

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

CLARISSA DOS SANTOS LIMA

**A MITIGAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR SUSCITADA PELA
REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467 DE 13 DE FEVEREIRO DE 2017):
DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE**

**ARACAJU
2018**

CLARISSA DOS SANTOS LIMA

**A MITIGAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR SUSCITADA PELA
REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467 DE 13 DE FEVEREIRO DE 2017):
DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE**

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe – FANESE
como um dos pré-requisitos para obtenção de grau
de bacharel em Direito

Orientador: Prof. Esp. Carlos Augusto Lima Neto

**ARACAJU
2018**

L732m

LIMA, Clarissa dos Santos.

**A Mitigação Da Hipossuficiência Do Trabalhador
Suscitada Pela Reforma Trabalhista (LEI Nº 13.467 de
Fevereiro de 2017): do empregado hipersuficiente /
Clarissa dos Santos Lima; Aracaju, 2018. 61 f.**

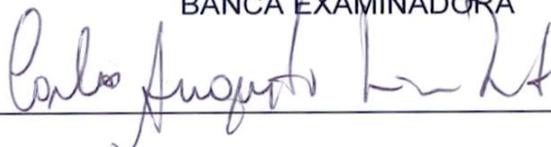
CLARISSA DOS SANTOS LIMA

**A MITIGAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR SUSCITADA PELA
REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467 DE 13 DE FEVEREIRO DE 2017):
DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE**

Monografia apresentada à Banca Examinadora
da Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe, como requisito parcial para a
conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em 06/12/18

BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Carlos Augusto Lima Neto



Prof. Me. Marcelo de Macedo Schimmelpfeng



Prof. Esp. Olavo Pinto Lima

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Edilson Vieira Lima (in memoriam) e minha mãe Janice Barbosa dos Santos, por me ensinar a importância da educação, pelo incentivo e principalmente pelo amor, cuidado e carinho.

Ao meu padrasto, José Pereira, pelo suporte muito necessário.

A esta faculdade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior.

Ao meu orientador José Ricardo Freitas, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, por suas correções e incentivos.

Aos meus irmãos pelo apoio incondicional.

Aos colegas de classe, pela convivência e auxílio.

Enfim, agradeço a todos que direta ou indiretamente fizeram parte de minha formação.

“Somente os dias vindouros me pertencem. Alguns homens
nascem póstumos.”

(Friedrich Nietzsche)

RESUMO

Os direitos dos trabalhadores passaram por grandes transformações, tendo em vista a necessidade de modernização das normas trabalhistas brasileiras, principalmente no que diz respeito à possibilidade de negociações coletivas ou individuais entre empregador e empregados. Assim, este trabalho tem como objetivo analisar a questão da prevalência do negociado sobre o legislado no âmbito do direito do trabalho, especificamente com relação ao empregado hipersuficiente, descrevendo as modificações trazidas pela lei 13.467 de fevereiro de 2017 (reforma trabalhista), frente às extremas mutações trazidas pelo referido estatuto. Para isso, será realizada uma análise dos princípios constitucionais do trabalho e se eles se coadunam com a mencionada inovação legislativa, bem como haverá análise da abrangência e limites das negociações individuais. O presente trabalho será realizado tomando como referência o levantamento bibliográfico nacional sobre o tema, através de uma análise metódica e ampla das publicações correntes, tanto acadêmicas, quanto jurisprudenciais e legislativas.

Palavras-chave: Reforma trabalhista; empregado hipersuficiente; princípios constitucionais do trabalho; negociação individual; abrangência e limites.

RESUMEN

Los derechos de los trabajadores pasaron por grandes transformaciones, teniendo en vista la necesidad de modernización de las normas laborales brasileñas, principalmente en lo que se refiere a la posibilidad de negociaciones colectivas o individuales entre el empleador y los empleados. Así, este trabajo tiene como objetivo analizar la cuestión de la prevalencia de lo negociado sobre el legislado en el ámbito del derecho del trabajo, específicamente con relación empleado hipersuficiente, describiendo las modificaciones traídas por la ley 13.467 de febrero de 2017 (reforma laboral), frente a las extremas mutaciones tratadas por dicho estatuto. Para ello se realizará un análisis de los principios constitucionales del trabajo y si se corresponden con la mencionada innovación legislativa, así como habrá análisis del alcance y límites de las negociaciones individuales. El presente trabajo se realizará tomando como referencia el levantamiento bibliográfico nacional sobre el tema, a través de un análisis metódico y amplio de las publicaciones corrientes, tanto académicas, cuando jurisprudenciales y legislativas.

Palabras clave: Reforma laboral; empleado hipersuficiente; principios constitucionales del trabajo; negociación individual; alcance y límites.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. BREVE HISTÓRICO E CONCEITOS INICIAIS.....	14
2.1 Conceito de empregado hipersuficiente.....	16
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO.....	21
4. Princípio da proteção.....	23
4.1 Princípio da irrenunciabilidade.....	25
4.2 Princípio da proibição do retrocesso social.....	27
4.3 Princípio da isonomia.....	29
5. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL: ARTIGO 611-A DA CLT.....	31
5.1 Jornada de trabalho.....	33
5.2 Adesão ao Programa Seguro- Emprego(PSE).....	34
5.3 Plano de cargos, salários e funções - identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança.....	35
5.4 Regulamento empresarial.....	36
5.5 Teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente.....	37
5.6 Remuneração por produtividade e por desempenho individual.....	38
5.7 Modalidade de registro de jornada de trabalho.....	39
5.8 Insalubridade.....	40
5.9 Cláusula compensatória.....	40
6. LIMITAÇÕES À NEGOCIAÇÃO: ARTIGO 611-B DA CLT.....	42
6.1 Identificação profissional.....	44
6.2 Seguro-desemprego, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e aviso prévio proporcional de no mínimo 30 dias.....	45
6.3 Salário e verbas correlatas.....	45
6.4 Valor nominal do décimo terceiro salário.....	47
6.5 Benefícios previdenciários.....	48
6.6 Repouso Semanal Remunerado.....	49
6.7 Férias.....	49

6.8 Licença-paternidade.....	50
6.9 Normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.....	50
6.10 Normas protetivas ao trabalho da mulher.....	51
6.11 Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas.....	52
6.12 Prazo prescricional.....	53
6.13 Combate à discriminação da pessoa com deficiência.....	53
6.14 Proteção às crianças e adolescentes.....	54
7. DA ARBITRAGEM: ARTIGO 507-A DA CLT.....	55
7.1 Conceito e natureza jurídica da arbitragem.....	55
7.2 Espécies de convenção de arbitragem.....	57
7.3 Aplicação da arbitragem ao direito individual do trabalho.....	58
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
9. REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a figura do empregado no direito trabalhista é ligada à hipossuficiência, pois o mesmo se subordina numa relação de trabalho para suprir suas necessidades básicas, não possuindo, portanto, poderes de transigir individualmente com o empregador, estando seu contrato atrelado à lei e negociações coletivas com participação do sindicato da respectiva categoria profissional.

Porém, com o advento da lei 13.467 de 13 de fevereiro de 2017 (reforma trabalhista) surge a figura do empregado hipersuficiente, tendo este, teoricamente, poder de negociar as cláusulas de seu contrato direta e individualmente com o empregador. O artigo 444, parágrafo único da CLT caracteriza o empregado hipersuficiente como aquele que possui formação acadêmica e recebe no mínimo salário equivalente a duas vezes o maior benefício que pode ser concedido pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Os direitos dos trabalhadores são reconhecidos em leis e tratados, dentre os quais os internacionais, e, com o advento do Lei 13.467/2017 foram modificados a forma de tutela de tais direitos. O proletariado sempre teve seus direitos violados ou reprimidos, porém, de forma gradativa, há um crescimento da observância e reconhecimento dos direitos atinentes a esse grupo social. Porém, as crescentes mudanças promovidas à Consolidação das Leis do Trabalho abrem espaço para inúmeras discussões, como a da temática do empregado hipersuficiente. Dessa forma, como a lei 13.467/2017 trouxe profundas alterações no âmbito do direito do trabalho brasileiro como um todo, logo, faz-se imperioso o seu estudo pormenorizado.

Portanto, este trabalho objetiva estudar a discussão relacionada às modificações trazidas pela reforma Trabalhista às possibilidades de realização de negociação individual de trabalho e a prevalência dessas negociações sobre as negociações coletivas e sobre a lei, dado o poder normativo das mesmas. Para isso será feito uma análise dos principais princípios constitucionais protetivos do trabalhador tendo em vista sua hipossuficiência, além de estudar a estrutura dos

principais artigos da reforma trabalhista relacionados ao empregado hipersuficiente, demonstrando de que forma tais alterações podem afetá-los.

Este trabalho se justifica, pois inúmeras críticas têm sido feitas por especialistas da área trabalhista em relação a criação do empregado hipersuficiente, já que esta inovação legislativa é entendida como uma forma de violação aos princípios protetivos do trabalhador. Além do que, para os supracitados estudiosos, o empregado não pode ser considerado hipersuficiente pelo simples fato de possuir diploma de nível superior e salário elevado, pois mesmo possuindo essas características ainda é subordinado ao empregador, ou seja, o empregador ainda possui poder sobre o empregado, podendo coagi-lo caso não aceite suas imposições.

É imprescindível a determinação da metodologia investigatória para definir os caminhos a serem seguidos e de que forma o serão. Assim, o presente estudo fundamenta-se em pesquisa bibliográfica, com respaldo na legislação correlacionada ao direito do trabalho, artigos científicos, doutrina e jurisprudência pátria. Nesse sentido, utilizou-se nessa pesquisa o método qualitativo, sendo uma pesquisa exploratória, que analisa de um ponto de vista teórico e prático o tema em questão.

O trabalho foi dividido em cinco capítulos, objetivando maior clareza na apresentação, quais sejam:

No capítulo 2 é realizado um breve apanhado histórico com o objetivo de demonstrar a principal razão do surgimento do direito do trabalho, qual seja, a proteção da parte hipossuficiente da relação empregatícia, o trabalhador.

Seguindo-se ao terceiro capítulo, apresenta-se a análise dos princípios constitucionais específicos do direito do trabalho que visam proteger o trabalhador tanto em negociações coletivas quanto em contratos individuais de trabalho, ressalta-se que tais princípios serão analisados na situação do empregado hipersuficiente.

No quarto capítulo faz-se um exame da figura do empregado hipersuficiente apresentando os casos em que é possível a negociação individual de trabalho trazidos pelo Artigo 611-A da CLT realizando-se uma análise dos principais incisos que podem pôr em risco o direito dos empregados hipersuficientes

No quinto capítulo, procede-se ao estudo das limitações para realização desse tipo de negociação, relacionando o artigo 611-B à temática do empregado hipersuficiente, numa interpretação extensiva.

Sucessivamente, no sexto capítulo realiza-se o exame da possibilidade de arbitragem, em contrato individual.

Por fim, as considerações finais em que se verifica a compatibilidade da inovação legislativa do empregado hipersuficiente com a Constituição Federal de 1988, a legislação vigente e os princípios justralhistas, com base no que ficou demonstrado ao longo do trabalho.

2 BREVE HISTÓRICO E CONCEITOS INICIAIS

A estruturação das relações de trabalho como se conhecem hoje teve início na revolução industrial no século XVIII e se caracteriza pela subordinação hierárquica do empregado ao empregador. Em decorrência do poder que possuía o empregador, muitos abusos foram cometidos como jornadas extenuantes, exploração de mão de obra infantil, trabalho em ambientes insalubres sem proteção e etc.

Em decorrência dessa situação, surge no século XIX o direito do trabalho como forma de proteção do trabalhador, dada sua posição de hipossuficiência na relação de trabalho.

Logo, pode-se afirmar que o direito do trabalho é resultado do capitalismo e visa diminuir as desigualdades sociais decorrentes do mesmo, trazendo harmonia para as relações interpessoais, principalmente no âmbito trabalhista.(GODINHO, 2017)

É importante destacar que o surgimento do direito do trabalho está atrelado ao surgimento do trabalho livre, e conseqüente ao trabalho subordinado, sobre o tema, Godinho (2017, p.91) manifesta-se com propriedade, nos seguintes termos:

Ora, a existência do trabalho livre (isto é, juridicamente livre) é pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado (e, via de consequência, da relação empregatícia). Pressuposto histórico porque o trabalho subordinado não ocorre, de modo relevante, na história, enquanto não assentada uma larga oferta de trabalho livre no universo econômico-social. Pressuposto material (e lógico) porque o elemento subordinação não se constrói de modo distintivo senão em relações em que o prestador não esteja submetido de modo pessoal e absoluto ao tomador dos serviços (como ocorre na servidão e escravatura, por exemplo). Em decorrência dessa conexão histórica, material e lógica entre trabalho livre e trabalho subordinado, percebe-se que as relações jurídicas escravistas e servis são incompatíveis com o Direito do Trabalho. É que elas supõem a sujeição pessoal do trabalhador e não a sua subordinação.

O trabalho livre começa a surgir no início da idade moderna com a expansão da “expulsão do servo da gleba, rompendo-se as formas servis de utilização da força de trabalho. Esse quadro lançaria ao meio social o trabalhador juridicamente livre dos meios de produção e do proprietário desses meios.”(GODINHO, 2017)

Assim, o trabalho subordinado (característico da relação empregatícia) surge após a progressiva desnaturação das relações de trabalho servis e surgimento da revolução industrial, como afirma Godinho (2017, p.92):

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos desmontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea.

Assim, pode-se afirmar com precisão o momento histórico em que surge o direito do trabalho, pois, em que pese o trabalho subordinado ter existido em momento anterior a revolução industrial, esse dava-se de modo esporádico, sendo exceção à regra da servidão.

O direito do trabalho é, portanto, contemporâneo ao surgimento da relação empregatícia (trabalho subordinado), sendo que se originou da convergência de três fatores: fatores econômicos, fatores sociais, fatores políticos. (GODINHO, 2017)

Ratificando esse entendimento, Resende (2016, p.58) afirma que o direito do trabalho surge a partir do século XIX como corolário das reivindicações dos movimentos operários que buscavam o aperfeiçoamento das condições de trabalho. Somado a isso, encontram-se os movimentos operários e a atuação da igreja “a fim de proteger a parte mais fraca da relação de emprego (trabalhador hipossuficiente).”(RESENDE, 2016)

Reiterando essa linha de raciocínio, Martinez (2016, p.80) assevera que:

A conscientização coletiva, despertada pelo instinto de autoproteção, gerou profundas modificações em plano secundário. Emergia dos processos revolucionários políticos, sociais e econômicos da época outra revolução, desta vez promovida pelo proletariado contra a burguesia e que se ligava, intimamente, a uma ideologia socialista, de fundo comunista, cujo maior expoente foi Karl Marx. Para ele, o movimento histórico que transformou os servos e artífices em operários assalariados se apresentou explicitamente

como suposta libertação da servidão e da coerção corporativa, embora, implicitamente (por colaboração nociva dos historiógrafos burgueses), fosse, na verdade, um processo por meio do qual os recém libertos apenas se tornaram vendedores de si mesmos depois de terem sido espoliados de todos os seus meios de produção e de todas as garantias para sua existência, antes oferecidas pelas antigas instituições feudais. [...]

Outros elementos impulsionaram o fortalecimento do trabalho como o primeiro direito social a adquirir respeitabilidade num contexto que, até então, era dominado por interesses individuais. Perceba-se que o anticomunismo foi um poderoso motivo para a intervenção católica no sindicalismo, inspirado na formação de sindicatos cristãos, embora muitas vezes antagônicos. As máximas intervenções feitas nesse sentido podem ser anotadas nas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891) e *Mater et Magistra* (1963).

Dessa feita, pode-se afirmar que o direito do trabalho se iniciou da Revolução Industrial, objetivando conter a desigualdade existente entre empregador e empregado, por meio da intervenção estatal. Em decorrência do contexto histórico e social em que se desenvolveu, o direito do trabalho tem como principal característica a proteção do trabalhador (RESENDE, 2016).

Dessa forma, o direito nacional e internacional do trabalho sempre considerou o empregado como parte hipossuficiente na relação de trabalho, como consequência, predominantemente, as normas trabalhistas visam proteger o empregado de atitudes abusivas.

É o que afirma Resende (2017, p.58): “O trabalhador é hipossuficiente, no sentido de que, sozinho, não é forte o suficiente para negociar livremente a disposição de sua energia de trabalho.”

A lei 13. 467 mitigou a hipossuficiência do empregado ao criar o que a doutrina vem denominando de empregado hipersuficiente, sendo esta a temática do presente estudo.

2.1 Conceito de empregado hipersuficiente

A reforma trabalhista trouxe, como uma de suas principais alterações, a possibilidade de negociações coletivas prevalecerem sobre a lei quando tratarem de determinadas matérias sob rol exemplificativo no art.611-A da CLT. Essas negociações, prevalentes sobre o legislado, serão realizadas entre empregador e sindicatos de trabalhadores, sendo vedado, em regra, a transação individual desses direitos.

Como exceção a essa regra, está posta a figura do empregado hipersuficiente, que pode ser conceituado como aquele empregado que tem o poder de negociar sobre suas cláusulas contratuais sem a intervenção de terceiros (sindicatos). Logo, tal empregado possui maior liberdade na elaboração de seu contrato de trabalho por, geralmente, possuir posição de destaque nas corporações empresariais por exercer trabalho intelectual com remuneração acima da média nacional.

Como destacado anteriormente, em regra, o empregado é considerado a parte hipossuficiente da relação empregatícia, sendo-lhe vedado a disposição individual dos direitos trabalhistas que lhes são garantidos por lei. Dessa forma, não caberá ao empregado decidir sem a participação do sindicato, por exemplo, redução do intervalo intrajornada até o limite mínimo de trinta minutos, plano de cargos e salários, modalidade de registro da jornada de trabalho e etc. Porém, tais matérias poderão ser discutidas pelos sindicatos em negociações coletivas de trabalho, ou no caso do empregado hipersuficiente, poderá haver a negociação individual deste com o empregador.

Logo, ao empregado hipersuficiente, é cabível o ajustamento dos termos de seu contrato, sendo que as cláusulas contratuais se sobrepõem as negociações coletivas, tendo inclusive força de lei. Para esses empregados haverá, portanto, a prevalência da autonomia da vontade.

Na mesma linha de pensamento, Correia e Miessa (2018, p. 335) afirmam que:

Ao contrário dos demais trabalhadores que necessitam de seus sindicatos para negociar as hipóteses de prevalência do negociado sobre o legislado, esses empregados podem negociar individualmente com seus empregadores. As cláusulas negociadas terão a mesma eficácia e a mesma preponderância dos instrumentos coletivos.

Para Goulart (2017, online), o termo empregado hipersuficiente é contraditório, posto que uma das características do empregado é sua hipossuficiência, e apesar de possuir esta característica o empregado passará a possuir plena capacidade formal para negociar com o empregador.

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

Vale lembrar que, no ordenamento jurídico nacional o empregado é considerado a parte hipossuficiente da relação trabalhista, principalmente porque apresenta-se como parte subordinada, segundo Novaes (2018, p.30) a subordinação pode ser observada em três aspectos:

a) subordinação econômica, na medida em que há manifesta dependência do empregado quando comparado ao seu empregador e, diante disso, subentende-se que há o recebimento constante de ordens, que são devidamente cumpridas na medida em que o obreiro depende da remuneração que é recebida; b) subordinação técnica: considerando a presunção de que o superior hierárquico possui maiores conhecimentos técnico quando comparado ao empregado, faz-se necessário que este último acabe por acatar as suas ordens; e, c) dependência social: subsiste a instituição de ordens, na medida em que se mostra importante que a empresa proporcione uma perfeita organização de trabalho.

Como o empregado hipersuficiente possui nível de escolaridade superior e salário acima da média nacional, poder-se-ia afirmar que não se encontram presentes a subordinação econômica ou a intelectual. Segundo Medeiros (2016, online) o trabalhador intelectual (cujo trabalho necessita de conhecimentos ou habilidades diferenciadas) possui “poder de iniciativa, exigindo-se respeito a sua autonomia como trabalhador”.

Porém, em que pese a maior autonomia conferida ao trabalhador posicionado em escalas mais altas da hierarquia empresarial, este ainda se encontra juridicamente subordinado, ou seja, possui o empregador meios jurídicos de controle como advertências, suspensão ou até demissão. (FRANCO, 2015)

A instituição do empregado hipersuficiente causa grande celeuma entre os profissionais especialistas no direito do trabalho, pois, para estes, a criação deste tipo de empregado poderá trazer prejuízos para os trabalhadores, além de violar princípios trabalhistas há muito garantidos.

A caracterização do empregado como hipersuficiente ocorre com base em dois critérios, quais sejam: a) ter o empregado formação em nível superior e b) receber salário superior a duas vezes o limite máximo do Regime Geral da previdência Social(RGPS). É o que se extrai da inteligência do art. 444 da CLT:

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

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o **caput** deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. **(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)**. (BRASIL, 1943).

Para os empregados que recebem remuneração igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS, sem necessidade de formação superior, há também a possibilidade de se instituir a cláusula compromissória de arbitragem como meio de resolução de dissídios advindos da relação de emprego, conforme se extrai do art. 507-A da CLT:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943)

Portanto, o empregado hipersuficiente é aquele que apresenta os atributos de possuir formação de nível superior e salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Para esses empregados a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deu tratamento diferenciado na medida em que possibilitou aos mesmos transigir com seu empregador sobre pontos específicos de seu contrato, sendo que as cláusulas

acordadas terão preponderância sobre a lei e instrumentos coletivos de trabalho, desde que obedecem ao princípio da proteção.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

Como visto anteriormente, a reforma trabalhista mitigou a hipossuficiência do empregado, criando assim o que vem sendo denominado pela doutrina de empregado hipersuficiente.

Nesse contexto se mostra de grande importância a observância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação dessa inovação legislativa para evitar possíveis malefícios aos laboristas.

Nesse diapasão, é imperioso observar que os princípios constituem a base do ordenamento jurídico, sendo que os princípios constitucionais norteiam com maior ímpeto as leis tanto em sua elaboração como em sua interpretação e aplicação. Ratificando este entendimento, Felipe (2014, online):

Os direitos sociais dispostos na Constituição Federal de 1988 são capazes de vincular a interpretação das normas hierarquicamente inferiores e até mesmo a interpretação das próprias normas constitucionais à função social. Este fato é muito significativo para os direitos trabalhistas, uma vez que os princípios fundamentais de todo o texto constitucional, esboçam os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como suportes básicos, sobre os quais a Constituição Federal sustenta a coerência do ordenamento jurídico pátrio.

(...)

Os nossos tribunais trabalhistas e a CF de 88, elevou os princípios à categoria de norma, dando outra abordagem. Embora se deva seguir o que está no texto legal, o direito caminha no sentido de não encarar os princípios constitucionais como fontes secundárias, permitindo ao direito solucionar questões e acompanhar as novas necessidades sociais.

Toda essa evolução demonstra que a Justiça vai além do positivismo, e que todos os princípios constitucionais têm eficácia imperativa e, por isso, são normas.

É inevitável observar que o empregado em relação ao empregador é evidenciado como hipossuficiente, pois além de estar destituído dos meios de produção apresenta-se como necessitado economicamente de meios para suprir sua subsistência, bem como a de sua família. Ou seja, a caracterização de um empregado como hipersuficiente é meramente formal, sendo que na realidade fática todo empregado é hipossuficiente. Diante disso, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) trata de proteger o empregado criando normas e princípios que regem a relação empregatícia.

É importante salientar que todos os trabalhadores encontram guarida nos princípios trabalhistas, até mesmo os hipersuficientes, sendo que estes diferem dos demais empregados apenas pelo poder de dispor de alguns direitos direta e individualmente em negociação com o empregador, sem a necessidade de intermediação dos sindicatos, porém, frise-se mais uma vez, obedecendo ao princípio da proteção.

Reiterando essa linha de raciocínio, a ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) proferiu o seguinte enunciado na segunda jornada de direito material e processual do trabalho (2017, p.11):

49 TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE. ART. 444, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT I - O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 444 DA CLT, ACRESCIDO PELA LEI 13.467/2017, CONTRARIA OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO, AFRONTA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTS. 5º, CAPUT, E 7º, XXXII, ALÉM DE OUTROS) E O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AO TRABALHO, ESPECIALMENTE A CONVENÇÃO 111 DA OIT. II - A NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL SOMENTE PODE PREVALECER SOBRE O INSTRUMENTO COLETIVO SE MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR E DESDE QUE NÃO CONTRAVENHA AS DISPOSIÇÕES FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO, SOB PENA DE NULIDADE E DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO (ARTIGO 9º DA CLT C/C O ARTIGO 166, VI, DO CÓDIGO CIVIL) (ANAMATRA, 2017, p.11).

Dessa forma, é premente concluir que os princípios protetivos constitucionais devem guiar as negociações entre empregado e empregador, não estando este último liberado para impor cláusulas contratuais trabalhistas que firam os direitos fundamentais do assalariado.

Segundo Cassar (2015, p. 165), dentre os princípios constitucionais aplicáveis ao direito do trabalho temos:

a) Princípios gerais constitucionais aplicáveis ao direito do trabalho, como por exemplo, dignidade da pessoa humana, boa-fé, igualdade, devido processo legal e etc.

b) Princípios constitucionais específicos do direito do trabalho, como o princípio da proteção, prevalência da condição mais favorável, não discriminação, primazia da realidade, continuidade, razoabilidade e etc.

Passa-se então, a breve estudo de alguns princípios constitucionais protetivos do trabalhador, ressaltando sua importância para o empregado hipersuficiente.

3.1 Princípio da proteção

Tal princípio visa dar maior equilíbrio e equidade à relação empregatícia, a medida em que aumenta o amparo ao indivíduo com menor poder dentro desta relação, o empregado, através da criação de normas mais favoráveis em seu benefício. Nesse mesmo sentido, Saraiva (2010, p.38) afirma ser o princípio da proteção o mais relevante e abrangente do direito do trabalho, sendo que visa “conferir ao pólo mais fraco da relação laboral – o empregado – uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a tutelar os direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente.”

A proteção deferida ao trabalhador se mostra necessária frente a posição de desigualdade da relação laboral onde o empregador se apresenta como detentor econômico e de meios de produção e o empregado em contrapartida apresenta subordinação econômica, técnica além de dependência, ou seja, tenta-se limitar a superioridade econômica do empregador aumentando a superioridade jurídica do empregado. Reiterando essa linha de raciocínio, assevera Felipe (2014, online):

Este princípio traz com suas regras e presunções próprias uma proteção à parte hipossuficiente da relação de emprego, ou seja, o trabalhador, equilibrando a relação contratual entre este e o empregador. Suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica.

O princípio da proteção se desmembra nos seguintes subprincípios: *in dubio pro operário*; aplicação da norma mais favorável; e condição mais benéfica.

Segundo o princípio do *in dubio pro operário*, havendo plúrimas interpretações possíveis para uma norma, deverá prevalecer a interpretação mais benéfica ao empregado. Valendo ressaltar que, segundo Saraiva (2010, p.39), “no campo probatório não se aplica o princípio do *in dubio pro operário*, pois o Direito Processual(...)impõe ao autor a prova do fato constitutiva do direito, e, ao réu, a prova do fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito.”

Já o princípio da aplicação da norma mais favorável prega que na hipótese de existirem diversas normas aplicáveis a um mesmo caso, a que deve ser aplicada é a mais favorável. Sobre o assunto Resende (2017, p.27) esclarece que: “...não prevalece necessariamente, no Direito do Trabalho, o critério hierárquico de aplicação das normas”.

A respeito do princípio da condição mais benéfica Resende (2017, p.40) preleciona que “as condições mais benéficas previstas no contrato de trabalho ou regulamento da empresa deverão prevalecer diante da edição de normas que estabeleçam patamar protetivo menos benéfico ao empregado.”

No que diz respeito à reforma trabalhista, em que pese ter havido a mitigação o princípio da proteção para empregado hipersuficiente a medida em que concedeu força normativa ao contrato individual de trabalho deste, a ANAMATRA se posicionou no sentido de que princípio da proteção vigora no âmbito juslaboral.

4 FUNDAMENTOS, PRINCÍPIOS E HERMENÊUTICA DO DIREITO DO TRABALHO. LEI 13.467/2017 A LEI 13.467/2017, DA REFORMA TRABALHISTA, NÃO AFETOU OS FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO POSITIVADOS NA CLT (ART. 8º), BEM COMO OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO (TÍTULOS II A IV), DA PRIMAZIA DA REALIDADE (ARTS. 3º E 442), DA IRRENUNCIABILIDADE (ARTS. 9º E 468), DA NORMA MAIS FAVORÁVEL, DA IMODIFICABILIDADE CONTRATUAL EM PREJUÍZO DO TRABALHADOR (ART. 468), DA SUPREMACIA DO CRÉDITO TRABALHISTA (ARTS. 100 DA CF E 186 DO CTN) E DOS PODERES INQUISITÓRIOS DO JUIZ DO TRABALHO (ART. 765), DENTRE OUTROS, CUJA OBSERVÂNCIA É REQUISITO PARA A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA TRABALHISTA. (ANAMATRA, 2017, p. 2)

Destarte, apesar de o empregado hipersuficiente apresentar características diferenciadas de formação e salário, isso não o põe a salvo das investidas e pressões do empregador, pois” as demais características concernentes à relação de emprego permanecem intocáveis, especialmente a implementação do poder diretivo no caso concreto, bem como a presença do requisito que alude à subordinação.” (NOVAES, 2017)

Logo, pode-se observar que o princípio da proteção é requisito de validade tanto para leis ou negociações coletivas quanto para os contratos individuais acordados entre o empregado hipersuficiente e o empregador.

3.2 Princípio da indisponibilidade

Também chamado de princípio da irrenunciabilidade, por tal princípio há a limitação da vontade das partes numa relação de trabalho com relação às normas justralhistas, ou seja, tais regras não podem deixar de ser cumpridas, sendo, portanto imperativas ou cogentes.

Convém ressaltar que a doutrina classifica os direitos trabalhistas como absolutamente ou relativamente indisponíveis, nas palavras de Dania (2017, online):

A indisponibilidade dos direitos é absoluta quando o interesse protegido é o do indivíduo como membro de uma classe ou de uma categoria profissional. Envolve interesse público, como o salário mínimo, ou interesse abstrato da categoria. A indisponibilidade relativa é quando o direito tutela interesse individual, cabendo ao seu titular a iniciativa de defendê-lo, a exemplo do salário no contrato.

A indisponibilidade absoluta é rara no Direito do Trabalho. Mas a indisponibilidade relativa nele predomina, como também o fazem a imperatividade das normas e a presunção de vício de consentimento, causas de exclusão quase total do poder de disposição de direitos trabalhistas.

Dessa forma, poderia ser cabível a transação dos direitos relativamente indisponíveis pelo trabalhador.

Porém, por serem de ordem pública os direitos trabalhistas não podem ser renunciados pelos empregados, mormente porque se assim não fosse tais direitos poderiam ser suprimidos mediante coação. Portanto, o princípio da irrenunciabilidade visa limitar a autonomia de vontade da parte hipossuficiente da relação empregatícia visando sua proteção.

Segundo Neves (2012, p.6), “Na renúncia, o titular do pretensão direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa[...]”.

A renúncia no direito do trabalho tem aplicação reduzida, já que no direito trabalhista aplica-se a igualdade de fato, “inclinando-se para compensar com uma “superioridade jurídica, a desigualdade econômica do trabalhador”, através de uma proteção jurídica a ele favorável” (BARROS, 1997). Por esta razão, as normas trabalhistas, geralmente, são imperativas, portanto, “a disponibilidade de direitos

sofre limitações, quer no tocante à renúncia, quer no tocante à transação” (BARROS, 1997).

Resende (2017, p. 38) ressalta a importância de se diferenciar renúncia de transação:

Renúncia é um ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiada pela renúncia.

Transação é ato bilateral, pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes mediante concessões recíprocas, envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas.

O supracitado autor observa que existem raros casos em que a renúncia é possível no ordenamento justarabalista pátrio, sendo, portanto, regra a irrenunciabilidade. Como por exemplo podemos citar: a adesão pelo empregado estável pelo regime de FGTS.

Já quanto a transação, o referido autor asseve que: “somente será admitida, em regra, quanto aos direitos de ordem privada (prevista em cláusula contratual ou regulamento empresarial), e ainda assim se não causar prejuízo ao trabalhador(art.468), salvo quando a própria lei autorizar a transação.” (RESENDE, 2017)

Segundo Felipe (2014, online), mesmo na transação judicial “há de ser observado se o empregado não acaba por renunciar a direitos legítimos para obter a satisfação de seu crédito mais rapidamente”, podendo o julgador abster-se de homologar acordos considerados injustos ou prejudiciais ao laborista.

Novaes(2017, p.48) preleciona que a reforma trabalhista ofendeu o princípio da indisponibilidade ao conceder tratamento diferenciado ao empregado hipersuficiente, pois “o coloca na mesma posição contratual que o seu empregador, que é detentor de alta capacidade econômica e, ainda, não se pode olvidar que ainda continua existindo a subordinação no caso concreto.”(NOVAES, 2017). Assim sendo, o fato de o empregado estar munido de diploma de nível superior, mesmo que o torne mais qualificado para o mercado de trabalho, não poderá lhe dar o condão de negociar em mesmo nível com o empregador.

Em ferrenha crítica Primon (2018) considera o empregado hipersuficiente como uma aberração criada pela reforma trabalhista, pois as normas trabalhistas

foram criadas basicamente para proteger o empregado da exploração desenfreada do empregador, já que aquele encontra-se em condições de inferioridade em relação a este, não sendo cabível portanto a existência da figura da hipersuficiência do assalariado posto que dessoaria da essência do direito trabalhista.

Dessa forma, pode-se entender que mesmo tendo a autorização formal para realizar a negociação de seu contrato de trabalho, o empregado hipersuficiente encontra-se materialmente desprovido de condições de negociação pois o mesmo carece de força para colocar sua vontade sobre relevo, fato esse que pode caracterizar violação ao princípio da indisponibilidade.

3.3 Princípio da proibição do retrocesso social

O princípio da proibição do retrocesso social se mostra relevante para evitar a supressão ou a redução dos direitos fundamentais sociais já conquistados, podendo ser considerado como um consectário do princípio da segurança jurídica.

Segundo Canotilho (1993. p.468, apud LENZA, 2013, p.1167):

O princípio da democracia econômica e social aponta a **proibição do retrocesso social**. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contrarrevolução social" ou da 'evolução reaccionária". Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e economicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo

Tal princípio surge pela necessidade de se proteger os direitos fundamentais já adquiridos através de muitas lutas e por vezes mortes ocorridas no seio de revoluções. Quanto a isso acrescenta Cezar (2011, online): "A preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais deve certamente preservar as conquistas existentes, tanto pela concretização normativa como pelos novos posicionamentos jurisprudenciais."

Infelizmente a manutenção dos direitos fundamentais sociais é um desafio tendo em vista que o Estado encontra empecilhos, como a escassez de orçamento e ausência de estrutura, se posiciona nesse sentido Vasconcelos (2015, p.7)

Como já tratado, o nosso Estado, mesmo com seu cunho Social, encontra sérias dificuldades em concretizar as prestações sociais, por diversos

motivos, como falta de orçamento, falta de estrutura, flexibilização da intervenção estatal motivada pela minimalização de gastos e maximização de lucros, espelho do capitalismo.

Somado a carência de recursos estatais, minorando a proteção aos direitos fundamentais sociais já adquiridos, se encontra o fato de muitos desses direitos se encontrarem regulados em legislação infraconstitucional, como é o caso da CLT para o direito trabalhista.

Lenza (2013, p.1165) observa que “o problemático dilema entre a efetivação de determinados direitos sociais e a alocação dos recursos financeiros que são **finitos**, ou seja, demandam escolhas a serem implementadas[...]” Esse impedimento à efetivação dos direitos sociais pode ser reforçado pelo fato de que “os juristas não têm a sua exata dimensão, desprezando a necessidade de **análise econômica do direito**”.

Nesse sentido, Takano (2018, online) assere ser necessária a distinção de tratamento realizada quanto ao empregado hipersuficiente, visto que a evolução da economia necessita de maior flexibilização das normas trabalhistas:

Com a evolução da economia brasileira, relações de trabalho mais complexas tornaram-se comuns, principalmente nas grandes capitais. Muitas vezes, o alto executivo, em razão de seu conhecimento técnico e da posição estratégica que ocupa no mercado, tem até maior poder de barganha na negociação do que seu empregador.

Para o supramencionado autor, a rigidez das normas trabalhistas podem inclusive gerar o desemprego, situação mais danosa ao hipersuficiente, posto que em alguns casos “a remuneração mensal se torna excessivamente elevada e fora do benchmark aplicável” Logo “a proposição identificada nas novas regras trazidas pela Reforma Trabalhista constitui um instrumento capaz de dar equilíbrio e segurança às necessidades de empregadores e empregados hipersuficientes.”

Portanto, deve-se buscar a melhor aplicação da legislação referente ao empregado hipersuficiente, para evitar a afronta ao princípio da proibição do retrocesso social, tendo o cuidado de se sopesar a sanidade da empresa com os direitos do trabalhador.

3.4 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, também denominado de princípio da igualdade encontra-se positivado no caput do art. 5º da CF onde afirma-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Ressalta-se que, o princípio da isonomia apresenta-se em duas vertentes, quais sejam: igualdade formal e igualdade substancial.

A igualdade formal estabelece que não haverá diferenciação no tratamento entre indivíduos. Surge com a efetivação dos direitos de primeira dimensão, que trouxe a ideia do liberalismo clássico, cuja intenção era “impedir que alguém se beneficiasse, por exemplo, de um tratamento mais benévolo, sob o fundamento de ser um nobre” (BASTOS, 2002).

Já a igualdade substancial (ou material) permite o tratamento diferenciado entre pessoas que possuam características diferenciadas para garantir que haja igualdade de fato. Como exemplo, podemos citar a proteção dada a crianças, idosos, portadores de deficiência e etc.

A questão que se levanta, no atinente ao empregado hipersuficiente, é se o fato desse empregado possuir grau de escolaridade e salários superiores ao do restante dos trabalhadores os colocaria de fato em posição diferenciada frente ao empregador possibilitando a negociação direta com este sobre os direitos contidos no art. 611-A da CLT.

Estima-se que o percentual de brasileiros que possuem os critérios para ser considerados hipersuficiente é inferior a 2% (TAKANO, 2018), porém o fato de serem parcela diminuta dos assalariados não justifica sua segregação dos direitos já assegurados pelas regras juslaborais.

Novaes(2017, p.22) discorre sobre a agressão ao princípio da isonomia, pois ao se diferenciar os empregados em hiper e hipossuficientes, estar-se-ia tratando pessoas em condições iguais de forma diferenciada, dessa maneira é incabível a diferenciação de empregados com base na escolaridade ou no quantum recebido como remuneração, pois sendo empregados ostentam as mesmas características atribuídas aos mesmos pelo artigo terceiro da CLT, quais sejam:

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

a) Pessoa Física: A relação empregatícia exige a prestação dos serviços por pessoa natural não se admitindo que seja prestado por pessoa jurídica;

b) Não eventualidade: O serviço deve ser prestado de maneira frequente, repetida, não esporádica e com caráter duradouro;

c) Pessoalidade: O trabalho será prestado diretamente, sem o uso de substitutos ou intermediários;

d) Subordinação: O empregado apresenta atributo de subalternidade, devendo obediência às ordens do empregador, estando dependente econômica e materialmente deste. Figueiredo (2013, online) conceitua a subordinação da seguinte forma:

Subordinação é a característica predominante no contrato de trabalho que o diferencia das demais hipóteses não abrangidas pela CLT. Ou seja, o empregado será subordinado ao seu empregador, sujeitando-se às ordens e determinações daquele, podendo inclusive ser fiscalizado ou disciplinado pelo empregador.

e) Onerosidade: O serviço prestado pelo empregado será retribuído pelo empregador através do salário pago em pecúnia.

Já Takano (2018, online), posiciona-se diversamente, pois:

Observam-se atualmente altos executivos com extensos currículos, atuação nacional e internacional, vasta experiência profissional e rica formação acadêmica. Eles não podem ser equiparados aos empregados verdadeiramente hipossuficientes, que muitas vezes sequer concluíram a educação básica e para os quais, com algumas exceções, as regras da CLT foram desenhadas.

À vista disso, para o supramencionado autor, as características acadêmicas e a experiência dos empregados hipersuficientes o colocariam em posição de destaque na ceara trabalhista, sendo, portanto, totalmente capazes de transigir com seus empregadores, o que muitas vezes pode não condizer com a realidade da maioria dos empregados enquadrados nesta categoria.

4 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL: ARTIGO 611-A DA CLT

O artigo 611-A da CLT, introduzido pela lei 13.467/2017, dispõe que a convenção coletiva e o acordo coletivo terão prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre os temas elencados em seus incisos de rol meramente exemplificativo.

Referida lei trouxe, portanto, uma maior flexibilização das normas trabalhistas em que passou a vigorar o negociado sobre o legislado, como afirmado por Louro (2017, online):

Antes de se expor as alterações trazidas pela reforma trabalhista no tocante à autonomia privada coletiva, cumpre mencionar que a **Constituição Federal de 1988**, no art. 7º, inciso XVII, forneceu um importante passo na valorização desta vontade coletiva, ao prever, como um direito social dos trabalhadores urbanos e rurais, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

[...]

O art. 611-A da CLT visa elencar, em rol meramente exemplificativo, como se observa pela expressão "entre outros", as matérias que podem ser objetos de flexibilização, sendo que eventual negociação desses direitos prevalecerá sobre o disposto em legislação.

As matérias contidas no artigo 611-A, além de estarem sujeitas às disposições de acordos e convenções coletivas, também poderão ser estipuladas através de contrato direto entre empregado e empregador, conforme o artigo 444, parágrafo único da CLT:

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

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o **caput** deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. **(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)**. (BRASIL, 1943).

Então, como explanado anteriormente, será lícito ao empregado a livre estipulação sobre alguns direitos em seu contrato individual de trabalho desde que possua os seguintes requisitos: a) Formação acadêmica, ou seja, porte diploma de

nível superior e b) possua salário diferenciado, qual seja, igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

As cláusulas sobre as quais admite-se a transação são as constantes nos incisos do art.611-A, em rol não taxativo:

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

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - banco de horas anual; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VI - regulamento empresarial; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

X - modalidade de registro de jornada de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XI - troca do dia de feriado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XII - enquadramento do grau de insalubridade; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º-No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º-do art. 8º desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º-A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º-Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4ºNa hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 5º-Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943, online).

Percebe-se, portanto, que o legislador tratou como disponíveis (ou relativamente indisponíveis) a maioria dos direitos trabalhistas que não se encontram na Constituição Federal.

Segue breve análise dos principais incisos significativos para o empregado hipersuficiente:

4.1 Jornada de trabalho

O inciso I, II e III do artigo 611-A permitem que os acordos e as convenções coletivas de trabalho disponham sobre a jornada de trabalho, banco de horas e intervalo intrajornada.

O inciso I do artigo 611-A prevê a possibilidade de pactuação quanto a jornada, desde que obedecidos os limites da carta maior. O artigo 7º, XIII da CF/88 estabelece que a jornada normal de trabalho será de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, sem previsão de compensação. Dessa maneira, a limitação dos acordos aos limites constitucionais pode tornar a regra improdutiva, então deverá ser entendida que a limitação é a da soma das jornadas semanais (de no máximo 44 horas). (BOMFIM, 2017)

Vale ressaltar que conforme o artigo 59-A da CLT é cabível estabelecer jornada 12x36(doze horas de trabalho com 36 horas de descanso) através de contrato individual:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)(Vigência) (BRASIL, 1943, online)

Já, o inciso II esboça a possibilidade de o empregado hipersuficiente convencionar diretamente sobre o banco de horas anual. Por esse sistema, a empresa poderá elastecer a duração do trabalho em um determinado período, sem

pagamento de horas extras, e diminuindo a jornada em um outro período para que haja a compensação das horas suplementares prestadas. O banco de horas está previsto no art.59, § 2º da CLT:

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. **(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)(Vigência)**

(...)

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. **(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)** (BRASIL, 1943, online)

O inciso III prevê a possibilidade de redução do intervalo intrajornada, que poderá ser suprimido para até trinta minutos. Essa alteração legislativa provocou discussões, pois para parte da doutrina regras sobre o intervalo intrajornada são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho sendo, portanto, consideradas de ordem pública, nesse sentido o enunciado 34 da ANAMATRA (2017, p.8)

34 INTERVALO INTRAJORNADA COMO NORMA DE SEGURANÇA E SAÚDE PÚBLICA I - REGRAS SOBRE O INTERVALO INTRAJORNADA SÃO CONSIDERADAS COMO NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO E, POR CONSEQUÊNCIA, DE ORDEM PÚBLICA, APESAR DO QUE DISPÕE O ART. 611-B, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT (NA REDAÇÃO DA LEI 13.467/2017). II - O ESTABELECIMENTO DE INTERVALOS INTRAJORNADAS EM PATAMARES INFERIORES A UMA HORA PARA JORNADAS DE TRABALHO SUPERIORES A SEIS HORAS DIÁRIAS É INCOMPATÍVEL COM OS ARTIGOS 6º, 7º, INCISO XXII, E 196 DA CONSTITUIÇÃO.

Em sentido contrário é o entendimento literal do parágrafo único do artigo 611-B, que determina não ser norma de saúde, higiene e segurança do trabalho as que dispõem sobre intervalo intrajornada. Inclusive, a redução intervalar possibilita o encerramento antecipado do expediente, viabilizando ao empregado maior tempo para sua família e atividades particulares, além de evitar o trânsito de retorno para casa. (FURTADO, 2018)

4.2 Adesão ao Programa Seguro- Emprego (PSE)

O Programa Seguro-Emprego garante às empresas, que passam por comprovada dificuldade financeira, a possibilidade de redução da jornada e do salário dos empregados em até 30%, sendo que o PSE fica obrigado a ressarcir 50% do salário suprimido do empregado. A empresa estará proibida de demitir arbitrariamente o empregado enquanto vigorar a adesão ao programa e por mais um terço do período de adesão. (BRASIL, 2017, online)

Tal programa visa auxiliar os trabalhadores na manutenção do emprego em momentos de retração da economia e auxiliar a empresa em sua recuperação financeira, bem como garantir o atendimento da demanda. (BRASIL, 2017, online)

Apesar de trazer o benefício de preservação do emprego, o PSE traz o prejuízo de redução salarial, comprometendo o sustento do trabalhador e de sua família, sendo, portanto, essencial a participação dos sindicatos nas negociações que abordam essa temática. Logo, como o empregado hipersuficiente poderá tratar diretamente com o empregador sobre a adesão a esse programa, prejuízos poderão ocorrer. Dessa forma, a adesão ao PSE somente poderá ser estabelecida em momento adequado, sendo imprescindível a atuação dos sindicatos ou de assistência jurídico para garantir o equilíbrio entre empregado e empregador.

4.3 Plano de cargos, salários e funções - identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança

Segundo Rocha (2014, online) o Plano de Cargos e Salários consiste em “uma ferramenta utilizada para determinar e sustentar as estruturas de cargos e salários de uma organização com objetivo de alcançar o equilíbrio interno e externo por meio da definição das atribuições, deveres e responsabilidades de cada cargo e, conseqüentemente, os seus respectivos níveis salariais.”

Para Bomfim (2017, online), o principal objetivo da norma que autoriza ao empregado hipersuficiente transigir sobre seu plano de cargos e salários é excluí-los do capítulo da CLT referente à duração do trabalho, incluindo-os de forma indevida no artigo 62, II da CLT. Esse artigo assim dispõe:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

(...)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994) (BRASIL, 1943, online)

Portanto, para a supracitada autora, há o risco de o empregado ser enquadrado na categoria de gerente sem possuir os atributos caracterizadores deste cargo com a finalidade de não submetê-lo às normas referentes à duração da jornada.

Logo, para que o acordo individual que institua os cargos definidos como de confiança possui presunção relativa de veracidade, devendo-se proceder a análise da real função exercida e não meramente a função prescrita no contrato de trabalho, conforme ANAMATRA(2017, p.10):

43 PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E DEFINIÇÃO DE CARGOS DE CONFIANÇA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. DEFINIÇÃO DOS CARGOS DE CONFIANÇA. PRESUNÇÃO RELATIVA. ART. 611-A, V, DA CLT. A CLÁUSULA DE INSTRUMENTO COLETIVO QUE DEFINE OS CARGOS QUE SE ENQUADRAM COMO DE CONFIANÇA POSSUI PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE, SENDO NECESSÁRIA A ANÁLISE DA REAL FUNÇÃO EXERCIDA E NÃO MERAMENTE A FUNÇÃO PRESCRITA NO CONTRATO DE TRABALHO, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.

Assim, o princípio da primazia da realidade deve nortear a análise da veracidade das cláusulas que tratam da identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança em contratos individuais de trabalho.

4.4 Regulamento empresarial

Segundo Franzece (2013, online), regulamento empresarial é “instrumento jurídico contendo um conjunto sistemático de regras institucionais, disciplinares, condições gerais de trabalho.”

Pode ser estabelecido unilateralmente pelo empregador ou em conjunto com o(s) empregado(s) estabelecendo práticas internas da empresa como “horários, intervalos, tolerância com relação a atrasos, ausências, prêmios, incentivos ao

aprimoramento funcional, punições disciplinares” (FRANZECE, 2013, online), entre outros temas.

Por regular tais disciplinas, o regulamento empresarial pode ser considerado como extensão do contrato de trabalho. Por isso, a homologação pelo sindicato poderia garantir segurança jurídica tanto para o empregado como para o empregador (CAVALCANTI, 2016, online). Isso se justifica, pois, segundo o mencionado autor:

Da forma como é aplicado hoje, alguns regulamentos de empresa são fragilizados por impor normas muitas vezes ilegais ou sem clareza no seu texto, deixando tanto a empresa quanto o empregado, inseguros quanto da legalidade da aplicação ou não do regulamento. (Cavalcanti, 2016, online)

No mesmo sentido posiciona-se Silva (2017, p.116):

a empresa pode fazer seu regulamento interno (de que fala o inciso VI) e seu plano de cargos e salários (mencionado no inciso V) sem passar pelo crivo da norma coletiva, mas caso o faça tendem a obter maior blindagem quando ao questionamento de ser um documento unilateral, prejudicial ou desprovido de publicidade.

Logo, mesmo que o empregado hipersuficiente possua formação superior, isso não garante que o mesmo tenha conhecimentos jurídicos suficiente para negociar sobre o regulamento empresarial, sendo, portanto, útil tanto a este quanto ao empregador a participação dos sindicatos.

4.5 Teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente

Segundo o artigo 75-B da CLT, teletrabalho é “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.” Ressalta-se que, estando presentes os pressupostos da relação de emprego (não-eventualidade, subordinação, pessoalidade, pessoa física e onerosidade), conforme artigo 6º da CLT, não haverá distinção entre o empregado que trabalha no estabelecimento empresarial e o que trabalha em *home office*.

Já o sobreaviso está conceituado no artigo 244, § 2º da CLT como sendo o período de tempo em que o empregado, fora das dependências da empresa, permanece aguardando o chamamento para o serviço.

O contrato de trabalho intermitente é uma nova categoria de trabalho, trazido pela lei 13.467/2017, pelo qual é permitida a contratação de empregados para prestar serviços ocasionalmente remunerando-os de acordo com as horas efetivamente trabalhadas. Está disciplinado no artigo 443, § 3º nos seguintes termos:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

(...)

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943, online).

Tanto o teletrabalho como o trabalho intermitente foram introduzidos na CLT pela Reforma Trabalhista e podem ser complementados através de negociação coletiva ou contrato individual de trabalho para trazer benefícios para esses dois tipos de trabalhadores tão vulneráveis. (SILVA, 2017, p.117)

Segundo Bomfim (2017, online) as cláusulas que versem sobre teletrabalho, sobreaviso e trabalho intermitente podem ter a “intenção de excluir tais trabalhadores dos direitos contidos no Capítulo “Da Duração do Trabalho”, excluindo horas extras, intervalos, hora e adicional noturno desses trabalhadores.”

Em contrapartida, a regularização desses institutos pode trazer modernização nos atuais modelos de trabalho como bem explica Cavalcanti (2016, online):

Permitir que a empresa e o sindicato estipulem regras para utilização do trabalho remoto, estimula a modernização dos modelos de trabalho que temos hoje, lembrando que mesmo sendo remoto, não poderá se estabelecer normas que prejudiquem, a saúde do trabalhador, mesmo que este trabalhe remotamente dentro de sua residência.

4.6 Remuneração por produtividade e por desempenho individual

O estabelecimento da remuneração por produtividade pode ser lesivo ao empregado, pois reconhecidamente torna o ambiente de trabalho instável e propenso a doenças. O enunciado 46 da ANAMATRA (2017, p.10) se posiciona nesse sentido, conforme segue abaixo:

46 NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO E REMUNERAÇÃO POR PRODUTIVIDADE. IMPLANTAÇÃO DE MÉTODOS DE GESTÃO LESIVOS AO MEIO AMBIENTE LABORAL. IMPOSSIBILIDADE NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO. REMUNERAÇÃO POR PRODUTIVIDADE. IMPLANTAÇÃO DE MÉTODOS DE GESTÃO LESIVOS AO MEIO AMBIENTE LABORAL. IMPOSSIBILIDADE. A INSERÇÃO DA "REMUNERAÇÃO POR PRODUTIVIDADE" NO ARTIGO 611-A, IX, DA CLT, NÃO PODE SER COMPREENDIDA DE MODO A PERMITIR A IMPLEMENTAÇÃO DE MÉTODOS DE GESTÃO, DE FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO E DE ESTRUTURAS REMUNERATÓRIAS BASEADAS EM METAS E EM RESULTADOS RECONHECIDAMENTE RELACIONADOS AO APARECIMENTO DE DOENÇAS.

4.7 Modalidade de registro de jornada de trabalho

A matéria referente à marcação de cartões de ponto encontra-se consolidada na legislação brasileira já que, habitualmente, há a tentativa de fraude no computo da jornada de trabalho. Flexibilizar essa norma através da negociação pode ser nocivo ao trabalhador. (CAVALCANTI, 2016, on-line)

Segundo Silva(2017), o termo “modalidades” se refere a forma(meio) como o registro será realizado e não quanto a faculdade de marcação, já que o registro continua obrigatório, dentre outras razões, pelo fato de segundo a súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho(TST) designa ao empregador o ônus da prova da duração da jornada por meio de juntada aos autos dos processos em que figurar como réu dos cartões de ponto, não podendo eximir-se desse ônus sob a alegação de ter negociado individualmente com o empregado a não marcação do registro da jornada.

Com relação a esse tema a ANAMATRA (2017, p. 8) se pronunciou no seguinte sentido:

35 PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO I - O REGISTRO DE JORNADA DE TRABALHO PERMANECE OBRIGATÓRIO, NOS TERMOS DO ART. 74 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. II - A MERA PREVISÃO EM ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE

TRABALHO NÃO BASTA PARA A VALIDADE DO SISTEMA DE REGISTRO ELETRÔNICO DE JORNADA DE TRABALHO. NECESSIDADE DE PROVA DA INVIOABILIDADE E VERACIDADE DOS REGISTROS E POSSIBILIDADE DE EXTRAÇÃO DE DADOS PELA FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO.

4.8 Insalubridade

O artigo 611-A, XVII e XVIII da CLT permite ao empregado hipersuficiente tanto transacionar sobre o enquadramento do grau de insalubridade quanto sobre a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do trabalho.

Provavelmente, a aplicação desses incisos será afastada pelo judiciário, já que: a) a livre estipulação do grau do adicional de insalubridade está em oposição ao artigo 611-B, XVII, que limita a livre disposição das normas presentes em Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho; e b) a prestação de jornada extraordinária em ambientes insalubres pode causar a superexposição do trabalhador à agentes deletérios além dos limites tolerados. Isso se dá porque o limite de exposição máxima diária é calculado pelos órgãos competentes para uma jornada de oito horas no máximo. Por tais razões, tais normas são consideradas inconstitucionais. (SILVA, 2017, p. 118).

4.9 Cláusula compensatória

O s §§ 2º e 4º do artigo 611-A tratam da cláusula compensatória quando houver a redução de um direito trabalhista.

O § 2º afirma que não gera nulidade, por não ser um vício do negócio jurídico, a ausência de contrapartidas quando houver diminuição de algum benefício do trabalhador. Logo, podemos entender que o empregado hipersuficiente poderá abrir de seus direitos mediante contrato individual de trabalho sem necessariamente obter algum retorno em troca de sua renúncia.

Já o § 4º dispõe que quando houver procedência de uma ação anulatória quanto a uma cláusula de convenção ou acordo coletivo, também decairá a cláusula

compensatória. A ANAMATRA (2017, p. 7) se posicionou da seguinte forma no que se refere à mencionada cláusula:

31 INSTRUMENTO COLETIVO E ANULAÇÃO DE CLÁUSULA COMPENSATÓRIA I - CONTRAPARTIDAS EM SEDE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. EXIGÊNCIA INERENTE À BOA-FÉ OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO POR LEI. 15/08/2018: JORNADA NACIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE. A DISPOSIÇÃO CONSTANTE DO ARTIGO 611-A, § 2º, DA CLT, NÃO É COMPATÍVEL COM OS ARTIGOS 7º, XXVI E 8º, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E TAMPOUCO COM O ARTIGO 5º DA CONVENÇÃO 154 DA OIT. II - NEGOCIAÇÃO COLETIVA. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ANULAÇÃO DE CLÁUSULA COMPENSATÓRIA. ART. 611-A, § 4º DA CLT. HAVENDO DÚVIDA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPENSATÓRIA EM BENEFÍCIO DE OUTRA CLÁUSULA PRINCIPAL, AQUELA DEVERÁ PERMANECER NO INSTRUMENTO COLETIVO, MESMO NA HIPÓTESE DO ART. 611-A, § 4º (1ª PARTE), EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR (IN DUBIO PRO OPERARIO).

Apesar do disposto nos incisos supramencionados, os sindicatos poderão buscar em suas negociações por cláusulas reparativas em caso de perda de benefícios, o que fica difícil para um empregado realizar individualmente.

5 LIMITAÇÕES À NEGOCIAÇÃO: ARTIGO 611-B DA CLT

O artigo 611-B da CLT traz limites para possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado através de negociações ou acordos coletivos de trabalho. Tal disposição legal deve, através de uma interpretação extensiva, ser aplicada ao empregado hipersuficiente, pois trata-se de rol de direitos constitucionalmente protegidos.

Através de uma interpretação literal, poderíamos dizer que o repertório trazido pelo art. 611-B é taxativo, porém, parte da doutrina discorda, como é o caso de Silva (2017, p.121):

Enquanto o art.611-A enaltece o caráter meramente exemplificativo das listas de matérias liberadas para a negociação (“entre outros”), o art. 611-B propicia afirmando que o rol de matérias proibidas é taxativo (“exclusivamente”, mas essa afirmativa é ousada e desprovida de base científica. A redação do dispositivo parece ter sido feita às pressas, copiando o art. 7º da CF, sem refletir a existência de outros fundamentos jurídicos e legais que inibam a negociação sindical.

Assim o advérbio “exclusivamente”, presente no supracitado artigo não deve ser interpretado como “unicamente”, “de modo exclusivo”, mas sim como “principalmente” ou “prioritariamente”. (SILVA, 2017).

Em grande parte, o art.611-B é composto de previsões constitucionais, como se vê abaixo:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 IV - salário mínimo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 V - valor nominal do décimo terceiro salário; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 VIII - salário-família; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 IX - repouso semanal remunerado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XI - número de dias de férias devidas ao empregado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XIX - aposentadoria; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943, online)

Essas matérias não poderão ser suprimidas ou reduzidas por convenção ou acordo coletivo, nem, analogicamente através do contrato do empregado hipersuficiente. Segue breve análise desse dispositivo legal:

5.1 Identificação profissional

A CLT em seu título II trata das normas gerais de tutela do trabalhador, sendo que o primeiro capítulo trata da identificação profissional que é realizada através da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e dos livros de registro de empregados.

As normas de identificação profissional são “matéria de ordem pública; a falta de registro afetaria até mesmo os recolhimentos previdenciários”. (SILVA, 2017)

Segundo o artigo 13 da CLT a CTPS é obrigatória para o exercício de qualquer emprego e deve seguir os moldes exigidos pelo Ministério do Trabalho Emprego (SOARES, 2014). Para demonstrar a importância da CTPS o autor continua aduzindo:

A carteira de Trabalho e Previdência Social é um dos documentos mais importantes que o trabalhador possui, pois facilita a prova da relação empregatícia, sendo de fundamental importância para servir de prova do exercício profissional anterior e da permanência ou não de seu titular nos empregos, pois que é seu espelho profissional.

Quanto ao livro de registro de empregados, o artigo 41 da CLT prevê que “Em todas as atividades será obrigatório para o empregador o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho”. O parágrafo único do referido artigo afirma que “Além da qualificação civil ou profissional de cada trabalhador, deverão ser anotados todos os dados relativos à sua admissão no emprego, duração e efetividade do trabalho, as férias, acidentes e demais circunstâncias que interessem à proteção do trabalhador.”

Por tais razões fica proibido a alteração das normas referentes a identificação do empregado tanto por meio de negociação coletiva, quanto através de contrato individual.

5.2 Seguro-desemprego, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e aviso prévio proporcional de no mínimo 30 dias

De acordo com Silva (2017, p.122), “a elegibilidade ao seguro-desemprego e ao saque do fundo de garantia também estão fora do alcance das partes, por se tratar de fundos públicos geridos por conselhos curadores, com receitas vinculadas e diretrizes constitucionais.”

O seguro-desemprego é um auxílio para que o empregado possa se manter e ir à busca de um novo emprego. É pago pelo Governo para aqueles trabalhadores que foram dispensados arbitrariamente (sem justa causa).

A Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990 instituiu o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, fundo especial, destinado ao custeio do Programa do Seguro-Desemprego dentre outros. Sua gestão é realizada pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador – CODEFAT cuja principal função é “elaborar diretrizes para programas e para alocação de recursos, de acompanhar e avaliar seu impacto social e de propor o aperfeiçoamento da legislação referente às políticas.”(BRASIL, 2014, online)

Já o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS é gerido e administrado por um Conselho Curador que é um colegiado tripartite composto por representantes dos trabalhadores, dos empregadores e do Governo Federal. É o que estabelece o artigo 3º da lei 8.036/ 1990, como se vê abaixo:

Art. 3º O FGTS será regido por normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo.

O aviso prévio proporcional de no mínimo 30 dias também não poderá sofrer alteração contratual, encontrando inclusive amparo constitucional. Vale ressaltar que no caso do destrato, quando o aviso prévio for indenizado há a possibilidade do pagamento de metade do valor do aviso prévio (CORREIA e MIESSA, 2018).

Assim, pode-se observar que o seguro desemprego, FGTS e o aviso prévio além de serem regidos pela CF/88 e por leis específicas, são administrados por seus respectivos conselhos não cabendo negociação nesse sentido.

5.3 Salário e verbas correlatas

O salário mínimo não pode ser objeto de negociação, porém poderá ser pago valor inferior em caso de prestação de serviço em jornada não integral, sendo obedecido o valor do salário mínimo hora, pois “a reforma incentivou mais modalidades de contrato de trabalho com carga reduzida, passível de ser remunerado com proporcionalidade dos dias e das horas trabalhadas”(SILVA, 2017, p.122)

Dentre as novas modalidades de contrato de trabalho, devemos destacar o contrato de trabalho intermitente no apesar de haver vínculo empregatício, o empregado presta serviços apenas quando solicitado pelo empregador. A essa modalidade e de contrato de trabalho também é devido o pagamento do salário mínimo, conforme demonstra o enunciado da ANAMATRA (2017, p.17):

74 CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: SALÁRIO MÍNIMO A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SALÁRIO MÍNIMO, CONSAGRADA NO ART. 7º, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ALCANÇA OS TRABALHADORES EM REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE, PREVISTO NOS ARTS. 443, § 3º, E 452-A DA CLT, AOS QUAIS É TAMBÉM ASSEGURADO O DIREITO À RETRIBUIÇÃO MÍNIMA MENSAL, INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE DIAS EM QUE FOR CONVOCADO PARA TRABALHAR, RESPEITADO O SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL, O SALÁRIO NORMATIVO, O SALÁRIO CONVENCIONAL OU O PISO REGIONAL.

Quanto a necessidade de observação do mínimo salarial, a ANAMATRA (2017, p.9) se posicionou no seguinte sentido:

36 NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO E REDUÇÃO SALARIAL NEGOCIAÇÃO COLETIVA. CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. OBJETO ILÍCITO. SALÁRIO MÍNIMO NORMATIVO. ART. 611-B, IV, DA CLT. AS CONVENÇÕES COLETIVAS, OS ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO E OS ACORDOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO DEVEM RESPEITAR O SALÁRIO MÍNIMO NORMATIVO EM QUALQUER MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 7º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Ainda, no que tange ao salário, o art. 611-B da CLT garante aos trabalhadores a remuneração do trabalho noturno superior ao do diurno, não cabendo, portanto, negociação no sentido de o trabalho noturno ser pago com o mesmo salário do trabalho diurno ou com salário inferior. É como se posiciona Correia e Miessa (2018, p. 586)

A previsão de adicional noturno também encontra proteção no art. 7º, IX, da CF/88, não sendo passível sua redução ou supressão por meio de instrumento coletivo de trabalho. O trabalho prestado no período noturno será remunerado em valor superior ao trabalho diurno. Esse adicional, se pago com habitualidade, integra o salário do empregado.[...] Entendemos que não é permitida a redução do adicional noturno, ainda que seu percentual não seja expressamente previsto em norma constitucional e presente artigo, por se tratar de norma de segurança e saúde do trabalhador.

No mais, o supracitado artigo assegura a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa. Logo, “as regras acerca dos descontos salariais, da intangibilidade do salário, de sua irredutibilidade, não podem ser alteradas em negociação coletiva” (CORREIA e MIESSA, 2018, p. 587)

É vedada, também, a negociação sobre o adicional mínimo de 50% da hora extra. A CF/88 estabelece que a duração normal do trabalho é de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, sendo devido o adicional de hora no que ultrapassar tal jornada. As horas extras poderão ser compensadas, situação na qual não há o pagamento do adicional. (CORREIA e MIESSA, 2018)

Dessa forma, pode-se observar que houve a observância dos ditames impostos pela CF/88 no sentido de confirmar os direitos dos trabalhadores ao salário mínimo, ao adicional noturno e à proteção do salário.

5.4 Valor nominal do décimo terceiro salário

Inexiste a possibilidade de alteração das regras referentes ao valor nominal do décimo terceiro salário por meio de contrato individual. Da mesma forma que o salário mínimo, é devido também o décimo terceiro proporcional no caso de trabalhadores que trabalham em jornada reduzida.

A problemática, na visão de Silva (2017, p.122), é o fato de “o legislador foi bem ardiloso ao dizer que a observância é a penas do valor nominal, abrindo brechas para as partes negociarem a retirada dos reflexos e das integrações”.

Logo, o que estaria garantido é a obrigatoriedade do pagamento do décimo terceiro com seu valor integral, restando possibilidade de discussão quanto aos reflexos e integrações. A ANAMATRA (2017, p. 10) se posicionou contrariamente a esse entendimento, nos seguintes termos:

42 PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E 13º SALÁRIO NEGOCIAÇÃO COLETIVA. OBJETO ILÍCITO. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. ART. 611-B DA CLT. A VEDAÇÃO DE SUPRIMIR OU REDUZIR O DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO POR MEIO DE INSTRUMENTO COLETIVO, CONFORME DISPÕE O ART. 611-B DA CLT, ESTENDE-SE AOS REFLEXOS E ÀS INTEGRAÇÕES NA REFERIDA VERBA REMUNERATÓRIA.

Por tais razões, fica proibido ao empregado hipersuficiente a negociação referente ao décimo terceiro salário.

5.5 Benefícios previdenciários

Quanto aos benefícios previdenciários, discorre Silva (2017, p.122):

Salário família(inc. VIII), licença-maternidade(inc. XIII), aposentadoria(inc. XIX) e proteção ao acidente de trabalho (inc. XX) são prestações previdenciárias e nada tem a ver com a negociação coletiva; nem deveriam ter perdido tempo com essas menções, que apenas evidenciam a ânsia de recortar o art. 7º e colar na CLT.

Portanto, temos como principais fontes do direito previdenciário a constituição, leis complementares, leis ordinárias, decretos e portarias, não sendo cabível a negociação contratual.

Quanto a tais benefícios, Correia e Miessa (2018, p. 588), ressalta que:

a) Salário-família: “por ser benefício previdenciário, pago pelo Estado, a regulamentação deve ser realizada exclusivamente por lei” (CORREIA e MIESSA, 2018);

b) Aposentadoria: “é decorrência do Regime de Previdência Social, sendo regida pelas Leis 8.212/1991 e 8.213/1991. Além disso, a previdência no art. 201 da

Constituição federal/1988”. Logo, pelos impactos causados nas contas públicas, não cabe negociação individual sobre aposentadoria. (CORREIA e MIESSA, 2018);

c) Seguro contra acidente de trabalho: “decorre dos riscos ambientais de trabalho (Gilrat) trata-se de tributo que incide de forma proporcional em relação ao risco da atividade exercida.” Logo, tal parcela destina-se ao custeio de benefício previdenciário, portanto não cabe negociação sobre a mesma; (CORREIA e MIESSA, 2018);

d) Licença-maternidade: “compreende o afastamento remunerado da gestante, com duração de 120 dias” também não pode ser objeto de alteração contratual.

As transações coletivas ou individuais não poderão alterar as normas relacionadas a prestações previdenciárias, tais como: salário-família, licença maternidade, aposentadoria, proteção ao acidente de trabalho;

5.6 Repouso Semanal Remunerado

Trata-se de mais uma garantia constitucional transcrita na CLT, sendo portanto inegociável “e dispõe de norma própria (Lei 605/1949), mas o legislador permite a maleabilidade do dia, inclusive a alteração do feriado (art.611-A, XI)”(SILVA, 2017, p.123);

O referido período de descanso é de, no mínimo 24 horas ininterruptas, sendo concedido uma vez por semana, preferencialmente aos domingos (art. 7º da CF/88). O Repouso Semanal Remunerado é considerado uma interrupção do contrato de trabalho, pois mesmo não havendo prestação do serviço há pagamento da retribuição pecuniária. (CORREIA e MIESSA, 2018)

Dessa forma, não cabe ao empregado a flexibilização de tal norma por meio contratual.

5.7 Férias

Os incisos XI e XII do art. 611-B da CLT estabelece que as transações individuais de trabalho não poderão alterar o número de dias de férias anuais com remuneração acrescida de 1/3.

Correia e Miessa (2018, p.589) explicam que

O descanso durante o período de férias tem como objetivo evitar o cansaço excessivo e preservar a saúde do trabalhador. Nesse período de descanso prolongado não há prestação de serviços, mas há pagamento de salário, e o período de afastamento é contado para todos os efeitos. A duração das férias está intimamente ligada às faltas injustificadas cometidas pelo empregado ao longo do período aquisitivo. A proporção de faltas e do período de descanso está prevista no art. 130 da CLT e não pode ser alterado por negociação coletiva:

[...]

A Lei nº 13.467/2017 revogou o art. 130-A da CLT, e a duração das férias é igual inclusive para os trabalhadores em regime de tempo parcial.

O artigo 130 da CLT garante até 30 dias de férias anuais aos trabalhadores. Essa quantidade de dias poderá ser reduzida com base em critérios como faltas injustificadas. O que se pretende garantir é que a quantidade de dias de férias não seja alterada através de acordo coletivo ou individual de trabalho.

5.8 Licença-paternidade

Ainda não existe uma lei específica que trate da licença paternidade, portanto, o limite a ser obedecido é o de cinco dias constante na ADCT da CF/88. “Essa licença é válida tanto para o pai casado como para o solteiro, e deve ser gozada no decorrer da primeira semana após o parto” (CORREIA e MIESSA, 2018), sendo que a lei 13.257/2016 possibilita a prorrogação da licença-paternidade por mais 15 dias, totalizando 20 dias.

Assim, trata-se de mais uma matéria abordada constitucionalmente, intangível contratualmente.

5.9 Normas de saúde, higiene e segurança do trabalho

Os contratos individuais de trabalhos deverão respeitar as normas de saúde e segurança do trabalhador. Para Correia e Miessa (2018, p. 591) esse inciso será

relevante para conter as negociações, pois assim “como as normas de registro profissional, as disposições referentes à saúde e segurança do trabalho são objeto da fiscalização do trabalho e são indispensáveis para o combate aos acidentes de trabalho”.

Um ponto positivo é a limitação da redução de Normas Regulamentadoras (NRs) do Ministério do trabalho, pois “elas prestam serviços notáveis para a sociedade brasileira, com parâmetros mínimos [...] de convivência e ambientes agressivos”. (SILVA, 2017)

Esse artigo entra em contradição com os incisos XII e XIII do art. 611-A, que permitem a negociação sobre o grau de enquadramento de insalubridade e sobre prorrogação da jornada em ambientes insalubres, já que tais matérias são afetas a regulamentação do Ministério do Trabalho. Nesse caso, deve prevalecer a vedação dada pelo art. 611-B. (CORREIA e MIESSA, 2018)

Outra contradição encontra-se no parágrafo único do art. 611-B, pois afirma que normas referentes a duração do trabalho e do intervalo intrajornada, conforme explica Silva(2017, p.124): “mas alguns assuntos relevantes, como a supressão parcial da refeição, foram consideradas matérias não ligadas à saúde pelo mesmo art. 611-B, p. único – algo que reputamos inconstitucional e contraditório”.

A ANAMATRA (2017, p.8) proferiu enunciado no mesmo sentido:

34 INTERVALO INTRAJORNADA COMO NORMA DE SEGURANÇA E SAÚDE PÚBLICA I - REGRAS SOBRE O INTERVALO INTRAJORNADA SÃO CONSIDERADAS COMO NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO E, POR CONSEQUÊNCIA, DE ORDEM PÚBLICA, APESAR DO QUE DISPÕE O ART. 611-B, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT (NA REDAÇÃO DA LEI 13.467/2017). II - O ESTABELECIMENTO DE INTERVALOS INTRAJORNADAS EM PATAMARES INFERIORES A UMA HORA PARA JORNADAS DE TRABALHO SUPERIORES A SEIS HORAS DIÁRIAS É INCOMPATÍVEL COM OS ARTIGOS 6º, 7º, INCISO XXII, E 196 DA CONSTITUIÇÃO.

Dada a importância das normas de higiene, saúde e segurança, não é cabível a pactuação em sentido diverso da legislação.

5.10 Normas protetivas ao trabalho da mulher

Os contratos individuais não podem trazer alterações que digam respeito às normas protetivas ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos previstos em lei.

Tradicionalmente, as atividades laborais executadas pelas mulheres foram desrespeitadas como o pagamento de salários inferiores aos dos homens, local de trabalho insalubre, jornadas elevadas. (CORREIA e MIESSA, 2018)

Silva (2017, p.124) manifesta-se da seguinte maneira quanto às proteções ao trabalho da mulher trazidas pelo art.611-B da CLT:

normas de proteção ao trabalho das mulheres, gestantes ou não, previstas pelos artigos mencionados no inciso XXX, a saber: proibição de atestado de esterilidade e outras práticas discriminatórias (art. 373-A); limitação ao carregamento de peso pela mulher em 20 ou 25kg, apesar de essa norma se achar totalmente obsoleta em face das diretrizes básicas da ergonomia previstas na NR 17 (art. 390); direito à licença-maternidade de 120 dias, tema já constitucionalizado (art. 392); direito à licença-maternidade em caso de adoção (art. 392-A); direito à rescisão indireta da gestante tratada com rigor excessivo (art. 394); questões relacionadas com o trabalho da gestante em ambiente insalubre (art. 394- A); licença de duas semanas em caso de aborto (art. 395); direito à amamentação com duas pausas de 30min cada uma (art. 396), bem como instalações apropriadas para tanto (art. 400).

Dessa forma, é incabível ao empregado hipersuficiente realizar contratos que desrespeitem essas regras conquistadas a duras penas.

5.11 Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas

O direito aos referidos adicionais também é norma que encontra assento constitucional, sendo de total para saúde, higiene e segurança do trabalhador, conforme explicado acima.

No que se refere ao adicional de penosidade, embora encontre-se previsto constitucionalmente, inexistente a necessária regulamentação infraconstitucional que garanta sua exigibilidade. (CORREIA e MIESSA, 2018)

Quanto aos adicionais de insalubridade e periculosidade, continua asseverando os supramencionados autores:

As atividades perigosas ocorrem quando se verifica a presença de risco acentuado na atividade desenvolvida pelo empregado. [...] Por fim, as

atividades insalubres são aquelas que expõem o empregado a agentes nocivos à sua saúde e que ultrapassam o seu limite de tolerância. [...] Os adicionais referidos pela Constituição Federal e pela Reforma Trabalhista trata-se de normas de saúde e segurança no trabalho, consistindo em normas cogentes, e por essa razão não podem ser objeto de convenção entre as partes.

Por se tratarem de normas impositivas, que afetam grandemente a vida e o bem-estar do trabalhador, essas normas não podem ser alteradas por regulamentações autônomas.

5.12 Prazo prescricional

O prazo prescricional bienal e quinquenal também não poderão ser alterados por meio contratual, pois tratam-se de normas de ordem pública, recebendo até mesmo proteção constitucional. No mesmo sentido encontra-se a doutrina de Correia e Miessa (2018, p.594), nos seguintes termos:

A Constituição Federal e o art. 11 da CLT, alterado pela Reforma Trabalhista, preveem o prazo de 2 anos após o término do contrato para ingressar na Justiça do Trabalho. É chamada de prescrição bienal. [...] Ainda de acordo com o texto constitucional, o empregado poderá pleitear os direitos trabalhistas dos últimos 5 anos a contar do ajuizamento da reclamação. Ressalta-se que o pedido dos últimos 5 anos não conta da extinção do contrato, mas do ingresso da reclamação trabalhista. A prescrição é nítida matéria de ordem pública, não podendo ser objeto de negociação coletiva, até por estar disciplinada no texto constitucional.

Dessa forma, é proibido ao empregado hipersuficiente tratar desse tema em seus contratos de trabalho.

5.13 Combate à discriminação da pessoa com deficiência

O indivíduo com deficiência é protegido constitucionalmente, além de encontrar tutela em tratados de direito internacional. Com o advento da lei 13.146/2017(Lei de inclusão), não é mais possível considerar uma pessoa absolutamente incapaz com base em limitações físicas ou psicológicas.

A supramencionada lei, determina inclusive que deverá haver formação em todos os níveis de ensino para o portador de deficiência, além de incentivos para a

colocação no mercado de trabalho. Corroborando esse entendimento, Correia e Miessa (2018, p.595)

A Lei no 13.146/2015 constitui importante instrumento normativo no tocante ao reconhecimento de direitos da pessoa com deficiência. Por se tratar de normas de combate à discriminação, por expressa previsão constitucional, não é possível admitir sua redução ou supressão por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Dessa forma, é incabível qualquer manifestação contratual no sentido de reduzir ou retirar os direitos das pessoas portadoras de deficiência.

5.14 Proteção às crianças e adolescentes

A tutela constitucional constante no art. 7º, XXXIII não poderá ser alterada contratualmente, bem como as medidas de proteção legal às crianças e adolescentes.

Dessa forma fica proibido ao menor de 18 anos o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, além de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

6 DA ARBITRAGEM: ARTIGO 507-A DA CLT

O artigo 507-A da CLT surgiu como importante inovação legislativa trazendo a possibilidade da arbitragem para dirimir conflitos oriundos da relação laboral, para categoria diferenciada de empregados, nos seguintes termos:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943).

Assim, temos estabelecidos dois critérios para a possibilidade de arbitragem como meio de solução de lides oriundas de contratos individuais de trabalho, quais sejam:

- a) que o empregado perceba remuneração superior duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e
- b) existência de cláusula arbitral de iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa.

Dessa forma, percebe-se que, diferente do que dispõe o artigo 444, parágrafo único da CLT, para a concretização de cláusula arbitral não se exige do empregado nível superior, prevalecendo apenas o critério salarial, sobre o assunto manifesta-se Silva (2017, p. 97):

Há uma sutil diferença entre o art.444, parágrafo único, sobre a livre estipulação, e o art. 507-A, sobre a cláusula compromissória: ambos exigem a faixa salarial acima do dobro do teto da Previdência, mas somente o primeiro exige que o empregado tenha, também, o diploma de ensino superior. Talvez o legislador tenha entendido que a livre estipulação com patamar de negociação coletiva necessite maior discernimento do empregado, mas isso é uma presunção relativa e bastante frágil, mormente se a gente se lembrar da queda livre em que se encontra a qualidade dos bacharelados brasileiros e a proliferação dos cursos vagos, à distância e sem o compromisso com o conteúdo. Mas isso pertence a outro âmbito de discussão. Por ora, é suficiente reter que a cláusula compromissória de arbitragem pode ser firmada por empregado desprovido de ensino superior.

6.1 Conceito e natureza jurídica da arbitragem

A arbitragem é atualmente entendida como método privado de solução de conflitos, sem a intervenção jurisdicional estatal, tendo, porém, o laudo arbitral a mesma efetividade de uma sentença proferida pelo judiciário. Nas palavras de Neves (2012, p. 08):

A arbitragem é a antiga forma de solução dos conflitos fundada, no passado, na vontade das partes de submeterem a decisão de um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso extremamente valorizadas suas decisões[...]Atualmente, a arbitragem mantém as principais características de seus primeiros tempos, sendo uma forma alternativa de solução de conflitos fundada basicamente em dois elementos:

- (i) as partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses e,
- (ii) a decisão desse terceiro é impositiva, o que significa que resolve o conflito independentemente da vontade das partes

No mesmo sentido, manifesta-se Scavone Junior (2017, p.19) ao definir a arbitragem “como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.”

Portanto, a arbitragem é um meio heterocompositivo de resolução de lides, podendo os árbitros serem escolhidos pelas partes, tendo a natureza jurídica de equivalente jurisdicional, como bem preleciona Neves (2012, p. 09):

Questão interessante a respeito da arbitragem diz respeito a sua genuína natureza de equivalente jurisdicional. Ainda que a doutrina majoritária defenda tal entendimento, é preciso lembrar que importante parcela doutrinária defende a natureza jurisdicional da arbitragem, afirmando que atualmente a jurisdição se divide em jurisdição estatal, por meio da jurisdição, e jurisdição privada, por meio da arbitragem.

Em que pese a arbitragem ter a natureza jurídica de equivalente jurisdicional, como supramencionado, ela apresenta algumas diferenças em relação a jurisdição estatal, como bem explanado por Silva (2017, p. 99):

Há alguns pontos que afastam a solução arbitral da solução judicial: a) a publicidade dos atos judiciais é quase irrestrita, ao passo que na arbitragem pode ser convencionada a cláusula de confidencialidade entre as partes; b) os custos judiciais são inexistentes, baixos ou moderados, ao passo que a arbitragem, por ser um serviço particular que auferir lucros, costuma ter custos altos, não ficando claro na reforma quem arcará com eles; c) o

tempo de duração do processo judicial costuma ser longo, se esgotadas todas as instâncias recursais, enquanto que da arbitragem se espera tempo muito breve, o que joga a favor do empregado na maioria dos casos; d) o juiz, via de regra, está adstrito à lei e aos pedidos, ao passo que o árbitro pode se valer amplamente da equidade e propor solução fora ou além do postulado.

Nesta feita, podemos observar que a arbitragem pode trazer alguns benefícios ao trabalhador, como por exemplo a celeridade do processo, visto que não há possibilidade de recurso, bem como o uso da equidade. Outro benefício que poderá ser observado é a possibilidade de o árbitro conhecer melhor a realidade do trabalhador, visitando os estabelecimentos empresariais, conversando com empregados e empregados e etc, situação essa quase impossível ao judiciário tendo em vista o quantitativo de processos.

6.2 Espécies de convenção de arbitragem

Quanto às espécies, a convenção de arbitragem pode ser classificada em: cláusula compromissória de arbitragem e compromisso arbitral, sendo:

a) Cláusula de compromisso de arbitragem: Surge através de uma cláusula estipulada em um contrato, que determina que as possíveis controvérsias futuras serão resolvidas através da arbitragem. Tem previsão no artigo 4º da lei 9.307/1996:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. (BRASIL, 1996)

b) Compromisso arbitral: É uma espécie de compromisso arbitral que se estabelece após o surgimento da contenda, podendo ser estabelecida judicial ou extrajudicialmente, segundo o artigo 9º da lei 9.307/1996:

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. (BRASIL, 1996)

O árbitro ao proferir sua decisão poderá estar adstrito a escolha de uma das teses apresentadas (empregado ou empregador), esse tipo de arbitragem denomina-se arbitragem de propostas finais, que difere-se da arbitragem tradicional, já que nessa o árbitro poderá decidir de acordo com o que lhe parecer razoável, mesmo que sua decisão não se aproxime de nenhuma das propostas, Silva (2017, p. 99) preconiza que:

Chama-se de arbitragem de propostas finais aquela em que o árbitro se atém a escolher uma das duas soluções ofertadas – a pretensão do trabalhador ou a tese do empregador. Assim, quem especular demais e propuser um modelo muito divorciado da realidade faz aposta de alto risco e se expõe à perda total da reivindicação.(...) Na outra ponta, existe a arbitragem tradicional, em que o árbitro, após ouvir os argumentos e as provas de ambos os lados, propõe uma solução que lhe pareça mais adequada, podendo se aproximar mais de um lado ou de outro. Pensamos que o contrato de trabalho deveria especificar, de plano, qual modalidade será adotada, a fim de evitar ainda mais esse conflito.

Dessa feita, pode-se observar que a atual lei de arbitragem, traz diferentes formas de instauração da cláusula arbitral, bem como diferentes formas de resolução da lide, sem necessariamente estar totalmente atrelado unicamente à lei.

6.3 Aplicação da arbitragem ao direito individual do trabalho

A lei 13.467/2017 trouxe a possibilidade da arbitragem em contratos individuais de trabalho quando a remuneração do empregado for superior ao dobro do limite máximo dos benefícios do RGPS. Logo, segundo Scavone Junior (2017, p.46), os empregados da cúpula “poderão, inclusive, firmar cláusula arbitral no contrato de trabalho, até porque a própria contratação desses profissionais é diferenciada, não se colocando eles, em regra, em situação de vulnerabilidade ao celebrar o contrato”.

Em sentido contrário, a ANAMATRA (2017, p.12) iniciou a abordagem sobre

essa temática, se posicionando da seguinte forma:

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

Segundo a lei 9.307/1996(lei de arbitragem), a arbitragem somente será possível quando estivermos diante de direitos disponíveis, o que poderia criar um embaraço em sua aplicação no direito do trabalho visto que se tratam de normas cogentes de ordem pública. Sobre a problemática, Silva (2017, p. 98) esclarece que:

[...]a discussão mais complexa residirá na definição do que sejam direitos indisponíveis. Como se sabe, esta classe de direitos não pode se submeter a formas alternativas de solução de conflitos, por se entender que eles não são passíveis de negociação, renúncia ou transação... O entendimento majoritário no âmbito trabalhista vai no sentido de que os créditos dos empregados são irrenunciáveis – e, portanto, imunes a atos unilaterais dos empregados ou a acordos extrajudiciais não revestidos de formalidades – mas não chegam ao patamar de indisponível – pois, do contrário, nem ao menos poderia haver prescrição trabalhista ou acordo judicial, com ou sem concessões recíprocas. É como se a irrenunciabilidade, tão estudada pelos tratadistas juslaborais, estivesse num grau abaixo ou numa dimensão de menor densidade da indisponibilidade, muito cara aos direitos da personalidade, por exemplo.

Vale lembrar que em que pese o laudo arbitral ser irrecorrível, deverá haver a análise por parte do judiciário da presença dos requisitos obrigatórios para sua implementação, dentre os quais, se destaca, no âmbito trabalhista, o livre consentimento, sobre tal aspecto, assevera Silva (2017, p. 99):

O princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, consagrado pelo art. 5º, XXXV da CF, tende a ser, ele também, um obstáculo severo ao incremento da arbitragem no direito do trabalho. Ele já foi utilizado para combater as CCPs – Comissões de Conciliação Prévia e outros modelos extrajudiciais de solução de conflito. Mas o STF aos poucos o adaptou para dizer que comporta exceções, como no modelo desportivo, e que, também a arbitragem fica sujeita ao crivo judicial, apesar de limitada a discussão a questões de forma e de consentimento, e não a questões de fundo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento desse projeto possibilitou uma análise de uma das alterações trazidas pela reforma trabalhista, a implementação do empregado hipersuficiente, bem como o impacto que essa evolução legislativa pode causar analisando-o com base nos princípios constitucionais vigentes, nos enunciados proferidos pela justiça do trabalho e nas normas trabalhistas em geral.

O desenvolvimento histórico do direito do trabalho demonstra que o seu surgimento está ligado à necessidade de proteção ao trabalhador, visto que era submetido a condições sub-humanas no ambiente juslaboral, pois era visto apenas como meio de obtenção de lucro. Dessa forma, o direito do trabalho surge para proteção da parte hipossuficiente, vedando inclusive a negociação de tais direitos, pois são indisponíveis.

A Lei 13.467/2017 trouxe alterações legislativas que mitigaram esse entendimento ao introduzir o que vem sendo denominado de empregado hipersuficiente. Tal trabalhador poderá transigir diretamente com o empregador termos de seu contrato de trabalho.

No ordenamento jurídico nacional, a elaboração e a interpretação das leis tomam como base a Constituição Federal, nesse sentido, no exercício da liberdade negocial do hipersuficiente deve-se observar os princípios constitucionais do trabalho como o princípio da proteção, da irrenunciabilidade, da proibição do retrocesso social e da isonomia.

De modo geral, os doutrinadores mostram-se céticos quanto aos benefícios dessa inovação legislativa para o empregado, pois a hipersuficiência do empregado mostra-se como uma utopia do legislador já de fato as alterações legislativas no sentido de trazer diferenciação entre empregados com base em critérios de grau de escolaridade e salário não se mostra eficaz, tendo em vista que o equilíbrio empregado x empregador se mostra inexistente na realidade fática frente a subordinação que a relação empregatícia exige.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial.** Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_57/Alice_Barros.pdf Acesso em: 15 de outubro de 2018

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** – São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

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

_____. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____. **Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.** Disponível em: <http://portalfat.mte.gov.br/codefat/resolucoes-2/resolucoes-por-assunto/geracao-de-emprego-e-renda/linhas-de-creditos-especiais/fat-giro-cooperativo-agropecuário/sobre-o-fat/> Acesso em: 13 de outubro de 2018

_____. Senado Federal. **Lei altera Programa Seguro-Emprego, que reduz jornada e salário de trabalhadores.** Brasília, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/27/lei-altera-programa-seguro-emprego-que-reduz-jornada-e-salario-de-trabalhadores>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015

CEZAR, Renata. **Direitos sociais frente ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6963/Direitos-sociais-frente-ao-Principio-da-Proibicao-do-Retrocesso-Social>. Acesso em: 29 Ago 2018.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson . **Manual da reforma trabalhista: lei 13.467/2017 o que mudou? comentários artigo por artigo**. Salvador: JusPODIVM, 2018

DANIA, Thiago Vilela. **Arbitragem trabalhista e o princípio da indisponibilidade**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13546>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

FELIPE, Juliana Raquel De Oliveira. **Princípios constitucionais trabalhistas e sua eficácia na relação de emprego**. Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/34652/principios-constitucionais-trabalhistas-e-sua-eficacia-na-relacao-de-emprego>> Acessado em: 21 de agosto de 2018.

FRANCO, Giovanni Correia. **Subordinação na relação de trabalho**. Disponível em: <https://giovannifranco.jusbrasil.com.br/artigos/249964805/subordinacao-na-relacao-de-trabalho> Acessado em :22 de outubro de 2018

FRANZESE, Eraldo Aurélio Rodrigues. **Regulamento de Empresa**. Disponível em: < <https://blogs.tribuna.com.br/direitodotrabalho/2013/08/regulamento-de-empresa/>> Acesso em: 04 de outubro de 2018.

GOULART, Rodrigo Fortunato. **Empregado hipersuficiente e negociação individual**. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/empregado-hipersuficiente-negociacao-individual-717730429?from_fbt=1&fbt=preview&fallbackURLB64=aHR0cDovL2xpdnJvcy1lLXJI>

dmlzdGFzLnZsZXguY29tLmJyL3ZpZC9lbXByZWdhZG8taGlwZXJzdWZpY2llbnRILW5lZ29jaWFjYW8taW5kaXZpZHVhbC03MTc3MzA0Mjk=>. Acesso em 20 de agosto de 2018

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17^a ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURO, Henrique da Silva. **Reforma trabalhista – extensão e limites do negociado sobre o legislado**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270379,71043-Reforma+trabalhista+extensao+e+limites+do+negociado+sobre+o+legislado>> Acesso em: 24 Set 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

MEDEIROS, Flávio Tenório Cavalcanti de. **A evolução do conceito da subordinação jurídica no âmbito das relações de trabalho**. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-do-conceito-da-subordinacao-juridica-no-ambito-das-relacoes-de-trabalho,56505.html> Acesso em: 22 de outubro de 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.

PRIMON, Ana Gabriela de Melo. **Empregado “hipersuficiente”: mais uma aberração da Reforma Trabalhista**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/01/empregado-hipersuficiente-mais-uma-aberracao-da-reforma-trabalhista/>> Acessado em: 20 de agosto de 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017

ROCHA, Alcides. **A importância do Plano de Cargos e Salários**. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/economia-e-financas/a-importancia-do-plano-de-cargos-e-salarios/96086/> Acesso em: 03 de outubro de 2018

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Forense. 2010.

SEGUNDA JORNADA NACIONAL DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. Temas. Disponível em <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em 21 Ago. 2018.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. – São Paulo: Editos Revista dos Tribunais, 2017.

SOARES, Lucas. Da Identificação Profissional. Disponível em: <https://lucassoaresadv.jusbrasil.com.br/artigos/126511287/da-identificacao-profissional> Acesso em: 13 de agosto de 2018.

TAKANO, Rodrigo Seizo. **Trabalhadores hipersuficientes tem salario irredutível?** Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/trabalhista-ij/trabalhadores-hipersuficientes-tem-salario-irredutivel> Acesso em: 15 de outubro de 2018

VASCONCELLOS, Maria de Oliveira de. Luiz, Fernando Vieira. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade**.

Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/download/120/99> Acesso em 27 de agosto de 2018.