral. Tratando-se a regra legal de norma francamente mais favorável ao trabalhador, não subsistem dúvidas acerca de sua prevalência sobre as normas coletivas que determinam a proporcionalidade do pagamento do adicional... Imperioso esclarecer que o Pleno do TST, no dia 24.5.2011, cancelou o item II, da Súmula 364, de modo que o entendimento que prevalece atualmente nessa Corte é o de que a fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco é vedada pela ordem jurídica, ainda que prevista em norma coletiva. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR: 1000-24.2005.5.17.0014, Ac. Unânime, 6ª Turma, Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, j. 24.08.2011, Julgamento 24/08/2011, Publicação: 01/07/2011).

Em maio de 2011, ao reexaminar suas súmulas, o TST percebeu a incoerência que havia no item II, da súmula 364, e decidiu cancelá-lo, retomando de modo mais coerente os limites já delineados para a autonomia coletiva da vontade, não será mais admitida como válida a norma coletiva que reduza o percentual legal de 30%, para o adicional de periculosidade, ou que estipule o pagamento do mesmo de modo proporcional ao tempo de exposição.<sup>68</sup>

E é interessante observar que esse novo entendimento deve ser aplicado de modo *ex tunc*, ou seja, atingindo inclusive as normas coletivas que foram celebradas enquanto ainda estava vigente a antiga redação da súmula 364, que deverão ser declaradas inválidas, e não apenas a partir de maio de 2011.

<sup>67</sup> (Processo: RR: 1000-24.2005.5.17.0014, Ac. Unânime, 6ª Turma, Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, j. 24.08.2011, Julgamento 24/08/2011, Publicação: 01/07/2011).

<sup>68</sup> DANTAS, Aldemiro. *Limites à autonomia coletiva da vontade: impossibilidade de flexibilização do adicional de periculosidade*. Disponível em: <<http://aldemirodantas.jusbrasil.com.br/artigos/121935790/limites-a-autonomia-coletiva-da-vontade-impossibilidade-de-flexibilizacao-do-adicional-de-periculosidade>>. Acesso em 12 mai. 2016.

É fácil de perceber o motivo dessa conclusão: A nova redação da súmula em questão não criou direito novo, mas apenas declarou qual seria o correto entendimento a ser dado à questão dos limites da autonomia coletiva da vontade.

Em outras palavras, a norma coletiva que afastava as regras de proteção à saúde ou à segurança do empregado, reduzindo o percentual do adicional de periculosidade ou admitindo seu pagamento de modo proporcional ao tempo de exposição, já era nula, mesmo quando vigente a antiga redação da súmula 364, e o TST apenas declarou que essa nulidade existe e sempre existiu.

A flexibilização das normas trabalhistas em meio à crise econômica diante da globalização econômica, como não poderia ser diferente, reflete nas relações do trabalho. Os limites impostos pelo ordenamento pátrio trabalhista, bem como as tendências de nossa legislação à frente da flexibilização das normas de proteção ao trabalhador é tema que merece ser analisado.

A redução dos direitos trabalhistas vem sendo apontada como uma das saídas do empregador para solução da crise laboral. Em linhas gerais, na lição de Júlio Assunção Malhadas, esta redução é definida como:

A possibilidade das partes, trabalhador e empresa estabelecerem, diretamente ou através de suas entidades sindicais, a regulação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-las na forma que melhor atenda aos interesses de cada um, trocando recíprocas concessões. Todavia, o tema flexibilização põe em confronto a sobrevivência econômica das empresas e o respeito às garantias mínimas indispensáveis à dignidade humana.<sup>69</sup>

Importante analisar que o tema em voga permite que as empresas lancem mão de fórmulas alternativas de estipulação das condições de trabalho através de negociação coletiva, dos contratos individuais de trabalho ou dos próprios empresários.

Dessa forma amplia-se o rol de possibilidades de complementação do ordenamento legal, bem como permite a adaptação de normas ligadas às peculiaridades regionais ou do setor econômico, admitindo, também, a derrogação de condições anteriormente ajustadas, para adaptá-las a novas situações.

Porém, Arnaldo Sussekind<sup>70</sup> ressalta que: “(...) flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade”.

---

<sup>69</sup> MALHADAS, Júlio Assunção. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho. Estudos em homenagem ao professor Amauri Nascimento*. São Paulo: Ltr, 1991, p. 74 .

<sup>70</sup> SUSSEKIND, Arnaldo ET AL. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. 1. 16 Ed. São Paulo: Ltr, 1997, p.59.

O artigo 476-A da CLT foi acrescentado pela Medida Provisória 1.726/2001 que permite a opção do empregador pela suspensão temporária do respectivo contrato de trabalho, mediante previsão em acordo coletivo ou convenção de trabalho, desde que, tenha aquiescência formal do empregado. Convém lembrar que tal suspensão compreende o período de 2 (dois) a 5 (cinco) meses.

Essa regra foi estipulada para que o empregador invista em qualificação técnica profissional ao empregado. Durante o período de afastabilidade do empregado, este receberá uma bolsa custeada pelo FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador); ao invés de salário e com isso, o empregado durante o tempo de afastamento este participará de cursos ou programas de qualificação do trabalhador.

Importante analisar, que tal norma foi criada justamente para qualificação técnica do empregado. Contudo, em meio de crise econômica, muitos empresários estão se socorrendo do preceito legal do artigo 476-A da CLT, visando evitar uma demissão em massa nos seus quadros de funcionários.

A grande preocupação no mérito do tema é que, por conta da crise econômica, as empresas estão se socorrendo da norma contida no artigo 476-A. Tal recurso disponível pelo FAT, que até então passava-se despercebido pelos empresários, está sendo usado como refúgio para salvação financeira das empresas, beneficiando os empresários.

Considerando o elevado número de empresas e a crise que vem se intensificando, o referido limite legal de segurados obstaculiza também que mais empresas possam fazer uso e gozo do “benefício” de proteção ao emprego.

Define o Professor Lourival José de Oliveira<sup>71</sup>:

“Outro limite para a redução salarial ao PPE é o fato de não se poder propor tal redução por este instrumento, salvo se estivesse de forma transparente tipificado os motivos que levaram à referida proposta, que no caso se justificaria apenas e somente em face de graves crises empresariais, econômicas motivada por uma conjuntura nacional ou uma série de fatores que de fato inviabilizaria a própria atividade empresarial, podendo levar ao encerramento de suas atividades e, nesse sentido, haveria necessidade de redução salarial envolvendo a todos na empresa, até mesmo a diretoria”.

---

<sup>71</sup> O L I V E I R A , L o u r i v a l José de; SOUZA, Oreonnilda de. *A (in) constitucionalidade da redução salarial prevista pelo programa de proteção ao emprego (lei n. 13.189/2015)*. Scientia Iuris, Londrina, v. 20, n. 3, p.201-236, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p201. ISSN: 2178-818, p. 225.

Pelo simples confronto de institutos é de fácil percepção das inúmeras desigualdades instaladas, aumentando o desequilíbrio econômico, bem como judicial. Tal realidade acaba por destoar do objetivo principal do Lay-Off e do Programa de Proteção ao Emprego (PPE), notadamente para os obreiros vinculados aos pequenos negócios que certamente não serão inseridos na proteção ao emprego, diga-se de passagem, ilusória.<sup>72</sup>

Com o afastamento do empregado dos postos de trabalho, diante da suspensão temporária, o empregador se abstém de pagar salários, isentando-se, por conseguinte, aos encargos inerentes ao contrato de trabalho, como o FGTS e INSS. Tratam-se de manobras dos empresários para superar o momento de crise financeira, evitando assim o surgimento de demissões em massa e a quebra da empresa.

A flexibilização das normas laborais, deve ser analisada com cuidado, eis que não poderá colocar em risco os direitos adquiridos pelos trabalhadores, não podendo ser utilizada como mais um mecanismo de desculpa de empresários para redução das garantias trabalhistas, mas sim usada como última solução cabível de sobrevivência da empresa.

Em parecer técnico e opinativo da CUT - Central Única dos Trabalhadores, defende a reiterada de projetos de lei sobre a possibilidade de flexibilização, garantindo assim os direitos dos trabalhadores brasileiros:

Os efeitos da crise financeira sobre a economia brasileira já começaram a se fazer sentir, como o anúncio de férias coletivas e a suspensão dos investimentos programados em setores importantes de nossa economia. Portanto, é fundamental uma intervenção rápida, correta e decisiva do Estado brasileiro, para impedir que estes efeitos se espalhem sobre os vários setores, interrompendo bruscamente o referido processo de crescimento econômico. Mais ainda: a intervenção é essencial, porque, em um cenário de propagação da crise, os trabalhadores são certamente as maiores vítimas, por meio da perda do emprego e da rápida queda do nível de renda, entre outros.<sup>73</sup>

Importante analisar a opinião do professor Jorge Luís Souto Maior sobre o tema:

É totalmente equivocado, considerar que os acordos e convenções coletivas de trabalho possam sem qualquer avaliação de conteúdo reduzir direitos trabalhistas legalmente previstos, simplesmente porque a constituição previu o 'reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho' (inciso XXVI, do art. 7<sup>a</sup>) redução de salário (inciso VI, art. 7<sup>a</sup>) e a modificação dos parâmetros da jornada reduzida para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV, art. 7<sup>a</sup>).<sup>74</sup>

<sup>72</sup> ROSSO, Sadi Dal. *O Programa de Proteção ao Emprego (PPE) tem dado o que falar*. Publicado em 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://vocerh.uol.com.br/noticias/legislacao/o-programa-de-protecao-ao-emprego-ppe-tem-dado-o-que-falar.phtml#.V2i2gKKYEyU>>. Acesso em 17 jun. 2016.

<sup>73</sup> Parecer da CUT (Central Única dos Trabalhadores), publicada em 07 de junho de 2016. Disponível em: <[www.cut.com.br](http://www.cut.com.br)>. Acesso em 12 jul. 2016.

<sup>74</sup> MAIOR, Luís Souto. *Negociação Coletiva de trabalho em tempos de crise Econômica*. São Paulo. LTr, 2014, p. 65



O autor Maurício Godinho Delgado, defende que existem direitos que não podem ser flexibilizados. Nesse sentido, apresenta-se: “entendo que existem direitos de indisponibilidade absoluta e direitos de indisponibilidade (ou disponibilidade) relativa”.<sup>75</sup>

Assim, veja-se alguns julgados inerente ao assunto<sup>76</sup>:

“PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS DE INDISPONIBILIDADE RELATIVA. O princípio da adequação setorial negociada, que retrata o alcance da contraposição das normas coletivamente negociadas àquelas de cunho imperativo, emanadas do Estado, viabiliza que as normas autônomas construídas para incidirem no âmbito de certa comunidade econômico-profissional possam prevalecer sobre aquelas de origem heterônoma, desde que transacionem parcelas de indisponibilidade apenas relativa, como, e.g, as concernentes à manutenção da hora noturna em sessenta minutos, vez que não caracteriza alteração em patamar prejudicial à saúde do trabalhador e desde que não traduza simples renúncia, mas transação de direitos.” (TRT/MG - 01512.2001.018.03.00.4 - Rel. Designado: Juiz Júlio Bernardo do Campo – Publ. em 07/06/2002, Data do Julgamento 03/05/2002).

Outro exemplo<sup>77</sup>:

“NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Sabe-se que os sindicatos, ao firmarem acordos ou convenções coletivas podem concordar com a redução ou retirada de determinados direitos, exatamente como resultado de negociação, com o fim de obter outras vantagens consideradas mais benéficas em relação àquelas suprimidas e/ou diminuídas. É a primazia da negociação coletiva conferida pela Carta constitucional, que pressupõe a substituição das garantias legais pelas convencionais (flexibilização autônoma), desde que respeitado os direitos mínimos dos trabalhadores.” (TRT/BA - 00887-2007-341-05-00-3 - Rel. Desembargador Esequias de Oliveira – Publ. em 02/12/2008, Data do Julgamento 05/11/2008).

Consequentemente, diz os julgamentos acima mencionados que a não ser nos casos em que a lei já permite a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, não se pode flexibilizar mais nenhum, por ferir, entre outros, o princípio da adequação setorial negociada.

<sup>75</sup> DELGADO, Maurício Goldinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 212.

<sup>76</sup> (TRT/MG - 01512.2001.018.03.00.4 - Rel. Designado: Juiz Júlio Bernardo do Campo – Publ. em 07/06/2002, Data do Julgamento 03/05/2002).

<sup>77</sup> (TRT/BA - 00887-2007-341-05-00-3 - Rel. Desembargador Esequias de Oliveira – Publ. em 02/12/2008, Data do Julgamento 05/11/2008).

No sentido do risco flexibilizatório dos direitos trabalhistas, observa José Mello de Freitas que:

Quando pensamos poder ou buscar restrições a direito, o risco de aumentar o grau de desigualdade apresenta-se latente. Afinal, ao se tratar de direito do trabalho, estaremos sempre diante de um quadro de desigualdades, que as normas protetivas pretendem, pelo menos, diminuir. Assim se for restringido o alcance destas normas, estaremos, sempre e cada vez mais, aumentando o tamanho do fosso que separa os interesses do capital e os do trabalho.<sup>78</sup>

Neste sentido é forçoso concluir que é muito difícil fomentar a negociação, cada vez mais comum entre representantes dos trabalhadores e representantes dos empregadores, uma vez que, um não pode ficar sem o outro, mas é visível o fato do empregador ter mais força que o empregado, e para se negociar realmente é necessário estar em igualdade, se não a negociação torna-se um verdadeiro massacre do elo mais fraco.

O trabalho não pode ser visto com uma visão predominantemente utilitarista ou econômica, pois na verdade é muito mais que isso, é o trabalho um dos pilares da sociedade, e é por meio do trabalho que a pessoa humana deve buscar a sua dignidade. Deste modo, não pode o trabalho ser maleável de forma mais agradável aos custos do empregador, e mudanças sociais como um todo.

Neste sentido, ainda afirma Vecchi que:

Segundo o viés interno ao Estado democrático de direito brasileiro, a saída legítima não é simplesmente flexibilizar, ou melhor, possibilitar a destruição dos direitos fundamentais mínimos, mas, sim, buscar políticas públicas de emprego, de crescimento, de inclusão e de distribuição de renda que alcancem esse grande número de pessoas que estão fora do sistema, além de garantir a efetividade das normas constitucionais que prevêm os direitos humanos fundamentais.<sup>79</sup>

Oscar Ernida Uriarte<sup>80</sup> acredita que não há uma harmonia entre o capital e o trabalho, então acredita-se que a saída é malear o direito do trabalho, para este se enquadrar na economia atual. Veja seu entendimento: “As demandas de desregulamentação e de flexibilização, na verdade, respondem, em sua grande parte, à ineficiência econômica”.

Portanto, a necessidade de criar a flexibilização das leis trabalhistas é importante, sendo o desafio realizar sem que o empregado perca seus direitos sociais, tão duramente conquistados.

<sup>78</sup> FREITAS, José Mello de. *Validade da transação na alteração do contrato de trabalho*. Passo Fundo: UPF, 2007, p. 38.

<sup>79</sup> VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional*. 2. ed. v.1. Passo Fundo: UPF, 2007, p. 29.

<sup>80</sup> URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p. 54.

### 2.3. REFLEXOS DA HIPOSSUFICIÊNCIA NA ADOÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTA: ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

Diante das mudanças que o mundo passou, desde a criação da CLT, até o presente momento histórico, percebe-se a necessidade de realizar adequações na legislação, para que o judiciário seja desafogado, podendo realizar uma melhor prestação jurisdicional, assim como para que também o cidadão comum possa obter do Estado aquilo que deseja, mesmo que não haja a interferência do poder judiciário, de forma direta.

O Direito do Trabalho, quando se está a falar de contrato individual, ou seja, aquele realizado diretamente entre o empregado e seu empregador e onde a desigualdade impera veementemente, é constituído, em sua maior parte de direitos indisponíveis. Ao se buscar a alternativa da arbitragem para solucionar controvérsias neste quadro, depara-se exatamente com o problema da impossibilidade de separação entre o que é e o que não é disponível.

Conforme lição de Carlos Alberto Carmona<sup>81</sup>, arbitragem é:

“Mecanismo privado de solução de litígios; a arbitragem é 'meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada' - decorrente do princípio da autonomia da conta das partes - para exercer sua função, decidindo com base em tal convenção, sem intervenção estatal, tendo a decisão idêntica eficácia de sentença proferida pelo Poder Judiciário. Tem como objeto do litígio direito patrimonial disponível.”

O instituto da arbitragem, previsto na lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, abrange somente as questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Tomando-se como conceito que a arbitragem como um processo de solução de conflitos jurídicos pelo qual o terceiro, estranho aos interesses das partes, tenta conciliar e, sucessivamente, decide a controvérsia.

Pode-se pensar também que a arbitragem não pode ser aplicada no âmbito laboral, uma vez que a natureza jurídica dos créditos trabalhistas é alimentar. Assim, é possível entender que a arbitragem somente pode ser utilizada, nesta seara, quando as relações discutidas trouxerem em si a aplicação de direitos coletivos.

---

<sup>81</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem e Processo: um comentário* 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. Pag. 96.

A arbitragem é forma de solução de conflitos, no caso, heterônoma, pois um terceiro (árbitro) é quem decidirá o litígio, através da sentença arbitral. É estabelecida através da convenção de arbitragem, que engloba a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3º da Lei nº 9.307/1996). A arbitragem não viola o princípio constitucional do livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/1988), pois, no caso, a escolha da via arbitral fica a cargo das partes, não sendo imposta por lei (art. 1º da Lei nº 9.307/1996).

É certo que a lei 13.140, de 26 de junho de 2015 disciplina importantes aspectos relacionados à prática da mediação no país, especialmente consolidando um ambiente ainda mais propício para o desenvolvimento desse importante instituto.

Em síntese, a lei de mediação disciplinou o procedimento de mediação prevendo expressamente alguns dos consagrados princípios norteadores do instituto, a prática da mediação judicial, a prática da mediação extrajudicial, e não menos importante, a possibilidade de utilização da mediação em conflitos envolvendo a administração pública.

Considera-se a existência de direitos disponíveis ou de indisponibilidade relativa no âmbito individual, ou seja, que o empregado possa dispor de determinados direitos. Pois bem, neste caso a arbitragem seria aplicável àquelas controvérsias relativas a direitos disponíveis, isso para que se preencham as exigências da lei.

Diante disso, o árbitro teria de delimitar o objeto de sua atuação e submeter os pontos relativos a direitos indisponíveis ao judiciário. Ora, além da dificuldade em se fazer tal delimitação, onde há uma zona nebulosa entre o que é e o que não é disponível, exigindo grande técnica a solucionar tal impasse, inócua seria a aplicação do procedimento arbitral diante do fato de que, de uma forma ou de outra, aplicando-se-lhe ou não, teria a demanda que ser submetida ao judiciário, segundo o art. 258 da lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

Isso complicaria ainda mais o processo ao invés de simplificação e agilização. Há quem diga que o árbitro deveria omitir-se sobre tais questões, mas isso seria prejudicar uma das partes, senão violar a lei.

Diversamente acontece no âmbito coletivo, onde os direitos são disponíveis, desde que respeitado o núcleo mínimo do contrato de trabalho, que são os direitos indisponíveis. Aqui a negociação se dá entre um grupo organizado e o empregador ou grupo de empregadores, desaparecendo a desigualdade patente em nível individual. Diante disso, nesse patamar é possível a delimitação para fins de aplicação de arbitragem.

Veja-se o que diz o art. 114 da CRFB/88 após a EC n. 45 de 2004:

Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:  
(...)

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

A própria Constituição prevê a possibilidade da arbitragem, apenas e tão somente nas negociações coletivas, note-se, ademais, que a própria Constituição faz severa ressalva: “respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho (...)”.

Fundamental rechaçar de pronto, qualquer entendimento contrário ao que determina a própria Carta Magna, não é possível a resolução de questões trabalhistas individuais por arbitragem.

Para que se possa embasar este pensamento, veja-se julgados de Tribunais Regionais do Trabalho de várias regiões do país<sup>8283</sup>:

JUÍZO ARBITRAL - É cediço que somente os direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de exame no procedimento do juízo arbitral, consoante o art. 1º, da Lei nº 9307/1996. Assim, não caberia a negociação de direitos trabalhistas individuais, porquanto as normas do regime jurídico laboral "são geralmente imperativas, inafastáveis pela vontade das partes, salvo para conferir maior proteção ao empregado" (valentin carrion, comentários, 2002, p. 19). A exceção contemplada no sistema reside na matéria de distribuição de lucros por meio de arbitragem (Lei nº 10.101/2000) e nas convenções ou acordos coletivos, conforme o art. 613 da CLT. (TRT-5ª R. - RO 01.05.01.0755-50 - (12.414/02) - 5ª T. - Relª Juíza Maria Adna Aguiar - J. 18.06.2002)

TRIBUNAL DE ARBITRAGEM - TRANSAÇÃO DE VERBAS TRABALHISTAS - A Lei nº 9.307/96 instituiu a arbitragem como meio de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme termos do artigo 1º Logo, constituindo-se o Direito do Trabalho, na sua maioria, de preceitos de ordem pública, de natureza cogente e, portanto, indisponíveis, tem-se por incabível a submissão das demandas trabalhistas a tribunais de arbitragem. Para validade da negociação no âmbito do Direito do Trabalho, as demandas trabalhistas devem ser submetidas à Comissão de Conciliação Prévia (artigo 625-A e ss da CLT), composta de membros indicados tanto pelo empregador, quanto pelos empregados, de forma a garantir a paridade na representação, requisito não presente nos Tribunais de Arbitragem. (TRT-2ª R. - RO 00648-2005-010-02-00 - (20070026402) - 4ª T. - Relª Juíza Odette Silveira Moraes - DOESP 09.02.2007)

ARBITRAGEM PRIVADA - Os créditos trabalhistas não se inserem naqueles de âmbito puramente patrimonial. Em face da sua natureza alimentar, são direitos pessoais e indisponíveis. Daí, os litígios que deles decorrem não podem ser abstraídos do controle jurisdicional, pelo que descabida a sua solução por meio da arbitragem privada prevista na lei nº

<sup>82</sup> (TRT-5ª R. - RO 01.05.01.0755-50 - (12.414/02) - 5ª T. - Relª Juíza Maria Adna Aguiar - J. 18.06.2002).

<sup>83</sup> (TRT-2ª R. - RO 01933200205502001 - (20060954625) - 10ª T. - Rel. Juiz José Ruffolo - DJSP 05.12.2006).

9.307/1996. (TRT-2ª R. - RO 01933200205502001 - (20060954625) - 10ª T. - Rel. Juiz José Ruffolo - DJSP 05.12.2006).

**ARBITRAGEM E O DISSÍDIO INDIVIDUAL TRABALHISTA** - A arbitragem é uma decisão proferida por um terceiro que é aceito pelas partes como árbitro e que tem como escopo a composição de uma controvérsia. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes (art. 2º, Lei nº 9.307/96). No direito brasileiro, a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF). No direito civil, a arbitragem é admitida para solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, Lei nº 9.307/96). É bem verdade que se costuma fazer algumas distinções, na doutrina trabalhista, acerca do assunto. Em primeiro lugar, quanto à fonte do direito pronunciado. Tratando-se de norma legal, entende-se a irrenunciável (ex. Aviso prévio), exceto por autorização expressa de Lei. Tratando-se de norma oriunda de trato consensual pode haver a renúncia, desde que não haja proibição legal para tal, vício de consentimento, ou prejuízo para o empregado (art. 468, CLT). Em segundo plano, costuma diferenciar-se a renúncia pelo momento de sua realização: Antes da formalização do contrato de trabalho; durante o transcurso desse contrato e após a sua cessação. Não se admite a renúncia prévia; admite-se a, como exceção - para as regras contratuais e legais, quando expressamente autorizadas, durante a relação; e admite-se, com bem menos restrições, após a cessação do vínculo. De qualquer modo, parece não restar dúvidas de que se está - quando se analisa o direito do trabalho - diante de um direito que não comporta, em princípio, a faculdade da disponibilidade de direitos por ato voluntário e isolado do empregado. Assim, o direito do trabalho não se coaduna com a Lei nº 9.307/96, não se admitindo a arbitragem como mecanismo de solução dos conflitos individuais do trabalho. (TRT-2ª R. - RO 01126 - (20040627556) - 4ª T. - Rel. p/o Ac. Juiz Francisco Ferreira Jorge Neto - DOESP 26.11.2004).

Nos casos acima mencionados, trata-se de recursos ordinários interpostos pelas reclamadas contra decisões proferidas pelo Juízo *a quo* sustentando pela validade da sentença arbitral realizada na rescisão do contrato de trabalho do empregado.

Resta bastante evidente, que a média dos trabalhadores assalariados e celetistas brasileiros não são levados de forma natural a resolverem os conflitos trabalhistas pela via arbitral, mas sim obrigatoriamente. Portanto, a violação é clara ao comando constitucional e a norma de ordem pública federal que acaba sendo violada por via de consequência.

Ocorre que houve a tentativa de ampliar a aplicação da arbitragem incluindo empregados de alto escalão e que foi vetado pelo Presidente da República, fato relevante sobre o tema abordado neste estudo, pois se tratou da tentativa de flexibilizar a hipossuficiência de forma a tornar possível a arbitragem.

Foram vetados os parágrafos que estabeleciam que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só teria eficácia se redigida em negrito ou em documento apartado. Na relação de consumo estabelecida por meio deste tipo de contrato, a cláusula compromissória só teria eficácia se o aderente tomasse a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordasse com a sua instituição.

O último parágrafo vetado determinava que poderia ser pactuada cláusula compromissória desde que o empregado que ocupasse ou viesse a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho.

De acordo com sua redação original, ficaria permitida, com limites, a inserção dessa cláusula em contratos de trabalho e em contratos de adesão relacionados a consumo. No caso trabalhista, o Congresso Nacional havia aprovado que a cláusula só poderia ser inserida por iniciativa do trabalhador e apenas em casos de cargo de confiança ou de executivos.

A argumentação para o veto veio por parte do Ministério do Trabalho, ao declarar que tal cláusula acabaria por realizar distinção indesejada entre os empregados, assim como, recorreria a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista.

Roberto Rosas<sup>84</sup> manifestou-se: “Se num contrato social, obviamente, com várias cláusulas, uma delas é declarada inválida, convalesce o restante do contrato. Se a cláusula de ‘compromittendo’ é inválida, sobrevive o restante do contrato. O pacto não é apenas uma promessa vazia, porém também com requisitos.”

Guilherme Strenger<sup>85</sup> ensina que: “O compromisso, do ponto de vista procedimental, representa o aspecto principal de consumação e concretização dessa escolha jurisdicional. O compromisso identifica-se com o litígio instaurado, isto é, corresponde a fase das partes em pendência e deve estar traduzido na conformidade dos requisitos legais vigentes.”

Marcelo Nobre<sup>86</sup>, reconhece que o que foi sancionado já representa avanços importantes em relação à arbitragem, mas lamenta o desfecho: “O Senado ofereceu ao país uma lei de arbitragem do Século XXI”. Os vetos impedem a evolução plena da lei”.

---

<sup>84</sup> ROSAS, Roberto. *Juízo Arbitral*, p.11.

<sup>85</sup> STRENGER, Guilherme Gonçalves. Artigo publicado na RT 607, sob o título “Do Juízo Arbitral”, p. 27. Art. 22.1. “*el procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje*”.

<sup>86</sup> Retirado de <http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/especialistas-criticam-vetos-governo-lei-arbitragem>. Data de 21-02-2017.

Caio Cesar Rocha<sup>87</sup>, diz: “Os vetos foram dados em temas importantes. Houve uma interpretação equivocada. Foi como se a ideia fosse desrespeitar direitos trabalhistas e do consumidor, quando na verdade o respeito às garantias era total. As previsões eram bastante restritas, não havia nem espaço para desrespeito”.

Esta era uma mudança que tentou ser promovida na alteração na lei de arbitragem e que não foi aprovada. Frisa-se que é possível a adoção da arbitragem para aqueles casos de empregados que não se encontram em um estado absoluto de hipossuficiência, embora não tenha sido aprovada esta última parte.

As alterações provocadas pela atual conjuntura econômica oriundas da globalização têm-se marcado pela busca do lucro e, conseqüentemente, da flexibilização ou adaptabilidade das normas de Direito Material e Processual do Trabalho.

Ademais, o princípio protetor, que objetivava equilibrar a desigualdade existente entre os interlocutores capital e trabalho, não tem conseguido o êxito almejado pelos legisladores pátrios, uma vez que as demandas judiciais aumentaram e nossa justiça trabalhista tornou-se impotente para solucionar tamanha quantidade de conflitos.

Assim, a mediação como instituição jurídica surgiu da necessidade de desafogar o judiciário do volume crescente de ações e principalmente pela solução do conflito em tempo razoável.

Afirma Águida Arruda Barbosa, sobre a distinção entre mediação e outras formas de resolução de conflitos:

A mediação é diferente de conciliação e arbitragem porque ela é um princípio, um comportamento, a experiência humana que assegura o livre desenvolvimento da personalidade, capacitando os sujeitos de direito à conquista da liberdade interna – e não política - de ser humano, e à igualdade contida no princípio da dignidade da pessoa humana, representando a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm de comum – a igualdade de qualidade de ser humano – permitindo o reconhecimento de uma pertença a um mesmo gênero: o gênero humano.<sup>88</sup>

Especificamente na área trabalhista, é válido ressaltar que a Organização Internacional do Trabalho, OIT, estimula a adoção de meios de autocomposição de conflitos. Nesse sentido, tem-se como exemplo a Recomendação n. 92, de junho de 1951, que orienta a solução de conflitos no trabalho por meio de uma comissão paritária, compostas por patrões e empregados:

---

<sup>87</sup>Retirado de <http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/especialistas-criticam-vetos-governo-lei-arbitragem>. Data de 21-02-2017.

<sup>88</sup> BARBOSA, Águida Arruda. *Prática da Mediação: Ética Profissional*. In.: V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana, 2006, São Paulo. Anais. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 30.



I. Conciliación Voluntaria 1. Se deberían establecer organismos de conciliación voluntaria, apropiados a las condiciones nacionales, con objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores. 2. Todo organismo de conciliación voluntaria, establecido sobre una base mixta, debería comprender una representación igual de empleadores y de trabajadores.<sup>89</sup>

Necessário se faz que o terceiro interventor, ou seja, o mediador, seja alguém preparado para a atividade que exercerá, com conhecimentos diversos e não exclusivamente técnicos.

Em artigo doutrinário sobre o tema, afirma Luciane Moessa de Souza:

Para que a atividade efetivamente se expanda e produza os frutos que a população brasileira, tão carente de justiça, necessita, será preciso, ainda, que seja revisto o currículo mínimo dos cursos jurídicos, incluindo-se estas temáticas como conteúdo obrigatório, a nível teórico e prático. Naturalmente, depende também de nós, sobretudo os professores de Direito e operadores jurídicos, procurar nos inteirar desse novo assunto e contribuir para a realização dos seus objetivos, já que é nosso dever contribuir – seja implementando, seja criticando e aperfeiçoando a proposta – com a realização de mecanismos mais eficazes de acesso à resolução de conflitos.<sup>90</sup>

Comenta Juan Carlos Vezzulla que:

[...] mediação é a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor.<sup>91</sup>

A mediação é um meio alternativo de solução de conflitos que se forma de dentro para fora, isto é, as próprias partes propõem o acordo e encerram o litígio. É um procedimento rápido e eficaz, que ocorre a partir da facilitação do diálogo pelo mediador, de maneira célere, pouco desgastante e preventiva, uma vez que o conflito está realmente solucionado.

Como é possível notar, o mediador é uma peça fundamental na realização da mediação. O primeiro ponto que deve ser enfatizado quanto à formação do mediador é o fato da mediação ser interdisciplinar, ou seja, procura-se com tal procedimento não apenas um conhecimento jurídico, mas um entendimento psicológico e, a depender da questão a ser resolvida, alguns outros conhecimentos específicos. Trata-se, portanto, do relacionamento

<sup>89</sup> Organização Internacional do Trabalho (OIT). *Fomento à Negociação Coletiva*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/503>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

<sup>90</sup> CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 79.

<sup>91</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p.43.

harmônico entre as disciplinas com o intuito de facilitar a aproximação das partes litigantes e auxiliar na solução do conflito.

Em meio a tantos obstáculos, tanto econômicos quanto de ordem processual, de acesso a uma ordem jurídica justa, torna-se extremamente relevante o estudo das técnicas de solução alternativa de conflitos, de modo a desafogar o Judiciário e tornar as prestações jurisdicionais mais céleres e efetivas.

A mediação é um meio de real pacificação do conflito. O mediador, como terceiro imparcial e facilitador do diálogo, estimula as partes para que estas cheguem, por si sós, a um desfecho desejável para o litígio. Tal procedimento privilegia a horizontalização da relação com as partes litigantes e promove a elas um ambiente mais adequado à solução do conflito existente, sem ser necessário, para tanto, a sugestão de uma saída.

Cabe, portanto, às próprias partes perceber qual será a melhor forma de resolver o seu conflito. O mediador apenas facilita e auxilia essas pessoas a encontrarem o melhor caminho (o mais eficaz) para o fim da questão.

Ora, um conflito bem resolvido previne futuras desavenças. Pode-se, então, falar em um “efeito preventivo” da mediação, que, mais uma vez, colabora com o Poder Judiciário ao aliviar a sua sobrecarga de processos.

A Comissão de Conciliação Prévia (CCP) é um espaço de negociação e solução de conflitos trabalhistas entre empresas e trabalhadores, antes de se ingressar na Justiça do Trabalho com reclamação trabalhista.

O professor Jorge Luiz Souto Maior, afirma que:

A conciliação não é, propriamente, uma técnica para solução de conflitos, assim, como não é o julgamento. As técnicas são: a mediação, a arbitragem e o processo. A conciliação é uma solução para o conflito, aceita pelas partes, que tanto pode ocorrer em uma das técnicas criadas para a solução de conflitos quanto fora delas.<sup>92</sup>

Em síntese, pode-se concluir que, a Comissão de Conciliação Prévia é um instituto privado e facultativo, onde se busca a conciliação de empregado e empregador sem a interferência do poder estatal, podendo ser constituída no âmbito sindical ou no âmbito das empresas. Sendo que, conciliado as partes, privilegiou a autonomia da vontade destas, impossibilitando, assim, que um terceiro proferisse uma decisão para o conflito.

---

<sup>92</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 48.

As comissões podem ser divididas em: de empresa, as que são constituídas na empresa, valendo para seus empregados; de grupo de empresas, na qual a conciliação é feita para todos os empregados pertencentes ao grupo de empresas, mesmo que cada empresa tenha atividade distinta; sindical, quando é estabelecida por acordo coletivo entre o sindicato da categoria profissional e empresa ou empresas interessadas. Vale apenas no âmbito da empresa ou empresas acordantes; intersindical, quando é criada pelo sindicato dos trabalhadores e pelo sindicato dos empregadores mediante convenção coletiva. A conciliação é feita para toda a categoria; núcleos de conciliação intersindical. Pode ser criado mediante negociação coletiva entre sindicatos pertencentes a categorias diversas, como metalúrgicos, bancários, vigilantes etc.

À época da criação destas comissões, estatísticas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) indicavam que a quantidade de ações propostas na Justiça do Trabalho crescia em volume assustador. Os dados apontavam que na década de 60, haviam sido propostas 3.333.214 ações; na década de 70, 4.827.884 ações; na década de 80, 9.091.374 ações e de 1990 a 1995, 8.911.179 ações.<sup>93</sup>

Segundo estatísticas apontadas pelo TST<sup>94</sup>, em 40% (quarenta por cento), em média, das reclamações ajuizadas na Justiça do Trabalho, há realização de acordo entre as partes. Utilizando do direito comparado, e para demonstrar como outros países veem a matéria em questão, tentando também conseguir uma melhor solução de conflitos, passa-se a demonstrar a aplicação do instituto em questão.

Na Argentina, segundo a Lei 24.635/96, os conflitos individuais e coletivos do trabalho passam por um procedimento de conciliação obrigatória realizado perante um profissional designado pelo Estado entre uma lista de especialistas, que é elaborada pelo Ministério da Justiça entre profissionais da área jurídica. Na Espanha, vigente a “Lei do Procedimento Laboral” de 1990, a tentativa conciliatória, antes da apreciação da demanda no âmbito jurisdicional, possui caráter obrigatório e se configura como uma das condições da ação, sob pena, ante a sua ausência, da decretação de carência.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> OLIVEIRA, Claudilene Moraes de. *As comissões de conciliação prévia e o princípio da inafastabilidade do acesso ao poder judiciário*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42532&seo=1>>. Acesso em: 12 agos. 2016.

<sup>94</sup> Ob. Cit.

<sup>95</sup> Ob. Cit.

Nos Estados Unidos, o departamento do trabalho instituiu um serviço de conciliação para o setor público em 1913. Nesse caso, o conciliador apenas levava as partes a uma sala e pedia que se concilhassem, terminando sua responsabilidade nesse momento. Na Finlândia, de acordo com a Lei de 27-07-1926, a paralisação no trabalho somente pode ser realizada após a tentativa conciliatória realizada por um mediador nomeado pelo governo.<sup>96</sup>

Na França, os tribunais de primeira instância exigem a tentativa de conciliação prévia antes de o conflito ser submetido à apreciação judicial. “A conciliação é realizada perante o Conselho de Prud’hommes (art. L 511-1, do Código do Trabalho, lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro). Caso não seja possível a realização de acordo, a demanda é submetida ao órgão de instrução e julgamento, pertencente ao mesmo conselho, cuja decisão, solucionando a lide, é passível de recurso dirigido ao Tribunal Comum.<sup>97</sup>

Na Itália, a conciliação antes da propositura da ação é facultativa, podendo ser, de acordo com a lei 533 de 11 de agosto de 1973, sindical ou administrativa. Querendo, o empregado pode realizar a tentativa conciliatória em órgãos previstos em acordos ou convenções coletivas de trabalho, ou em comissão constituída dentro do âmbito da empresa, com essa finalidade específica, ou ainda, perante o pretor. Em Portugal, já existiram comissões de conciliação, entretanto foram extintas e atualmente a conciliação é feita no âmbito judicial (Decreto-Lei nº 272-A, de 30-09-1981). Na Suíça, há um órgão específico destinado à conciliação que é o Escritório Federal de Conciliação, que existe desde 1946. Na Suécia, a conciliação e mediação são feitas por um serviço oficial autônomo e independente.<sup>98</sup>

No Uruguai, a tentativa de conciliação antes do início da propositura da ação trabalhista é obrigatória, pois conforme o Decreto-lei nº 14.188, de 05-04-1974, não se pode dar início um processo judicial trabalhista sem uma tentativa conciliatória anterior perante o Ministério do Trabalho e da Seguridade Social.<sup>99</sup>

Porém, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria de votos, que demandas trabalhistas podem ser submetidas à Justiça do Trabalho antes que tenham sido analisadas por uma Comissão de Conciliação Prévia (CCP). No entendimento dos ministros do Supremo, a decisão preserva o direito universal dos cidadãos de acesso à Justiça.

Veja-se a decisão do STF<sup>100</sup>:

---

<sup>96</sup> Ob. Cit.

<sup>97</sup> Ob. Cit.

<sup>98</sup> Ob. Cit.

<sup>99</sup> Ob. Cit..

<sup>100</sup> DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 23/10/2009 - ATA Nº 33/2009. DJE nº 200, divulgado em 22/10/2009.

PROCESSO OBJETIVO – PETIÇÃO INICIAL. A petição inicial do processo objetivo deve ser explícita no tocante à causa de pedir. JURISDIÇÃO TRABALHISTA – FASE ADMINISTRATIVA. A Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que redigirá o acórdão, deferiu parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, vencidos os Senhores Ministros Relator e Cezar Peluso. Não participaram da votação o Senhor Ministro Menezes Direito e a Senhora Ministra Ellen Gracie por sucederem aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Octavio Gallotti. Ausentes o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, e o Senhor Ministro Celso de Mello, licenciado (art. 72, inciso II, da Lei Complementar nº 35/1979 – LOMAN). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 13.05.2009. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 23/10/2009 - ATA Nº 33/2009. DJE nº 200, divulgado em 22/10/2009.

Diante da atuação conciliatória das Comissões, a Justiça Trabalhista é beneficiada, pois os casos mais simples e passíveis de acordo, não mais serão submetidos ao crivo do judiciário, desafogando-o. A solução do conflito trabalhista na Comissão é muito mais rápida, pois há estipulação do prazo de 10 dias para realização de todo o procedimento.

Conciliação deriva do latim *conciliatio*, *deconciliare* (atrair, harmonizar, ajuntar). Segundo o dicionário De Plácido e Silva<sup>101</sup>, “entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas, desavindas a respeito decerto negócio, ponham fim à divergência amigavelmente”.

As Comissões de Conciliação Prévia representam institutos de conciliação extrajudicial dos conflitos individuais de trabalho, criados no âmbito da empresa ou do sindicato do local da prestação de serviço. A sua principal finalidade consiste em reduzir o número de ações que são submetidas à apreciação da Justiça do Trabalho, tendo em vista as estatísticas do TST apontarem para a presença da conciliação em 40%, em média, das demandas submetidas à justiça laboral.

Em virtude de o texto legal impor caráter obrigatório à tentativa conciliatória perante as Comissões existentes, passou-se a questionar a constitucionalidade deste dispositivo, pois representaria a instituição de uma espécie de condição da ação para o ingresso na Justiça Trabalhista.

---

<sup>101</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25.

Parcela da doutrina e jurisprudência se posicionou pela inconstitucionalidade do dispositivo celetista, outra parcela, contrariamente, entendeu ser constitucional a exigência de previa submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia. O que se verifica é que as discussões acerca deste órgão conciliatório perderam em parte a sua razão de ser, pois desde entrada em vigor da lei que instituiu as Comissões de Conciliação Prévia se aguardava um posicionamento do STF sobre o tema, e o mesmo decidiu ser tal dispositivo inconstitucional.

Corroborando a obrigatoriedade de submissão à Comissão de Conciliação os ensinamentos do professor Valentin Carrion<sup>102</sup>, para quem "A inovação legal já é anseio de muito tempo e objetiva desafogar a Justiça do Trabalho, emprestando maior celeridade à solução dos conflitos sociais, antes mesmo de serem trazidos aos órgãos jurisdicionais (...). Sua constituição é obrigatória, não obstante o legislador utilize 'poderá' no art. 625-A: é que o art. 625-D, caput, dispõe que 'qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão' e seus §§ 2º e 3º exigem a juntada de declaração de tentativa conciliatória frustrada com a descrição do objeto, quando do ajuizamento da ação."

O STF proferiu decisão relativa a pedido liminar feito em 02 ADIs, conferindo interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 625-D da CLT, que trazia a imposição das demandas àqueles órgãos extrajudiciais de conciliação prévia, estipulando que independentemente desses órgãos existirem ou não, os conflitantes podem socorrer-se diretamente ao Poder Judiciário, sendo facultativa a passagem pelas Comissões de Conciliação Prévia.

Entender as consequências geradas pela hipossuficiência nas relações de trabalho de acordo com a doutrina e a jurisprudência, as normas de ordem pública de proteção ao trabalhador, a possibilidade ou não de flexibilização da legislação e a possibilidade ou não de solução de conflitos trabalhistas através das formas alternativas, como a arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia representa a tentativa de demonstrar uma forma alternativa de se solucionar conflitos.

São situações ocorridas as quais podem ser solucionadas, sem necessariamente existir ação judicial para que o poder judiciário resolva o conflito de interesses, e o jurisdicionado resolva o seu problema, com mais celeridade e rapidez, sem perder o senso de justiça.

---

<sup>102</sup> Valentin Carrion. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 3ª edição, 2008. Ed. Saraiva, p. 482.

A seguir será abordado o tema sobre a necessidade da forma de tratamento à hipossuficiência nas relações de trabalho contemporâneas, novos critérios de subordinação, relação ao grau de instrução, em relação ao número de reclamações trabalhistas ingressadas, em relação ao momento econômico do país, em relação à empresa reclamada e a superação da hipossuficiência em uma autêntica representação coletiva.

### **3. NECESSIDADE DE NOVO TRATAMENTO À HIPOSSUFICIÊNCIA SEGUNDO A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

Este capítulo tem como escopo demonstrar a necessidade de novo tratamento à hipossuficiência segundo a ordem econômica constitucional, determinando e conceituando a hipossuficiência nas relações de trabalho e que de acordo com a relação de trabalho havida, tem-se diferentes modulações de hipossuficiência.

Em decorrência desta pormenorização, nascem os efeitos no mundo jurídico deste novo tratamento à hipossuficiência, aplicada ao Direito do Trabalho, e conseqüentemente, o mundo econômico, para empregado e empregador.

#### **3.1. A HIPOSSUFICIÊNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

Sabe-se que em virtude das características de subordinação às ordens de serviço do empregador bem como da situação econômica de dependência, o trabalhador coloca-se frente ao empregador com certa inferioridade e desequilíbrio na relação jurídica.

Desta forma é que o Direito do Trabalho, com suas regras e institutos busca a proteção da parte hipossuficiente da referida relação jurídica objetivando abrandar de certa forma o desequilíbrio existente no contrato de trabalho entre patrão e empregado e proteger a parte mais frágil na relação jurídica, ou seja, o trabalhador.

Confere ao operário conjunto de direitos que procurem amenizar esta desigualdade que separa as partes desta relação e favorece uma delas, qual seja o empregador. Para tratar da ordem econômica constitucional deve-se antes mencionar algumas noções sobre “ordem econômica” e “Constituição econômica”.

Para Eros Roberto Grau<sup>103</sup>, a ordem econômica, ainda que se oponha a ordem jurídica, é usada para referir-se uma parcela da ordem jurídica, que compõe um sistema de princípios e regras, compreendendo uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social.

---

<sup>103</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33.



André Ramos Tavares<sup>104</sup> também conhece a ordem econômica como uma ordem jurídica da economia e a define como sendo “a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.”

As bases constitucionais do atual sistema econômico brasileiro encontram-se dispostas no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, nos arts. 170 a 192. José Afonso da Silva<sup>105</sup> assevera que a ordem econômica, consubstanciada em nossa Constituição vigente é uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa.

Em outro sentido, Raul Machado Horta<sup>106</sup> afirma que o texto constitucional na ordem econômica está “impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora reflete um rumo do capitalismo liberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores.”

A valorização do trabalho humano é também fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos no art. 1º, inc. IV da CF/88, levando-se a crer que a valorização do trabalho é um princípio, e mais precisamente, segundo a lição de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>107</sup>, um “princípio político constitucionalmente conformador”

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>108</sup> afirma que a valorização do trabalho é princípio sublinhado pelo constituinte dentro da linha firmada pela doutrina social da igreja, como sendo um valor cristão.

Já Eros Roberto Grau<sup>109</sup> assevera que esta caracterização principiológica denota uma preocupação com um tratamento peculiar ao trabalho que, “em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional”.

---

<sup>104</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006, p.82.

<sup>105</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p.51.

<sup>106</sup> Estudo comparado sobre o tratamento dado ao federalismo no Direito da Áustria, Índia, Canada, Bélgica, Suíça, México, Alemanha, Argentina e Brasil. HORTA, Raul Machado. *Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo*. In: DIREITO Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 301-527.

<sup>107</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 65.

<sup>108</sup> FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.32.

<sup>109</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.90.

Seguindo este raciocínio e conforme os dizeres de Nagib Slaib Filho<sup>110</sup>, é inegável que o trabalho diz respeito ao fator social da produção, “porém ele está muito além da necessidade econômica de suprir as necessidades materiais, é uma necessidade, inerente à natureza humana e ao instituto da auto preservação e progresso pessoal”.

José Afonso da Silva<sup>111</sup> por sua vez, alerta que a ordem econômica embora de natureza capitalista que “dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”.

A livre iniciativa, como segundo fundamento da ordem econômica, também é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. IV da CF/88). Trata-se, pois, também de “princípio político constitucionalmente conformador”, que segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>112</sup> possui uma densidade normativa, da qual se pode extrair a “faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado” e a “não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei.”

É importante registrar também, que estes fundamentos da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa têm por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Existência digna é a finalidade ou objetivo da ordem econômica. Registre-se que o texto constitucional no art. 1º, inc. III, enaltece também a dignidade da pessoa humana à fundamento da República Federativa do Brasil. A dignidade da pessoa humana (ou existência digna) fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais, mas também à ordem econômica.

Para que ordem econômica, cujos fundamentos são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, que objetivam assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, deverão ser observados os princípios indicados nos incisos do art. 170 da CF de 1998. Estes princípios, bem como os mencionados, são princípios gerais da atividade econômica, considerados núcleos condensadores de diretrizes ligados à apropriação privada dos meios de produção e a livre iniciativa que consubstanciam a ordem capitalista da economia.

---

<sup>110</sup> SLAIB FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.87.

<sup>111</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 210.

<sup>112</sup> ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.63.

O primeiro destes princípios é a soberania nacional, que constitui também um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. I da CF/88) e figura-se como um dos elementos constitutivos do Estado, sendo seu elemento formal que implica em supremacia na ordem interna e independência na ordem externa.

Porém, sua inserção na ordem econômica diz respeito à formação de um capitalismo nacional autônomo e sem ingerências, e não se supõe o isolamento econômico perante as demais nações.

José Afonso da Silva<sup>113</sup> assevera que a soberania nacional econômica, traz a noção de que “o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente”.

A Carta Magna inscreveu também a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (170, incs. II e III). Não obstante, no art. 5º, incs. XXII e XXIII, da CF/88 existem normas idênticas, além de vários outros dispositivos constitucionais a respeito onde a propriedade é tratada como direito individual.

Segundo Eros Roberto Grau<sup>114</sup> tal entendimento constitui uma imprecisão, pois existe distinção entre “função individual” (justificada na garantia de subsistência do indivíduo e de sua família) e “função social” (justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função) da propriedade.

José Afonso da Silva<sup>115</sup> também comenta que as normas constitucionais relativas à propriedade denotam que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição de Direito Privado, e conclui: “por isso, deveria ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62)”.

Em linhas gerais, significa dizer que garante-se a propriedade privada dos bens de produção, até porque estamos diante de um sistema capitalista, contudo seu uso está condicionado a um fim, qual seja “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art.170 da CF/88).

---

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 80.

<sup>114</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.112.

<sup>115</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86.

Eros Roberto Grau<sup>116</sup> também menciona que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário, ou quem detenha o controle da empresa, o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não apenas de não o exercer em prejuízo de outrem. Assim, este princípio impõe um comportamento positivo, prestação de fazer e não meramente de não fazer aos detentores do poder que deflui a propriedade, ele integra o conceito jurídico positivo da propriedade.

Outro princípio expresso é o da livre concorrência (inc. IV), que é definido por André Ramos Tavares<sup>117</sup> como “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”.

Para parte dos doutrinadores a livre concorrência é um desdobramento da livre iniciativa. Seguindo esta posição, Eros Roberto Grau<sup>118</sup> a define como “livre jogo das forças do mercado, na disputa de clientela”. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior<sup>119</sup> asseveram que “seu objetivo é a criação de um mercado ideal, caracterizado pelo assim chamado ‘estado de concorrência’”.

Também estão inseridos como princípios a defesa do consumidor (inc. V), a defesa do meio ambiente (inc. VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (inc. VII), a busca do pleno emprego (inc. VIII), e princípio o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (inc. IX).

Questão de bastante relevância no estudo do Direito do Trabalho é o tema “livre iniciativa versus dignidade do trabalhador”. A valorização do trabalho humano é um dos fundamentos da República, da ordem econômica e da ordem social na Constituição Brasileira de 1988. Mas ao caracterizá-la como fundamento não se quer dizer que esta é a disposição expressa no texto constitucional, mas simplesmente que é um preceito que deve nortear o ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>116</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.109.

<sup>117</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006, p78.

<sup>118</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.120.

<sup>119</sup> ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.71 .

Conforme preceitua Eros Grau<sup>120</sup>, o direito não se interpreta em tiras, aos pedaços, e um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. Assim, a valorização do trabalho humano, dentro da Constituição Brasileira de 1988, tem que ser lido por completo, levando-se em conta seus preceitos dentro de todas as divisões do texto constitucional, especialmente nos Títulos relativos aos Princípios Fundamentais, à Ordem Econômica e à Ordem Social.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, no art. 1º, IV, que, dentre outros, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos “os valores sociais do trabalho” e, no caput do art. 170, dispõe que a ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho humano”.

Deve-se dar atenção tanto à dimensão humana do trabalho, que está relacionada com a dignidade e a própria subsistência da pessoa, enquanto ser dotado de livre arbítrio e dignidade, quanto à dimensão patrimonial do trabalho, que se revela na relação de emprego em si, cuja finalidade é a produção e circulação de riquezas mediante o pagamento de uma retribuição pecuniária.<sup>121</sup>

Considerado ainda como valor social fundamental, a primazia do trabalho também está expressa no art. 193 da Constituição Federal, o qual dispõe que a “ordem social tem como base o primado do trabalho”. Em relação à ordem social, o legislador constituinte quis também deixar expressamente consignado no corpo do texto constitucional que essa ordem tem apoio no primado do trabalho.

Portanto, se o Estado sobrevive e é fundado na ordem social, esta, por sua vez, só é atingida por completo se o trabalho for buscado e atingido não só pelos poderes constituídos, mas também, e principalmente, pela sociedade<sup>122</sup>.

Note-se que, a fim de promover o resgate do valor do trabalho, a Constituição vincula a este valor toda a ordem social, conformando os fins sociais que a ela foram adjudicados com a busca de tal valor fundamental.

Mais do que isso, a Constituição estabelece até em seu preâmbulo que é seu dever:

“[...] 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

<sup>120</sup> Sobre a distinção entre princípios e valores, ver: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 112.

<sup>121</sup> RODRIGUES, Cláudia. *A (Des)valorização do trabalho humano pela Justiça do Trabalho*. *Jornal Trabalhista*, São Paulo: Consulex, v. 20, n. 961, 2003. p. 12.

<sup>122</sup> FINATI, Cláudio Roberto. *O valor social do trabalho*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo: LTr, n. 8, p. 28-39, 1996. p. 28.

e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Os direitos sociais e individuais são, portanto, o destino e o principal objetivo de todo o trabalho do Estado Democrático de Direito.

Ainda que não se possa falar em obrigação social consistente na oferta de trabalho, é certo que a ordem jurídica quer garantir a todos o exercício das atividades lícitas. Cabe à sociedade, na medida em que resolve considerar o valor social do trabalho como fundamental, buscar proporcionar oportunidades de emprego para todos.

Dessa forma, por outro lado, a ordem jurídica tem que garantir ao indivíduo a possibilidade de cumprir com seu dever de trabalhar sem restrições de qualquer espécie, havendo ampla liberdade de iniciativa o que, a propósito, é outro preceito constitucional cuja valorização é equiparada ao do trabalho.

Essa é a razão pela qual se devem observar outras disposições espalhadas pelo texto da Constituição, conforme se pode inferir do disposto no art. 203, V, da Constituição Federal, que assegura um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Da mesma forma, este é o objetivo da norma constante do art. 227 da Constituição Federal, que, no caput, estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à educação, à profissionalização, à cultura, e à dignidade.

Já o §1º, II, do mesmo dispositivo, dispõe que o Estado promoverá a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Enfim, o trabalho a que se refere a Constituição não é apenas aquele fruto da relação de emprego, mas toda a forma de trabalho, gerador de riqueza tanto para o que presta o trabalho como para a sociedade em geral, assim como o trabalho como tentativa de não se promover o não-trabalho.

Já o aprofundamento da ideia de valorização do trabalho humano como fundamento do Estado Democrático deve levar à certeza de que tal valorização envolve um amadurecimento histórico do princípio, na busca pela sua concretização a partir dos ensinamentos decorrentes das experiências passadas.

Com esse olhar para o passado, almejando soluções para o presente, pode-se concluir que a busca pelo atual significado desse princípio deve envolver uma análise tanto do passado quanto de uma pesquisa do atual contexto mundial de globalização. A ordem econômica é composta de fundamentos, fins e princípios.

Os fundamentos compõem o ponto de partida, os fins explicitam comando-valores e elasticidade ao ordenamento jurídico, indicando prescrições a serem atendidas pelo Poder Público, com verdadeiro conteúdo programático, apresentando-se como o ponto de chegada.

Esses institutos somados e atuando de forma harmônica, visam em última análise e através da indissociável relação entre a ciência jurídica e econômica, a regulação pública econômica ao orientar a atividade produtiva pelo particular, limitar a ação estatal na economia e impor o controle do poder econômico.

Finalizando, os princípios da livre concorrência, da liberdade de iniciativa não podem e não devem diminuir a hipossuficiência do empregado. Tão pouco, deverá o obreiro ser beneficiado indevidamente por uma suposta hipossuficiência que não de fato não é real, prejudicando o poder de produção empresarial.

### 3.2. OS NOVOS CRITÉRIOS DE SUBORDINAÇÃO E A HIPOSSUFICIÊNCIA

O reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora, em regra, não é o que mais acontece nos nossos tribunais. Porém, existem casos que o judiciário tem reconhecido o vínculo de emprego diretamente com a empresa que recebe o benefício da mão de obra do trabalhador.

O fundamento é teoria da subordinação integrativa, onde a relação de emprego implica, necessariamente, trabalho subordinado. Na relação de emprego o trabalhador coloca a sua força de trabalho à disposição do empregador em troca de salário e se submete às suas ordens em relação ao modo pelo qual o trabalho será prestado.

O empregado sujeita-se também à fiscalização do seu trabalho e pode sofrer punições em caso de descumprimento das determinações do empregador.

Com esta teoria, o conceito tradicional de subordinação sofreu algumas alterações. Com a reestruturação do processo produtivo, a sujeição jurídica do trabalhador à direção e à fiscalização do empregador passou a se dar de outras formas, o que demandou a busca de novos critérios para a configuração do estado de subordinação típico da relação de emprego.

Entre os novos critérios está a ideia da integração do trabalhador na organização ou estrutura da empresa (daí se falar em subordinação integrativa e subordinação estrutural). No novo esquema de trabalho terceirizado, a integração do trabalhador na estrutura produtiva da empresa beneficiária dos serviços é aferida pela sujeição direta deste ao poder diretivo do tomador dos seus serviços.

Nesse caso, não é necessário verificar se as ordens são pessoal e diretamente transmitidas ao trabalhador, mas apenas se este se sujeita às diretivas do processo produtivo da empresa tomadora dos serviços.

A estrutura produtiva estabelecida pelo empregador se transforma em ferramenta de controle sobre o trabalho, que passa a ser uma mera engrenagem em um processo produtivo rigidamente estabelecido pelo empregador, sendo que a sujeição do trabalhador ao empregador passa a ser funcional.

Portanto, não há uma nova subordinação, mas uma nova forma de exercício do poder diretivo, já que o empregado se sujeita ao modo de realização do trabalho fixado pelo tomador dos seus serviços, sem um mínimo de autonomia ou interferência da sua real empregadora, a empresa de intermediação de mão-de-obra.

Isso ocorre na hipótese de terceirização da atividade-fim da tomadora de serviços, uma vez que qualquer empresa cuida para que esta atividade se desenvolva de acordo com os seus objetivos econômicos. E, por isso, o vínculo de emprego deve se formar diretamente com o tomador de serviços.

A terceirização não pode ser utilizada para afastar do trabalhador os direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica. A terceirização da atividade-fim constitui simples forma de transferir para terceiros a contratação de pessoal, como instrumento voltado à redução de custos, encontrando, por isso, barreira intransponível nos princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho, ambos consagrados e realçados pela Constituição Federal de 1988.

O trabalhador contratado por essa forma de terceirização irregular vê o seu trabalho desvalorizado, pois não tem os mesmos benefícios e vantagens oferecidas aos empregados diretos do tomador dos serviços.

A subordinação define o limite dos empregados e dos prestadores de serviço autônomos, não sendo estes tutelados pela norma trabalhista. Assim, pode-se dizer, utilizando-se das palavras de Luiz Carlos Amorim Robotella:



A subordinação é, afinal, uma questão chave, por dois motivos: é o pressuposto clássico da aplicação do Direito do Trabalho e do mundo de garantias em torno dele construído; é um dos eixos sobre o qual sempre assentou a autonomia científica da disciplina.<sup>123</sup>

A partir de dificuldades na aplicação da subordinação clássica em algumas formas de relação de trabalho modernas, a doutrina e a jurisprudência passaram a debater acerca do caráter subjetivo e objetivo da subordinação.

A subordinação clássica possuía embasamento subjetivo, sendo necessária a relação direta do empregador e empregado. Pensou-se, então, no caráter objetivo ou funcional da subordinação, no enfoque de que esta surgiria diante de um procedimento produtivo, com foco na atividade desempenhada e na cadeia estrutural existente.

A subordinação estrutural, também denominada de integrativa, tem por base a definição da atividade desempenhada pelo trabalhador como sendo essencial ao funcionamento estrutural e organizacional do empregador. Ou seja, se o empregado exerce função que faça parte inafastável da atividade fim da empresa.

O doutrinador e Ministro Maurício Godinho Delgado aponta as dificuldades de aplicação da subordinação clássica em alguns casos práticos:

É incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão subjetiva do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição. Não obstante essa situação de sujeição possa concretamente ocorrer, inclusive com inaceitável frequência, ela não explica, do ponto de vista sociojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação. Observe-se que a visão subjetiva é, por exemplo, incapaz de captar a presença da subordinação na hipótese de trabalhadores intelectuais e altos funcionários.<sup>124</sup>

Paulo Emílio Ribeiro Vilhena<sup>125</sup> afirma, “não se contrata a subordinação, mas a prestação de serviços, que se desenvolve subordinadamente ou não”.

Veja-se o que tem entendido o TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL . Ao contrário do entendimento da decisão agravada, há violação do art. 3º da CLT. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. In casu , firmou-se um acordo de vontade entre as partes no sentido de que a reclamante exerceria a função de manicure e pedicure. Por outro lado, a empresa concederia a ambiência, com toda a sua infraestrutura, para a execução das tarefas. Ademais, a reclamada estabelecia a organização dos

<sup>123</sup> ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p.34.

<sup>124</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. In Revista LTr, São Paulo, nº 6, Junho de 2006, p. 43 .

<sup>125</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego. Estrutura Legal e Supostos*. 2 Ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 477.

horários e dos atendimentos dos clientes. Na realidade, a reclamante estava submetida ao poder diretivo da empregadora, o qual abarca a estrutura organizacional interna da empresa (subordinação estrutural ou integrativa), que se traduz pela inclusão do empregado na dinâmica e nos fins empresariais, bem como pela especificação do serviço prestado. Nesse sentido, as circunstâncias detectadas pelas instâncias de origem como aspectos que desautorizariam o vínculo de emprego indicam, a bem da verdade, uma opção pelo não exercício concreto de distintas prerrogativas inerentes ao poder diretivo do empregador, tendo optado a reclamada por uma forma menos ostensiva de imposição de comandos, conferindo maior fluidez e controle apenas indireto, o que não descaracteriza o vínculo trabalhista existente. Efetivamente, a possibilidade de alteração do horário de trabalho da autora, em seu interesse exclusivo, a ausência de punições por faltas e a eventual realização de atendimentos em domicílio não demonstram a ausência de subordinação jurídica, apenas delineiam os mecanismos da técnica organizacional adotada pela reclamada. Há, porém, a demonstração da existência de controle e de pessoalidade nos serviços. Diante do exposto, não há dúvida da presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego, da forma exigida pelos artigos 2º e 3º da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 15191620105150002 1519-16.2010.5.15.0002, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 29/05/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013).

No caso acima analisado, firmou-se um acordo de vontade entre as partes no sentido de que a reclamante exerceria a função de manicure e pedicure. Por outro lado, a empresa concederia a ambiência, com toda a sua infraestrutura, para a execução das tarefas. Ademais, a reclamada estabelecia a organização dos horários e dos atendimentos dos clientes.

Na realidade, a reclamante estava submetida ao poder diretivo da empregadora, o qual abarca a estrutura organizacional interna da empresa (subordinação estrutural ou integrativa), que se traduz pela inclusão do empregado na dinâmica e nos fins empresariais, bem como pela especificação do serviço prestado.

O surgimento de outras formas de trabalho, além do autônomo ou subordinado, corresponde a uma das manifestações da crise do Direito do Trabalho. A figura do chamado trabalho parassubordinado, envolvendo contratos a projeto<sup>126</sup>, para muitos críticos não comprova apenas a crise da subordinação, mas a necessidade de proteger determinados trabalhadores aos quais a lei não dispensa proteção alguma, pelo simples fato de não serem empregados típicos.

Não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, a figura do trabalhador parassubordinado. De acordo com a legislação, ou o trabalhador é autônomo, sem proteção alguma, ou é empregado, a quem são garantidos todos os direitos.

---

<sup>126</sup> DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda. *Teletrabajo: Un nuevo mode de trabajo y de vida*. Revista Internacional del Trabajo. vol 109, 1990, n. 4. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, , p.78 .

No entanto, seria possível corrigir graves distorções com que se depara, nesse sistema dicotômico, assegurando-se a determinados trabalhadores, tidos como autônomos, alguma forma de proteção, com maior segurança jurídica para quem trabalha e quem os contrata, mesmo porque, apesar da autonomia, a dependência econômica justifica alguma forma de proteção própria de empregado.

Trabalhador parassubordinado é a pessoa natural que presta serviços autônomos e não eventuais, embora de forma coordenada, mediante remuneração e uso de estrutura empresarial do tomador dos serviços, de quem depende economicamente, o que justifica tratamento assemelhado a de empregado.

Para Dennis Veloso Amantéa<sup>127</sup>, a parassubordinação pode ser conceituada como um contrato de colaboração coordenada e continuada, em que o prestador de serviços colabora à consecução de uma atividade de interesse da empresa, tendo seu trabalho coordenado conjuntamente com o tomador de serviços, numa relação continuada ou não eventual.

Otávio Pinto e Silva<sup>128</sup> ressalta que a atividade do trabalhador parassubordinado deve ser indispensável para que o tomador possa atingir os fins sociais econômicos que persegue, sendo necessário para tanto, que os resultados produtivos das atividades do colaborador se unam aos da atividade do próprio tomador dos serviço.

Entre as principais características, apontam-se: trabalho autônomo, não eventual, coordenado, prestado com pessoalidade, oneroso, dependência econômica, sujeito a proteção especial. A distinção entre trabalho subordinado e trabalho autônomo sempre representou grande desafio para quantos atuam no Direito do Trabalho.

Com a revolução tecnológica e a passagem para a denominada sociedade pós-industrial, onde predomina a prestação de serviços, a questão se agravou e as fronteiras entre subordinação e autonomia tornaram-se mais incertas, especialmente com a proliferação do chamado teletrabalho ou trabalho a distância.

Apesar dos pressupostos formais da autonomia, o trabalho parassubordinado caracteriza-se pela continuidade e pessoalidade na sua prestação, integrando-se o trabalhador na empresa mediante coordenação.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> AMANTHÉA, Dennis Veloso. *A Evolução da teoria da parassubordinação: o trabalho a projeto*. São Paulo: Ltr, 2008, , p. 94 .

<sup>128</sup> PINTO E SILVA, Otávio. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTR, 2004, p. 207.

<sup>129</sup> PERA, Giuseppe. *Diritto del Lavoro*. 4ª ed. Padova, CEDAM, 1991, p. 307.

Ou seja, apesar da autonomia, o trabalho é prestado com pessoalidade (embora possível a subcontratação), de forma contínua e sob a coordenação da empresa tomadora. Portanto de acordo com a relação de trabalho havida, tem-se diferentes modulações de hipossuficiência.

As profissões de cabeleireiro, barbeiro, esteticista, manicure, pedicure, depilador e maquiador foram regulamentadas pela lei nº 12.592, de 18 de janeiro de 2012. Entretanto, ela não trouxe maiores inovações no âmbito trabalhista, tendo em vista que os artigos 2º e 3º, que traziam restrições ao exercício das profissões foram vetados, através de controle de constitucionalidade preventivo, por ofensa ao art. 5º, inciso XIII, da CRFB.

Passados quatro anos, no dia 27 de outubro de 2016, foi sancionada a Lei nº 13.352, de 27 de outubro de 2016., que altera o supracitado diploma legal, e desta vez, com grandes repercussões trabalhistas.

A maior inovação legal trazida se deu pela criação das figuras do salão-parceiro e do profissional-parceiro (Art. 1º-A, §1º), a qual passou a regulamentar uma situação que já existia na prática, qual seja o regime de parceria entre salão e trabalhador.

Tal situação acarretava o ajuizamento de diversas reclamações trabalhistas por parte dos trabalhadores, o que gerou uma divisão na jurisprudência, pois a depender do caso concreto, a relação de emprego era reconhecida ou o contrato de parceria era declarado válido.

No acórdão que segue, a oitava turma do TST reconheceu a parceria entre salão e manicure, por conta do valor da comissão e pela liberdade de agenda da profissional<sup>130</sup>:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014.VÍNCULO DE EMPREGO. MANICURE. Caracterizada uma potencial ofensa ao art. 3º da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. MANICURE. O ganho de comissões no percentual de 60% dos serviços prestados revela-se totalmente incompatível com a relação empregatícia, ao passo que inviabiliza o ganho de lucro pela entidade que seria supostamente a empregadora, com o labor dispensado pelo prestador de serviços, apontado como suposto empregado. Por outro lado, o simples fato de, em regra, o agendamento dos serviços ser feito pela recepcionista do salão não implica em existência de subordinação jurídica, cumprindo salientar que a autora detinha flexibilidade na organização de sua agenda, escolhendo os horários nos quais poderia trabalhar. A celebração de contrato de atividade tipo parceria é prática rotineira nesse ramo de prestação de serviços (salão de beleza), em que o proprietário do mesmo coloca à disposição dos profissionais (manicure, massagista, depiladora, cabeleireiro,

<sup>130</sup> (TST-RR-1315-96.2014.5.03.0185. Relator: Breno Medeiros, Data do julgamento: 18/12/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: 20/01/2016).

entre outros), além do espaço físico, sua carteira de clientes e suas instalações com os móveis para serem por eles utilizados no desempenho de tais atividades. Nesse contexto, não resta caracterizado o vínculo de emprego. (TST-RR-1315-96.2014.5.03.0185. Relator: Breno Medeiros, Data do julgamento: 18/12/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: 20/01/2016).

Em situação fática semelhante, a Primeira Turma do TRT da 3ª Região decidiu em sentido diametralmente oposto:

MANICURE. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. A relação entre a manicure e o salão de beleza ou estética, que se forma e desenvolve em estreita sintonia com os objetivos sociais da empresa que, assumindo os riscos do empreendimento, arca, sozinha, com todos os custos operacionais para o desenvolvimento da atividade, pagando aluguel, condomínio, despesas de água, luz, telefone, acesso à rede mundial de computadores, sistemas operacionais, profissionais de esterilização e recepção, toalhas, além de assumir tudo o que se fizer necessário para administração do estabelecimento, reservando à trabalhadora, tida por parceira, apenas a obrigação de trazer os seus instrumentos pessoais ou individuais de trabalho (alicates, tesouras, espátulas, secadores, capas, etc.), com rateio do valor cobrado pelos serviços prestados, à razão de 50% sobre o seu valor bruto, é, flagrantemente, relação de emprego. A formalização de contrato de parceria, nestes casos, não elide o reconhecimento dessa condição, pois claramente tendente a fraudar os direitos trabalhistas de que se mostra credora a trabalhadora (art. 90, da CLT). A uma porque, a pessoa jurídica contratante tem como objetivo social, segundo seu contrato, exatamente a exploração do ramo de a prestação de serviços de cortes de cabelo e barba, salão de beleza e comércio de cosméticos no varejo, sendo, então, a atividade contratada inerente ao próprio negócio do empreendimento do tomador dos serviços. A duas porque, como destacado, assume essa parte contratante, todos os riscos do negócio. E, em terceiro plano, no caso deste processo, observa-se a presença de todos os requisitos da relação de emprego: pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica, que não se enfraquece ou elide pelo simples fato de à contratada reservar-se certa permissão para gerenciamento de sua agenda de trabalho, pois, mesmo quando isto ocorria, havia monitoramento do outro contratante. (TRT da 3ª Região; Processo: 01746-2011-020- 03-00-0 RO; Data de Publicação: 27/07/2012; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Emerson Jose Alves Lage; Revisor: Jose Eduardo Resende Chaves Jr.; Divulgação: DEJT. Página 54.)

Com a mesma temática, entretanto, com situações fáticas distintas, tendo em vista que a liberdade de agenda não estava presente, a 3ª Turma do TST entendeu pela existência de relação de emprego<sup>131</sup>:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. MANICURE. VÍNCULO DE EMPREGO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. Admitindo o Reclamado a prestação de serviços, mas opondo fato modificativo ao direito postulado, ou seja, o desenvolvimento da prestação de serviços sob

<sup>131</sup> (AIRR – 11166-79.2013.5.15.0018 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 21/09/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016.)

condições diversas daquela estabelecida no art. 3º da CLT, atrai para si o ônus de prova (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC/73; art. 373 do CPC/15). Nesse aspecto, competiria ao Reclamado produzir prova mais contundente quanto ao desenvolvimento da atividade profissional de manicure sem submissão ao poder de direção empresarial, ônus do qual não se desvencilhou. Segundo o TRT, o labor da Reclamante era realizado dentro de um salão de beleza estabelecido em um shopping center, o que pressupõe que o Reclamado necessitasse gerenciar e organizar as atividades dos muitos trabalhadores que a ele se vinculavam, para manter o desenvolvimento harmônico da rotina do empreendimento. Acresça-se que a Reclamante trabalhou por período aproximado de dez anos, comparecendo diariamente ao serviço, auferindo contraprestação econômica em atividade diretamente relacionada à finalidade da empresa. Esses fatores sinalizam para a inserção da obreira no núcleo da dinâmica empresarial, com sujeição ao direcionamento exercido pelo Reclamado sobre o empreendimento e, via de consequência, sobre a forma de desenvolvimento da prestação do trabalho. Registre-se que o Direito do Trabalho, classicamente e em sua matriz constitucional de 1988, é ramo jurídico de inclusão social e econômica, concretizador de direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º, CF). É voltado a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, IV, CF). Instrumento maior de valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, IV, art. 170, caput e VIII, CF) e veículo mais pronunciado de garantia de segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça às pessoas na sociedade econômica (Preâmbulo da Constituição), o Direito do Trabalho não absorve fórmulas criativas ou toscas de precarização do labor, como a informalidade. Nesse sentido, evidenciados os elementos da relação de emprego, deve o Poder Judiciário reconhecê-la. Por fim, afirmando a Instância Ordinária, quer pela sentença, quer pelo acórdão, a existência dos elementos que configuram a existência da relação de emprego, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar-se o conjunto probatório dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas de Juízo rigorosamente extraordinário – limites da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR – 11166-79.2013.5.15.0018 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 21/09/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016.)

Como se nota, a partir dos julgados colacionados, havia uma divisão entre o profissional com todos os requisitos da relação de emprego, sendo, portanto, empregado. De outro lado, no caso do trabalhador que tinha uma maior autonomia e com um percentual significativo dos serviços prestados, a jurisprudência majoritária entendia que não caracterizaria um vínculo celetista.

A lei em comento veio para regulamentar e dar segurança jurídica ao último caso, sanando a dúvida acerca da possibilidade desse tipo de relação, optando pela figura do contrato de parceria.

O contrato de parceria já estava presente no Código Civil de 1916 e está presente no Estatuto da Terra, com a figura da parceria rural.

Pontes de Miranda bem definiu esse tipo de contrato:

Negócios jurídicos parciários são todos aqueles em que o objeto da contraprestação é parte dos lucros que obtenha o adquirente, com a aplicação que se colima. Há, portanto, destinação da prestação. O recebedor está vinculado a destinar ao fim que se determinou aquilo que êle recebeu. Os negócios jurídicos parciários são contratos pelos quais se promete, ou se promete e presta, desde logo, certa prestação a outra pessoa, sendo contraprestação a participação nos lucros que essa outra pessoa obtenha os figurantes não se vinculam para aquisição e ganhos comuns: só um dos figurantes obtém lucros, ou só os figurantes de um lado obtêm lucros, tendo o outro figurante ou os figurantes do outro lado direito a parte dos lucros previstos, ou a serem apurados.<sup>132</sup>

Como se pode notar, o seu elemento caracterizador se dá pelo fato de somente uma das partes perceber os ganhos e a outra parte possuir o direito de receber uma porcentagem sobre os lucros como retribuição a sua prestação, o que está presente no contrato de parceria do salão-parceiro.

Essa espécie de contrato entre o salão-parceiro e o profissional-parceiro pode ser classificado como formal (a lei exige que seja por escrito), bilateral (as partes possuem direitos e deveres), oneroso (ambos os contraentes obtêm proveito) e de trato sucessivo (cumpre-se através de atos reiterados).

Ademais, não pode ser classificado como *intuitu personae*, tendo em vista a natureza do contrato, bem como pela possibilidade do profissional se fazer substituir ou contar com ajudantes. Como reforço de argumento, a qualificação do profissional-parceiro, perante as autoridades fazendárias, pode se dar como pequenos empresários, microempresários ou microempreendedores individuais (Art. 1º-A, §7º).

Depreende-se, ainda, que o profissional deve possuir uma autonomia para exercício de sua atividade, como, por exemplo, ter o controle sobre a sua agenda de clientes.

Seria o que Homero Batista Mateus da Silva<sup>133</sup> classifica como subordinação em grau médio, tendo em vista que o profissional terá que seguir algumas diretrizes do salão, mas não a ponto de ser apto a caracterizar como elemento de vínculo empregatício, o que é algo natural, diante da responsabilidade de ambos parceiros com a manutenção e higiene de materiais e equipamentos, das condições de funcionamento do negócio e do bom atendimento dos clientes. (Art. 1-A, §10, VI).

<sup>132</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 45. São Paulo. Editora Bookseler. 2003, p. 67.

<sup>133</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. Vol.1. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 99 .

Saliente-se, que a regulamentação dessa espécie de contrato através da lei em análise não afasta a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego, se todos os requisitos estiverem presentes, tendo em vista o princípio da primazia da realidade sobre a forma (arts. 9 e 444 da CLT).

Além disso, o Art 1º-C da lei nº 13.352, de 27 de outubro de 2016 traz expressamente duas hipóteses em que se configurará vínculo empregatício: “no caso de não existir contrato de parceria formalizado na forma descrita na Lei e se o profissional-parceiro desempenhar funções diferentes das descritas no contrato de parceria”.

Ademais, a Justiça do Trabalho é competente para julgar as demandas oriundas das controvérsias entre salão e empregado ou entre salão-parceiro e profissional-parceiro, pois ambos os regimes se caracterizam como relação de trabalho (Art. 114, I, CRFB). Para afastar a competência da Justiça Laboral, a Lei 13.352/2016 deveria ter feito isso expressamente.

Nesse sentido, ensina Carlos Henrique Bezerra Leite:

Se, entretanto, não existir lei dispondo expressamente que é da Justiça Comum a competência para processar e julgar as demandas oriundas de determinada relação de trabalho, atraída estará a regra do inciso I do art. 114 da CF (com a redação dada pela EC n. 45/2004). É o que ocorre, por exemplo, com a relação de trabalho eventual e com a relação de trabalho autônomo prestado por profissional liberal, cujo tomador do serviço não seja consumidor (CDC, art. 2º).<sup>134</sup>

Portanto, conclui-se que os profissionais elencados na referida lei podem trabalhar nos salões de beleza sob dois regimes: do contrato de parceria, como profissional-parceiro, em que a subordinação deve ser em grau médio e não pode haver a presença da pessoalidade. Observados estes e os demais requisitos da lei, não haverá relação de emprego ou de sociedade com o salão-parceiro (Art. 1º-A, §11º); e ainda como empregado celetista, se presentes todos os elementos da relação de emprego, principalmente o da subordinação em grau máximo e o da pessoalidade.

Com as mudanças nas relações de emprego nas últimas décadas, o judiciário começa a aceitar novas formas de contrato fora da CLT. Recentes decisões judiciais rejeitam o vínculo de emprego de profissionais como executivos, médicos, advogados e professores, dependendo do tipo de relação que mantêm com a organização que os contrata.

---

<sup>134</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.120.



Segundo Adriana Calvo<sup>135</sup>:

“Um dos critérios avaliados é o grau de instrução e o poder econômico do profissional. Quando o trabalho envolve conhecimento altamente especializado e admite um nível elevado de autonomia, alguns tribunais vêm considerando que não há desvantagem do trabalhador ao negociar com a empresa. Em casos assim, não se aplicariam as regras da CLT, destinadas a proteger o trabalhador hipossuficiente”.

Nessa situação intermediária, o contratado chega a ter um cartão de visita da organização e uma sala própria. Pode estar sujeito a controles de horário e outras exigências na metodologia de trabalho. Mas em geral não bate ponto, nem está totalmente subordinado aos chefes.

Apesar disso, não é um profissional autônomo – no contexto jurídico, aquele que faz serviços eventuais e com maior independência, na obrigação de entregar um produto final.

### 3.2.1. Reforma trabalhista promovida na forma transversa

O STF vem promovendo através de suas decisões mudanças pontuais no regramento da relação de emprego, pois, determinou que um acordo coletivo firmado entre sindicato e empresa prevaleça sobre uma regra da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Segundo Katia Kalado<sup>136</sup>, a definição de horas in itinere é:

“A ideia da caracterização de local de difícil acesso advém de precedentes históricos, onde foi garantido aos trabalhadores rurais, que necessitavam se deslocar em grandes distâncias, dentro das fazendas para chegarem ao local de trabalho, o direito de ter esse tempo computado em sua jornada de trabalho.”

Na decisão, o STF reformou acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que havia derrubado acordo coletivo por entender que os termos acordados iriam contra regras previstas na legislação trabalhista. Para a Corte do Trabalho, a supressão da verba atenta contra os preceitos constitucionais de garantia às condições mínimas de proteção ao trabalho.

Veja-se a decisão<sup>137</sup>:

<sup>135</sup>

Retirado

de

[http://www.calvo.pro.br/default.asp?site\\_Acao=MostraPagina&PaginaId=6&mNoticiaId=1053](http://www.calvo.pro.br/default.asp?site_Acao=MostraPagina&PaginaId=6&mNoticiaId=1053). Acesso em 03/03/2017.

<sup>136</sup> KALADO, Katia. HORÁRIO "in itinere" - Conceito Clássico e Últimas Deliberações do TST. Disponível em <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=9727](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9727)>. Acesso em 20 jun. 2014.

<sup>137</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO 895.759 PERNAMBUCO. RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI. Data da publicação 13-09-2016. Data do Julgamento 08-09-2016.

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 895.759 PERNAMBUCO. RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI. Data da publicação 13-09-2016. Data do Julgamento 08-09-2016.

No caso concreto, uma usina e o sindicato de trabalhadores rurais de seis municípios negociaram a supressão dos pagamentos de horas *in itinere*, que são pagas pela empresa quando não existe transporte público regular no trajeto entre a casa do empregado e o local do trabalho.

Em substituição ao pagamento da verba, empresa e sindicato negociaram que os cortadores de cana receberiam cesta básica durante a entressafra, seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado, pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos, pagamento do salário-família além do limite legal, fornecimento de repositores energéticos e adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na convenção coletiva.

As horas *in itinere* tem natureza salarial, e são consideradas uma espécie de hora extra. A verba está prevista no artigo 58, § 2º da CLT, segundo o qual o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

O Plenário do STF decidiu também que, nos planos de dispensa incentivada (PDI) ou voluntária (PDV), é válida a cláusula que dá quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego, desde que este item conste de Acordo Coletivo de Trabalho e dos demais instrumentos assinados pelo empregado. A decisão reformou o entendimento do TST, consolidado na Orientação Jurisprudencial 270 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), no sentido de que os direitos trabalhistas são indisponíveis e irrenunciáveis e, assim, a quitação somente libera o empregador das parcelas especificadas no recibo, como prevê o artigo 477, parágrafo 2º, da CLT.

Veja-se a decisão:

O Tribunal, apreciando o tema 152 da repercussão geral, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário e a ele deu provimento, fixando-se a tese de que a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa

incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado. Impedida a Ministra Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Falaram, pelo Banco do Brasil S/A (sucessor do Banco do Estado de Santa Catarina S/A ; BESC), o Dr. Sonny Stefani, OAB/PR 28.709, e, pela recorrida Claudia Maira Leite Eberhardt, o Dr. Alexandre Simões Lindoso - OAB/DF 12.067. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 30.04.2015.. RE 590415.

Amauri Mascaro Nascimento<sup>138</sup>, diz sobre a função social do Acordo Coletivo:

“Cumpre ainda (à negociação coletiva) uma função social de garantia de participação dos trabalhadores no processo de decisão empresarial, em proveito da normalidade das relações coletivas e de harmonia no ambiente de trabalho, dela se valendo inclusive a lei, que transfere para a negociação a solução de inúmeras questões de interesse social.”

O posicionamento foi adotado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 590415, com repercussão geral reconhecida, e, segundo informado na sessão, deverá ser aplicado em mais de 2 mil processos sobre o mesmo tema que estavam sobrestados aguardando o posicionamento do STF.

No processo originário, a Justiça do Trabalho de primeiro grau em Santa Catarina julgou improcedente o pleito de uma ex-empregada do Banco do Estado de Santa Catarina (Besc) que, depois de ter aderido ao PDI, ajuizou reclamação requerendo verbas trabalhistas e questionando a validade da cláusula de quitação. O juízo de primeiro grau e o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) julgaram o pedido improcedente, considerando válida a cláusula de renúncia constante do plano, aprovado em convenção coletiva, mas o TST deu provimento a recurso da trabalhadora e determinou o retorno do processo ao primeiro grau, para exame dos seus pedidos.

Outra mudança significativa foi a que declarou a inconstitucionalidade das normas que previam prazo prescricional de 30 anos para ações relativas a valores não depositados no FGTS. O entendimento é o de que o FGTS está expressamente definido na Constituição da República (artigo 7º, inciso III) como direito dos trabalhadores urbanos e rurais e, portanto, deve se sujeitar à prescrição trabalhista, de cinco anos.

---

<sup>138</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012.pg. 202.

A decisão foi tomada na sessão plenária do STF, no julgamento do recurso extraordinário com agravo (ARE) 709212, com repercussão geral reconhecida. Até então, o STF adotava a prescrição trintenária. O novo entendimento aplica-se a todas as ações que tratam da mesma matéria.

O relator do ARE 70912, ministro Gilmar Mendes, assinalou que o artigo 7º, inciso III, da Constituição prevê expressamente o FGTS como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, e que o inciso XXIX fixa a prescrição quinquenal para os créditos resultantes das relações de trabalho. Assim, se a Constituição regula a matéria, a lei ordinária não poderia tratar o tema de outra forma.

De acordo com o ministro, o prazo prescricional de 30 anos do artigo 23 da Lei 8.036/1990 e do artigo 55 do Decreto 99.684/1990, que regulamentam o FGTS está "em descompasso com a literalidade do texto constitucional e atenta contra a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas".

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, diz:

Nesse enfoque, a partir da ciência da violação do direito, o trabalhador tem o prazo de cinco anos para exigir a sua satisfação, por meio do ajuizamento da respectiva demanda, devendo respeitar, também, o biênio prescricional, contado da extinção do contrato de trabalho. Cabe esclarecer que a prescrição é instituto de Direito material, embora possa ter aplicação no processo, por acarretar a resolução do feito com exame do mérito.<sup>139</sup>

Outra mudança que o STF também decidiu foi que a regra da desaposentação é inconstitucional. Com a decisão, o trabalhador que se aposenta proporcionalmente e continua contribuindo não pode renunciar à aposentadoria atual para pedir um benefício em valor mais alto no futuro. O plenário do STF fixou tese a ser aplicada em repercussão geral no caso da desaposentação. Por maioria, o seguinte texto foi aprovado:

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91.<sup>140</sup>

Foram julgados sobre o tema os REs 381367, de relatoria do ministro Marco Aurélio, 661256, com repercussão geral, e 827833, ambos de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso.

---

<sup>139</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1231.

<sup>140</sup> REsp 381367

O plenário considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da chamada desaposentação. Por maioria de votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria.

Neste recente debate judicial, a desaposentação foi rejeitada, em apertada síntese, pela observância da solidariedade em nosso sistema de proteção social e, também, pela vinculação das contribuições sociais a seguridade social, a qual, normativamente, vai além da previdência social (art. 194, CF/88). Ademais, ainda havia o art. 18, § 2º da lei 8.213/91. O julgamento tem repercussão geral. O INSS também será obrigado a adotar o mesmo entendimento na análise de pedidos de novos benefícios.

O mesmo STF decidiu, por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89).

Como se percebe, o inciso VII do artigo 37 da CRF de 1988 é uma norma constitucional de eficácia limitada. As normas constitucionais de eficácia limitada são regras que a exequibilidade é indireta e reduzida. Estas normas demandam a edição de uma lei futura, onde o legislador, concedendo-lhes a eficácia mediante lei, concede a capacidade de execução dos interesses pleiteados.

Nos dizeres de Marcelo Novelino<sup>141</sup>: “Salvo na hipótese de recepcionar uma legislação precedente, não possuem eficácia positiva desde sua entrada em vigor, mas são dotadas de eficácia negativa, ab-rogando a legislação anterior incompatível e impedindo a edição de normas em sentido oposto.”

A decisão foi tomada no julgamento dos Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep). Os sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.

---

<sup>141</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 68.

Consequentemente o STF deu validade ao acordado pelas partes, sobre o negociado, em casos já vistos. Nada mais que considerar a autonomia das partes coletivamente para dentro de uma negociação setORIZADA considerar válida.

Com isso expungiu questões como o direito às horas “in itinere” se tratar de norma de ordem pública absoluta. Além do mais, o STF também considerou a igualdade das partes em uma negociação coletiva, retirando o viés da hipossuficiência que proibiria referido pacto.

Portanto, ainda que de forma não legislativa, mas de forma judicial, existem mudanças significativas que afetam os trabalhadores, conforme demonstrado por estes julgamentos e que de forma direta ou indireta acabam por receber o princípio da hipossuficiência de forma relativizada, ou seja, no plano coletivo, com reflexos diretos nos contratos individuais, acaba por tomar o contexto histórico em que referidas demandas estão submetidas, promovendo uma diferente forma de interpretação que acaba gerando como consequência a ampliação do espaço para negociações.

Em linhas gerais, quando se tem a relativização do princípio da hipossuficiência, uma das consequências é a ampliação do campo de negociação.

### 3.2.2. Reforma trabalhista de iniciativa do executivo federal

O Executivo Federal já tomou a iniciativa de propor uma reforma trabalhista no Congresso, e deve ser uma de suas prioridades para os próximos meses, pois apresentou o projeto de lei n.º 6787 de 23 de dezembro 2016 que altera a CLT, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário. Ele busca "prestigiar a negociação coletiva". Isso significa que o acordado entre as organizações patronais e os sindicatos dos trabalhadores vale mais do que o legislado, ou seja, a CLT.

Algumas das alterações são: Contrato de trabalho temporário, contrato de jornada parcial, por acordo ou convenção coletiva, pactuação da jornada de trabalho que poderá chegar até 12 horas por dia, respeitando a carga horária semanal, trabalho remoto, banco de horas, intervalo para almoço, participação nos lucros e parcelamento das férias.

Assim, segundo manifestações prévias, é possível que carreiras diferentes possam ter cargas horárias distintas, assim como a distribuição do tempo trabalhado. Atualmente essas negociações já acontecem, no entanto, uma das questões que é colocada pelos empregadores trata-se da insegurança jurídica dessas negociações, que muitas vezes, mesmo constantes em acordos ou convenções coletivas de trabalho acabam não sendo reconhecidas pela justiça do trabalho.

O Poder Executivo Federal se apressou em dizer que direitos básicos garantidos pela CLT, como férias e 13º salário, não correm riscos de mudanças na reforma. “O trabalhador não será traído”, disse Ronaldo Nogueira, Ministro do Trabalho.<sup>142</sup>

Veja-se que a terceirização não fez parte do projeto acima mencionado, muito embora possa vir a ser a pedra de toque da reforma futura, salvo no que se refere à ampliação de prazo na contratação por empresa de trabalho temporário, conforme a lei 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Tanto que já existe no Congresso Nacional o projeto de lei nº 4330/2004 que regulamenta a terceirização no Brasil. A proposta foi aprovada pela Câmara dos Deputados e aguarda votação no Senado. O governo, porém, diz que pode optar por um texto próprio, aproveitando “alguns pontos” do PL 4330.

A principal polêmica na discussão do tema no Congresso é sobre a possibilidade de uma empresa contratar funcionários terceirizados para atuarem em sua atividade fim. Atualmente isso é proibido.

Isso significa que hoje uma escola pode terceirizar a limpeza do espaço, mas não contratar professores sob esse regime. O projeto já aprovado na Câmara autoriza esse tipo de contratação.

Uma outra questão trata-se do Programa de Proteção ao Emprego cuja a ideia básica é permitir que empresas em dificuldade financeira diminuam a jornada de trabalho dos funcionários e, conseqüentemente, seus salários. A diminuição de salários e jornada evitaria demissões. O governo, com recursos do FAT, compensa parte da perda do salário do empregado.

Atualmente, a redução na carga horária pode ser de até 30%, com o governo compensando cerca de metade desse valor. Esses percentuais, assim como as regras para a adesão das empresas em dificuldade ao programa, podem ser alterados.

As demissões, além do óbvio prejuízo ao demitido, são caras para as empresas. Com a redução da jornada esse custo seria eliminado. Sindicatos contrários ao PPE dizem que o programa elimina direitos trabalhistas ao permitir a redução de salário.

Ademais, questões como a possibilidade da redução da jornada de intervalo é algo que está sendo visto como inconstitucional. Veja-se a posição do TST:

Os direitos revestidos de indisponibilidade absoluta não podem ser transacionados nem mesmo mediante negociação coletiva. As parcelas imantadas por uma tutela de interesse público são insuscetíveis de redução, sob pena de atentar contra a dignidade da pessoa humana e a

---

<sup>142</sup> CASTRO, José Roberto. *Quais os principais temas da reforma trabalhista que o governo quer aprovar*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/23/Quais-os-principais-temas-da-reforma-trabalhista-que-o-governo-quer-aprovar>>. Acesso em 18 agos. 2016.

valorização mínima deferível ao trabalhador prevista nos artigos 1º, III, e 170, caput, da Constituição Federal. As disposições relativas a intervalos para repouso e para alimentação são de caráter imperativo, não podendo ser violadas por ajuste estipulado entre as partes, tampouco, por acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. Excepcionalmente, permite a redução do intervalo para refeição e descanso, condicionando a sua validade a ato do Ministro do Trabalho quando, ouvida a Secretaria de Segurança e Higiene do Trabalho, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob o regime de trabalho prorrogado a horas suplementares. A razão de ser desta restrição é a de proteger os direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, resguardando o interesse público com cláusula de irrenunciabilidade e com a cominação de nulidade dos atos que atentem a tais exigências, nos termos do teor dos artigos 9º e 444 da CLT." (*TST-RR-60.869/2002-900-02-00.6, Relator: Rider de Brito, Julgamento: 26/08/2009, Órgão Julgador: 5ª turma, Data de publicação: 04/09/2009*).

Com um contingente de 11,6 milhões de desempregados e 623 mil vagas formais fechadas só este ano<sup>143</sup>, a equipe do presidente Michel Temer estuda formas de tornar viáveis duas novas modalidades de contrato de trabalho: o parcial e o intermitente. As propostas fazem parte da reforma trabalhista que será, ao lado da previdenciária, uma prioridade da agenda econômica.

Tanto no trabalho parcial quanto no intermitente, a jornada de trabalho será menor do que as 44 horas previstas na legislação atual. Os direitos trabalhistas, como férias e 13.º salário, seriam calculados de forma proporcional. A diferença entre os dois contratos é a regularidade com que o trabalho ocorre.

As relações trabalhistas foram discutidas pelo Poder Executivo Federal. A nova gestão tenta correr para aprovar mudanças na CLT e sinalizar aos aliados e ao mercado uma ação para acelerar o crescimento da economia.

O tripé da reforma proposta pela nova equipe está centrado na terceirização, permanência do Programa de Proteção ao Emprego (PPE) e flexibilização da CLT, ao permitir que acordos feitos entre o sindicato e a empresa prevaleçam sobre o que determina a legislação. Além disso, está no radar a criação de duas novas modalidades de contrato de trabalho: parcial e intermitente, com jornadas inferiores a 44 horas semanais e salários proporcionais.

---

<sup>143</sup> OTTA, Lu Aiko. *Governo Temer pretende criar dois novos tipos de contrato de trabalho*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-temer-pretende-criar-dois-novos-tipos-de-contrato-de-trabalhoreforma-em-pauta,10000072793>>. Acesso em 23 nov. 2016.



Portanto, trata-se de relação existente entre os pontos da reforma e a relativização do princípio da hipossuficiência, pois o empregado ganha mais autonomia, mas também ficará sujeito a uma maior exploração.

Percebe-se o que está ocorrendo esta relação quando o negociado se sobrepõe ao legislado, e quando as decisões do judiciário determinam as reformas, independentemente do trabalho do legislativo.

Os ajustes dividem opiniões. De um lado, defende-se a reforma da CLT, de 1940, para diminuir custos e burocracia. De outro, teme-se que a reforma leve a uma precarização das condições de trabalho.

### 3.3. A SUPERANÇA DA HIPOSSUFICIÊNCIA ATRAVÉS DE UMA AUTÊNTICA REPRESENTAÇÃO COLETIVA, COMO FORMA DE ATENDER A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

O debate em torno de questões como autonomia, parassubordinação e subordinação e seus diversos níveis de proteção do trabalhador e do teletrabalhador afloram a grave questão da reforma trabalhista, surgindo a seguinte questão: “como contratar determinados trabalhadores por outros regimes que não a CLT?”

As grandes transformações ocorridas no mercado de trabalho por conta de novas tecnologias da comunicação e informação colocam em xeque não apenas o protecionismo do Direito do Trabalho, como a dicotomia trabalho subordinado e trabalho autônomo. Estuda-se uma reforma trabalhista que vem sendo adiada com prejuízo da competitividade das empresas.

Conforme já argumentou Arion Sayão Romita<sup>144</sup>, o papel do Direito do Trabalho não é o de proteger o trabalhador, mas de apenas regular as relações entre empregado e empregador. Como se trata de relação desigual, cabe ao Direito do Trabalho introduzir desigualdades no interior do contrato de trabalho com o intuito de favorecer o empregado, que não detém poder econômico.

Por outro lado, a *summa divisio* “trabalho autônomo x trabalho subordinado” acabou protegendo quem não deveria ser protegido com a mesma intensidade, como ocorre em relação aos altos-empregados. Além disso, deixou de proteger quem não deveria, ao excluir

---

<sup>144</sup> ROMITA, Arion Sayão. *O impacto das transformações econômicas no direito do trabalho: a crise da subordinação e o rearranjo de modalidades contratuais*. In Revista de Direito do Trabalho – vol. 117 - ano 31 – janeiro/março de 2.005, p. 37 e ss.

determinados tipos de trabalhadores autônomos, em situação de debilidade contratual ou de dependência econômica.

Não parece lógico a legislação trabalhista regular igualmente as relações do operário, faxineiro ou de outro trabalhador braçal, e do diretor ou presidente da empresa. Seria de todo conveniente examinar a orientação de alguns ordenamentos estrangeiros, como o italiano ou francês, que trata de forma diferenciada tais trabalhadores.

No dia 23 de dezembro de 2016, o executivo federal ofereceu uma proposta de reforma da legislação trabalhista que estabelece 12 pontos que poderão ser negociados entre patrões e empregados e, em caso de acordo, passarão a ter força de lei.

Um dos pontos pelos quais o negociado prevalece sobre o legislado, de acordo com a proposta, é o que autoriza a formalização de uma jornada de trabalho de até 220 horas por mês (nos casos de meses com cinco semanas).

A proposta do governo estabelece que, em caso de acordo entre a empresa e os trabalhadores, a jornada em um único dia pode chegar até a 12 horas (oito horas normais mais quatro horas extras), desde que respeitado o limite de 48 horas na semana (44 horas da jornada padrão mais quatro horas extras).

Outros pontos da reforma são: parcelamento das férias em até três vezes, com pelo menos duas semanas consecutivas de trabalho entre uma dessas parcelas, pactuação do limite de 220 horas na jornada mensal, o direito, se acordado, à participação nos lucros e resultados da empresa, a formação de um banco de horas, sendo garantida a conversão da hora que exceder a jornada normal com um acréscimo mínimo de 50%, o tempo gasto no percurso para se chegar ao local de trabalho e no retorno para casa, o estabelecimento de um intervalo durante a jornada de trabalho com no mínimo de 30 minutos, estabelecimento de um plano de cargos e salários, trabalho remoto, remuneração por produtividade, dispor sobre a extensão dos efeitos de uma norma mesmo após o seu prazo de validade, ingresso no programa de seguro-emprego, registro da jornada de trabalho.

As transformações pelas quais passa o Direito do Trabalho e no estágio de crise em que se encontra, impõem-se reformas urgentes. Algumas já foram implantadas pelo Estado, outras, pelas próprias empresas, sem qualquer perspectiva de sua sistematização.

A CLT vem sendo reformada desde sua primeira edição. Praticamente nada sobrou de sua versão original, salvo suas bases ideológicas. Nesse processo permanente de adaptação, ressurte-se de um projeto, como o que motivou a reforma do Capítulo IV (relativo a férias) e V (relativo a segurança e medicina do trabalho), depois abandonado.

Em geral, as reformas resultam de pressões de determinados interesses localizados, como se deu em relação ao art. 129, da Lei 11.196/05, conhecida como “MP do Bem”, que autoriza a prestação de serviços intelectuais por meio de pessoa jurídica. O referido artigo acabou justificando certa leniência na utilização de pessoa jurídica, com sérios entraves à segurança jurídica: como se destina apenas para fins previdenciários e fiscais, teve a mesma sina do parágrafo único do art. 442, da CLT, relativo às cooperativas, também fonte de insegurança e conflitividade.

Talvez nesse caso o melhor seria uma reforma dirigida especificamente ao setor de tecnologia da informação, ou mesmo de comunicações, com regras claras, enfrentando de forma adequada não só a questão fiscal, como a trabalhista e previdenciária.

Apontam-se algumas importantes reformas implantadas pelo Estado, como a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101/05). Além disso, foi implantada nova modalidade de contratos de prazo determinado (Lei 9.601/98). Mesmo a figura do consórcio de empregadores rurais representou importante avanço. Infelizmente, nestes dois últimos exemplos, o excesso de burocracia acabou inibindo sua aplicação.

O descumprimento da lei é tão antigo quanto sua própria criação, mas ultimamente observa-se que a frequência tem aumentado. Há uma ineficácia generalizada da legislação trabalhista por conta de diversos fatores, como a certeza da impunidade ou a facilidade com que se celebram “acordos” na Justiça do Trabalho.

Certamente o que move algumas empresas a buscar soluções fraudulentas para a crise deve-se ao descaso da legislação com as mudanças, o que entretanto não se justifica.

São diversos caminhos encontrados, podendo-se apontar o regime da “CLT FLEX” ou do “Trabalhador-JANUS”, também conhecido como “misto legal”. CLT FLEX corresponde a nome de fantasia utilizado em determinado tipo de contrato, em geral oferecido a profissionais da área de tecnologia.

De fato, ajudas de custo, reembolsos e utilidades não são considerados salário, em situação de normalidade, não incidindo sobre tais parcelas encargos trabalhistas. O cálculo dos depósitos a favor do FGTS, bem como o pagamento a título de férias, 13º salário e horas extras, entre outras verbas, na modalidade “CLT FLEX”, são feitos apenas com base no salário registrado na Carteira de Trabalho.

Por sua vez, o sistema “Trabalhador-JANUS” consiste em conferir ao trabalhador, como na mitologia greco-romana, dupla face: ao mesmo tempo em que é empregado, registrado pelo salário mais baixo, também se apresenta como autônomo, viabilizando redução de impostos e encargos incidentes sobre a parcela restante, geralmente a mais significativa. Esse trabalhador também é conhecido como “misto legal”.

Ocorre a necessidade de uma reforma da CLT. A mais simples consiste em expurgar da CLT os artigos obsoletos, levantamento já feito, cujo projeto de lei ficou engavetado. A permanência de inúmeros artigos, em especial no âmbito do Direito Coletivo, não tem qualquer serventia, gerando caos, perplexidade e insegurança.

Veja-se, a título de exemplo, o art. 618, da CLT, pivô de um projeto de reforma, iniciado no Governo Fernando Henrique Cardoso. Quando já tramitava no Senado, foi abortado ainda nos albores do primeiro governo Lula, tido como projeto iníquo de flexibilização das relações trabalhistas, de inspiração neoliberal, pela ousadia de introduzir o contrato coletivo, pelo qual o negociado devia prevalecer sobre o legislado.

De qualquer maneira, não teria sentido introduzir o chamado contrato coletivo sem antes fazer a reforma sindical e assim legitimar os atores no processo de negociação, este sim o embrião da verdadeira reforma trabalhista.

Veja-se a opinião do professor Robortella:

Parece-me anacrônica e injusta a proteção trabalhista homogênea, que não enxerga diferenças entre os diversos prestadores de serviços. Tal homogeneidade cria uma desigualdade concreta resultante da igualdade abstrata. Há na França o *cadre*, que corresponde à definição legal do executivo; os *cadres* são afastados das normas gerais coletivas e têm de negociar individualmente suas condições de trabalho. São trabalhadores altamente qualificados, investidos de poder de comando. Exercem uma parcela da autoridade patronal.<sup>145</sup>

Segundo Antonio Baylos, o ordenamento espanhol amplia a autonomia individual em atividades como de executivos, representantes comerciais, artistas e atletas profissionais. Além disto, exclui os mais qualificados do alcance das normas coletivas. Esses empregados, que não são propriamente executivos, têm suas condições de trabalho reguladas por acordo individual.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Novo Conceito de Proteção - Direitos Humanos no Trabalho*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IV, nº 9, jan/jun 2013. ISSN 2175-7119. Disponível em : <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima9/anima9-8-NOVO-CONCEITO-DE-PROTECAO-DIREITOS-HUMANOS-NO-TRABALHO-Luiz-Carlos-Amorin-Robortella.pdf>>. Acesso em 02 nov. 2016.

<sup>146</sup> BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991. p. 70.

Na Itália, por sua vez, temos os *dirigenti, quadri, impiegati e operari*, que também merecem específico tratamento. Abaixo dos *dirigenti* está a categoria dos *quadri*. Os requisitos os *quadri* são estabelecidos pela contratação coletiva. Os *quadri* ficam entre *dirigenti* e *impiegati*, e podem ou não ter o tratamento dispensados aos empregados; tudo é tratado na negociação coletiva.<sup>147</sup>

Em um mundo globalizado onde o capital transcende barreiras territoriais e dinamiza cada vez mais as relações de trabalho, a necessidade de uma constante negociação das condições de trabalho se faz cada vez mais presente, não apenas para assegurar garantias mínimas aos trabalhadores e buscar novas conquistas, mas também como forma de viabilizar a adaptação do mercado de trabalho à realidade econômica vivenciada.

Na abordagem de uma negociação coletiva tem-se que ter em conta, sempre, a diversidade de interesses dos atores sociais. Se, de um lado, há o representante do capital em busca de uma minimização do custo de mão de obra, de outro lado há a representatividade dos empregados na busca da valorização do seu trabalho, com melhores salários, garantias e benefícios.

É certo, contudo, que ambos objetivam que o resultado do negócio seja positivo para garantia das finalidades distintas. As negociações coletivas não servem apenas para a celebração de instrumentos normativos, mas também podem ser desenvolvidas por ocasião da necessidade de busca de um consenso em um conflito pontual na categoria ou na empresa.<sup>148</sup>

Amauri Mascaro Nascimento<sup>149</sup> salienta a negociação coletiva como instituição característica do plurinormativismo do direito, visto que, proveniente de fonte autônoma, autorizada pelo Estado, celebra regramento jurídico válido e eficaz nas relações de trabalho. Acrescenta ainda que a negociação coletiva é expressão da autonomia coletiva dos particulares e da liberdade sindical, e que a sua realização é uma das principais funções do sindicato.

Destaca-se, portanto, na análise da negociação coletiva, a importância de identificação dos seus atores, bem como dos seus efeitos, dentre os quais, a análise obrigatória do seu cumprimento, o estabelecimentos de seus limites em relação às matérias que podem ser abordadas e a sua vigência, mesmo após inserida no contrato individual de trabalho.

---

<sup>147</sup> GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 278.

<sup>148</sup> OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *Convenção coletiva do trabalho no direito brasileiro: setor privado*. São Paulo: LTr, 1996, p. 65.

<sup>149</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4.ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 79.

No que se refere aos limites da negociação, como anteriormente salientado, a Constituição Federal consagra hipóteses de flexibilização de direitos mediante acordos ou convenções coletiva de trabalho, bem como reconhece expressamente a validade da contratação coletiva.

Mesmo nas hipóteses em que há a admissibilidade da flexibilização, a própria Lei Maior consagra limites mínimos a serem observados, para que não se faça da negociação coletiva instrumento de precarização dos direitos trabalhistas e sociais. Dessa forma, os princípios básicos norteadores da Constituição e, mais especificamente, aqueles, inerentes aos direitos dos trabalhadores, devem ser observados, ainda que no uso da autonomia privada coletiva.

Há sempre a necessidade de que a negociação estabeleça formas de minimizar os possíveis prejuízos aos trabalhadores, assim uma correspondente redução de jornada e garantia ao emprego seriam vantagens que, eventualmente, pudessem justificar um acordo que estabelecesse a redução dos salários.

O segundo aspecto, portanto, para análise da regularidade da negociação coletiva, a efetiva análise do objeto da negociação, deve obedecer aos parâmetros da legislação vigente, princípios peculiares e, ainda, muitas vezes, a casuística.

Os princípios básicos das negociações coletivas são principalmente os seguintes: limitação legal do prazo de vigência; observância da autonomia privada coletiva; entendimento de que o princípio da imodificabilidade contratual restringe-se ao campo do direito individual do trabalho; por fim, passou a integrar como fundamento favorável à incorporação, a consideração de que a Constituição Federal, ao permitir expressamente a flexibilização de algumas condições de trabalho, por acordo ou convenção coletiva, tal qual disposto nos incisos VI, XIII e XIV, do artigo 7º, consagrou a necessidade de celebração do instrumento, o que torna devido a observância dos prazos estipulados.

Verifica-se, portanto que a obrigatoriedade do cumprimento das normas coletivas, a necessária observância dos limites a serem negociados e o prazo da vigência e de sua ultratividade, fazem da negociação coletiva, instrumento da maior importância e relevância dentro das relações de trabalho e, portanto, merece efetivo destaque.

As negociações ganham cada vez mais força e mais importância, não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, mas no mundo globalizado, onde os processos legislativos não conseguem acompanhar a dinâmica da economia, nem tão pouco externar de forma efetiva os interesses dos trabalhadores e empregadores que, dada as particularidades que

envolvem o desenvolvimento de determinada atividade imprescindem dos instrumentos advindos das aludidas negociações.

A expectativa é que, em breve, assim como ocorre com as transnacionais, os trabalhadores também possam ter uma representatividade efetiva, além das fronteiras dos Estados e, assim, estabelecer instrumentos transnacionais que possam não apenas fazer frente ao poderio econômico como, também, colaborar no incremento e desenvolvimento de novos mercados de trabalho.

Presume-se que no presente momento em que se vive o Governo Michel Temer, deverá apresentar propostas no sentido já mencionado, ou seja, que o negociado deva prevalecer sobre o legislado.

Ocorre que já se fala em mais duas novas modalidades de contrato de trabalho, apenas para começar. É bom lembrar que a reforma trabalhista já foi prioridade do governo Lula, depois preterida pelas reformas da previdência e tributária. Na época, foi até instituído o Fórum Nacional do Trabalho (FNT), idealizado para ser o catalisador das políticas de emprego, geração de trabalho e renda.

Paralelamente, a Câmara dos Deputados criou uma comissão especial, com o intuito de analisar as centenas de projetos que tramitavam sobre o assunto, no Congresso. Da mesma forma, o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES) também tratou do tema, porém de forma genérica e, como ocorreu como as demais instâncias, nada saiu do papel.

Na negociação coletiva, a questão da hipossuficiência e em decorrência a negociação deve ser tratada de forma diferente. Quando se tem um tratamento coletivo, a desigualdade entre empregado e empregador fica menor, muito embora deva ser afirmado que essa desigualdade deva levar em conta a capacidade da representação sindical.

O princípio da isonomia ou igualdade não afirma que todos os homens são iguais no intelecto, na capacidade de trabalho ou na condição econômica, mas sim, transmite a igualdade de tratamento perante a lei, devendo o aplicador desta levar em consideração de que méritos iguais devem ser tratados igualmente, mas situações desiguais devem ser tratadas desigualmente.

O legislador visou garantir um direito fundamental do indivíduo, insculpido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que é o da igualdade entre os homens. A base do princípio é que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Assim, deve-se igualar os desiguais levando em conta suas diferenças.

Não é tão difícil perceber que não pode a legislação processual tratar de modo invariavelmente igual os litigantes, desconsiderando as distintas condições de cada um deles. Se em dado momento o faz é apenas porque o interesse daqueles que mais sofrem com a desigualdade real não conseguiu ainda impor-se ou, pelo menos, adquirir relevância suficiente para merecer a atenção do legislador.

O princípio da isonomia pretende a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou poder econômico, fornecendo o direito de todos ao acesso às funções públicas, abolindo-se os títulos e privilégios hereditários. A Constituição Federal de 1988 observa o princípio da isonomia em vários dispositivos: artigo 5º, caput, incisos I, VIII, XXXVII, XLII e artigo 7º, XXX, XXXI e XXXIV e a CLT: artigos 3º, 5º e 8º.

No Direito do Trabalho o princípio da isonomia surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração, inclusive mais abusivas e iníquas. Para tanto, o legislador, através do princípio da isonomia, na tentativa de buscar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica no direito do trabalho, busca-se uma justiça real, concreta ou material.

O nível de capacidade legal de agir, de contratar, em que se defrontavam operário e patrão, ambos iguais porque ambos soberanos no seu direito, cedia e se tornava ficção com a evidente inferioridade econômica do primeiro em face do segundo. Se a categoria de cidadão colocava os dois no mesmo plano de igualdade, não impediria essa igualdade, como alguém observou, que o cidadão proletário, politicamente soberano no Estado, acabasse, economicamente, escravo na fábrica.

Assim, se traçaram normas públicas reguladoras das relações jurídicas impondo-se direitos e obrigações. Desta forma, foram criadas restrições ao poder econômico, estabelecendo regras mínimas quanto à jornada, ao salário, à forma de contratação, ao trabalho do menor e da mulher etc.

Observa Seabra Fagundes<sup>150</sup>: "ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições - os mesmos ônus e as mesmas vantagens - situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades"

---

<sup>150</sup> FAGUNDES, Seabra apud DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 210-212.



A própria presidente do STF, ministra Carmem Lúcia já falou sobre o assunto:

As Constituições Contemporâneas incluem o direito à vida e os princípios da igualdade e da liberdade como vertentes de todos os direitos fundamentais que são arrolados em suas declarações e que se estendem bem além daqueles formais de natureza política que se continham nos primeiros documentos constitucionais. Assim, a vida impõe respeito e segurança de todos os direitos que a garantam digna e saudavelmente. A liberdade determina a garantia de todas as suas manifestações e dos direitos que a façam emoção vivida e dominante em todos os movimentos e condutas sócio-políticas e econômicas dos indivíduos. Todos os direitos e deveres decorrentes da convivência civilizada do Estado devem ser dominados pela eficiência do princípio da igualdade, cujos desdobramentos são definidos nos diferentes desempenhos da convivência social.<sup>151</sup>

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes, qual seja: o trabalhador.

O fundamento do princípio de proteção é a própria razão de ser do Direito do Trabalho, que surgiu porque a liberdade de contrato entre as pessoas com poder e capacidade econômica desigual conduzia a diferentes formas de exploração.

No direito comum a preocupação é de assegurar a igualdade jurídica e, no entanto, no direito do trabalho a preocupação é de proteger uma das partes com o objetivo de alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado. Pode ser encarada como componente da liberdade, ou seja, uma dimensão fundamental da noção mais ampla de liberdade.

Sendo assim, é exatamente em relação à noção ampla de liberdade que a autora Roxana Cardoso Brasileiro<sup>152</sup> chama a atenção para uma prévia distinção entre autonomia jurídica individual, que em sentido amplo coincide com o conceito de liberdade jurídica, significando a faculdade de atuar lícitamente. Já autonomia privada, a autora assim conceitua:

O conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas conseqüências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o

---

<sup>151</sup> ROCHA, Cármem Lúcia Antunes, *Constituição e Constitucionalidade*. 1 ed. Belo Horizonte- Minas Gerais: Lê, 1991, p. 33.

<sup>152</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70.

reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.<sup>153</sup>

A autonomia privada individual está intimamente ligada ao sujeito, ao indivíduo particularmente considerado, sem irradiação de efeitos sobre terceiros que não participam da concretização do negócio jurídico, ou seja, sem obrigar quem não contratou. Esse ponto é essencial para se diferenciar e compreender a autonomia privada coletiva.

Na autonomia privada coletiva, a vontade é manifestada não pelo indivíduo, mas por uma coletividade dita organizada, coletividade de representação de um grupo específico, no caso do direito do trabalho, de uma categoria de trabalhadores.

Segundo o autor Luciano Martinez<sup>154</sup>, o objetivo primordial das coletividades é a mesma de qualquer grupo social, qual seja a sua sobrevivência como organismo sistematizado, fundada em uma relação entre sub-grupos internos, isto é, entre dirigidos e dirigentes.

O que move uma coletividade formada por uma determinada categoria profissional, o sindicato, portanto, é o interesse coletivo, identificado como o consenso que se sobrepõe às vontades individuais.

A idéia de interesse coletivo pode ser extraída da seguinte passagem exposta por Ronaldo Lima dos Santos:

A noção de autonomia privada coletiva nasce do reconhecimento da existência de uma vontade comum do grupo, inconfundível com a vontade individual de cada membro ou com a vontade geral da sociedade. Essa vontade do grupo, considerado globalmente, gira em torno de bens e interesses pertinentes a toda a coletividade, de modo que a sua persecução ou sua tutela viabiliza-se por meio do agir em conjunto.<sup>155</sup>

A convenção coletiva de trabalho é um instrumento normativo que visa a estabelecer melhores condições de trabalho para os integrantes da categoria profissional representada pelo respectivo sindicato na formalização do instrumento. Segundo o autor José Cairo Júnior:

A convenção coletiva de trabalho é um instrumento normativo derivado da negociação coletiva havida entre o sindicato da categoria profissional e o respectivo sindicato da categoria econômica, tendo como objetivo a fixação de novas condições de trabalho.<sup>156</sup>

<sup>153</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pag. 70.

<sup>154</sup> CARREIRO, Luciano Dorea Martinez. *Limites constitucionais ao exercício da autonomia coletiva sindical*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2002. Pag. 95.

<sup>155</sup> LIMA FILHO, Francisco das C. *Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento jurídico brasileiro e espanhol*. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 110.

<sup>156</sup> CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho: direito individual e direito coletivo de trabalho*. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2009. Pag. 125.

A convenção configura-se como uma lei profissional que abrange os membros da categoria profissional, seja ele associado ou não ao sindicato respectivo, ou seja, a convenção coletiva de trabalho é uma verdadeira lei, uma vez que possui força normativa abrangente de pessoas que não participaram diretamente da sua elaboração.

Os direitos fundamentais sociais, conquistados historicamente com muita luta devem sempre avançar, não se admitindo seu retrocesso, ou seja, deve sempre implementar uma marcha para frente, de conquistas de novos direitos, e não de perdas ou supressão de direitos já conquistados.

Segundo Edilton Meireles<sup>157</sup>, essas conquistas não ocorrem somente no plano constitucional. Os avanços obtidos pela via infraconstitucional, concretizando direitos fundamentais elencados na Constituição, também tendem ao avanço, não se admitindo o retrocesso mediante normas ordinárias, caso da convenção coletiva de trabalho, já que esta iria contra a própria natureza da constituição social. Esse é o fundamento do princípio do não-retrocesso social.

Portanto, quando uma convenção coletiva se sobrepõe a uma lei estatal é o da lei posterior revoga lei anterior, mesmo que por tempo limitado, no máximo dois anos, prazo fatal para vigência de uma convenção coletiva de trabalho.

Da mesma forma, quando uma convenção coletiva de trabalho atribui melhores condições de trabalho do que uma lei infraconstitucional, não é o critério da norma mais favorável que é o utilizado para decidir por uma das normas válidas a ser aplicada ao caso concreto.

Em verdade, a convenção coletiva de trabalho revoga temporariamente a lei estatal infraconstitucional. Porém, existem opiniões afirmando que a negociação, mesmo posterior à lei infraconstitucional, caso atribua piores condições de trabalho não será a escolhida, o que daria razão ao critério da norma mais favorável.

Entretanto, nessa hipótese, o que acontece realmente é que a Constituição Federal reconhece condições mínimas de direito do trabalho, na sua esmagadora maioria das vezes, em leis estatais, inclusive anteriores à própria CF, diante do fenômeno da recepção.

---

<sup>157</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. *A intangibilidade dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2009. P. 19.

Além disso, verificou-se que pelo princípio do não-retrocesso social, os direitos fundamentais sociais trabalhistas estão dispostos, também, em lei infraconstitucional. Dessa forma, quando uma convenção coletiva de trabalho posterior estabelece piores condições de trabalho do que a lei infraconstitucional, em verdade não haveria duas normas válidas, e mediante o princípio da norma mais favorável optar-se-ia pela norma estatal.

O que ocorre de fato é uma ofensa da convenção coletiva de trabalho ao comando imperativo mínimo de direitos trabalhistas reconhecidos pela Constituição Federal na lei erroneamente tida como mais favorável.

Na verdade, quando uma convenção coletiva estipula piores condições de trabalho do que a lei infraconstitucional, ela é inválida não porque há duas normas válidas e optou-se pela lei com base no critério da norma mais favorável. Com efeito, viu-se que a convenção coletiva de trabalho está no mesmo plano que a lei.

Dessa forma, o que a convenção ofende é o princípio do não-retrocesso social, uma vez que a Constituição concedeu a essa lei infraconstitucional o *status* de conquista social, o que conduz à conclusão de que a sua disposição só pode ser alterada para se avançar, e não para se retroceder.

Tome-se como exemplo o caso do art. 7º, inciso IX, da Constituição Federal, que determina ser direito do trabalhador “remuneração do trabalho noturno superior à do diurno”. Sendo assim, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 73, dispõe que “o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna”.

Diante dessa hipótese, caso uma convenção coletiva venha a estipular que o trabalho noturno será remunerado à base de 15% sobre a hora diurna, em regra, por ser lei posterior, a convenção revogaria parcialmente a CLT, na parte do art. 73.

Porém, uma convenção coletiva que estabeleça essa remuneração do trabalho noturno à base de 15% sobre o diurno está, em verdade, ofendendo diretamente o princípio do não-retrocesso social, ou seja, a convenção coletiva, na qualidade de lei, está ofendendo sua norma superior de validade, qual seja, a Constituição Federal.

Então, não se trata de duas normas de hierarquias diferentes e válidas, e que se decide pela escolha de uma mediante o critério da norma mais favorável. Em verdade são duas normas de mesma hierarquia, porém, no caso trazido à baila, a convenção coletiva de trabalho ofende o princípio do não retrocesso social, que como visto, pode ser atribuído à legislação ordinária, que foi o que fez a Constituição, quando reconhece que o adicional noturno é de 20%, só podendo ser alterado para se avançar, nunca para retroceder.

É possível ir além da simples diminuição da CLT, implantando a tão esperada reforma trabalhista, ainda que precedida da difícil reforma sindical. É preciso canalizar a insatisfação generalizada contra o teratológico regime de relações trabalhistas em vigor, que oprime os desempregados e expulsa os trabalhadores para a informalidade, de um lado, e retira competitividade das empresas, de outro, para se iniciar com coragem e espírito republicano um novo capítulo na história do Direito do Trabalho, no Brasil.

#### 3.4 PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO SEGUNDO O GRAU DE HIPOSSUFICIÊNCIA

O olhar jurídico da hipossuficiência, ou melhor o olhar sobre o trabalhador está comprometido a sempre classificá-lo como sendo pobre no sentido jurídico da palavra, ou seja, a proteção do trabalhador surge com a visão de que este sempre carece de boa condição financeira e que o empregador sempre é bem sucedido.

Esta premissa parte da hipossuficiência do trabalhador, e ignora qualquer outra questão, como também a análise conjunta sobre condição financeira do empregador.

A lei não difere os vários tipos de hipossuficiência, fazendo com que todo trabalhador, independentemente da qualificação técnica, cultural, economicamente, juridicamente, psicologicamente seja tratado da mesma maneira.

É nestes termos que a equidade é restabelecida na relação de trabalho, pois até o momento a maior parte da jurisprudência e até mesmo a legislação tende a observar apenas a hipossuficiência do trabalhador, ignorando a condição do empregador.

A hipossuficiência se dá à parte fraca de alguma relação, visando sempre à concretização de uma igualdade social. Portanto, uma das propostas é averiguar o porte da empresa, como faturamento, número de filiais, se é micro empresa, pois frequentemente o juiz se depara com casos em que a empresa é mais hipossuficiente financeiramente do que o próprio empregado.

Assim, há varias ocasiões onde a hipossuficiência já não é mais um termo a ser considerado como verdade absoluta em diversos tipos de situações onde, antigamente, tinha sim o seu embasamento.

O fato é que não mais se vive em uma sociedade dividida onde, de um lado tem-se o grande empresário, detentor do capital, e do outro o trabalhador, pouco esclarecido, sem formação e carente de renda. Atualmente apresenta-se uma realidade onde o trabalho assalariado é apenas uma das formas de prestação de trabalho. Também, as novas formas

organizações com suas novas formas de gerenciamento pressupõe outras formas de regulação e proteção que devem levar em conta o contexto econômico e social em que estão inseridas.

Dessa forma, muitas vezes a imagem do empregador mais frequente nos dias de hoje chegar-se muito mais a de um colega de trabalho do que a de um empregador autoritário.

Existe ainda a obrigação de imparcialidade do magistrado, haja vista que a própria legislação encarrega-se de proteger a parte mais fragilizada da relação de forma absoluta, sem levar em conta a realidade posta. É preciso observar que a prestação jurisdicional é também a prestação de um serviço público. Deste modo, ao desempenhar esse poder-dever-função, o magistrado deverá atuar com total imparcialidade. Cabe ao magistrado oferecer maior seriedade no julgamento de suas demandas, procurando conhecer a verdade dos fatos e não somente aplicando de forma absoluta o princípio da hipossuficiência.

O que acontece, é que em inúmeras situações o hipersuficiente transmuta-se no hipossuficiente, e o pior, sem qualquer proteção legal ou princípio que o defenda. A Justiça do Trabalho deve atentar-se para o fato de que a balança da justiça não pode pender nem arrimar-se para nenhum dos lados, sob pena de perder sua real finalidade. Logo, apesar de seus princípios básicos de proteção e finalidade social, a justiça do trabalho deve conservar-se equilibrada sem causar dano a nenhuma das partes.

Conclui-se, portanto que o tratamento diretamente proporcional entre a hipossuficiência do trabalhador e a condição financeira do empregador, dá flexibilidade para a proteção do trabalhador, ao passo que quanto menor a condição financeira do empregador, menor será a hipossuficiência do trabalhador.

Partir desta premissa é concluir que esta dosimetria é um parâmetro concreto da mitigação da proteção do trabalhador, haja vista que traz nova roupagem para a ótica sobre a origem da própria hipossuficiência, a qual não surge do trabalhador mas que também é influenciada pela condição financeira do empregador.

Logo, existe neste contexto um erro corriqueiro no pressuposto prático/jurídico, já que o costume é atribuir origem a hipossuficiência do empregado sempre partindo do pressuposto de sua condição financeira, o que é um equívoco de interpretação, pois não há hipossuficiência trabalhista se não há discrepância financeira entre empregador e empregado, logicamente a origem desta mesma hipossuficiência está ligada não ao empregado mas também ao empregador por sua condição financeira.

Em face disso, indica-se este parâmetro de dosimetria diretamente proporcional como elemento vital para um sistema de balanços e contrapesos, já que é diretamente proporcional a hipossuficiência trabalhista e a condição econômica do empregador, dessa forma torna a nascer outra teoria sendo esta inversamente proporcional, ao passo que quanto menor a hipossuficiência do trabalhador, maior deverá ser o tratamento diferenciado do empregador na ceara trabalhista.

O princípio protetor deve ser interpretado de acordo com a atual conjuntura sócio econômica, o que é perfeitamente possível, tendo em vista que os princípios se caracterizam por serem dinâmicos, com capacidade de adaptação a uma nova realidade, de acordo com a evolução da sociedade e a mudança de valores ético-sociais.

Afinal, os princípios jurídicos têm caráter de fonte supletiva do direito (art. 8º CLT), ou seja, complementam as normas, preenchendo as suas lacunas. Os princípios também atuam de forma descritiva, cumprindo importante papel na interpretação do direito.

Na atual conjuntura, a empresa, diferentemente do que ocorria na época da promulgação da CLT, é vista como uma peça importante da economia do país, passando o seu conceito para uma organização na qual a presença do pessoal deva ser mais participativa do que conflitual. Tem ela, hoje, estrutura e função diferentes, que não correspondem ao modelo individualista.

Para Diniz, a empresa passou a ser célula fundamental da economia de mercado, “[...] organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços, destinados a troca (venda), com esperança de realizar lucros [...]”.<sup>158</sup>

Ademais, o ordenamento jurídico já consolidou a ideia que as empresas têm uma função social, por serem a as principais fontes de renda, trabalho e desenvolvimento do país, devendo, pois, serem preservadas.

A função social da empresa é a legitimação do papel social da empresa, concretizada por intervenção da constituição de um regime jurídico-econômico constitucional ao direito de propriedade, através do Estado do Bem-estar Social.

---

<sup>158</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

A empresa constitui-se na base da sociedade moderna. Sua raiz resulta do exercício do direito de propriedade, constituindo-se uma situação predominantemente econômica. Não se pode falar, assim, na consolidação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, na construção de uma sociedade mais justa e solidária, sem enfrentar e destacar o papel das empresas na época presente.

A negociação coletiva, incentivada pela Constituição Federal de 1988 e fortalecida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, permite a possibilidade de um processo de negociação que pode de início não ser o ideal, mas que poderá construir um caminho diferente daquele que está sendo oferecido sob o parâmetro da hipossuficiência de forma absoluta.

Nas palavras de Américo Plá Rodriguez<sup>159</sup>: “O Direito do Trabalho é um ramo em permanente movimento e evolução, razão pela qual se o legislador não acompanhar o mesmo ritmo, as normas podem facilmente envelhecer.”

Os princípios se caracterizam por serem dinâmicos, com capacidade de adaptação a uma nova realidade, de acordo com a evolução da sociedade e a mudança de valores ético-sociais.

Segundo Alice Monteiro de Barros:

O princípio da proteção, entretanto, vem sofrendo recortes pela própria lei, com vista a não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais. Isso é também uma consequência do fenômeno da chamada flexibilização "normatizada".<sup>160</sup>

Assim, entende-se que o princípio protetor pode, e em alguns casos deve, ser flexibilizado para acompanhar a atual conjuntura socioeconômica em que se desenvolvem as relações de trabalho para que cumpra o seu papel de auxiliar o intérprete na solução dos conflitos, em busca da paz social.

O panorama atual das relações de trabalho exige mudanças na aplicação de certos paradigmas do direito do trabalho, visto que hoje há um fortalecimento das negociações coletivas, os empregados têm acesso facilitado às informações acerca de seus direitos e, principalmente, o ordenamento jurídico reconhece a função social da empresa.

---

<sup>159</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio, 3 edição, atualizada. São Paulo: LTR, 2000, p. 67.

<sup>160</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 171.



Segundo a Constituição Federal de 1988, a função social da empresa pode ser definida ainda, como o próprio regime jurídico-econômico do direito de empresa. A função social caracteriza-se como um regramento meticuloso ao direito de empresa, que lhe deu fundamentos, desígnios e lhe acarretou um novo regime jurídico. Trata-se de um verdadeiro fundamento e objetivo político-jurídico conferido à empresa, em resultado da garantia do direito de propriedade. De tal modo, foi com a chegada do Estado do bem-estar social e em consequência do disciplinamento do direito de propriedade, que a empresa passou a ter, além de um papel social, uma função social.

A hipossuficiência deve caminhar ao lado da função social da empresa, para que empresas não sejam forçadas a “fechar as portas” em virtude de condenações em causas trabalhistas, por uma hipossuficiência “fictícia” do empregado, evitando assim uma instabilidade econômica.

O Direito e o Processo do Trabalho não podem ficar estagnados, enclausurados em conceitos e ideias obsoletas, a margem das transformações pelas quais a sociedade vem passando.

Esta nova abordagem, já apresentada acima, direciona o jurista a novos preceitos de mitigação da proteção do trabalhador, sob a tese de que a hegemonia da proteção do trabalhador deve ser examinada com alguns novos parâmetros, entre eles a análise sobre a extensão da hipossuficiência do empregado e seu empregador.

Isso impediria que a balança da equidade tendesse a ser muito pesada para o empregador a ponto de afetar a economia social. Logo, por exemplo, o regime de tratamento jurídico de uma multinacional em uma reclamação trabalhista, deve ser diferenciado do regime de tratamento jurídico do vendedor de sorvete da feira.

## CONCLUSÃO

É de extrema importância que o conceito de hipossuficiência seja adotado com critérios objetivos, dada a diversidade de tipos de trabalhadores exercendo suas funções bem como as diferentes formas de relações de trabalho, que não comporta mais a visão dicotômica capital versus trabalho.

A discussão sobre uma relativização da hipossuficiência nas relações de emprego no processo de reforma da legislação trabalhista, de maneira que possa contribuir benéficamente a sociedade, estando de acordo com os princípios e valores da CF/88 que também objetiva a preservação da atividade empresarial é uma medida de extrema importância, guardadas as garantias mínimas de proteção ao trabalho humano, sobre as quais não se permite alterações. Qualquer conceituação de hipossuficiência deve ser voltada para a justiça entre as partes, onde se fazem indispensáveis a participação e apoio das empresas e dos empregados através de seus entes de representação, levando-se em conta o contexto em que estão inseridos, guardadas as suas particularidades.

Deve ser verificada a real hipossuficiência do empregado como fator decisivo para a valorização do trabalho humano, para garantir o desenvolvimento da atividade empresarial quanto aos interesses do próprio empregado na busca pelo pleno emprego, de um equilíbrio entre a concretização dos princípios constitucionais e em especial o cumprimento da função social da empresa.

Deve-se ir além de se presumir que o empregado é quase um incapaz, deve-se levar em conta o contexto em que ele está inserido, de forma a poder mensurar o grau de sua hipossuficiência, para que surja até a possibilidade da solução de conflitos de interesse serem solucionados de outra forma que não apenas a judicial.

O princípio da hipossuficiência interpretado e aplicado de forma real atende os princípios do pleno emprego se levado em conta as novas formas surgidas de prestação de trabalho, considerando os processos novos de organização produtiva e a economia globalizada. Não é possível fazer uma “tabua rasa” como se todos os empregados estivessem em uma mesma situação fática, sob pena de reduzir a própria condição de empregabilidade.

As empresas em parceria com o Estado tem competência para em conjunto promover o desenvolvimento de suas atividades com base no artigo 170 da Constituição Federal, sendo elas reguladoras do mercado, aproximando-se dos ideais constitucionais da Justiça Social. Em linhas gerais, traduz-se na regulação do perfil do empregado, ponderando de forma clara a preservação de garantias sociais, na hipótese de ser bem empregada. De forma inversa, logicamente que poderá significar a maior fragilização dessas mesmas proteções.

Debateram-se as várias espécies de hipossuficiência e os princípios do Direito do Trabalho, como também a sua aplicação na relação contratual de trabalho levando-se em conta as inovações do Novo Código de Processo Civil, em especial no que diz respeito ao tratamento em condições de igualdade entre as partes. Ficou demonstrado que a processualística contemporânea privilegia o tratamento concreto, levando-se em conta os graus de hipossuficiência em várias situações, como por exemplo, a própria produção da prova, sempre tendo em conta a real situação das partes frente ao processo, abandonando-se dessa forma o conceito absoluto abstrato.

Também como consequência direta, da adoção dos meios alternativos de solução de conflitos, como arbitragem e a mediação, que somente poderão ser adotados na hipótese de tratamento específico a cada caso em concreto.

No plano geral, constatou-se a necessidade de novo tratamento à hipossuficiência segundo a ordem econômica constitucional, as novas formas de trabalho e novos critérios de subordinação, as reformas na legislação que de forma transversa veem acontecendo, nesse primeiro caso através dos Tribunais Superiores, como também por iniciativa do Executivo Federal dando uma maior amplitude à representação coletiva, muito embora sobre a crítica da necessidade do fortalecimento das organizações sindicais.

Concluiu-se que pela necessidade de admitir-se uma interpretação do princípio da hipossuficiência levando-se em conta o contexto em que o empregado se encontra inserido nas relação de emprego, considerando elementos subjetivos e elementos contidos na própria ordem organizacional empresarial, promovendo uma verdadeira alteração do conceito de hipossuficiência, alterando o seu contexto absoluto para um contexto relativo.

Acredita-se que tenha também ficado demonstrado que essa mudança de paradigma não significa a quebra da proteção constitucionalmente consagrada para o empregado enquanto direitos sociais. Significa atender o novo cenário do mundo do trabalho, possibilitando o crescimento do índice de empregabilidade através da geração de tratamentos alternativos que estarão presos às singularidades que passaram a existir nas prestações de trabalho.

A relativização do princípio da hipossuficiência não está em desacordo com o contido no artigo 170 da Constituição Federal. De forma contrária, a sua relativização, que pressupõe uma análise do caso concreto, propõe a preservação da atividade empresarial e a possibilidade da aplicação no campo processual de outros instrumentos capazes de solucionar conflitos ocorridos nas relações de trabalho.

Em síntese, pode também significar a descontinuidade do apelo protetivo absoluto do Estado, que não pode mais se conduzir como o único guardião do empregado, apreendendo-o como um incapaz.

## REFERÊNCIAS

(00235-2009-063-03-00-4 RO, 6ª T., TRT 3ª R., Rel.: Convocado Vitor Salino de Moura Eça, in DeJT 6/12/10, g.o, Julgamento 08/11/2010, Publicação: 06/12/2010).

(ACÓRDÃO - 00981-2006-771-04-00-1 RO, Relator: Maria Cristina Schaan Ferreira, Julgamento: 30/08/2007, Órgão Julgador: 8ª Turma, Publicação: 25/09/2007).

(ACÓRDÃO - 01138-2006-023-04-00-1 RO, Relator: Marcos Viana, Julgamento 01/09/2007, Órgão Julgador: 9ª Turma, Publicação: 13/10/2007).

(AIRR – 11166-79.2013.5.15.0018 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 21/09/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016.)

(Processo 00404-2009-079-03-00-1 RO. Data de Publicação: 22/03/2010. DEJT: Página: 133. Data do Julgamento: 18/02/2010, Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Luiz Otávio Linhares Renault. Revisor: Júlio Bernardo do Carmo).

(Processo: RR: 1000-24.2005.5.17.0014, Ac. Unânime, 6ª Turma, Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, j. 24.08.2011, Julgamento 24/08/2011, Publicação: 01/07/2011).

(RO 00966-2006-332-04-00-8, Fl.1 Relator: Maria Eliza Tagliarena, Julgamento 15/06/2007, Órgão Julgador: 2ª Turma, Publicação: 16/08/2007).

(RO 01339-2005-302-04-00-1, Fl.1, Relator: Maria Abadia Ozanan, Julgamento 19/04/2006, Órgão Julgador: 1ª Turma, Publicação: 13/06/2006).

(RO: 00566-2007-001-04-00-0, Relator: Juíza Olga Aina Joaquim Gomieri, , Julgamento 20/04/2008, Órgão Julgador: 6ª Turma, Publicação: 30/05/2008).

(TRT/BA - 00887-2007-341-05-00-3 - Rel. Desembargador Esequias de Oliveira – Publ. em 02/12/2008, Data do Julgamento 05/11/2008).

(TRT/MG - 01512.2001.018.03.00.4 - Rel. Designado: Juiz Júlio Bernardo do Campo – Publ. em 07/06/2002, Data do Julgamento 03/05/2002).

(TRT-2ª R. - RO 01933200205502001 - (20060954625) - 10ª T. - Rel. Juiz José Ruffolo - DJSP 05.12.2006).

(TRT-5ª R. - RO 01.05.01.0755-50 - (12.414/02) - 5ª T. - Relª Juíza Maria Adna Aguiar - J. 18.06.2002).

(TST - RECURSO DE REVISTA: 6989814120005175555 (TST), Relator: Maurício Godinho Delgado, Julgamento: 26/08/2009, Órgão Julgador: 6ª turma, Data de publicação: 04/09/2009).

(TST) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CREDENCIAL SINDICAL. Data do julgamento 15/02/2016. Data da publicação 11/03/2016. Órgão Julgador TST.

(TST-RR-1315-96.2014.5.03.0185. Relator: Breno Medeiros, Data do julgamento: 18/12/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: 20/01/2016).

ALFONSIN, Ricardo. *O novo CPC e o processo do trabalho*. São Paulo, maio. 2015. Disponível em: <<http://alfonsin.com.br/o-novo-cpc-e-o-processo-do-trabalho/>>. Acesso em 08 mai. 2016.

AMANTHÉA, Dennis Veloso. *A Evolução da teoria da parassubordinação: o trabalho a projeto*. São Paulo: Ltr, 2008, , p. 94 .

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.63.

Art. 22.1. “*el procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje*”.

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

BARBOSA, Águida Arruda. *Prática da Mediação: Ética Profissional*. In.: V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana, 2006, São Paulo. Anais. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 30.

BARBOSA, Rui. *Trecho do discurso de paraninfo "Oração aos Moços"*. Disponível em: < <http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=1107> >. Acesso em: 12 jun. 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 171.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, n.º 6. Salvador: Centro de Atualização Jurídica – CAJ, setembro de 2001, p. 33.

BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991. p. 70.

BERNARDES, Hugo Gueiros. *Direito do Trabalho*. vol. 1 São Paulo, LTr, 1989, p. 31.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70.

BRITO, Alirio Maciel Lima. *O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e consequências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade*. Revista do Consumidor. Mai/jun. 2006, p.52.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho: direito individual e direito coletivo de trabalho*. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2009. Pag. 125.

COUTO, Camilo José D'Ávila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, pag. 120.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 65.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 24.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem e Processo: um comentário* 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. Pag. 96.

CARREIRO, Luciano Dorea Martinez. *Limites constitucionais ao exercício da autonomia coletiva sindical*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2002. Pag. 95.

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 79.

CASTRO, José Roberto. *Quais os principais temas da reforma trabalhista que o governo quer aprovar*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/23/Quais-os-principais-temas-da-reforma-trabalhista-que-o-governo-quer-aprovar>>. Acesso em 18 agos. 2016.

DANTAS, Aldemiro. *Limites à autonomia coletiva da vontade: impossibilidade de flexibilização do adicional de periculosidade*. Disponível em:



<<http://aldemirodantas.jusbrasil.com.br/artigos/121935790/limites-a-autonomia-coletiva-da-vontade-impossibilidade-de-flexibilizacao-do-adicional-de-periculosidade>>. Acesso em 12 mai. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. In Revista LTr, São Paulo, n° 6, Junho de 2006, p. 43 .

DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda. *Teletrabajo: Un nuevo mode de trabajo y de vida*. Revista Internacinal del Trabajo. vol 109, 1990, n. 4. Oficina Internacional del Trabajo. Genebra, , p.78 .

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 8. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 78.

HORTA, Raul Machado. Estudo comparado sobre o tratamento dado ao federalismo no Direito da Áustria, Índia, Canada, Bélgica, Suíça, México, Alemanha, Argentina e Brasil. *Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo*. In: DIREITO Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 301-527.

FAGUNDES, Seabra apud DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 210-212.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 32, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI142078,11049-A+distribuicao+dinamica+do+onus+da+prova>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.32.

FERREIRA., Daniel; GUÉRIOS, Patricia Borges. *"Função social" e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, privados e administrativos*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <

FILHO MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Súmula do TST nº 277, p. 83.

FREITAS, José Mello de. *Validade da transação na alteração do contrato de trabalho*. Passo Fundo: UPF, 2007, p. 38.

GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 278.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1231.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7 Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 09.

HAGINO, Córa Hisae Monteiro da Silva. *Acesso à justiça: Desvendando o caos e o voluntarismo dos estudantes de Direito na Defensoria Pública na cidade do Rio de Janeiro*. Conpedi – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Publicado em 24 de março de 2008. Disponível em: <  
[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/cora\\_hisae\\_monteiro\\_da\\_silva\\_hagino.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/cora_hisae_monteiro_da_silva_hagino.pdf)  
>. Acesso em: 30 mai. 2016.

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9548&revista\\_caderno=4](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9548&revista_caderno=4)>. Acesso em 19 mai. 2016.

[http://www.calvo.pro.br/default.asp?site\\_Acao=MostraPagina&PaginaId=6&mNoti\\_Acao=mostraNoticia&noticiaId=1053](http://www.calvo.pro.br/default.asp?site_Acao=MostraPagina&PaginaId=6&mNoti_Acao=mostraNoticia&noticiaId=1053)

JÚNIOR, Aury Lopes. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 256.

KALADO, Katia. HORÁRIO "in itinere" - Conceito Clássico e Últimas Deliberações do TST. Disponível em <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=9727](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9727)>. Acesso em 20 jun. 2014.

LIMA FILHO, Francisco das C. *Negociação coletiva e boa-fé: o princípio no ordenamento jurídico brasileiro e espanhol*. Curitiba: Decisório Trabalhista, 2008, p. 110.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. 2a Ed., São Paulo, LTR, 1986, p. 285.

MAIOR. Luís Souto. *Negociação Coletiva de trabalho em tempos de crise Econômica*. São Paulo. LTr, 2014, p. 65

MALHADAS, Júlio Assunção. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho. Estudos em homenagem ao professor Amauri Nascimento*. São Paulo: Ltr, 1991, p. 74 .

MARINONI, Luiz Guilherme. *Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil*. Revista Jurídica, Curitiba, nº 7, 1993, p. 37.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo : RT, 1991. p. 101.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.84.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.47.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. *A intangibilidade dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2009. P. 19.

MORAES, Roque. *Análise de conteúdo*. Revista Educação. Porto Alegre, v. 22, n. 37, 1999, p. 132.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4.ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 79

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*, 3 Ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 48.

NEVES, Bethânia Couto Pinheiro e. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Migalhas, Brasília-DF: 28 set. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI142078,11049-A+distribuicao+dinamica+do+onus+da+prova>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 68.

OLIVEIRA, Lourival José de; SOUZA, Oreonnilda de. *A (in) constitucionalidade da redução salarial prevista pelo programa de proteção ao emprego (lei n. 13.189/2015)*. Scientia Iuris, Londrina, v. 20, n. 3, p.201-236, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p201. ISSN: 2178-818, p. 225.

OLIVEIRA, Claudilene Moraes de. *As comissões de conciliação prévia e o princípio da inafastabilidade do acesso ao poder judiciário*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42532&seo=1>>. Acesso em: 12 agos. 2016.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *Convenção coletiva do trabalho no direito brasileiro: setor privado*. São Paulo: LTr, 1996, p. 65.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). *Fomento à Negociação Coletiva*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/503>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

OTTA, Lu Aiko. *Governo Temer pretende criar dois novos tipos de contrato de trabalho*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-temer-pretende-criar-dois-novos-tipos-de-contrato-de-trabalhoreforma-em-pauta,10000072793>>. Acesso em 23 nov. 2016.

Parecer da CUT (Central Única dos Trabalhadores), publicada em 07 de junho de 2016. Disponível em: <[www.cut.com.br](http://www.cut.com.br)>. Acesso em 12 jul. 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Formalismo Processual e Dinamização do Ônus da Prova. “In” Processo Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, pag. 67.

PERA, Giuseppe. *Diritto del Lavoro*. 4ª ed. Padova, CEDAM, 1991, p. 307.

PINTO E SILVA, Otávio. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTR, 2004, p. 207.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 45. São Paulo. Editora Bookseler. 2003, p. 67.

PÓVOAS, Maria Helena. *A força obrigatória dos contratos e a teoria da imprevisão*. Revista Jurídica da UNIC. v. 5, n. 1, p. 95 – 104, jan/jun. 2003, p. 56.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 895.759 PERNAMBUCO. RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI. Data da publicação 13-09-2016. Data do Julgamento 08-09-2016.

REsp 381367. Retirado de <http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/especialistas-criticam-vetos-governo-lei-arbitragem>. Data de 21-02-2017.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p.34.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Constituição e Constitucionalidade*. 1 ed. Belo Horizonte-Minas Gerais: Lê, 1991, p. 33.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio, 3 edição, atualizada. São Paulo: LTR, 2000, p. 67.

ROMITA, Arion Sayão. *O impacto das transformações econômicas no direito do trabalho: a crise da subordinação e o rearranjo de modalidades contratuais*. In Revista de Direito do Trabalho – vol. 117 - ano 31 – janeiro/março de 2.005, p. 37 e ss.

ROSAS, Roberto. *Juízo Arbitral*, p.11.

ROSSO, Sadi Dal. *O Programa de Proteção ao Emprego (PPE) tem dado o que falar*. Publicado em 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://vocerh.uol.com.br/noticias/legislacao/o-programa-de-protecao-ao-emprego-ppe-tem-dado-o-que-falar.phtml#.V2i2gKKYyU>>. Acesso em 17 jun. 2016.

RUPRECHT, Alfredo. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1995, p. 7.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25

SILVA, Fabiana Barcelos da. *A hipossuficiência e os contratos virtuais: aspectos sintéticos dessa relação*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6322%5D](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6322%5D)>. Acesso em 12 mai. 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. Vol.1. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 99 .

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p.51.

SLAIB FILHO. Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.87.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. Artigo publicado na RT 607, sob o título “*Do Juízo Arbitral*”, p. 27.

*Súmula 288 Complementação dos Proventos da Aposentadoria*. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?idmodelo=1378>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

*Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/cc23ec94-9e08-47e3-8ed6-2e662cee7690>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

SUSSEKIND, Arnaldo ET AL. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. 1. 16 Ed. São Paulo: Ltr, 1997, p.59.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil, volume único*. São Paulo: Método. 4 Ed. São Paulo, 2014, p.70.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006, p.82.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 45 Edição, Forense, 2006, p. 80.

URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p. 54.

VALENTIN CARRION. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 3ª edição, 2008. Ed. Saraiva, p. 482.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional*. 2. ed. v.1. Passo Fundo: UPF, 2007, p. 29.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p.43.

VILHENA. Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego. Estrutura Legal e Supostos*. 2 Ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 477.

VILLELA, João Baptista. *Estudos em Memória de Célio Goyatá*. v. 1, 2 ed., São Paulo, LTr, 1994, p.56.

ZORZI, Luciana de. *Princípio Protetor do Hipossuficiente Econômico*. Via Jus. Esteio, junho de 2008. Disponível em: <  
<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1585&idAreaSel=8&seeArt=yes>