

O empregado alcunhado de hipersuficiente e o afronto ao princípio da isonomia

Benizete Ramos de Medeiros¹
Luis Carlos Secca²

Resumo: O empregado alcunhado de hipersuficiente, segundo a Lei 13.467/2017, tem mais liberdade na contratação com afastamento dos princípios protetores notadamente o da indisponibilidade de direitos e irrenunciabilidade, cujos critérios são ser possuidor diploma de nível superior e receba importância salarial igual ou superior ao valor de duas vezes o limite máximo dos benefícios outorgados pelo regime geral de previdência social. O presente texto faz uma análise do instituto novo à luz do princípio constitucional da isonomia de tratamento e o controle de convencionalidade, com a colocação de mais um tijolo na construção das críticas acerca da chamada reforma trabalhista, trazida com a Lei 13.467/2017.

Palavras chaves: empregado hipersuficiente. princípio da isonomia. controle de convencionalidade. reforma trabalhista.

Introdução:

A proposta de flexibilização dos novos contratos trabalhistas, em um mundo de economia globalizada, tem sido a retórica daqueles que defendem uma maior liberalização da economia. Eles justificam sua tese como sendo a única opção para reduzir a evolução galopante dos índices de desemprego. No entanto, há um confronto com Carta Magna de 1988 e a positivação de um rol de direitos econômicos, sociais e culturais, que são verdadeiras cláusulas pétreas.

O presente texto, tem por objetivo a colocação de mais um tijolo na construção das críticas acerca da chamada reforma trabalhista trazida com a Lei 13.467/2017, com análise no novo modelo de contratação para os chamados empregados hipersuficientes, considerados aqueles portadores de diploma de nível superior e salário igual ou superior ao valor de duas vezes o limite máximo dos benefícios outorgados pelo regime geral de previdência social, em confronto com o princípio da isonomia de tratamento esposado na Constituição brasileira, passando, ainda por uma breve análise da violação às Convenções internacionais, notadamente a de n. 111 da OIT.

Para isso, examina-se a figura do empregado hipersuficiente, as suas características e os parâmetros definidores dessa nova figura, bem como em quais

¹ Benizete Ramos de Medeiros. Doutora em Direito e Sociologia (UFF); mestre em Direito Público (FDC); professora do PPGD/UVA e graduação em Direito material e processual do Trabalho; advogada Trabalhista

² Luis Carlos Secca; mestrando em Direito (PPGD/UVA); professor de Direito Civil e Processual Civil; advogado civilista

situações ele estaria autorizado a negociar de modo individual, sem a mediação ou ingerência de entidades coletivas, sobre o conteúdo de seu contrato de trabalho.

Faz um raso mergulhonos direitos humanos, no princípio da isonomia de tratamento e no controle de convencionalidade, a partir de alguns autores, esperando, com isso, contribuir na crítica que já temos feito das mazelas da Lei 13.467/017.

1. Entendendo o que a Lei considerou como sendo empregado hipersuficiente a autonomia nas negociais

Um dos motivos que levou à estruturação da chamada reforma trabalhista efetivada no ano de 2017 foi a inclusão do favoritismo pela maior obediência à autonomia privada no perímetro das pactuações regulares dos contratos de trabalho. Antes, a legislação trabalhista nacional regulamentava pouquíssimos casos em que os empregados com funções de maiores salários eram distintos dos demais, por exemplo, nos episódios de administração da jornada dos cargos de gestão. E, muito menos, a exigência de portar um diploma de nível era critério determinante nos ajustes contratuais.

A lei inovou ao criar a figura do empregado hipersuficiente no parágrafo único do art. 444 da CLT, permitindo que ele tenha maior autonomia nas negociações com o empregador. Para uma análise, necessário a localização do novel instituto da CLT reformada para que melhor de se desenvolva as críticas e os confrontos com o princípio da isonomia que se fará.

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.

Portanto, o requisitos trazidos para livre pactuação são empregados que possuam, conjuntamente, diploma de graduação em nível superior e receba importância salarial igual ou superior ao valor de duas vezes o limite máximo dos benefícios outorgados pelo regime geral de previdência social.

O legislador reformista, inclinou-se pela criação de um modelo de empregado até então estranho nesse ramo jurídico pátrio, salvo,escasso exemplo como o da “ Lei n. 4950-A de 1966, que estabelece um montante salarial diferenciado aos profissionais da Engenharia, Química, Arquitetura, Agronomia e Veterinária, que se formaram em cursos com duração de quatro anos ou mais”.³

A CLT, no Art. 444,*caput*, já autorizava a livre fixação das condições contratuais, desde que considerados os direitos do empregado determinados na legislação ou em outros dispositivos normativos, ou seja, não havia probabilidade de romper comos princípios protetores. “Esta vedação demonstrava o caráter indisponível que esses direitos possuíam e tornava efetivo o princípio da imperatividade da legislação trabalhista”.⁴

No entanto, parágrafo único inserido no art. 444, limitou essa possibilidade, dando uma falsa liberdade. Em outras palavras, o empregado que atenda aos dois supramencionados critérios terá uma falsa autonomia para negociar sobre dimensões contratuais que poderão se sobrepor às normas trabalhistas. Isso,afasta dessa negociação qualquer intervenção do sindicato, isto é, permite ampla e irrestrita autonomia para o empregado, transformando-se, assim, o cume do efeito do novo paradigma constituído pela reforma: o predomínio do acordado individual sobre o legislado.

O certo é que as lesões e os limites, será do domínio da jurisprudência.

1.1.Os limites dos direitos negociáveis

A referida leidemarcou no parágrafo único quais são os conteúdos que, quando negociados pelo empregado hipersuficiente, justapor-se-ão às normativas trabalhistas, por intermédio da inclusão do Artigo 611-A, que tem caráter para as negociações coletivas para os demais empregados:

[...] a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei quando dispuserem, entre outros temas, sobre a jornada de trabalho, banco de horas, intervalo intrajornada (desde que respeitado o limite mínimo de trinta minutos), adesão ao Programa Seguro-Desemprego, plano de cargos e salários, identificação de cargos de confiança, regulamento de empresa, representação de trabalhadores no local de trabalho, teletrabalho, regime de sobreaviso, trabalho intermitente, remuneração por produtividade (incluída a

³ BOUCINHAS FILHO. Jorge Cavalcanti. **Autonomia Negocial dos Trabalhadores Hipersuficientes**. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso[Cord.]. **Reforma Trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo, LTr, 2018.

⁴DELGALDO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo, LTr, 2018.

gorjeta), remuneração por desempenho individual, registro de jornada, troca dos dias de feriado, enquadramento do grau de insalubridade, prorrogação de jornada em locais insalubres, prêmios de incentivo, participação em lucros e resultado.⁵

Logo, somente estará autorizado legalmente a negociar diretamente com o empregador o conteúdo relacionado no Artigo 611-A. Mas, o perigo está no fato de que a negociação pode ser “um instrumento de grande gravidade, pois, ao realizá-la, este acabará por sobrepor-se às negociações coletivas, condição possivelmente inconstitucional, levando-se em conta o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas determinado no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal”.⁶

Estabeleceu-se, desse modo, oportunidade de realizar modificações contratuais que podem culminar por lesar o empregado. Apesar da natureza de contrato de adesão que o contrato de trabalho possui, aumentam-se as opções de modificações bilaterais, “permitindo que se estabeleçam modos de desregulamentação e flexibilização das normas trabalhistas, sem, ao menos, conceder aos sindicatos a chance de combater os possíveis abusos ocorridos nesta negociação entre o empregado hipersuficiente e o seu empregador”.⁷

Portanto se faz necessário, fazer uma análise das repercussões desse novo modelo do empregado hipersuficiente no direito fundamental da igualdade de tratamento e na convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho que podem inviabilizar a aplicação dessas mudanças intentadas pela reforma, pois permanece a subordinação jurídica integral.

2.A nova figura do empregado hipersuficiente afronta ao princípio da isonomia?

Os direitos fundamentais, direitos da personalidade e direitos humanos são utilizados, por diversas vezes, como expressões sinônimas, muito embora seja possível identificar algumas distinções entre eles. Os direitos da personalidade significam os que salvaguardam a intimidade do indivíduo e sua dignidade, preservam o espaço privado do sujeito. Direitos humanos são aqueles que contemplam o indivíduo com prerrogativas que lhe dão autonomia perante as possíveis abusos cometidos pelos poderes estatais instituídos. “Já os direitos fundamentais são os direitos humanos que

⁵CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. 2º ed. São Paulo: LTr, 2018.

⁶FRANCO FILHO. Georgenor de Sousa. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo, LTr, 2018.

⁷DELGADO, ob. Cit.

passaram a ocupar espaço no texto das constituições, estando garantidos pelos ordenamentos jurídicos”.⁸

É provável a indagação sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, no entanto a Constituição Federal favoreceu terminantemente assentir a sua aplicação, por exemplo, ostentando um rol de direitos trabalhistas, como os definidos no Artigo 7º da Constituição Federal, que são de acatamento obrigatório pelos particulares. Tal intervenção na autonomia do direito privado foi uma escolha do legislador constituinte originário por compreender que a sociedade brasileira é, em sua natureza, desigual. Corroboram com esse entendimento do cenário social brasileiro os dados do IBGE, os quais apontam: “Em 2017, os 10% da população com os maiores rendimentos detinham 43,3% da massa de rendimentos do país, enquanto a parcela dos 10% com os menores rendimentos detinha 0,7% desta massa.”⁹

Destarte, decidiu-se por introduzir esses direitos fundamentais no âmbito do direito privado para “viabilizar a construção de uma sociedade transformadora e trazer conquistas básicas à população, que, ao gozar de uma maior gama de direitos, poderá, efetivamente, exercer a sua autonomia privada diante das negociações que fizer parte”.¹⁰

Ciente, dessa maneira, da significância que esses direitos passaram a existir também no domínio privado, segue-se à investigação do direito fundamental da igualdade, que se encontra disposto no Artigo 5º da Constituição Federal, o qual determina que todos são iguais perante a lei, sem que se tenha qualquer modo de distinção. Essa exposição trata-se, assim, do sentido primeiro que provém desse direito fundamental, salientando-se que ele vai além dessa acepção, “No Estado Social de Direito, o valor preponderante passou a ser o da igualdade, correspondente não apenas à igualdade formal, mas, sobretudo, à igualdade material, ou seja, as leis deveriam reconhecer materialmente as diferenças”.¹¹

Devido à quantidade de valores que envolvem o princípio da igualdade, esse direito não se encontra apenas no Artigo 5º da CF, ele se irradia por toda a dimensão do

⁸ GUNTHER, L. E. **A aplicação dos direitos da personalidade ao Direito do Trabalho sob a ótica da teoria do reconhecimento**. In: Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante; Marco Antônio César Villatore. (Org.). **A teoria do reconhecimento sob a ótica do Direito do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2016.

⁹ IBGE. PNAD Contínua: 10% da população concentravam quase metade da massa de rendimentos do país em 2017. 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-denoticias/releases/20843-pnad-continua-10-da-populacao-concentravam-quasemetade-da-massa-de-rendimentos-do-pais-em-2017.html>>. Acesso em: julho 2019.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2008.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

texto constitucional, tendo sua relevância reforçada por intermédio de muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais¹². Confirma-se, pois, o compromisso com um projeto de sociedade igualitária conquistado por meio da inserção dos direitos fundamentais na Constituição Federal, sucedendo que “ela contém dezenas de dispositivos que, de modo expresso ou implícito, asseguram a igualdade”¹³. Amplo prestígio é dirigido à igualdade em razão de ela ser um dos princípios que, “quando devidamente efetivado e respeitado, dará substrato ao exercício das demais garantias fundamentais, possuindo essa função acompanhado dos direitos fundamentais à liberdade e ao respeito à dignidade da pessoa humana, também protegidos constitucionalmente”¹⁴.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao abordar sobre o princípio da igualdade, observa: “O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é a norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador”¹⁵. Ele acrescenta que “deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas”¹⁶. Enfatiza, assim, a vinculação do legislador à imprescindível obediência à igualdade na elaboração das normas, incluindo-se a legislação trabalhista.

No perímetro trabalhista, “a aplicação da igualdade de tratamento no direito individual é consequência direta do princípio geral da igualdade entre os cidadãos de um Estado, refletido no direito privado”¹⁷. Ao proteger as relações trabalhistas que se acham inseridas na lógica do presente sistema de produção prevalecente, “o Direito do Trabalho mostra-se um instrumento eficaz em possibilitar que, por meio da justiça social, a igualdade seja efetivada”¹⁸. Da mesma forma, Romita se reporta ao direito fundamental da igualdade:

A igualdade em direitos se expressa pela vedação de discriminações injustificadas e se traduz pelo princípio de não discriminação.

¹² SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores, 35º ed., São Paulo, 2012.

¹³ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012.

¹⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. Editora Malheiros. São Paulo: 1999.

¹⁶ MELLO. Idem.

¹⁷ GUNTHER, L. E.; GUNTHER, N. G. **A igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações de trabalho**. In: Yone Frediani; Rúbia Zanotelli de Alvarenga. (Org.). **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 1ed. São Paulo: LTr, 2015.

¹⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho: a relação de emprego, volume II**. São Paulo: LTr, 2008.

Significa, portanto, algo além de mera igualdade perante a lei, porque exclui a possibilidade de qualquer distinção não justificada. O princípio de não discriminação ou de igualdade nos direitos (ou igualdade na lei) envolve não somente o direito de ser considerado igual perante a lei, mas, também, a possibilidade de usufruir, sem qualquer discriminação, os direitos fundamentais.¹⁹

Com certa facilidade, se observam os reflexos positivos que esse direito proporcionou às relações laborais, por exemplo, a proibição de salários diferentes a empregados que trabalhem a mesma função, tempo e qualidade, impedindo qualquer forma de segregação entre eles. Isso também se dá com todas as dimensões afirmativas que visam introduzir no mercado de trabalho os trabalhadores que suportem dificuldades desmedidas na procura de um emprego. Essas condutas estão identificadas com os objetivos almejados pela aplicação do direito fundamental da igualdade, visto que Gunther e Gunther afirmam: “Constituem-se objetivos do princípio da igualdade limitar o legislador, o intérprete (autoridade pública) e o particular. Por força da isonomia, existe um dever de não discriminar (discriminação negativa) e um dever de igualizar (discriminação positiva)”.²⁰

A isonomia representa uma das formas de aplicação do princípio da igualdade. Sua concepção consiste na compreensão de que a legislação brasileira deve ser imposta, sem predileções, a todos os integrantes da sociedade e que essa legislação seria a igual para todos. Da mesma forma, a isonomia possui a prerrogativa de equalizar todos perante a lei. Segundo Romita, ao analisar a isonomia, tem-se que “ela pretende possibilitar a justa aplicação da norma no caso concreto, aplicando a regra de maneira correta e conforme as diretrizes descritas na norma, podendo resultar em discriminações, desde que expressamente veiculadas na norma”.²¹

3.O diálogo entre o empregadohipersuficiente o princípio da isonomia

Por essa razão, as situações de aparente discriminação conhecidas como permitidas por meio da legislação trabalhista, não são as que promoveram a criação desse modelo de empregado hipersuficiente que pretendia diferenciá-lo dos demais empregados, devido ao seu grau de escolaridade ou ao patamar salarial.

¹⁹ ROMITA. Idem.

²⁰ GUNTHER, L. E.; GUNTHER, N. G. **S.A igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações de trabalho**. In: YoneFrediani; Rúbia Zanotelli de Alvarenga. (Org.). **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 1ed. São Paulo: LTr, 2015.

²¹ ROMITA, ArionSayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5ªed. São Paulo: LTr, 2014.

Arion Sayão Romita complementa: “Não são consideradas discriminatórias as seguintes categorias de medidas: as baseadas nas qualificações exigidas para determinado trabalho; as que podem ser justificadas pela proteção da segurança do Estado; as que têm caráter de medidas de proteção e de assistência”.²²

Ou seja, a diferenciação concebida por meio do parágrafo único do Artigo 444 da CLT não se adapta a nenhuma discriminação que legitime o distanciamento do princípio da isonomia. Ela se orienta somente na distinção de um empregado que expor-se-á a possíveis consequências desastrosas nas negociações realizadas por ele mesmo sem que haja a assistência de uma entidade sindical representativa para verificar as prováveis lesões. Isso, então, propicia que ele decline a direitos entendidos como irrenunciáveis.

Com a ampliação de possibilidades de negociação, permitindo que o acordado suplante o legislado e autorizando que as negociações efetuadas pelo empregado dito hipersuficiente passem a prevalecer sem necessitar da interferência dos entes coletivos de defesa do trabalhador, também há a transgressão de um dos principais fundamentos do direito do trabalho: o princípio da proteção. Ele se instituiu, porque, “historicamente, o Direito do Trabalho surgiu em consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração, inclusive, mais abusivas e iníquas”²³, ao compreender que o empregado que dispõe de formação em nível superior e salário mensal maior ou igual a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, atualmente no valor de R\$ 12.202,21, pode contratar em condições paritárias com o empregador, depositário do poder econômico, é desconsiderar os poderes patronal e a situação cultural, política e econômica do país.

A aceitação de tal procedimento é julgar que esse empregado hipersuficiente disponha dos mesmos privilégios atribuídos aos altos executivos de empresas, que detêm “[...] ganhos anuais milionários e um poder diretivo gigantesco – este, sim, uma real projeção do próprio empregador, um verdadeiro órgão da empresa”²⁴.

O entendimento de que esse “empregado hipersuficiente não estaria tão exposto à intensa subordinação encontrada nas relações laborais carece de conclusões baseadas por análises técnicas empíricas, não havendo subsídio teórico ou científico

²²ROMITA. Idem.

²³ PLÁ RODRIGUEZ. Américo. **Princípios de Direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

para que essa diferenciação ocorra”²⁵. Na verdade, esse empregado conserva as características dos demais, pois “no contrato o empregado é um ser individual que, isoladamente, não é capaz de produzir ações em impacto comunitário frente à empresa”²⁶. Em contrapartida, “a empresa, esta sim, naturalmente um ser coletivo cujas ações têm aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla, com eficácia e peso para impor sua vontade contratual”²⁷, pode conduzir as negociações e demonstrar suas necessidades à aprovação do empregado hipersuficiente.

A sujeição jurídica estará amparada tanto no caso do “empregado comum” como no caso do empregado hipersuficiente. Sendo assim, em que pese os outros empregados também acharem-se sujeitos a ter direitos diminuídos em consequência de negociação coletiva, os hipersuficientes não demonstram razões que justifiquem serem diferentes, fazendo com que se aplique uma regulamentação que irá, basicamente, prejudicá-lo. Isso afasta até mesmo a proteção negocial das entidades coletivas, desprezando o direito fundamental da igualdade, pois “sua aplicação ocasionará verdadeira revogação da proteção jurídico-trabalhista para empregados com maiores salários, em clara afronta ao princípio da isonomia, uma vez que empregados com salários menores ficarão, em tese, protegidos pela CLT”.²⁸

Essa situação incongruente requer a restauração da correta aplicação do direito fundamental da igualdade. Nesse momento, não se deve mais impor uma diferenciação para contrabalançar alguma diferença, mas, sim, aplicar a norma de forma igual para os empregados com reduzidos salários e os hipotéticohipersuficientes, os quais, na essência, permanecem submetidos ao poder econômico da empresa.

Dessa forma, além do direito fundamental da igualdade, verifica-se que a chamada reforma trabalhista culmina por transgredir, o parágrafo único do Artigo 444 da CLT, com “quatro barreiras teóricas: a dos limites para a atuação individual, desconsiderando, assim, o fundamento básico do Direito do Trabalho, que é a desigualdade das partes; a da proteção; a da irrenunciabilidade; e a da melhoria da

²⁵ DELGADO. Idem.

²⁶ GOULART, Rodrigo Fortunato. **Empregado Hipersuficiente e negociação individual**. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso[Cord.]. **Reforma Trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo, LTr, 2018.

²⁷ GOULART. Idem.

²⁸ GOULART, Rodrigo Fortunato. **Empregado Hipersuficiente e negociação individual**. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso[Cord.]. **Reforma Trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo, LTr, 2018.

condição social dos trabalhadores”²⁹. Constatase, dessa forma, a incoerência dessa nova figura com as dimensões historicamente consolidadas e defendidas pelo Direito do Trabalho.

Do mesmo modo, quanto ao momento político e às contrariedades visíveis nas tratativas concernentes aos princípios e direitos constitucionais, Maurício Godinho Delgado analisa o contexto atravessado pelo Direito do Trabalho diante da reforma trabalhista:

Por fim, cabe registrar que o princípio constitucional da igualdade em sentido material encontra-se sob forte assédio no período recente da ordem política, institucional e jurídica brasileira. Conforme se sabe, a proposta de reforma trabalhista aprovada pela Câmara dos Deputados no final do mês de abril de 2017 golpeia, de maneira frontal – e mediante vários artifícios indiretos de restrição ou comprometimento –, o relevante princípio constitucional da igualdade material, seja em seu plano substantivo (isto é, na regência normativa das relações de trabalho), seja em seu plano processual (ou seja, na regência normativa do Direito Processual do Trabalho). O aríete legislativo volta-se, de maneira clara e insofismável, contra os princípios humanísticos e sociais da Constituição da República Federativa do Brasil, em especial, no caso do presente projeto de lei, contra os princípios constitucionais do trabalho, inclusive a importante diretriz da igualdade em sentido material³⁰.

Na presença das dúvidas inseridas no âmbito da execução da legislação nacional, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho serão alternativa para restaurar o direito fundamental da igualdade nas relações laborais.

4. Controle de convencionalidade- breves notas

Deparando-se com as prováveis consequências advindas com essa alteração, busca-se proteção em outras opções que possam direcionar o Direito do Trabalho a seu verdadeiro propósito: a proteção do hipossuficiente quando incluído, como um sujeito que oferece e negocia a sua força de trabalho, na logicidade do sistema de produção capitalista. Em virtude dessas transformações no Direito do Trabalho no perímetro nacional e considerando-se que a extraordinária maioria dos direitos defendidos por esse ramo do Direito são, de fato, direitos humanos, há que se avocar o controle de convencionalidade dos preceitos introduzidos pela Lei n. 13.467/17.

²⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho: a relação de emprego, volume II**. São Paulo: LTr, 2008.

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5ªed. São Paulo: LTr, 2017.

O objetivo primordial do Direito do Trabalho em suas convenções internacionais consiste em "universalizar os princípios de justiça social, bem como, se possível, buscar a uniformização das normas jurídicas dos diversos Estados, quanto à matéria do trabalho, desenvolvendo a cooperação internacional. O objetivo básico é a condição da melhoria da vida do trabalhador"³¹. Há ainda mecanismos para possibilitar a aplicação dessas diretrizes estabelecidas internacionalmente:

Sem dúvida, os principais instrumentos para o estabelecimento desse desiderato são os tratados internacionais, e, em especial, os tratados firmados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, que recebem o nome de convenções internacionais, nome de per si utilizado por outros ramos do Direito Internacional, como as convenções sobre título de crédito etc. Além de tais convenções internacionais, temos as chamadas 'recomendações internacionais', bem como as 'declarações' e 'resoluções', todas no âmbito da OIT. Não confundimos e não reduzimos, no entanto, o Direito Internacional do Trabalho apenas às regras da OIT, embora estas ocupem o maior espaço, porque todos os tratados internacionais, mesmo fora do âmbito desse organismo internacional, que contenham regras sociais devem ser postos dentro desse ramo de estudo.³²

Respalhando a concepção da deferência e reconhecimento da importância e influência, no Brasil, dos tratados internacionais, o Supremo Tribunal Federal já se expressou sobre a natureza supralegal desses tratados:

Após a Emenda Constitucional n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar que os tratados internacionais de direitos humanos, quando não aprovados segundo o procedimento indicado no art. 5º, §3º, da CF/1988, gozam de status supralegal, ou seja, status superior ao das leis ordinárias. A consequência direta deste entendimento é que todo e qualquer órgão do Poder Judiciário tem o poder-dever de realizar, incidentalmente, o chamado controle de convencionalidade das leis ordinárias. O controle de convencionalidade (ou de supralegalidade) consiste na avaliação da adequação das normas infraconstitucionais com o disposto nos tratados de direitos humanos que gozam de status supralegal. Se uma lei ordinária conflitar com um tratado de direitos humanos, a primeira será afastada naquilo que conflitar com o tratado, ou seja, os efeitos da lei em conflito serão paralisados.³³

³¹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso Básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 4ªed. São Paulo: LTr, 2017.

³² HUSEK, Carlos Roberto. **Curso Básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 4ªed. São Paulo: LTr, 2017.

³³ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **É possível de lege lata proibir o uso do amianto no Brasil?** As contribuições sinérgicas do mandado de injunção, do art. XX do GATT 1994, do art. 103 do CDC, do art. 10bis da Convenção de Paris e da doutrina do abuso de direito. Revista Fórum Trabalhista – RFT, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247564>>. Acesso em: julho 2019.

Destaca-se que, de acordo com o §3 do Artigo 5º da Constituição Federal, os tratados internacionais que tratem sobre direitos humanos, para se encontrarem no mesmo nível normativo que as emendas constitucionais, devem ser deliberados em dois turnos, nas duas casas do Congresso Nacional. Para isso, é essencial o quórum de três quintos dos votos dos membros componentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

A Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho foi proclamada pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968, muito antecedente à Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Nesse contexto, [...] é possível inferir que as Convenções da OIT internalizadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, ostentam, no Brasil, natureza supralegal, pelo que afastam a aplicação de toda a legislação ordinária ou complementar com ela conflitantes.³⁴ Assim sendo, ao se identificar algum episódio dentro dessas circunstâncias, é evidentemente, essas Convenções não podem contrariar a Constituição da República, ‘pela supremacia sobre todo o ordenamento jurídico nacional.’³⁵

A reforma trabalhista, instituída pela Lei n. 13.467/2017, possui natureza de uma lei ordinária, razão pela qual é sujeita à aplicação do controle de convencionalidade. Ao longo de sua análise e aplicação, no caso de algum de seus preceitos entrarem em confronto com as disposições integrantes dos tratados internacionais que tutelam os direitos humanos, seu cumprimento deverá ser afastado, dando prevalência à aplicação das diretrizes previstas nos tratados internacionais.

É necessário enfatizar que a Organização Internacional do Trabalho não se limita unicamente a regular as condições de trabalho, “Sua pauta é bem mais abrangente, envolvendo direitos humanos no trabalho, desemprego, regulação ampla dos impactos sociais da atividade econômica, educação e formação, reforma agrária, populações indígenas, entre outros eixos de ação”³⁶. Isso comprova a abrangência da competência da OIT, concedendo [...] ao Direito Internacional do Trabalho um novo dimensionamento, fazendo com que a OIT não se limite mais à proteção dos

³⁴ GUNTHER, L. E. **A vigência internacional das convenções da Organização Internacional do Trabalho e o procedimento de ratificação, revisão, denúncia e de internalização das convenções ratificadas no Brasil.** In: Renata de Assis Calsing; Rúbia Zanotelli de Alvarenga. (Org.). **Direitos humanos e relações sociais trabalhistas.** 1ed.São Paulo: LTr, 2017.

³⁵ GUNTHER. Idem.

³⁶ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de direito internacional social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2016.

trabalhadores, mas ao conjunto dos seres humanos em suas formas de sociabilidade.³⁷. Dessa forma, assegura-se a viabilidade de a Organização Internacional do Trabalho elaborar convenções que abracem direitos humanos relativos às relações de trabalho e às consequências que dela decorrem à sociedade.

Quanto ao contexto das Convenções da Organização Internacional do Trabalho, tem-se a compreensão de que todas tratam questões relacionadas aos direitos humanos. É admissível, pois, a aplicação da regra do Artigo 5º, §3, da Constituição Federal, quanto à hipótese de a convenção abranger equivalência às emendas constitucionais, quando deliberadas conforme o trâmite procedimental:

As convenções internacionais do trabalho, da OIT, poderiam ser consideradas tratados de direitos humanos? Entendemos que sim, porque os direitos sociais são fundamentais, representam direito a uma vida digna, plena, de exercício da cidadania, de erradicação da pobreza, de valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, de uma sociedade livre, solidária e justa, de prevalência dos direitos humanos, de repúdio ao racismo e outras formas de manifestação do poder. Desse modo, arriscamos: as convenções internacionais do trabalho assinadas e ratificadas pelo Brasil são direitos humanos e não podem ser contrariadas por lei ordinária.³⁸

Admissível, dessa forma, a compreensão, a relevância e a influência que as convenções da Organização Internacional do Trabalho contêm nas ordenações do Direito do Trabalho pátrio.

Assim sendo, no caso da Convenção n. 111 da OIT, diz-se: “A convenção n. 111 da OIT dispõe sobre a discriminação no emprego e na profissão. Ela fomenta promover a igualdade de oportunidades e de tratamento e formular uma política nacional que elimine toda e qualquer discriminação no emprego”³⁹. A convenção demonstra, em seu Artigo 2º, a primordialidade de os países membros, adeptos à convenção, procurar, “por meio de políticas nacionais ou outros métodos, a igualdade de oportunidade e tratamento, almejando a erradicação de todo modo de discriminação nas relações de trabalho”⁴⁰. No que se refere à definição de ato discriminatório:

[...] podemos deduzir que um ato discriminatório é uma distinção desfavorável, fundada em um determinado motivo, de cunho

³⁷ NICOLI, Idem.

³⁸ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso Básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 4ªed. São Paulo: LTr, 2017.

³⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho e as convenções fundamentais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2018.

⁴⁰ ALVARENGA. Idem.

antijurídico e desprovida de razoabilidade e racionalidade. Ele pressupõe alguns elementos. O primeiro deles é uma distinção entre pelo menos duas pessoas, ou uma pessoa e um grupo de pessoas ou entre grupos de pessoas, ou de uma pessoa ou grupo em relação a determinado modelo. Distinção pressupõe falta de tratamento igualitário, tanto no trato de iguais de forma desigual, seja no trato igual de pessoas ou grupos desiguais. O segundo elemento é a distinção desfavorável para uma das pessoas ou grupos em relação a outros, seja por meio de percepção de menores vantagens, seja pela imposição de maiores ônus comparativamente com os outros grupos.⁴¹

No caso do empregado hipersuficiente, o segundo elemento apontado pelo autor que caracteriza um ato discriminatório é plenamente identificável. O empregado hipersuficiente, em razão de seu maior nível salarial e de sua formação no ensino superior, acaba por sofrer a imposição de um ônus de maior intensidade em relação aos aplicados para os demais empregados. Com essa perspectiva, o hipersuficiente passará a suportar a negociação, anteriormente respaldada pelas ferramentas e instituições coletivas dos trabalhadores, de modo solitário e pela própria CLT. Colocando à disposição de um mero acordo individual a possível modificação da aplicação de todos os direitos elencados no Artigo 611-A da CLT e aos princípios, consistindo na discriminação, que nem se pode dizer de forma indireta.

[...] a formulação da regra contida na Convenção n. 111 da OIT se refere tanto à discriminação direta quanto à discriminação indireta. A primeira é arregimentada mediante cada tipo de disposição, legislativa ou não, que exclui ou que afeta, expressamente, determinadas categorias de trabalhadores, com base em características como idade, sexo, estado civil ou crenças políticas. Já a discriminação indireta é realizada por meio de qualquer tipo de acordo, que não aparenta em princípio ser discriminante; porém, em verdade, produz efeitos negativos para um grande número de trabalhadores integrantes de um grupo, independentemente da sua capacidade para realizar um trabalho. Esse último tipo de discriminação ocorre em contextos diante dos quais são aplicados a todos os trabalhadores os mesmos critérios e os mesmos tratamentos ou as mesmas condições.⁴²

Dessa forma, a reforma trabalhista é apresentada com o objetivo de estar “prestigiando a autonomia do trabalhador”⁴³, possibilitando que ele entre em acordos individuais com o empregador e possa estabelecer as diretrizes que nortearão a sua

⁴¹ LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

⁴² ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho e as convenções fundamentais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2018.

⁴³ MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Reforma trabalhista não irá aumentar jornada de trabalho. 2016**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-emprego/2016/09/reforma-trabalhista-nao-ir-aumentar-jornada-de-trabalho-garanteministro>>. Acesso em: julho 2019.

prestação laboral. Essa conduta, todavia, acaba por discriminar indiretamente o grupo de empregados hipersuficientes, pois, ao conceder uma maior autonomia negocial, sem nenhuma contrapartida para isso, acaba por contrapô-lo ao poder econômico do empregador, que poderá impor suas condições negociais, gerando, assim, um dano ao hipersuficiente que não se aplica aos demais empregados.

Esse regramento está estabelecido no parágrafo único do Artigo 444 da CLT: “Trata-se, conforme se percebe, de regra de evidente discriminação entre empregados [...] largamente afastada da matriz constitucional de 1988 e do universo normativo internacional trabalhista vigente no plano interno da sociedade e economia brasileiras.”⁴⁴. Apreende-se, assim, que a reforma inseriu novas figuras jurídicas contrárias às ordenações da Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho, propiciando o exercício de “[...] discriminação direta ou indireta dos empregados no contexto empregatício. Esse aspecto reporta-se, por exemplo, aos seguintes pontos: a) eliminação de proteções normativas ao empregado relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado”.⁴⁵

Luiz Eduardo Gunther demonstra a necessidade de o Estado prezar pelo cumprimento da Convenção n. 111, estabelecendo uma política nacional para isso, em razão dos regramentos constantes da convenção serem considerados direitos fundamentais:

A declaração da OIT de 1988 garante que eliminar a discriminação em matéria de emprego e ocupação, conforme estabelecido nas Convenções ns. 100 e 111, constitui direito fundamental. Pela primeira, o Estado-Membro deve garantir a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por trabalho de igual valor. Pela segunda, obriga-se o Estado-Membro a formular e aplicar uma política nacional que promova a igualdade de oportunidades e de tratamento com o fim de eliminar qualquer discriminação.⁴⁶

Quanto ao empregado hipersuficiente, não se trata de uma discriminação decorrente de raça, sexo, religião, nacionalidade, opinião política, origem social ou nacionalidade, mas, sim, de “uma discriminação em razão de critério não comprovado empiricamente ou teoricamente sobre a sua verdadeira influência no aumento de poder

⁴⁴DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

⁴⁵DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo, LTr, 2018.

⁴⁶ GUNTHER, L. E.; GUNTHER, N. G. **S.A igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações de trabalho**. In: YoneFrediani; Rúbia Zanotelli de Alvarenga. (Org.). **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 1ed. São Paulo: LTr, 2015.

negocial do empregado”⁴⁷. Isso afasta a aplicação protetiva do Direito do Trabalho dos empregados com maior salário e com formação em nível superior. Essa discriminação, contudo, pode ser aventada também como um modo de discriminação a ter a sua aplicação removida, pois a Convenção n. 111 ainda determina: “outras formas de discriminação podem ser proibidas com a prévia consulta das organizações nacionais de empregadores e trabalhadores.”⁴⁸.

A não tão sutil discriminação imposta a esse tipo de empregado, colocando-o em igualdade de condições negociais com o empregador, detentor do poder diretivo e econômico, afronta as condições de melhoria das relações laborais trazidas pelas diversas convenções da Organização Internacional do Trabalho, principalmente a Convenção n. 111. É evidente o embate dessa nova figura de empregado trazida pela reforma trabalhista e as propostas de diminuição da discriminação impostas pelo Direito Internacional do Trabalho e suas convenções.

Conclusão:

É indubitável que o novo contrato para o empregado hipersuficiente é afrontoso ao princípio da isonomia de tratamento prevista na Constituição Federal, como também viola princípios norteadores do Direito do Trabalho, sobretudo o da proteção com que se irradia, dentre outros, para o da irrenunciabilidade de direitos. Colide com documentos internacionais, notadamente a convenção de n 111 da OIT.

O parágrafo único do art. 444, pouco limita a negociação *in pejus*. Em outras palavras, o empregado que atenda aos dois critérios de ser portador de diploma de nível superior e receber salário igual ou superior a duas vezes o valor máximo do benefício da previdência social tem autonomia para negociar sobre dimensões contratuais que poderão se sobrepor às normas e princípios protetores trabalhistas.

Ainda, afasta dessa negociação qualquer intervenção do sindicato, isto é, permite ampla e irrestrita autonomia para o empregado, transformando-se, assim, o

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves **A reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

⁴⁸ BERTOLIN, P. T. M.; KAMADA, F. L. **A OIT e a Discriminação no Trabalho: análise dos Programas desenvolvidos no Brasil com a Cooperação Técnica da OIT**. In: GOMES, Ana Virgínia Moreira; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de Freitas. (Org.). **A Declaração de 1998 sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos**. 1ed. São Paulo: LTr, 2014, v. 1.

cume do efeito do novo paradigma constituído pela reforma: o predomínio do acordado individual sobre o legislado.

Há, também a transgressão de um dos principais fundamentos do direito do trabalho: o princípio da proteção, ao definir que o empregado que dispõe de formação em nível superior e salário mensal maior ou igual a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, atualmente no valor de R\$ 12.202,21, pode contratar em condições paritárias com o empregador, depositário do poder econômico. Tal premissa é julgar que esse empregado hipersuficiente disponha dos mesmos privilégios atribuídos aos altos executivos de empresas, o que não faz sentido algum, por óbvio. Há aí uma grande discrepância salarial e poder de mando entre os dois tipos de empregados

O entendimento de que esse empregado hipersuficiente não estaria tão exposto à intensa subordinação encontrada nas relações laborais é despicando de qualquer fundamento prático, pois, na verdade, conserva as características dos demais empregados em geral, notadamente a subordinação jurídica.

Num país onde o nível de desemprego atinge a casa dos doze milhões, e forçoso concluir que o empregado com esse patamar salarial vai aderir às cláusulas e condições impostas para manter ou obter o emprego, configurando-se indubitavelmente a desproteção e solidificação aintenção da chamada reforma trabalhista, quais seja, precarização e redução de direitos.

Sendo assim, em que pese os outros empregados também acharem-se sujeitos a ter direitos diminuídos em consequência de negociação coletiva, os hipersuficientes não demonstram razões que justifiquem serem diferentes, fazendo com que se aplique uma regulamentação que irá, basicamente, prejudicá-lo. Isso afasta até mesmo a proteção negocial das entidades coletivas

O certo é que as lesões e os limites, será do domínio da jurisprudência, que caberá o importante papel de dialogar com a Constituição Federal, mormente o princípio da isonomia e os princípios informadores do Direito do Trabalho.

Referências

BERTOLIN, P. T. M.; KAMADA, F. L. A OIT e a Discriminação no Trabalho: análise dos Programas desenvolvidos no Brasil com a Cooperação Técnica da OIT. In: GOMES, Ana Virgínia Moreira; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de Freitas. (Org.). A Declaração de 1998 sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos. 1ed. São Paulo: LTr, 2014, v. 1.

BOUCINHAS FILHO. Jorge Cavalcanti. Autonomia Negocial dos Trabalhadores Hipersuficientes. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso[Cord.]. Reforma Trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo, LTr, 2018.

CARVALHO, Augusto César Leite de. Direito do Trabalho: curso e discurso. 2º ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17. ed. São Paulo, LTr, 2018;

_____ Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO. Gabriela Neves . A reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012.

FRANCO FILHO. Georgenor de Sousa. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo, LTr, 2018.

SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores, 35º ed., São Paulo, 2012.

GUNTHER, L. E.; GUNTHER, N. G. S. A igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações de trabalho. In: YoneFrediani; Rúbia Zanotelli de Alvarenga. (Org.). Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 1ed. São Paulo: LTr, 2015.

GUNTHER, L. E. A aplicação dos direitos da personalidade ao Direito do Trabalho sob a ótica da teoria do reconhecimento. In: Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante; Marco Antônio César Villatore. (Org.). A teoria do reconhecimento sob a ótica do Direito do Trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de direito do trabalho: a relação de emprego, volume II. São Paulo: LTr, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3.ed. Editora Malheiros. São Paulo: 1999.

ROMITA, ArionSayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 5ºed. São Paulo: LTr, 2014.

SARMENTO. Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2008.

Site consultado

<<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-denoticias/releases/20843-pnad-continua-10-da-populacao-concentravam-quasemetade-da-massa-de-rendimentos-do-pais-em-2017.html>>. Acesso em: julho 2019.