

PREFÁCIO

A Reforma Trabalhista de 2017 criou a figura do *hipersuficiente*, colocando em xeque a principal característica do empregado, a hipossuficiência, expressão do papel protecionista do Direito do Trabalho.

A transição da hipossuficiência para a *hipersuficiência*, captada pelo legislador reformista de 2017, ao incluir o parágrafo único no art. 444, da CLT, reflete as profundas mudanças pelas quais passam as relações de trabalho. Cabe ao Direito do Trabalho o importante papel de regulação, por meio dos ajustes necessários, para garantir a efetividade dos direitos sociais, da mesma forma como ocorreu quando da passagem do liberalismo para o intervencionismo, hoje revisitado.

Concebido e consolidado como fruto da intervenção do Estado nas relações desiguais entre empregado e empregador, a construção das bases do que hoje conhecemos como Direito do Trabalho representou forte reação ao liberalismo, movimento dominante no período em que eclodiu a Revolução Industrial, nos anos 1780. Na concepção liberal, o indivíduo deveria ser libertado da opressão do Estado, e o contrato, regulado pelo Direito Civil, era expressão da igualdade das partes. Aliás, nesse sentido proclamava Fouillée: *o que é contratual é justo*.

As codificações do séc. XVIII, em especial o Código Francês, de 1804, eram expressões da liberdade e garantia da vida privada. Como alerta Amauri Mascaro Nascimento, esse debate em torno do pensamento liberal e do papel do contrato para assegurar o necessário equilíbrio nas relações econômicas, inclusive trabalhistas, é fundamental para se entender a gênese do Direito do Trabalho⁽¹⁾, e sua reação à matriz civilista, descompromissada com as questões sociais.

Havia necessidade de se romper certos paradigmas do Direito Civil, mesmo na contramão do pensamento liberal então dominante. Em consequência, o Estado, de forma pragmática, passou a interferir a favor do trabalhador do chão

(1) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 44 e ss.

da fábrica. Representou a quebra de dois dogmas muito caros aos civilistas: o da igualdade dos sujeitos contratantes e o da liberdade contratual. De acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho⁽²⁾, em relação ao primeiro, a pretensa igualdade do empregado perante o empregador acabou colocando-o em uma posição de inferioridade, sendo compensada pela intervenção do Estado; em relação ao segundo, era ilusória a liberdade contratual nesse tipo de relação desigual, em razão do evidente desequilíbrio econômico por parte do empregado. Ao contrário, ambiente propício para uma “ditadura contratual” por parte do contratante mais forte.

De acordo com Alain Supiot⁽³⁾, a autonomia da vontade — fundamento do vínculo de subordinação, é não só fundamento como justificativa da força das obrigações contratuais. Isso porque o indivíduo não pode ser obrigado além das obrigações a que sua vontade se comprometeu. Além disso, não se admite, em nome da igualdade, que a vontade de alguém seja imposta a outro sujeito; do contrário não haveria encontro de vontades livres. Nesse mundo ideal e ilusório para os trabalhadores, os homens apenas estariam submetidos a obrigações livremente aceitas por mútuo acordo. A ilusão dessa teoria, do início da Revolução Industrial, residia no fato de que o contrato de trabalho, para grande parte dos trabalhadores, não era uma possibilidade, mas uma necessidade, fruto do desequilíbrio econômico e da própria necessidade de contratar. Nesse contexto, não havia liberdade de consentimento, podendo o empregado, quando muito, escolher para quem trabalhar, ficando mesmo assim na dependência do humor do mercado de trabalho⁽⁴⁾.

Tatiana Sachs, quando coordenou o livro “La volonté du salarié”, lembra que determinado advogado, convidado para participar da obra, indagou: “vontade do empregado? Mas o empregado tem vontade?”⁽⁵⁾ Isso porque, de acordo Tatiana Sachs, o particularismo do Direito do Trabalho em face do Direito Civil consiste precisamente “em limitar os espaços da expressão de vontade do empregado”⁽⁶⁾.

Mas a necessária intervenção do Estado, no início da Revolução Industrial, se justificava, inclusive para permitir que o contrato fosse expressão da igualdade substancial, impossível com a mera aplicação do Direito Civil. O conteúdo do contrato não resultaria necessariamente da vontade das partes, mas da Lei, tornando *mais livre* a vontade do trabalhador.

No entanto, os tempos mudaram e o trabalhador também e o próprio mundo do trabalho. Ultrapassada a era da Revolução Industrial, nas suas duas primeiras versões, a humanidade se encontra na era da informação, que quase já se confunde com a da ampliação cognitiva, por todos já sendo vivenciada, na perspectiva de

(2) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho*. vol. 1. Coimbra: Almedina, 2009. p. 51 e ss.

(3) SUPIOT, Alain. *Critica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones, 1996. p. 140 e ss.

(4) *In op. cit.*, p. 143/144.

(5) SACHS, Tatiana. *La Volonté du Salarié*. Paris: Dalloz, 2012. p. VII.

(6) *Id.*, *ib.*

Martha Gabriel⁽⁷⁾. Ou, como ela prefere, da “era da informação”, o mundo do trabalho está migrando para a “era da inovação”, onde o mecânico é substituído pelo digital e o “tangível” perde espaço para o “intangível”⁽⁸⁾.

Nesse contexto de profundas mudanças, deve-se pensar a reforma de 2017. Não colocou em xeque o valor do contrato, mas o papel da vontade na sua formação; tampouco ignorou o papel protecionista do Direito do Trabalho, apenas lhe deu novos contornos. Por isso questiona-se a ideia segundo a qual a validade do contrato de trabalho não depende da necessária intervenção do trabalhador para definir suas cláusulas, sendo fundamental apenas que seja livre para a elas aderir. Deve ser repensada a diretriz segundo a qual o próprio conteúdo do contrato de trabalho era definido pela CLT, mesmo porque sequer há necessidade de contrato escrito, pois o contrato de trabalho corresponde à relação de emprego, nos termos do art. 442, da CLT.

Tradicionalmente, os contratantes podem fazer ajustes para melhorar o conteúdo mínimo de proteção, nos termos do art. 444, da CLT, mas sem nada retirar. Isso porque sempre se admitiu apenas *alteratio in melius* — jamais *in pejus*. Nesse contexto, foi elaborado o princípio do *favor laboratoris*, desdobramento do princípio de proteção: as partes podem contrariar o disposto na CLT tão somente para favorecer o empregado, jamais para lhe retirar direitos. Isso porque, a norma trabalhista é inderrogável e os direitos trabalhistas são indisponíveis⁽⁹⁾.

A Reforma de 2017 quebrou essa tradição, ao menos em relação ao empregado hipersuficiente, da mesma forma como procedeu o Código do Trabalho, de Portugal. Este, na revisão de 2009, embora mantendo o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, nas relações individuais, o art. 3º autorizou a contratação coletiva a estabelecer condições menos favoráveis que as asseguradas pelo Código⁽¹⁰⁾. Adotando essa orientação do Código português, a reforma de 2017 foi além, para atingir também algumas relações individuais de trabalho. Os hipersuficientes podem, como os sindicatos nas negociações coletivas, estipular condições de trabalho menos favoráveis que as oferecidas pela CLT.

Essa mudança de paradigma em relação ao hipersuficiente vem gerando vivo debate, não havendo por enquanto orientação sedimentada por parte da doutrina, tampouco da jurisprudência.

(7) GABRIEL, Martha. *Conferência proferida no I Encontro do GETRAB*, de 2021. Disponível em: <<https://youtu.be/ty2eBhAokTQ>>.

(8) Conf. texto publicado pelo GETRAB, a partir do resumo da palestra da prof. Martha Gabriel, feito pelo pesquisador do GETRAB Luiz Eduardo Amaral de Mendonça.

(9) Sobre essa questão, conf. MANNRICH, Nelson. Inderrogabilidade da norma trabalhista e indisponibilidade de direitos: algumas reflexões. In *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. Ano XVII, n. 17, 2009. p. 78 e ss.

(10) Conf., a respeito desse tema, por todos, MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 105 e ss.

Para Luciano Martinez⁽¹¹⁾, a exceção introduzida pelo legislador no parágrafo único do art. 444, da CLT, é polêmica e extremamente criticada. Além dele, diversos autores consideram essa alteração verdadeiro retrocesso. Apesar de receber altos salários, na vigência do contrato, o empregado não se encontraria em plano de igualdade para negociar condições de trabalho, fora dos padrões da CLT⁽¹²⁾.

Segundo Cavalcante e Jorge Neto, ao conferir a mesma força dos instrumentos normativos ao contrato individual de trabalho, o legislador incorreu em grave distorção do sistema, além de violar a própria Constituição da República, que exige participação do sindicato na negociação coletiva⁽¹³⁾.

Parte da doutrina posiciona-se favoravelmente a essa reforma do art. 444, da CLT. Ives Gandra da Silva Martins Filho⁽¹⁴⁾, por exemplo, após referir-se à indisponibilidade de direitos e à proibição de o empregado dispor de seus direitos por simples manifestação da vontade, lembra que agora o legislador reformista de 2017 introduziu exceção a essa regra para beneficiar empregados hipersuficientes.

Como se vê, esse debate apenas começa a ser travado entre os doutrinadores, podendo-se inclusive colher na própria jurisprudência os primeiros subsídios. Assim, há decisões da Justiça do Trabalho no sentido de que não apenas esse tratamento diferenciado do hipersuficiente é constitucional, como o rol do parágrafo único, do art. 444, da CLT, é apenas exemplificativo. Em consequência, seria possível beneficiar outras categorias, como atletas profissionais⁽¹⁵⁾. Em outras decisões, vêm-se admitindo validade de cláusula com quitação geral dada pelo hipersuficiente⁽¹⁶⁾, sinalizando mudanças de paradigma.

Por outro lado, há limites na interpretação do parágrafo único do art. 444, da CLT, não se admitindo, por exemplo, reduzir salário de forma tácita sob pretexto de se tratar de hipersuficiente, mesmo porque o salário é irredutível⁽¹⁷⁾, salvo negociação coletiva.

Por fim, há decisões justificando essa escolha do legislador, seja do ponto de vista histórico, seja sob a ótica do dinamismo das relações de trabalho, mesmo porque “trabalhadores altamente qualificados têm plenas condições de avaliar a conveniência de prestar serviços a outrem fora dos moldes da típica relação

(11) MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 120.

(12) Conf., por todos, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa e JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 111.

(13) *Idem, ib.*

(14) MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 266.

(15) Conf. TRT 3ª R.; ROT 0010636-07.2019.5.03.0113; Segunda Turma; Relª Desª Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo; Julg. 13.10.2020; DEJTMG 15.10.2020; p. 319.

(16) TRT 1ª R.; ROT 0101027-33.2018.5.01.0037; Segunda Turma; Relator Jose Antonio Piton, Data de Julgamento: 24.07.2019; DEJT 01.08.2019.

(17) Trecho do acórdão TRT 3ª R.; ROT 0010315-28.2020.5.03.0180; Oitava Turma; Rel. Des. José Marlon de Freitas; Julg. 18.11.2020; DEJTMG 19.11.2020; p. 1445.

de emprego”⁽¹⁸⁾, situações em que não se pode presumir vício de vontade. Aliás, conforme consta do acórdão acima referido, o legislador, ao estender ao hipersuficiente a capacidade de livre estipulação das condições de trabalho, em boa hora permitiu superar entendimento jurisprudencial anacrônico que vinha sendo adotado por parte expressiva da jurisprudência trabalhista⁽¹⁹⁾.

Essa arguta observação do Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho bem atesta como as profundas transformações do mundo do trabalho e da própria sociedade foram captadas pelo legislador reformista de 2017, ao incluir o parágrafo único ao art. 444, da CLT.

A reforma de 2017, nesse particular, acabou reacendendo vivo debate sobre qual o necessário equilíbrio entre “intervencionismo” e “liberalismo”, de modo particular qual a função do Estado nas relações de trabalho, e qual o papel da vontade no contexto das relações trabalhistas. Em síntese: haveria contradição entre “intervencionismo” e “autonomia da vontade”? Teriam alguns empregados, diferentemente dos demais, capacidade para dispor de sua vontade, pela maior igualdade em face de seu empregador, quando o contrato seria expressão legítima da vontade das partes?

Essas questões e muitas outras mais profundas são enfrentadas e respondidas pelo jovem jurista Georgenor de Souza Franco Neto, em seu livro *O trabalho do hipersuficiente e o dilema da proteção* que acaba de ser lançado pela tradicional Editora LTr. E aqui está seu mérito: enfrentar com pioneirismo e profundidade tema inédito, nesse livro que tenho a honra de prefaciar.

Originalmente, o livro corresponde à tese que Georgenor Neto defendeu na Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, perante banca integrada pelos eminentes juristas Carlos Frederico Zimmermann Neto, Francisco Pedro Jucá, Carla Romar, Paulo Sérgio João e Pedro Paulo Teixeira Manus. Aprovado com louvor, a banca por unanimidade foi favorável à publicação da tese, o que agora se materializou.

A tese examinou a figura do empregado *hipersuficiente*, introduzida pela Reforma Trabalhista de 2017, por meio do parágrafo único do art. 444, da CLT⁽²⁰⁾.

(18) Processo: AIRR – 10199-59.2019.5.03.0179, Relator: Augusto Cesar Leite de Carvalho; Publicação: 12.02.2021.

(19) *Id. ib.*

(20) 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 n. 13.467, de 2017)

Essa nova figura, cujo neologismo é bastante criticado, é examinada no confronto entre a tradicional proteção assegurada pelo Estado a todos empregados, tidos como hipossuficientes de forma indistinta, e o reconhecimento explícito da autonomia da vontade em relação a alguns empregados — o *hipersuficiente*. Além de dispensar menor grau de proteção a esse empregado, poderá negociar diretamente com o empregador, inclusive condições contrárias à CLT, em determinadas circunstâncias.

Esse o dilema, levantado pela tese, ora publicada: se a principal característica do Direito do Trabalho é a proteção, seria possível criar categoria distinta de empregados, os chamados *hipersuficientes*, aos quais o legislador passaria a dispensar proteção mitigada? Teriam capacidade para negociar diretamente com o empregador condições diferenciadas de trabalho, mesmo contrariando a CLT, as quais podem prevalecer inclusive sobre acordos ou convenções coletivas? Em síntese, poderia a reforma de 2017 desafiar paradigmas de proteção consolidados ao longo da história do Direito do Trabalho e mesmo alterar a lógica da negociação?

Como se vê, a tese do Georgenor Neto se debruça sobre duas questões centrais: a primeira, envolvendo o princípio de proteção (poderia o Direito do Trabalho continuar desempenhando seu papel histórico, abrindo mão do princípio de proteção, relativamente a alguns empregados?); a segunda, a respeito da possibilidade de negociação direta com o empregador (estariam os empregados hipersuficientes habilitados a negociar condições diferenciadas de trabalho, inclusive contrárias à CLT e com preponderância aos instrumentos normativos?).

Ambas as questões estão entre si conectadas: como foi reconhecida a autonomia da vontade do *hipersuficiente*, não só houve redução do grau de proteção, como estaria o *hipersuficiente* apto a negociar com o empregador condições diferenciadas de trabalho, com paridade de armas.

Ora, em relação ao primeiro aspecto, o princípio de proteção foi apenas mitigado, pois continua todo aparato constitucional de proteção ao trabalhador, inclusive em face de sua dignidade e seus valores intrínsecos, e mesmo os de cidadania. Em relação ao segundo, a Reforma de 2017 colocou o trabalhador hipersuficiente no mesmo plano de igualdade do sindicato para efeito de negociação (mesma eficácia legal). Além disso, observados os limites possíveis do que se pode negociar, nos termos do art. 611-A, da CLT, as cláusulas negociadas têm prevalência sobre os instrumentos normativos (preponderância sobre os instrumentos coletivos). Neste ponto, para o legislador, assim como o sindicato encontra-se em plano de igualdade de forças em face do empregador, também o hipersuficiente o estaria. Isso porque, ao contrário do que ocorre com os empregados em geral, quando a desigualdade destes em face do empregador é suplantada pela interferência protecionista do Estado, os trabalhadores *hipersuficientes* tiveram o reconhecimento pleno da autonomia da vontade, representando o parágrafo único do art. 444, da CLT, verdadeira “carta de alforria”.

Para enfrentar essas questões centrais — possível redução do papel protetivo do Direito do Trabalho e possibilidade de negociação nas mesmas condições dos

sindicatos — Georgenor Neto vai deduzindo seus argumentos por meio de rigorosa lógica cartesiana. Para o autor, toda essa problemática deve ser examinada com base na Constituição da República, à luz da doutrina neoconstitucionalista, sem se perder de vista a unidade do Direito do Trabalho.

A criação dessa nova categoria de empregados, para Georgenor Neto, não ofende o princípio da igualdade, tampouco retira do Direito do Trabalho seu papel protetivo. Isso porque é possível limitar o alcance do princípio de proteção sem descaracterizar o contrato de trabalho em si.

Georgenor Neto faz reserva apenas em relação aos critérios adotados pelo legislador, para caracterizar o hipersuficiente. Segundo ele, para manter a unidade do Direito do Trabalho e sua harmonia em face do princípio de proteção, e mesmo sua sobrevida como direito autônomo, deveria o legislador levar em conta a posição hierárquica do empregado, não os critérios adotados no parágrafo único do art. 444, da CLT (ter diploma de curso superior e receber salário superior ao dobro do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social).

Uma vez alterados tais critérios, seria possível formar grupo mais homogêneo de trabalhadores com amplos poderes e com destaque na estrutura organizacional, sem a violação do princípio da igualdade. Por outro lado, mesmo com mais poder de negociar condições de trabalho, o menor alcance de proteção ao hipersuficiente não afronta o texto constitucional. Isso porque nada impede que contratos contemplem diferentes âmbitos de proteção, desde que mantidos os direitos fundamentais, consagrados aos trabalhadores em geral. Como se vê, a tese do Georgenor Neto tem por mérito confrontar, à luz da Constituição da República e em face dos princípios consagrados pelo Direito do Trabalho, a maior liberdade negocial com a menor proteção conferida ao hipersuficiente.

Como destacado por Georgenor Neto, esse tratamento diferenciado não é novidade. Há muito tempo, a legislação de diversos países, como Itália, Espanha e mesmo França, consagra tratamentos diferenciados de proteção para altos empregados, ocupantes de cargos de gestão.

Esse tratamento diferenciado não é novidade. Ele é assegurado, pelo legislador brasileiro, a determinados empregados, como atletas profissionais de futebol. Isso porque, como já afirmava Johannes Messner, “os homens são iguais na sua natureza essencial; na sua natureza individual são desiguais⁽²¹⁾.”

Como se pode notar, o livro de Georgenor Neto examina com profundidade tema atual e ainda não desbravado pela doutrina, embora possa se colher importantes subsídios jurisprudenciais, como afirmado acima. O mérito do seu trabalho consiste no exame sistemático do conceito de trabalhador hipersuficiente e críticas aos critérios adotados pelo legislador. Para tanto, exibindo profundo domínio da ciência jurídica, examina o tema não apenas à luz da mais atual doutrina

(21) MESSNER, Johannes. *Ética Social. (O Direito Natural no Mundo Moderno)*. Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo: Quadrante e Editora da USP. s/d, p. 432.

constitucionalista, como revisita conceitos tradicionais de proteção e igualdade, tão caros ao Direito do Trabalho, em confronto com o direito comparado, de onde retira importantes subsídios.

O livro do Georgenor Neto não é resultado apenas de sua tese de doutorado. Retrata sua carreira invejável. Além de doutor em direito pela USP, é mestre pela PUC/SP e bacharel em direito, pela Universidade da Amazônia. Advogado, sócio do Favacho Franco Advogados, Georgenor Neto é também professor nos cursos de graduação em direito, na AMBRA University (desde 2010) e da FEAPA – Faculdade de Estudos Avançados do Pará (desde 2018), onde também é coordenador do curso de direito.

O jovem jurista Georgenor Neto comprova sua maturidade, mal conseguindo disfarçar sua veia poética, dando leveza e sensibilidade ao longo do intrincado debate. Filho de magistrado e neto de poeta – seu avô paterno foi aclamado como o “príncipe dos poetas do Pará” – Georgenor Neto conseguiu fundir o direito com a arte, conduzindo o leitor a se posicionar com segurança a respeito desse tema ainda tão pouco explorado.

Com certeza o livro será um grande sucesso, sem que isso signifique revelar qualquer defeito ou fraqueza, ao contrário do que afirmou Stuart Mill, sobre a liberdade: “em matéria de teorias políticas e filosóficas, como em matéria de pessoas, o sucesso revela defeitos e fraquezas que o insucesso poderia ter ocultado à observação”⁽²²⁾.

Parabéns Georgenor Neto pela sua coragem de enfrentar tema complexo, inédito e multidisciplinar, quando poderia escolher como objeto de sua tese assunto mais trivial e menos comprometedor. É verdade que, mesmo tendo já escolhido o tema, acabou se deparando com sua complexidade, mas logo superou esse impasse para dar a largada e começar a escrever os capítulos e concluir a obra.

Parabéns ao leitor, que terá oportunidade de acesso a estudo inédito a respeito do trabalhador hipersuficiente.

Ótima leitura.

NELSON MANNRICH

Mestre, doutor e livre-docente, pela USP. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Membro de número e Secretário Geral da Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Advogado em São Paulo, sócio de Mannrich e Vasconcelos Advogados Associados.

(22) MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2. ed. Tradução de Aberto da Rocha Barros. Vozes: Petrópolis, 1991. p. 47.

INTRODUÇÃO

■ APRESENTAÇÃO

A presente investigação terá como foco a figura que a doutrina denomina de empregado hipersuficiente.⁽²³⁾ Ela está regulada pelo parágrafo único do art. 444 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e foi introduzida pela Lei n. 13.467,⁽²⁴⁾ de 13 de julho de 2017, que promoveu uma das maiores reformas na legislação trabalhista brasileira.

Essa figura tem causado muitas controvérsias, por alargar o campo de autonomia negocial do empregado. A legislação garante a preponderância do contrato de trabalho do hipersuficiente em relação ao negociado coletivamente e ao legislador — ao menos nos temas que a lei autoriza a negociação. Para conseguir tal desiderato, o texto legal acaba por limitar a incidência do princípio protetivo.

■ JUSTIFICATIVA E IMPORTÂNCIA DO TEMA

Uma das principais justificativas para escolha deste tema é a envergadura da reforma legislativa promovida pela Lei n. 13.467/2017. A denominada “reforma trabalhista” gerou impacto em praticamente todos os setores do Direito do Trabalho e desafiou paradigmas consolidados. Mudanças dessa abrangência se impõem à ciência do Direito e, por si só, justificam seu estudo.

O foco no empregado hipersuficiente decorre do ineditismo da figura e da quebra do padrão legislativo, sempre fortemente protetivo. O ineditismo suscita dúvidas e gera ônus para a Academia fornecer interpretações que tornem a

(23) Ao longo desta tese, também será usada apenas a expressão “hipersuficiente”.

(24) Ao longo desta tese, serão usadas as expressões “reforma da legislação trabalhista”, “reforma trabalhista”, “reforma de 2017” ou simplesmente “reforma” para se referir à Lei n. 13.467/2017.

norma mais clara e que solucione problemas. A figura do hipersuficiente desafia os limites do conceito de contrato de trabalho, permitindo reflexões que podem ser aproveitadas em diversos aspectos do Direito do Trabalho, como o alcance do princípio protetivo.

O parágrafo único do art. 444 afasta, em parte, a sua incidência. Porém, a leitura tradicional desse princípio poderia justificar a invalidade do novel dispositivo. Tal situação impõe ao intérprete buscar elementos para dirimir a dicotomia — o princípio continua incidindo por inteiro ou foi mitigado? Esses elementos podem ser encontrados na Constituição da República,⁽²⁵⁾ e como o texto constitucional não é expreso em definir o tipo de trabalhador, nem em impedir claramente qualquer redução de direito, uma avaliação mais pormenorizada da Constituição e do contexto histórico das normas laborais é caminho seguro para compreender como o princípio da proteção poderá incidir na figura do hipersuficiente sem anulá-lo.

A abordagem constitucional se justifica pela centralidade que a Constituição tem no ordenamento jurídico. Optou-se por estudar a questão a partir do fenômeno da mutação constitucional, avaliando se ele ocorreu e quais as consequências para o caso. Esta abordagem se justifica porque o neoconstitucionalismo se colocou como um fato que compele a filtragem constitucional de todas as normas do ordenamento jurídico. Atualmente, praticamente todas as mudanças legais com alguma relevância social geram demandas junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), tornando premente a necessidade de avaliar a constitucionalidade da norma.

As mudanças sociais das últimas décadas tornam plausível o uso, por parte dos Ministros do Supremo, da interpretação evolutiva da Constituição. Afinal, a reforma trabalhista será a primeira oportunidade de grande envergadura para o STF se debruçar sobre o tema dos direitos constitucionais dos trabalhadores — certamente a questão dos direitos trabalhistas como cláusulas pétreas irá surgir.

Por serem muitas as questões não abordadas de frente pelo STF, um estudo que analise a reforma pelo prisma constitucional e que tente responder à questão da constitucionalidade de ao menos um dispositivo, se justifica, na medida em que a Academia deve contribuir para o debate jurídico.

Espera-se que a análise aqui empreendida e a tese proposta contribuam para o debate científico. Se o papel da Academia é auxiliar na busca pelo esclarecimento ou, quando for o caso, na formulação metódica de perguntas, espera-se que estas reflexões ajudem a comunidade jurídica a compreender melhor as mudanças recentes no Direito do Trabalho ou, ao menos, que ela possa formular perguntas de maneira mais clara.

(25) Ao longo desta tese, também será usada apenas a expressão Constituição ou as iniciais CRFB.

■ DELIMITAÇÃO DO TEMA

A tese irá se debruçar sobre o parágrafo único do art. 444 da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017. A análise terá foco nas questões materiais envolvendo o dispositivo — ficam de fora aspectos processuais, como a possibilidade de uso da arbitragem (art. 507-A, CLT).

A análise dos aspectos materiais tem duas preocupações:

- a) Constitucionalidade: aferir se o dispositivo incluído pela reforma é constitucional.
- b) Unidade do Direito do Trabalho: avaliar se a maior liberdade negocial dada pelo Legislador descaracteriza o contrato do hipersuficiente como uma espécie de contrato de trabalho, por conta da limitada incidência do princípio protetivo.

O legislador adota dois critérios para identificar o hipersuficiente: ter diploma de nível superior e perceber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Defende-se nesta tese que esses dois critérios são inconstitucionais, mas que a opção por estabelecer diferenças entre os trabalhadores não é. Significa que a Constituição da República permite que se façam diferenciações entre classes de trabalhadores, mas os critérios adotados violam preceitos constitucionais. Por outro lado, a redução de proteção com fito de garantir maior liberdade de negociação não desnatura o contrato do hipersuficiente como um contrato de trabalho. Assim, para que a constitucionalidade desse tipo de contrato exista e sua identificação com o Direito do Trabalho se mantenha, os critérios adotados devem ser alterados. Devem-se adotar critérios que levem em conta a posição hierárquica do empregado, o que permitiria a formação de grupo mais homogêneo de trabalhadores, sem violar, por exemplo, o princípio da igualdade.

Não basta a análise dos critérios adotados pela lei, é necessário também saber se a liberdade concedida é constitucional. A finalidade será analisar se as hipóteses de negociação e o alcance do princípio da proteção segundo a nova lei são constitucionais e não descaracterizam o contrato do hipersuficiente como um contrato de trabalho. De acordo com o entendimento adotado, poucas são as hipóteses de negociação (art. 611-A) que têm incompatibilidades com a Constituição da República, e nenhuma delas descaracteriza o contrato do hipersuficiente como um contrato de trabalho. Igualmente, a limitação sofrida pelo princípio da proteção não viola dispositivos constitucionais nem a autonomia do Direito do Trabalho: não foram retirados direitos fundamentais do trabalhador (art. 7º, CRFB), nem a sua proteção foi anulada — esta foi apenas reduzida, em nome da ampliação dos poderes de negociação individual.

Defenderemos que os critérios adotados pelo legislador são incompatíveis com a Constituição da República, mas não a liberdade de negociação concedida

ao hipersuficiente, pois o alcance da proteção pode ser reduzido, sem violar norma constitucional. Para equacionar essa contradição, o legislador deveria alterar os critérios constantes do parágrafo único do art. 444 da CLT (diploma de nível superior e salário no mínimo o dobro do teto da Previdência Social). Para isso, propõe-se o uso do critério da posição hierárquica, instrumento dogmático que permite a composição de um grupo mais homogêneo, reunindo pessoas com maior poder e importância na estrutura empresarial, detentora de maior capacidade de negociação, ou seja, trabalhadores com amplos poderes diretivos, o que resulta em posição privilegiada na empresa, com melhores condições de negociação.

Não implica incompatibilidade com as bases do Direito do Trabalho a existência de um contrato de trabalho com menor abrangência de proteção. Para que o contrato do hipersuficiente permaneça sujeito ao Direito do Trabalho, é preciso que o conjunto de direitos fundamentais (art. 7º, CRFB) seja garantido e que algum tipo de proteção no plano infraconstitucional seja mantido — neste caso, o princípio do *in dubio pro operario* permanece eficaz.

Este é o recorte epistemológico desta tese: investigar de que forma um contrato de trabalho com maior liberdade negocial e menor proteção pode se compatibilizar com a Constituição e com o Direito do Trabalho, notadamente com seu caráter protetivo.

■ METODOLOGIA

Para o desenvolvimento desta tese, trabalhar-se-á em dois níveis: o infraconstitucional e o constitucional. No plano infraconstitucional, será central a análise do parágrafo único do art. 444 e do art. 611-A da CLT. Em menor escala, também será relevante apreciar o art. 611-B consolidado. No plano constitucional, terão destaques o art. 7º, o art. 1º, inciso IV (valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa) e o princípio da igualdade (art. 5º). Também serão utilizadas a jurisprudência e a legislação internacionais, particularmente da Organização Internacional do Trabalho (OIT), conforme o caso. Tudo isso com aporte teórico de autores — nacionais e estrangeiros — da doutrina trabalhista e constitucionalista.

A apreciação do princípio protetivo será central no trabalho, uma vez que um contrato de trabalho com maior liberdade contratual exige menor proteção. Porquanto o Direito do Trabalho tem como um dos seus principais objetivos proteger o trabalhador, e a Constituição fundamenta isso, o dilema do nível de proteção se impõe.

Para esta tese, será necessária a elaboração de um recorte histórico. Inicialmente, pretendemos demonstrar como as mudanças das relações de trabalho impactaram na formação do Direito do Trabalho — com foco na questão protetiva do trabalhador hipossuficiente — e, em seguida, como as mudanças recentes do mercado de trabalho implicam o surgimento de uma figura como o trabalhador hipersuficiente. Este arcabouço histórico também será relevante no exame da

mutação constitucional, fenômeno jurídico que ajuda a explicar a constitucionalidade do contrato do hipersuficiente. Esses elementos, somados, vão permitir demonstrar que o princípio protetivo pode ser reduzido, sem que isso signifique inconstitucionalidade ou desnaturação do contrato do hipersuficiente como uma espécie de contrato de trabalho.

Para a análise da mutação constitucional, será utilizada, também, a noção de concretização constitucional, especialmente o ferramental teórico desenvolvido por Friedrich Müller. Sua descrição da estrutura da norma jurídica ressalta a interação do texto com os elementos da realidade social. Ela fornece uma visão do fato integrado à norma que facilitará a demonstração da mutação constitucional decorrente das mudanças no mercado de trabalho.

Para fundamentar a caracterização do hipersuficiente a partir de sua posição na estrutura empresarial, procederemos à comparação com os regimes jurídicos da Espanha e da Itália.

■ PROBLEMATIZAÇÃO

Alguns questionamentos deverão ser respondidos para a fundamentação satisfatória desta tese. Certamente, outros questionamentos podem surgir, porém aqui estão os pontos básicos para fornecer uma fundamentação mínima:

- a) Os dois critérios adotados pelo parágrafo único do art. 444 da CLT são constitucionais?
- b) Para viabilizar uma maior liberdade de negociação, o parágrafo único do art. 444 da CLT limitou a aplicação do princípio protetivo. Diante disto pergunta-se:
 - b.1) essa situação é constitucional?
 - b.2) um contrato desse tipo ainda pode ser denominado “de trabalho”?

Ao longo da tese, procuraremos demonstrar que:

- a) Os dois critérios legais (diploma de nível superior e percepção de salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS) são inconstitucionais, pois violam o princípio da igualdade. O princípio da igualdade permite que se trate de forma desigual aqueles que são desiguais. Todavia, os critérios acabam por agregar um grupo muito heterogêneo de pessoas. Fatalmente, seriam alcançadas pessoas que não têm condições de negociar com seu empregador. Dessa forma, os critérios seriam inconstitucionais.
- b) A forma que o parágrafo único do art. 444 encontrou para dar maior liberdade de negociação foi equiparar o seu contrato individual aos

instrumentos de negociação coletiva. Nas entrelinhas, a lei afastou a incidência dos princípios da prevalência da norma mais favorável e da condição mais benéfica. Esses são critérios que buscam solucionar conflitos normativos. E, no caso, a nova legislação já estabelece a preponderância da norma individual.

b.1) Tal situação não é inconstitucional, primeiro porque a Constituição da República não é expressa quanto ao princípio protetivo; segundo, o STF nunca tratou do tema de forma peremptória; terceiro, podemos apontar o efeito da mutação constitucional, uma vez que as mudanças no mercado de trabalho são tão profundas que justificariam uma outra interpretação da CF; quarto, os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos na CF não foram afastados pela nova legislação, mantendo-se um mínimo de garantias; quinto, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa ou não são violados, ou são potencializados nesta nova formatação.

b.2) Tal espécie de contrato pode continuar a ser adjetivada como “de trabalho”. Um contrato que dê preponderância à negociação individual não afeta o núcleo protetivo do Direito do Trabalho. Primeiro, há uma gama de direitos fundamentais garantidos pela CF que não foram alterados; segundo, no cenário de alteração profunda do mercado de trabalho, há de se modificar certas estruturas até para se garantir os valores sociais do trabalho; terceiro, ainda há proteção do trabalhador, notadamente, pela limitação das matérias que podem ser negociadas e pela incidência do *in dubio pro operario*, que iria beneficiar o trabalhador em caso de dúvida interpretativa.

Esses questionamentos nos levam ao terceiro:

c) Qual critério poderia substituir aqueles adotados pela legislação?

Entendemos que o critério da posição hierárquica é um instrumento dogmático mais adequado para guiar o legislador na escolha dos critérios a serem incluídos na lei. A diferenciação entre trabalhadores calcada na posição hierárquica já existe em outros países, como na Espanha e na Itália. A experiência estrangeira demonstra que esse tipo de contrato não perde sua natureza trabalhista. Se adotado pela legislação pátria, o critério seria totalmente compatível com o princípio da igualdade, pois, realmente, seria estabelecido um *discrímen* claro e o grupo alcançado seria homogêneo.

Essas são as perguntas básicas desta tese.

■ ORGANIZAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O corpo da tese está dividido em cinco capítulos, introdução, conclusão e referências. O primeiro capítulo, denominado “O Direito do Trabalho e a Hipossuficiência do Trabalhador”, analisa alguns fundamentos do Direito do Trabalho, em especial o princípio protetivo. Também busca compreender a figura do trabalhador hipossuficiente. Os dois últimos tópicos são dedicados a um panorama histórico, que servirá de base para compreender as mudanças que justificam a criação do empregado hipersuficiente e as mutações pelas quais a Constituição de República passou.

O segundo capítulo, denominado “O empregado hipossuficiente e o empregado hipersuficiente”, busca explicar a figura introduzida pelo parágrafo único do art. 444 da CLT, bem como analisar algumas das principais críticas feitas a ela. Também neste capítulo está localizado um panorama sobre figuras correlatas da legislação espanhola e italiana.

Chegando ao terceiro capítulo, denominado “Repensando a hipersuficiência — em busca de um conceito de empregado hipersuficiente”, o conceito de hipersuficiente é problematizado e, partindo do critério da posição hierárquica, apontamos caminhos para a reformulação da legislação.

No quarto capítulo, denominado “A constitucionalidade da hipersuficiência do trabalhador”, defende-se a ocorrência de uma mutação constitucional que permite a mitigação do princípio protetivo e a ampliação das hipóteses de negociação individual entre empregado e empregador. Ainda defendemos a inconstitucionalidade do critério legal presente no parágrafo único do art. 444 da CLT. No final desse mesmo capítulo, abordamos a questão da autonomia do Direito do Trabalho.

No quinto capítulo, denominado “Por uma redefinição da hipersuficiência”, apresentamos nossa tese de reformulação dos critérios que definem o hipersuficiente na legislação brasileira.

CAPÍTULO 1

O DIREITO DO TRABALHO E A HIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR

1.1. O FUNDAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO E O EMPREGADO HIPOSSUFICIENTE

A Lei n. 13.467/2017, denominada reforma da legislação trabalhista, surgiu num contexto de crise econômica e de alterações na dinâmica do mercado de trabalho. Modificou a legislação trabalhista, especialmente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e começou a vigorar em 11 de novembro seguinte. Mais do que uma resposta aos problemas conjunturais, a reforma trabalhista tenta responder às mudanças estruturais do mercado de trabalho. A reforma é a mais ampla mudança pela qual passou a legislação laboral brasileira; as anteriores foram mais pontuais, prevendo novas figuras ou trazendo modernizações setoriais. A amplitude desta reforma impõe, para a ciência do Direito, a necessidade de compreender seu impacto e sua validade.

O estudo de mudança legislativa de tal envergadura exige o estabelecimento de pressupostos para que a análise seja feita de forma segura. Como ponto inicial, devemos lembrar que o estudo do trabalho é multidisciplinar (econômico, sociológico, jurídico, etc.). Isso impacta o Direito do Trabalho, ramo jurídico que busca conciliar a interação das dimensões individuais, sociais, coletivas das relações de trabalho e a intervenção estatal (NASCIMENTO, 1998, p. 19).

O Direito do Trabalho é dos ramos jurídicos que mais dialogam com a economia. Esta noção é imprescindível quando se propõe um estudo de uma lei que promoveu tão ampla alteração legislativa. Mais ainda quando se lembra que a consolidação data de 1943. Tamanho distanciamento temporal torna mais relevante a compreensão histórica da evolução social pela qual passou o mercado de trabalho.

E, claro, para que a pesquisa seja factível, é preciso efetuar um corte epistemológico. Esta tese tem como objeto o parágrafo único do art. 444 da CLT, que trouxe a figura do hipersuficiente.⁽²⁶⁾ Para tal delimitação, é preciso começar por compreender como o Direito do Trabalho se fundou e se desenvolveu em torno da ideia de um trabalhador hipossuficiente.

(26) O recorte epistemológico será melhor detalhado mais adiante.

O Direito do Trabalho é uma resposta às condições de trabalho verificadas na sociedade industrial e ao desequilíbrio evidenciado nas relações entre empregado e empregador. As normas laborais surgem guiadas pela ideia de proteção do trabalhador contra o poder econômico. Esse conjunto normativo formava uma plataforma de direitos mínimos para que se alcançasse um equilíbrio entre trabalho e condições dignas de exercê-lo (NASCIMENTO, 1998, p. 59).

A busca desse equilíbrio tinha por base a constatação de um desnivelamento na relação empregado e empregador. A inexistência de equidade entre os polos da relação laboral é fulcral na formação do Direito do Trabalho. Ele foi construído ao redor da ideia de um trabalhador tipo, o hipossuficiente. É o trabalhador da indústria, inserido em estruturas hierárquicas rígidas, que trabalha para sua subsistência, sem maiores preparos e sem grandes poderes de negociação. Fruto dos avanços da economia de mercado, que fizeram com que as relações de trabalho saíssem da escravidão para o estágio no qual o trabalhador vende sua força de trabalho. Conforme explica Raffaele De Giorgi (2017, p. 58), “com as transformações da economia, isto é, com a sua mecanização, com a possibilidade de um contínuo incremento da produtividade e com as transformações na forma de acumulação, o trabalho escravo se tornava trabalho economicamente improdutivo”.

A identificação desse trabalhador que não tinha o mesmo poder de barganha do seu empregador, que não tinha conhecimento das estruturas empresariais, foi o ponto de partida para o surgimento do direito do trabalho. O processo histórico transcorreu na linha de proteger trabalhadores sem poder de negociar em pé de igualdade com seus empregadores. Após o período liberal, calcado na igualdade formal dos contratos de Direito Civil, sem restrições à liberdade negocial, a necessidade de proteger os trabalhadores surgiu como maneira de minimizar a situação de penúria que viviam no começo da Revolução Industrial.

Observando a evolução do Direito do Trabalho como uma busca por nivelar uma balança que a igualdade formal deixava desequilibrada, parece surgir como consensual que o norte da formação desse ramo jurídico foi a busca de uma igualdade material e de um catálogo mínimo de direitos e de instrumentos que reduzissem essa desigualdade.

Amauri Mascaro Nascimento (1998, p. 59), todavia, assinala divergências doutrinárias quanto ao papel do Direito do Trabalho. Para algumas correntes, a finalidade é proteger o trabalhador contra o poder econômico. Para outras, as leis trabalhistas seriam uma forma de o Estado sufocar o ímpeto revolucionário do movimento operário. Para outros mais, as leis laborais serviriam como meio de impedir a desestabilização do sistema. E alguns ainda dão destaque à concretização de valores sociais. Amauri Mascaro Nascimento, porém, identifica uma crescente aceitação da função integradora do Direito do Trabalho. (GOMES; GOTTSCHALK, 1972, p. 43-44).

Ainda, para Amauri Mascaro Nascimento (1998, p. 60-61), há consenso doutrinário sobre três funções desse ramo jurídico: proteção, coordenação e organização. A primeira é concretizada na ideia de tutela dos trabalhadores, por meio