



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO NETO

**A hipersuficiência e o dilema da proteção:
a evolução do Direito do Trabalho e as transformações do mundo do trabalho**

São Paulo
2020

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO NETO

**A hipersuficiência e o dilema da proteção:
a evolução do Direito do Trabalho e as transformações do mundo do trabalho**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito do Trabalho e Seguridade Social

Orientador: Prof. Titular Dr. Nelson Mannrich.

São Paulo
2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Franco Neto, Georgenor de Sousa

A hipersuficiência e o dilema da proteção: a evolução do Direito do Trabalho e as transformações do mundo do trabalho ; Georgenor de Sousa Franco Neto ; orientador Nelson Mannrich -- São Paulo, 2020.

189

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito. 2. Direito do Trabalho. I. Mannrich, Nelson, orient. II. Título.

Nome: FRANCO NETO, Georgenor de Sousa

Título: A hipersuficiência e o dilema da proteção: a evolução do Direito do Trabalho e as transformações do mundo do trabalho.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

À Laura, que chegou quando esta tese já havia começado,
e à vovó Mimi, que partiu pouco antes do ponto final.

AGRADECIMENTOS

Se o agradecimento é uma forma de demonstrar carinho e respeito, gostaria de expressar meu carinho e respeito...

Ao meu orientador, Prof. Dr. Nelson Mannrich, por sua imensa capacidade de motivar quando a fraqueza se avizinhava, por seus ensinamentos preciosos e pela sua incansável vontade de fazer seus alunos andarem para frente.

Aos meus amigos que nunca me deixaram desistir, em especial aos meus amigos Álvaro Cesar, pelas reflexões jurídicas e palavras de apoio, e Fernando Favacho, pelas antigas e novas parcerias.

À Tatiana Cejkinski, sempre disposta a escutar.

À minha irmã, Carolina Franco, pelas palavras de apoio, presenciais ou a distância.

À minha sogra, Jacira Costa Rocha, pelo carinho e pelos momentos que dividimos o cuidado com a Laura.

À minha mãe, Elza Franco, e ao meu pai, Georgenor Franco Filho, por sempre perguntarem sobre a tese, por me acalmarem quando o nervoso se fazia presente, por me apoiarem, mesmo nas escolhas mais incertas, por me ajudarem na busca das soluções.

À minha esposa, Rita Rocha Franco, por tantas coisas que, nem se eu usasse todas as palavras que já foram escritas, conseguiria traduzir o que sinto.

Por fim, à Laura, minha filha, tão pequena, que sequer sabe o que é uma tese, mas que com seu sorriso, sua risada e suas descobertas, me dava força para continuar. Obrigado, filha, por ter cedido parte do tempo que deveríamos estar juntos para que eu pudesse concluir esta tese.

RESUMO

FRANCO NETO, Georgenor de Sousa. **A hipersuficiência e o dilema da proteção**: a evolução do Direito do Trabalho e as transformações do mundo do trabalho. 2020. 189 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A reforma trabalhista de 2017 promoveu profundas mudanças no Direito do Trabalho. Dentre elas, criou a figura do empregado hipersuficiente. Segundo a dicção do Parágrafo único do art. 444 da CLT, o empregado que detivesse diploma de nível superior e recebesse salário igual ou superior ao dobro do teto de benefícios do Regime Geral da Previdência Social teria maior liberdade para negociar diretamente com seu empregador os termos do contrato de trabalho. As condições que esse empregado poderia negociar são aquelas elencadas no art. 611-A, também incluído pela reforma na CLT. Para que o contrato do hipersuficiente prevalecesse sobre as convenções e acordos coletivos e sobre a lei, o legislador afastou a incidência dos princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica. Esta tese defende que os critérios inseridos no Parágrafo único do art. 444 violam o princípio da igualdade e o inciso XXXII do art. 7º da Constituição da República. Por outro lado, em razão de uma mutação constitucional, a limitação da incidência do princípio protetivo, bem como a criação de uma categoria com reduzida proteção e maior liberdade de negociação são constitucionais, desde que este grupo seja composto por sujeitos que realmente não demandem muita proteção legal. Nesta tese, utilizando o *critério da posição hierárquica* e observando as legislações espanhola e italiana, defendemos que o conceito de hipersuficiente passe a compreender os altos dirigentes das empresas, pois eles exercem poder diretivo, determinando os rumos da empresa, e estão sujeitos à tênue subordinação. Adicionalmente, defendemos que por meio de negociação coletiva seja possível ampliar as hipóteses de trabalhadores com liberdade de negociação similar aos empregados hipersuficientes.

Palavras-chave: Hipersuficiente. Mutação Constitucional. Parágrafo único do art. 444. Subordinação. Poder Diretivo. Hierarquia.

ABSTRACT

FRANCO NETO, Georgenor de Sousa. **Hypersufficiency and the protection dilemma**: the evolution of labor law and the transformations of the world of work. 2020. 189 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The 2017 labor reform has led to profound changes in labor law. Among them, he created the figure of the hypersufficient employee. Under the sole paragraph of Article 444 of the CLT, an employee holding a higher-level diploma and receiving a salary equal to or more than twice the benefit ceiling of the General Welfare Scheme would be free to negotiate directly with his employer the terms of the employment contract. The conditions that this employee could negotiate are those listed in Article 611-A, also included by the CLT reform. *In* order for the hypersufficient contract to prevail over collective conventions and agreements and the law, the legislature shifted the focus from the principles of the most favorable norm and the most beneficial condition. This thesis argues that the criteria inserted in the sole paragraph of Article 444 violate the principle of equality and item XXXII of Article 7 of the Constitution of the Republic. On the other hand, due to a constitutional change, limiting the incidence of the protective principle as well as creating a category with reduced protection and greater freedom of negotiation are constitutional, provided that this group is composed of subjects that do not really demand much legal protection. *In* this thesis, using the criterion of hierarchical position and observing the Spanish and Italian legislations, we argue that the concept of hypersufficient comes to understand the senior managers of companies, because they exercise the power to determine the direction of the company, and are subject to tenuous subordination. Additionally, we argue that through collective bargaining, it is possible to broaden the chances of workers with freedom of negotiation similar to those who are hypersufficient.

Keywords: Hypersufficient. Constitutional mutation. Sole paragraph of Article 444. Subordination. Governing Power. Hierarchy.

SOMMARIO

FRANCO NETO, Georgenor de Sousa. **Ipersufficienza e dilemma della protezione: l'evoluzione del diritto del lavoro e le trasformazioni del mondo del lavoro.** 2020. 189 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

La riforma del lavoro del 2017 ha portato a profondi cambiamenti nel diritto del lavoro. Tra questi, ha creato la figura dell'impiegato ipersufficiente. Secondo il solo comma dell'art. 444 del CLT, un dipendente in possesso di un diploma di livello superiore e che riceve uno stipendio pari o superiore al doppio del massimale del regime di previdenza generale avrebbe una maggiore libertà di negoziare direttamente con il datore di lavoro i termini del contratto di lavoro. Le condizioni che questo dipendente potrebbe negoziare sono quelle elencate nell'art. 611-A, incluso anche nella riforma del CLT. Affinché il contratto ipersufficiente prevalesse sulle convenzioni e sugli accordi collettivi e sulla legge, il legislatore ha spostato l'attenzione dai principi della norma più favorevole e della condizione più vantaggiosa. Questa tesi sostiene che i criteri inseriti nell'unico paragrafo dell'art. 444 viola il principio di uguaglianza e l'articolo XXXII dell'art. 7 della Costituzione della Repubblica. D'altra parte, a causa di un cambiamento costituzionale, la limitazione dell'incidenza del principio protettivo e la creazione di una categoria con una protezione ridotta e una maggiore libertà di negoziazione sono costituzionali, a condizione che questo gruppo sia composto da soggetti che non richiedono molto. protezione legale. *In* questa tesi, usando il criterio della posizione gerarchica e osservando le legislazioni spagnola e italiana, sosteniamo che il concetto di ipersufficiente arriva a comprendere gli alti dirigenti delle società, perché esercitano il potere di determinare la direzione dell'azienda e sono soggetti a una tenue subordinazione. Inoltre, sosteniamo che attraverso la contrattazione collettiva, è possibile ampliare le possibilità dei lavoratori con una libertà di negoziazione simile a quella dei lavoratori ipersufficienti.

Parole chiave: ipersufficiente. Mutazione costituzionale. Unico comma dell'art. 444. Sottordinazione. Potere direttivo. Gerarchia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Apresentação	11
Justificativa e importância do tema	11
Delimitação do tema	13
Metodologia	15
Problematização	16
Organização dos capítulos	17
CAPÍTULO 1 O DIREITO DO TRABALHO E A HIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR	19
1.1 O fundamento do Direito do Trabalho e o empregado hipossuficiente	19
1.2 O princípio da proteção como pilar do Direito do Trabalho	25
1.3 Panorama histórico da proteção do trabalhador por meio do Direito do Trabalho: a predominância do trabalhador hipossuficiente	31
1.4 O mundo do trabalho hoje e a pluralidade no mundo do trabalho	47
CAPÍTULO 2 O EMPREGADO HIPOSSUFICIENTE E O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE	72
2.1 Principais características do trabalhador hipersuficiente: aspectos gerais do Parágrafo único do art. 444 da CLT	73
2.1.1. <i>Os requisitos legais</i>	75
2.1.2. <i>O tratamento legal do empregado hipersuficiente</i>	77
2.2 Críticas ao Parágrafo único do art. 444 da CLT	90
CAPÍTULO 3 REPENSANDO A HIPERSUFICIÊNCIA – EM BUSCA DE UM CONCEITO DE EMPREGADO HIPERSUFICIENTE	107
3.1 Um acerto de diagnóstico: a reforma trabalhista e a pluralidade no mundo do trabalho	107
3.1.1 <i>Semelhanças e diferenças entre o empregado hipossuficiente e o empregado hipersuficiente</i>	108
3.2 Subordinação e dependência do empregado hipossuficiente e do empregado hipersuficiente .	111
3.3 Os poderes do empregado hipersuficiente e a sua posição na estrutura da empresa	117
3.4 A liberdade contratual do empregado hipersuficiente e a natureza do Direito do Trabalho	121
3.5 O alcance do princípio da proteção no contrato do hipersuficiente	123

CAPÍTULO 4 A CONSTITUCIONALIDADE DA HIPERSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR	128
4.1 A concretização e a metódica estruturante de Friedrich Müller	129
4.2 As mudanças sociais relevantes para compreensão da concretização constitucional	137
4.3 O programa normativo e o âmbito normativo de três normas constitucionais	141
4.3.1 <i>O princípio da Igualdade</i>	142
4.3.2 <i>Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa</i>	145
4.3.3 <i>O art. 7º</i>	149
4.4. A inconstitucionalidade dos critérios do Parágrafo único do art. 444 da CLT	155
4.5 A constitucionalidade do <i>critério da posição hierárquica</i>	157
4.6. A constitucionalidade do princípio protetivo, conforme o Parágrafo único do art. 444 da CLT	161
4.7. Os limites constitucionais da preponderância do contrato individual do trabalhador hipersuficiente	163
4.8 A dicotomia e a natureza do Direito do Trabalho e a Constituição	165
CAPÍTULO 5 POR UMA REDEFINIÇÃO DA HIPERSUFICIÊNCIA	167
5.1 Respondendo às perguntas propostas	169
5.2 Ajustes necessários e proposta para uma alteração da legislação	170
CONCLUSÃO	173
REFERÊNCIAS	177

INTRODUÇÃO

Apresentação

A presente investigação terá como foco a figura que a doutrina denomina de empregado hipersuficiente.¹ Ela está regulada pelo Parágrafo único do art. 444 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e foi introduzida pela Lei n. 13.467,² 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 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

¹ Ao longo desta tese, também será usada apenas a expressão “hipersuficiente”.

² 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.

por inteiro ou foi mitigado? Esses elementos podem ser encontrados na Constituição da República,³ e como o texto constitucional não é expresso 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.

³ Ao longo desta tese, também será usada apenas a expressão Constituição e pela sigla 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 do 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 bibliográficas. 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.⁴ 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.

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.

⁴ O recorte epistemológico será melhor detalhado mais adiante.

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 do estabelecimento de normas de ordem pública que não estão sujeitas à autonomia da vontade. A segunda função fornece balizas às negociações, permitindo ajustes para equilibrar aspectos econômicos e sociais das relações trabalhistas. Para o autor, esta segunda função está fundada na autonomia coletiva dos particulares. Embora o Direito do Trabalho seja vocacionado às negociações coletivas, não há motivos para que esta função também abranja a negociação individual, afinal sua função é garantir que, na negociação, o trabalhador não se encontre em posição tão desfavorável. A terceira dimensão (organização) pretende estruturar os sujeitos coletivos, especialmente as organizações sindicais.

Para esta tese, é relevante compreender o caldo em que essa primeira função – protetiva – foi construída e sua lógica de funcionamento, bem assim como ela se coaduna com a de coordenação, especialmente se pensarmos no caso do hipersuficiente, que inclusive dá relevo à autonomia individual, ao invés da autonomia coletiva. Maria do Rosário Palma Ramalho explica que o desenvolvimento do Direito do Trabalho, ao longo do século XX, transcorreu sob o signo da proteção do trabalhador tipo, um trabalhador hipossuficiente. Porém, após a década de 1970, o Direito do Trabalho passou a sofrer uma inflexão. Segundo Palma Ramalho:

Na origem da inflexão dos objetivos de intensificação e de universalização da proteção dos trabalhadores, que animaram tradicionalmente o Direito do Trabalho, está, em primeiro lugar, a alteração de determinados factores extra-jurídicos que tinham propiciado o desenvolvimento anterior. (RAMALHO, 2009, p. 60)

A autora está se referindo aos seguintes fatores: a) “relativa uniformidade da categoria dos trabalhadores subordinados”; b) “grande empresa do sector secundário da economia como unidade modelar para o desenvolvimento dos vínculos laborais”; c) “crença na sustentabilidade económica do sistema laboral protetivo para os empregadores e para as empresas” (RAMALHO, 2009, p. 60).

Especialmente se observarmos a situação do trabalhador tipo e sua posição em relação às grandes indústrias que o empregava, fica mais evidente a função protetiva do Direito do Trabalho. Em tal cenário, o empregador detém os meios de produção e o capital. O

trabalhador possui apenas sua força de trabalho. Esta, por sua vez, só gerará riqueza para o trabalhador se ele for contratado. O Direito do Trabalho identificou aí o que seria um déficit de igualdade, e logo se suscitou a injustiça de se tratar, apenas segundo a igualdade clássica (igualdade perante a lei ou igualdade formal), dois sujeitos de classes econômicas tão diferentes e com posições tão diversas na engrenagem econômica. O rompimento entre a igualdade formal e a igualdade material, como tentativa de identificar traços que permitissem tratar de forma desigual sujeitos desiguais, foi a base para o afastamento das normas civis de contrato e o nascimento do Direito do trabalho como um conjunto de normas protetivas (HOFFMANN, 2003, p. 31-8).

Conforme demonstraremos nos tópicos seguintes, a história do mercado de trabalho e do Direito do Trabalho deixa desnuda a desigualdade material entre patrão e empregado. A posição de fragilidade deste evidenciou a necessidade de elaboração de normas protetivas. Se é difícil negar essa fragilidade, por outro lado, a mesma história do mercado de trabalho, especialmente em décadas recentes, levanta questões sobre ser autoevidente a hipossuficiência do trabalhador. As relações laborais cada vez mais complexas vêm demonstrando que a imagem do trabalhador hipossuficiente tipo não dá conta de todas as dimensões do mercado de trabalho.

A função de coordenação do Direito do Trabalho vem ganhando destaque. Podemos sintetizar a crescente importância do papel de coordenação do Direito do Trabalho e a redução do papel protetivo – no sentido de que a proteção do trabalhador está na limitação da sua autonomia da vontade – na ideia de flexibilização da legislação trabalhista. Flexibilização é um termo elástico, entretanto podemos entendê-lo como um processo pelo qual se reduz a rigidez da legislação trabalhista. Carregado de forte carga ideológica, o termo comumente é usado como forma de traduzir um sentimento de oposição às mudanças na legislação laboral (MANNRICH, 1998, p. 72-9).

A questão da flexibilização começou a ganhar destaque nos debates juslaboralistas com as mudanças econômicas das décadas 1960 e 1970 (NASSAR, 1991, p. 158-160). O estreitamento das relações econômicas entre os países implicou o aumento da concorrência, que passou a se dar em escala global. E não só as empresas passaram a concorrer entre si, os países também passaram a disputar para oferecer melhores ambientes de negócios, a fim de atrair investimentos privados. Este processo de globalização fez com que a concorrência entre os trabalhadores se tornasse mais acentuada; por exemplo: se, para uma indústria, ficava caro produzir em determinado país, ela poderia transferir sua unidade produtiva para outro. Mais recentemente, as empresas podem contratar mão de obra em outro país para prestar um serviço

a distância. Atualmente, um trabalhador no Brasil sofre concorrência de trabalhadores de outros países, muitas vezes bem mais qualificados, realidade fruto da mobilidade humana e das facilidades de deslocamento. A disputa por espaço no mercado de trabalho, gradativamente, tornou-se global.

Para atrair investimentos e gerar empregos, muitos países têm reformado suas leis trabalhistas, a fim de reduzir os custos da contratação e, assim, tornar seu mercado mais atrativo para a entrada de novas empresas. A ideia é reduzir direitos para garantir vagas de trabalho.

Este debate em torno da flexibilização é marcado por forte carga ideológica. Parcela dos envolvidos alega que a flexibilização significa corte de direitos e de garantias já tão mínimos dos trabalhadores. Outra parcela defende que a flexibilização é necessária para cortar os excessos da legislação que sufocam o empresariado e impedem a geração de emprego, ou mesmo que deve se buscar total desregulamentação do mercado de trabalho. Há autores que também colocam sob esse conceito a ampliação da autonomia coletiva (NASSAR, 1991, p. 77). A polarização não é exclusividade nacional, conforme podemos notar no relato que Arturo Martinez faz da situação mexicana:

No México, o setor empresarial sustenta que a Lei Federal do Trabalho vigente estabelece um marco jurídico demasiado rígido e inflexível, que obsta e inclusive impede o livre desenvolvimento de uma indústria competitiva e desestimula a inversão; que a função tutelar da Lei Laboral e das contratações coletivas, que em seu amparo vem surgindo nos últimos 50 anos, tem chegado a extremos excessivos, que é necessário corrigir mediante a flexibilização da lei. Por sua vez, as organizações sindicais do nosso país não querem saber nada sobre a flexibilização; consideram que com a mesma se aniquilariam as conquistas obreiras que surgiram por conta da Revolução Mexicana. (MARTINEZ, 2003, p.133).

A debate sobre a flexibilização envolve conflitos ideológicos que podem ser sintetizados em duas perspectivas antagônicas: a intervencionista, que defende a intermediação estatal nas relações trabalhistas, e uma liberal, defendendo leis mínimas que deem mais espaço para a liberdade de negociação (MANNRICH, 1998, p. 75-6). Aqueles que defendem uma posição mais intervencionista vão tratar o tema de flexibilização como sinônimo de desregulamentação e precarização; para aqueles que comungam de uma perspectiva liberal, a flexibilização é uma adaptação da legislação às novas dinâmicas do mercado de trabalho (SILVA, 2007, p. 147). Mesmo diante dessas controvérsias, comumente se aponta como causas da flexibilização as crises econômicas e as inovações tecnológicas que provocaram mudanças estruturais no mercado de trabalho.

As décadas de 1960 e 1970 foram uma época de acentuadas crises econômicas. Podemos apontá-las, com segurança, como o período em que a rigidez das normas laborais começa a ser problematizada (NASSAR, 1991, p. 158-60; MANNRICH, 2017, p. 1288; RAMALHO, p. 61-66). Crises como a do petróleo, na década de 1970, foram o começo de um ciclo de crises. Soma-se às crises a explosão da tecnologia, iniciada nesse período e que segue até nossos dias. Processos de automação, introdução da robótica e da informática e, mais recentemente, explosão da internet e da biotecnologia são algumas das mudanças que também contribuem para a flexibilização da legislação trabalhista (MARTINS, 2004, p. 47-48; NASSAR, 1991, p. 160-162; HOBBSAWM, 2007, p. 55-56).

Atualmente, a consolidação do processo de globalização acirrou a concorrência no mercado de trabalho. A capacidade de comunicação em tempo real, a maior capacidade de mobilidade dos trabalhadores e a internacionalização das empresas – há, atualmente, empresas transnacionais, que atuam além dos limites de sua origem, desenvolvendo atividade no mercado exterior, – enfim, todo esse processo chamado de globalização (CHIARELLI, 2007, p. 262) gerou maior concorrência entre os países, que disputam o investimento dessas megacorporações e de fundos de investimentos. Os próprios trabalhadores, hodiernamente, precisam disputar as vagas de trabalho com aqueles que estão em outros países.

São essas as causas da flexibilização da legislação laboral. Por conta desse contexto, filiamo-nos aos que entendem a flexibilização como adaptação da legislação às novas dinâmicas socioeconômicas. Ainda temos, nesse contexto, um campo próprio do Direito do Trabalho. No entanto, alguns autores distinguem flexibilização e desregulamentação. Seguindo a lição de Arnaldo Süssekind (1999, p. 34-3), a desregulamentação seria a completa omissão estatal, com as normas sendo ditadas preponderantemente pela autonomia privada; a flexibilização seria o estabelecimento da observância obrigatória de certas normas, deixando outras tantas, contudo, para serem adaptadas ou complementadas pelos particulares.

Utilizando essa parte de conceitos (flexibilização e desregulamentação), podemos identificar duas situações básicas: a) mudanças legislativas que implicam menor regulação, aumentando o poder de negociação dos envolvidos na relação de trabalho, mas com manutenção de direitos trabalhistas básicos, imunes à autonomia da vontade; b) uma liberalização e redução de garantias tão ampla, permitindo que a autonomia privada possa reduzir qualquer garantia.

Na primeira situação, há uma flexibilidade do Direito do Trabalho, mas este continua a produzir efeitos, dando proteção mínima ao trabalhador. Na segunda situação, há desregulamentação de um setor, e as relações de trabalho deixam de ser regidas pelo Direito do

Trabalho, passando a se submeterem ao Direito Civil. Na flexibilização, mesmo pouco protetiva, a norma jurídica ainda estaria sob a influência dos princípios justralhistas, como o da proteção; na desregulamentação, as normas passariam a se submeter à autonomia da vontade, passando o contrato a ser classificado como de Direito Civil.

A compreensão histórica do fenômeno da proteção do trabalhador hipossuficiente e sua flexibilização é relevante para se entender a gênese do Parágrafo único do art. 444 da CLT e sua constitucionalidade – o que passará por uma avaliação de uma possível mutação constitucional. Também se buscará compreender se a figura do hipersuficiente é caso de flexibilização ou de desregulamentação, pois, ao permitir ampla negociação individual, essa nova figura desafia a autonomia do Direito do Trabalho em relação ao Direito Civil. Compreender se a redução de direito (ou a possibilidade de redução de direitos) do hipersuficiente compromete tal autonomia é essencial, primeiro porque a Constituição da República não permite a dissolução do Direito do Trabalho no Direito Civil; segundo porque compreender a aproximação desses dois ramos jurídicos é importante para encontrar um conceito de hipersuficiente que, mantendo-se nos quadrantes do Direito do Trabalho, permita maior autonomia individual na formação do contrato.

1.2 O princípio da proteção como pilar do Direito do Trabalho

A gênese do Direito do Trabalho está ligada ao surgimento de uma economia de mercado e ao reconhecimento de ideias iluministas como liberdade e igualdade de todos. A pessoa deixava de ser uma coisa, como nos sistemas escravistas, para se tornar sujeito de direitos, livre para empreender ou para vender sua mão de obra a quem detivesse os meios de produção. Mesmo neste ambiente de (formalmente) iguais, o trabalhador aceitava se submeter às ordens do seu empregador, integrando a base de um sistema hierárquico e de poder (SUPIOT, 2016, p. 11-3).

Nesse contexto, o Direito do Trabalho identificou o que seria um déficit de igualdade; o empregador possui os meios de produção, enquanto o trabalhador possui apenas sua força de trabalho, e esta se torna apenas um elemento do sistema de produtivo. Efetivamente, o empregador detém superioridade técnica e econômica. É ele quem determina as tarefas a serem feitas e consegue perceber todo o processo produtivo (superioridade técnica); é ele quem detém o poder econômico, sendo a fonte de subsistência do trabalhador (RODRIGUES, 2000, p. 229).

Logo se suscitou a injustiça de se tratar, apenas segundo a igualdade clássica (igualdade perante a lei ou igualdade formal), dois sujeitos tão diferentes e com posições tão diversas na engrenagem econômica. O rompimento entre a igualdade formal e a igualdade material, como tentativa de identificar traços que permitissem tratar de forma desigual sujeitos desiguais, foi a base para o afastamento das normas civis de contrato e o nascimento do Direito do Trabalho como um conjunto de normas protetivas (HOFFMANN, 2003, p. 31-8). Nas palavras de Alain Supiot:

Enquanto a desigualdade designa, de uma maneira geral, produto de uma comparação objectiva (*sic*) entre situações eventualmente independentes uma da outra, a hierarquia designa sempre um vínculo jurídico. Quer dizer que a desigualdade resulta deste vínculo tem um significado particular: trata-se de uma *relação*, e não apenas de uma *situação*, inigualitária (*sic*): trata-se de uma desigualdade instituída pelo direito, e não de uma situação de facto ignorada ou combatida por ele. Na relação hierárquica, é a desigualdade, e não a igualdade, que surge como princípio jurídicos constitutivo. Tal é o caso do nexos de subordinação, que fundamenta a relação entre empregador e trabalhador num princípio de desigualdade. (SUPIOT, 2016, p. 152-153).

O sistema jurídico percebe a desigualdade material, relativiza o princípio da igualdade formal e reconhece a subordinação como estruturante nas relações de trabalho. E, como as subordinações técnica e econômica são inerentes ao sistema econômico vigente, resta ao Direito minimizar os efeitos deletérios da igualdade formal. O legislador traduz essa condição fática em subordinação jurídica.

Essas desigualdades concretas, e sua tradução em subordinação jurídica, permitem que as normas sejam guiadas pelo princípio de proteção, centro gravitacional do Direito do Trabalho. Em sua essência, o princípio busca afastar a igualdade formal, criando mecanismos legais que minimizem os desníveis econômicos. Nos dizeres de Américo Plá Rodríguez (1993, p. 28), “O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”.

Como uma resposta jurídica para uma desigualdade socioeconômica, o Direito do Trabalho, centrado no princípio protetivo, pressupõe que todo trabalhador se enquadra na figura do “trabalhador subordinado típico”, ou seja, alguém que possui desvantagens econômicas em relação ao seu empregador, pois este detém os meios de produção, enquanto o trabalhador possui apenas a sua força de trabalho. O “trabalhador subordinado típico” era, em geral, aquele que trabalhava nas fábricas. É possível perceber essa figura típica nos demais setores da economia, como, por exemplo, um operador de caixa em uma grande rede supermercadista.

A ideia de desigualdade material é um contraponto à desigualdade formal. A ideia original de igualdade, que remonta aos tempos da Grécia Antiga (FERREIRA FILHO, 2015, p. 312), sempre privilegiou a isonomia de tratamento perante a lei. As ideias liberais de liberdade, igualdade de todos perante a lei, têm sua gênese na Inglaterra do século XVII, com filósofos como John Locke, e se estendem pelos séculos seguintes, influenciando movimentos como o da Independência dos Estados Unidos da América, em 1775, e a Revolução Francesa, também no século XVIII (RUSSELL, 2015, p. 137-142). Como, porém, ainda havia interesses na manutenção de privilégios, buscaram-se novas formas de criar discriminações, como os argumentos raciais. Filósofos como Jean-Jacques Rousseau, no século XVIII, já criticavam as desigualdades decorrentes das convenções sociais (RUSSELL, 2015, p. 243-248). No século XIX, pensadores como Karl Marx prosseguiram com críticas à igualdade formal, elaborando sua teoria em torno de ideias como a luta de classes como motor da história (NADER, 2019, p. 255-260; RUSSELL, 2015, p. 353-262).

Tantas críticas à igualdade formal, que o tema da igualdade material é patente no século XX. Esta pretendia combater o uso da igualdade perante a lei como mecanismo de manutenção de condições de desigualdades. Sob o manto da liberdade individual e da igualdade formal, um conjunto de desigualdades econômicas, sociais, políticas, etc. ficava intocado (BONAVIDES, 2013, p. 61).

Essas condições de desigualdade são perceptíveis na história da evolução do mercado de trabalho quando se constata o desnível entre empregado e empregador. Esse desnível pode ser de vários tipos: informacional, financeiro, técnico, etc. Pode-se identificar uma infinidade de desníveis. O empregado não tem acesso a todas as informações da empresa, assim, em uma negociação salarial, o empregador sempre estará mais bem informado. Em termos técnicos, nenhum trabalhador domina o conhecimento de todos os processos produtivos – mesmo os altos executivos possuem suas limitações. Já desde o momento da negociação, o postulante à vaga se encontra em situação desfavorável (SILVA, 1996, p. 20).

Essas diferenças entre empregado e empregador justificam a estipulação de um *discrímén* que permita minimizar tais desigualdades.

A percepção de que a igualdade formal não era suficiente, de que a relação patrão e empregado possui desníveis que precisavam de ajustes, fomentou a formação de uma legislação protetiva. O Direito do Trabalho nasceu dessa ideia de justiça social, segundo a qual todos devem participar dos ganhos gerados pelo crescimento econômico, garantindo-se um mínimo

vital para uma vida digna. Por isso, a noção de igualdade material é estruturante para o Direito do Trabalho.

O peso das críticas aos excessos formalistas do princípio da igualdade colocou as iniquidades sociais em maior evidência no horizonte legislativo. Se, na formulação de normas civis ou comerciais, ainda prevalece a igualdade formal, no Direito do Trabalho, o legislador, reconhecendo a fragilidade do trabalhador, torna a subordinação jurídica estruturante para o contrato de trabalho e faz com que a sua interpretação e aplicação sejam guiadas pela ideia de proteção. Se há uma das partes muito desfavorecida, deve a lei compensar as desvantagens socioeconômicas – e até naturais – com mecanismos legais protetivos (RODRIGUEZ, 1993, p. 28; SUPIOT, 2016, p. 148-151).

Por esse viés, a finalidade das leis laborais seria eliminar uma desigualdade concreta e proteger o trabalhador contra situações que a legislação considera injustas, nivelando sujeitos que se encontram em posições desiguais (RODRIGUEZ, 1993, p. 30). O princípio protetivo é a tradução, no Direito do Trabalho, do princípio geral da igualdade material. Nesse sentido, Luiz de Pinho Pedreira da Silva definiu o princípio da proteção como:

aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores. (SILVA, 1996, p. 280)

O princípio da proteção, em suas três faces, procura sanar os desníveis nas relações entre empregado e empregador, estabelecendo regras de interpretação e de solução de antinomias sempre em favor do empregado. Classicamente, a doutrina aponta três princípios (ou subprincípios, como preferirmos falar) que efetivam a proteção do trabalhador. Os três são focados em aspectos formais da aplicação da norma. São eles:

- a) Princípio do *in dubio pro operario*;
- b) Princípio da norma mais favorável;
- c) Princípio da condição mais benéfica.

O princípio de proteção é estruturante para o Direito do Trabalho, viabilizando que o legislador minimize as desigualdades nas relações laborais. Isso porque é um princípio que atua na interpretação e na solução de conflitos entre normas (SÜSSEKIND, 2005, p. 145; NASCIMENTO, 2005, p. 150).

O *in dubio pro operario* atinge o modo como o juiz interpreta; estabelece critério de solução de dúvida interpretativa: diante de normas vagas ou com mais de uma possibilidade de exegese, o aplicador deve adotar a mais benéfica ao trabalhador. Não significa que todas as normas devam ser lidas por esse viés, mas apenas quando houver dúvida legítima sobre o sentido de uma norma. Se uma norma claramente é contra o empregado, assim deverá ser aplicada. Mas, diante de dúvida legítima sobre a melhor interpretação possível, escolha-se a mais favorável ao trabalhador. Atende-se, assim, à finalidade do Direito do Trabalho de reduzir as desigualdades.

O princípio da prevalência da norma mais favorável se dirige à solução de conflitos de hierarquia entre normas concorrentes; quando há incerteza acerca de qual norma vigente se aplica ao caso concreto, a que for benéfica ao trabalhador irá incidir. Ele atinge a estrutura hierárquica das normas laborais; é critério de solução de antinomias que visa favorecer o trabalhador em conflito no qual ambas as normas são válidas e vigentes.⁵

O princípio da condição mais benéfica cuida de problemas de aplicação da norma no tempo, quando uma norma mais nova modifica para pior a situação do trabalhador; mesmo que a norma tenha sido expressamente revogada, se ela der melhores condições ao empregado irá incidir (HOFFMANN, 2003, p. 113-126; SILVA, 1996, p. 121-127) É a regulação dos conflitos intertemporais de normas, impedindo modificação *in pejus* das normas laborais. Para Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 106), este subprincípio “(...) é emanção do princípio da segurança jurídica em uma de suas vertentes constitucionais” da irretroatividade da lei mais benéfica ao réu e do direito adquirido. Nesse sentido, é como se a condição mais benéfica se incorporasse ao patrimônio jurídico do trabalhador. Esta condição mais benéfica pode derivar da lei, de decretos, de instrumentos normativos coletivos, do contrato. Enfim, pode derivar de qualquer fonte. Por essa razão, discordamos da doutrina que limita a aplicação deste princípio ao confronto de cláusulas contratuais, individuais ou coletivas, reduzindo o princípio à noção de inalterabilidade dos contratos (DELGADO, 2019, p. 238-242; MARTINEZ, 2019, p. 113).

O princípio protetivo, em seus três aspectos, evidencia que o Legislador trabalhista tem duas formas de proteger o trabalhador: pelas regras, nas quais estabelece condições

⁵ Não adotamos a corrente que entende que o princípio da norma mais favorável possui três formas de aplicação: na elaboração da norma, orientando o legislador; no confronto entre normas concorrentes, orientando a hierarquização das normas; na solução de conflitos interpretativos (vide DELGADO, 2019, p. 234-5). Certamente, o princípio da norma mais favorável incide sobre os conflitos entre normas e pode até servir de guia para o legislador, porém, entendemos que a solução de conflitos interpretativos cabe ao princípio do *in dubio pro operario*.

benéficas ao trabalhador, ou por meio dos princípios. No caso do princípio em comento, afastam-se as regras clássicas de solução de conflitos normativos e interpretativos presentes no Direito Civil e se estabelecem princípios gerais que sempre favorecerão o trabalhador, seja no caso de dúvida interpretativa, seja no conflito contemporâneo de normas, seja no conflito intertemporal de normas.

O princípio de proteção nunca foi imune a críticas (RODRIGUEZ, 1993, p. 33-36), notadamente o argumento de que sua aplicação destemperada pelos tribunais geraria insegurança jurídica (HOFFMAN, 2003, p. 81). Apesar das divergências, é dominante o entendimento de que o princípio tem fundamento na busca de uma igualdade material, sendo um importante instrumento para proporcionar melhores condições aos empregados. Certamente a proeminência desse princípio fez com que o Parágrafo único do art. 444 da CLT limitasse sua incidência nos contratos de empregados hipersuficientes. Foi a maneira que o legislador encontrou para garantir a liberdade de negociação do hipersuficiente. Ao afastar os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica, o legislador permite que o contrato de trabalho individual prevaleça no conflito temporal ou hierárquico com outras normas do sistema.

Para a presente tese, é relevante analisar se essas limitações ao princípio protetivo promovidas pelo Parágrafo único do art. 444 são compatíveis com a Constituição. Como veremos, o princípio tem base constitucional e também funciona como um dos grandes elementos caracterizadores do Direito do Trabalho. Mesmo limitado, ele ainda deve ter o potencial de incidir sobre as relações de trabalho hipersuficientes, pois proteger o trabalhador é uma das funções do Direito do Trabalho (NASCIMENTO, 1998, p. 56-61). Sua incidência nesses contratos, mesmo que mitigada, demonstra integridade do Direito do Trabalho. Se o contrato do hipersuficiente elidisse qualquer tipo de proteção, como se desconsiderasse que a subordinação limita a autonomia da vontade (SUPIOT, 2016, p. 145-146), não poderíamos chama-lo de contrato de trabalho, porque ele já estaria sob a tutela dos princípios do Direito Civil. Assim, por ser pilar do Direito do Trabalho, o caráter protetivo do contrato do hipersuficiente deve ser mantido em algum grau.

Para compreender a importância do caráter protetivo na caracterização do contrato de trabalho e na própria delimitação do Direito do Trabalho, é importante esboçarmos um panorama histórico da evolução da proteção dos trabalhadores. Isso irá permitir compreender as dimensões do princípio protetivo, até que ponto ele pode ser limitado e a sua importância para caracterização do contrato de trabalho. O contexto atual do mundo do trabalho permite

entender como as limitações impostas pela nova legislação não anulam o caráter protetivo do contrato do hipersuficiente, apenas ajustam os limites protetivos ao tipo peculiar de trabalhador.

O panorama histórico, somado às observações do mundo do trabalho hoje, também irá ajudar a compreendermos como mudanças tão radicais no contexto social tornaram inviável um padrão protetivo e contratual único no Direito do Trabalho. Nos próximos tópicos, demonstra-se que as normas laborais surgiram em contexto mais homogêneo e que foram necessárias adaptações para proteger grupo que fugia ao padrão de trabalhador estabelecido no começo do Direito do Trabalho. As mudanças mais recentes impactam também a leitura dos dispositivos constitucionais relacionados à matéria. As mudanças sociais são tão agudas que autorizam a falar em mutação constitucional – esta reinterpretação da Constituição da República é importante para que os dispositivos mantenham sua eficácia protetiva.

Este panorama histórico também será útil para compreender os fundamentos constitucionais do Direito do Trabalho.

1.3 Panorama histórico da proteção do trabalhador por meio do Direito do Trabalho: a predominância do trabalhador hipossuficiente

Na parte inicial deste tópico, será traçado um panorama histórico geral do Direito do Trabalho, com foco na formação do caráter protetivo e na hipossuficiência do trabalhador. Este panorama tem a função de estabelecer um contraponto ao tópico 4.3, no qual será abordado o contexto atual.

As raízes do Direito do Trabalho estão fincadas na Revolução Industrial. Antes, embora fosse possível encontrar trabalho livre, o que predominava era a escravidão e a servidão. A passagem da escravidão para a servidão, chegando à condição de trabalhador sujeito de direitos, foi lenta. No período feudal europeu, o servo estava vinculado à terra, e o senhor feudal dela era titular e daqueles que nela trabalhavam. Uma transição mais clara para o trabalho livre ocorreu ainda na Idade Média, nas corporações de ofício, nas quais trabalhadores se associavam para produzir, mas havia hierarquia entre eles. Apesar do caráter associativista, os contratos de aprendizagem acabavam por subordinar o aprendiz ao mestre. Com o tempo, formou-se uma casta privilegiada no interior dessas corporações. Em certa medida, essas associações foram a gênese do que viria a surgir na Revolução Industrial. Na França, os conflitos internos entre aprendizes e mestres nas corporações levou à extinção delas, após a Lei Le Chapelier, de 17 de

junho de 1791; entendia-se que essas associações atentavam contra os direitos do homem e do cidadão (COSTA, 1999, p. 17-18).

Nesse período, notam-se os aspectos materiais e teóricos que garantiram o surgimento do Direito do Trabalho e a caracterização do trabalho subordinado como se conhece hodiernamente. Não porque antes da Revolução Industrial não existisse trabalho livre; ele pode ser mapeado na Idade Média, nas corporações de ofício, ou mesmo antes, como na *locatio conductio operarum* do Direito Romano (ROMITA, 1979, p. 6). Todavia, falta a esses casos uma carga axiológica que reconhecesse a liberdade do prestador de forma plena e irrestrita (RAMALHO, 2015, p. 50-53).

A Revolução Industrial não foi somente uma aceleração do crescimento econômico, mas uma forma diferente de organizar a economia e a sociedade como um todo, resultando em um desenvolvimento inédito (HOBSBAWN, 2016, p. 23). Seu começo pode ser localizado na transição do processo artesanal das manufaturas para o método de produção por máquinas ocorrida na Grã-Bretanha. Isso vai, aproximadamente, da década de 1780 ao período entre as décadas de 1820 a 1840 (HOBSBAWN, 2016, p. 45-68). Registre-se que o regime manufatureiro data dos séculos XVI e XVII. Mesmo com o início da Revolução Industrial, ainda no século XVIII, a manufatura se manteve, perdendo espaço, paulatinamente, para o sistema fabril.

Estudando a industrialização da Grã-Bretanha, Eric Hobsbawn (2016, p. 26-28) identifica condições para esse processo. Embora condições ambientais – como a proximidade com o mar de qualquer cidade do país –, mudanças ideológicas (a substituição do catolicismo pelo protestantismo) e políticas tenham influenciado nesse processo, Hobsbawn minimiza o impacto desses fatores, por estarem presentes em outros países nos quais a industrialização não se efetivou. Outro conjunto de fatores foi determinante.

Primeiro, a acumulação de capital, viabilizando o investimento no maquinário. A Grã-Bretanha reunia uma classe com recursos que estava disposta a investir nas mudanças tecnológicas. Todavia, os detentores de capital precisavam enxergar como atraente o investimento nesse tipo de maquinário, e seria atraente caso fosse evidente que a aplicação de recursos em inovação traria maiores retornos do que manter o investimento em fórmulas já conhecidas (HOBSBAWN, 2016, p. 28- 30).

Hobsbawn (2016, p. 31) entende que os mercados interno e externo formavam um segundo fator relevante para o desenvolvimento que desembocou na Revolução Industrial. Um terceiro fator foi a atuação do governo britânico.

Os ganhos com o mercado externo eram infinitamente maiores, o que estimulava o investimento. O mercado externo estava sujeito a fortes flutuações e, portanto, implicava riscos, mas também viabilizada grande retorno do investimento, o que era um atrativo para o investidor aplicar seu capital na industrialização – em 1805, dois terços da produção de algodão da Grã-Bretanha era exportada. Por outro lado, o tamanho do mercado interno da Grã-Bretanha garantia estabilidade contra as flutuações das transações internacionais (HOBSBAWN, 2016, p. 32-38). Para Hobsbawn (2016, p. 38), o governo surge nessa equação como garantidor do mercado externo. O crescimento gerado pelas exportações era viabilizado ou pela conquista do mercado externado – via comércio – ou pelo uso de instrumentos políticos ou semipolíticos que permitissem o monopólio de certos mercados externos – tais mecanismos eram a guerra e a colonização. Sintetiza o autor:

(...) a conquista de mercados através da guerra e da colonização exigia não apenas uma economia capaz de explorar tais mercados, como também um governo disposto a empreender guerra e a colonização em benefício dos fabricantes britânicos. Isso nos leva ao terceiro fator da gênese da Revolução Industrial – o governo. Neste ponto, a vantagem da Grã-Bretanha sobre seus concorrentes em potencial era patente. Ao contrário de alguns deles (como a França), a Grã-Bretanha estava disposta a subordinar toda a política externa a objetivos econômicos. Nas guerras, suas metas eram comerciais e (o que equivalia à mesma coisa) e navais. (...) Ao contrário de outros (como a Holanda), seus objetivos econômicos não eram dominados exclusivamente por interesses comerciais e financeiros; eram influenciados também, e cada vez mais, pelo grupo de pressão formado pelos produtores fabricantes (...). (HOBSBAWN, 2016, p. 39).

Com tais condições, o investimento nas mudanças tecnológicas, como a máquina a vapor, que modernizaram as técnicas de produção, se tornou atraente. Nesse processo, o crescimento urbano da Grã-Bretanha foi exponencial, permitindo não só o incremento do mercado interno, como apontado acima, como disponibilizando grande massa de trabalhadores. Isso fez o valor dos salários serem baixos, além do que as condições de moradia e trabalho da classe operária eram péssimas.

No contexto histórico da Revolução Industrial é que o Direito do Trabalho foi forjado. Para o seu entendimento, deve-se cotejar esse momento histórico com sua compreensão teórica. Como indicado acima, o trabalho, no período industrial, é axiologicamente diferente. No começo, o trabalhador era visto como livre para escolher a sua ocupação. Contudo, as

condições precárias e diferenças econômicas entre capitalistas e trabalhadores mudaram a forma de enxergar esta última classe: de sujeito livre e igual ao seu empregador, o trabalhador passou a ser concebido como hipossuficiente, sem as mesmas capacidades de negociação. Esta mudança é relevante para compreender o Direito do Trabalho e o seu caráter protetivo. Apenas com esse panorama teórico é possível pensar as mudanças atuais. Em parte deste nosso percurso, será utilizada a periodização estabelecida no “Manual de Direito do Trabalho” por Octavio Bueno Magano (1991, p. 13-55), cujo foco está na dinâmica das mudanças legais ao longo da história, aspectos que interessam para esta tese.

A) Fase do Apogeu do Liberalismo (1789 a 1848)

Esta fase inicia-se com a Revolução Francesa e termina com a publicação do Manifesto Comunista de Karl Marx e Friedrich Engels. É um momento de valorização das liberdades individuais e de predominância da igualdade formal. A perspectiva liberal estabelecia a liberdade contratual e dificultava o nascimento de normas que levassem em consideração as desvantagens concretas do trabalhador.

Nesta fase inicial do capitalismo industrial, também era incipiente o movimento sindical, chegando a ser proibido em alguns países. Os movimentos operários eram reprimidos pelo Estado. A incipiência dos movimentos sociais, somada à visão de mundo predominantemente liberal formavam um ambiente pouco propício ao Direito do Trabalho. Maria do Rosário Palma Ramalho sintetiza bem esse pensamento:

Este hiato de quase cem anos (*final do século XVII e final do século XIX*) entre a difusão do trabalho fabril e a preocupação com a sua regulamentação deve-se ao princípio geral de não ingerência do Estado na regulação dos vínculos jurídicos privados, em nome dos axiomas da liberdade e da igualdade dos entes jurídicos privados, proclamados com a Revolução Francesa. (RAMALHO, 2015, p. 46)

Entre as leis que cuidavam da situação dos trabalhadores, podemos mencionar o Código Civil italiano de 1865, com breve disposição que coloca o trabalho subordinado como modalidade de locação de obra; o BGB alemão, apesar de não dar autonomia ao contrato de trabalho, mantendo-o como um contrato de serviço, estabeleceu normas protetivas do prestador do serviço em situação de dependência; na Inglaterra, temos o “Health and moral of apprentices act”, de 1802, que limitava em 12 horas o trabalho do menor, e o “factory act”, de 1822, que instituiu a inspeção do trabalho e limitou a jornada de trabalho.

As poucas leis que cuidavam do direito dos trabalhadores não eram suficientes para formar um todo orgânico que pudesse ser chamado de Direito do Trabalho. A predominância da ideia de empregado e empregador livres e iguais impedia a percepção das condições pouco favoráveis a uma negociação realmente em pé de igualdade entre ambos. Além disso, a incipiência do sindicalismo, quando não a sua proibição, tornava inconcebível a negociação coletiva. Foi necessário o questionamento dos axiomas do liberalismo e um amadurecimento da classe operária para que surgisse um ambiente propício à formação do Direito do Trabalho.

B) Fase de Contestação do Liberalismo (1848 a 1914)

Esta fase começa com a publicação do Manifesto Comunista, de Karl Marx e Friedrich Engels, e com os movimentos revolucionários ocorridos na França, e termina com o advento da Primeira Grande Guerra Mundial, em 1914.

O trabalho fabril já não era mais novidade, tendo se intensificado e se tornado predominante. A imensa massa de trabalhadores tinha condições de trabalho e de vida periclitantes. Ficava claro que os muitos benefícios do capitalismo ainda não haviam chegado para todos. Estamos em um período no qual a pressão por melhores condições de trabalho se tornava mais intensa e plausível. Foi neste período que ficou clara a identificação de características que formaram o padrão de trabalhador, o que Palma Ramalho denomina de “trabalhador subordinado típico”:

O primeiro pressuposto do desenvolvimento do Direito do Trabalho até aos anos setenta do séc. XX foi a relativa uniformidade da categoria dos trabalhadores subordinados, que permitiu identificar um ‘trabalhador subordinado típico’, para o qual foram concebidas as normas laborais. Este trabalhador típico é um trabalhador homem, usualmente sem grandes qualificações, que depende economicamente do trabalho para subsistir e para assegurar a subsistência da sua família, que trabalha a tempo inteiro para um empregador e, com frequência, faz toda a sua carreira no seio de uma única unidade empresarial. (RAMALHO, 2015, p. 67)

De certa forma, a figura do trabalhador típico nas legislações foi a resposta legal para o problema enfrentado por muitos trabalhadores: eram pessoas que dependiam economicamente dos seus empregadores, com baixíssima margem de negociação. Tal limitação concreta anulava, na prática, a liberdade contratual dos trabalhadores, que, em sua grande maioria, exerciam suas atividades em condições precárias.

Como ficará claro ao longo desta pesquisa, desde o começo do modelo capitalista industrial, esse trabalhador subordinado típico não era o único. Basta lembrar que crianças e mulheres também estavam nos chãos das fábricas. Este trabalhador se tornou o padrão por causa de uma série de questões axiológicas que influenciaram os legisladores a usá-lo como modelo das leis trabalhistas em geral. E a fase que vai 1848 a 1914 foi relevante na formação dos valores que estruturariam as legislações trabalhistas.

Na fase anterior, os valores do liberalismo eram fortes porque davam frutos: a liberdade foi elemento importante para o nascimento e o desenvolvimento da Revolução Industrial. De certa forma, era uma filosofia que gerava mais bônus do que ônus. Mesmo para os trabalhadores, em comparação com as condições na zona rural, a vida nas cidades era mais atraente. Contudo, o paraíso não pertence à Terra e o desejo por melhoria é uma constante na natureza humana. As condições dos trabalhadores chegaram a um patamar que colocou em xeque a visão de mundo liberal. Ficava evidente que as desigualdades socioeconômicas se refletiam em uma desigualdade contratual. Tudo isso, somado a uma crítica filosófica ao pensamento liberal, forjou o ambiente para as mudanças do período que permitiu o nascimento do Direito do Trabalho. Segadas Vianna traduz o sentimento da época:

Mesmo os adeptos do liberalismo já se apercebiam de que o Estado se afastava de sua missão de fazer inseparáveis o bem individual e o bem coletivo; que ele não podia servir somente para as finalidades individuais, porque estariam em conflito com os interesses da sociedade, a qual não poderia ser reduzida a uma simples consequência da reunião dos bens individuais (*In: SÜSSEKIND et. al, 2005, p. 36*).

A mentalidade da época passava por mudanças. Percebia-se que o empregado e o empregador não poderiam ser tratados de forma igual e que cabia ao Estado regular as relações de trabalho, garantindo condições melhores de vida e trabalho para as pessoas. Dois agentes importantes na mudança de concepção do período foram a Igreja Católica e o pensamento marxista/movimento operário.

Por meio da Encíclica *Rerum Novarum*, o Papa Leão XII lançou, no ano de 1891, as bases da doutrina social da Igreja Católica. Trata-se de uma reação da Igreja contra a condição de miséria dos trabalhadores. A Encíclica é guiada pelo princípio da adequação, segundo o qual a Igreja deveria adequar as novidades da sociedade moderna aos princípios perenes da lei divina. A *Rerum Novarum* aborda diversos temas sociais, entre eles, a “condição dos operários”. Vamos destacar alguns pontos da Encíclica que ajudaram a moldar o pensamento sobre os direitos dos trabalhadores.

No tópico “Obrigações dos operários e dos patrões”, a Encíclica ressalta o dever de tratar o empregado com respeito e dignidade (“Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão”), além do dever do patrão de pagar um salário condigno com a função do trabalhador (“dar a cada um o salário que convém.”). Encontramos exortação à criação de outros direitos no tópico “Proteger o bem da alma”, tais como limite da jornada de trabalho (“Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem”); a ideia do repouso, seja intrajornada, seja nos finais de semana (“é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso”); “O direito ao descanso de cada dia assim como à cessação do trabalho no dia do Senhor, deve ser a condição expressa ou tácita de todo o contrato feito entre patrões e operários”); limites ao trabalho infantil (“Especialmente a infância — e isto deve ser estritamente observado — não deve entrar na oficina senão quando a sua idade tenha suficientemente desenvolvido nela as forças físicas, intelectuais e morais: de contrário, como uma planta ainda tenra, ver-se-á murchar com um trabalho demasiado precoce, e dar-se-á cabo da sua educação.”). Ela também trazia observações sobre o trabalho da mulher que podem soar um tanto antiquadas para os ouvidos contemporâneos, mas já demonstravam que a questão do trabalho tinha peculiaridades que não poderiam ser atendidas pela figura única de um trabalhador subordinado típico, conforme indicamos acima.⁶

Também merece destaque o impacto das ideias de Karl Marx e Friedrich Engels e do pensamento socialista de maneira geral, simbolizado pelo Manifesto Comunista, que apontava as mazelas sofridas pela classe trabalhadora (MARX; ENGELS, 2010, p. 40-51). As críticas ao modelo industrial colocaram em xeque o pressuposto liberal de plena igualdade entre patrão e empregado.

De forma geral, o movimento operário ganhou imenso impulso no período, aumentando a pressão sobre os empregadores por melhores condições. Tudo isso fez com que a produção legislativa se tornasse mais profícua. Começava o período de maior intervencionismo estatal: perdia espaço o pensamento liberal clássico, e ganhava espaço a ideia de regulação da atividade econômica e noções como a superação do Capitalismo por regimes como o Comunismo.

Começava nesta fase a predominância da ideia de que não basta uma igualdade formal entre trabalhador e empregador, mas é preciso que exista uma igualdade formal, a qual

⁶ *Rerum Novarum*. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 15 jul. 2019.

seria alcançada por meio de uma intervenção estatal que garantiria direitos mínimos aos trabalhadores.

Uma das bases axiológicas que fundamentou essa intervenção foi a ideia da solidariedade (SUSSEKIND *et al*, 2005, p. 39). Toda forma de imposição de uma igualdade material gera um custo para uma das partes – em geral, a parte que, no modelo de igualdade formal, tinha maiores ganhos. Tal ônus era justificado pela ideia de solidariedade: o capitalismo gerou muitas riquezas, mas estas precisam ser mais bem divididas; esta redistribuição dos ganhos econômicos ocorre por um sentimento de que havia algo de injusto em uma relação na qual um dos lados ganha muito mais do que o outro. Para equacionar essa relação, entendeu-se que caberia ao Estado, por possuir o monopólio da força, impor medidas que gerassem aumento da qualidade da sociedade como um todo. Era o nascimento da ideia do Estado Provedor. Este pensamento só pôde florescer quando as limitações do pensamento liberal se fizeram evidentes, conforme explica Segadas Vianna:

(...) Verificando que a liberdade econômica e, pois, a livre concorrência, não conseguem harmonizar os interesses individuais e que, ao contrário dessa harmonia, a diversidade econômica criada entre os indivíduos pela liberdade é causa da existência de classes sociais que se opõem e ameaçam a existência do próprio Estado, ele, para corrigir a desigualdade, amplia suas atribuições. (In: SUSSEKIND *et. al*, 2005, p. 39)

O Estado passou a produzir leis que buscavam equilibrar as relações de trabalho em favor dos trabalhadores. O princípio protetivo começava a demonstrar sua força ao forjar uma legislação que se pretendia protetiva.

A intervenção estatal gera custos para as empresas, que acabam por repassá-los ao valor final do produto, encarecendo-o. Por outro lado, os ganhos de produtividade acabam barateando outros custos de produção, equilibrando esta equação. O ponto que deve ficar como alerta são os riscos da excessiva intervenção estatal. A intervenção estatal pode redundar em grande desequilíbrio econômico. Tradicionalmente, escutamos sobre os riscos de uma economia de livre mercado sem regulação. Esquecemos, porém, que a contraface disto, o intervencionismo, também causa graves problemas (MISES, 2009, p. 45-59).

Não se defende aqui uma liberalização completa, tampouco a intervenção ampla na economia resulta em ganhos de longo prazo. Se, por um lado, uma economia sem amarras resultou em uma distribuição desigual da riqueza criada, na qual a classe trabalhadora ficou muito aquém dos ganhos econômicos, por outro lado, a intervenção estatal costuma resultar em desequilíbrios econômicos, quando não, no uso da máquina estatal para beneficiar certos grupos

econômicos, como ocorreu no começo da Revolução Industrial, com o colonialismo europeu (HOBSBAWN, 2016, p. 38-39).

O ponto de equilíbrio entre livre mercado e intervenção estatal é quase como uma utopia, um lugar ideal a ser perseguido. Sempre a balança irá pender para um dos lados. Este período histórico analisado começou com a balança pendendo para a liberdade de mercado, no tocante às relações de trabalho. Com o tempo, a intervenção estatal ganhou espaço.

Importante notar que esse movimento pendular é constante e é impulsionado pelos excessos de um dos lados. Em meados do século XIX, a condição dos trabalhadores mudou pouco em relação ao começo da Revolução Industrial. O movimento operário exigia uma fatia maior do bolo do crescimento econômico. As pressões foram elemento importante para a produção de normas jurídicas que aumentassem os ganhos dessa classe.

Essas observações são relevantes para se pensar também o momento atual. Ficará demonstrado que os excessos do intervencionismo impulsionaram a reforma trabalhista de 2017, que busca dar maior liberdade às partes do contrato de trabalho.

A questão sempre será como equilibrar uma liberdade de negociação com um mínimo de garantias por parte do Estado. Essa dinâmica entre liberdade contratual e intervencionismo para garantir direitos mínimos aos trabalhadores passou a ser uma constante a partir deste período histórico. De um ponto de vista mais estritamente jurídico, esta questão tem relação com a aplicabilidade do princípio protetivo.

C) Fase do Intervencionismo (1914 a 1945)⁷

É uma fase na qual o intervencionismo estatal ainda ganhava força, chegando em alguns países ao patamar do corporativismo. Octavio Bueno Magano (1991, p. 20-21) destaca como fatores que melhor caracterizam o período a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, a implantação do comunismo na Rússia, em 1917, as experiências corporativistas na Itália, Alemanha, Áustria, Espanha e em Portugal, o constitucionalismo social, notadamente nas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), a política do *New Deal*, nos Estados Unidos, como uma política para enfrentar a crise econômica de 1929. O autor também destaca o apoio da Igreja Católica ao intervencionismo estatal; neste caso, se sobressai a Encíclica *Quadragesimo anno*, de Pio XI, em 1931. Esta Encíclica reforça e

⁷ A partir deste período, Octavio Bueno Magano não é exposto quanto às datas de começo e fim das fases.

aperfeiçoa as bases da doutrina social da Igreja lançadas com a *Rerum Novarum*; defendia a unidade do corpo social, condenando a ideia da luta de classes e a livre concorrência desregulada; defendia o livre mercado, mas criticava a ausência completa de legislação a ordenar a economia.

Neste período, o intervencionismo estatal resultou na criação dos direitos sociais. Enquanto os direitos individuais tomam por base a ideia de indivíduo, considerando-o abstratamente, os direitos sociais levam em consideração grupos humanos. Enquanto os direitos individuais partem de uma idealização do que seriam os indivíduos – algo necessário para alcançar o máximo de generalização que esses direitos pressupõem –, os direitos sociais consideram os indivíduos no seu contexto social e, identificando traços comuns entre eles, formam os grupos para os quais as normas são pensadas.

Enquanto direitos sociais, os direitos trabalhistas tomaram por base o trabalhador subordinado típico, considerando-o hipossuficiente, conforme mencionado no item anterior. A situação precária do trabalhador das fábricas, a subordinação – pois o empregador é detentor dos meios de produção –, e o caráter de adesão do contrato celebrado – no qual o empregado apenas adere às cláusulas impostas pelo empregador – são traços que podemos identificar como comuns ao hipossuficiente do período. Amauri Mascaro Nascimento lembra quem foram os primeiros destinatários das leis trabalhistas:

As primeiras leis trabalhistas na Europa foram motivadas pela necessidade de coibir os abusos perpetrados contra o proletariado e, mais diretamente, a exploração do trabalho dos menores e das mulheres. A falta de leis permitiu a utilização do trabalho de menores de 8, 7 a até 6 anos de idade nas fábricas e jornadas de trabalho excessivas para as mulheres. Desse modo, surgiram leis sobre idade mínima para trabalho na indústria e duração diárias do trabalho. (NASCIMENTO, 2005, p. 51)

Os direitos trabalhistas deste período tomaram por base o trabalhador fabril do sexo masculino. Por um lado, porque o fenômeno da industrialização é o centro nervoso da economia capitalista – o setor de comércio e serviços somente iria ganhar destaque na segunda metade do século XX. Por outro lado, como a sociedade era fundada na ideia de patriarcado, natural que a figura masculina servisse de *standard* para a elaboração das leis.

É fundamental notar, porém, que, desde as primeiras leis, já se pensava na tutela da infância e na condição da mulher trabalhadora. Isso é importante para esta tese, pois demonstra que, desde sua gênese, mesmo nos períodos nos quais o padrão hipossuficiente reinava soberano, a legislação laboral já buscava distinções entre o grande grupo social chamado “trabalhadores”.

Neste período histórico, as Constituições do México (Constituição de Querétaro), de 1917, e da Alemanha (Constituição de Weimar), de 1919, são marcos da constitucionalização dos direitos sociais. Porém, esses avanços foram barrados pelo começo da Segunda Guerra Mundial. Neste ponto, são relevantes duas distinções: i) entre o intervencionismo e o corporativismo; ii) entre as leis trabalhistas deste período e os direitos sociais.

Primeiro, notamos no período um fortalecimento generalizado do Estado. Todavia, são níveis distintos de intervenção estatal. Temos um intervencionismo mais moderado (diríamos até, envergonhado), dos Estados Unidos do *New Deal*, cuja finalidade era sanar a crise econômica, e modelos mais radicais de intervenção, como o modelo socialista da União Soviética, que pregava a concentração de tudo no Estado, e o corporativismo nazifascista, que possui suas distinções em relação ao socialismo.

O corporativismo preservava as estruturas do mercado, porém tudo estava sob o guarda-chuva do Estado. Ao contrário da antiga URSS, a empresa privada existia, mas deveria servir aos interesses do Estado. Os sindicatos eram como braços do estado. A perspectiva era de tudo sujeito ao Estado, de tudo pelo Estado. Dessa forma, os trabalhadores não eram compreendidos como uma coletividade de particulares, mas como um grupo de pessoas a ser tutelado pelo Estado. Era uma coletividade sem índole privada, o que lhes retirava o poder de autorregulamentação. Caberia ao Estado tutelá-los. A ideia era mesmo de que a presença estatal poderia evitar o conflito (FERRARI, 1999, p. 24).

Em relação ao conteúdo, muita coisa que seria reconhecida pela legislação do Pós-Segunda Guerra já constava de documentos como a Constituição Mexicana de 1917. Porém, no período histórico ora em análise, o corporativismo foi uma tônica forte (inclusive no Brasil) dos direitos trabalhistas. Em regimes totalitários não se fala em conceder direitos para uma coletividade de trabalhadores, mas de gerenciar o que cada pessoa poderia ou não ganhar e fazer. O sujeito é parte de um todo. Se a ideologia liberal do século XVIII defendia uma plena individualização do homem, a ponto de a legislação proibir certos tipos de associação, como as sindicais (ROMITA, 2007, p. 165-166), as ideologias totalitárias iram para o outro extremo, anulando qualquer individualidade. Não conseguiam enxergar que a relação entre indivíduo e coletividade é dinâmica; o sujeito precisa do coletivo para viabilizar condições básicas de seu desenvolvimento, ao mesmo tempo em que a coletividade precisa respeitar o espaço dos indivíduos, inclusive porque os grupos são formados pela concertação dos desejos de cada pessoa. A coletividade não é a negação do indivíduo, mas o reconhecimento de que nenhuma pessoa sozinha é autossuficiente, de que necessitamos do coletivo para desenvolver aquilo que

é singular em cada sujeito. Esta mesma lógica se aplica aos direitos trabalhistas: os direitos reconhecidos aos grupos repercutem na esfera individual (ROMITA, 2007, p. 168).

D) Fase da participação (1945-1991)⁸

Estamos no período da Guerra Fria, muitas guerras localizadas foram travadas, 1968 trouxe a revolução dos costumes, muros foram erguidos e os Direitos Humanos foram consagrados. Nesse período há a consolidação do Direito do Trabalho. No campo do Direito do Trabalho, a intensidade destas décadas pode ser notada tanto na consolidação de um trabalhador típico subordinado, servindo de paradigma para o contrato de trabalho típico, quanto na identificação de vários grupos de trabalhadores com suas peculiaridades, que resultou em vários contratos segmentados.

Maria do Rosário Palma Ramalho denomina esta fase (entre 1950 e 1975) de *reprivatização e de relançamento* do Direito do Trabalho. É o período de maior pujança legislativa. Segundo a autora, este momento histórico do Direito do Trabalho “(...) não significa, no entanto, um retorno às características que tinha antes da fase publicista, mas, verdadeiramente, uma reconstrução da área jurídica em novos moldes” (RAMALHO, 2015, p. 65). É o momento no qual o Direito do Trabalho se sistematiza e se consolida como dogmaticamente autônomo.

Para os objetivos desta tese, interessa destacar, especialmente, a situação dos contratos individuais de trabalho e o papel do princípio protetivo.

Um dos documentos mais relevantes para ajudar a compreender o pensamento jurídico deste período e a mudança de perspectiva em relação ao Direito do Trabalho é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Enquanto, no período anterior, o corporativismo colocava o grupo acima dos indivíduos, agora o sujeito é o centro gravitacional do pensamento jurídico, sem, porém, obliterar a sua dimensão coletiva. Uma síntese desta relação está no parágrafo 1. do Artigo 29 da Declaração: “Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.”

Em 1966, ainda teríamos mais dois documentos importantes para a consolidação dos Direitos Humanos como traço indelével deste período: a assinatura dos Pactos Internacionais

⁸ Octavio Bueno Magano delimita esta fase até, aproximadamente, meados da década de 1970. A fase contemporânea (1991), ele chama de *nouvelle vague*. Preferimos delimitar o início dessa “fase de participação” no começo do 1991, quando a URSS se dissolveu.

de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Estes dois pactos consolidam o compromisso internacional com os Direitos Humanos e expõem a interdependência dos direitos individuais e sociais.⁹

Esta correlação entre direitos individuais e direitos sociais é importante para compreender que, ao menos na teoria, o intervencionismo estatal deveria ser temperado com o respeito aos direitos individuais – assim como o exercício dos direitos individuais não poderia deixar de observar a existência de um direito coletivo. O reflexo no Direito do Trabalho é notado quando temos as associações sindicais recuperando a sua natureza privada, sem subordinação ao Estado, além do fortalecimento da liberdade da negociação coletiva. Os sindicatos sendo vistos como entes privados capazes de representar os trabalhadores em pé de igualdade com os empregadores é um dos traços mais distintivos do Direito do Trabalho. O reconhecimento da dimensão privada da negociação coletiva é um reflexo do que demonstramos acima: neste período, a coletividade é um espaço para o desenvolvimento dos indivíduos.

Neste período, consolida-se a autonomia do contrato individual de trabalho em relação aos contratos de Direito Civil. Fica claro que o contrato de trabalho já havia se diferenciado da locação de serviço (SUPIOT, 2019, p. 61-69). A situação de sujeição pessoal, fruto da subordinação, evidenciava a dependência econômica do trabalhador. Nos 30 primeiros anos do pós-segunda guerra é que se consolida a ideia de um contrato de trabalho para regular a situação do trabalhador típico hipossuficiente. Esta condição de desigualdade concreta do trabalhador fundamentava o caráter protetivo das normas laborais. A estipulação das cláusulas contratuais pela lei e o princípio protetivo são instrumentos para equalizar a relação de trabalho.

Até a década de 1970, havia uma crença de uma certa uniformidade da categoria dos trabalhadores subordinados, o que denominamos acima de trabalhador subordinado típico ou, simplesmente, trabalhador hipossuficiente. Como já falamos, esse trabalhador tinha como traços a subordinação, a baixa qualificação, a dependência do seu salário para sua subsistência, uma certa estabilidade na carreira (comum se manter na mesma empresa) e era do sexo masculino. Alain Supiot (2016, p. 43-44) conclui que, nos países europeus, “foi o contrato que serviu de quadro para a definição jurídica da relação de trabalho”. Mas, isso só foi possível porque legislação, jurisprudências, convenções coletivas e costumes estabeleceram um estatuto do trabalhador assalariado. Por fim, este estatuto foi inserido no interior do chamado “contrato de trabalho”. Dessa forma, é possível dizer que as condições materiais do trabalhador

⁹ Esses dois tratados foram ratificados pelo Brasil, e promulgados pelos Decretos Presidenciais n. 591 (o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e n. 592 (o de Direitos Civis e Políticos), ambos de 6. jul.1992.

subordinado típico serviram de paradigma para a formação desse estatuto jurídico do trabalhador assalariado, que, integrado a um contrato de trabalho típico, passou a ser o parâmetro para definir o que era ou não uma relação de trabalho.

Contudo, desde os primórdios do Direito do Trabalho, já havia leis que contemplavam grupos específicos, mas nada que abalasse o paradigma estabelecido pelo contrato de trabalho típico. A partir da década de 1970, especialmente a partir da crise econômica na Europa entre 1973 e 1979, nota-se maior variedade de regulamentações de contratos de trabalho e níveis de proteção distintos. Conforme explica Palma Ramalho:

(...) a crença na relativa uniformidade do estatuto laboral é abalada pelo surgimento, ao lado do trabalhador típico, de novas categorias de trabalhadores (como as mulheres, os jovens ou trabalhadores estudantes, os trabalhadores a termo e temporários, os trabalhadores muito especializados, os quadros técnicos e os trabalhadores dirigentes). Porque não correspondem à imagem do trabalhador subordinado clássico, estes trabalhadores são denominados trabalhadores atípicos. Ora, estes trabalhadores escapam à lógica da fixação uniforme das condições de trabalho pela via da negociação colectiva, ou porque evidenciam uma maior capacidade negocial que os dispensa do recurso à representação sindical (assim, os trabalhadores altamente especializados, os quadros e os dirigentes), ou porque têm necessidades específicas que não são bem acolhidas nem compreendidas pelas estruturas sindicais (assim, as mulheres ou os trabalhadores estudantes, que procuram conciliar a sua vida profissional com outras ocupações). De todo modo, por uma ou por outro motivo, estas novas categorias de trabalhadores subordinados não favorecem a tradicional regulação coletiva uniforme dos contratos de trabalho. (RAMALHO, 2015, p. 68).

É um período histórico no qual os contratos atípicos vão se multiplicando. Buscava-se criar legislações segmentadas para grupos específicos. Com isso, dois dogmas eram abalados. Por um lado, a uniformidade do estatuto do trabalhador subordinado. Em uma época na qual o setor terciário começava a se expandir, a revolução dos costumes abalava de vez a relação entre os sexos, a economia e as relações sociais como um todo se tornavam mais complexas, era natural que contratos de trabalho segmentados surgissem.

O dogma da incapacidade do trabalhador para negociar o contrato também sofria abalos. Este dogma foi menos abalado do que o primeiro, pois o Direito do Trabalho não abandonou totalmente seu caráter protetivo, mas, sem dúvida, trata-se de uma fase na qual uma quantidade maior de trabalhadores ganhou autonomia individual.

Os dois fundamentos históricos para a estruturação do Direito do Trabalho são a liberdade de trabalhar e a limitação da liberdade de contratar (GOMES; GOTTSCHALK, 1972, p. 43-44). Mesmo nos contratos atípicos, com grau de proteção menor, a limitação da autonomia da vontade está presente. Seja no contrato típico ou nos contratos atípicos, a legislação estipula,

em graus variados, o conteúdo do contrato de trabalho. E, mesmo nos contratos menos regulados, a finalidade de proteger o trabalhador está presente. Percebe-se que o princípio protetivo calibra a sua incidência para permitir maior ou menor autonomia da vontade. Por este aspecto, muito já se criticou o princípio da proteção.¹⁰ Contudo, princípio protetivo mesmo mitigado continua a incidir.

A compreensão desta mudança ajuda perceber que a inovação trazida pela reforma trabalhista de 2017 não foi tão inovadora assim. O legislador desde antes buscou contemplar casos específicos. Mesmo na história legislativa brasileira, identificam-se diversas normas que regem seguimentos do mercado de trabalho, tais como as dirigidas às mulheres – a exemplo da licença maternidade maior do que a licença paternidade – ou no contrato por prazo determinado. São exemplos elementares que demonstram que também no Brasil existem contratos atípicos. O contrato do hipossuficiente já era um contrato padrão, com a reforma ficou mais evidente que a figura do clássico trabalhador subordinado não é mais predominante. Mais do que nunca, ele passou a ser um paradigma do que é um contrato de trabalho em sua plenitude. Contudo, isso não poderá ser visto como um imperativo que barraria qualquer inovação.

Observar a história do Direito do Trabalho não auxilia apenas na compreensão de que o contrato típico pode conviver com outras formas de contrato, mas também que, dentro das cercanias do Direito do Trabalho, podem conviver diversos níveis de proteção.

E) A situação do Brasil

A história do Direito do Trabalho no Brasil ganhou realce com a CLT na Era Vargas, iniciando a fase intervencionista – antes existiam apenas normas esparsas sobre o tema. Com o Pós-Segunda Guerra, o processo liberalizante que abriu portas para a negociação individual, referido acima, não foi tão intenso em terras brasileiras. Sim, havia contratos atípicos em nossa legislação, contudo o Brasil ainda estava marcado pelo corporativismo remanescente do varguismo e pela forte limitação da negociação individual e mesma da coletiva. Tal corporativismo perdura até hoje. Cabe perguntar por que ele persistiu no Brasil.

O sindicalismo brasileiro, mesmo nos períodos democráticos, manteve a verve corporativista. Em parte, porque era mais simples os empresários exigirem do Estado do que de muitos sindicatos, em parte por conta de um certo assistencialismo prestado pelos sindicatos, o

¹⁰ Arion Sayão Romita indica seis grupos de críticas dirigida à ideia de que o Direito do Trabalho protege o trabalhador (ROMITA, 2016, p. 29-31).

que era preferido pelos associados (FERRARI, 1999, p. 26). A existência da contribuição sindical também era bastante cômoda aos sindicatos.

O corporativismo se aclimatou bem ao Brasil por conta do patrimonialismo (FAORO, 2012, p. 819-838). O hábito de se assenhorar do Estado em nome de interesses privados gera ambiente propício para o fenômeno corporativista. O traço do patrimonialismo brasileiro funcionou como suplemento quando o oxigênio do autoritarismo deixou de irrigar os pulmões do corporativismo.

A Constituição de 1988 não mudou muito este cenário. Ainda que tivesse consagrado o pluralismo, inclusive na produção de normas laborais, o traço do corporativismo permanecia (MAGANO, 1999, p. 40), tendo como exemplo a combinação entre a liberdade sindical e a unicidade sindical. Além de manter o corporativismo, a Constituição de 1988 não foi um ambiente propício para a negociação individual; por desejar garantir o máximo de direitos, o Constituinte de 1988 foi extenso na sua carta de direitos. Somado à recepção da legislação infraconstitucional, o ambiente ficou pouco propício para negociação na esfera laboral.

O que temos no caso brasileiro é um Direito do Trabalho que se manteve fortemente intervencionista e corporativista mesmo após 1988. Apesar das muitas flexibilizações que ocorreram na década de 1990, nossa legislação permaneceu bastante rígida. Ou seja, o que a Europa vivenciou em termos de legislação laboral ao longo da segunda metade do século XX, o Brasil vivenciou com atraso. De certa forma, apenas com as alterações trazidas em 2017, começou a mudar a compreensão acerca do corporativismo.

Com o fim da Guerra Fria, o processo de globalização se impôs. Embora seja possível identificar diversos processos de integração socioeconômica e cultural entre povos diversos, a expressão normalmente é utilizada para designar o processo de integração iniciado no final do século XX, no qual os avanços tecnológicos permitiram intenso processo de trocas econômicas e de intercâmbio cultural (muitas vezes, com a predominância cultural dos países mais ricos). Durante a década de 1990, o protagonismo foi das grandes corporações, implicando desregulamentação de diversos setores. A integração econômica, a diminuição das distâncias e até a eliminação de muitas fronteiras – o caso da União Europeia é o mais emblemático – são alguns dos traços que marcaram a década de 1990. O pensamento econômico predominante era de matriz liberal, o que dava fundamentação para o processo de redução da intervenção estatal na economia. Certamente, não foi um período de consenso, nem as decisões políticas dos Estados ficaram imunes a críticas – emblemático foram os protestos contra os Fóruns

Econômicos Mundiais. Ao lado desse pensamento contestador, era possível notar certo otimismo em parcela da população. Parecia que chegávamos ao fim da história. (BAUMAN, 1999, p. 66-67; CHIARELLI, 2007, p. 258-265; FARIA, 2004, p. 57-67; VIEIRA, 2001, p. 77-78).

No campo do Direito do Trabalho, o tema da flexibilização ganhou força, a ideia de que a leis trabalhistas precisavam se adaptar à velocidade das mudanças econômicas. Em uma sociedade cada vez mais integrada economicamente, a competição entre os países para atrair investimentos de empresas multinacionais que buscavam custos mais baixos resultou em um processo de redução do intervencionismo estatal. Era o chamado período neoliberal.

1.4 O mundo do trabalho hoje e a pluralidade no mundo do trabalho

Há uma diferença curiosa entre os filmes e séries de ficção científica feitos até a década de 1980 e aqueles produzidos a partir de meados da década de 1990. Os primeiros reproduziam um futuro com cara de futuro: ambientes cheios de luzes piscando a indicar uma tecnologia avançada, roupas e cortes de cabelos diferentes e os aparelhos como gerigonças que ninguém encontraria em lojas. Hoje, a ficção científica é mais realista; os ambientes são como as cidades mais modernas, as vestimentas poderiam ser usadas nas ruas e a tecnologia apresentada figura para o público mais como uma propaganda do próximo lançamento da Apple do que algo mirabolante de um futuro distante.

Um exemplo de ficção científica que se enquadra na descrição acima é a série *Black Mirror*, na qual cada episódio aborda um aspecto da tecnologia. A ideia de implantar um aparelho no cérebro de uma criança que permita localizá-la por GPS ou editar aquilo que ela pode ver, ou a ideia de guardar consciências humanas em um banco de dados para se alcançar a eternidade por meio da tecnologia não parecem tão absurdas ao público.

Essa diferença de estilo das narrativas de ficção científica e do próprio público vem do fato de se viver um tempo no qual a tecnologia parece ser capaz de tudo. A ideia de que o futuro chegou é forte. Tanto quanto a ideia de que, nos próximos anos, haverá inovações tecnológicas inacreditáveis. Ora, se hoje, pesquisadores conseguem usar material biológico para

fabricar um coração humano em uma impressora 3D,¹¹ quem poderia duvidar de carros voadores como o dos *Jetsons*?!

Ao mesmo tempo em que a tecnologia exerce fascínio, também provoca medo. Tanto que as narrativas ficcionais normalmente carregam algum tipo de alerta. O medo de sermos dominados pela tecnologia ou de ficarmos obsoletos sempre rondou a ficção científica. O melhor exemplo disso é o medo de perdermos nossos empregos para uma máquina (ou um algoritmo).

O medo do trabalhador de ser substituído pela tecnologia existe desde o começo da industrialização. Os ludistas já buscavam destruir as máquinas como protesto ao desemprego. Se buscarmos na história do trabalho, encontraremos facilmente exemplos de tecnologias destruindo postos de trabalhos. Contudo, a mesma tecnologia que destruiu empregos criou novas funções. Sim, os acendedores de lampiões deixaram de existir, mas surgiram as usinas de geração de energia.

Durante a década de 1990, a questão do desemprego foi dos temas mais relevantes. Estamos nos referindo ao momento histórico que fez a ponte entre o período de divisão analógica da Guerra Fria e o ambiente digital do século XXI, hiperconectado. Observarmos a década de 1990 é relevante para compreendermos melhor o mundo do trabalho hoje.

A Guerra Fria tinha chegado ao fim. O Brasil resolvia o problema da hiperinflação, a União Europeia era criada, a MTV era hiperinfluyente e, caso se quisesse compartilhar um seriado de televisão, eram necessários um videocassete e uma fita VHS virgem. E o processo de globalização se impôs.

O impacto da globalização foi insidioso no mercado de trabalho. Em 1997, Orlando Teixeira da Costa (1999, p. 51-65) apontava a globalização como um dos principais agentes da mudança no mercado de trabalho – os outros dois eram a revolução tecnológica e o pensamento liberal. O desenvolvimento tecnológico que resultou no aumento da velocidade das comunicações e dos meios de transportes, permitindo a redução das distâncias, teve como consequência o incremento da competição entre as empresas, que passaram a se movimentar para reduzir custos. A década de 1990 conheceu a competição entre os países em busca de redução de custos para atrair empresas que estavam cada vez mais descentralizadas, permitindo a fragmentação das diferentes etapas de produção entre diversos países (FARIA, 2004, p. 79).

¹¹ Cf.: <https://www.tecmundo.com.br/ciencia/140451-cientistas-usam-impressao-3d-criar-coracao-completo-tecido-humano.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Um dos itens dessa corrida por redução de custos era a mão de obra. Empresas buscavam (e ainda buscam) um trabalhador de baixo custo e alta qualidade em uma relação de trabalho flexível (PASTORE, 1997, p. 96). Claro que a flexibilização não pode ser tributada apenas à competição provocada pela globalização. Conforme aponta Sergio Pinto Martins, podemos identificar nove grupos de causas da flexibilização das leis trabalhistas.

Os custos da contratação são comumente apontados como um entrave à geração de emprego. A redução desses custos torna-se um dos objetivos de uma legislação laboral menos rígida; custos menores promoveriam ou a criação de mais empregos ou a manutenção dos existentes, a depender da situação de cada país. Porém, não devemos restringir a flexibilização apenas ao combate ao desemprego. Há causas muito mais estruturais que influenciam o processo de flexibilização: a mudança no perfil do mercado de trabalho. Escreve Sérgio Pinto Martins:

Os aspectos sociológicos mostram que a estrutura da legislação trabalhista foi determinada em razão do trabalho na indústria. Com a mudança do trabalho para os serviços ou para o setor terciário, houve necessidade de criação de novas situações e nova legislação para adaptação do contato clássico de trabalho que era feito na indústria. (MARTINS, 2019, p. 48).

É o que pode ser chamado de pluralidade no mundo do trabalho. A quebra da unidade do trabalhador hipossuficiente clássico, forjado no chão de fábrica, gerava a necessidade de uma legislação que oferecesse uma variedade maior de possibilidades de contratação. E a década de 1990, com a imensa integração econômico-social e o avanço tecnológico nunca visto até então, era um ambiente propício para a reformulação da legislação trabalhista. Claro, que cada país tinha um objetivo quando simplificava a sua legislação. Países da Europa, já a partir da década 1970, buscavam flexibilizar a legislação como forma de garantir novas modalidades de trabalho, como ocorreu com normas atinentes à jornada de trabalho (NASSAR, 1991, p. 95-115). No Brasil da década 1990, a flexibilização buscava colocar na formalidade cerca de 55% da força de trabalho, que no ano de 1996 estava na informalidade (PASTORE, 1997, p. 83-84). Neste ponto é importante olhar mais detidamente para um problema brasileiro que persiste até hoje, a qualificação da mão de obra.

Ao falar em qualificação, estamos tocando em um problema maior, a educação e o impacto da qualidade desta na produtividade de um país. Isso pode parecer um pouco frio, como se estivéssemos mais preocupados com resultados do que com o bem-estar do trabalhador. Ledo engano! Uma economia somente consegue ser produtiva se a sua mão de obra for qualificada, o que pressupõe o fornecimento de educação sólida. Isso significa: não basta pensar em

qualificação apenas como treinamento de mão de obra, mas como educação básica de qualidade para todas as pessoas, de maneira que o trabalhador que venha a passar por um processo de treinamento tenha as ferramentas intelectuais básicas para receber tal treinamento. Como resultado, teremos um ganho de produtividade por trabalhador muito maior e, logo, a qualidade de vida dele aumentará. É comum vermos pessoas admiradas com o fato de uma doméstica nos EUA conseguir ter um carro, enquanto, no Brasil, a mesma doméstica depende inteiramente do transporte público. O que pouco se enxerga é que isso é efeito da baixa produtividade, que tem como uma das causas a deficiência na educação do trabalhador brasileiro.

A questão é antiga e já preocupava economistas na década de 1990. Em 1995, a média de anos de estudo da população economicamente ativa era de 3,5. Entre os que estavam no mercado informal, esse índice caía para 1,5 (PASTORE, 1997, p. 138). Fato é que, durante aquela década, houve esforços para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino para a faixa etária de até 14 anos. Porém, o Estado brasileiro não teve o mesmo afinho em elevar o nível educacional dos adultos. Vejamos.

Se compararmos o censo de 1991 e o censo de 2000, notaremos um aumento da taxa de alfabetização entre pessoas de 5 a 14 anos de idade. Por exemplo: entre as crianças de 5 anos, a taxa de alfabetização em 1991 era de 5,6%, em 2000, era de 10,9%; entre crianças de 10 anos, a taxa de alfabetização em 1991 era de 78,4%, em 2000, era de 90,4%; e entre crianças de 14 anos, em 1991 o percentual era de 88,1%, em 2000, era de 96,2%.¹² Por outro lado, o censo de 2000 também indicava que o índice de analfabetismo entre a população com 15 anos ou mais era de 13,63%!¹³ Isso indica uma política do Estado brasileiro nos anos 1990 – focar esforços nos jovens, deixando os mais velhos em segundo plano.

Um aspecto importante para a compreensão desses dados sobre analfabetismo refere-se ao critério utilizado para identificar um sujeito alfabetizado, que era saber ler e escrever um bilhete simples. Talvez, no começo da Revolução Industrial, isso fosse o suficiente. Ocorre que, já na década de 1990, os avanços da tecnologia e a explosão da concorrência por conta da globalização traziam a exigência da alfabetização funcional. O analfabetismo funcional pode atingir até pessoas que completaram todo o ciclo escolar. Conforme José Pastore (1997, p. 139) já apontava em 1995, “no novo mundo do trabalho, só é alfabetizado a pessoa que consegue ler

¹² Cf.: <http://www.scielo.br/pdf/es/v32n117/v32n117a06.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2019.

¹³ Cf.: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2612200120.htm>. Acesso em: 22 jun. 2019.

um manual de instrução. Nesse conceito, não tenho dúvidas em dizer que cerca de 50% da nossa força de trabalho é analfabeta”.

Essa baixa qualificação, somada às mudanças estruturais do mercado de trabalho, agravou a situação do desemprego. Um dos temas mais relevantes na década de 1990 foi o crescimento do uso de robôs nas fábricas. Assim como a máquina a vapor no século XIX, a robótica era tendência no mundo inteiro na década de 1990. Por eles gerarem forte incremento na produção e reduzirem o custo com mão de obra, rapidamente se espalharam, extinguindo postos de trabalho ao redor do mundo. O crescimento da robótica foi extremamente rápido. Quando surgiu, na década de 1980, o mundo tinha 30 mil robôs. Em 1990, esse número já havia chegado na casa dos 400 mil e, em meados da década, já estava na casa dos milhões. Apenas para se ter noção, em 2017, foram comercializados 381 mil robôs em todo o mundo.¹⁴

O crescimento da robótica, por si só, não era a causa do desemprego na década de 1990. Era possível identificar, entre os países com alta aplicação de tecnologia, tanto aqueles que tinham baixos níveis de desemprego, como os Estados Unidos (5,5% de desemprego) ou o Japão (3%), quanto aqueles com altos níveis, como França (12%) e Espanha (24%) (PASTORES, 1997, p. 24). Ao analisar esses casos, José Pastore apontava a falta de flexibilização da legislação trabalhista como elemento essencial para a manutenção de altos índices de desempregos:

O impacto desempregador das tecnologias depende dos arranjos institucionais na área trabalhista. Nos Estados Unidos, Japão e Tigres Asiáticos há uma grande flexibilidade para se contratar e remunerar o trabalho. São países com baixos encargos sociais. Na Europa, de um modo geral, as leis e contratos continuam muito rígidos e os encargos sociais relativamente altos e poucos negociáveis. Leis trabalhistas flexíveis constituem razoáveis amortecedores aos estragos da automação. Além disso, uma boa educação ajuda muito a readaptar os trabalhadores (...) (PASTORE, 1997, p. 24).

No caso do Brasil, somem-se as mudanças sociais – com a presença cada vez maior das mulheres no mercado de trabalho e a nova Constituição (fortemente pluralista) – como fatores que estimulavam a revisão da legislação trabalhista. Mas o pensamento liberal, forte na década de 1990, foi uma das grandes fundamentações. Pode-se notar, no tema da flexibilização, a divisão ideológica entre aqueles – mais intervencionistas – que entendem que uma legislação ampla é uma garantia para o trabalhador e aqueles – mais liberais – que entendem que leis mínimas garantem um melhor desenvolvimento do livre mercado e, em consequência, maiores

¹⁴ Cf.: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-06/vendas-mundiais-de-robos-industriais-batem-recorde>. Acesso em: 22 jun. 2019.

ganhos econômicos para todos (MANNRICH, 1998, p. 76; MISES, 2009, p. 16-18; NASSAR, 1991, p. 77).

Tentando fugir dos extremos ideológicos do debate, era perceptível, na década de 1990 e até hoje, uma pressão por leis trabalhistas mais condizentes com as mudanças no mundo do trabalho. Contudo, não se pode abandonar um traço definidor do Direito do Trabalho: seu caráter protetivo. Leis mais modernas, com garantias mínimas aos trabalhadores, mas que permitam as empresas gerirem seus empregados de maneira mais condizente com a realidade do mercado (MARTINS, 2004, p. 51).

Esse esboço da década de 1990 já demonstra um desafio do mundo e, especialmente, do Brasil: as fortes transformações que a tecnologia impunha ao mundo impactaram no universo do trabalho, com redução de postos tradicionais de trabalho e nascimento de novas profissões. Essas mudanças, que se iniciaram ainda tímidas na década de 1960 e tiveram forte impacto a partir da década de 1990, já exigiam alta qualificação e versatilidade dos profissionais – o que impunha aos governos o investimento pesado em educação – e uma legislação trabalhista mais versátil e rápida em responder às mudanças.

Esses traços, que começaram na década de 1990, alcançam novos patamares nas primeiras décadas século XXI.

Tema central desta tese é o hipersuficiente. Um trabalhador com maiores qualificações e ganhos, que teria maior liberdade de negociação. Para compreender se essa nova forma contratual é adequada ao atual momento histórico, necessário avaliar o estado em que se encontra o mundo do trabalho. Para Isso, seguiremos analisando as três linhas que destacamos sobre a década de 1990.

Destacamos acima três aspectos da década de 1990: o impacto do avanço tecnológico na sociedade, especialmente no mercado de trabalho; a questão da educação e a repercussão disso nos empregos; o peso da legislação trabalhista, ainda muito arraigada ao modelo forjado nas décadas anteriores – no caso do Brasil, a situação é mais aguda do que na Europa, pois nosso modelo ainda era fortemente vinculado ao pensamento corporativista da Era Vargas. Esses três eixos continuam até hoje influenciando a questão do mercado de trabalho. Eles são essenciais para compreendermos as mudanças que vivenciamos e a adequação da reforma trabalhista.

A década de 1990 figura como um período de transição. A tecnologia se impunha, mas o impacto da internet não era forte. A educação já era essencial para quem quisesse se

manter no mercado de trabalho; atualmente, com a infiltração das tecnologias em todos os aspectos da vida humana, educação se tornou questão de sobrevivência. O mercado de trabalho já era muito diferente daquele padrão fabril do século XIX, o que pressionava a legislação trabalhista, mas hoje a ruptura é muito mais evidente. Para análise do atual cenário do mundo do trabalho, vamos começar por compreender o que seria a chamada “quarta revolução industrial”, com os impactos tecnológicos inerentes. Em seguida, buscaremos entender a situação educação/qualificação do trabalhador neste cenário. Por fim, começaremos a enquadrar a reforma trabalhista neste contexto.

Começemos, então, pela definição de Klaus Schwab sobre o que seria essa quarta revolução industrial:

Ela [*a quarta revolução industrial*] teve início na virada do século [XXI] e baseia-se na revolução digital. É caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina). (SCHWAB, 2016, p. 16)

Como nas outras três revoluções industriais (ou ondas da revolução industrial), as mudanças são caudatárias dos avanços tecnológicos que desbravam fronteiras para a sociedade. Tanto os avanços tecnológicos já em uso corrente quanto os que estão em fase de desenvolvimento são estimulantes, pois apontam para possibilidades até então inimagináveis, e também causam apreensão: o ser humano ainda terá utilidade nesse futuro?

O grande catalizador que deu início a esta quarta revolução industrial foi a internet. Ela teve sua origem no meio militar norte-americano, no período da Guerra Fria. Em 1969, o Exército norte-americano buscava criar um meio seguro de comunicação entre os militares. Era o nascimento da denominada ARPANET.¹⁵ A rede mundial de computadores começou a se tornar parte do dia a dia na segunda metade da década 1990, quando, em 1994, deixou o ambiente estritamente acadêmico. Porém, foi no século XXI que ela demonstrou todo o seu potencial. Primeiro, eram as salas de bate-papo, os primeiros *blogs*, nos quais as pessoas podiam compartilhar seus textos, os serviços de conversa instantânea, como o MSN, além do e-mail. Certamente, nos primeiros anos de internet, o e-mail causou um grande impacto.

O e-mail é anterior ao estabelecimento da internet. O primeiro sistema de trocas de mensagens entre computadores data de 1965. Quando a internet se popularizou, os serviços de troca de mensagens foram uma das ferramentas que mais rapidamente se popularizaram. A

¹⁵ Cf.: <https://www.nic.br/noticia/na-midia/ha-40-anos-surgia-a-arpanet-o-embriao-da-internet/>. Acesso em: 25. jun. 2019.

facilidade em trocar mensagens e enviar arquivos digitais, além de quase extinguir o envio de cartas, se tornou instrumento importante no mundo corporativo, permanecendo relevante até hoje.

Apesar de ter sido uma criação militar norte-americana, a evolução da internet seguiu um processo de expansão um tanto anárquico: à rede de computadores que o governo norte-americano havia estabelecido, outras grandes redes privadas se conectaram e, depois, outras redes menores. Atualmente, a internet é um emaranhado de redes ligando computadores, celulares e muitos outros objetos.

Este primeiro momento da internet já impunha uma mudança de comportamento no mercado de trabalho, com a comunicação corporativa se tornando mais ágil em razão de ferramentas como o correio eletrônico.

Ponto de inflexão da internet foi o desenvolvimento dos celulares estilo *smartphone*. Mesmo sendo anteriores, os *smartphones* só ganharam importância no mundo quando a Apple lançou o seu primeiro modelo, em 2007. As inovações do iPhone foram tantas, e a simplificação do uso, com o sistema de tela *touch*, fez a Apple desbancar os modelos antigos comercializados pela Nokia e pela BlackBerry. Os *smartphones* se tornaram regra no mercado de celulares, ferramenta central para compreender a revolução promovida pela internet nos últimos anos. Só para se ter uma ideia, no Brasil, o *smartphone* é o principal meio de conexão à internet.¹⁶

A expansão desse instrumento popularizou o uso de aplicativos, pequenos programas que fornecem acesso a dado serviço fornecido via internet. Os aplicativos têm alterado o mercado de trabalho,¹⁷ impondo uma mudança cultural na maneira como encaramos a relação de trabalho. O caso mais emblemático é o do aplicativo de transporte Uber, tanto que já se fala em “uberização” do mercado de trabalho.

A Uber é uma empresa de transporte que não é proprietária de nenhum veículo. Ela faz a conexão entre quem precisa de um carro e quem possui um carro e deseja prestar o serviço de transporte. É um sistema diferente mesmo do *e-commerce* tradicional.¹⁸

¹⁶ Cf.: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-01/brasil-foi-5o-pais-em-ranking-de-uso-diario-de-celulares-no-mundo> e <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-07/celular-se-torna-principal-forma-de-acesso-internet-no-brasil>. Acesso em: 25 jun. 2019.

¹⁷ Cf.: <https://www.tecmundo.com.br/mercado/140858-3-8-milhoes-brasileiros-tem-apps-principal-fonte-renda.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019.

¹⁸ Cf.: GOODWIN, Tom. **The battle is for the customer interface**. Disponível em: <http://techcrunch.com/2015/03/03/in-the-age-of-disintermediation-the-battle-is-all-for-the-customer-interface/>. Acesso em: 8 dez. 2019.

Na origem, o comércio eletrônico se caracterizou por substituir as lojas físicas por *sites* nos quais os consumidores poderiam comprar os produtos ofertados. Algumas lojas mantêm estoque próprio e outras não. Mas, de forma geral, temos uma situação relativamente tradicional de uma loja vendendo os seus produtos. O comércio eletrônico vem ganhando cada vez mais espaço, o que repercutiu nas empresas de entrega e logística, que têm a missão de distribuir milhões de produtos ao redor do globo.

Já modelos de negócios como o Uber ou o AirBnB (setor de locação de imóveis) funcionam mais como um chamado *marketplace* (AGUIAR, 2018, p. 37). Eles servem como um meio de ligação entre o consumidor e um (potencial) fornecedor. Eles faturam cobrando uma taxa por essa intermediação. No caso do Uber, os motoristas se colocam à disposição para os usuários que solicitam o serviço. Do valor da corrida, já indicado pelo aplicativo, a Uber retira a sua taxa, e o restante vai para o motorista. O AirBnB segue a mesma lógica, só que aplicada à locação de imóveis. Um exemplo clássico é alguém com quarto vago em casa que oferece hospedagem em períodos de alta temporada.

Nesses aplicativos, podemos encontrar tanto fornecedores eventuais – como alguém que deseja alugar uma casa enquanto viaja por longa temporada – quanto pessoas que fazem deles sua principal ocupação – como motoristas de Uber que alugam carros para se dedicar integralmente ao aplicativo.

Esses aplicativos provocam uma alteração radical na relação de emprego e de consumo. Há dificuldade de definir se o motorista é empregado ou consumidor ou parceiro do aplicativo. Não há subordinação, pois o próprio motorista faz a gestão do seu trabalho, mas não é simples consumidor, pois há uma dependência econômica em relação ao aplicativo. Por sua vez, falar em parceiro é estranho, pois o motorista faz um contrato de adesão com o operador do aplicativo. O próprio desnível de poder entre motorista e aplicativo está muito mais próximo da ideia de relação de trabalho – tanto que na Inglaterra a Justiça reconheceu relação de trabalho da Uber com seus motoristas.¹⁹

O mais provável é que as relações de trabalho se alterem tão radicalmente que será necessário desenvolver novos conceitos para dar conta deste admirável mundo novo. José Pastore, ainda na segunda metade da década de 1990, já sinalizada para tais mudanças, ao tratar da morte do emprego:

¹⁹ Cf.: <https://www.conjur.com.br/2016-out-31/justica-inglaterra-reconhece-vinculo-motoristas-uber>. Acesso em: 25 jun. 2019.

Nesse novo mundo, o trabalho será disperso. Os trabalhadores deixarão de ser os “donos dos empregos”. Eles vão se transformar em provedores de serviços, engajados em projetos que terão começo, meio e fim. Nesses projetos, os seus colaboradores serão demandados a executar várias tarefas, à distância ou em locais diferentes e sempre com muita criatividade e periodicidade variável (PASTORE, 1997, p. 20).

A previsão ficou muito próxima da realidade. Hoje, alguns denominam o fenômeno de *gig economy*. O termo “*gig*” tem origem no mundo da música, refere-se à apresentação de uma artista ou banda; também é usado para o caso do artista convidado a tocar eventualmente em algum lugar. Por conta da instabilidade e da relação de oferta de demanda, o termo vem sendo apropriado pelo Direito do Trabalho para denominar o atual contexto dos aplicativos. Antônio Carlos Aguiar escreve assim sobre a *gig economy*:

Ambiente no qual se instala a chamada *Gig economic (sic)*, que se traduz por meio de incremento e otimização de posição temporárias diferentes do padrão comum afeito aos contratos de trabalho tradicionais, dando oportunidade a novos *players*, simbolizados em trabalhadores independentes, com compromissos de curto prazo (AGUIAR, 2018, p. 38).

De forma um tanto pejorativa, esse fenômeno poderia ser denominado de “economia do bico”. Contudo, seria muito reducionismo. O fenômeno atual é um processo em que a relação de subordinação clássica some, ainda que permaneça uma relação de dependência (do trabalhador em relação ao aplicativo). O prazo de duração dessas relações é, em geral, de curto prazo, mas nada impede que relações mais duradouras sejam estabelecidas. Daí também ser chamada de economia sob demanda (SCHWAB, 2018, p. 53-55). Deve ser considerado, na análise, que esses aplicativos trazem para o mercado de trabalho forças ociosas. Em verdade, não só força de trabalho ociosa, mas uma série de ativos que estavam ociosos são realocados. Um carro que normalmente ficaria na garagem passa a ser usado para prestar serviços via Uber. E uma imensa massa de desempregados agora busca nesses aplicativos uma solução para a falta de vagas no mercado. Há também aqueles que se dedicam eventualmente aos serviços via aplicativo.

Enfim, as razões são muitas, mas o fato se mantém: há uma realocação de recursos e de mão de obra que estariam ociosos. Isso representa um ganho de eficiência. Ademais, muitas vezes esses serviços acabam atendendo uma parcela da população que não estaria consumindo aqueles serviços se fosse pelos meios tradicionais. Por exemplo, nas zonas de periferia do Brasil, um morador da região pode usar a Uber para prestar o serviço de transporte para moradores sem acesso a táxi – afinal, este não costuma entrar em certas regiões da cidade. Ou ainda, um aplicativo como Elo7, que agrega serviços de artesões brasileiros, permitindo que

uma pessoa no Sul do Brasil conheça o serviço prestado por um artesão no interior do Pará. Esse é um dos efeitos desta quarta revolução industrial mencionado por Klaus Schwab:

(...) a quarta revolução industrial oferece a oportunidade de integrar à economia global as necessidades não satisfeitas de 2 bilhões de pessoas, criando demandas adicionais para serviços e produtos existentes ao capacitar e conectar, umas com outras, as pessoas e comunidades de todo o mundo. (SCHWAB, 2016, p. 40)

A depender do ponto de vista que se queira privilegiar na análise, cabem elogios à *gig economy* por integrar ao mercado consumidores esquecidos e recursos ociosos, ou críticas severas, por precarizar o trabalhador. Bom, em certa medida, são visões complementares. Há a otimização dos recursos e a integração de consumidores ao mercado, bem como a geração de novas chances de trabalho tanto para aqueles que se encontram fora do mercado informal quanto para quem já se considerava fora do mercado (como os aposentados). Por outro lado, é inegável que os novos tempos prometem concretizar a previsão da década de 1990 de fim do emprego (aquele com carteira assinada, de prazo indeterminado, com uma certa continuidade da relação com seu empregador).

A tendência é de termos cada vez mais situações nas quais o trabalhador não estabelecerá um contrato de trabalho clássico com seu empregador. Quando muito, um contrato atípico. E não devemos pensar que isso irá atingir apenas as camadas mais baixas da pirâmide social. Como bem observa Ludimila Costhek Abílio, a uberização é uma nova forma de terceirização.²⁰ No caso, o trabalhador não tem vínculo empregatício com nenhuma empresa, ele atua por conta própria, como um autônomo. Assim, talvez a uberização seja mais bem compreendida se comparada à pejetização. Observando os empregados que têm maiores remunerações, não será difícil encontrar altos executivos ou mesmo trabalhadores intermediários da estrutura empresarial, mas com boa qualificação, criando uma Pessoa Jurídica (PJ) para prestar serviço ao seu empregador. Ora, não irá demorar para encontrarmos aplicativos que façam a intermediação entre a empresa e altos executivos, especialmente se pensarmos em projetos de curto prazo. Para Klaus Schwab (2016, p. 54), há evidências de que se trata de “uma terceirização internacional silenciosa.”

Além dos aplicativos, outro fenômeno da internet que vem moldando nossa contemporaneidade são as redes sociais. Prometendo maior interação entre as pessoas, as redes sociais provocaram dois fenômenos dignos de nota: por um lado, o uso político e social, com

²⁰ Cf.: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/574556-a-eliminacao-dos-custos-associados-ao-direito-e-a-protecao-do-trabalhador-constitui-a-espinha-dorsal-da-reforma-trabalhista-entrevista-especial-com-ludmila-abilio>. Acesso em: 25 jun. 2019.

grupos se organizando, seja para ajudar quem precise (como as campanhas de financiamento coletivo), seja para realizar protestos (como os de 2013 no Brasil); por outro lado, a formação das bolhas de opinião. O que deveria promover a integração dos grupos provocou, curiosamente, o isolamento das pessoas em suas tribos. Ao invés de buscar a pluralidade, a internet, em especial as redes sociais, estimula o sectarismo. Ao aproximar pessoas com interesses comuns, a formação de grupos (as chamadas bolhas) estimula a inércia: já que tenho pessoas que reforçam a minha opinião, não irei procurar algo divergente e, se encontrá-lo, conseguirei refutá-lo, diz a pessoa em sua bolha. Este fenômeno ajuda a explicar a maior agressividade dos debates nas redes sociais e, até mesmo, certos casos de violência no mundo real.

Para o mundo do trabalho, as redes sociais abrem a possibilidade de o trabalhador ficar conectado 24 horas, afetando o tempo do descanso. Já se fala até em direito à desconexão (MELO e RODRIGUES, 2018, p. 73). Também se identifica a formação de novas profissões, como as pessoas que cuidam das redes sociais das empresas, ou aquelas especializadas em gerenciar crises em que figuras públicas (físicas ou jurídicas) se envolvem na internet.

Mas, até agora, falamos daquilo que já aconteceu. E o que a quarta revolução industrial nos promete? Como ela afetará o mundo do trabalho?

Uma observação importante: falamos de previsões sobre o futuro do mercado de trabalho. Significa, primeiro, que as análises estão cercadas de uma perspectiva ideológica dos analistas. Pode-se dividi-los em dois grupos: os otimistas, que acreditam que a tecnologia irá proporcionar melhorias na qualidade de vida e os trabalhadores que perderem seus empregos acabarão absorvidos por novos postos que irão surgir; e os pessimistas, que acreditam que o poder destrutivo da tecnologia é maior do que o seu poder criador, o que resultaria em um Armagedon social e político (SCHWAB, 2016, p. 42). Entre esses extremos, temos perspectivas mais moderadas sobre o futuro do trabalho.

A substituição de trabalhos repetitivos e mecânicos deve ser mais intensa no decorrer da quarta revolução industrial. Das muitas inovações tecnológicas que vêm ganhando força e que devem impactar o mercado de trabalho, serão destacadas quatro: a inteligência artificial, a impressão 3D, a robótica e a potencialização da capacidade de processamento e conexão. Vejamos do que se trata cada uma e, sem seguida, analisaremos possíveis impactos.

A inteligência artificial é o passo natural do desenvolvimento da capacidade de processamento dos computadores. Desde o *Deep Blue* vencendo Gary Kasparov no xadrez, a

inteligência artificial se tornou muito mais complexa. Se, antes, a inteligência artificial funcionava a partir de uma programação prévia, hoje, ela consegue aprender a partir da identificação de padrões, por meio das chamadas redes neurais. Assistentes eletrônicos, como a Siri, da *Apple*, ou o Victor, do STF, são exemplos de aplicação dessa tecnologia.

Outra inovação que vem ganhando espaço rapidamente é a impressão 3D. Também chamada de fabricação aditiva, é um processo pelo qual o produto vai sendo construído camada por camada, como se cada uma fosse impressa. As aplicações são as mais amplas, indo de brinquedos plásticos a órgãos humanos, passando por peças de reposição de carros. Em tese, tendo os elementos primários, qualquer coisa pode ser produzida.

A potencialização da capacidade de processamento e conexão da internet e dos equipamentos promete ser um dos elementos mais inovadores desta quarta revolução industrial. A chamada internet das coisas visa conectar à rede qualquer objeto que possua um processador. A capacidade dos celulares de acessarem a internet é o primeiro exemplo disso. O desenvolvimento da tecnologia 5G – responsável por uma guerra comercial entre China e EUA²¹ – é um passo importante para viabilizar essa hiperconectividade;²² afinal, conectar aparelhos que hoje são analógicos significa ampliar o número de informações disponíveis na internet. Com isso, a capacidade de processamento de informação irá aumentar.

Se apenas com os celulares *smart* já tivemos mudanças profundas na sociedade, imaginem com os avanços aqui mencionados?

Carl Frey e Michael Osborne (2013, p. 36-38) classificaram 702 profissões de acordo com a probabilidade de extinção por conta das inovações tecnológicas. Profissionais como operadores de *telemarketing* e responsáveis por cálculos fiscais devem ser substituídos por novas tecnologias. A mudança já se faz presente. Basta ligar para um *call center* para ser atendimento e resolver seus problemas pelo assistente digital. Segundo o estudo, 47% dos empregos nos EUA estão ameaçados de extinção.

As impressoras 3D têm o potencial de baratear o custo da industrialização, eliminando os já poucos postos de trabalho do setor. Por fim, a potencialização da conectividade. Estudos apontam que muitos executivos acreditam que, até 2025, 1 trilhão de sensores serão conectados à internet. A internet irá se tornar ubíqua. Alguns dos ganhos são em qualidade de vida, otimização na utilização dos recursos, aumento da eficiência em todos os

²¹ Cf.: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/25/economia/1558795538_036562.html. Acesso em: 25. jul. 2019.

²² Cf.: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/28/tecnologia/1498663252_980126.html. Acesso em: 25 jul. 2019.

setores da economia, entre outros; por exemplo, a geladeira de um restaurante informará ao celular do chefe da cozinha que certa quantidade de produtos está próxima de perder a validade – ou já irá encomendar do supermercado. Entre os impactos negativos, há a perda de empregos para trabalhos não qualificados, à semelhança do que ocorre atualmente com a Uber (SCHWAB, 2016, p. 129-132).

Mais uma vez, as inovações tecnológicas destruirão postos de trabalho. Como destacamos acima, sempre tivemos os mais otimistas e os mais pessimistas. O que há de factual é que, até hoje, a tecnologia produz dois efeitos concorrentes: a destruição de métodos antigos de produção, o que gera desemprego; há o efeito capitalizador, que consiste no aumento da demanda pelos novos bens e serviços que a tecnologia oferece, resultando na criação de novas profissões ou mesmo de setores inteiros da economia.

Para usar um exemplo quase anedótico, a extinção da profissão de acendedores de lampião deixou muitos desempregados, mas certamente o número de profissões que surgiram com o mercado de geração de energia foi maior. O e-mail pode ter diminuído a demanda de envio de cartas, assim como provocou praticamente a extinção do telegrama. Porém, o aumento da demanda de transporte e logística que o comércio eletrônico gerou é muito maior. Segundo o estudo “Revolução das Competências 4.0 – 2019-Brasil”, do ManpowerGroup, 81% dos empregadores brasileiros pretendem manter ou aumentar o número de empregados como resultado da automação (MANPOWERGROUP, 2019, p. 2-3), Isso pelo terceiro ano consecutivo – uma demonstração de que as novas tecnologias podem criar novas vagas de trabalho. Conforme explica Klaus Schwab:

Sempre foi o caso de que inovação tecnológica destrói alguns trabalhos que, por sua vez, são substituídos por novos empregos em uma atividade diferente e possivelmente em outros locais. (...) Os tecno-otimistas perguntam: Se extrapolarmos a partir do passado, por que seria diferente desta vez? Eles reconhecem que a tecnologia pode ser conflituosa, mas afirmam que ela sempre acaba melhorando a produtividade e aumentando a riqueza, levando, por sua vez, a uma maior demanda por bens e serviços e novos tipos de postos de trabalho para satisfazê-los (SCHWAB, 2016, p. 42-43)

O que Schwab procura sintetizar é que os desejos e necessidades humanas são infinitos. E, como não somos pessoas que costumam se contentar com o que temos, certamente a satisfação das necessidades mais básicas irá estimular a busca pela satisfação de necessidades mais sofisticadas. E isso sempre pressionará a economia a crescer e a gerar empregos. Também é importante, no argumento que o autor traz, o fato histórico de, até hoje, ainda termos empregos; o futuro de desolação no qual a tecnologia tornará o ser humano obsoleto ainda não

se concretizou. O ponto fraco dos tecno-otimistas é que, bem, falamos de futuro; significa que um pessimista sempre pode jogar suas previsões para mais adiante, alegando que, desta vez, será diferente e a *Skynet* e os seus robôs, enfim, vão dominar a humanidade.

A quarta revolução industrial está elevando o grau de sofisticação da tecnologia. Não estamos pensando apenas nas máquinas que serão operadas. Estas exigirão muitas habilidades novas dos trabalhadores, porém a tendência é de tais equipamentos exigirem pouca mão de obra. Haverá uma imensa quantidade de informação que as novas tecnologias irão gerar e a gestão desse montante, principalmente, de como usá-las de forma criativa, exigirá níveis educacionais elevados de toda a população. Não bastará apenas um treinamento, será preciso educação de base que permita à população desenvolver suas capacidades de análise e compreensão, além de estimular a criatividade. Neste aspecto, o Brasil encontra-se em desvantagem. Vejamos o quarto ponto.

Neste momento, vamos focar na situação educacional do Brasil para saber como estamos nos preparando para a próxima onda de inovação, bem como compreender o contexto no qual a reforma trabalhista está inserida. Para esta análise, usaremos os dados da PNAD Contínua 2018.

O analfabetismo ainda é um problema, especialmente nas faixas etárias mais elevadas. Entre as pessoas com 60 anos ou mais, a taxa de analfabetismo era de 18,6% em 2018 (era 19,2% em 2017). À medida que são incluídos outros grupos etários, o percentual de analfabetos cai – 11,5% entre os brasileiros com 40 anos ou mais; 7,2%, entre os com 25 anos ou mais; e 6,8%, entre aqueles com 15 anos ou mais. Isso demonstra que o problema está sendo combatido com foco nas gerações mais novas, e as variações nas gerações mais velhas decorre muito mais de oscilações demográficas do que de ações do Governo (IBGE, 2019-A, p. 2).

Observando os demais níveis de instrução, a PNAD Contínua 2018 identificou a seguinte situação da população com 25 anos ou mais: 6,9% não têm nenhuma instrução; 33,1% possuem o ensino fundamental incompleto ou equivalente; 8,1% possuem o ensino fundamental completo ou equivalente; 4,5% possuem o ensino médio incompleto ou equivalente; 26,9% possuem o ensino médio completo ou equivalente; 4,0% possuem o ensino superior incompleto ou equivalente; 16,5% possuem o ensino superior completo ou equivalente (IBGE, 2019-A, p. 3).

Como se observa, a educação básica completa, que pressupõe a conclusão de ao menos o ensino médio, alcança apenas 47,4% da população brasileira, sendo que a maioria

deste universo não foi além do ensino médio. Se somarmos aqueles que possuem nível superior completo com aqueles que o têm de forma incompleta, chegamos a, no máximo, 20,5% da população vinculada ao nível superior – note-se que, neste universo, podemos encontrar pessoas que iniciaram e abandonaram o ensino superior.

Cursos técnicos também não possuem grande alcance. Entre aqueles que frequentam o ensino médio, apenas 6,2% frequentavam cursos técnicos de nível médio, e entre os que já haviam concluído o ensino médio e não estudavam ou estavam ainda no ensino superior, 3,0% frequentavam cursos técnicos e 16,0% já haviam concluído o nível técnico.

O baixo nível educacional é um problema que já causa impacto no mercado de trabalho. Segundo dados do Sistema Nacional de Emprego (SINE), cerca de 30% das vagas de trabalho ofertadas não são preenchidas por falta de profissionais. As principais razões para isso são a falta de qualificação, ou seja, o candidato não alcançar as condições exigidas e número pequeno de profissionais para algumas funções.²³

Como se nota, a falta de universalização do ensino médio, de uma ampliação significativa do ensino superior e mesmo do ensino técnico impedem uma maior queda no número atual de desempregados. A produtividade também é afetada. Afinal, mesmo entre aqueles que estão empregados, muitos não possuem elevada qualificação. Isso implica queda da produtividade.

A nossa baixa produtividade é um limitador histórico do nosso crescimento econômico. Sempre que o Brasil inicia um ciclo de crescimento econômico, a falta de estudo do brasileiro impede o aumento da produtividade. Dessa forma, nosso trabalhador ganha menos que em países europeus ou mesmo nos tigres asiáticos.

A baixa produtividade tem relação com a baixa qualificação do trabalhador brasileiro. A péssima qualidade da educação brasileira é uma das responsáveis por isso. No período entre 1940 e 1980, a produtividade por pessoa ocupada no Brasil cresceu à taxa média de 4,2% a.a. A partir da década de 1980 até 2013, a média despencou para 1% a.a. Contudo, o crescimento de produtividade do primeiro período se deve ao processo migratório interno, que levou a população do campo para as cidades. Ocorreram a migração da mão de obra de um setor de baixa produtividade (agricultura) para outro de produtividade naturalmente mais elevada (indústria). E como a população era predominantemente analfabeta, qualquer pequeno

²³ Cf.: <https://tribunadoceara.com.br/videos/jornal-jangadeiro/30-das-vagas-de-empregos-ofertadas-pelo-sine-estao-ociosas-por-falta-de-qualificacao/>. Acesso em: 25 jun. 2019.

investimento em educação trazia bons resultados (GIAMBIAGI, SCHWARTSMAN, 2014, p. 90-91).

Hodiernamente, o desenvolvimento tecnológico impõe níveis de instrução muito maiores. Mesmo assim, persiste a baixa produtividade brasileira: em 2019, o trabalhador brasileiro leva uma hora para executar a mesma tarefa que o trabalhador norte-americano executa em quinze minutos.²⁴ Avolumam-se estudos que apontam que a educação faz a produtividade – e, em consequência, a remuneração – do trabalhador aumentar. Uma pessoa com escolaridade tem maior capacidade de processar informações e de aprender novas atividades e se adaptar às mudanças (IPEA, 2013, p. 50-51). Assim, falar de produtividade não é tratar o trabalhador apenas como mais um insumo na produção, mas é reconhecer que, além de emancipação, a educação de qualidade permite que o trabalhador obtenha maiores ganhos com o seu trabalho.

Diante desse cenário atual, qual a perspectiva para o trabalhador diante da quarta revolução industrial?

O Brasil tem mais da metade da sua população acima dos 25 anos sem concluir os níveis básicos de ensino. As mudanças das próximas décadas exigirão um grau de capacitação quase inexistente entre os brasileiros. Isso será uma barreira mesmo para que certas tecnologias sejam implantadas no Brasil. Contudo, numa era globalizada, as inovações são introduzidas com muito mais força e rapidez. Se no passado era possível nos isolarmos em nossa ignorância, o máximo que veremos é a recepção um pouco menos acelerada das novas tecnologias, o que pode dar um tempo a mais para que o Brasil busque qualificar sua população.

Notem o destaque aqui dado ao problema da falta de universalização do ensino. Temos também o problema da qualidade daquilo que é ensinado. Como visto, esta dificuldade brasileira contribuirá para que muitos trabalhadores não consigam se adaptar à nova realidade que a quarta revolução industrial traz. Conforme o já mencionado estudo da ManpowerGroup (2019, p. 3-6), 41% das empresas irão passar por processos de automação, dessas, 24% irão criar novos postos de trabalho. Porém, a falta de capacitação é um limitador, o que faz com que 84% das empresas planejem melhorar a capacitação de seus empregados no ano de 2020 – em 2011, o índice era de 21%. Seja no cenário otimista de expansão de vagas de trabalho motivada

²⁴ Cf.: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/19/brasil-baixa-produtividade-competitividade-comparacao-outros-paises.htm>. Acesso em: 17 dez. 2019.

pelas novas tecnologias, seja no cenário pessimista de extinção de postos de trabalho, será preciso repensar a forma como o conhecimento é transmitido para a população brasileira.

Observando a reforma trabalhista de 2017, ela não traz respostas significativas para os novos desafios tecnológicos. Talvez figuras como o trabalho intermitente possam ser úteis nesse processo. Contudo, em grande medida, a reforma trabalhista deu uma resposta a outro problema, o peso da legislação trabalhista, que é o terceiro ponto a ser abordado. Após, será possível avaliar o quanto a reforma trabalhista responde aos desafios do mundo do trabalho.

A legislação trabalhista brasileira, ao menos até o advento da reforma de 2017, estava estruturada em torno da ideia do trabalhador subordinado típico, aquele que ocupa a posição de empregado em um contrato de trabalho. Paulatinamente, o legislador operava mudanças, mas nenhuma da amplitude da ocorrida em 2017. O reconhecimento do contrato intermitente e a importância dada ao autônomo revelam o interesse em alterar o paradigma do Direito do Trabalho.

Podemos dizer que, a partir de 2017, ficou mais evidente a mudança de eixo que vinha se operando na CLT, que deixa de se focar apenas no emprego e passa a se preocupar com o trabalho. Yone Frediani, em artigo anterior à reforma, traduz esse contexto:

(...) o legislador pátrio deveria voltar sua atenção ao que vem ocorrendo nos ordenamentos estrangeiros, que optaram pela geração de trabalho e não necessariamente de emprego, como forma de proteção social e aproveitamento da mão de obra existente na produção de riquezas, estimulando a contratação de trabalhadores autônomos, por tempo parcial, por prazo determinado e outras formas, em detrimento das rígidas regras que circundam o contrato a tempo pleno e por prazo indeterminado (FREDIANI, 2015, p. 292)

Tal legislação trabalhista, tão focada na preservação do emprego e de todos os direitos vinculados, já causava dificuldades na década de 1990, e ainda provoca. Com as perspectivas de um futuro com uma tecnologia que tornará a sociedade muito mais dinâmica, o mundo do trabalho tende a ser mais fluido e instável. É preciso perceber a inadequação de uma legislação trabalhista rígida e muito focada no trabalhador típico hipossuficiente diante do mundo muito mais dinâmico, bem como a necessidade de uma legislação mais adequada aos desafios futuros.

Não se deve impingir à legislação todos os males do desemprego. Questões econômicas também são relevantes. Mas é inegável que uma legislação mais rígida pode ser uma barreira a mais no momento da retomada do crescimento econômico. A legislação pesa no aspecto da formalização; normas muito complexas e custosas estimulam a informalidade. Com

este pano de fundo, observem-se os dados da PNAD Contínua do IBGE sobre desemprego e formalização de relações de trabalho.

A taxa de desocupação no trimestre móvel referente aos meses de março a maio de 2019 foi estimada em 12,3% da população economicamente ativa, o que representa 13 milhões de pessoas (IBGE, 2019-B, p. 3-4). Este percentual se mantém em níveis acima dos 10% desde o trimestre que compreende dezembro de 2015 a fevereiro de 2016. Podemos somar a esse grupo o contingente de pessoas desalentadas,²⁵ que compreendeu, no período, 4,9 milhões (IBGE, 2019-B, p. 8). Temos, assim, um grupo que totaliza 17,9 milhões de pessoas. Sim, as taxas de desemprego de um país são muito mais relacionadas com problemas econômicos do que com a legislação. Contudo, normas que prejudiquem o desenvolvimento econômico influenciam nesses dados.

Para compreender melhor como uma legislação trabalhista rígida pode afetar o mercado de trabalho, observemos primeiro o tamanho da força de trabalho (que compreende pessoas ocupadas e desocupadas), no trimestre de março a maio de 2019: 105,9 milhões de pessoas. Desse universo, estima-se que 33,2 milhões pertençam ao setor privado e tenham carteira de trabalho assinada – deste grupo, excluem-se os trabalhadores domésticos, que representam 6,2 milhões. Já os trabalhadores empregados no setor privado sem carteira de trabalho assinada são estimados em 11,4 milhões de pessoas (IBGE, 2019-B, p. 5). Outra taxa é a de subutilização da força de trabalho – que compreende pessoas desocupadas, subocupadas por insuficiência de horas trabalhadas e a força de trabalho potencial em relação à força de trabalho ampliada. No trimestre de março a maio de 2019, estima-se que esse grupo tenha 28,5 milhões de pessoas, um percentual de 25%.

Todos esses dados são pós-reforma trabalhista. Facilmente poderia se argumentar o fracasso das mudanças legais. Porém, qualquer norma jurídica é aplicada em um contexto social e econômico. No caso, é um contexto de crise econômica (conjuntural), de mudanças sociais profundas, de caráter estrutural, e de baixa escolaridade. Sem considerar o fato de que 2 anos é um tempo curto para se avaliar os impactos de uma mudança legislativa desse jaez; as novas normas poderão ser mais bem avaliadas quando o contexto econômico for minimamente mais favorável. Pode-se, todavia, demonstrar que a antiga legislação gerava um passivo para o

²⁵ Segundo o IBGE: “Composta pelo subgrupo de pessoas da força de trabalho potencial que não haviam realizado busca efetiva por trabalho por considerar que: não conseguiriam trabalho adequado; não tinham experiência profissional ou qualificação; não conseguiam trabalho por serem considerados muito jovens ou muito idosos ou não havia trabalho na localidade. Todavia, gostariam de ter um trabalho e estavam disponíveis para trabalhar na semana de referência.” (IBGE, 2019-B, p. 8).

mercado de trabalho. Observem-se os dados do trimestre anterior à aprovação da reforma (abril a junho de 2017), um cenário também de crise econômica.²⁶

- Taxa de desocupação: 13,0%; contingente de 13,5 milhões de pessoas;
- Tamanho da força de trabalho: 103,7 milhões de pessoas;
- Trabalhadores do setor privado com carteira de trabalho assinada: 33,3 milhões de pessoas;
- Trabalhadores empregados no setor privado sem carteira de trabalho assinada: 10,6 milhões de pessoas;

Os índices de desocupação são praticamente os mesmos, pois o contexto econômico pouco se alterou. É possível deduzir, portanto, que os pesos da crise econômica e da baixa qualificação da população brasileira contribuíram para manter praticamente inalterado os níveis de desocupação. Mudanças na legislação trabalhista não irão, por si sós, gerar empregos. A legislação precisa de um ambiente econômico minimamente favorável para avaliar o seu impacto. Para avaliarmos melhor o impacto das mudanças na CLT, é preciso observar o número de trabalhadores com carteira assinada e o número de trabalhadores sem carteira assinada. O primeiro indicador não teve alteração significativa, sendo praticamente o mesmo nos dois períodos. Por sua vez, os indicadores dos trabalhadores sem carteira assinada se comportaram de modo diferente: no trimestre pré-reforma, eram 10,6 milhões de pessoas, enquanto hoje são 11,4 milhões de pessoas. E o tamanho da força de trabalho tem uma variação de 2,2 milhões de pessoas na comparação entre os dois trimestres.

O aumento de 0,8 milhão de trabalhadores sem carteira assinada pode ser visto como uma variação estatística pequena decorrente do crescimento da força de trabalho no trimestre de 2019 analisado. Por outro lado, é possível especular qual a influência da reforma nesse cenário, especialmente porque um dos grandes argumentos políticos em prol da reforma era a geração de emprego.

Quem critica a reforma poderá alegar que isso prova o seu insucesso. Porém, defendemos que uma mudança legislativa como a feita não gera, por si só, postos de trabalho – ao menos não em quantidades expressivas – mas pode influir na formalização. O perfil da reforma trabalhista de 2017 foi de legalizar muitas situações que já eram vividas na realidade. Era de se esperar uma queda mais expressiva no índice de informalidade. Poderíamos suscitar

²⁶ Não disponíveis: número de desalentados e taxa de subutilização da força de trabalho.

a insuficiência das medidas do legislador reformista, ou que as medidas não conseguiram fazer frente ao contexto de crise econômica de grande escala.

Uma forma coerente de interpretar tais dados seria reconhecer que nem toda mudança legal tem força de influir decisivamente para debelar os efeitos de uma crise econômica – e das deficiências de formação do trabalhador. Medidas como as tomadas por meio da reforma trabalhista precisam de um contexto econômico não tão hostil. Uma economia mais saudável poderia se beneficiar de uma legislação mais dinâmica e permitir um maior número de contratações.²⁷ Por outro lado, o ambiente de forte crise intimida a formalização – um empregador que deseja aplicar um instituto criado pela reforma pode ter receio de formalizar os seus trabalhadores por desconhecer como os Tribunais vão atuar, por exemplo. Certamente, o pouco tempo das mudanças pode ser sinal de desconhecimento do potencial da nova legislação.

Enfim, o tempo é curto para saber qual será o impacto da reforma. Por outro lado, os níveis de informalidade pré-reforma reforçam a tese de que a CLT é um entrave para a formalização. Buscando a primeira PNAD Contínua, que abrange os quatro trimestres de 2012 e os dois primeiros de 2013, constata-se que – em 2012 – 24,5% das pessoas empregadas, com 14 anos ou mais, não tinham carteira assinada. Nos dois primeiros trimestres de 2013, o percentual oscilou para 23,6% (IBGE, 2013, p. 15). Evidentemente que nossa legislação trabalhista desestimulava a formalização. Um índice tão alto demonstra o descompasso entre a letra da lei e a realidade. O legislador procurou trazer para a legalidade situações que já eram vividas na prática. É possível que, ao longo dos próximos anos, vejamos a lei se concretizando.

Questionou-se acima: a nova forma contratual do hipersuficiente é adequada ao atual momento histórico? E partindo disso, expôs-se o contexto de um mundo do trabalho que está diante de uma quarta onda da revolução industrial, possivelmente com impacto apenas similar ao da primeira. No Brasil, demonstrou-se a situação da educação que resulta em uma mão de obra pouco qualificada para enfrentar tanto os desafios atuais quanto os que se avizinham. Por fim, há o problema da informalidade ainda persistente no Brasil.

Antes de responder à pergunta formulada acima, cabe indagar como a reforma da CLT, de forma geral, encara os desafios impostos pela contemporaneidade do mercado de

²⁷ Em ambientes econômicos favoráveis ao crescimento econômico, mudanças legais que impliquem redução de riscos estimulam o investidor, o que resulta em efetiva criação de emprego. Mas, se o cenário econômico é periclitante, poucas serão as mudanças legais que terão capacidade de alterar o rumo da depressão econômica.

trabalho. Ao enfrentar cada um dos três pontos, primeiro serão observados os aspectos gerais da reforma e, em seguida, a situação do contrato do hipersuficiente.

Começando pelo terceiro ponto, combater a informalidade é, de certa forma, um dos grandes objetivos da mudança legislativa. A crise econômica atual é muito maior, dificultando a geração de emprego. O cenário é tão calamitoso que não é possível avaliar claramente os efeitos da formalização. Diante dessa dificuldade, podemos conceder o voto de confiança à reforma. Afinal, nada mais natural que, ao diversificar as possibilidades de contratação, um movimento natural de formalização ocorra. A premissa é elementar: se uma relação de trabalho que não tinha previsão legal passa a tê-la, é mais interessante para as partes a segurança jurídica do que a informalidade. Esta somente irá prevalecer se os custos com a contratação, mesmo sob a nova modalidade, forem impeditivos. Assim, o empregador que antes não tinha a figura jurídica, agora irá pesar apenas os custos dessa nova modalidade – no caso, estamos falando dos encargos trabalhistas e fiscais incidentes sobre a contratação. Como não é o foco desta tese, registre-se apenas que o problema de efetividade da reforma não é estritamente de direitos trabalhistas; mais do que o debate sobre os trabalhadores terem muitos direitos ou não, é preciso saber se os custos da contratação foram amenizados – alguns desses nem chegam a beneficiar o trabalhador, como, por exemplo, os tributos sobre a folha de pagamento.

No tocante a esse aspecto, por se dirigir a uma camada mais elevada de trabalhadores, o contrato do hipersuficiente pouco irá influir na redução daquilo que tradicionalmente pensamos quando falamos em informalidade – um trabalho que exige pouca qualificação e é precarizado, ao qual o indivíduo se sujeita por falta de opção. Porém, ele pode servir para reduzir a pejetização, ao menos nos casos nos quais a PJ foi formada para burlar a legislação trabalhista. Parágrafo único do art. 444 da CLT terá pouca influência, contudo, quando a pejetização vise reduzir o pagamento de tributos.

No tocante aos níveis de educação e produtividade, as novidades na legislação não têm influência sobre eles, pois o problema não deriva da legislação. Por outro giro, é válido notar que à medida que o número de indivíduos que concluírem o ensino superior aumentar, o alcance do Parágrafo único do art. 444 da CLT se ampliará.

As observações sobre a educação servem, especialmente, para compreendermos os desafios que a quarta revolução industrial impõe ao mundo do trabalho. O baixo nível educacional é um grande problema dos trabalhadores brasileiros. Sem elevação dos anos de estudo e da qualidade do que se aprende, não importa a legislação, não será solucionado o problema do desemprego.

Mesmo não sendo onipotente diante das mudanças, uma legislação sintonizada com as inovações é um empecilho a menos para a geração de emprego. Mas as novidades da reforma são capazes de responder aos desafios dessa quarta revolução industrial? As previsões apontam para a extinção de muitas categorias profissionais em decorrência das inovações tecnológicas; muitos acreditam que a extinção desses postos de trabalhos significa uma redução permanente de postos de trabalho. Por outro lado, ao menos para o ano de 2020, há perspectiva de contratação em paralelo com a automação. Hélio Zylberstajn contextualiza a questão:

Os novos processos, por sua vez, reorganizam a produção e desenvolvem a produtividade do trabalho e, conseqüentemente, reduzem a quantidade de postos de trabalho os novos produtos expandem o consumo para novos bens ou serviços, criam-se novas empresas, e crescem as oportunidades de trabalho. O primeiro fenômeno destrói enquanto o segundo cria. Diante da expansão do capitalismo e do mercado de trabalho, não é difícil concluir que o lado criativo do progresso técnico tem superado sua vertente destrutiva. Mas, para desespero dos marxistas e de seus descendentes mais ou menos modernos, a tecnologia parece ser hoje uma ameaça muito grande para a continuidade do trabalho e, portanto, da 'centralidade do trabalho' na sociedade. Aparentemente, nos nossos dias, a equação do progresso técnico estaria se invertendo a tal ponto que em algum momento a tecnologia poderia destruir mais que criar (ZYLBERSTAJN, 2015, p. 65-66).

Como historicamente, até a atualidade, as tecnologias sempre criaram novas formas de trabalho, preferimos adotar um argumento *in dubio pro técnica*: se até hoje as tecnologias criaram novas formas de trabalho, então é mais provável que, no futuro, novas formas de trabalho nasçam. O que pode sofrer grande mudança é que o emprego deixe de ser o modelo principal. Sairá o emprego e prevalecerá o trabalho. A estabilidade do contrato de trabalho seria algo mais raro no futuro. O emprego pode até acabar, não o trabalho (ZYLBERSTAJN, 2015, p. 67-72).

Todavia, caso o trabalho acabe, o desafio não será mais do Direito do Trabalho. A questão passará a ser como reorganizar o sistema econômico para garantir a subsistência de todos. O atual sistema econômico é estruturado na ideia de que o trabalho é a principal fonte de subsistência. E, como a imensa maioria da população não detém os meios de produção, entende-se que, em um futuro no qual as máquinas não dependam do homem para funcionar, o detentor dos meios de produção seria o único a obter ganhos, enquanto uma imensa massa de despossuídos não teria nada. Em um cenário como esse, a quantidade de desempregados seria tão grande que seria, sim, necessário repensar o arranjo institucional do sistema capitalista, pois o mercado consumidor também seria drasticamente afetado. A economia de mercado depende de que exista o trabalho para as pessoas ganharem dinheiro para consumir os produtos

disponibilizados pelo mercado. Se ninguém mais conseguir trabalhar, o capitalista não terá mais para quem vender.

A hipótese é tão diferente de tudo já visto na evolução do sistema capitalista, que acaba se tornando uma preocupação que não cabe num escopo de um texto dogmático sobre o Direito do Trabalho. A questão pode ser muito mais bem investigada em uma pesquisa sobre novas tecnologias. Assim, cabe ficar com a hipótese mais plausível – ou ao menos mais próxima de acontecer: o fim do emprego, com a continuidade do trabalho. As mudanças da CLT são capazes de enfrentar esse problema?

A reforma trabalhista não tinha como foco os desafios da quarta revolução industrial. Ela se dirigia a debelar problemas que já vinham de certo tempo. O legislador seguiu a lógica de diversificar as modalidades de contrato de trabalho. A maior diversidade de formas de contrato é mais amigável ao mundo no qual a rapidez das mudanças implica mobilidade do trabalhador. O contrato intermitente, por exemplo, pode ser figura útil num ambiente de *gig economy*. Entretanto, o futuro se demonstra tão dinâmico, que talvez o Direito do Trabalho precise dar mais liberdade às formas de contratação, enquanto garante os direitos básicos. De certa forma, o futuro irá empurrar o Direito do Trabalho para mais perto do Direito Civil, mantendo, contudo, sua identidade, especialmente de garantidor do equilíbrio entre empregado e empregador.

Assim, a reforma trabalhista de 2017 é um passo importante, mas tímido diante das mudanças que já se fazem presentes. Em verdade, a quarta revolução industrial impõe um ônus para o Direito do Trabalho: demonstrar que ele não é uma peça obsoleta, fadada a ficar nos livros de história, e que mesmo ampliando o poder de negociação e flexibilizando as modalidades de contratação, ele ainda tem a missão de dar garantias mínimas ao trabalhador. Em alguma medida, o contrato de trabalho clássico será mais uma entre tantas modalidades. O relevante será que todos os contratos celebrados no mercado de trabalho observem as garantias mínimas estipuladas pela legislação.

O que é fora de dúvida: o mundo mudou radicalmente desde o fim da URSS, especialmente nos últimos vinte anos. E essas mudanças estão só no começo. Este contexto já foi suficiente para demonstrar a necessidade de uma legislação mais nova. Essa compreensão das mudanças no contexto histórico será de suma importância para demonstrarmos que a Constituição da República também sofreu mudanças de sentidos que dão guarida à reforma trabalhista.

Por fim, o contrato do hipersuficiente pode ser útil neste mundo novo, pois permite às empresas contratar mão de obra qualificada com maiores margens de negociação. O mais interessante, todavia, é notar que o viés geral da reforma, de buscar regulamentar vários aspectos, é um tanto anacrônico para uma época de mudanças rápidas e profundas. Já o contrato do hipersuficiente, em si, revela um caminho: garantir um conjunto de direitos mínimos e permitir a negociação. Talvez a melhor forma de a legislação trabalhista responder aos desafios futuros seja aumentar a liberdade de negociação (individual e coletiva), garantindo apenas os direitos mais essenciais e a clareza das regras de negociação. Em um mundo de fortes mudanças, é preciso pensar em como dar maior flexibilidade, sem que isso seja sinônimo do fim do Direito do Trabalho.

CAPÍTULO 2 O EMPREGADO HIPOSSUFICIENTE E O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

A reforma trabalhista acrescentou o Parágrafo único ao art. 444 da CLT. O novo dispositivo permite a certo grupo de trabalhadores a possibilidade de negociar individualmente aspectos do contrato de trabalho que, em regra, são negociados de maneira coletiva. Pertencem a esse grupo os sujeitos detentores de diploma de nível superior e de salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) – hoje, esse benefício tem o valor de R\$ 5.839,45, o que resulta no teto de R\$ 11.678,90.²⁸ Segundo o legislador, o trabalhador teria maior liberdade de negociação do que os demais, podendo negociar com seu empregador as condições do seu contrato, dentro dos casos elencados pelo art. 611-A, também da CLT.

Tais empregados vêm sendo denominados de “hipersuficientes”. No âmbito da reforma trabalhista, o termo apareceu em Parecer do Deputado Federal Rogério Marinho, relator do projeto,²⁹ e deriva da oposição à expressão “empregado hipossuficiente”, figura central do Direito do Trabalho. A nova figura permite negociação de aspectos contratuais que, para os demais trabalhadores, hipossuficientes, somente podem ser negociados com intermediação do Sindicato. A figura trazida pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT põe em questionamento a centralidade do hipossuficiente. Para Rodrigo Fortunado Goulart (2018, p. 120), o dispositivo cria uma nova categoria de trabalhador, atingindo o núcleo de proteção social do Direito do Trabalho, uma vez que os direitos do hipersuficiente podem ser reduzidos por meio de negociação individual.

Se o paradigma do hipossuficiente está sendo questionado, também são colocados em questão o alcance do princípio protetivo e, em última análise, a separação entre Direito do Trabalho e Direito Civil. Se, para proteger um sujeito hipossuficiente, o Direito do Trabalho organizou-se em torno das premissas do princípio da proteção e da limitação da autonomia da vontade, com a inserção na CLT de uma figura jurídica que tem maiores poderes de negociação,

²⁸ Segundo o art. 2º da Portaria do ME n. 9 de 15 de janeiro de 2019, o teto de benefícios da previdência social para o ano de 2019 é de R\$ 5.839,45. “Art. 2º A partir de 1º de janeiro de 2019, o salário de benefício e o salário de contribuição não poderão ser inferiores a R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), nem superiores a R\$ 5.839,45 (cinco mil oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos)”.

²⁹ “Modificamos a redação do parágrafo único do art. 444 para dizer que os acordos firmados pelos hipersuficientes têm prevalência sobre a norma, em consonância com o que já prevê o art. 611-A do Substitutivo. Acatamos, nesse sentido, a emenda ao Substitutivo 156, do Deputado Covatti Filho (PP/RS).”

mesmo que isso implique prejuízos, é justificável questionar se essa nova figura ainda pertence ao Direito do Trabalho.

Uma boa compreensão do impacto que a nova figura terá no Direito do Trabalho e da sua constitucionalidade, bem como uma crítica ao instituto pressupõem o entendimento do conteúdo do Parágrafo único do art. 444 da CLT, o que se fará a seguir.

2.1 Principais características do trabalhador hipersuficiente: aspectos gerais do Parágrafo único do art. 444 da CLT

Para responder às indagações do quão peculiar é a figura criada pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT e se a formatação dada ao hipersuficiente é constitucional, é preciso compreender o conteúdo normativo introduzido pela reforma. A partir disso, é possível se debruçar sobre a dicotomia empregado hipossuficiente e empregado hipersuficiente para, assim, compreender o alcance da mudança, sua compatibilidade com a Constituição da República, bem como até que ponto a expressão “empregado hipersuficiente” é apropriada para descrever essa realidade. A seguir, mais uma vez, o texto do *caput* e do Parágrafo único do art. 444 da CLT:

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

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

O dispositivo carrega elementos que, para esta tese, podem ser divididos em dois eixos: a) os requisitos para alguém ser considerado empregado hipersuficiente; b) o tratamento legal dado aos que se enquadram nesse grupo, ou seja, o alcance do seu poder de negociação e os efeitos contratuais decorrentes. De plano, a nova figura amplia a margem de negociação entre patrão e empregado, fazendo com que o contrato individual prevaleça sobre o coletivo, no caso do empregado que cumpra os seguintes requisitos:

- a) Possuir diploma de nível superior;
- b) Perceber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Quem possuí-los cumulativamente estará enquadrado como hipersuficiente. O legislador criou essa figura porque identificou a existência, no mercado de trabalho, de um grupo de pessoas possuidor de maior capacidade de negociação, dificultando o seu enquadramento na figura típica do trabalhador tradicionalmente protegido pela lei laboral. Ou seja, percebeu que o mercado de trabalho trata de maneira diferente os trabalhadores. Isso é o que se depreende do parecer do Deputado Federal Rogério Marinho que fundamentou a reforma trabalhista. Ele justificou a mudança legal nos seguintes termos:

A inclusão de um Parágrafo único ao art. 444 visa a permitir que os desiguais sejam tratados desigualmente. De fato, a CLT foi pensada como um instrumento para proteção do empregado hipossuficiente, diante da premissa de que esse se encontra em uma posição de inferioridade ao empregador no momento da contratação e da defesa de seus interesses. Todavia não se pode admitir que um trabalhador com graduação em ensino superior e salário acima da média remuneratória da grande maioria da população seja tratado como alguém vulnerável, que necessite de proteção do Estado ou de tutela sindical para negociar seus direitos trabalhistas.

Segundo o parecer, a subordinação e a diferença econômica entre empregado e empregador não são critérios suficientes para definir o grau de autonomia do trabalhador diante de uma negociação. Tomando como pressuposto a noção de que a igualdade material deve buscar estabelecer tratamentos distintos para sujeitos distintos, o legislador criou o Parágrafo único do art. 444. O critério legal foi o nível salarial e a detenção de diploma de nível superior. Independentemente das críticas aos critérios adotados, o legislador captou o fato de o mercado de trabalho não tratar uniformemente todos os trabalhadores e optou por estabelecer regra de solução de conflitos normativos que privilegia a negociação individual frente à negociação coletiva e ao legislado.

O estabelecimento de tratamento distinto daquele dispensado aos empregados hipossuficientes não é novidade na legislação laboral. É possível citar o caso dos bancários que exercem as “funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou que desempenhem outros cargos de confiança” (art. 224, § 2º, CLT), os quais não fazem jus à jornada de trabalho reduzida de 6 horas prevista no *caput* do art. 224 da CLT. Também podemos lembrar o caso daqueles que ocupam cargo de confiança, os chamados “altos empregados”, que – por sua posição peculiar – não se enquadrariam na hipótese de alteração contratual lesiva por determinação de alteração do local de trabalho mesmo sem anuência do empregado (art. 469, § 1º, CLT).

O que há de peculiar na comparação com esses casos é que, para o hipersuficiente, o legislador não se utilizou de elementos da estrutura empresarial nem de uma profissão

específica, mas sim de características do empregado. O sujeito que atende aos requisitos do Parágrafo único do art. 444 passa a possuir uma maior liberdade de negociação, prevalecente, inclusive, sobre as negociações coletivas, não importando o porte do empregador (se grande ou pequena empresa) nem o cargo que será exercido (se de chefia ou de um simples cozinheiro). As condições da hipersuficiência estão na pessoa do empregado.

Preliminarmente, possível demarcar uma diferença fundamental: o hipossuficiente é o trabalhador sem liberdade jurídica para negociar, que depende da negociação coletiva; o hipersuficiente é o trabalhador que possui maior liberdade de negociação individual. Possuir diploma de nível superior e receber duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS mensalmente são os requisitos legais que o legislador prescreveu para que fosse identificado o grupo dos hipersuficientes. Como esses dois critérios promovem uma distinção, é preciso aquilatar se eles são compatíveis com o princípio da igualdade. Isso significa não só verificar se a lei é constitucional, mas também se a diferença estabelecida em lei tem alguma base na realidade. Antes, porém, necessário compreender o conteúdo normativo desses dois requisitos.

2.1.1. Os requisitos legais

a) A exigência de diploma de nível superior

A compreensão do critério do diploma de nível superior exige a análise da Lei de Diretrizes de Bases (LDB) – Lei n. 9.394/1996. Esta lei define a abrangência da educação superior, que engloba os seguintes cursos: sequenciais, de graduação, de pós-graduação e de extensão (art. 44, incisos I a IV, da LDB). Os cursos sequenciais e de graduação exigem que o estudante tenha concluído o ensino médio. Os outros dois pressupõem a conclusão de cursos de graduação ou sequenciais. Os diplomas servem como prova da formação recebida pelo titular do referido documento (art. 48 da LDB).

Para cumprir o requisito legal, basta que o sujeito tenha um diploma de um curso sequencial ou de graduação, não importando o grau (se de bacharelado, licenciatura ou tecnólogo). O importante é que a pessoa tenha frequentado e concluído o curso de nível superior. O diploma exigido pela lei é a comprovação de que a pessoa frequentou um curso de nível superior e obteve um grau acadêmico.

No caso de diplomas de graduação emitidos por universidades estrangeiras, a LDB prescreve que “serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível

e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação” (art. 48, § 2º).

O diploma, formalmente, comprova que o seu titular é detentor de determinado tipo de conhecimento científico e que está apto a exercer determinado conjunto de profissões. Embora não explícito, o legislador compreendeu que esse grupo social tem maiores capacidades de compreender o conteúdo de uma proposta de trabalho. Eles também teriam maior poder de negociação, uma vez que a maioria da população não cursou o ensino de nível superior – segundo análise da OCDE, 52% da população brasileira não possuem diploma de nível superior.³⁰

A lei não exige que o trabalhador exerça profissão no campo de especialização em que se diplomou. Logo, uma pessoa com diploma em contabilidade poderia, por exemplo, exercer algum cargo executivo, ou mesmo ocupar uma vaga que não exija curso superior. Esta hipótese não causa maiores controvérsias caso se pense nos cursos de graduação nacionais. Todavia, na situação de diploma emitido por instituição estrangeira, algumas dúvidas se fazem presentes.

Certamente, o diploma revalidado autoriza o enquadramento do seu portador como empregado hipersuficiente. Como fica, entretanto, a situação do trabalhador que não conseguiu revalidar o seu diploma, mas conseguiu uma colocação que lhe remunere acima do valor estabelecido pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT? O fato de ele possuir um diploma não revalidado autoriza a livre negociação nos termos estabelecidos pelo dispositivo analisado?

Entendemos que, nesse caso, não seria cabível aceitar o enquadramento do trabalhador como hipersuficiente. Embora a CLT não cuide do tema, a LDB exige a revalidação para permitir que o diploma tenha validade no ordenamento jurídico brasileiro. Para a legislação brasileira, é como se esse trabalhador não possuísse instrução de nível superior. Mesmo que esse hipotético trabalhador atuasse em área relacionada à sua graduação e tivesse capacidades reais de negociação, a legislação é bem clara em exigir a diplomação e em definir os critérios de reconhecimento de diplomas estrangeiros.

Registre-se, porém, que é provável a construção de argumentações no sentido de permitir a livre negociação de estrangeiro sem diploma revalidado, como, por exemplo,

³⁰ Cf.: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/582635-mais-da-metade-dos-brasileiros-nao-tem-diploma-do-ensino-medio-aponta-ocde>. Acesso em: 18 jul. 2019.

argumentar que, de fato, o estrangeiro possui a qualificação, faltando-lhe apenas a formalização segundo a legislação pátria.

b) O critério salarial

Em conjunto com o critério anterior, o trabalhador precisa ganhar salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS. Este valor foi estabelecido pelo art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003, e é anualmente atualizado pelo Ministério da Economia.³¹ Na época da EC 41/2003, o valor era R\$ 2.400,00. Em 2019, o valor do teto do RGPS já se encontra em R\$ 5.839,45, de acordo com a Portaria do ME n. 9, de 15 de janeiro de 2019.³² Com este valor, o mínimo que um empregado deve receber para ser considerado hipersuficiente é R\$ 11.678,90.

Como o teto de benefício da previdência social é anualmente atualizado, algumas complicações podem surgir por conta de variações do limite mínimo a ser percebido pelo hipersuficiente. Em 2018, segundo o art. 2º da Portaria do MF n. 15, de 16 de janeiro de 2018, o teto previdenciário era de R\$ 5.645,80, resultando no valor de R\$ 11.291,60³³ como piso salarial do hipersuficiente. Em 2017, segundo o art. 2º da Portaria do MF n. 8, de 13 de janeiro de 2017, o teto previdenciário era de R\$ 5.531,31, resultando no piso salarial do hipersuficiente de R\$ 11.062,62. Esta variação é alvo de críticas, conforme será visto em tópico futuro.

2.1.2. O tratamento legal do empregado hipersuficiente

O sujeito que atender aos dois requisitos expostos poderá negociar pontos de seu contrato de trabalho que, em geral, a lei atribui à negociação coletiva. Dessa maneira, o contrato individual do hipersuficiente terá preponderância sobre os acordos e convenções coletivas, ao menos assim prescreve o Parágrafo único do art. 444.

Como no tópico anterior, antes das críticas, serão expostos os sentidos possíveis que a textualidade do dispositivo nos oferece. Com tal conhecimento, far-se-á um apanhado das críticas.

³¹ Até 2018, a competência era do Ministério da Fazenda, extinto em 2019.

³² Cf.: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/01/2019&jornal=515&pagina=25>. Acesso em: 11 jan. 2019.

³³ Segundo o art. 2º da Portaria do ME n. 9 de 15 de janeiro de 2019, o teto de benefícios da previdência social para o ano de 2019 é de R\$ 5.839,45.

Art. 2º A partir de 1º de janeiro de 2019, o salário de benefício e o salário de contribuição não poderão ser inferiores a R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), nem superiores a R\$ 5.839,45 (cinco mil oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos).

2.1.2.a) A liberdade negocial: art. 611-A

O Parágrafo único do art. 444 autoriza a livre negociação, entre o empregador e o empregado hipersuficiente, dos pontos elencados pelo art. 611-A da CLT. Este dispositivo, também introduzido pela reforma, elenca, de maneira exemplificativa, quais matérias, convenções e acordos coletivos podem negociar com prevalência sobre a legislação. Nesses casos, as entidades sindicais poderão estabelecer condições menos benéficas aos trabalhadores, uma vez que o *caput* coloca, expressamente, que as convenções coletivas e acordos coletivos terão prevalência sobre a lei quando tratarem dos temas elencados nos incisos do artigo. Ora, menção tão expressa existe para deixar clara a possibilidade de redução de direito em uma negociação coletiva.

A lista do art. 611-A é exemplificativa, significa que outros temas podem ser tratados via negociação coletiva, mesmo que *in pejus*. O art. 611-B traz, taxativamente,³⁴ os temas que não poderão ser objeto de negociação coletiva caso resulte na supressão ou redução de direitos. Embora pudesse ter sido elaborada apenas a lista de proibições, o legislador preferiu dar maior segurança jurídica ao processo de negociação coletiva. Dessa forma, os sindicatos podem negociar tudo, inclusive reduzindo ou suprimindo direitos, exceto os temas protegidos pelo art. 611-B, que não poderão sofrer supressões ou mitigações.

O art. 611-A foi expresso também em delimitar o alcance da interpretação do magistrado. Segundo o seu § 1º, “no exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.” O § 3º do art. 8º prescreve que a Justiça do Trabalho analisará apenas a conformidade das convenções e acordos coletivos em relação aos elementos essenciais dos negócios jurídicos, conforme disposto no art. 104 do Código Civil. Também deverá guiar a sua análise pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

O § 3º do art. 8º reforça a prevalência do negociado sobre o legislado. E, o mais relevante, o faz dando concretude à norma constitucional que reconhece as normas coletivas como fontes do direito. O inciso XXVI do art. 7º da Constituição da República prescreve que é direito dos trabalhadores o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

³⁴ A taxatividade do art. 611-B não impede que os tribunais analisem a validade de cláusulas normativas não descritas pelo dispositivo (NAHAS e MIZIARA, 2017, p. 134). O que ela impõe é um ônus argumentativo ao julgador diante de negociação de temas não expressamente referidos no art. 611-B. O julgador somente poderá afastar cláusula negociada coletivamente não expressamente vedada pelo art. 611-B em casos de violação de norma constitucional.

O texto constitucional não estabelece o alcance que essas normas coletivas terão. O que a reforma de 2017 fez com esse conjunto de dispositivos foi concretizar a regra constitucional insculpida no inciso XXVI do art. 7º. Primeiro, por meio dos arts. 611-A e 611-B, estabelecendo o conteúdo que tais normas podem ter, e segundo, através do art. 8º, § 3º, estabelecendo qual a postura hermenêutica o aplicador deverá adotar.

No caso, o art. 8º, § 3º, prescreve que o julgador deverá restringir-se à análise dos elementos essenciais do negócio jurídico:

- a) agente capaz;
- b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- c) forma prescrita ou não defesa em lei.

Ocorre que a Justiça do Trabalho já submetia as normas coletivas aos requisitos mencionados. A inserção no § 3º do art. 8º de menção expressa ao princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva busca limitar o alcance do art. 9º da CLT, segundo o qual “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos” no texto celetista (SOUZA JR. *et al*, 2017, p. 22).

Com a intervenção mínima como um norte hermenêutico, aumenta o ônus argumentativo do julgador que pretenda anular uma cláusula de convenção ou acordo coletivo com base no art. 9º da CLT, o qual dispõe que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. De certa forma, este princípio é outra maneira de expor que o negociado prevalecerá sobre o legislado, ainda que o acordado reduza direitos, desde que nos limites dos arts. 611-A e 611-B.

A ideia de negociado prevalecendo sobre o legislado é uma face da noção de flexibilização. Seguindo a lição de Nelson Mannrich (1998, p. 73-74), o termo “flexibilização” tem espectro amplo, significando tanto a renúncia de antigos costumes quanto a adaptação a novos; juridicamente, a flexibilização confronta princípios mais rígidos do Direito do Trabalho, como o princípio protetivo.

Discutir a flexibilização e a desregulamentação é analisar até que ponto o Direito do Trabalho se mantém autônomo em relação aos demais ramos do direito, especialmente o Direito Civil. Essa autonomia pode ser medida por meio da fidelidade aos princípios constitucionais do Direito do Trabalho, que formatam este ramo do direito. No caso do princípio da intervenção

mínima na autonomia da vontade coletiva, cabe perguntar o quanto ele aproxima o Direito do Trabalho do Direito Civil e se esta aproximação não viola os princípios e os objetivos estabelecidos pela Constituição da República.

O Direito do Trabalho é um direito social que visa a proteger o trabalhador. Mesmo que o princípio da proteção sofra limitações, todo o conjunto de regras e princípios juslaborais, especialmente as normas presentes na Constituição, estabelecem um arcabouço que tutela o trabalhador. A Constituição da República busca garantir um conjunto amplo de direitos, deixando pouco espaço para as negociações, sejam coletivas, sejam individuais. Ela também manteve traços fortemente intervencionistas, um modelo historicamente antidemocrático (ROMITA, 1999, p. 68-69). Evidencia-se o caráter contraditório da Constituição brasileira: é profundamente democrática, mas adotou um intervencionismo de raiz autoritária. Daí porque o Constituinte de 1988 adotou, em parte, a autonomia da vontade – tanto individual como coletiva– e, em parte, normas de ordem pública que se impõem à vontade dos particulares.

O reconhecimento da autonomia coletiva está presente no inciso XXVI do art. 7º e no art. 8º, com especial destaque para o seu inciso III, ambos da Constituição da República. A autonomia coletiva não deriva do mesmo fundamento que a autonomia privada (SUPIOT, 2016, p. 185-195). Esta é calcada na liberdade individual e na igualdade formal de todos perante a lei; aquela é fundada nos históricos movimentos coletivos de trabalhadores, na compreensão de que existe uma desigualdade material entre as partes do contrato e de que este desnível é compensado pela formação de coletivos de trabalhadores (os sindicatos).

Mesmo reconhecida pela Constituição da República, a autonomia coletiva era limitada, seja porque vários direitos já foram garantidos no plano constitucional, seja porque a legislação recepcionada não abria muitos espaços para a negociação coletiva. O que a reforma fez ao incluir os parágrafos no art. 8º e os arts. 611-A e 611-B foi ampliar a autonomia coletiva, algo compatível com o pressuposto protetivo do direito do trabalho, conforme se extrai dos ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento:

As negociações coletivas fundamentam-se no princípio da autonomia coletiva. No *Direito do Trabalho*, é maior a importância do seu exercício, mesmo porque cumpre um papel que não é conseguido pela autonomia individual do trabalhador. No nível direto com o empregado, a sua liberdade oprimiu-o. O mesmo não ocorre quando um grupo exerce, em conjunto, sua autonomia perante o empregador. Daí a relevância da preservação da autonomia coletiva dos grupos, expressão do pluralismo jurídico do qual resulta um poder normativo desta (...). (NASCIMENTO, 1998, p. 127-128).

O trecho evidencia a finalidade protetiva da autonomia coletiva. Ao colocar o poder de negociação nas mãos de um grupo de trabalhadores, estes passam a ter maior poder de barganha e podem, ao menos, minimizar prejuízos em uma negociação. O legislador reformador percebeu que o intervencionismo não é a única via de proteção do trabalho e que a própria Constituição da República dá garantias para essa negociação. Em outros termos, o grau de flexibilização que tal normatividade trouxe não implica dissolução do Direito do Trabalho no Direito Civil.

O art. 611-A faz um elenco exemplificativo dos temas que podem ser tratados pelas convenções e acordos coletivos. Por força do Parágrafo único do art. 444, em princípio, todos os incisos são aplicáveis ao contrato individual do hypersuficiente. Há, porém, alguns incisos que são, no mínimo, de difícil aplicação. Nesses casos, há o ônus argumentativo de explicar o porquê não são aplicáveis. Há dificuldades de aplicação aos contratos individuais dos hypersuficientes dos seguintes incisos: V; VI; VII; XII e XIII.

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança

O estabelecimento de um plano de cargos, salários e funções, bem como de critérios para identificação de funções de confiança é relevante para identificar as situações que se enquadram no inciso II do art. 62 da CLT, o que representa uma exceção às regras de jornada de trabalho previstas nos arts. 58 e seguintes.

O inciso é inaplicável aos contratos individuais, pois planos desse tipo visam a abranger vários empregados da empresa, em diversos momentos. Em outras palavras, são normas gerais da empresa. Seria estranho que cada empregado hypersuficiente estabelecesse o seu plano individual e isolado de cargos, salários e funções. Seria como se cada empregado tivesse a sua regra geral própria. Ademais, se a empresa estabelecesse o mesmo plano para cada contrato individual de hypersuficiente, o caso poderia ser enquadrado como violação à autonomia coletiva.

VI - regulamento empresarial

A situação é semelhante: trata-se do estabelecimento de uma regra geral da empresa. É um contrassenso falar em estabelecer regras gerais por meio de um contrato individual. Uma negociação coletiva é mais coerente com a natureza jurídica do regulamento empresarial.

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho

Novamente, a inaplicabilidade deriva de um contrassenso: o representante dos trabalhadores é, por natureza, alguém que fala em nome da coletividade dos trabalhadores no local de trabalho. Não teria razão para que um contrato individual estabelecesse um representante de uma coletividade, nem do próprio contratado, uma vez que ele já está em negociação direta com o empregador. Assim, este inciso só tem eficácia em uma negociação coletiva.

XII - enquadramento do grau de insalubridade; e

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho

Ambos os incisos são inaplicáveis aos contratos individuais por razões constitucionais. Normas sobre saúde e segurança do trabalho são de ordem pública e indisponíveis, sendo da competência do Poder Executivo emitir norma regulamentadora para definir “insalubre” (NAHAS; MIZIARA, 2017, p. 133). Pela sua natureza, essa matéria não é objeto de livre estipulação, faz parte do direito ao meio ambiente – direito fundamental de terceira geração –, o qual compreende não só a flora e a fauna, mas espaços criados pelo homem, como o local de trabalho, que deve fornecer condições para o trabalhador exercer sua profissão com o mínimo de riscos para sua saúde (FRANCO FILHO, 2019, p. 444-446).

Os incisos em tela são incompatíveis com a regra do inciso XXII do art. 7º da Constituição da República, segundo o qual, é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Também são incompatíveis com a Convenção n. 155 da OIT, que exige que os países signatários formulem, ponham em prática e reexaminem periodicamente uma política nacional

de segurança e saúde dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho (art. 4.1 da Convenção n. 155). Não caberia nem mesmo às negociações coletivas rever o enquadramento se para piorar a situação do trabalhador, uma vez ser a redução de riscos seu direito constitucional. Qualquer aumento desses riscos é incompatível com a Constituição da República. E o limite máximo de risco é dado pela legislação.

Como o Direito do Trabalho é eminentemente protetivo, não há problema de normas individuais ou coletivas estabelecerem grau de insalubridade mais rigoroso do que a legislação. O inciso XIII do art. 611-A viola o inciso XXII do art. 7º da Constituição da República também porque prorrogar a jornada de trabalho em ambientes insalubres aumenta os riscos inerentes ao trabalho. Diante disso, há de se reconhecer a permanência da Súmula 85, item VI, do TST, que afasta a validade de acordos de compensação de jornada em ambientes insalubres, mesmo que em normas coletivas; a súmula exige inspeção prévia e permissão do Poder Público.

O entendimento aqui esboçado suscita dúvidas sobre a permanência de outra Súmula do TST, a 437. Segundo o item II, “é inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.”

Para Thereza Nahas e Raphael Miziara (2017, p. 133), referido entendimento se choca com o inciso III do art. 611-A, que autoriza a negociação coletiva sobre o “intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas”. Certamente, o entendimento da súmula foi superado. A Constituição da República não é expressa em classificar o tema do intervalo como relacionado à saúde, higiene e segurança. Ademais, o limite mínimo de trinta minutos de intervalo para jornadas superiores a seis horas, estabelecido pelo inciso III do art. 611-A, pode ser visto como um mínimo necessário para a saúde do trabalhador. E o art. 611-A, de forma geral, é um estímulo à negociação coletiva, cumprindo-se a Convenção n. 98 da OIT.

Os demais incisos do art. 611-A, aparentemente, não são incompatíveis com os contratos individuais do hipersuficiente. Resta saber até que ponto a negociação individual pode ir nesses temas.

2.1.2.b) A preponderância do contrato individual de trabalho do hypersuficiente sobre os instrumentos coletivos

O Parágrafo único do art. 444, aqui analisado, dá ao contrato individual de trabalho do hypersuficiente prevalência em relação aos instrumentos de negociação coletiva. O dispositivo é expresso em estabelecer a hierarquia entre essas duas fontes: “com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos”. Para compreender essa preponderância, necessário primeiro analisar a relação entre contratos individuais e instrumentos coletivos e, ato contínuo, entre contratos individuais e a legislação.

O disposto no Parágrafo único do art. 444 colide com o art. 619 da CLT. Este proíbe que disposições de contratos individuais contrariem acordos ou convenções coletivas, gerando a nulidade dessas cláusulas. Há visível conflito entre normas de mesma hierarquia. Como harmonizar esses dois dispositivos?

Como o art. 619 não foi alterado pela reforma de 2017, cabe suscitar a prevalência da norma mais recente, o que beneficia a norma do art. 444. Ademais, possível alegar o princípio da especialidade, haja vista a norma do art. 444 dirigir-se a grupo específico de trabalhadores. Dessa forma, o art. 619 ficaria como cláusula geral. Assim, viável defender a prevalência da norma que trata do hypersuficiente em razão de ser mais recente e incidir sobre grupo específico de trabalhadores (critérios da anterioridade e da especialidade).

Outro caminho para resolução do conflito seria aplicar o princípio da norma mais favorável. Conforme estabelecido acima, é um princípio de solução de conflito de normas válidas. Todavia, ele seria de pouca utilidade, afinal, estamos falando de duas normas gerais, sem conteúdo específico. Ambas regulam a solução de conflitos normativos: a do art. 444 em favor dos contratos individuais, e a do art. 619 em favor das normas coletivas. Não se discute se um contrato concreto está em conflito com uma norma coletiva específica. É uma situação difícil para incidência do princípio protetivo, pois essas duas normas são bastante abstratas, e pouco remetem a elementos fáticos que permitam aquilatar qual delas é mais benéfica. Mais detalhes sobre este princípio serão apresentados mais adiante.

Assim, no plano infraconstitucional, não há razão para a norma reguladora do hypersuficiente não prevalecer diante dos instrumentos coletivos. A dúvida está em relação à legislação: o contrato individual do hypersuficiente pode prever uma condição mais desfavorável do que a condição indicada pela legislação?

O Parágrafo único do art. 444 prescreve não apenas a preponderância sobre os instrumentos coletivos, como também a mesma eficácia legal destes. A reforma coloca o contrato individual do hipersuficiente no mesmo plano hierárquico normativo que os instrumentos coletivos, bem como lhes dá a mesma eficácia. Nesse sentido, contratos individuais podem:

- i) tratar dos mesmos assuntos que os instrumentos coletivos, nos termos dos art. 611-A e 611-B da CLT;
- ii) prevalecer em caso de conflito com os instrumentos coletivos;
- iii) estipular condições menos favoráveis que as condições legais, observado o disposto no art. 611-A.

Ao fazer isso, o legislador colocou as duas espécies contratuais no mesmo patamar hierárquico e optou pelo critério da especialidade para resolução de possíveis conflitos, afastando a incidência de parte do princípio protetivo, conforme veremos a seguir. Note-se que a situação aqui é ligeiramente diferente do conflito entre os arts. 444 e 619. Naquele caso, há um conflito entre duas regras que estabelecem a solução de conflitos normativos. Neste segundo momento, a discussão está em saber quais as condições o contrato individual deve seguir para ser enquadrado como hipersuficiente e prevalecer sobre a legislação.

Em síntese, com a reforma, a CLT passou a prever uma regra expressa que dá prevalência ao contrato do hipersuficiente, gerando exceção à regra do art. 619, que irá prevalecer nos demais casos.

2.1.2.c) As limitações do princípio da proteção diante do empregado hipersuficiente

A preponderância do negociado individualmente, nos termos do Parágrafo único do art. 444 da CLT, implica mitigação do princípio de proteção. Neste tópico, cabe expor como incide, de forma limitada, o princípio protetivo nos contratos de hipersuficientes. A boa compreensão deste fenômeno exige que se tenha em mente a versão clássica do princípio protetivo, conforme demonstrado no Capítulo 1.

Ao estabelecer parâmetros hermenêuticos e de solução de conflitos normativos, o princípio protetivo pretende amenizar as desvantagens dos trabalhadores. É um princípio

simbólico do Direito do Trabalho, ramo jurídico vocacionado a proteger o trabalhador de condições que vilipendiam sua dignidade.

No caso dos empregados hipersuficientes, há presunção legal de que esse desnível entre as partes seja menor. Mesmo que ainda exista tal desnível, esse trabalhador teria, na perspectiva da legislação, menos fragilidades e maiores condições de negociar com seu empregador. Partindo desse fato, o Parágrafo único do art. 444 precisou limitar a aplicabilidade do princípio protetivo, viabilizando que a negociação individual prevalecesse diante de normas mais benéficas.

Uma observação sobre a nomenclatura aqui usada: trata-se de mitigação, ou limitação ou simplesmente incidência, e não de anulação. Isso porque a norma regulamentadora do hipersuficiente não afasta o princípio por inteiro, alguns de seus traços justificam a incidência do princípio da proteção. Mesmo na hipersuficiência, a relação de emprego deriva de contrato de trabalho com todos os elementos típicos, em especial a subordinação, conforme será demonstrado de maneira mais clara no próximo capítulo. O que a torna peculiar é que esse trabalhador tem maior autonomia para negociar; em certas situações, a legislação pode ser um empecilho ao trabalhador, como no caso de jogadores de futebol ou apresentadores de televisão. E se há subordinação, o Direito do Trabalho brasileiro reconhece algum tipo de proteção – para se falar em ausência de proteção, seria necessária uma reconfiguração profunda das normas (especialmente constitucionais) que regem o tema; sem nenhum tipo de proteção, poder-se-ia argumentar que a natureza jurídica do contrato deixou de ser trabalhista e passou a ser de Direito Civil.³⁵

Pela dicção do Parágrafo único do art. 444, o único subprincípio aplicável de forma plena seria o do *in dubio pro operario*. O subprincípio da condição mais benéfica aplicar-se-ia apenas por um determinado interregno temporal. E o subprincípio da norma mais favorável seria totalmente afastado. Isso porque o Parágrafo único introduzido no art. 444 da CLT já estabelece regra expressa de preponderância do contrato individual, resolvendo, de plano, qual lado deverá seguir o intérprete em caso de conflito normativo.

O *caput* do art. 444 enuncia a liberdade de negociação, desde que “não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.” Sua dicção coloca como preponderante a norma de ordem pública e os acordos e convenções coletivas, mas não o faz de maneira peremptória, o

³⁵ Tal aspecto será abordado com mais vagar no capítulo 3.

que justifica a incidência do princípio da proteção em suas três dimensões para resolver controvérsias.

A redação do Parágrafo único do art. 444 é categórica em dar ao contrato individual do hipersuficiente a mesma “eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos” – apenas as normas de ordem pública não podem ser afastadas. O que se tem é o legislador sendo expresso e usando sua competência para estabelecer uma regra de solução de conflitos normativos: em caso de conflitos, prevalece o contrato individual do hipersuficiente. Ao estabelecer uma regra clara, o Parlamento faz uma opção que, se provada a sua constitucionalidade, afasta a aplicação do princípio da norma mais favorável.

Em relação ao princípio da condição mais benéfica, vislumbramos apenas uma situação na qual pode ser aplicado: se o trabalhador, na vigência de um contrato de trabalho, motivado pela reforma, estipula novo contrato com seu empregador. Exemplo: um executivo que trabalhe em uma empresa e atenda às condições de hipersuficiência, em razão da entrada em vigor da reforma, estabeleça com seu empregador um novo contrato que implique drástica redução dos bônus recebidos, situação que poderia ser enquadrada como remuneração por produtividade (art. 611-A, inciso IX, CLT). Neste caso, temos a mesma relação de emprego e, por meio de uma renegociação, foi estabelecido um contrato menos vantajoso. Essa novação gera um conflito intertemporal de normas idênticas, dois contratos individuais de trabalho. Como o Parágrafo único não prevê tal situação (a norma prevalece sobre as tratativas coletivas), podemos suscitar a incidência do princípio nesse caso, pois a regra não é clara. Desta feita, teríamos que recorrer às normas de solução de conflitos normativos, e na seara trabalhista, prevalece o princípio da condição mais benéfica.

Neste ponto, vale trazer o art. 468 da CLT. Este dispositivo exige que alterações das condições de contrato individual de trabalho se deem por mútuo consentimento e não resultem, direta ou indiretamente, em prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade. Em nosso entender, podemos harmonizar este dispositivo com o prescrito no Parágrafo único do art. 444 da CLT pela regra da especialidade: o art. 468 trata dos contratos em geral, enquanto o outro dispositivo limita-se ao caso dos empregados hipersuficientes.

Note-se que o princípio da condição mais benéfica só terá aplicabilidade aos contratos já existentes após a promulgação da reforma. Futuros contratos elaborados sob o império do Parágrafo único do art. 444 não seriam alcançados por tal subprincípios, pois ambas as partes já estariam cientes de que alterações contratuais poderiam ser feitas, nos termos do art. 611-A, mesmo que prejudiquem o trabalhador. De certa forma, o princípio da condição

mais benéfica tem um prazo limitado para incidir. Se a norma tiver um período de vigência que supere a dos contratos individuais pré-existentes, o princípio em análise não poderá mais incidir.

O princípio da norma mais favorável é, de plano, afastado. Ele trata de conflito atual de normas. O Parágrafo único do art. 444 estabeleceu uma nova hierarquia, na qual o contrato individual do hipersuficiente é prevacente. Exemplo: um executivo recém ingressa na empresa e seu contrato estabelece uma jornada de trabalho maior do que a estabelecida em convenção coletiva. Sem aplicabilidade do princípio da norma mais favorável, iria prevalecer o contrato individual, porque este passou a ter uma posição hierárquica superior.

Por fim, o princípio *in dubio pro operario* permanece intacto. O Parágrafo único do art. 444 regula conflitos normativos, determinando de antemão qual norma irá prevalecer, já o princípio regula a interpretação de normas. O dispositivo não trata de como interpretar cláusulas contratuais dúbias. E uma vez que o Direito do Trabalho permanece um direito protetivo, e o trabalhador hipersuficiente ainda é um sujeito subordinado, mesmo que em menor grau que o trabalhador hipossuficiente, conclui-se que o princípio do *in dubio pro operario* permanece aplicável.

Esta exegese evidencia-se com a dicção do Parágrafo único do art. 444 consolidado. Ao atribuir ao contrato individual a mesma eficácia e preponderância sobre os instrumentos coletivos, o legislador estipulou uma regra de solução de conflitos normativos. Claramente, opta pelo contrato individual no caso de conflitos entre normas válidas.

O problema não é o tamanho da proteção concedida. O princípio protetivo pode ser limitado se a pessoa a que esse princípio mitigado se dirige não demanda um alto nível de proteção – e já foram indicados acima casos em que o trabalhador recebe tratamento menos protetivo, sem que isso signifique violação do princípio. Assim, a incidência do princípio protetivo poderá variar segundo o tipo de contrato.

Desta feita, a legislação pode estabelecer regras contratuais com níveis de proteção distintos. O nível de proteção irá variar segundo a maior autonomia negocial do empregado. Se a lei já estabelece regras de solução de conflitos e de interpretação, ou permite que os próprios contratantes as estabeleçam, automaticamente o princípio não precisará incidir. Claro, pressupõe-se, para isso, que a regra seja compatível com a Constituição da República. Conforme será visto em capítulo futuro, não há elementos que demonstrem a inconstitucionalidade da mitigação promovida pela lei.

Para complementar esta análise, é necessário observar mais dois pontos: a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e o art. 468 da CLT.

A Súmula 202 do TST relativizou o conteúdo do art. 619 da CLT:

Existindo, ao mesmo tempo, gratificação por tempo de serviço outorgada pelo empregador e outra da mesma natureza prevista em acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa, o empregado tem direito a receber, exclusivamente, a que lhe seja mais benéfica.

Conforme visto acima, o art. 619 determina a prevalência das normas coletivas diante das normas individuais. Tanto o Parágrafo único do art. 444 quanto o art. 619, ambos da CLT, são regras de solução de conflitos normativos prescritas pelo legislador. Ao determinar que uma norma individual mais favorável prevaleça sobre norma coletiva, a Súmula 202 afasta a incidência do art. 619.

O mesmo precedente pode ser utilizado para afastar a incidência do Parágrafo único do art. 444. A aplicação do princípio da norma mais favorável anularia a figura do hipersuficiente; se sempre se recorrer ao critério da norma mais benéfica, não haveria distinção entre hipersuficiente e hipossuficiente. Cabe a pergunta: o TST estaria certo?

Se o paradigma da Súmula 202 for aplicado ao caso do hipersuficiente, a aplicação do princípio da norma mais favorável anulará essa figura. Entretanto, somente seria cabível afastar o Parágrafo único do art. 444 da CLT se ele contrariasse a Constituição da República. Se não há nada no plano constitucional que justifique afastar o dispositivo do consolidado, aplicar o princípio da norma mais favorável afetaria a separação dos Poderes. Os princípios existem e devem servir para iluminar a interpretação das regras. Contudo, isso não pode funcionar como carta branca para que o Judiciário relativize regras totalmente constitucionais³⁶ ou mesmo faça ativismo judicial. Há um arranjo institucional que deve ser observado.

Claro, há uma linha tênue entre liberdade de interpretação do Judiciário e invasão de competências. Aqui, cabe a lição de Ronald Dworkin:

(...) se os fatos estipulados por uma regra estão dados, então, ou a regra é válida, situação na qual a resposta que ela fornece precisa ser aceita, ou não é válida, circunstância na qual ela não contribui em nada para a decisão (...) (DWORKIN, 2002, p. 39).

Se a regra é clara e compatível com as normas superiores, princípio nenhum deve afastá-la, salvo a situação de um caso difícil. Em capítulo futuro, será demonstrada que a

³⁶ A questão da constitucionalidade será abordada no capítulo 4.

mitigação do princípio protetivo é constitucional. Por ora, cabe reconhecer que a aplicação dos princípios não pode deturpar uma decisão do Legislativo que esteja de acordo com a Constituição da República. Por mais que escolhas legislativas possam desagradar o julgador, se elas são consistentes com o sistema, não cabe afastá-las. Daí se defender que a regra estabelecida pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT, por não violar a Constituição, pode afastar parcialmente o princípio protetivo.

Em relação ao art. 468 da CLT, ele prescreve que alterações do contrato individual dependem do mútuo consentimento e não podem prejudicar o trabalhador. Ora, ele deve ser interpretado em harmonia com o Parágrafo único do art. 444, pois esta é norma mais recente e específica. A normativa do hipersuficiente afasta a proibição da *reformatio in pejus* que o art. 468 traz. Já a necessidade do mútuo consentimento é plenamente aplicável aos contratos dos hipersuficientes. Afinal, além de elemento inerente de qualquer contrato, a autonomia real do empregado para negociação livre e sem manipulação da vontade é da essência da hipersuficiência. Qualquer contrato cuja vontade do empregado tenha sido manipulada jamais poderá se enquadrar na hipótese do Parágrafo único do art. 444.

2.2 Críticas ao Parágrafo único do art. 444 da CLT

Compreendido o conteúdo do Parágrafo único do art. 444 da CLT, voltemos a atenção às críticas feitas ao dispositivo. Para esta tese, elas foram divididas da seguinte forma: a) críticas ligadas aos critérios adotados pela lei; b) críticas relacionadas com o grupo de pessoas alcançadas pela lei; c) críticas relacionadas à liberdade contratual do hipersuficiente; d) outras críticas.³⁷ Serão colacionadas críticas doutrinárias representativas dos ataques dirigidos ao dispositivo.

³⁷ Esta classificação tem finalidade apenas para organizar o tópico. É possível notar que muitas vezes uma única crítica alcança vários aspectos.

a) Críticas ligadas aos critérios adotados pela lei

Os critérios adotados pelo legislador, por si sós, são problemáticos. Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto escrevem sobre o critério financeiro:

(...) ao vincular o parâmetro legal de definição do regime especial de trabalho ao teto da previdência, a norma permitirá a oscilação entre o regime especial e o regime geral sempre que houver ajustes no teto previdenciário e no salário contratual. (SOUZA JÚNIOR *et al*, 2017, p. 192).

Esse é dos pontos mais problemáticos da nova lei. Conforme destacado acima, a cada ano, o Poder Executivo, por meio de seus ministérios, edita uma resolução que atualiza o valor do teto previdenciário. Em casos de contratos que estabeleçam o valor no limite do dobro do teto, os reajustes anuais promovidos pelo governo ou obrigarão também reajustes anuais no valor do salário contratual, ou a saída do empregado do regime de hipersuficiência.

Provavelmente, casos assim serão raros. Em relação ao patamar salarial, a despeito da objetividade, o que minimiza controvérsias, vincular o regime contratual ao salário pode trazer outras dificuldades: caso o governo de turno adote uma política de não reajuste dos valores pagos pela Previdência Social, somada ao processo inflacionário, haverá uma desvalorização do poder de compra, o que poderá implicar um alargamento do número de pessoas que se enquadram nesse tipo de contrato. Em outros termos, sem reajustes anuais, o teto previdenciário sofrerá um “achatamento”; assim, o que hoje é um valor obtido por um grupo reduzido de pessoas, pode atingir mais trabalhadores.³⁸

Ainda podemos identificar outro problema: a negociação ocorre antes da celebração do contrato de trabalho, e o salário é definitivamente estabelecido com a sua assinatura. Se, hipoteticamente, ao longo da negociação, o salário inicial proposto for de R\$ 12.000,00, todas as tratativas vão correr nos termos do Parágrafo único do art. 444 da CLT. Se, logo depois, o governo atualizar a tabela de benefícios de forma generosa, o sujeito passará a ser hipossuficiente.

Isso pode gerar transtornos: a pessoa que, de um ano para o outro, deixe de ser hipersuficiente, perderia a possibilidade de negociar termos do contrato até que sua faixa de renda fosse atualizada. Ou, a depender da interpretação dada pelos Tribunais, certas tratativas

³⁸ A hipótese não é tão absurda, quando lembramos que, em razão do rombo previdenciário, a ideia de congelar reajustes não desaparece do debate sobre a reforma previdenciária.

teriam que ser revertidas; nesse caso, o empregado deixaria de ser regido por seu contrato individual e passaria a se submeter à legislação e aos acordos e convenções coletivas, conforme o caso. Uma solução para isso é estabelecer a hipersuficiência no momento da assinatura do contrato e da renegociação. Nessa situação, mesmo que o salário do empregado passasse vários anos sem reajuste e ficasse abaixo do piso legal, ele não precisaria migrar de regime, no entanto a renegociação só seria efetivada caso o salário fosse reajustado para os limites legais.

Em relação à exigência de diploma de nível superior, os mesmos autores anteriormente citados enumeram uma série de situações insólitas. Primeiro, um empregado ganhando dez vezes mais que o teto da Previdência Social, sem nível superior, seria hipossuficiente; segundo, a lei considera irrelevante se a atividade exige o diploma ou não, assim, na mesma função, com ganhos elevados, aqueles que tiverem diploma de nível superior seriam hipossuficientes, enquanto os demais seriam hipossuficientes. Haveria dois regimes jurídicos díspares para o mesmo grupo de empregados. Ademais, a legislação acaba por “incutir a ideia de que o curso superior reduz o nível de proteção trabalhista do empregado” (SOUZA JÚNIOR *et al*, 2017, p. 192-193).

Eis um ponto importante: ter uma graduação não significa que a pessoa seja qualificada para interpretar um contrato de trabalho, muitas vezes repleto de termos jurídicos. Quantas vezes, profissionais liberais altamente gabaritados não procuram um advogado para consultar sobre o conteúdo de um contrato de locação, por exemplo?

A crítica mais aguda ao dispositivo, certamente, é a possível violação do art. 7º, inciso XXXII, da Constituição da República, que proíbe a “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.” Este aspecto será analisado no Capítulo 4 desta tese.

b) Críticas relacionadas ao grupo de pessoas alcançado pela lei

Uma das críticas mais relevantes para esta tese relaciona-se ao grupo de pessoas alcançado pela lei. A finalidade da lei é alcançar um grupo limitado de trabalhadores. Em tese, o valor salarial, somado ao critério da posse de diploma, alcançaria trabalhadores localizados nas camadas elevadas do estrato social. Os critérios legais eleitos pelo legislador podem alcançar um grupo heterogêneo de sujeitos. Isso fica mais claro quando são considerados os diferentes padrões de renda das diversas regiões brasileiras. Especialmente em regiões de maior

poder aquisitivo, o grupo de hipersuficientes será mais variado do que em regiões de menor poder aquisitivo (SOUZA JÚNIOR *et al*, 2017, p. 192). Para ilustrar: em 2017, na cidade de São Paulo/SP, o salário médio mensal era de 4.2 salários mínimos; no mesmo ano, na cidade de Boa Vista/RR, o salário médio mensal era de 3.5 salários mínimos; e em Brasília/DF, era de 5.4 salários mínimos.³⁹ Assim, a depender da região do país, esse critério forma um grupo bastante variado de sujeitos.

A questão é saber se o grupo de pessoas alcançado pela novel legislação é realmente capaz de negociar com seu empregador. Ou, em termos mais precisos: saber se os critérios eleitos são capazes de identificar um grupo de trabalhadores que tenha em comum a capacidade de negociar em condições menos desiguais com seu empregador.

Segundo a exposição de motivos do projeto de lei, o Parágrafo único do art. 444 da CLT atinge 2% dos trabalhadores. Este valor não explicita se o grupo é suficientemente homogêneo para garantir a capacidade de negociação. Se a única coisa em comum for o valor do salário e o diploma de nível superior, mas a capacidade de negociação não for similar, haverá violação do princípio da igualdade em seu sentido material.

O raciocínio estabelecido aqui se funda sobre a finalidade dos requisitos eleitos pelo Parágrafo único do art. 444: eles são critérios que servem para identificar o trabalhador com capacidade de negociação, não importando se *in melius* ou *in pejus*. Para tal trabalhador, seria potencialmente mais vantajoso negociar do que se submeter ao contrato clássico do hipossuficiente. Mesmo com o risco de certas cláusulas contratuais serem eventualmente menos vantajosas, seus ganhos gerais seriam maiores.

Os critérios adotados pela reforma são muito genéricos. Há risco de se alcançar grupo muito variado de pessoas que não teria tal capacidade de negociação. Isso viola o princípio da igualdade em sua dimensão material. Em outros termos, o *discrimen* escolhido não tem fundamento concreto que justifique a reunião dessas pessoas sob a mesma norma jurídica. Este aspecto será mais bem explorado no Capítulo 4 desta tese.

Há autores que defendem também a violação da igualdade na sua dimensão formal, como Jorge Pinheiro Castelo (2018, p. 133). O autor parte da proibição de distinção legal de qualquer natureza estabelecida pelo *caput* do art. 5º da Constituição da República para defender que a lei fez uma discriminação *in pejus*. Segundo o autor, apenas seriam admissíveis discriminações positivas, gerando tratamento *in melius*. Seguindo esta linha de raciocínio,

³⁹ Cf.: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em: 7 jan. 2020.

nenhuma diferenciação que, potencialmente, pudesse prejudicar os trabalhadores seria tolerada. As únicas diferenciações autorizadas seriam aquelas que potencialmente gerassem benefícios ao trabalhador. Por envolver aspectos constitucionais, tal crítica será analisada com mais vagar no Capítulo 4. Todavia, necessário já estabelecer nossa discordância a ela.

Essencialmente, não identificamos, na Constituição da República – especialmente no princípio da igualdade – vedação às discriminações entre os trabalhadores, mesmo que não benéficas. Conforme será demonstrado no Capítulo 4 desta tese, é possível estipular tratamentos distintos desde que: a) os critérios de diferenciação sejam capazes de alcançar grupo homogêneo de trabalhadores; b) não sejam violados os direitos constitucionais dos trabalhadores, tendo em vista que eles formam um arcabouço legal mínimo de direito.

Os critérios do Parágrafo único do art. 444 são inconstitucionais, entre outras razões, porque abrangem pessoas muito distintas. Sem formar um grupo homogêneo, há a possibilidade de se colocar alguém incapaz de negociar individualmente em situação de risco. Ter-se-ia, assim, a violação do princípio da igualdade. Por outro lado, não há que se falar em proibir distinções entre grupos de trabalhadores, desde que o critério adotado forme um grupo homogêneo. A Constituição brasileira não impede o estabelecimento de tratamentos distintos entre os trabalhadores; o Parágrafo único do art. 444 erra na escolha dos critérios discriminatórios, porque eles atingem trabalhadores muito distintos entre si.

A esse respeito, Rodrigo Fortunato Goulart (2018, p. 122) critica a nova legislação: “A situação aventada pelo art. 444, Parágrafo único, poderá causar distorções entre trabalhadores da mesma empresa”. O autor considera incabível a distinção entre trabalhadores da mesma empresa. Ora, não vemos problemas nisso; dentro de uma mesma sociedade empresária existirem formas distintas de contratação, com níveis diversos de proteção. A dificuldade está no estabelecimento de critérios que consigam agregar sujeitos que se encontrem de fato em situação similar.

Ora, se a legislação pode estabelecer diferentes tipos de tratamentos para grupos de trabalhadores, mas os dois critérios escolhidos são incompatíveis com nosso sistema jurídico, qual critério pode ser adotado? A experiência estrangeira pode ajudar a encontrar a resposta. A observação da legislação de outros países é salutar para a identificação de acertos e erros da legislação pátria. Para esta tese, foram selecionadas a legislação espanhola e italiana, por possuírem figuras com baixo nível regulatório – similar ao hipersuficiente – e bastante homogêneas.

b.1) Breve olhar para a legislação estrangeira

Os ordenamentos jurídicos espanhol e italiano possuem espécies de trabalhadores com pouca regulação estatal – o *personal de alta dirección*, na Espanha; os *dirigenti* e os *quadri*, na Itália.⁴⁰ Essas figuras foram escolhidas, primeiramente, por serem pouco reguladas, assim como o hipersuficiente. Em segundo lugar, por serem classes bem mais claramente delimitadas que o hipersuficiente – especialmente o espanhol, que tem uma definição legal razoavelmente clara. Em terceiro, apesar de a figura espanhola e das figuras italianas terem diferenças, o cotejo desses modelos permitirá uma reflexão sobre os problemas e as soluções relacionadas com o Parágrafo único do art. 444 da CLT.

A figura espanhola denominada de “pessoal de alta direção” é classificada pelo art. 2.1.a. da Ley del Estatuto de los Trabajadores como uma relação de trabalho de caráter especial. Os pormenores da sua regulamentação constam do Real Decreto (RD) n. 1382/1985.⁴¹ Esses sujeitos possuem ampla liberdade de negociação, sem se submeterem à legislação laboral comum espanhola, tendo que prestar observância apenas ao RD 1382/1985 e ao que foi acordado (art. 3.1 do RD). A legislação laboral somente será aplicada quando o RD n. 1382/1985, ou o contrato, fizer menção expressa (art. 3.2 do RD); naquilo que o decreto e o contrato forem omissos, aplica-se a legislação civil e comercial (art. 3.3 do RD).

Mas como a legislação espanhola delimita esse grupo de “hipersuficientes espanhóis”? O art. 1.2 do RD prescreve:

Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.⁴²

A comparação com o Parágrafo único do art. 444 da CLT é pertinente porque o decreto espanhol dá ao pessoal de alta direção amplos poderes de negociação. Segundo Alfredo Montoya Melgar (2010, p. 509), a jurisprudência espanhola reconhece como pessoal de alta

⁴⁰ Doravante, essas expressões passarão a ser traduzidas da seguinte forma: “personal de alta dirección” = pessoal de alta direção; “dirigenti”: dirigentes e “quadri”: quadros.

⁴¹ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-17006-consolidado.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁴² “Considera-se pessoal da alta direção aqueles trabalhadores que exercem poderes inerentes à titularidade jurídica da empresa e relacionados aos seus objetivos gerais, com autonomia e responsabilidade plena limitadas apenas pelos critérios e instruções diretas emitidos pela pessoa ou pelos órgãos superiores de governança e administração da Entidade que ocupam respectivamente essa propriedade”. (tradução nossa)

direção aqueles que ocupam funções superiores de direção, que consistem em exercer poderes próprios dos empresários; estes devem seguir os objetivos gerais da empresa. O autor também registra que a jurisprudência já ampliou esse conceito, incluindo, além dos altos executivos, os empregados que exercem função de direção geral dentro da sociedade empresária e aqueles que dirigem apenas um determinado setor (como um departamento ou sucursal), desde que com “poderes intensos e decisivos” para o funcionamento da empresa. A jurisprudência já colocou nesse grupo figuras como o gerente geral e o diretor de emissora de rádio. A legislação exclui os sócios e os membros de conselhos de administração, desde que suas atividades se limitem a essa função (art. 1.3 do RD).

Uma das razões dessa ampliação feita pela jurisprudência é a complexidade que as estruturas empresariais alcançaram nas últimas décadas, com a criação de diversas subdivisões com alto grau de autonomia (VALVERDE *et al*, 1996, p. 198-199). Isso não significa banalização do conceito pela jurisprudência. Por saber que se trata de uma figura fronteira entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, a jurisprudência é cautelosa nas suas interpretações ampliativas (VALVERDE *et al*, 1996, p. 198).

Para melhor compreensão do tema, vejamos o conceito de pessoal de alta direção fornecido por Jesús Cruz Villalón:

(...) sujeto que actúa como el *alter ego* del empleador, a veces casi confundiéndose con éste, por lo que es evidente que em este caso los rasgos típicos indiciarios de la subordinación se difuminan al máximo. Su régimen no es aplicable a cualquier directivo empresarial, pues la mayoría de éstos se encuentran sometidos a um contrato de trabajo ordinario. Refiere la norma a quien se encontra em la cúspide máxima de la dirección de la empresa; se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidade jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, com autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la institución titular de la empresa⁴³ (VILLALÓN, 2018, p. 49).

A ideia de “poderes inerentes à titularidade da empresa” é capital para o conceito. Devem ser exercidos com autonomia e plena responsabilidade, com observância dos objetivos

⁴³ “(...) um sujeito que age como *alter ego* do empregador, às vezes quase confundido com esse, portanto, é evidente que, nesse caso, as características indicativas típicas da subordinação são obscurecidas ao máximo. Seu regime não é aplicável a qualquer gerente, pois a maioria deles se encontra submetido a um contrato de trabalho típico. Refere-se à norma a quem está no cuspide máximo da direção da empresa; considera-se pessoal de alta direção aqueles trabalhadores que exercem poderes inerentes à propriedade legal da empresa e relacionados aos objetivos gerais dela, com autonomia e responsabilidade total limitadas apenas pelos critérios e instruções diretas emitidos pela pessoa titular ou os mais altos órgãos de governança e administração da empresa”. (tradução nossa)

gerais da sociedade empresária (ORTIZ *et al*, 2011, p. 11). Esses requisitos são capitais para a compreensão dessa figura da legislação espanhola.

O exercício dos poderes inerentes à titularidade da empresa, segundo a jurisprudência espanhola, consiste na “participación en la toma de decisiones que sean fundamentales para la dirección y gobierno de la empresa y que afecten al núcleo de la organización productiva”⁴⁴ (VALVERDE *et al*, 1996, p. 198). Como exemplo, a capacidade de celebrar acordos em nome da sociedade empresária, inclusive atos de disposição patrimonial. Tais atos devem observar os objetivos gerais da sociedade. A jurisprudência espanhola antes compreendia que o ato deveria ser praticado tendo em vista os grandes objetivos da empresa. Dessa forma, se os poderes fossem setorizados, cumprindo apenas parcela dos objetivos da empresa, não poderiam os seus exercentes ser considerados como pessoal de alta direção. Atualmente, se os objetivos gerais da empresa são exercidos por empregados de certos departamentos, é possível que eles sejam classificados como pessoal de alta direção. De certa forma, a jurisprudência procura ampliar a possibilidade de aplicação da norma: se antes o entendimento restringia o conceito aos diretores da empresa, atualmente o gerente de um determinado setor pode exercer um poder que tenha relação com os objetivos gerais da sociedade empresária.

Independentemente das ampliações relativas aos objetivos, o exercício dos poderes inerentes à titularidade da empresa deve ser praticado com autonomia e plena responsabilidade (art. 1.2 do RD). Significa que o pessoal de alta direção recebe restrições apenas dos titulares da sociedade empresária, que pode ser o órgão máximo de gestão (como um conselho de administração) ou sócio pessoa física. A abrangência da atuação do pessoal de alta direção pode ser menor, caso esse funcionário seja responsável por um setor estratégico da empresa ou área bem delimitada na qual seja autoridade suprema (VALVERDE *et al*, 1996, p. 199-200). Como consequência, o empregado tido como pessoal de alta direção será responsável pelos atos que praticar, dentro de sua esfera de autonomia. Ele poderá ser responsabilizado por atos de terceiros subordinados.

Todos esses traços evidenciam a ausência de dependência e a necessidade de confiança entre empregado e empregador. O pessoal de alta direção exerce poderes inerente ao empregador, como o poder de organização, de direção e o disciplinar. A autonomia desses empregados é constatada pelo fato de desenvolverem suas atividades seguindo critérios estabelecidos por eles mesmos, basicamente se submetendo apenas às diretivas gerais dadas

⁴⁴ “Participação na tomada de decisões que sejam fundamentais para a direção e governança da empresa e que afetam o núcleo da organização produtiva” (tradução nossa).

pelo empresário ou por órgão de cúpula da sociedade empresária (VALVERDE *et al.*, 1996, p. 200).

O trecho citado defende a ausência de subordinação, embora reconheça que esses trabalhadores estão sujeitos às determinações dos titulares da sociedade empresária (seja pessoa física ou conselho gestor). Ora, se estão sujeitos a algum tipo de ordem superior por meio de um contrato, estamos diante de uma relação de trabalho, cuja nota característica é a subordinação. Ocorre que, no caso, ela é tênue. Certamente, é um regime jurídico limítrofe, mas ainda com vinculações ao Direito do Trabalho – um regime semitrabalhista (“semi-laboral”, na expressão de Alfredo Montoya Melgar [2010, p. 509]).

Nessa configuração, a confiança entre os dois polos da relação trabalhista é essencial. A conduta das partes deve seguir os estritos preceitos da boa-fé (art. 2º do RD). Todos esses elementos evidenciam que o RD n. 1382/1985 aplica-se a universo restrito de sujeitos, os quais, entretanto, por serem tão peculiares, exigem regramento próprio.

O legislador espanhol adotou como critério a posição que o empregado tem na estrutura da empresa, seu poder e grau de autonomia. São critérios tão objetivos quanto aqueles adotados pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT. No caso brasileiro, os critérios podem até ser considerados mais objetivos do que o espanhol. Contudo, essa impressão se desfaz quando constatamos que, por serem critérios que podem colher trabalhadores de qualquer posição hierárquica, corre-se o risco de incluir involuntariamente grupos vulneráveis. Mesmo sem usar critérios numéricos, a legislação espanhola, por seu turno, delimita claramente um grupo de trabalhadores segundo a função exercida na estrutura empresarial. A função exercida pelo pessoal de alta direção delimita com clareza um grupo que, de fato, pode se relacionar com seu empregador em condições menos desiguais.

O exemplo espanhol preza pela objetividade e segurança de que não se irá atingir trabalhadores vulneráveis, mas é restrito quanto ao universo que atinge. A legislação italiana é mais genérica, alcançando maior variedade de trabalhadores. Segundo art. 2095 do Codice Civile Italiano, há quatro categorias de trabalhadores que podem exercer o chamado trabalho subordinado, conforme definido pelo art. 2094 do mesmo diploma legal: os dirigentes (*dirigenti*), os quadros (*quadri*), os empregados (*impiegati*) e os operários (*operai*).⁴⁵ Para esta tese, interessam as duas primeiras figuras.

⁴⁵ Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib5.htm. Acesso em: 7 jan. 2019.

O código civil italiano remete à legislação específica e às normas coletivas a missão de definir os requisitos de cada categoria. Para a jurisprudência italiana, na falta de norma legal definindo os conceitos de dirigentes e de quadros, caberá à normatização coletiva definir quais cargos dentro de uma empresa serão considerados de dirigentes e quais serão classificados como quadros (GALANTINO, 2001, p. 251; NICOLINI, 2004, p. 262-263). Diante de tamanha vagueza, a doutrina ofereceu algumas definições. Primeiramente, o dirigente:

(...) il dirigente come soggetto caratterizzato da un elevato grado di autonomia e potere decisionale con funzioni di promozione e coordinamento della realizzazione degli obiettivi dell'intera impresa o di un ramo di essa ⁴⁶ (GALANTINO, 2001, p. 251);

(...) elemento tipico caratterizzante il dirigente è la sua funzione di coordinamento dell'attività aziendale, considerata nel suo complesso, ovvero in alcuno dei suoi grandi rami ⁴⁷ (NICOLINI, 2004, p. 260);

Nella categoria dei dirigenti sono inquadrati quei lavoratori *subordinati* che nell'azienda una posizione che implica *un elevato grado di professionalità, autonomia e potere decisionale*, al fine di promuovere, coordinare e gestire la realizzazione degli obiettivi dell'impresa ⁴⁸ (RIVA, 2012, p. 128).

Fica claro que o dirigente é funcionário de alto escalão na estrutura empresarial, detentor de poder diretivo, capaz de tomar decisões que afetem o rumo da empresa. Diretores e gerentes são exemplos de trabalhadores que se enquadram nesse grupo; eles representam a empresa e têm poder de decisão. Possuem alto grau de autonomia em suas decisões. Luisa Galantino (2001, p. 252) observa que a figura do dirigente não é encontrada apenas em grandes corporações; mesmo estruturas empresariais modestas podem abrigar uma figura como o dirigente, com alto poder de decisão.

Traço importante para esta tese é o fato de a categoria do dirigente ser definida, basicamente, por meio de instrumentos de negociação coletiva. E os traços característicos do dirigente irão variar de um setor para outro da economia. Assim, poderão ser identificadas diferenças entre o dirigente do setor financeiro e aquele do setor industrial (NICOLINI, 2003, p. 260).

⁴⁶ "(...) o dirigente como sujeito caracterizado por um alto grau de autonomia e poder de decisão, com funções de promoção e coordenação da consecução dos objetivos de toda a empresa ou de um ramo da mesma" (tradução nossa).

⁴⁷ "(...) um elemento típico que caracteriza o dirigente é sua função de coordenação da atividade da empresa, considerada como um todo ou em alguns de seus principais ramos" (tradução nossa).

⁴⁸ "A categoria de dirigentes inclui os trabalhadores subordinados que na empresa possuem um alto nível de profissionalismo, autonomia e poder de decisão, a fim de promover, coordenar e gerenciar a consecução dos objetivos da empresa" (tradução nossa).

Diante de conceitos tão vagos, a jurisprudência exerceu importante papel na caracterização dessa figura. Há julgados que classificam como dirigente um trabalhador altamente qualificado, mesmo que desprovido de poder diretivo (GALANTINO, 2001, p. 252).

A categoria dos quadros é definida pelo art. 2, parágrafo 1., da Lei n. 190/1985:

La categoria dei quadri è costituita dai prestatori di lavoro subordinato che, pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgono funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa.⁴⁹

Os quadros exercem funções relevantes para o desenvolvimento e a implementação dos projetos da empresa. São categorias intermediárias entre o dirigente e os empregados. São trabalhadores que desenvolvem funções de direção e controle inferiores às exercidas pelos dirigentes, mas que também demandam alto nível de qualificação profissional (GALANTINO, 2001, p. 253). Em um extremo, há o dirigente ocupando a cúpula da empresa e com baixíssima subordinação, no outro, há o grupo de empregados e operários, que são os trabalhadores subordinados no sentido clássico apontado no capítulo anterior. Entre eles, estão os quadros.

Em comparação com a legislação espanhola, percebe-se que os denominados dirigentes se assemelham ao pessoal de alta direção. Já os quadros são aqueles diretores de segundo escalão e aqueles trabalhadores que exercem atividade intelectual, que sofrem maior grau de subordinação, mas ainda têm razoável autonomia e poder de decisão. Enquanto o dirigente decide questões capitais para a sociedade empresária, os quadros são responsáveis por setores específicos. A inexatidão legal é a forma de o legislador italiano delegar a delimitação dessas categorias à negociação coletiva nacional ou da empresa.

Apesar dos critérios definidores do empregado hipersuficiente estarem localizados na CLT, sem remissões aos instrumentos coletivos, o que daria segurança jurídica, a heterogeneidade do grupo dos hipersuficientes acaba por tornar a legislação brasileira mais sujeita a equívocos do que a italiana, que remete a definição de dirigente e de quadro aos instrumentos coletivos. O modelo italiano comprova que não é preciso concentrar tudo nas mãos do legislador; confiar na negociação coletiva ou mesmo nas individuais privadas é um caminho factível.

⁴⁹ "A categoria de quadros é composta por trabalhadores subordinados que, embora não pertençam à categoria de dirigentes, desempenham funções de natureza contínua que são de importância significativa para o desenvolvimento e a implementação dos objetivos da empresa." (tradução nossa)

A aproximação entre as legislações espanhola e italiana fornece parâmetros para reflexão sobre as mudanças que devem ser operadas no Parágrafo único do art. 444. As legislações desses países distinguem-se da brasileira por se focarem em um grupo determinado de empregados, direcionando uma normativa mais flexível. A delimitação feita por esses países restringe o grupo de trabalhadores com menor proteção de uma maneira tão objetiva que impõe um ônus argumentativo muito grande caso a jurisprudência queira rever os critérios. A lei brasileira adota critérios que resultam em um grupo potencialmente heterogêneo, agregando trabalhadores hipossuficientes. Este fator pode fomentar argumentos pela relativização do Parágrafo único do art. 444 da CLT, fazendo *tabula rasa* dos critérios legais.

Certamente, o legislador brasileiro não visava um grupo tão restrito quanto o regulado pelo Real Decreto espanhol ou a legislação italiana – havia pretensão de se atingir vários níveis da estrutura empresarial.

A legislação brasileira é mais genérica do que a legislação espanhola. Ela não considera as relações reais de poder entre patrão e empregado. Por usar os critérios salarial e de escolaridade, sem especificar o cargo, a normativa brasileira abrange figuras de qualquer escalão das empresas. A legislação espanhola adota critério menos elástico e mais capaz de selecionar um grupo mais homogêneo de trabalhadores que possuem, de fato, uma posição privilegiada junto ao seu empregador, o que permite dispensar maiores proteções da legislação trabalhista daquele país. Por outro lado, os critérios incluídos pela reforma na CLT reúnem pessoas muito distintas no grupo daqueles que podem negociar individualmente, correndo o risco de alcançar pessoas em situação de vulnerabilidade, todavia, permitem aplicação em uma maior quantidade de casos. Já a legislação italiana, apesar de vaga em relação aos conceitos de dirigente e de quadros, quando remete à negociação coletiva a definição do alcance desses conceitos permite uma adequação melhor da lei ao caso concreto.

Tais diferenças e aproximações são essenciais para que a comparação com a experiência estrangeira produza resultados eficazes nesta tese. Pode-se acusar a reforma trabalhista de 2017 de criar um conjunto muito abrangente, o que pode resultar na colocação em posição de risco de trabalhadores hipossuficientes. Mas não é possível criticar o desejo do legislador de alcançar um grupo abrangente de trabalhadores. Em outros termos: não era objetivo da reforma atingir apenas altos executivos, mas uma plêiade de empregados mais graduados, cuja formação acadêmica, em tese, permitiria tanto disputarem melhores vagas quanto terem mais clareza sobre sua relação com o empregador.

Desta feita, a experiência demonstra a vantagem de se adotar critérios relacionados à estrutura hierárquica da empresa. Os riscos de se atingir grupos vulneráveis são menores. O erro da reforma de 2017 foi adotar critérios que põem grupos vulneráveis na condição de hipersuficiente. Resta saber como, bebendo da fonte estrangeira, conciliar critérios mais objetivos e restritivos com os desígnios genéricos da reforma. Certamente, colher a objetividade do modelo espanhol e a abrangência do modelo italiano são bons pontos de partida. Ambos os regimes jurídicos, por privilegiarem a autonomia privada e o atual momento do Direito do Trabalho brasileiro ser de valorização dessa espécie de autonomia (seja coletiva ou individual), fornecem um norte para o desenvolvimento de critérios capazes de guiar o legislador na formulação de um corpo legal menos problemático.

c) *Críticas relacionadas à liberdade contratual do hipersuficiente*

Outro conjunto de críticas aponta para o grau de liberdade contratual estabelecido na legislação. Começemos por Vólia Bomfim:

Os direitos trabalhistas previstos em lei são indisponíveis, isto é, são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública. O valor do salário recebido pelo empregado não altera a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem mais que R\$11.063,00 podem livremente dispor sobre os direitos trabalhistas relacionados no artigo 611-A da do PL é negar a vulnerabilidade do trabalhador, que depende do emprego para sobreviver e, com relativa facilidade, concordaria com qualquer ajuste para manutenção do emprego. O valor do salário do empregado não exclui a relação de emprego e não diminui a subordinação do empregado ao patrão. O estado de vulnerabilidade permanece independentemente do valor auferido. O que muda é o nível social. (BOMFIM, 2018).

A taxatividade da legislação era uma maneira de o legislador estipular o mínimo que um contrato de trabalho deveria ter. Limitando o espaço da negociação, o legislador tinha a certeza de que aquele conjunto de direitos estaria, ao menos, formalmente garantido. A nova legislação abre um leque de opções de negociação para o hipersuficiente.

A crítica de Vólia Bonfim é simbólica de parte do pensamento da doutrina. Toma por base a ideia de que a legislação trabalhista estabelece normas de ordem pública que não podem ser objeto de transação entre particulares. Para saber se tal crítica é pertinente, é preciso investigar se todas as normas trabalhistas têm essa natureza e o que determina a indisponibilidade de normas infraconstitucionais. Octavio Bueno Magano (1991, p. 77-78) escreve sobre a possibilidade de um ramo jurídico conciliar em seu interior normas de ordem

pública e de ordem privada. Para ele, o Direito do Trabalho é um ramo autônomo que congrega elementos de direito público e elementos de direito privado, sem afetar sua unidade.

Apesar dessa convivência descrita por Magano, sempre foram mais comuns no Direito do Trabalho pátrio normas de ordem pública que vedavam alterações prejudiciais ao trabalhador. A finalidade era garantir direitos por meio da supressão da autonomia da vontade, especialmente a individual. Como exemplo, há a vedação do art. 468 da CLT às alterações contratuais prejudiciais ao trabalhador.

Todavia, esse traço característico do Direito do Trabalho brasileiro não é imutável. Resta saber até que ponto o legislador pode alargar a autonomia negocial do trabalhador. Da maneira como a crítica de Vólia Bonfim é colocada, o legislador estaria proibido de alterar qualquer disposição da CLT no sentido de liberalizar a negociação.

Como a alteração foi infraconstitucional, não é cabível usar outras normas da CLT para negar validade ao Parágrafo único do art. 444. O parâmetro de análise devem ser as normas constitucionais. Inicialmente, se elas forem respeitadas, qualquer alteração da CLT é cabível, inclusive no sentido de autorizar a negociação individual.⁵⁰

Resta perguntar: a adoção da negociação individual trai a natureza do Direito do Trabalho? Este tipo de negociação é vedado pela Constituição?

Apesar da sua especial vocação à proteção, a negociação individual não é, em si, contrária à natureza do Direito do Trabalho. Além dessa função, é possível apontar mais duas: coordenação e organização. Também cabem às normas laborais coordenar a relação empregado-empregador, quando o Direito do Trabalho apenas dispõe de parâmetro de negociação para que as partes possam fazer as adaptações necessárias ao caso concreto. A função de organização abarca as normas que regulam a estruturação dos sujeitos coletivos legitimados para negociar (NASCIMENTO, 1998, p. 60-61). A negociação é coerente com a função de coordenação do Direito do Trabalho. A amplitude desse poder de negociação irá variar segundo o modelo adotado, se individualista, de autonomia coletiva ou de intervencionismo estatal.

Não se costuma pensar em um modelo individualista quando se pensa no Direito do Trabalho; um modelo puro de negociação individual teria como consequência a dissolução dos fundamentos deste ramo jurídico. Contudo, não se está falando de um sistema puro de

⁵⁰ Os aspectos constitucionais do Parágrafo único do art. 444 da CLT serão analisados no Capítulo 4.

negociação individual, mas de um grupo de trabalhadores legalmente definido que poderá ter maior margem de negociação direta com seu empregador. Conforme visto anteriormente, na Espanha, autoriza-se a negociação individual de certos tipos de trabalhadores; mesmo no Brasil temos casos em que uma margem maior de negociação é permitida. Assim, *data venia*, não procede a crítica de Vólia Bonfim.

O caso do hipersuficiente permite uma negociação individual dentro de certos limites. Isso não desnatura o Direito do Trabalho. O nível de negociação permitido pela legislação é capaz de manter o edifício juslaboral de pé. Note-se: aqui, não se discutem os critérios de identificação do hipersuficiente, mas se a liberdade negocial dada é compatível com o sistema jurídico.

O Parágrafo único do art. 444 não dá total liberdade negocial ao trabalhador. Ao referenciar o art. 611-A, o dispositivo indica quais temas o empregado pode negociar individualmente. As hipóteses são suficientemente delimitadas para que o contrato do hipersuficiente continue sob a tutela do Direito do Trabalho. Assim, a negociação individual, quando claramente delimitada, com resguardo das garantias mínimas, não necessariamente é contrária ao Direito do Trabalho. E quais seriam essas garantias mínimas? Os direitos trabalhistas previstos na Constituição brasileira. Como o art. 611-A praticamente não abre espaço para negociar os direitos trabalhistas constitucionais previstos – os casos de violação serão analisados no Capítulo 4 –, esses direitos fundamentais fornecem garantias mínimas para que os trabalhadores exerçam suas profissões de forma digna e consigam condições de vida igualmente dignas.⁵¹ A garantia de direitos básicos é reforçada pelo art. 611-B, que lista temas que não podem ser objeto de negociação, seja coletiva, seja individual.

O modelo intervencionista pode ser alterado ou temperado, desde que esses direitos básicos previstos constitucionalmente sejam preservados. Sem violação frontal da Constituição, não há impedimentos para a mudança do modelo adotado. São os direitos fundamentais que são resguardados pela Constituição, não o modelo intervencionista de negociação. E como o STF nunca foi claro sobre as normas de direitos trabalhistas presentes na Constituição serem cláusulas péticas,⁵² até elas poderiam ser alteradas. Em princípio, uma Proposta de Emenda à

⁵¹ Ao menos em tese, esses direitos fundamentais devem fornecer condições de trabalho e de vida dignas aos trabalhadores. No entanto, devemos reconhecer as deficiências da efetivação desses direitos; nem todos os trabalhadores conseguem exercer um trabalho digno e prover para si e suas famílias boas condições de vida. Apesar da importância de não perdermos esse problema de vista, enquanto o Judiciário não for demandado para declarar que essa situação viola a Constituição, esse é um problema sociopolítico e não jurídico.

⁵² Tema a ser desenvolvido no Capítulo 4.

Constituição (PEC) poderia eliminar direitos trabalhistas em nome da mudança do paradigma intervencionista para o modelo da negociação individual.

A ideia de a negociação individual ser compatível com a Constituição da República é antiga, como se nota nessa citação de Celso Ribeiro Bastos:

(...) do ponto de vista propriamente trabalhista, deveremos ter um Direito, cada vez menos, fruto de leis ou de normas constitucionais, mas, em sentido inverso, buscando de comum acordo entre empregados e empregadores. (BASTOS, 1998, p. 43)

A negociação individual não é um Antidireito do Trabalho, não representa cassação de direitos nem sentença de morte para o trabalhador. É sim uma redução da tutela dada pelo Estado. Isso pode ser visto por alguns como um risco de perda de direitos – sem a blindagem legal, o trabalhador estaria exposto aos interesses do empregador e não teria capacidade de se defender; para outros, a negociação individual pode ser vista como uma chance de obter ganhos que as amarras da lei dificultam – o trabalhador seria um sujeito autônomo que não dependeria dos cuidados exacerbados da lei. Em nosso entender, se a legislação conseguir delimitar com clareza um grupo concretamente capacitado para negociar, não haverá riscos para o trabalhador; as eventuais perdas de proteção legal serão compensadas com os ganhos advindos da negociação.

A reforma de 2017 não deixou o empregado hipersuficiente desprotegido, apenas alterou a maneira de protegê-lo. Ao reduzir a tutela estatal dedicada a ele, ampliando sua autonomia, o legislador apenas criou uma nova modalidade de proteção, que valoriza a função de coordenação do Direito do Trabalho (BOUCINHAS FILHO, 2018, p. 126).

d) Outras críticas

Há outras críticas que não se enquadram nos tópicos anteriores, mas que merecem apreciação. São críticas relevantes e recorrentes no debate.

Buscando a gênero do sistema capitalista, Danilo Gaspar (2019, p. 93) defende que a figura do hipersuficiente jamais existirá no sistema capitalista porque nele “o tomador dos serviços, por mais privilegiado socioeconomicamente que seja o trabalhador, é o proprietário dos meios de produção, sendo ele, portanto, que possui a prerrogativa de admitir, assalariar e dirigir a prestação”. O autor reconhece níveis diferentes de hipossuficiência, mas entende que a expressão “hiper” passa a ideia de superioridade. Reconhecendo uma escala de hipossuficiência, defende a adoção do termo “parassuficiente”.

Concordamos com a descrição da economia de mercado como um sistema no qual existe a propriedade privada dos meios de produção e com a ideia da gradação da hipossuficiência (ou da hipersuficiência). Porém, em nosso entender, a expressão “hipersuficiente” – que sequer está na legislação – refere-se à condição desse empregado em comparação com os demais empregados. E como existem vários graus, seria plausível adotar a expressão “hipersuficiente” para os mais altos cargos de uma empresa e o termo “parassuficiente” para os níveis intermediários.

Uma última observação se refere ao inciso XV do art. 611-A, que autoriza a negociação coletiva sobre a participação nos lucros ou resultados (PLR) da empresa. O hipersuficiente também pode negociar esse tipo de benefício. A Lei n. 10.101/2000, até ser alterada pela Medida Provisória n. 905, de 11 de novembro de 2019, estabelecia que o pagamento da PLR deveria ser objeto de negociação entre empregado e empregador por meio de comissão paritária, integrada por representante do sindicato da respectiva categoria. Se tivesse sido mantida a lei dessa forma, o hipersuficiente não poderia negociar o PLR – ou, ao menos, os acordos individuais poderiam sofrer questionamentos na Justiça.

Todavia, a referida MP n. 905/2019 alterou a Lei n. 10.101/2000, que passou a regular o acordo de PLR do hipersuficiente em seu § 10 do art. 2º. Segundo o dispositivo, a PLR poderá ser fixada diretamente com o empregador quando se tratar de empregado hipersuficiente.

A MP n. 905/2019 ainda está em tramitação do Congresso Nacional. Caso seja rejeitada no ponto que trata da PLR do hipersuficiente, entendemos que esse item também ficará inviabilizado para negociação individual por falta de eficácia técnica.

CAPÍTULO 3 REPENSANDO A HIPERSUFICIÊNCIA – EM BUSCA DE UM CONCEITO DE EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

3.1 Um acerto de diagnóstico: a reforma trabalhista e a pluralidade no mundo do trabalho

A reforma trabalhista de 2017 acertou ao perceber que uma imensa massa de trabalhadores ficava de fora da proteção legal, pois não conseguia celebrar um contrato de trabalho clássico. São trabalhadores que vivem em situação precária se comparada à do trabalhador hipossuficiente clássico. Todavia, manter o sistema da forma como estava, exigindo que todos os direitos fossem dados a todos trabalhadores sempre, era cegar-se para o fato de que nem sempre a economia é capaz de atender às designações jurídicas. Não se defende a subsunção das normas jurídicas às leis econômicas, mas a necessidade de se pensar a eficácia das normas trabalhistas.

O Parlamento tem o dever político de ao menos discutir quando uma norma está em descompasso com a realidade social. As mudanças sociais pressionaram para que a CLT fosse ajustada e alcançasse casos de trabalhadores que ficavam à margem da lei. O legislador deixou o fetiche do papel para, reduzindo direitos na letra da lei, torná-los mais efetivos.

A reforma, timidamente, reconheceu a pluralidade no mundo do trabalho que não cabia mais no clássico contrato de trabalho. Pluralidade que, em parte, é fruto das inovações tecnológicas das últimas décadas – como teletrabalho – e, de outro lado, fruto de práticas mais antigas – como a condição hierárquica dos altos executivos nas empresas, que possuem baixo grau de subordinação, o que justifica a sua classificação como hipersuficiente. Desde o começo do século XX, a doutrina já identificava mudanças no trabalho subordinado. O Direito do Trabalho não mais se limitava ao trabalhador das fábricas, mas passou a ocupar-se de qualquer pessoa que praticasse atividade subordinada, o que inclui profissionais mais intelectualizados e altos executivos (ROMITA, 1979, p. 69-70). A quarta revolução tecnológica radicaliza as mudanças no mercado de trabalho, criando formas de subordinação que traem o formato clássico, como as dinâmicas trazidas pelo teletrabalho.

Mesmo adotando critérios problemáticos, o legislador captou que certo grupo não demandava o mesmo tipo de proteção que a legislação laboral costumava oferecer. São pessoas com maior poder de barganha ou que pertencem às altas cúpulas das empresas.⁵³ Classicamente,

⁵³ Sujeitos que muitas vezes criavam pessoas jurídicas para, simulando prestação de serviços, fugirem dos entraves legais.

a legislação brasileira não enxergava esse tipo de situação. Mas a variedade de relações no mercado de trabalho autoriza o estabelecimento de níveis distintos de proteção.

A soma dos requisitos “grau de escolaridade” e “padrão salarial” como caracterizadora da hipersuficiência deve ser avaliada tanto em sua eficácia quanto em sua constitucionalidade. Neste capítulo, o foco estará no plano infraconstitucional.

3.1.1 Semelhanças e diferenças entre o empregado hipossuficiente e o empregado hipersuficiente

A reforma não conceituou empregado hipersuficiente, apenas apontou os critérios a serem atendidos para alguém ser classificado como tal. Como se trata de um empregado, a sua hipersuficiência não lhe afastou do alcance do art. 3º da CLT. Assim, somando com os elementos do art. 2º da CLT, possível dizer que o hipersuficiente também possui as cinco características de um empregado:

- É uma pessoa física;
- Sua atividade profissional é contínua, não eventual;
- Mesmo com maiores poderes de negociação, o elemento subordinação está presente;
- Ele presta o serviço pessoalmente, respeitado o caráter personalíssimo do contrato de trabalho;
- Recebe um salário por sua atividade.

Não há nada no Parágrafo único do art. 444 ou no art. 611-A da CLT que exclua esses elementos. A lei limita-se a ampliar as hipóteses nas quais o hipersuficiente poderá acordar condições menos benéficas que as estipuladas pela lei ou por instrumentos coletivos. E faz por meio de uma limitação do poder decisório do juiz, afastando a incidência do princípio da norma mais benéfica em caso de conflito; sempre prevalecerá o contrato. Claro que o julgador poderá aplicar os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica quando perceber coação ou fraude na contratação (FRANCO FILHO, 2018, p. 48).

Qual seria então a diferença entre o hipersuficiente e o hipossuficiente?

A resposta mais simples seria dizer que o hipersuficiente é um empregado com todos os traços de qualquer trabalhador hipossuficiente, com a diferença de que ele tem maior

liberdade de negociação. Em um tom irônico: ele é um hipossuficiente que pode sentar à mesa de negociação.

Cabível defender que o legislador dividiu os trabalhadores em dois grupos: um hipossuficiente, reunindo aqueles que não possuem graduação em nível superior e ganham menos que o dobro do limite máximo dos benefícios do RGPS; o outro hipersuficiente, agregando todos os empregados com nível superior e ganhos a partir do dobro do limite máximo dos benefícios do RGPS.

Entendendo o hipersuficiente como uma classificação paralela ao hipossuficiente e não como uma categoria de trabalhadores (tal como bancários), fica mais claro que qualquer profissional pode se enquadrar em um tipo ou noutro de empregado. A lei não regulamentou nenhuma profissão, apenas criou uma dicotomia de proteção, e qualquer sujeito pode estar em uma ou outra categoria. Exemplo: um turismólogo, com curso superior e que receba mais que o limite legal, e outro, também com curso superior, mas que ganhe abaixo do limite legal; o primeiro estará na categoria de hipersuficiente e o outro na de hipossuficiente.

O legislador acerta ao reconhecer que não é possível tratar com o mesmo nível de proteção todos os trabalhadores, e procura estabelecer critérios que possam ser usados por qualquer profissional. Afinal, ao menos em tese, nada impede que um mecânico tenha diploma e ganhe acima do teto legal.

Como se percebe, a intenção foi estabelecer uma regra geral de liberdade de negociação. Segundo a lei, a hipersuficiência é caracterizada durante a negociação do contrato de trabalho. A lei não exige que, na sua atuação profissional, o trabalhador tenha poderes dentro da empresa. Se, por um lado, é louvável a atitude de permitir a certo grupo maior autonomia negocial, por outro lado, o fez adotando critérios problemáticos e movediços. Movediços porque o padrão salarial vinculado ao RGPS pode ser alterado a depender da vontade do governo de atualizar ou não os limites do RGPS e também está sujeito às perdas inflacionárias. E problemáticos porque o critério do diploma superior observa muito mais uma formalidade do que requisitos concretos das relações de trabalho ou do contrato de trabalho. Se o legislador imaginava o diploma como um instrumento capaz de dotar seu possuidor do dom de interpretar contratos, ele se afastou muito da realidade.

Ao dar maior liberdade, o legislador concebia um trabalhador com condições reais de negociação. Ora, o salário é algo que surge depois da contratação, não é um elemento presente na negociação, pelo contrário, é um dos objetos da negociação. A escolaridade, de

certa forma, é um fator de maior autonomia; pressupõe-se que, mesmo sem saber compreender o conteúdo de um contrato, a probabilidade de essa pessoa ter o tirocínio de procurar um advogado é maior do que a de uma pessoa com a formação fundamental fazer o mesmo.

O Parágrafo único do art. 444 é impróprio porque deixa de apreciar as relações de poder dentro de estrutura empresarial para observar condições pessoais do trabalhador no momento pré-contratual. Além disso, ao dirigir sua atenção para esses elementos pessoais, adota critérios que permitem a inclusão de hipossuficientes no grupo dos hipersuficientes. Não há erro em ampliar a liberdade de negociação, nem em tentar fazê-lo por meio da criação de uma regra geral que, potencialmente, pode atingir qualquer categoria de trabalhadores. A única exigência é que sejam pessoas com potencial capacidade de negociação. A falta de precisão nos critérios legais não dá segurança jurídica de que trabalhadores vulneráveis não serão atingidos. A posição hierárquica permite abarcar quantidade significativa de trabalhadores que não se encontram em situação de fragilidade, além de afastar certas polêmicas – como a flutuação do valor do salário. Normalmente, os mais altos executivos de empresas não necessitam de uma proteção tão ampla, pois dirigem os demais empregados, têm acesso a informações privilegiadas, ganham salários realmente maiores, gozam da confiança de seus empregadores. A sua subordinação não pressupõe constante submissão às ordens e controle dos seus superiores (em sócios da empresa, por exemplo) – a subordinação existe, mas é muito mais tênue, porque esses empregados são detentores de grandes poderes no interior das empresas (ROMITA, 1979, p. 84).

Adotar um sistema similar ao do pessoal de alta direção espanhol garante que a hipersuficiência não estaria presente apenas na negociação, mas no próprio exercício da atividade. Essa proposta diverge em um aspecto fundamental da reforma de 2017: não é um critério genérico o suficiente para abarcar trabalhadores de qualquer escalão. Mesmo que o relatório da reforma indique que a figura do Parágrafo único do art. 444 da CLT foi pensada para atingir 2% dos trabalhadores, sua formatação permite alcançar qualquer categoria profissional. O modelo espanhol se assemelha à criação de nova categoria profissional (a dos altos executivos) e não como fez a legislação brasileira, criando uma dicotomia dentro do conceito de empregados. Adotar um sistema similar ao espanhol significa abrir mão dessa regra geral e atingir um grupo mais restrito do que aquele alcançado hoje.

A solução para não perder essa amplitude trazida pela reforma, sem incorrer no risco de incluir figuras vulneráveis, passa por observar a legislação italiana. Ela não define claramente quem são os dirigentes e os quadros. Delega à negociação coletiva essa definição.

Um modelo que previsse a ampla liberdade negocial dos altos cargos e, ao mesmo tempo, autorizasse à negociação coletiva incluir outros grupos nessa mesma regra liberalizante seria um meio termo adequado, pois não tão genérico a ponto de incluir automaticamente figuras vulneráveis, mas permitiria uma adequação aos casos concretos, além de também prestigiar a negociação coletiva.

3.2 Subordinação e dependência do empregado hipossuficiente e do empregado hipersuficiente

A legislação brasileira possui um contrato de trabalho padrão – que tem a figura clássica do hipossuficiente como modelo – e, ao lado, há uma variedade de outras normas para regular casos peculiares, de tonalidades protetivas variadas, como as normas específicas dirigidas à trabalhadora e ao menor aprendiz, ou as que regulam o trabalhador portuário, e ainda as que regulamentam os profissionais da educação – até profissionais do meio do turismo têm sua lei. Esse universo variado se torna mais dinâmico com as mudanças hodiernas do mercado de trabalho. Por isso, foi um acerto da reforma de 2017 reconhecer essas alterações.

Também é louvável a tentativa de criar um critério geral que permita a inclusão de qualquer categoria profissional na classe dos hipersuficientes. A falha da reforma reside nos critérios, que pouco dialogam com fatores determinantes, para a definição do que seja uma relação de trabalho. O critério salarial que compõe a conceituação de empregado, além de ter sido mal articulado, é pouco realista na definição do grau de autonomia do profissional. Certamente imaginou-se que, por ganhar mais, esse profissional teria maior estabilidade financeira. A legislação reformista não conseguiu delimitar com segurança o grupo dos hipersuficientes; pessoas com o mesmo grau de subordinação e de dependência e com o mesmo cargo e salário podem se encontrar em categorias distintas, basta que um tenha diploma de nível superior e o outro esteja em vias de concluir o curso – isso sem contar que o cargo a ser exercido não precisa ter relação com a graduação universitária.

Se se trata de ampliação dos poderes de negociação individual – o que implica maiores riscos ao trabalhador –, devem-se adotar critérios mais precisos. O Direito do Trabalho protege o trabalhador porque identifica um desnível entre ele e o empregador. Este detém os meios de produção, conhece a situação financeira do empreendimento, remunera o empregado e tem o poder de dispensá-lo. Essa condição, em graus variados, é notável em qualquer relação

de trabalho. Esse conjunto de desníveis implica que o trabalhador está subordinado, ao menos técnica e economicamente, ao empregador.

A questão, como se evidencia, passa pela subordinação e pelo grau de dependência do trabalhador. A subordinação, na lição de Nelson Mannrich (1998, p. 119), é o “traço fisionômico” do contrato de trabalho, aspecto fulcral na sua distinção em relação aos demais tipos de contratos. Dessa forma, obliterar esse traço quando se discute capacidade de negociação é uma falha que pode gerar o desamparo de sujeitos, de fato, hipossuficientes. Propor a adoção de modelo construído a partir de um critério hierárquico – similar ao espanhol – é reconhecer o elemento “subordinação” como essencial para aferir a capacidade de negociação do trabalhador, e que ela possuiu várias gradações. Nesse sentido, cabe a explicação de Arion Sayão Romita:

(...) Tem-se subordinação quando as modalidades da prestação de trabalho são determinadas pelo empresário e devem ser seguidas pelos trabalhadores. A organização da empresa exige uma ação de comando, continuativa e centralizada na pessoa do empregador, à qual se subordinam, em maior ou menor grau, todos os dependentes, vale dizer, todos os trabalhadores subordinados. (ROMITA, 1979, p. 76)

A noção de subordinação está entrelaçada com a de dependência, muito em razão do art. 3º da CLT. O empregado é alguém que se encontra sob a dependência do seu empregador. Mas a noção de dependência é vaga. Podemos falar de uma dependência econômica, técnica ou social. Daí também a doutrina falar de subordinação econômica, técnica ou social. Essa noção de que o empregado se caracterizaria por ter uma dependência econômica em relação ao seu empregador foi superada pela noção de subordinação jurídica (MANNRICH, 1998, p. 120; LEITE, 2018, p. 170; SÜSSEKIND, 2005, p. 244-246; RAMALHO, 2015, p. 460-462; GALANTINO, 2001, p. 20-22).

Mesmo identificando fatores socioeconômicos que justifiquem a submissão do trabalhador ao seu empregador, a dogmática jurídica impõe a busca por razões normativas para explicar essa submissão. No interior do sistema do Direito, importa a subordinação jurídica, fruto de um contrato de trabalho que garante ao empregador os poderes de direção, de controle e de aplicação de penas disciplinares (SÜSSEKIND, 2005, p. 247).

O grau de subordinação não é uniforme para todos os trabalhadores. Em estruturas empresariais complexas, é fácil notar a subordinação mais intensa na base da hierarquia (GALANTINO, 2001, p. 19). A subordinação dos vulgarmente chamados “trabalhadores de chão de fábrica” é elucidativa. Eles estão sujeitos a todos os tipos de ordens dentro de uma

corporação. Subindo pela hierarquia, nota-se que a subordinação vai ficando mais tênue enquanto há uma crescente transmissão de poderes para as mãos dos empregados. Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2005, p. 198), um critério para identificar a subordinação é “a verificação da quantidade e intensidade de ordens permanentes de serviço a cujo cumprimento está sujeito o trabalhador, uma vez que, quanto mais numerosas, mais estará caracterizada a subordinação”.

Ora, se a gradação da subordinação está relacionada ao grau de submissão às ordens recebidas, cabível concluir que os altos executivos, por exercerem poderes inerentes ao empregador e assim emitirem muito mais ordens do que receberem, se submetem a baixo nível de subordinação. Pensemos no diretor da filial de uma grande empresa. Ele terá como dever funcional dirigir e controlar os seus subordinados diretos e aplicar sanções disciplinares quando preciso. Esse sujeito tem um poder muito maior do que a maioria dos empregados da empresa. Mesmo assim, ele ainda é subordinado, afinal, além de outros superiores hierárquicos, há os sócios da empresa, ou alguma espécie de conselho administrativo ou assembleia de sócios. Mesmo os executivos de maior gradação em uma empresa, sendo eles empregados, devem responder às demandas dos sócios. Ademais, também estão sujeitos ao risco de serem dispensados, com ou sem justa causa, elementos que denotam um mínimo de subordinação. Luisa Galantino (2001, p. 19) não vê dificuldades em se classificar o dirigente como empregado subordinado, apesar de exercer certo poder diretivo.

É perceptível a variação da intensidade da subordinação de acordo com a posição ocupada pelo trabalhador na estrutura da empresa. No caso dos altos funcionários de uma empresa, são identificáveis postos na estrutura empresarial com baixíssima subordinação. Para esses casos, é seguro usar a subordinação como elemento delimitador de uma classe de trabalhadores que, realmente, merece ser chamada de hipersuficiente. São sujeitos que detêm amplos poderes diretivos. A proposta desta tese para reformular o conceito de hipersuficiente segue dois parâmetros: baixíssimo grau de subordinação e detenção de poderes diretivos.

Em uma empresa, há empregados que detêm amplos poderes diretivos, desempenhando funções que seriam do empregador. Para que isso seja viável, esse alto empregado (também denominado de alto dirigente) deve se submeter a tênue subordinação. Por outro lado, empregados sem nenhuma espécie de poder diretivo se sujeitam a subordinação mais intensa. Observando a estrutura hierárquica de uma empresa, nota-se que, no topo da hierarquia, estão empregados com maiores poderes diretivos e menor grau de subordinação; na base, há os empregados sem poder diretivo e alto grau de subordinação.

A composição dos critérios grau de subordinação e detenção de poder diretivo permite identificar com precisão um grupo de trabalhadores que pode ser denominado de hipersuficiente: o alto dirigente, como, por exemplo, altos executivos e presidentes de empresas. Esses dois critérios podem ser aplicados para avaliar a situação de hipossuficiência de qualquer empregado. Doravante, ao se referir a esses dois critérios, será usada a expressão *critério da posição hierárquica*.

Uma observação: apesar da sua rigidez e relação com o corporativismo, emprega-se o termo “hierárquico” unicamente como referência à estrutura organizacional, sem intenção de remeter ao autoritarismo que ele outrora carregava. O termo deve ser lido de uma perspectiva democrática, na qual a liberdade das partes é essencial para o estabelecimento de um contrato de trabalho, do qual irá resultar uma relação de trabalho (MAGANO, 1982, p. 114-5; DELGADO, 1996 p. 105-111 e 176).

O legislador pode usar o *critério da posição hierárquica* para confeccionar as normas que irão abranger um grupo grande de empregados. Identificando os empregados mais altos na hierárquica, esta posição naturalmente revelaria traços como autonomia e responsabilidade. Eles estariam adstritos, basicamente, aos objetivos gerais da empresa, impostos pelos proprietários ou órgão de cúpula (como a assembleia de sócios). Seria um modelo legal similar ao espanhol, que fala em poderes inerentes à titularidade da empresa. Para o Direito do Trabalho brasileiro, mais adequado referir-se ao exercício de poderes diretivos da empresa. Os mais altos executivos, aqueles que estão no topo da hierárquica e com menor grau de subordinação, agregam a maior quantidade desses poderes.

Ao adotar esse critério, o legislador pode localizar o grupo de empregados com forte poder de negociação e desenvolver um instrumento normativo que se utilize de critérios como a quantidade de poder diretivo, o grau de responsabilidade e autonomia, a existência ou não de confiança, enfim desenvolver uma legislação similar à espanhola. Isso porque o *critério da posição hierárquica* dirige o olhar do legislador para o binômio grau de subordinação e proporção dos poderes diretivos nas mãos do empregado.

Da maneira como desenhado até agora, esse critério justifica quase a importação do modelo adotado pelo Real Decreto Espanhol. Certamente este é paradigmático para a formatação de modelo brasileiro voltado para altos executivos em estruturas empresariais razoavelmente formalizadas. Adotar um modelo legislativo similar ao espanhol elimina o risco de excluir hipossuficientes da incidência do princípio protetivo em suas três dimensões.

Contudo, o Parágrafo único do art. 444 da CLT é mais abrangente do que o Real Decreto n. 1382/1985.

Embora até aqui o foco tenham sido as grandes estruturas empresariais, nada impede que o legislador, seguindo o *critério da posição hierárquica*, desenvolva uma legislação que também se aplique às empresas de menor porte. Exemplo: uma escola cujo diretor ou vice-diretor seja empregado; certamente ele terá um poder diretivo imenso, mesmo não se tratando de um grande grupo empresarial. Seja nas grandes ou pequenas empresas, havendo um mínimo de estrutura hierárquica, possível identificar alguém com baixíssimo grau de subordinação e com grande quantidade de poder diretivo.

O importante é que a lei demarque os poderes que esse empregado deve deter para caracterizar o baixo grau de subordinação. O modelo espanhol fala apenas em poderes inerentes à empresa. No próximo tópico, esse aspecto será tratado em mais detalhes. Aqui, resta salientar que a aprovação de uma legislação similar à espanhola, dirigida para os mais altos executivos das empresas (ainda que sejam sociedades empresárias de pequeno e médio porte) permitirá, primeiro, uma clara identificação de um grupo hipersuficiente, segundo, o estabelecimento de um parâmetro seguro para que, por meio de negociações coletivas, a liberdade de negociação do hipersuficiente seja ampliada.

Se esta tese se resumisse a defender a adoção do modelo espanhol, pouca utilidade haveria em se falar de *critério da posição hierárquica*. A vantagem é que este critério realça o fato de que, além dos empregados que compõem a cúpula das empresas, há um espectro de trabalhadores intermediários, com graus variados de poder e subordinação e, logo, com graus distintos de poder de negociação, que poderiam usufruir de maior liberdade negocial. Quadros mais técnicos, mesmo que intermediários na hierarquia, tendem a ter uma subordinação menos intensa do que a subordinação sofrida pelos operários. O abrandamento da subordinação dos quadros mais técnicos decorre, em parte, da autonomia exigida para o exercício da sua atividade (RAMALHO, 2015, p. 461).

Aqui, cabe dirigir a atenção para a experiência italiana, na qual a lei delega à negociação coletiva a estipulação de quem será dirigente, quadro, empregado e operário. Porém, na Itália, o conceito de “dirigente” não é imposto por lei. No modelo aqui proposto, a legislação brasileira estabelecerá, com razoável clareza, quem seriam os empregados de mais alto escalão dentro da sociedade empresarial. Estes seriam, por força de lei, hipersuficientes, tanto por serem capazes de negociar com maior liberdade negocial quanto por deterem muito poder no interior da empresa. E por meio dos instrumentos coletivos, essa liberdade negocial poderia ser

ampliada para empregados intermediários na estrutura empresarial, detentores de grau médio de subordinação e de certo grau de poder diretivo, como no caso dos trabalhadores técnicos.

Na negociação coletiva, poderiam ser estabelecidos quais poderes e quais posições um empregado deveria ter para também ter maior liberdade negocial. Note-se que não se defende a inclusão do *critério da posição hierárquica* no texto legal ou no texto dos instrumentos coletivos. Este é um instrumento doutrinário que visa evidenciar a relação entre subordinação e quantidade de poder diretivo nas mãos do empregado, auxiliando na identificação dos níveis de hipossuficiência. Com esses níveis identificados, tanto o legislador quanto os responsáveis pela formação dos instrumentos coletivos podem estabelecer quais tipos de empregados são hipersuficientes. Ele também pode ser útil para que a jurisprudência possa julgar se as negociações coletivas respeitaram o princípio protetivo, ampliando as possibilidades de negociação apenas para quem, segundo o *critério da posição hierárquica*, tenha baixo grau de subordinação e elevada concentração de poderes diretivos.

Certamente, esta proposta de aferir a hipersuficiência por meio do *critério da posição hierárquica* – e a conseqüente elaboração de uma legislação dirigida aos mais altos empregados de uma empresa, que também permita a ampliação via instrumentos legais – diverge bastante da concepção original do Parágrafo único do art. 444 da CLT. Aparentemente, a finalidade do legislador era criar uma classe genérica, que permitisse que qualquer profissional tivesse maior liberdade de negociação (DELGADO, 2019, p. 439), caso atendesse aos requisitos legais. Se ficou demonstrado que esse formato inicial é, no mínimo, inseguro pelo risco de abranger sujeitos hipossuficientes, o *critério da posição hierárquica* se apresenta como mais seguro.

Certamente a subordinação é problemática nos níveis intermediários, mas o legislador, após estabelecer taxativamente a quantidade de poder diretivo dos altos executivos das empresas, autorizaria a inclusão, na categoria de hipersuficiente, de empregados com poderes diretivos menores, por meio de negociação coletiva.

Para funcionar, os dois extremos teriam que ser estabelecidos com clareza: em uma ponta, o hipossuficiente, sem nenhum poder e com subordinação total, teria todas as garantias legais, baixíssima ou nenhuma liberdade negocial individual e incidência plena do princípio protetivo. Na outra ponta, o hipersuficiente, com grandes poderes diretivos e com baixíssimo grau de subordinação, teria ampla liberdade de negociação individual, podendo negociar livremente, mas estaria vinculado exclusivamente ao contrato, afastando-se a incidência dos princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica, incidindo apenas o *in dubio pro operario*. O primeiro tipo seguiria sendo a regra geral do Direito do Trabalho. O segundo

tipo teria um regramento próprio, que poderia ser um capítulo da CLT ou uma lei específica. Com esses dois extremos, a lei autorizaria, via negociação coletiva, a inclusão de empregados intermediários no grupo de hipersuficientes. Os instrumentos coletivos usariam o poder diretivo e o grau de subordinação do hipersuficiente como paradigmas para identificar empregados de patamares intermediários na estrutura empresarial que também poderiam desfrutar de maior poder de negociação individual.

3.3 Os poderes do empregado hipersuficiente e a sua posição na estrutura da empresa

O *critério da posição hierárquica* leva em consideração o grau de subordinação e os poderes diretivos atribuídos pelo empregador ao empregado – normalmente um alto dirigente dentro da estrutura da empresa.

O poder diretivo do empregador tem base legal do art. 2º da CLT, quando se considera como empregador aquele que admite, assalaria e dirige. Infere-se da lei que o empregador tem a prerrogativa de determinar quais atividades seus empregados farão. Octavio Bueno Magano define assim o “poder diretivo”, em sentido amplo:

Poder diretivo do empresário é a capacidade, oriunda do seu direito subjetivo, ou então da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das finalidades daquela. (MAGANO, 1982, p. 94).

O poder diretivo é inerente à relação de emprego. É a contraface dos deveres dos empregados. A relação de emprego nasce do contrato de trabalho, que gera subordinação do empregado ao empregador. Mesmo que não haja muito espaço para negociar individualmente os termos do contrato, a liberdade contratual existe, uma vez que todos são livres para estabelecer relações jurídicas. O trabalhador juridicamente livre aceita se subordinar ao poder diretivo do empregador. Há nesse contrato ampla margem de indeterminação decorrente do seu caráter não eventual e da sua continuidade, abrindo espaço para que o empregador dirija as ações dos seus empregados. O contrato determina que o empregado colocará sua força de trabalho à disposição do contratante para realização de certo conjunto de atividades. Contudo, essas atividades não são pormenorizadas; ao longo da execução do contrato serão especificadas as atividades a serem praticadas.

É essa margem de indeterminação do conteúdo do contrato de trabalho que viabiliza o poder diretivo. O empregador exerce seu poder diretivo especificando o conteúdo das obrigações assumidas pelo empregado, tudo com observância da legislação trabalhista e, de maneira geral, a dignidade da pessoa humana (SÜSSEKIND *et al*, 2005, p. 246-247; BATISTA, 1998, p. 251-258; MAGANO, 1982, p. 94-99; FREITAS, 1998, p. 167-168; NASCIMENTO, 1998, p. 154-155; NICOLINI, 2004, p. 329-331; RAMALHO, 2015, p. 462-463).

O poder diretivo tem como finalidade concretizar os interesses empresariais do empregador (MAGANO, 1982, p. 96) Esses interesses estão limitados pela função social da empresa. Mais do que exercer a atividade empresarial sem violação das normas jurídicas e com respeito aos fundamentos da ordem jurídica brasileira, a função social busca que o exercício da propriedade empresarial ultrapasse o formalismo e o individualismo exacerbados, característicos do Estado Liberal. O Estado Social e Democrático de Direito impõe limites a essa função. No caso brasileiro, toda atividade econômica deve transcorrer com observância do disposto no art. 170 da Constituição da República (FRAZÃO, 2017).

Seguindo o *critério da posição hierárquica*, quanto mais poder diretivo nas mãos de um empregado, menor a subordinação, logo maior a hipersuficiência dele no interior da organização. Inversamente, empregados com pouco ou nenhum poder diretivo se submetem a grau mais severo de subordinação, revelando sua condição de hipossuficientes. Para avaliar corretamente a quantidade de poder atribuída aos altos dirigentes, necessário adotar uma classificação do poder diretivo. A doutrina oferece uma multiplicidade de classificações. Há classificações bipartites, que o dividem em poder de direção e poder disciplinar ou poder de direção e poder de fiscalização; há classificações tripartites, que podem dividir o poder diretivo em: a) poder de organização, poder de controle e poder disciplinar; b) poder de direção e de comando, poder de controle e poder disciplinar; e c) poder organizacional, poder diretivo *stricto sensu* e poder disciplinar (RAMALHO, 2015, p. 462-467; NICOLINI, 2003, p. 329-331; NASCIMENTO, 2005, p. 275-280; SÜSSEKIND *et al*, 2005, p. 246-248; MAGANO, 1982, p. 97-98; GOMES; GOTTSCHALK, 1972, p. 74-80; DELGADO, 1996, p. 175-80).

Como as classificações não são nem certas nem erradas, mas apenas úteis ou inúteis (GENARO, 1965, p. 99) – desde que respeitem os princípios lógicos –, é preciso considerar os fins desta tese para estipular a classificação a ser adotada. Como a finalidade é analisar atribuições de poderes aos empregados, uma classificação tripartite é mais adequada. Ao dividir os poderes em três grupos, é possível avaliar, de forma mais detalhada, as atribuições deles ao

longo da estrutura hierárquica. Em vista disso, adotar-se-á a classificação de Octavio Bueno Magano (1982, p. 98). Ele divide o poder diretivo em: a) organizacional; b) diretivo *stricto sensu*; e c) disciplinar. Subdivide, ainda, o poder diretivo *stricto sensu* em poder de controle e poder de modular a atividade do empregado (*jus variandi*) (MAGANO, 1982, p. 118). Esta subdivisão foi determinante para a escolha desta classificação, uma vez que permite observar sutilezas do poder diretivo.

Como um dos objetivos desta tese é encontrar um conceito mais apropriado de empregado hipersuficiente, esta exposição procurará descrever a situação de um empregado detentor do máximo possível desses poderes. Como exemplo, será usada a hipotética figura do presidente de uma empresa sociedade anônima, especialmente contratado para geri-la e tendo apenas a Assembleia de Sócios como superior hierárquico.

O poder organizacional consiste na capacidade do empregador de determinar a estrutura do empreendimento e as condições de seu funcionamento. Compreende a fixação das condições de trabalho, a capacidade de emitir os regulamentos gerais da empresa e de determinar os fins econômicos do empreendimento. Enfim, é o poder de estruturar as bases do empreendimento (MAGANO, 1982, p. 99-113; NASCIMENTO, 2005, p. 276-277). Apesar de sua relação com a gênese do empreendimento e com mudanças substanciais, não é absoluto, pois está sujeito às normas legais (trabalhistas ou não) e aos princípios que regem a atividade econômica (art. 170, CRFB) (NASCIMENTO, 2005, p. 277-278).

Sua relevância estrutural para a empresa certamente é um óbice para uma delegação generalizada, acabando por ser exercido pelos próprios empregadores. Contudo, em razão da sua abrangência, parte dele pode ser atribuída a empregados de alto patamar hierárquico. Especialmente em grandes corporações, com composição societária pulverizada, a gestão do empreendimento costuma ser profissionalizada. O presidente dessas companhias tende a deter alto grau de poder organizacional.

O poder diretivo *stricto sensu* deriva da distinção entre expedir normas (poder de organização) e dar ordens particulares. É a capacidade de dar concretude à atividade dos trabalhadores (MAGANO, 1982, p. 115-116) ou, em outros termos, de dar concretude aos regramentos gerais da empresa e ao contrato de trabalho. No interior desse poder, Magano identifica o poder de controle e o *jus variandi*.

O poder de controle é a própria fiscalização. Se o poder diretivo *stricto sensu* consiste na emissão de ordens específicas aos subordinados, é necessário que exista também o poder de

fiscalizar essas ordens. Há ainda o *jus variandi*, prerrogativa do empregador de ajustar as obrigações do empregado em razão de mudanças estruturais ou conjunturais. É exercido unilateralmente e não pode modificar as condições de trabalho de maneira tão radical que altere a essência das condições de trabalho (MAGANO, 1982, p.120-144; FRANCO FILHO, 2019, p. 238). O *jus variandi* pode atingir aspectos relacionados com a posição ocupada pelo empregado, como o salário e a jornada de trabalho e mesmo o local de trabalho. A jurisprudência do TST enquadra a mudança unilateral de turno de trabalho do empregador como aplicação do *jus variandi* (Súmula 265).

Certamente, o alto dirigente exerce poder diretivo *stricto sensu* de forma intensa em suas várias dimensões. No caso do *jus variandi*, alguns dos seus aspectos, como eventual mudança do local das operações da empresa, mais raramente costumam ser atribuídos aos altos dirigentes.

O poder disciplinar é complementar aos demais. É o poder de aplicar sanções aos empregados que violem normas e determinações dos superiores. Há certa divergência sobre sua existência e sobre seus fundamentos. Comungamos da perspectiva de que tal poder existe e possui em sua base uma fundamentação democrática. As sanções devem respeitar os direitos trabalhistas e a dignidade da pessoa humana (MAGANO, 1982, p. 145-157; DELGADO, 1996, p. 178-179). Assim como os demais, cabe delegação do empregador ao empregado.

Embora o foco desta exposição tenha sido o grupo dos mais altos executivos, é possível notar, ao longo da escala hierárquica, vários polos de poder diretivo. Nos graus intermediários de uma grande corporação, encontram-se diretores e gerentes com partes desse poder, especialmente o poder diretivo *stricto sensu* e o poder disciplinar. Hipoteticamente, pode-se imaginar o seguinte esquema: um primeiro empregado com poder para controlar seus subordinados diretos; um segundo empregado, superior, com poder de controle e aplicação de penalidades; em terceira posição, o diretor geral exerce seus poderes de organização, controle e disciplina sobre todos os empregados.

Mesmo em estruturas menos complexas, é possível identificar atribuições do poder diretivo. Outro exemplo hipotético: uma escola de porte médio, cujo proprietário ocupa o cargo de diretor e um empregado exerce o de vice-diretor. Este pode exercer todas as modalidades de poder diretivo – é capaz de influir na estrutura da escola (poder organizacional); transmitirá ordens aos professores (poder diretivo); e poderá aplicar sanções disciplinares (poder disciplinar). Não importa o porte da empresa, os altos dirigentes sempre poderão exercer uma das três espécies de poder diretivo. Em qualquer empresa, há a determinação de ordens (poder

diretivo) e a punição de faltas cometidas, assim como, em qualquer relação de trabalho, o empregador pode implementar mudanças. O que irá variar é o porte da empresa e o salário recebido, mas os poderes exercidos pelos dirigentes serão de mesma categoria. Isso demonstra a abrangência do critério aqui proposto: de fato, é viável identificar sujeitos realmente hipersuficientes, não importando o tamanho da empresa.

O critério da posição hierárquica evidencia a relação entre esses três tipos poderes diretivos e o grau de subordinação do empregado. Quanto mais poderes ele detiver, mais ténue será sua subordinação. Defende-se nesta tese que o legislador adote como critério de identificação do hipersuficiente a quantidade de poderes que ele detém dentro da empresa. A legislação deveria considerar como hipersuficientes apenas os altos dirigentes, pois são atribuídas a eles as três espécies de poder diretivo; apenas os empregados que detivessem os três tipos de poder diretivo (organizacional, diretivo *stricto sensu* e disciplinar) seriam classificados como hipersuficientes e teriam maior liberdade de negociação. Com base no que falamos anteriormente, a identificação desse hipersuficiente não depende do tamanho da empresa. Mesmo em uma empresa de pequeno porte, as três classes de poder diretivo podem ser atribuídas ao empregado de mais alto escalão.

Claro que esta definição de hipersuficiente é mais restrita do que a criada pela reforma de 2017. Contudo, esta tese também propõe que a liberdade negocial atribuída ao hipersuficiente possa ser estendida para outros empregados com poderes diretivos intermediários, por meio de negociação coletiva. Por esse mecanismo, outros trabalhadores poderiam se beneficiar da maior liberdade negocial, sem os riscos da generalização criada pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT.

3.4 A liberdade contratual do empregado hipersuficiente e a natureza do Direito do Trabalho

O contrato do hipersuficiente é uma ampliação da liberdade negocial no campo trabalhista, privilegiando a autonomia da vontade. O contrato de trabalho clássico praticamente anula o poder das partes de negociarem os termos da contratação. Elide-se a autonomia da vontade, pois estamos diante de normas de ordem pública que visam proteger o empregado (ROMITA, 1979, p. 4). Na base, está a ideia de que o Estado deve proteger o trabalhador por ser este hipossuficiente. A autonomia da vontade permaneceria na decisão de celebrar o contrato. Segundo Nelson Mannrich (1998, p. 104), “não se deve confundir limitações à

liberdade de contratar com inexistência de contrato. Quando um empregado é admitido, há limitações à autonomia da vontade, como ocorre em outros campos do Direito, sem que isso implique desaparecimento do contrato”.

Tradicionalmente, esse tipo de contrato limitado era o padrão no Direito do Trabalho e exercia uma função protetiva, traço fundante deste ramo jurídico (MAGANO, 1991, p. 68). Para Amauri Mascaro Nascimento (1998, p. 60-61), o Direito do Trabalho teria, também, as funções de coordenação e de organização. A função de organização tem relação com a estruturação dos sujeitos coletivos; a função de coordenação, por sua vez, fundada na autonomia da vontade, almeja a composição dos interesses conflitantes, privilegiando a redução da intervenção estatal e o crescimento da liberdade contratual, ainda que coletiva.

Mesmo com os problemas apontados, a formatação dada pelo Parágrafo único do art. 444 estimula o questionamento: um contrato desses ainda estaria nos limites do direito laboral? Quando o legislador ampliou a liberdade contratual do hipersuficiente, reconheceu essa função de coordenação do Direito do Trabalho, ainda que no plano individual. Por esse aspecto, certamente o contrato do hipersuficiente não deixa de ser um contrato de trabalho, posto que ele concretiza uma das funções do Direito do Trabalho. Além disso, mesmo que mitigado, o princípio protetivo incide sobre os contratos dos hipersuficientes.

Note-se que a liberdade contratual estabelecida pelo Parágrafo único do art. 444 é bem menor do que a liberdade dada pelo legislador, na Espanha, ao pessoal de alta direção. Se o legislador adotasse o *critério da posição hierárquica* para traçar um novo conceito de hipersuficiente, tanto melhor seria se ele optasse por uma liberdade contratual tão ampla quanto à do modelo espanhol.

Em paralelo, a legislação brasileira poderia autorizar a ampliação das hipóteses de liberdade de negociação individual via instrumentos coletivos: acordos ou convenções coletivas poderiam reconhecer que determinada categoria ou que escalões hierárquicos intermediários também poderiam negociar individualmente – possibilidade totalmente coerente com a variação dos graus de subordinação e com um dos traços mais fundamentais do Direito do Trabalho: sua dimensão coletiva.

Quase uma vocação do Direito do Trabalho, a dimensão coletiva é peça-chave para a caracterização do Direito do Trabalho, embora não seja o único caminho – tanto que esta tese defende a ampliação do direito à negociação individual. Enquanto, no Direito Civil, prevalecem as relações individuais, no Direito do Trabalho, coabitam as relações individuais e coletivas.

A existência de entes como as pessoas jurídicas na posição de empregador fomenta a organização dos trabalhadores no âmbito coletivo. Sobre isso, escreve Alain Supiot:

(...) A constituição do direito do trabalho (*sic*) como ramo autónomo do direito operou-se, assim, pelo reconhecimento de direitos definidos colectivamente (direitos colectivos ou regulamentação colectiva) que fundamentam ou confrontam direitos individuais, isto é, direitos que cada trabalhador pode opor ao seu empregador. (SUPIOT, 2016, p. 166)

A proposta aqui apresentada concilia as dimensões individual e coletiva do Direito do Trabalho. A ampliação da liberdade de negociação individual dos hipersuficientes – identificados a partir dos poderes diretivos que detiverem – valoriza a função de coordenação do Direito do Trabalho. Nem há o abandono completo do caráter protetivo, como ficará demonstrado a seguir. E a possibilidade de, via negociação coletiva, ampliar os casos de trabalhadores que poderão seguir a dinâmica dos hipersuficientes reforça a função de coordenação do Direito do Trabalho, bem como sua vocação coletivista.

3.5 O alcance do princípio da proteção no contrato do hipersuficiente

O Parágrafo único do art. 444 da CLT afasta a incidência dos princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica. Ambos têm a função de dirimir conflitos de normas, sejam atuais, sejam intertemporais. Segundo esses princípios, na dúvida sobre qual norma aplicar, opta-se pela mais favorável ao trabalhador, não importando a sua hierarquia ou se ela já foi revogada. De acordo com o dispositivo, ao contrato do hipersuficiente aplicam-se as hipóteses do art. 611-A da CLT, “com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos”.

Ao destacar a preponderância do contrato do hipersuficiente sobre as convenções e acordos coletivos de trabalho, o legislador optou por reduzir o alcance do princípio protetivo e aplicar a esses casos a regra segundo a qual o contrato do hipersuficiente prevalecerá, mesmo que não seja o mais benéfico. Como esse trabalhador só possui hipersuficiência quando negocia os temas do art. 611-A, apenas nessas matérias, o princípio será afastado e seu contrato prevalecerá em relação aos instrumentos coletivos e à legislação – salvo se tiver alguma exceção de ordem pública, quando esta se imporá à norma legal. Nos demais casos, o princípio protetivo alcançará por completo o hipersuficiente.

Ficam duas perguntas:

- Como o princípio protetivo tem bases constitucionais e o Direito do Trabalho como um todo tem muitas de suas normas inseridas na Constituição e todos os ramos do Direito devem respeito a ela, essa opção legislativa é constitucional?

- Como uma das funções – quiçá a principal – do Direito do Trabalho é proteger o trabalhador, o princípio protetivo surge como pedra fundamental deste ramo jurídico, o que faz do princípio protetivo um marcador que permite ao estudioso identificar os limites do Direito do Trabalho, diferenciando um contrato de trabalho de um contrato de Direito Civil, no qual as partes estão em pé de igualdade. Assim, o princípio protetivo pode sofrer limitações? Em caso positivo, até que ponto?

A primeira pergunta será respondida no próximo capítulo. Este tópico se focará na segunda questão.

A lógica é: se a lei estabelece vantagens ao trabalhador, mas estas não são disposições de ordem pública que impeçam a sua alteração nem há um princípio que, em algum grau, guie a interpretação ou dirima conflitos normativos em favor do empregado, então não mais se está nas cercanias do Direito do Trabalho, mas no campo do Direito Civil, no qual tudo é negociável e sempre prevalece o acordado. A importância do princípio protetivo não significa a impossibilidade de sua modulação. Nem sempre ele irá incidir plenamente. Haverá casos nos quais ele pode ser afastado ou incidir parcialmente. Isso é da natureza dos princípios (DWORKIN, 2002, p. 42-46). Eles não incidem sempre de forma plena, têm graus de incidência, ora incidindo mais, ora incidindo menos.

Não bastasse isso, o princípio protetivo não está imune às críticas da doutrina trabalhista. Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1996, p. 57-72) aponta controvérsias sobre o alcance do *in dubio pro operario* nos temas de previdência social, convenções e acordos coletivos e matéria probatória. Para Arion Sayão Romita (2016, p. 30-31), a noção de que o Direito do Trabalho protege o trabalhador pode ser criticada em ao menos seis aspectos, dentre eles, quanto à extensão subjetiva, segundo a qual o princípio protetivo teria insuficiência conceitual, pois tutelaria apenas as relações contratuais formalizadas, deixando desamparados os desempregados e aqueles que estão na informalidade. O autor chama essa situação de “paradoxo da proteção truncada (ou trocada)”.

A legislação trabalhista brasileira tem muitas exigências e é cara para o empregador. No entanto, quando se tenta algum tipo de flexibilização, as críticas são muitas. Como resultado,

em nome de uma proteção apenas no papel, deixa-se desamparado um grande grupo de trabalhadores.

Deste breve esboço, nota-se que as críticas ao princípio da proteção estão presentes no pensamento justralhista e que há variação na forma como a doutrina entende a sua aplicação (RODIRGUEZ, 1993, p. 30-38; SOUSA, 2002, p. 97-98). Plausível, portanto, defender que não há problema dogmático em o princípio protetivo ter seu alcance limitado pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT.

No plano jurisprudencial, as decisões mais recentes do TST formam conjunto sólido no sentido de aplicar o princípio protetivo, em suas três dimensões, na maioria dos casos. Vejamos três decisões emblemáticas.

Seguem três julgados, cada um tratando de um subprincípio.

No ARR-1161-39.2015.5.02.0034:

III - RECURSO DE REVISTA. CPTM. ADICIONAL NOTURNO MAJORADO POR NORMA COLETIVA. HORAS PRORROGADAS EM PERÍODO DIURNO. APLICAÇÃO. Da leitura do acórdão, constata-se que a intenção dos atores coletivos não foi limitar a aplicação do adicional noturno majorado para 50% apenas ao período 22h às 5h, uma vez que a norma constitui mera reprodução do art. 73, § 2º, da CLT. Na interpretação das normas, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro operario*. (ARR-1161-39.2015.5.02.0034)⁵⁴

No caso, o autor alega direito ao adicional normativo nas horas prorrogadas em período diurno. O instrumento coletivo já previa a majoração na hora noturna em 50%, acima dos 20% do art. 73 da CLT, porém não fez previsão do período de duração desse adicional. Para o julgador, isso implica que a intenção dos atores coletivos seria ampliar a aplicação a hora prorrogar a hora noturna para além dos limites legais. Automaticamente, o TST aplicou o *in dubio pro operario* para adotar a interpretação mais benéfica:

O Tribunal Regional, ante a existência de normas conflitantes do Tratado Internacional de Itaipu e as disposições constantes da Consolidação das Leis Trabalhistas, com base no princípio protetivo da norma mais favorável ao trabalhador, manteve a procedência da pretensão do reclamante relativa às horas extras. A decisão regional está em consonância com a jurisprudência do TST segundo a qual, no caso de confronto entre as normas do Tratado de Itaipu e a CLT, deve prevalecer a mais favorável ao empregado. (AIRR – 1228-20.2015.5.09.0095)⁵⁵

⁵⁴ No mesmo sentido: ARR-1202-73.2014.5.02.0023; RR-1083-62.2014.5.02.0072; E-ED-RR-625-68.2015.5.04.0027. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 29 dez. 2019.

⁵⁵ No mesmo sentido: RR-1000625-45.2016.5.02.0464; ARR-1458-51.2017.5.17.0004; RR-20647-84.2017.5.04.0292; RR-485-83.2010.5.09.0095; RR-1076-03.2011.5.05.0651; AIRR-493-19.2017.5.06.0121;

O caso envolve conflito entre o Tratado Internacional de Itaipu e a CLT e é emblemático porque o TST reconheceu a aplicação da norma mais favorável, mesmo quando implique o afastamento de Tratado Internacional. A Itaipu Binacional alegou que a existência de norma internacional deveria prevalecer, em razão do princípio da especialidade. Mesmo assim, o Tribunal optou por aplicar a norma mais favorável ao trabalhador:

A jurisprudência desta Corte se posiciona no sentido de que é válida a norma coletiva que estabelece o salário-base como parâmetro para o cálculo das horas extras e, em contrapartida, assegura ao empregado condição mais benéfica, no caso, o pagamento de adicional extraordinário superior ao limite legal. (RR-25473-20.2016.5.24.0006)⁵⁶

Este último julgado em destaque validou norma coletiva que estabeleceu o salário-base e não a integralidade da remuneração como base de cálculo das horas extras, porque a mesma norma coletiva estabelecia contrapartidas mais vantajosas ao trabalhador. No caso do conflito temporal de normas, foi mantida a norma coletiva, por trazer condições globais mais benéficas. Note-se que a análise da condição mais benéfica se processa observando-se a fonte normativa como um todo, e não seus dispositivos isoladamente.

A sólida jurisprudência do TST de aplicação do princípio protetivo impõe ônus argumentativo para a presente tese. Alguns argumentos a favor da posição aqui defendida: a ampliação da liberdade negocial do trabalhador, na proporção promovida pela reforma de 2017, é uma novidade que pressionará os tribunais trabalhistas no sentido de, ao menos, refletirem sobre o alcance do princípio protetivo. Ademais, o exemplo estrangeiro evidencia margem de ampliação da negociação individual sem que isso represente degradação dos trabalhadores. No Capítulo 4, a seguir, a interpretação do STF sobre as normas trabalhistas presentes na Constituição da República será explorada, momento adequado para debater a solidez constitucional do entendimento do TST.

Resta saber se a limitação imposta ao princípio protetivo ainda se coaduna com os pressupostos do Direito do Trabalho. Este fato não descaracteriza o contrato do hipersuficiente como uma espécie de contrato de trabalho. Ora, além de ter todas as características de um contrato de trabalho, de existir subordinação na relação, o princípio de proteção ainda incide,

AIRR-1591-13.2017.5.12.0011; RR-194000-45.2009.5.10.0013. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em 29 dez. 2019. Thereza Nahas e Raphael Miziara reafirmam a solidez da jurisprudência do TST no sentido de aplicar o princípio da norma mais favorável para solução de conflitos normativos (NAHAS e MIZIARA, 2017, p. 23-6)

⁵⁶ No mesmo sentido: RR-72-54.2015.5.17.0004; ARR-575-97.2016.5.09.0025; RR-1198-19.2014.5.09.0095; ARR-379-85.2001.5.01.0006; RR-76100-44.2009.5.01.0481; RR-10004-54.2011.5.04.0332. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 29 dez. 2019.

mesmo que em apenas uma de suas dimensões. Havendo dúvida exegética legítima, o *in dubio pro operario* fará com que o intérprete opte pelo entendimento mais benéfico. E nas cláusulas contratuais que fujam da previsão do art. 611-A da CLT, o princípio irá incidir em suas três dimensões.

As considerações feitas neste item tratam apenas da limitação ao princípio protetivo, sem entrar no mérito do critério a ser usado para identificar o hipersuficiente. Como a presente tese milita pela alteração do critério definidor da hipersuficiência, resta a pergunta: como se comportaria o princípio protetivo?

Nesse particular, a tese proposta deve seguir o mesmo modelo do Parágrafo único do art. 444, afastando os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica, para viabilizar a validade do contrato de trabalho do hipersuficiente quando em conflito com normas coletivas e legais – salvo se a lei estipular uma determinação de ordem pública, como é o caso da irredutibilidade salarial, que somente pode ser implementada por instrumentos coletivos. O *in dubio pro operario* permaneceria incidindo nos casos de dúvida.

Essas limitações dão proeminência à função de coordenação do Direito do Trabalho ao mesmo tempo em que garantem um mínimo de proteção. Ademais, esta proteção mitigada seria compensada pelo fato de o hipersuficiente ter maior liberdade negocial – o que lhe viabilizaria maiores ganhos – e de ser detentor de poderes diretivos no interior da estrutura empresarial.

CAPÍTULO 4 A CONSTITUCIONALIDADE DA HIPERSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR

No capítulo anterior, demonstraram-se inconsistências dos critérios adotados pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT. Porém, a diferenciação do nível de proteção, o que inclui certas limitações ao princípio protetivo, não padece dessas inconsistências. Com base nessa constatação e na comparação com os sistemas espanhol e italiano, propôs-se a adoção do *critério da posição hierárquica* para guiar a elaboração da legislação. Assim, o empregado hipersuficiente passaria a ser aquele que detém altos poderes diretivos dentro da empresa, e a legislação autorizaria também a ampliação das hipóteses de hipersuficiência por meio de negociação coletiva.

Todas as inconsistências do Parágrafo único do art. 444 da CLT devem ser analisadas do ponto de vista constitucional. Se a Constituição da República nada disser contra o dispositivo, elas devem ser sanadas por meio da hermenêutica jurídica, buscando as interpretações. Se forem incompatíveis, então o dispositivo, ou parte dele, deverá ser considerado inconstitucional. A finalidade deste capítulo é expor os problemas constitucionais do atual modelo de hipersuficiente.

Há quatro pontos que deverão ser analisados ao longo deste capítulo: a) a inconstitucionalidade dos critérios adotados pelo legislador reformador para definir o hipersuficiente; b) a possibilidade constitucional de a legislação estabelecer níveis de proteção distintos entre os trabalhadores; c) a constitucionalidade da mitigação do princípio protetivo, nos termos definidos pelo Parágrafo único do art. 444 – aqui já está implícita a ideia de negociado prevalecendo sobre o legislado; d) a viabilidade constitucional de se adotar o *critério da posição hierárquica* como guia para elaboração do conceito de empregado hipersuficiente.

Para efetuar esta análise, será utilizada a teoria da concretização constitucional e, especialmente, a ideia de mutação constitucional, segundo a qual o confronto entre uma inovação legislativa e uma Constituição com certo tempo de vigência necessita da observância do contexto, para se verificar se a interpretação do texto constitucional mudou de sentido. Será demonstrado que, por conta de uma mutação constitucional, é cabível a mitigação do princípio protetivo e a consequente existência de normas trabalhistas menos protetivas dirigidas a um grupo determinado de pessoas. Mas este grupo não é aquele formado segundo os critérios do Parágrafo único do art. 444 da CLT, o qual viola a Constituição da República. Por outro lado,

um grupo com traços distintivos mais bem delimitados pode ser compatibilizado com a Constituição, mediante uma interpretação de sua evolução.

Primeiro, necessário compreender as questões sobre a interpretação constitucional, pavimentando o caminho para a análise da constitucionalidade do hipersuficiente.

4.1 A concretização e a metódica estruturante de Friedrich Müller

No Direito brasileiro pós-1988, doutrina e jurisprudência abraçaram o neoconstitucionalismo. É o conjunto teórico que dá centralidade à Constituição. Ao reconhecer sua força normativa, os intérpretes passam a considerar a perspectiva constitucional na análise das questões jurídicas. Além de assumir a lente constitucional para ler os problemas do Direito, há a inclusão de diversas normas antes albergadas em leis infraconstitucionais no corpo das Constituições – no campo do Direito do Trabalho, o art. 7º da Constituição da República elencou direitos fundamentais dos trabalhadores. Essa centralidade também implica a proeminência da Jurisdição Constitucional. Se a Constituição é a norma máxima que dá unidade ao ordenamento jurídico, e todas as normas jurídicas devem estar em conformidade com ela, torna-se necessário que um órgão fiscalize e afaste os casos de violação. Os Tribunais Constitucionais – o STF no caso do Brasil – assumem esse papel.

Por conta dessa centralidade, a doutrina e a jurisprudência começaram a desenvolver um sistema hermenêutico apropriado às peculiaridades de uma Constituição – sua superioridade hierárquica, linguagem polissêmica e teor político de muitos dispositivos são traços que tornam as questões constitucionais tão polêmicas. Para esta tese, serão analisadas as ideias de concretização e de mutação, a partir das quais será possível aferir a constitucionalidade das questões relativas ao hipersuficiente.

O texto normativo faz parte de um contexto social, político, econômico, enfim ele está inserido em uma dinâmica social. E, claro, está inserido em um sistema jurídico que compreende um conjunto de operadores em constante diálogo com a doutrina jurídica. Mudanças no campo social ou no pensamento jurídico irão influenciar a leitura do texto constitucional. Isso fica claro quando observada a teoria da concretização constitucional. Segundo ela, o texto normativo é incompleto; sozinho não representa a norma jurídica. Sequer uma interpretação descontextualizada sua pode ser considerada norma jurídica. A norma jurídica só surge de maneira completa quando o texto normativo é confrontado com a realidade. Quando o texto é colocado em confronto com a realidade, inicia-se um processo de

compreensão que irá resultar na formação da norma jurídica. Nesse sentido, os fatos são “como elementos inseparáveis desse mesmo processo (e da norma), e não apenas como um objeto sobre o qual se debruça ou em relação ao qual se reporta a disposição normativa.” (TAVARES, 2006, p. 61). Gomes Canotilho define assim a concretização:

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo de vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermediário, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais (...) A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica (CANOTILHO, 2003, p. 1201)

Segundo a concretização, a norma só se completa com o fato. O texto da Constituição está por ser completado. Ainda que as concepções prévias não deixem notar, os fatos é que irão suscitar as dúvidas e conduzir o intérprete na construção da norma que irá solucionar o caso. Cabe ao intérprete compreender os sentidos que o fato gera no texto, mas sempre verificando se esses sentidos são coerentes com o próprio texto e com o fato. Trata-se de um exercício de ir e vir entre fato e texto, o que se costuma chamar de círculo hermenêutico.

Como o caso concreto provoca um jogo de suscitações de sentidos do texto normativo, é natural questionar sobre os limites da exegese. Para Konrad Hesse (2009, p.109-110), o intérprete está vinculado pelo caso concreto e pela pré-compreensão do texto constitucional.

O intérprete não capta o sentido inicial do texto normativo no vácuo, pois carrega consigo entendimentos prévios dos sentidos possíveis desse texto. São sentidos socialmente construídos, ou seja, são frutos do contexto sociojurídico no qual o dispositivo está inserido.

O caso concreto é a outra condição da interpretação. É diante do problema que o intérprete perceberá os muitos sentidos que o texto normativo possui. O problema pode tanto auxiliá-lo a escolher, dentre os entendimentos prévios, aquele mais compatível, quanto provocar novos entendimentos que se coadunem melhor na formação da norma. Sobre essa distinção entre pré-compreensão do texto e o caso concreto, escreve Hesse:

(...) “compreender” e, com isto, “concretizar” só é possível em face de um *problema concreto*. O intérprete tem que relacionar a esse problema a norma que pretende entender, se quiser determinar seu conteúdo correto aqui e agora. Esta determinação, assim como a ‘aplicação’ da norma ao caso concreto, constituem um processo único, e não a aplicação subsequente, a uma determinada hipótese, de algo preexistente, geral, compreensível em si mesmo. Não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos. (HESSE, 2009, p. 110)

Hesse busca afastar a ideia de que o intérprete está desvinculado em seu processo de interpretação. Ele deve respeitar os limites que derivam da integração entre o texto e o caso concreto. É importante notar que, à medida que um dispositivo constitucional é confrontado com diversos casos concretos, ele vai ganhando mais densidade. Os casos pretéritos densificam o texto e geram normas que vão delimitar as concretizações futuras.

Se isso fosse traduzido em imagem, seria a de um navio naufragado sobre o qual corais se depositam. À medida que mais corais (fatos) vão se fixando ao casco do navio, a aparência dele (as normas) vai se alterando. Porém, os corais têm o casco do navio (texto normativo), bem como sua própria biologia, como limite.

Se a norma não está completa sem os fatos, o que ocorre quando o contexto social se altera radicalmente? A teoria constitucional tem como resposta o fenômeno da mutação constitucional. Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto assim o definem:

(...) consiste em processo informal de mudança da Constituição, que ocorre quando surgem modificações significativas nos valores sociais ou no quadro empírico subjacente ao texto, que provoca a necessária adoção de uma nova leitura da Constituição ou de algum dos seus dispositivos. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 341)

O constituinte almeja a perenidade de seu trabalho. Uma Constituição será mais forte quanto mais resiste ao tempo. E quanto menores as modificações, mais robustas as provas de que ela é bem adaptada às mudanças. Todavia, a evolução social demanda ajustes. A Constituição pode acompanhar as mudanças de duas maneiras: ou pela via formal, por meio de uma emenda editada pelo Parlamento, ou pela via informal. Esta se dá por dois caminhos: via interpretação evolutiva ou pelos chamados costumes constitucionais⁵⁷ (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 344-5; BARROSO, 2019, p. 143; SANTOS, 2015, p. 33-4). A maioria das Constituições prevê mecanismos formais de reforma. No caso do Brasil, temos um processo de reforma rígido.

A via informal de alteração das Constituições pode ser denominada de mutação constitucional. As mudanças têm espaço porque a leitura de qualquer diploma legal não ocorre no vácuo; elas são possíveis porque a norma se forma a partir da intersecção entre texto e fato. Se o contexto social muda, e novas questões são colocadas, a leitura do texto constitucional se

⁵⁷ Entendemos que os costumes são uma forma de interpretação, leva a cabo pelo corpo social. Afinal, para que um costume surja, é preciso que um entendimento sobre a normatividade exista. Porém, manteremos a diferenciação feita pela doutrina para fins de melhor expor as peculiaridades do tema.

altera. Como um processo informal, a mutação é difusa e inorgânica, acoplando novos sentidos ao texto constitucional (BULOS, 1996, p. 28).

A interpretação evolutiva é consubstanciada por atos (emissão de leis, decretos, sentenças, etc.) dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), com certa primazia do Tribunal Constitucional, pois cabe-lhe dar a palavra final sobre a constitucionalidade das normas. A outra forma de mutação é por meio dos costumes e práticas constitucionais. Um exemplo de costume constitucional é a tradição do Direito norte-americano de, nas eleições indiretas, os membros do colégio eleitoral apenas sacramentarem a vontade popular (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 355; BULOS, 1996, p. 30; SANTOS, 2015, p. 45-48).

A doutrina alemã do começo do século XX debruçou-se sobre o fenômeno da mutação constitucional, em paralelo com a construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal do país (BULOS, 1996, p. 26; SANTOS, 2015, p. 34-45). No Brasil, podemos apontar ao menos três decisões relevantes do STF que usaram o conceito de mutação constitucional para viabilizar mudanças de interpretação: a) o RE 82.959/SP, sobre individualização da pena (art. 5º, XLVI, Constituição da República); b) os Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, sobre fidelidade partidária (art. 55, I a VI, Constituição da República); e c) a ADPF 132/RJ, sobre a união estável entre homossexuais (art. 226, § 3º, Constituição da República).⁵⁸ Como se percebe, a mutação constitucional é uma realidade decorrente da natureza do texto jurídico e sua relação dinâmica com a realidade.

Cabe perguntar: há alguma diferença entre a abordagem concretista da interpretação constitucional e a ideia de mutação? Como a mutação constitucional é um exemplo de concretização, é possível traçar uma distinção de grau: os fatos que irão se integrar ao texto e gerar a norma resultam de uma realidade social que passou por radical alteração. Enquanto a concretização padrão pressupõe um contexto social pré-existente, ao qual a Constituição já estava inserida, a mutação surge quando o contexto sofreu grande alteração. De resto, as noções de polissemia dos textos normativos e a pré-concepção estão presentes em todos os casos.

Embora seja mais fácil de se observar a mutação em Constituições com certo tempo, nada impede que o fenômeno ocorra em diplomas recém-promulgados. O pressuposto que particulariza a mutação em relação à concretização padrão é a radical mudança do contexto fático. Retomando a metáfora do navio naufragado coberto por corais, a mutação seria a situação de um outro navio naufragando ao lado daquele já submerso.

⁵⁸ Outros casos do STF envolvendo a mutação constitucional, vide SANTOS, 2017, p. 52-72.

Konrad Hesse (2009, p. 152) reconhece essa ausência de ligação entre mutação constitucional e tempo de vigência de uma Constituição; o fenômeno da mutação pode ser observado vários anos após a promulgação do texto constitucional, ou apenas alguns anos depois. Sim, a mutação constitucional é profundamente dependente da dinâmica histórica, mas não está agrilhoadada a longos lapsos temporais. Certamente é mais fácil percebê-la em textos antigos, todavia a interpretação evolutiva encontra terreno fértil nas Constituições mais heterogêneas, que carregam muitas finalidades, como é o caso das cartas constitucionais mais recentes. Conforme observa André Ramos Tavares (2007, p. 86), “preferência por uma ou outra (*finalidade*) não se encontra na Constituição, mas sim numa escolha que pertence ao momento histórico vivido.”.

No caso do Brasil, a Constituição é caleidoscópica, terreno fértil para novos sentidos. Diga-se, em tese, na mutação, novos sentidos nascem, enquanto, na concretização, podemos dizer que os sentidos já estavam, de alguma forma, estabelecidos pelo texto.

Em certa medida, falar ou não em mutação depende de uma postura do intérprete. É possível imaginar dois julgadores defendendo o mesmo resultado hermenêutico, um argumentando que se trata de uma mutação e outro que tal sentido já estava albergado pelo texto. Isso não é defesa de um vale-tudo interpretativo, mas de que há casos fronteirios e, neles, a adoção ou não do argumento da mutação irá depender da postura adotada pelo intérprete diante dos seus interlocutores. Caso ele entendesse que sua exegese é palatável aos ouvintes, não recorreria ao argumento da mutação. Se a exegese fosse mais complexa, de difícil aceitação, a argumentação por meio da mutação seria mais convincente.

Além dos pressupostos para a ocorrência da mutação constitucional (a abertura semântica do texto constitucional e mudanças profundas na sociedade), há limites para que o fenômeno ocorra. Luís Roberto Barroso (2019, p. 142) identifica dois: “a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”.

Segundo o primeiro limite, uma exegese que não caiba no texto, que seja despropositada mesmo diante de um contexto social novo, não pode ser adotada. É um limite bastante fluido, afinal fala-se, exatamente, de alterações de sentidos normativos. O segundo limite oferece um balizamento mais sólido. Todo Poder Constituinte tem certos valores no horizonte que são como um DNA do sistema jurídico. Não é possível adotar uma interpretação que fira tais princípios fundamentais.

No caso da Constituição da República, é possível indicar os princípios elencados nos arts. 1º ao 4º e as cláusulas pétreas. Nesse sentido, Nadja Machado Botelho pontua que as cláusulas pétreas também formam limite importante à mutação constitucional:

mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites à mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido ou alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição (...).aplica-se à mutação incidente sobre cláusulas pétreas o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente à reforma; o que não se pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda (BOTELHO, 2010, p. 35-36)

Entre limites e pressupostos, é possível sintetizar os quadrantes da mutação constitucional da seguinte maneira: a) a abertura semântica do texto constitucional; b) alterações profundas no contexto social; c) a compatibilidade da nova interpretação com as possibilidades semânticas do texto normativo; d) a manutenção do núcleo básico dos princípios fundamentais da Constituição e o respeito às cláusulas pétreas. Independentemente de como são classificados esses elementos, eles já apresentam os seguintes desafios:

- Demonstrar que as alterações no contexto social foram de tamanha profundidade que permitam uma releitura do texto constitucional;

- Demonstrar que a releitura decorrente da mutação não viola os fundamentos da Constituição, notadamente a valorização do trabalho, nem aniquila o núcleo essencial dos direitos fundamentais do trabalhador inscritos na Constituição da República ;

- Demonstrar que o novo sentido trazido pela mutação constitucional não fere as cláusulas pétreas;

- Demonstrar que o texto constitucional possui uma abertura semântica que permita a constitucionalidade da figura do hipersuficiente, nos seguintes termos:

- é possível estabelecer diferenças de proteção entre os trabalhadores;

- Os critérios adotados pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT são inconstitucionais, mas uma definição de hipersuficiente que tenha como parâmetro o critério da posição hierárquica seria compatível;

- Seguindo tal parâmetro, a limitação do princípio protetivo também será constitucional.

Marco teórico relevante para o debate da concretização constitucional é a contribuição do alemão Friedrich Müller. Ao se debruçar sobre o fenômeno da mutação constitucional e o debate na doutrina alemã do século XX, Konrad Hesse (2013, p. 164-171) defendeu a adoção da teoria estruturante do direito, desenvolvida por Friedrich Müller, como forma de atualizar o debate e de melhor compreender como a evolução social impacta a exegese constitucional.

Friedrich Müller refina o debate sobre a concretização constitucional, elaborando novos conceitos e estruturando um método de concretização. O nível de analiticidade do trabalho do autor permite uma visão pormenorizada do processo de interpretação e aplicação das normas. Para Müller (2010, p. 58), a norma jurídica é composta por um programa da norma (ou programa normativo), que derivaria da interpretação do texto legal (os dispositivos presentes nos documentos legais), e por um âmbito ou domínio da norma (ou âmbito ou domínio normativo), algo como “(...) um recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação”. Não há uma separação entre fato e norma, mas a realidade passa a integrar de forma estruturada a norma. Esta resultaria da compreensão conjunta do programa da norma e do âmbito da norma. Dessa perspectiva, fica mais claro que o texto normativo (que irá gerar o programa normativo) deve ser lido de forma integrada com o contexto fático (âmbito normativo) que se apresenta. Müller ainda adota os conceitos de “âmbito material” e “âmbito do caso”.

Seu pensamento fica mais claro quando se percebe sua oposição à visão positivista que separava o fato e a norma e compreendia o processo de aplicação apenas como subsunção. Para Müller, o positivismo deixa de lado todo o processo de criação da premissa maior do processo de subsunção. É nesse instante que ele procura construir o seu método estruturante.

Müller (2013, p. 17-18) constrói sua metodologia partindo de um método indutivo de análise da jurisprudência. Ao identificar como os juízes julgam, ele pôde desenvolver uma metodologia voltada para o Direito Constitucional, mas que pode ser aplicada em qualquer campo do Direito. Sua preocupação é de aproximar, na teoria, a realidade fática da norma, e isso exige uma teoria da prática jurídica:

(...) O problema normativo da relação existente entre direito e realidade somente pode ser entendido por uma teoria da prática jurídica (aqui, jurídico-constitucional) que investigue as condições essenciais da realização do direito, sem perder-se em uma análise limitada exclusivamente aos pormenores da técnica metodológica. (MÜLLER, 2013, p. 20).

A interpretação dos textos normativos, fornecidos pela legislação, resulta no programa normativo. Texto e norma são coisas distintas. Os dispositivos presentes na CLT ou no Código Civil, por exemplo, apenas possuem “formas preliminares” do que virá a ser a norma jurídica (MÜLLER, 2010, p. 127). Usando os métodos clássicos de interpretação, como os consagrados por Savigny, interpreta-se esse texto. O que resulta daí é denominado de “programa normativo”. Em uma visão tradicional, isso seria a norma em si, que figuraria como premissa maior no processo de subsunção. No entanto, como Müller segue a visão concretista, a norma se perfaz com a integração do fato, tanto que, para ele, o âmbito normativo é parte constitutiva da norma. Âmbito normativo e programa normativo têm o mesmo nível hierárquico na constituição da norma. O domínio normativo é escolhido pelo programa normativo a partir de um recorte da realidade, ou é uma realidade criada pela própria norma. Uma norma que puna o homicídio recorta da realidade os casos de assassinatos; uma norma tributária cria o fato da relação jurídico-tributária entre Estado e contribuinte. Nas palavras do autor:

O âmbito da norma pode ser gerado (prescrições referentes a prazos, datas prescrições de forma, regras institucionais e processuais etc.), ou não, pelo direito. Na maior dos casos valem as duas coisas: o âmbito da norma apresenta componentes criados pelo direito bem como elementos outros de origem não jurídica. (MÜLLER, 2010, p. 58)

O âmbito normativo é mais restrito do que o âmbito material. Segundo Müller (2010, p. 59, o âmbito normativo “não é uma soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão, em regra, conformados de modo ao menos parcialmente jurídico”. O âmbito material reúne a totalidade das hipóteses relacionadas ao caso. Em alguma medida, podemos dizer que o âmbito material é delimitado pelo programa normativo, mas ele não constitui a norma. A abertura semântica do texto constitucional indica que o texto comporta mais de um sentido, logo podem derivar de um texto mais de um programa normativo. Estes são construídos a partir do confronto com o caso concreto. Os sentidos precisam guardar coerência com o texto constitucional. A abertura semântica decorre da própria incompletude do texto, que depende dos fatos para se concretizar, gerando a norma jurídica. Na perspectiva de Müller, o programa normativo destaca traços da realidade para compor o âmbito normativo. A normatividade jurídica decorre dessa junção entre o programa normativo (que poderíamos aqui falar em literalidade) e do âmbito normativo, que são os fatos selecionados pelo programa normativo. Na perspectiva de Müller, não há a distinção fato e norma; ambos são dependentes e constitutivos da normatividade.

Ao final, quando já definidos o programa normativo e o âmbito normativo, tem-se a norma que formará a premissa maior de um processo de subsunção, a qual irá gerar a norma de decisão.

Müller procura estabelecer uma hierarquia dos elementos de concretização, sempre privilegiando, em caso de conflitos, as interpretações mais próximas ao texto da norma. Assim, uma exegese que esteja mais próxima do texto irá prevalecer sobre um argumento político, por exemplo. Esta, aliás, é uma outra vantagem de se adotar a metodologia proposta por Müller, já apresentar critérios de desempate na interpretação, tudo de forma estruturada.

Essa relação íntima do texto e do fato (programa normativo e âmbito normativo) é estruturante da normatividade. Em razão disso, a mutação constitucional é uma decorrência da normatividade, pois o âmbito normativo sofre alterações ao longo do tempo. Com essa perspectiva permite uma compreensão integrada do texto da Constituição e do contexto social no qual ela está inserida. Porém, quando Müller aponta a preponderância das interpretações mais próximas ao texto, deixa claro que o texto em si é um norte na construção da norma. Por esse motivo, o fenômeno da mutação só irá ocorrer se respeitar o texto constitucional. Qualquer interpretação teratológica deverá ser afastada.

Com esses instrumentais, será analisado o texto constitucional, buscando construir suas normas (programa normativo, mais âmbito normativo) para, em seguida, confrontá-las com o conteúdo do Parágrafo único do art. 444 da CLT e com nossa proposta de reformulação da noção de hipersuficiente.

4.2 As mudanças sociais relevantes para compreensão da concretização constitucional

O arcabouço teórico da mutação constitucional é pertinente porque o objeto de estudo desta tese evidencia a ocorrência desse fenômeno. São dois pressupostos da mutação constitucional: a) a abertura semântica do texto constitucional; b) a mudança profunda no contexto social (COELHO, 2011, p. 180-181). Assim, para constatá-la, necessário que o texto constitucional tenha uma abertura que permita mais de um sentido e que o contexto social tenha sofrido mudanças radicais. O texto mais aberto permite a formação de uma maior quantidade de programas normativos. E os fatos novos suscitam novas leituras do texto, que resultarão em programa normativo diferenciado, com um novo recorte do âmbito normativo, com a abrangência de novas situações, implicando mutação constitucional. Se possível imaginar uma sequência, seria assim: os fatos novos influenciam a leitura do texto; esta leitura produz um

programa normativo que aponta para o âmbito material. Este já é um recorte de uma realidade que sofreu profundas mudanças. Quando, efetivamente, se construir a norma, o confronto com os novos fatos sociais fará com que o programa normativo altere o que tradicionalmente era considerado como âmbito normativo. Assim, na mutação constitucional, a norma se atualiza por meio de ajustes no âmbito normativo. Afinal, se a realidade é outra, o programa normativo não poderá fazer o recorte tradicional; ele produz um novo recorte da realidade, logo um novo âmbito normativo.

E quais fatos novos compõem os âmbitos materiais das diversas normas que serão estudadas? Quais fatos podem influenciar de forma tão cataclísmica os âmbitos normativos das normas constitucionais, que resulte na constitucionalidade de parte do Parágrafo único do art. 444? Possível demarcar dois conjuntos de fatos: um socioeconômico e outro jurídico-político.

Os fatos socioeconômicos são aqueles descritos no Capítulo 1, itens 1.3 e 1.4. As mudanças tecnológicas, o problema da qualificação da mão de obra brasileira e sua baixa produtividade e a crise econômica dos últimos anos impulsionaram o processo de reforma. Dentro desse contexto, avançou a ideia de flexibilização das leis trabalhistas, com o Estado reduzindo sua intervenção nas relações de trabalho, aumentando margens de negociação e diminuindo o nível de proteção.⁵⁹ À medida que as normas infraconstitucionais vão sendo flexibilizadas, torna-se evidente uma lenta passagem de um intervencionismo corporativista para um sistema mais negocial e não corporativista.

Aqui, há intersecção com o conjunto de fatos jurídico-políticos que alteraram o contexto social. À medida que o legislador produzia normas liberalizantes, desafiavam-se os valores tradicionalmente vinculados ao Direito do Trabalho – proteção, corporativismo e a hipossuficiência do trabalhador. E como em todo sistema jurídico tudo possui uma matriz constitucional, a legislação infraconstitucional testava os limites da Constituição da República.

A reforma trabalhista surge como uma apoteose. O escopo de mudança foi tão amplo que é possível falar na coroação de um processo de mudança nas feições do Direito do Trabalho. Tal processo não foi acompanhado por mudanças formais no texto constitucional. Sem estas, o Legislativo acabou se tornando um agente da mutação constitucional. A reforma surge como a mais recente peça nesse processo de mudança do âmbito material das normas constitucionais.

⁵⁹ Ao menos a proteção no sentido clássico, daquela garantida pela lei, afinal o sistema sindical não deixa de ser uma proteção para o trabalhador. O sindicato, por meio da negociação, alcança normas coletivas que podem ser muito mais benéficas e protetivas do que as legais.

Em alguns casos, os choques são evidentes, como a extinção da contribuição sindical obrigatória, sem mudanças no art. 8º da Constituição da República. Então, tem-se um caso de mutação capitaneada pelo Poder Legislativo. Resta ao Judiciário ou sacramentar ou extirpar a reforma.

Quando se fala em mutação capitaneada pelo Poder Legislativo ou em interpretação do texto constitucional no contexto de uma reforma das leis trabalhistas, não se quer uma leitura do texto constitucional a partir da CLT, mas reconhecer que o Poder Legislativo é um intérprete da Constituição da República e as leis sedimentam seus entendimentos. Também é o reconhecimento de que a reforma trabalhista é um sintoma de mudanças sociais mais profundas, bem como uma resposta legislativa aos desafios impostos por esse novo contexto. Friedrich Müller (2010, p. 58) ressalta que “o âmbito da norma apresenta componentes criados pelo direito bem como elementos outros de origem não jurídica”. Com a Lei n. 13.467/2017, o hipersuficiente surge no círculo gravitacional das normas constitucionais. Trata-se, então, de apontar que o contexto social como um todo mudou, impondo uma nova exegese, que agregue a ideia de trabalhadores hipersuficientes no âmbito normativo das normas constitucionais.

Essa alteração na leitura da constituição permite que ela continue em contato com a realidade. A mutação constitucional acaba sendo uma forma de impedir que o texto constitucional se divorcie da realidade. É, como já dito, um processo informal de mudança de sentido, adaptando e atualizando a Constituição, alterando seu sentido para mantê-la em interação com a realidade social (CUNHA JR., 2013, p. 252).

A conjugação dessa mudança social com um texto constitucional aberto e lacônico sobre a proibição da redução nos níveis de proteção dos direitos trabalhistas permite que se suscite a hipótese da mutação constitucional. Tal perspectiva evolutiva não poderia ser aplicada se o texto constitucional não fosse vago – Konrad Hesse (2009, p. 170) reconhece que o texto constitucional é um limite à mutação, ainda que não seja uma garantia absoluta. Mas, conforme indicado acima, também é preciso demonstrar que a mutação constitucional não violou o núcleo essencial dos fundamentos da República e dos direitos fundamentais dos trabalhadores presentes no art. 7º da Constituição, nem alguma cláusula pétrea.

Muitos pontos da Constituição da República são relevantes para o presente estudo, como o princípio da dignidade da pessoa humana ou a liberdade de trabalho. Para fins de corte epistemológico, o foco de análise serão três principais fundamentos constitucionais do princípio da proteção (MELLO, 2016, p.164-167) – art. 1º, inciso IV, o princípio da igualdade, presente nos art. 5º e 7º, especialmente no *caput*, todos da Constituição da República – e em um conjunto

de incisos do art. 7º que tenham relação com o hipersuficiente. Este recorte parte do pressuposto de que o princípio da proteção e seus fundamentos constitucionais, e parte dos incisos do art. 7º, são os que mais diretamente se relacionam com o Parágrafo único do art. 444 da CLT. Primeiro, porque o dispositivo limita fortemente o princípio protetivo; segundo, porque o dispositivo ainda promove a discriminação de uma classe de trabalhadores, dando-lhes maior liberdade contratual e menor proteção legal – relacionando-se com o princípio da igualdade; terceiro, porque os critérios adotados pelo dispositivo, bem como a preponderância do negociado sobre o legislador relacionam-se com um conjunto de incisos do art. 7º, quais sejam, os incisos VI, XIII, XXVI e XXXII.

Esta delimitação fornece elementos suficientes à análise dos critérios adotados pelo legislador para definir a hipersuficiência, a forma como o Parágrafo único do art. 444 dispõe sobre o princípio da proteção, a possibilidade de a legislação estabelecer níveis de proteção distintos entre os trabalhadores e a viabilidade constitucional de se adotar um conceito de hipersuficiente tendo como norte o *critério da posição hierárquica*.

Antes de prosseguir, importante verificar se há alguma cláusula pétrea dentre os dispositivos escolhidos. Sem dúvida, o art. 5º e o seu princípio da igualdade figuram como tal, em razão da proibição de abolição presente no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República. Mais relevante é saber se o art. 7º também é considerado cláusula pétrea.

Há dúvidas sobre os direitos trabalhistas estarem ou não incluídos no conceito de direitos e garantias individuais. Se a resposta for positiva, o art. 7º da Constituição da República seria cláusula pétrea. Porém, o STF nunca foi peremptório em definir o alcance da expressão “direito e garantias individuais”. Fernando Bernardi Gallacci (2011, p. 36-42), em levantamento da jurisprudência do STF, constatou que, em poucos casos, os Ministros tentaram estabelecer critérios claros para delimitá-la. Ainda neste mesmo levantamento, o autor constatou que, dos casos analisados, a maioria tinha como temática Direito Tributário ou Direito Previdenciário. Nenhum tinha a temática Direito do Trabalho. Por esses dados, e especialmente sabendo do fato de que o STF nunca teve que se confrontar de maneira tão aguda com as normas constitucionais protetivas do trabalhador, podemos aceitar que o art. 7º não é cláusula pétrea, por nunca ter sido expressamente incluído no rol dos direitos e garantias individuais, o que já ocorreu com o art. 5º. Assim, para fins desta pesquisa, o art. 7º não será tratado como cláusula pétrea, com a ressalva de que o STF tem a liberdade de estabelecer o entendimento contrário. Em vista disso, a probabilidade de a figura do hipersuficiente violar cláusulas pétreas limita-se ao caso do princípio da igualdade (art. 5º, Constituição da República).

Afastar a hipótese da cláusula pétrea é apenas um ponto, uma vez que tais cláusulas são mais resistentes ao processo de mutação. É preciso saber se, de forma geral, o Parágrafo único do art. 444 da CLT viola algum dispositivo constitucional ou se há condições de se defender uma alteração no âmbito normativo de certas normas constitucionais para garantir a validade da figura do hipersuficiente.

4.3 O programa normativo e o âmbito normativo de três normas constitucionais

Para avaliar a constitucionalidade do Parágrafo único do art. 444 da CLT, será necessário compreender como o programa normativo e o âmbito normativo de três normas constitucionais se caracterizavam antes da reforma. Ato contínuo, analisar se as mudanças fáticas são capazes de promover uma mutação nos âmbitos normativos dessas normas, de maneira que seja possível considerar constitucional a figura do hipersuficiente. Nos três próximos subitens, será analisado o conteúdo das normas constitucionais. Em seguida, será efetivamente analisada a constitucionalidade do hipersuficiente.

Importante sublinhar que o princípio protetivo é um princípio constitucional implícito (MELLO, 2016, p. 167). A jurisprudência do TST costuma localizar a raiz desse princípio na expressão “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, constante do *caput* do art. 7º da Constituição da República.⁶⁰ Como qualquer princípio, sua aplicação é elástica, ora se limitando, ora sendo mais abrangente. Isso porque, conforme explica Ronald Dworkin (2002, p. 41), um princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção”. Ao consagrar a expressão (posteriormente desgastada) de que princípios seguem a lógica do “mais ou menos”, Dworkin tentava traduzir uma lógica normativa: princípios não incidem de uma única maneira, mas variam caso a caso. Em certas circunstâncias, o princípio pode incidir e, em outras, não, abrindo espaço para um terceiro princípio, ou incidir apenas parcialmente. Trata-se de reconhecer que os tribunais aplicam os princípios de forma distinta.

Por não ser expresso – e pela maleabilidade comum aos princípios –, colocar o princípio protetivo como único parâmetro de constitucionalidade para avaliar a hipersuficiência do trabalhador em um contexto de mutação constitucional é problemático. Até porque o próprio Parágrafo único do art. 444 da CLT limita sua incidência. Assim, a análise terá como ponto de partida três normas constitucionais com programa normativo mais claramente vinculado com

⁶⁰ Vide: AIRR-863-80.2012.5.02.0251; RR-1176-36.2010.5.03.0137; ARR 50500-06.2009.5.02.0089. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 29 dez. 2019.

dispositivos constitucionais. Desse ponto, será possível avaliar se as normas envolvendo o hipersuficiente são constitucionais. No tópico sobre a mitigação do princípio protetivo feita pela reforma de 2017, destacou-se que, caso esta se revele constitucional, automaticamente, o princípio protetivo também validará a hipersuficiência do trabalhador.

4.3.1 O princípio da Igualdade

O princípio da igualdade está inscrito no art. 5º da Constituição da República. O *caput* prescreve que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. É a tradução do princípio da igualdade em sua versão mais clássica: todos os membros de uma sociedade devem receber o mesmo tratamento legal, com os mesmos direitos e mesmas obrigações.

Esta igualdade formal de todos perante a lei é base para as democracias e para o Estado Democrático de Direito. É garantindo a participação de todos na gestão do Estado que os sistemas jurídicos democráticos são legitimados. A lei escrita e uma mudança na concepção de ser humano foram essenciais para o estabelecimento da igualdade formal (COMPARATO, 2008, p. 12). À medida que a marcha histórica reconhecia que todas as pessoas são detentoras de uma essência humana, o tratamento legal igualitário se impunha.

No sistema jurídico, o conceito clássico de igualdade garante essa equiparação de todos perante a lei ao limitar o legislador e guiar o aplicador. O legislador está proibido de editar normas que tratem de forma privilegiada determinada pessoa ou grupo. E o aplicador, ao interpretar o texto legal, não pode criar privilégios, nem estabelecer diferenças não previstas em lei (FERREIRA FILHO, 2015, p. 312).

Essa igualdade perante à lei foi questionada, seja por correntes filosóficas, como o marxismo, seja pelos movimentos sociais (MARX; ENGELS, 2010, p. 40-51). As condições sociais desiguais formaram o substrato da crítica à igualdade formal. Com o tempo, ganhou proeminência a ideia de que caberia à lei estabelecer vantagens para grupos desprivilegiados. O Estado de Bem-Estar Social é a dimensão mais clássica dessa ação estatal que procura nivelar os sujeitos, viabilizando uma competição mais justa. Atualmente, a dimensão material do princípio da igualdade é reconhecida. Diferenças no interior da lei não são proibidas pela Constituição da República, desde que elas não sejam arbitrárias nem visem segregar certos grupos (FERREIRA FILHO, 2015, p. 313; SUPIOT, 2016, p. 176-179).

O princípio da igualdade, em sua dimensão material, deve ser aplicado quando identificada na realidade uma desigualdade que justifique uma diferenciação de tratamento.

Essa busca pela isonomia deve implicar um *discrímen* que resulte na minoração das desigualdades fáticas. Cabe ao Estado estabelecer critérios que beneficiem quem esteja em defasagem. Celso Antônio Bandeira de Melo indica parâmetros que podem ser usados para identificar se uma lei discriminadora desrespeita a isonomia. Se uma norma atender a esses parâmetros, a desigualdade posta na lei não irá ferir a isonomia, pois visará reduzir desigualdade concreta:

(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (MELLO, 2007, p. 21-2).

A legislação pode adotar qualquer critério como *discrímen*, desde que, abstratamente, tenha correlação lógica com a desequiparação feita. Por exemplo: a gestação como critério para a estabilidade da gestante possui congruência, pois o critério (a gestação) revela necessidades que justifiquem uma estabilidade temporal – a saúde da gestante, o bom desenvolvimento do feto, etc. Além dessa avaliação mais abstrata, necessário analisar, concretamente, se esse vínculo entre o *discrímen* e a ação estatal criada está de acordo com os objetivos constitucionalmente protegidos – no exemplo, há valores por trás do art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT além do direito à saúde. Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 41) indica mais dois elementos para que o *discrímen* seja aceito pelo princípio da igualdade: que a desequiparação não seja dirigida para um único sujeito; e que as situações ou pessoas alcançadas pela norma sejam efetivamente distintas entre si.

Essas discriminações positivas pretendem acabar com desigualdades reais; somente cabe um *discrímen* se existirem causas concretas que o justifiquem. O raciocínio é o seguinte: a regra geral é todos serem tratados igualmente perante a lei. Apenas se um fator diferencial for concretamente observável, poderá servir para que a lei crie distinções; estas devem gerar igualdade; se gerarem desigualdade, não serão cabíveis.

Esse modelo interpretativo do princípio da igualdade também é a exegese dada pelo STF no seguinte julgado:

A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A CB exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. (ADI 2.716, rel. min. Eros Grau, julgamento em 29-11-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008.)

Um dos maiores exemplos de promoção da igualdade material é o Direito do Trabalho. Sua vocação é minimizar as desigualdades econômicas que o sistema produtivo não conseguiu liquidar. As descrições feitas no Capítulo 1 evidenciam esse fenômeno. Assim, o princípio da igualdade, em sua dimensão material, está na base do Direito do Trabalho. Ao estudar os fundamentos do princípio da proteção, Américo Plá Rodríguez constatou:

O legislador não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compreensão dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável (RODRIGUEZ, 1993, p. 30).

Todos os critérios apresentados por Celso Antônio Bandeira de Mello podem ser considerados integrantes do programa normativo do princípio da igualdade material em seu aspecto geral. Tentando estabelecê-lo no campo trabalhista, evidencia-se a proteção, que procura autorizar a criação de normas que reduzam as desigualdades. O âmbito material agrega os diversos casos de exploração do trabalhador, com as diferenças econômicas e a desproporção entre patrão e empregado, ou simplesmente o fato da subordinação. Ao se delimitar o âmbito normativo, identificam-se os diversos contratos nos quais empregados hipossuficientes faziam parte da relação de trabalho e se encontravam em situação de fragilidade. Esta fragilidade histórica compõe o âmbito material e justifica racionalmente o estabelecimento de um tratamento protetivo ao trabalhador.

Os princípios da igualdade material e da proteção dão base constitucional às diversas leis trabalhistas de caráter protetivo. De maneira geral, o *discrímen* trabalhador hipossuficiente guarda uma correlação lógica com os regimes jurídicos criados pelas diversas normas benéficas estabelecidas pelo Direito do Trabalho. Ou seja, a situação de fragilidade do trabalhador é compreendida como uma razão para que a lei estabeleça uma desigualdade entre empregado e empregador; quando observamos as normas infraconstitucionais que estabelecem benefícios ao trabalhador, de forma geral, percebemos o respeito ao princípio isonômico.

Ao incidir no campo das normas laborais, o princípio da igualdade, basicamente, captava, em seu âmbito normativo, relações jurídicas nas quais o empregado era, em alguma medida, hipossuficiente. A figura do hipersuficiente cria uma fratura no Direito do Trabalho pátrio. Ela estabelece que alguns trabalhadores merecem menos proteção que outros – ou que alguns trabalhadores tenham maior liberdade de negociação do que outros. Agora que esse sujeito adentra o âmbito material do princípio, é possível estabelecer alguma leitura da igualdade que aceite essa figura contratual? Lembrando que, conforme lição de Müller, terá primazia a interpretação que menos divergir da literalidade do texto normativo.

A resposta à pergunta estará em itens próximos. Aqui, cabe estabelecer que o programa normativo do princípio da igualdade aceita a discriminação de qualquer espécie, não apenas aquela a favor do trabalhador hipossuficiente. O que o programa normativo exige é que a diferenciação não seja arbitrária, que o critério adotado pela lei tenha pertinência com o tratamento estabelecido por ela. Esta constatação gera estranhamento, porque se costuma pensar este princípio apenas como um meio de beneficiar pessoas desfavorecidas. Porém, nada impede que diferenciações sejam dirigidas às camadas mais altas da sociedade, desde que respeitados os critérios até aqui apontados.

O Parágrafo único do art. 444 da CLT adota como *discrímen* um padrão salarial e o grau de escolaridade, e o tratamento dado é a possibilidade de uma maior margem de negociação, resguardados direitos fundamentais. Esta situação é compatível com o princípio da igualdade? Mais, outros tipos de distinções que ampliassem a liberdade de negociação seriam possíveis? A posição hierárquica e a quantidade de poder diretivo que um trabalhador possuísse seriam critérios discriminatórios compatíveis? Estas questões serão respondidas em tópicos futuros. Agora a questão dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

4.3.2. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

A Constituição brasileira traz os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República. Revela-se a preocupação do constituinte em proteger o trabalhador, sem anular o papel da iniciativa privada. A valorização do trabalho humano também fundamenta a ordem econômica, o que faz Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 110) dizer que o direito ao trabalho “deflui diretamente do direito à vida. Para viver, tem o homem de trabalhar. A ordem econômica que lhe rejeitar o trabalho, lhe recusa o direito a sobreviver”.

Certamente, encarar o trabalhador como hipossuficiente e estabelecer critérios de solução de conflitos normativos favoráveis a ele é uma maneira de valorizá-lo.

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, CRFB) possuem uma textura constitucional bastante aberta, o que não dificulta a identificação de múltiplos sentidos. Primeiro, o constituinte não especificou os meios para se concretizar os referidos valores sociais do trabalho – ao menos não de maneira expressa e cabal. Segundo, colocou em pé de igualdade os valores sociais do trabalho e os da livre iniciativa, elementos que, frequentemente, entram em choque. Certamente, os valores sociais do trabalho passam por uma ideia de proteção – até por todo o contexto da Constituição da República que, mesmo buscando o pluralismo, nunca deixou o trabalhador desamparado e privilegiou o corporativismo. A própria jurisprudência do TST tem colocado no âmbito normativo do dispositivo em comento a atuação proba das empresas – conforme a Súmula 331.⁶¹

Por uma leitura clássica, os valores sociais do trabalho remetem à noção de proteção e dignidade do trabalhador. Como fundamentos da República, devem ser lidos tanto do ponto de vista individual quanto do coletivo. Individualmente, cada trabalhador deve ser tratado com humanidade, exercendo o seu trabalho em condições dignas, o que pressupõe o respeito às regras de higiene e segurança e aos direitos legal e contratualmente estabelecidos. Coletivamente, o estabelecimento de um mercado de trabalho que possibilite o pleno emprego (art. 170, inciso VIII, Constituição da República), bem como que as vagas oferecidas não vilipendiam a dignidade da pessoa humana. Estes são objetivos a serem perseguidos por todos, cabendo ao Estado Brasileiro elaborar políticas públicas, fiscalizar e expedir normas que persigam esses valores.

Por ter traço corporativista, a Constituição brasileira acaba por reforçar a função protetora do Direito do Trabalho. Amauri Mascaro Nascimento, como já apontado, indica mais duas funções: de coordenação e de organização. A função de coordenar os interesses dos empregadores e empregados, evidenciada nos momentos de negociação coletiva, revela que as normas laborais também devem buscar o equilíbrio entre o econômico e o social, entre trabalho humano e livre iniciativa. A função de organização é perceptível no plano coletivo, com as normas que estruturam o sistema sindical.

⁶¹ “O entendimento adotado no item IV da Súmula n. 331 encontra-se em sintonia com os princípios da dignidade de pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa consubstanciados no art. 1º, III e IV, da CF/88. Incólume o inciso II do art. 5º da Constituição Federal.” AIRR - 31840-75.2005.5.05.0038

Se o Direito do Trabalho não se limita à tarefa de proteger o trabalhador, também é cabível limitar os valores sociais do trabalho ao princípio protetivo. Especialmente a função de coordenação revela que cabe ao Direito do Trabalho encontrar um ponto ótimo entre benefícios dos trabalhadores e ganhos gerados pela livre iniciativa. Estes são codependentes: sem a livre iniciativa, não há a geração de emprego, e sem a valorização do trabalho humano, as condições sociais se degradam, deteriorando a qualidade de vida dos trabalhadores e, também a sua produtividade. Sociedades com grandes massas de precarizados e de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza são problema humanitário e econômico: a própria iniciativa privada acaba se limitando por falta de um espaço propício para prosperar; e a dignidade humana é lançada na vala comum da degradação social. A melhor forma de evitar tal fenômeno é buscar o equilíbrio entre os valores sociais do trabalho e os da livre iniciativa. Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto observa que:

(...) a expressão “valores sociais” tanto se aplica ao trabalho quanto à livre-iniciativa, devendo se valer o aplicador do direito do postulado da concordância prática, dirigido à solução que o equilibre os bens constitucionalmente tutelados. Nem o excessivo peso a ser atribuído à liberdade de iniciativa, nem conferir maior densidade aos valores sociais do trabalho (SILVA NETO, 2013, p. 480).

Os sentidos mais clássicos dados à noção de valores sociais do trabalho são derivados de um programa normativo no qual a perspectiva predominante era de um trabalhador tipo hipossuficiente. E cujo âmbito material – ao menos na promulgação da atual Constituição da República – era de um contexto pré-queda do muro de Berlim e de uma economia pré-globalização, com a função de coordenação do Direito do Trabalho ficando em segundo plano. Mesmo que em pouco tempo a sociedade tenha mudado radicalmente, o Direito do Trabalho permaneceu enraizado na noção de um trabalhador hipossuficiente que precisava de plena proteção estatal – some-se a isso a inclinação da sociedade brasileira para demandar a presença do Estado nos mais diversos assuntos. Tentativas de mudanças eram dificultadas por força de grupos de interesses. E, contraditoriamente, mesmo entre as muitas flexibilizações que ocorreram desde a promulgação da Constituição da República, nenhuma delas desafiou o paradigma do hipossuficiente de forma tão direta quanto a figura do hipersuficiente.

Ao alargar a margem de negociação, inclusive a individual, o legislador estava interpretando que há um ponto de equilíbrio entre valorização do trabalho e livre iniciativa, no qual as partes podem ter uma maior margem de negociação, sem resultar em prejuízo ao trabalhador. Esta redução da intervenção evidencia a função de coordenação.

Esta proeminência da função de coordenação é tributária das radicais mudanças no mundo do trabalho. A extinção de muitas formas de trabalho e o surgimento de outras tantas, a maior instabilidade no mercado de trabalho, as incertezas da *gig economy*, a competição por uma vaga de trabalho – chegando, em alguns casos, a alcançar o patamar internacional – demonstram a necessidade de adaptação constante de todos os agentes envolvidos – empregado, empregador, entidades da sociedade civil e Estado. Por ser cada vez mais difícil garantir pleno emprego, é preciso garantir a empregabilidade.

Empregabilidade é a aptidão de conseguir um emprego, ou de se manter empregado, e guarda relação com a constante qualificação e atualização dos trabalhadores (MANNRICH, 2005, p. 104-105). Possível traduzir esse conceito também como: ter condições de disputar uma vaga no mercado de trabalho. Em um mundo competitivo, o trabalhador deve ter aptidões que interessem ao mercado. Todavia, a noção de empregabilidade não pode servir para colocar sobre os ombros do trabalhador toda a responsabilidade pelo seu estudo. Sendo a educação um dever do Estado e os valores sociais do trabalho fundamento da ordem econômica e do próprio Estado brasileiro, cabe a este o dever de viabilizar o estudo e a qualificação dos trabalhadores, garantindo a empregabilidade.

Enfim, o contexto mudou radicalmente desde a promulgação da Constituição em outubro de 1988. Isso provoca uma mutação dos valores sociais do trabalho para que eles possam responder melhor às demandas desse tempo. É plausível defender que o programa normativo do inciso IV do art. 1º agora alberga a noção de empregabilidade e não apenas a ideia de pleno emprego. Esta ideia de empregabilidade é receptiva a uma legislação orientada para a negociação e para a facilitação da recolocação do profissional. Se são mesmo tempos de *gig economy*, não cabe defender que ampliação do poder de negociação, multiplicação das espécies de contratos de trabalho, simplificação nos processos de demissão e contratação, a fim de que o trabalhador possa garantir direitos básicos, sejam encarados como violadores dos valores sociais do trabalho. É necessário, sim, buscar um equilíbrio para que esses valores continuem a garantir condições mínimas de dignidade para o trabalhador.

4.3.3 O art. 7º

O art. 7º é outra norma importante para aferir a constitucionalidade do hipersuficiente. O dispositivo também fundamenta o princípio da proteção, especialmente o seu *caput*: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

O art. 7º enumera vários direitos dos trabalhadores, mas sem excluir outros que melhorem a condição social desses sujeitos. Esta ressalva é apontada como fundamento para o princípio de proteção, conforme indicado acima. Seus incisos, por sua vez, garantem ao trabalhador direitos que o Constituinte entendeu necessários para uma vida digna.

Em relação ao *caput*, é relevante compreender que ele é apontado como fundamento à vedação ao retrocesso social. Se isso é certo, a mitigação do princípio protetivo e, por consequência, a liberdade negocial do hipersuficiente, seria inconstitucional. Claro, se tais inovações legislativas forem entendidas como marcha para trás. Porém, o problema é anterior. O princípio da vedação ao retrocesso social não é algo pacífico nem na doutrina, nem na jurisprudência brasileira. Os poucos casos em que o STF já tratou do tema não permitem sistematizar claramente o pensamento da Corte. Há outros argumentos muito mais fortes e recorrentes – como o da reserva do possível, utilizado nas ações que demandam que o Estado forneça uma prestação – que resultam em decisões que retrocedem em direitos sociais. É perceptível que a vedação ao retrocesso social é mais um argumento entre tantos no debate sobre os Direitos Fundamentais.

A dita vedação torna-se mais frágil quando confrontado o tema com a ideia de mutação constitucional das normas envolvendo o Direito do Trabalho. As mudanças sociais são tantas e a jurisprudência do STF tão escassa, que o Supremo, caso se debruce sobre a constitucionalidade da reforma de 2017, terá grande liberdade hermenêutica. Mesmo que reflitam sobre a jurisprudência do TST, tradicionalmente protetiva, os Ministros do STF partirão de pressupostos do Direito Constitucional, gerando uma linha argumentativa que ainda não se fez presente na seara trabalhista.

Em resumo, a reforma de 2017 possibilita aos membros do STF, pela primeira vez, concretizarem normas como as do art. 7º. A probabilidade de se reconhecer a vedação ao retrocesso é baixa, pois isso implicaria anular praticamente toda a reforma, rompendo totalmente o diálogo que o legislador buscou estabelecer entre o Direito do Trabalho e a nova realidade do mundo do trabalho.

Ademais, o âmbito material da possível norma extraída do *caput* do art. 7º teria passado por tantas mudanças que dificilmente haveria possibilidade de a norma albergar a vedação ao retrocesso. Assim, não parece que o *caput* represente barreira ao Parágrafo único do art. 444 da CLT. Por outro lado, alguns incisos do art. 7º surgem como pedras no caminho da constitucionalidade do dispositivo; são os incisos VI, XIII, XXVI e XXXII. Os dois primeiros são pertinentes ao tema porque o Parágrafo único do art. 444 c/c incisos I, V e IX do art. 611-A autorizam a negociação individual de salário e jornada de trabalho; o inciso XXVI é pertinente porque, enquanto reconhece as convenções e os acordos coletivos, o contrato do hipersuficiente se sobrepõe a essas figuras; já o inciso XXXII veda distinções entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, e o Parágrafo único do art. 444 da CLT faz uma distinção dessa espécie. Vejamos o sentido básico desses dispositivos.

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo

A proteção do salário é uma preocupação constante no Direito do Trabalho (MANUS, 1999, p. 307). Protegê-lo é garantir ao trabalhador acesso ao fruto de sua atividade. É o salário que dá ao trabalhador previsibilidade para a sua vida financeira, com reflexos nos demais planos da sua vida. Assim, quando a lei protege o salário, está protegendo também todas as dimensões da vida do trabalhador afetadas pelos seus ganhos financeiros. Tal preocupação foi reconhecida pelo constituinte ao determinar a irredutibilidade salarial, exceto se for definida por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho. Não estão abrangidos por esta vedação constitucional aquelas parcelas que não integram o salário, como as indenizações.

Para a finalidade desta tese – analisar a constitucionalidade do hipersuficiente –, não foi identificada nenhuma mutação relevante do dispositivo.⁶² Assim, a norma que se extrai do inciso em comento mantém a proteção contra a redução salarial, ressalvadas tratativas coletivas.

⁶² A reforma de 2017 promoveu alterações no campo da remuneração, como a criação do prêmio, que podem afetar de alguma maneira este dispositivo da Constituição da República. Contudo, nada que impacte a questão central desta tese, o empregado hipersuficiente.

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho

Assim como no anterior, não há nenhuma mutação digna de registro neste inciso. Os conceitos de jornada de trabalho ou de compensação, entre outros, não sofreram modificações em seu âmbito normativo capazes de justificar a mudança da norma. Ao menos, nenhuma que seja significativa para o debate sobre a constitucionalidade do hipersuficiente.

Em verdade, este dispositivo tem relevância porque sua parte final pode levar a entender que apenas pela via da negociação coletiva seria possível negociar jornada de trabalho. Porém, o constituinte inverte a ordem das palavras: no inciso VI, fala em *convenção ou acordo coletivo* como instrumentos capazes de relativizar a irredutibilidade salarial; enquanto no inciso XII, a duração da jornada de trabalho pode ser negociada *mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*.

Os instrumentos de negociação coletiva são a convenção e o acordo coletivo. A expressão “convenção”, no campo laboral, refere-se à tratativa realizada entre sindicato dos trabalhadores e sindicato patronal, o que permite dispor sobre matéria geral, que irá alcançar toda a categoria. Não se observa o uso do termo em outro sentido. Já a expressão “acordo” é usada tanto para nomear o acordo coletivo quanto o acordo individual. Os adjetivos (coletivo e individual) são imprescindíveis caso o emissor da mensagem queira deixar claro que fala somente de um deles. Sem um dos adjetivos, a expressão “acordo” torna-se ambígua.

Assim, é possível entender que, por fazer uso apenas da expressão “acordo”, o inciso XII é gênero de que são espécies o acordo coletivo e o acordo individual. Por outro lado, o inciso VI, quando inicia falando em convenção e, em seguida, em acordo coletivo, acaba por restringir a redução salarial ao plano do direito coletivo (neste mesmo sentido, MANUS, 1999, p. 310).

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho

O dispositivo, singelo em sua dicção, reconhece como fontes válidas do Direito do Trabalho as convenções e os acordos coletivos de trabalho. O constituinte prestigiou a autonomia privada coletiva como dimensão singular do Direito do Trabalho, em total consonância com a OIT, que defende ser essa autonomia a que melhor garante os interesses dos trabalhadores. Amauri Mascaro Nascimento defende ser a autonomia coletiva vocação do Direito do Trabalho:

As negociações coletivas fundamentam-se no princípio da autonomia coletiva. No *Direito do Trabalho*, é maior a importância do seu exercício, mesmo porque cumpre um papel que não é conseguido pela autonomia individual do trabalhador. No nível direto com o empregado, a sua liberdade oprimiu-o. O mesmo não ocorre quando um grupo exerce, em conjunto, a sua autonomia perante o empregador. Daí a relevância da preservação da autonomia coletiva dos grupos, expressão do pluralismo jurídico do qual resulta um poder normativo destes para, na medida conferida pelo ordenamento jurídico, elaborar a auto-regulamentação dos seus interesses e direitos mediante a livre e direta negociação (...). (NASCIMENTO, 1998, p. 127-128).

O STF tem explorado mais este dispositivo do que os demais aqui analisados. Ao tratar sobre os planos de dispensa voluntária, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso destacou a importância da negociação coletiva no Direito brasileiro:

A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção 98/1949 e a Convenção 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. [RE 590.415, rel. min. Roberto Barroso, j. 03-4-2015, P, DJE de 29-5-2015, Tema 152].

O Constituinte deu à negociação coletiva mais do que uma posição de destaque; deu-lhe a primazia no desenvolvimento do Direito do Trabalho. Isso significa que o legislador infraconstitucional, sempre que possível, deve privilegiar a negociação coletiva em suas formulações ou, em uma interpretação mais restritiva do inciso, que o legislador deve sempre prestigiar a autonomia coletiva.

Os termos “privilegiar” e “prestigiar”, aqui utilizados, querem demonstrar uma distinção. Se o entendimento for de que o inciso deseja privilegiar a autonomia coletiva, significa que o Direito do Trabalho deve se guiar por um modelo negocial predominantemente coletivo. Se o entendimento for de que o inciso apenas prestigia a autonomia coletiva, significa

que o Direito do Trabalho não precisa tomar como principal modelo de negociação o coletivo, mas deve sempre garantir o espaço desse tipo de negociação. A figura do hipersuficiente demonstra que o legislador reformador compreendeu o inciso XXVI da segunda forma, tanto que não deixou de *prestigiar* a negociação coletiva.

O laconismo do STF deixa em aberto o peso que será dado às negociações coletivas. O movimento do legislador foi no sentido de não lhes dar exclusividade. Como já apontado, o fenômeno da mutação constitucional é decorrente de modificações no âmbito normativo. Assim, uma infinidade de fatores influi nesse movimento. Nesse conjunto, a posição de órgãos internacionais, como a OIT, pode influir na leitura que o STF fará da Constituição.

Em razão da reclamação formalizada junto à OIT por entidades sindicais,⁶³ que alegam violação, por parte da reforma trabalhista, das Convenções n. 98 e n. 154, é importante refletir sobre se o hipersuficiente viola ou não referidas Convenções. A Convenção n. 98⁶⁴ trata de sindicalização e negociação coletiva; garante que as organizações de trabalhadores e de empregadores serão protegidas contra atos que atentem contra sua autonomia, inclusive contra quaisquer ingerências de umas nas outras.

O art. 4º da Convenção n. 98 estimula a adoção de “medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação” coletiva voluntária, a fim de que as condições das relações de trabalho sejam reguladas por instrumentos coletivos. Já Convenção n. 154 busca fomentar a negociação coletiva, por meio da adoção de “medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva” (art. 5º, 1., da Convenção).

Não vemos violação dessas convenções por parte da legislação brasileira. Primeiro, a reforma trabalhista ampliou as condições de negociação coletiva, o que atende os objetivos estabelecidos nesses documentos. Em segundo lugar, as convenções não impedem que haja negociação *in pejus*, isso seria inclusive um contrassenso. É de se pressupor que, em uma negociação coletiva, ambos os lados cedam em favor do outro para se chegar a um consenso. Ora, o risco de certas condições estabelecidas na negociação serem piores em relação à lei é real. A negociação é instrumento que pressupõe o risco de certas condições piorarem.

Em relação ao Parágrafo único do art. 444 da CLT, ele não se relaciona com as referidas Convenções. Ora, elas estimulam a negociação coletiva, mas não proíbem a criação

⁶³ Confederação Nacional das Carreiras Típicas de Estado (CONACATE), a International Trade Union Confederation (ITUC) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT).

⁶⁴ Ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 49/1952 e promulgada pelo Decreto n. 33/1953.

de mecanismos individuais de negociação. Ademais, o hipersuficiente não está totalmente desamparado das Convenções, Apesar de ser um estímulo à negociação individual, não há impedimento legal para que sindicatos negociem coletivamente interesses de trabalhadores classificados como hipersuficientes.

Para arrematar, nossa proposta de mudança da definição de hipersuficiente fomenta a negociação individual, quando se defende a ampliação das hipóteses de hipersuficiência por meio de convenções e acordos coletivos.

XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos

Esta proibição de discriminação não é novidade no Direito pátrio. Constituições anteriores (1934, 1946 e 1967) traziam normas da mesma natureza. É caudatária da liberdade do trabalhador. Historicamente, o trabalho manual sofre estigma, sendo desvalorizado por ter sido exercido, ao longo dos séculos, por pessoas escravizadas ou em regime de servidão. Em um regime de livre mercado, no qual toda mão de obra, seja manual ou intelectual, deve ser remunerada, proibir que a lei estabelecesse distinções discriminatórias seria uma maneira de preservar a liberdade de ofício e profissão (ADAMOVICH, 2019, p. 392). Mesmo sendo antiga esta preocupação, o STF não tem julgados relevantes envolvendo este dispositivo.

Para Amauri Mascaro Nascimento (1989, p. 201-2) o inciso impede a criação de legislação trabalhista geral destinada a cada um desses tipos de trabalho. Não se poderia criar um regime jurídico geral para os trabalhadores manuais e outro para os intelectuais; as regras gerais devem ser iguais para todos. Mas o inciso não inviabiliza que cada profissão tenha regulamentos que cuidem das suas peculiaridades.

O dispositivo é sutil nesse aspecto. Ele não veda qualquer tipo de diferenciação, posto ser imperativa a regulação das mais diversas profissões, o que, fatalmente, pode criar distinções entre trabalho manual, técnico e intelectual. Ele veda que os elementos “trabalho manual”, “trabalho técnico” e “trabalho intelectual” sejam tomados por si sós como *discrímen*, criando regramento geral ou específico. Quando a profissão de enfermeiro é regulamentada, por exemplo, o parâmetro não é ser ou não uma função intelectual, mas as peculiaridades da atividade de enfermagem. Lembrando da lição vista quando tratamos do princípio da igualdade,

fácil concluir que o inciso XXXII veda distinções sem base na realidade. Se há algum elemento da realidade que justifique razoavelmente um *discrímen*, não haverá violação do inciso XXXII.

Possível especular até que ponto os avanços da sociedade contemporânea podem suscitar novos entendimentos sobre esse inciso. Talvez as mudanças no mundo do trabalho possam tornar o intérprete mais tolerante com leis que façam a distinção vedada pelo inciso em comento. De qualquer forma, permanecerá o espírito do inciso de proteger o trabalhador manual desfavorecido. O que certamente será reconhecido como inconstitucional são diferenciações que criem privilégios para quem exerce trabalho técnico ou, especialmente, intelectual.

4.4. A inconstitucionalidade dos critérios do Parágrafo único do art. 444 da CLT

A reforma estabeleceu os critérios de padrão salarial e grau de escolaridade para identificar o *hipersuficiente*. Eles são compatíveis com as normas constitucionais delineadas acima?

Em relação ao princípio da igualdade, não! Considerando-se ou não a mutação constitucional, os critérios legais entram em choque com o princípio da igualdade. O problema não está no regime jurídico estabelecido (que reduz a incidência do princípio protetivo para garantir maior liberdade de negociação), conforme será visto adiante, mas na possibilidade de os critérios adotados comporem um grupo heterogêneo de trabalhadores.

O legislador acredita ter estabelecido critérios suficientemente objetivos para estabelecer um grupo uniforme de trabalhadores, no qual todos são capazes de negociar individualmente. Afinal, é disto que trata uma lei que estabelece o que o Parágrafo único do art. 444 prevê: um grupo que, por certas características, prescinde de uma maior proteção, pois tem condições de negociar diretamente com seu empregador, tendo, de alguma forma, mais vantagens.

Isoladamente considerados, os dois critérios são bastante objetivos. Afinal, basta observar a existência ou não de diploma de nível superior e o valor salarial contratado. Porém, na aplicação, por serem critérios que dialogam pouco com a realidade do mercado de trabalho, não demarcam com clareza o grupo que prescinde de proteção. E se um critério entendido como objetivo começa a alcançar grupos que inicialmente deveriam ficar de fora, ele gera tantas controvérsias que perde sua objetividade.

Flutuações inflacionárias ou congelamento no reajuste do teto de remuneração do Regime Geral da Previdência Social seriam suficientes para impactar o limite salarial imposto pela norma, alargando seu campo de incidência e trazendo para o conceito de hipersuficiente trabalhadores que, de fato, não teriam condições de negocial individual. A exigência de diploma de nível superior também pode impedir que alguém que ocupe cargo de destaque em uma empresa e que tenha, de fato, grande poder de negociação possa negociar com mais liberdade, pois não detém o diploma. Seria o caso de um renomado *chef de cuisine*, sem curso superior, disputado por restaurantes. Certamente, ele não seria alguém sem poder de negociação, mas a ausência do diploma o colocaria na condição de hipossuficiente.

Claramente os critérios legais violam o princípio da isonomia, seja porque excluem pessoas com capacidade de negociação, seja porque incluem sujeitos hipossuficientes. Não há certeza de que apenas sujeitos com real capacidade de negociação seriam atingidos pela lei. O princípio da igualdade material só autoriza distinções quando realmente as pessoas são diferentes entre si (MELLO, 2007, p. 41). A norma infraconstitucional será compatível com o princípio da igualdade caso estabeleça critérios que formem grupos internamente homogêneos e peculiares quando comparados com o restante da coletividade. O critério discriminatório deve colher sujeitos com algo em comum entre si que justifique a discriminação. No caso do Parágrafo único do art. 444, podem ser inseridos no grupo de hipersuficientes tanto pessoas com real poder de negociação quanto sujeitos destituídos de tal capacidade.

Nem o argumento da mutação constitucional é plausível no caso do princípio da igualdade. Ele é razoavelmente aberto para permitir diversos tipos de discriminações positivas, mas não ao ponto de afastar a exigência de formação de grupos internamente homogêneos claramente distintos dos demais grupos. E por ser uma cláusula pétrea, a tolerância com o alargamento do texto constitucional é muito pequena.

Especificamente o critério do diploma de nível superior entra em rota de colisão com o art. 7º, inciso XXXII, da Constituição da República. A proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual tem força para afastar o dito critério legal. As normas que fazem essas distinções tomam por base traços distintivos de determinada profissão que não guardam relação direta com a distinção proibida pelo inciso. Profissões como a de médico ou advogado, por exemplo, têm regramento próprio não por serem atividades intelectuais, mas por serem atividades com funções bem delimitadas socialmente. A mesma lógica que orientou a regulação dessas profissões regula a de vaqueiro. São atividades com características distintivas muito

claras. No caso do hipersuficiente, a distinção é feita pelos anos de estudo, algo vedado pelo inciso XXXII referido.

Para tornar mais grave a situação, o legislador pressupõe a capacidade de qualquer formado de ler e compreender os termos de um contrato. Imaginar que o conhecimento especializado em determinada área dá capacidades para o sujeito interpretar um contrato é um salto interpretativo grande. Sim, na média, os mais graduados terão maior capacidade de compreensão quando comparados com alguém sem formação. E mesmo que não interpretem um contrato, mais facilmente irão buscar auxílio especializado. Certamente, foi essa a lógica usada pelo legislador, mas devemos deixar claro que o diploma garante que aquela pessoa tem uma formação em determinada área. Sua capacidade de compreender um contrato ou o tirocínio de procurar um advogado que o oriente dependerá muito mais da vivência do sujeito.

O relevante no caso do aludido inciso XXXII é que ele proíbe o parâmetro “trabalho intelectual” como *discrímen*. E a exigência do diploma pode se enquadrar em tal proibição. Poder-se-ia, contudo, suscitar a hipótese de que, por diminuir a proteção do hipersuficiente, não haveria violação ao inciso, posto ser um mecanismo de proteção, especialmente contra o trabalhador manual. No entanto, não concordamos com esta visão.

Em resumo, os dois critérios oferecidos pelo legislador para identificar o hipersuficiente violam o princípio da igualdade e, no caso da exigência de grau superior, viola o inciso XXXII do art. 7º da Constituição da República.

4.5 A constitucionalidade do critério da posição hierárquica

O Parágrafo único do art. 444 da CLT é inconstitucional porque seus critérios não delimitam com clareza um grupo merecedor de tratamento distinto. Não há, porém, inconstitucionalidade no ato de estabelecer tratamento distinto entre classes de trabalhadores. Basta que a lei estabeleça *discrímen* que reflita condição real e forme grupo homogêneo. Há, inclusive, casos, na legislação trabalhista pátria, de tratamentos diferenciados para certos grupos.

O art. 58 da CLT estabelece a jornada oito horas diárias de trabalho em atividades privadas. O art. 62 da CLT exclui dessa regra certos grupos de trabalhadores. O inciso II do art. 62 é bastante emblemático para esta tese, porque utiliza a posição que certos sujeitos ocupam na hierarquia para estabelecer jornada de trabalho mais flexível. Segundo o dispositivo, estão

excluídos “os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial”. A lei toma como critério discriminatório a posição de chefia. São critérios capazes de particularizar um grupo homogêneo com bastante clareza. É perceptível a relação desse critério com a realidade: gerentes, diretores e qualquer posição de chefia implicam flexibilidade no horário de trabalho, muitas vezes ultrapassando as oito horas. Em compensação, têm ganhos salariais maiores. Como, até a realização desta tese, referido dispositivo não foi declarado inconstitucional, possível afirmar que a Constituição da República autoriza discriminações entre trabalhadores, inclusive aquelas que utilizam a posição hierárquica como parâmetro discriminatório.

Conforme estabelecido no capítulo anterior, o conceito de hipersuficiente deveria ser modificado seguindo como parâmetro o *critério da posição hierárquica*. Por meio deste instrumento dogmático, o legislador poderia estabelecer, como critério legal capaz de identificar o hipersuficiente, o exercício de poder diretivo. Segundo o *critério da posição hierárquica*, trabalhadores com poderes diretivos ocupam altos escalões na hierarquia das empresas e se sujeitam a tênue subordinação. Uma norma que seguisse esse padrão seria compatível com a Constituição da República.

A vulnerabilidade desses altos dirigentes é atenuada, em comparação com os demais trabalhadores. Por exercerem postos de chefia, ganham melhores salários – em comparação com os demais empregados da empresa – e, comumente, possuem formação educacional de nível superior –, embora nada impeça que não a tenham. O essencial é que, utilizando o *critério da posição hierárquica*, possível estabelecer os altos dirigentes como hipersuficientes, um grupo homogêneo de trabalhadores e claramente distinto dos demais.

Buscando concretizar a norma de igualdade material no campo do Direito do Trabalho, o seu programa normativo exige que o tratamento diferenciado use um critério discriminatório coerente com o tratamento dado, que não se dirija a um único sujeito, que as pessoas distinguidas sejam efetivamente distintas, que o grupo formado seja homogêneo e que essa discriminação tenha fundamento nos objetivos estabelecidos pela Constituição.

O *critério da posição hierárquica* forma um grupo homogêneo e claramente diferenciado do trabalhador hipossuficiente, sem riscos de as fronteiras se turvarem com o tempo. A relação entre o critério proposto e o regime jurídico do hipersuficiente também está demonstrada. Também dialoga com a realidade, demarcando, de forma clara, um grupo de

trabalhadores e suas peculiaridades em relação aos demais – são altos dirigentes, detentores de poderes diretivos e com tênue subordinação. Essa discriminação se justifica porque eles não demandam o mesmo nível protetivo dispensado ao hipossuficiente. Sua posição e o poder que concentram lhes colocam em posição privilegiada na estrutura empresarial, com acesso a informações que os demais empregados não possuem. Eles também têm poder de influir no funcionamento da empresa. O alargamento do espaço de negociação lhes é útil por serem suas atividades bastante dinâmicas e pela possibilidade maior de manutenção do emprego em momentos de crise. Esta interpretação do princípio da igualdade é possível, porque o mercado de trabalho sofreu profundas mudanças e se tornou muito mais dinâmico, impondo ao âmbito normativo desse princípio a possibilidade de efetuar uma gama de diferenciações que vai além da classificação como hipossuficiente.

Trata-se de um grupo com reais poderes de negociação, que teria poucos prejuízos (quando não ganhos) com o novo formato. Quanto à pertinência aos objetivos da Constituição, o *discrimen* não viola nenhum dos fundamentos da Constituição da República e, além disso, pode atender aos objetivos do inciso IV do art 1º.

Em razão das mudanças no mundo do trabalho, os valores sociais do trabalho devem ser compreendidos não apenas como a clássica proteção. Como tratado anteriormente, a noção de empregabilidade deve ser inserida no rol de valores sociais do trabalho. A empregabilidade exige maior maleabilidade dos contratos de trabalho. E se o atual mundo do trabalho exige uma legislação que amplie as margens de negociação e até facilite e barateie os processos de demissão e contratação, é porque o caráter de coordenação do Direito do Trabalho passou a figurar como valor social do trabalho. Reconhecer que o contexto social sofreu alterações e implicou a inserção da empregabilidade e do caráter de coordenação do Direito do Trabalho no conceito de valores sociais do trabalho permite que leis mais adaptadas às rápidas mudanças não violem a Constituição da República.

Historicamente, defender a flexibilização estava vinculado à ideia de precarização. O que se defende aqui é que o legislador precisa entender que as leis devem se adequar a um mundo dinâmico. Necessário que se diversifiquem as modalidades de contratos de trabalho, como se a legislação oferecesse um rol de formas de contratação no qual empregado e empregador buscassem aquele mais conveniente ao caso concreto. Isso, claro, resguardados direitos sociais básicos e os princípios estruturantes do Direito do Trabalho (como o protetivo, ainda que mitigado). Nesse aspecto, a possibilidade de convenções e acordos coletivos de trabalho ampliam os casos de hipersuficiência, conforme defendido no capítulo anterior, é

mecanismo capaz de adaptar contratos mais flexíveis aos mais variados contextos, sem descuidar da segurança jurídica.

Em 1999, Nelson Mannrich (1999, p. 185) já doutrinava que a maior variedade de tipos contratuais não representava uma desregulamentação do mercado de trabalho, mas adaptações impostas por fenômenos como a globalização. E já defendia que havia “uma estreita relação entre a crise do Direito do Trabalho e a necessidade de reformular o contrato, por meio da introdução de novos tipos, sem prejuízo da garantia de direitos fundamentais, indispensáveis nessa batalha pela prosperidade econômica.” (MANNRICH, 1999, p. 203).

O contrato do hipersuficiente e sua ampliação mediante negociação coletiva, nos termos aqui expostos, enquadram-se nessa noção de valores sociais do trabalho pós-mutação. Se a ideia de proteção do trabalhador permanecesse estritamente vinculada ao intervencionismo, certamente nenhum modelo de hipersuficiência seria constitucional. Mas, se a empregabilidade e a coordenação de interesse podem ser consideradas valores sociais do trabalho, um contrato que alargue as margens da negociação individual estaria em consonância com o inciso IV do art. 1º.

Quanto ao inciso XXXII do art. 7º, o *critério da posição hierárquica* não se funda na ideia de trabalho intelectual, mas na tênue subordinação e nos poderes diretivos do empregado. Isso o coloca em posição de superioridade em relação aos demais. E o elemento fidúcia, presente em muitos casos, torna o ambiente de negociação mais transparente.

Assim, a proposta feita aqui não viola o princípio da igualdade, nem os valores sociais do trabalho, tampouco o inciso XXXII do art. 7º, todos da Constituição da República.

Em relação ao inciso XXVI do art. 7º, já ficou demonstrado que a posição de proeminência dada pela Constituição da República aos instrumentos coletivos de negociação não inviabiliza a negociação coletiva. E no caso desta tese, a possibilidade de negociação coletiva ampliar as hipóteses de hipersuficiência valoriza o dispositivo constitucional em comento.

4.6. A constitucionalidade do princípio protetivo, conforme o Parágrafo único do art. 444 da CLT

Para viabilizar a liberdade de negociação do hipersuficiente, o legislador afastou a incidência de duas dimensões do princípio protetivo: a prevalência da norma mais favorável e da condição mais benéfica. Sem isso, a liberdade de negociação estabelecida pelo Parágrafo único do art. 444 seria inviável, pois o Poder Judiciário poderia aplicar os princípios e afastar o que foi negociado em favor de uma lei ou instrumento coletivo que trouxesse maiores benefícios. Apenas o princípio do *in dubio pro operário* permanece incidindo sobre o contrato do hipersuficiente.

Foi exposto, em mais de um momento ao longo desta tese, que o princípio protetivo não é absoluto. O que não surpreende, pois trata-se de um princípio, e estes não são absolutos. É da natureza dos princípios uma incidência gradual; podem incidir em certo caso e, em outro, não; podem ser mais ou menos vinculantes, a depender do caso.

Assim, a mitigação promovida pelo dispositivo, que basicamente consiste em afastar a incidência do princípio de certas situações, em si, não é errada, uma vez que os princípios têm pesos distintos, incidindo de formas variadas (DWORKIN, 2002, p. 42). É inerente à atividade legislativa a criação de regras que irão ocupar espaços vazios antes decididos por princípios. Se os princípios têm como uma de suas funções oferecer solução jurídica quando houve uma lacuna de regras, é natural o afastamento deles quando o legislador estabelece uma regra com uma solução para a controvérsia.

No caso da regra do Parágrafo único do art. 444 da CLT, o legislador previamente determina que, em caso de conflitos entre normas, a solução será pela prevalência das normas contratuais. O legislador já fez a valoração, já deu a sua interpretação para o caso do hipersuficiente, oferecendo uma regra que soluciona os conflitos em favor do contrato individual e dispensando, assim, a incidência do princípio. E não há nada de absurdo em regras que estipulam solução para conflitos de normas (DWORKIN, 2002, p. 43). Se, eventualmente, surgir um caso difícil, para o qual a regra posta não apresente solução, o princípio protetivo pode voltar a incidir (DWORKIN, 2002, p. 127-203). Assim, a simples limitação de um princípio não viola o ordenamento jurídico, posto ser da dinâmica legislativa a ponderação de princípios para a formulação de regras. A questão é saber se a limitação respeita a Constituição.

E, sim, as limitações do princípio protetivo feitas pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT são compatíveis com a Constituição da República, desde que adotado o *critério da posição*

hierárquica para a identificação do hipersuficiente: um trabalhador com tênue subordinação e exercente de poder diretivo dentro da empresa. Mais ainda: sua mitigação é necessária para a efetividade de um contrato de trabalho hipersuficiente. As razões são as que seguem.

Primeiro, o fato de a Constituição da República não ser expressa quanto ao princípio protetivo torna mais maleável sua delimitação. Fundamentado no princípio da igualdade, presume-se que, como a igualdade material passou por uma mutação para abarcar a nova realidade do mercado de trabalho, o princípio protetivo também sofreu a mesma atualização. Por seus fundamentos constitucionais, o princípio protetivo também não está imune à concretização e à mutação que deriva da inclusão do real no interior da norma. As mudanças no mundo do trabalho são tão profundas que alterar o seu âmbito normativo é necessário para que ele se mantenha funcional. Em um mundo de múltiplas formas de trabalho, o princípio protetivo tem que se graduar de acordo com as diversas modalidades contratuais exigidas pelos novos tempos. Manter-se rígido ou impedirá a implementação de novas formas contratuais (a reforma de 2017 está repleta delas), ou obrigará os juízes a deixar de aplicá-lo. Num caso ou noutro, sem ser repensado, o princípio protetivo corre o risco da irrelevância.

No caso específico do contrato de trabalho do hipersuficiente, as limitações impostas pelo Parágrafo único do art. 444 não violam os valores sociais do trabalho nem o art. 7º da Constituição da República. Note-se que a legislação manteve intactos os direitos fundamentais constantes do art. 7º. E a sua mitigação permite valorizar as negociações individuais ou coletivas, dando espaço para a função de coordenação do Direito do Trabalho, que foi colocado nesta tese como um dos valores sociais do trabalho.

Por fim, como visto em capítulos anteriores, o TST aplica fortemente o princípio protetivo em suas três dimensões. Todavia, o STF nunca foi peremptório sobre ele. E como é o órgão de cúpula do Judiciário e autoridade máxima em interpretação constitucional, não é implausível uma decisão do Supremo que reconheça a constitucionalidade do princípio protetivo conforme prescrito pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT.

4.7. Os limites constitucionais da preponderância do contrato individual do trabalhador hipersuficiente

A reforma garante que o contrato do hipersuficiente tenha “a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos”. Significa que ele pode negociar individualmente o mesmo que o sindicato (hipóteses listadas no art. 611-A, CLT), e ainda que lhe seja menos favorável, o contrato individual irá prevalecer em relação aos instrumentos coletivos e à lei. É o negociado individualmente prevalecendo sobre o legislador e o negociado coletivamente.

O afastamento dos princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica é compatível com a Constituição da República, conforme falado acima. Resta saber se a prevalência em relação ao legislado e ao negociado coletivamente é constitucional?

Esta tese defende que não há norma expressa na Constituição da República que impeça a prevalência do contrato individual sobre a lei ou a negociação coletiva. Em relação à lei, a Constituição pátria garante a liberdade contratual e coloca a livre iniciativa em patamar de igualdade com os valores sociais do trabalho. Basta que o contrato não viole normas de ordem pública. Sem aprofundar nos pormenores da legislação infraconstitucional, observemos o próprio art. 7º da Constituição da República. O contrato não pode ir contra o dispositivo. Por exemplo: o FGTS não pode ser objeto de negociação, pois garantido pelo inciso III do art. 7º – tanto que o inciso III do art. 611-B considera ilícito que convenções e acordos coletivos transacionem sobre ele. A lei somente pode autorizar um contrato individual negociar algo do art. 7º caso haja autorização constitucional para tanto, como no caso do inciso XIII, que trata da jornada de trabalho, conforme tratamos acima. A existência do art. 7º também garante ao hipersuficiente direitos sociais básicos, impedindo que o contrato individual vilipendie sua dignidade.

Mais delicada é a preponderância em relação aos instrumentos coletivos. Claramente, o inciso XXVI do art. 7º garante as convenções e acordos coletivos como fontes do Direito do Trabalho. Contudo, o tratamento que a legislação infraconstitucional deve dar para tais instrumentos irá variar. Foi estabelecida acima uma distinção: se a Constituição da República desejasse privilegiar os instrumentos coletivos, o Direito do Trabalho passaria a adotar um modelo coletivo de negociação. Caso a orientação do inciso fosse por prestigiar a autonomia coletiva, o Direito do Trabalho não excluiria a possibilidade de negociação individual.

Como as normas constitucionais também privilegiam a liberdade individual, o que inclui a liberdade de negociação, plausível interpretar o inciso XXVI no sentido de apenas exigir que o legislador prestigie a autonomia coletiva. Isso significa estimular tais tipos de negociação, liberalizando a legislação e permitindo mais hipóteses de negociação coletiva. Mas, de forma nenhuma, impede a negociação individual, especialmente de figuras mais capazes. Ademais, a possibilidade aqui proposta de negociação coletiva ampliar as hipóteses de hipersuficiência coaduna-se com o dispositivo constitucional.

Além da preponderância do contrato individual, o modelo criado pela reforma utiliza-se de enumeração exemplificativa de temas negociáveis coletivamente e de uma enumeração exaustiva de temas proibidos. Os arts. 611-A e 611-B, da CLT, respectivamente, enumeram os temas que podem e os que não podem ser negociados. Por sua vez, o Parágrafo único do art. 444, também da CLT, autoriza que o hipersuficiente negocie individualmente esses mesmos pontos listados no art. 611-A. A presente tese acata esse modelo, mas antes, necessárias algumas observações sobre os incisos VI, XII e XXII do art. 7º da Constituição da República.

O inciso XII nunca vedou expressamente ajustes na jornada de trabalho por meio de negociação individual. Em qualquer cenário, o contrato do hipersuficiente não viola o referido inciso. Por outro lado, não há mutação constitucional que altere o sentido do inciso VI ao ponto de autorizar a negociação individual com fito de reduzir salário. A redução somente é possível por negociação coletiva. Como a inconstitucionalidade nesse caso é pontual, cabível a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para excluir a possibilidade de redução salarial das prerrogativas do hipersuficiente. A leitura do inciso V do art. 611-A para o hipersuficiente permitiria que ele negociasse questões salariais, desde que não implicassem redução salarial. Inicialmente, não há violação de convenção ou acordo coletivo delegarem aos contratos individuais a transação sobre a redução de salário.

Por fim, deve ser excluída a possibilidade de negociação, individual ou coletiva, de temas relacionados à segurança e à saúde do trabalho. Os incisos XII e XIII do art. 611-A autorizam que normas coletivas (e o hipersuficiente) negociem o “enquadramento do grau de insalubridade” e a “prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho”. Eles violam o inciso XXII do art. 7º da Constituição da República, que garante a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, normas estas de ordem pública, inderrogáveis por vontade privada.

4.8 A dicotomia e a natureza do Direito do Trabalho e a Constituição

O foco desta tese é propor uma redefinição do conceito de hipersuficiente. O caminho até aqui revelou uma questão quase ontológica: como a dicotomia criada por essa figura se coaduna com o Direito do Trabalho? Uma figura como o hipersuficiente – com reduzido nível de proteção e privilegiando a negociação individual em detrimento da coletiva – ainda permanece nas cercanias do Direito do Trabalho? Este ramo do Direito suporta tal nível de flexibilização?

O Direito do Trabalho surgiu para dar uma proteção ao trabalhador que o Direito Civil não era capaz de conceder-lhe. Hoje, esses dois ramos voltam a se aproximar. Tanto que, mais uma vez, arautos anunciam o fim do Direito do Trabalho. A Medida Provisória n. 881/2019 é um exemplo de como, via legislação infraconstitucional, os laços entre Direito Civil e Direito do Trabalho vêm se estreitando: no texto-base da MP editado pelo Poder Executivo, trabalhadores que ganhassem mais de 30 salários mínimos estariam excluídos da proteção da CLT e passariam a ser regidos pelas regras e princípios do Direito Civil. Porém, essa medida foi retirada na conversão em Lei n. 13.874/2019.

Em princípio, não vemos problema que certas situações migrem para o Direito Civil. Relevante é perguntar se, mesmo com tantas reformas, a natureza do Direito do Trabalho se mantém? Ainda que a CLT se torne mais liberal, reduza os níveis protetivos, ou até que passe a ser um livro dentro do Código Civil, à semelhança do que ocorreu com o Código Comercial, o Direito do Trabalho continuará a existir? E, mais, caso a lei adote o *critério da posição hierárquica* aqui proposto e amplie a margem de negociação do hipersuficiente, ainda estremos no campo trabalhista?

Se suas bases constitucionais forem mantidas, sim, o Direito do Trabalho permanecerá entre nós. A natureza de um ramo jurídico é determinada por seus princípios e estes são guiados pela Constituição. Até hoje, nenhuma mudança colocou em risco o Direito do Trabalho. A mutação constitucional, gerada em parte pela ação do Poder Legislativo via lei infraconstitucional, não tem força de diluir o Direito do Trabalho no Direito Civil. Ela é capaz, sim, de torná-lo mais maleável e aberto à negociação e menos às prescrições peremptórias.

Mesmo na proposta desta tese de hipersuficiente determinado pelo do *critério da posição hierárquica*, detentor de amplos poderes diretivos e de tênue subordinação, com ampla liberdade negocial, ainda estaria ele no ramo trabalhista. Primeiro, porque mesmo com liberdade total para negociar, esse hipersuficiente ainda teria as garantias do art. 7º da

Constituição da República e, se negociasse algo envolvendo esse dispositivo, poderia ser revisto pelo Judiciário. Segundo, persiste a incidência do *in dubio pro operario* como proteção mínima dessa hipotética figura laboral.

Assim, para que o Direito do Trabalho se dilua no Direito Civil, será preciso muito mais do que unificar os códigos – algo que qualquer Vade Mecum já faz. Será necessária ou uma ampla reforma constitucional que praticamente desfigure as normas laborais presentes na Constituição da República – algo que, provavelmente, seria barrado pelo STF –, ou um conjunto muito amplo de mudanças infraconstitucionais que liberalizasse ainda mais as normas trabalhistas, somado a alterações sociais profundas, implicando uma mudança de percepção tanto da sociedade civil quanto dos operadores do Direito, para que o Direito do Trabalho não fosse mais visto como relevante. Talvez a maior ameaça que a autonomia do Direito do Trabalho sofreu tenha sido a quase proposta de emenda à Constituição do Deputado Federal Paulo Roberto Martins extinguindo a Justiça do Trabalho com migração de suas demandas para Justiça Federal.⁶⁵ Ainda que tal PEC tivesse sido aprovada, o Direito do Trabalho permaneceria enquanto os juízes continuassem a interpretar as normas à luz dos princípios juslaborais.

Somente no dia em que os tribunais começarem a deixar de aplicar o princípio protetivo – e os demais princípios trabalhistas – para aplicarem princípios de Direito Civil, será possível começar a pensar sobre o fim do Direito do Trabalho.

⁶⁵ Cf.: <https://www.conjur.com.br/2019-out-09/deputado-apresenta-pec-acabar-justica-trabalho>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CAPÍTULO 5 POR UMA REDEFINIÇÃO DA HIPERSUFICIÊNCIA

Um dos pontos centrais desta tese é o que denominamos de *critério da posição hierárquica*. Ele é fruto da combinação de dois elementos detectáveis em toda relação de emprego: o grau de subordinação e a quantidade de poder diretivo dado ao empregado dentro da empresa. Toda relação de emprego possui subordinação e é possível estabelecer uma gradação de subordinação. Também é possível calcular a quantidade de poder diretivo que um empregado tem. Essa escala vai desde aquele que não detém nenhum poder, até aquele que tem competências que atender às três classes de poder diretivo.

Foi demonstrada a relação inversa entre esses dois elementos: quanto mais poder diretivo é atribuído ao sujeito, menos intensa a subordinação; quanto menos poder diretivo é atribuído ao sujeito, mais intensa a subordinação. A gradação dessas duas variáveis componentes do *critério da posição hierárquica* indicará o ponto que o trabalhador ocupa na estrutura organizacional de uma empresa. Em um extremo desse espectro, localiza-se o empregado hipossuficiente típico, sem nenhum poder de decisão e com total subordinação às ordens de seus superiores. No outro extremo, temos altos dirigentes, com subordinação tênue e concentrando muito poder diretivo.

Propõe-se que o *critério da posição hierárquica* seja instrumento de reflexão do legislador no momento da elaboração da lei. Ele não será transcrito para a “letra da lei”, pois é instrumento desenvolvido pela dogmática jurídica a fim de auxiliar na identificação de grupos de trabalhadores mais ou menos subordinados. Aplicando-se esse instrumento, não há hesitação em chamar os trabalhadores braçais e os que estão em atividades menos especializadas, como os operários ou os vendedores em lojas, de hipossuficientes. Por contraste, os altos dirigentes (como presidente e vice-presidente da empresa), por possuírem o grau máximo de poder diretivo e sujeitarem-se à mais tênue subordinação, podem ser denominados de hipersuficientes.

Observando as relações entre os altos dirigentes e seus empregadores, a classificação de hipersuficiente torna-se bastante coerente. Esses trabalhadores são diferenciados, com real capacidade de negociar os termos contratuais com seus empregadores. Muitas vezes, esses sujeitos possuem currículo que lhes garante respeitabilidade no meio empresarial e vultosos rendimentos. Contudo, o mais relevante para denominar esses trabalhadores de hipersuficiente é o fato de eles exercerem poder diretivo, influenciando nos rumos da empresa. De certa forma, suas decisões irão beneficiar a si próprios.

Como instrumento dogmático que é, o *critério da posição hierárquica* aponta o caminho a ser seguido pela lei. A questão do que incluir na norma é melhor respondida com a observação da legislação espanhola e italiana. O *critério da posição hierárquica* constatou que, à medida que se sobe na hierarquia de uma empresa, mais poder diretivo o empregado detém e menos subordinado ele é. Para dar um tratamento jurídico diferenciado para esse grupo, não se pode usar critérios legais tão abertos quanto os do Parágrafo único do art. 444 da CLT. A legislação espanhola fornece boa orientação de como definir esses altos dirigentes. Assim como ela, a legislação brasileira deveria definir como hipersuficientes os mais altos dirigentes das empresas, seja por meio de uma denominação como “alto dirigente” ou “alto executivo”, seja enumerando os poderes que devem ser atribuídos a eles, apontando os vários traços que possuem, ou apenas por meio de expressões que remetam a esse grupo –, deixando para a prática delimitar paulatinamente o alcance da expressão.

Adotando uma sistemática similar à da Espanha, o empregado hipersuficiente seria uma figura claramente delimitada e sem sujeição a flutuações, como nos critérios atualmente vigentes. Contudo, essa proposta é mais restrita do que a do Parágrafo único do art. 444 da CLT. Este foi bastante abrangente. Como atender ao desejo do legislador de permitir a um grupo maior de trabalhadores negociar livremente? Neste instante, devemos nos socorrer da legislação italiana. Lá também se faz distinção entre altos dirigentes, mas a definição de quem são os *dirigentes* e de quem são os *quadros* se faz por negociação coletiva.

O *critério da posição hierárquica* indica que existem posições intermediárias na estrutura de uma empresa, com graus variados de poder e subordinação. Porém, incluí-los na regra geral proposta acima acabaria por gerar dificuldades similares às do Parágrafo único do art. 444 da CLT. Assim, uma maneira de ampliar as hipóteses de hipersuficiência sem incorrer nas falhas da atual legislação, é autorizar que isso se dê por meio de negociação coletiva. Convenções e acordos coletivos de trabalho poderiam estipular que outros postos dentro da hierarquia empresarial também desfrutem da mesma ou de similar liberdade negocial que o alto dirigente.

5.1 Respondendo às perguntas propostas

No começo, foram estabelecidas algumas perguntas. A resposta a elas forma a base sobre a qual nossa tese se sustenta.

a) Os dois critérios adotados pelo Parágrafo único do art. 444 da CLT são constitucionais?

Os critérios “diploma de nível superior” e “perceber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS” são inconstitucionais por violarem o princípio da igualdade e, no caso do primeiro, por também violar o inciso XXXII do art. 7º da Constituição da República. A violação do princípio da igualdade ocorre porque o grupo dos hipersuficientes pode abranger pessoas que, realmente, necessitam de proteção estatal. A violação do inciso XXXII do art. 7º decorre da vedação à distinção entre trabalho técnico, manual e intelectual e, no caso, a reforma estabelece uma regra genérica de distinção, que violou o dispositivo.

b) Para viabilizar uma maior liberdade de negociação, o Parágrafo único do art. 444 da CLT estabelece um nível de proteção menor, limitando, notadamente, a aplicabilidade do princípio protetivo. Diante disso pergunta-se:

b.1) tal situação é constitucional?

Sim, é cabível limitar o princípio protetivo. Além de não ter pronunciamento do STF sobre o seu alcance, os princípios incidem de maneira variada, nem sempre de forma absoluta. No caso do contrato do hipersuficiente, o princípio protetivo continua incidindo, mas apenas como *in dubio pro operario*. Ademais, nada impede que o legislador estabeleça regras de solução de conflitos normativos (no caso, afastando os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica), desde que sejam compatíveis com a Constituição da República.

b.2) um contrato com esse nível de liberdade e de proteção pode ainda ser denominado “de trabalho”?

Sim. Não é o grau de liberdade de negociação que irá determinar se o contrato é ou não de trabalho – tanto que o Direito do Trabalho tem a função coordenadora –, mas ter garantias mínimas (os direitos fundamentais do art. 7º da Constituição da República permanecem íntegros) e ter um núcleo protetivo igualmente mínimo (o *in dubio pro operario* continua a incidir). No caso dos hipersuficientes, seja no formato proposto pela reforma, seja na nossa proposta, esses direitos básicos estão preservados.

c) Qual critério poderia substituir aqueles adotados pela legislação?

O legislador deveria adotar o que denominamos de *critério da posição hierárquica* para guiar a composição da legislação que regulamentaria o contrato do empregado hipersuficiente. A partir desse instrumental dogmático, idealmente, a legislação deveria definir como empregado hipersuficiente aquele que detenha as três formas de poder diretivo (organizacional, diretivo *stricto sensu* e disciplinar) dentro de uma empresa, ou simplesmente estabelecer que o hipersuficiente são os seus mais altos dirigentes. Paralelamente, a legislação deveria autorizar a extensão da condição de hipersuficiente para outros empregados mediante convenções ou acordos coletivos; esta possibilidade justifica-se por conta da existência de empregados com proporções diferentes de poder diretivo ao longo da estrutura hierárquica.

5.2 Ajustes necessários e proposta para uma alteração da legislação

Elucidados os questionamentos colocados na problematização, seguem algumas propostas de ajustes na legislação desenvolvidas a partir do *critério da posição hierárquica*. Todas as colocações a seguir são feitas com a consciência das vicissitudes do processo legislativo.

1. Que a lei defina como hipersuficiente o empregado que exerça, cumulativamente, as três formas de poder diretivo (organizacional, diretivo *stricto sensu* e disciplinar). Também poderia denominá-lo de alto executivo ou alto dirigente;

2. Que os contratos de trabalho dos hipersuficientes mantenham a mesma eficácia legal que os instrumentos coletivos e a prevalência sobre eles;

3. Exigência de contrato de trabalho escrito. Em qualquer tratativa sem a devida documentação, o empregado seria presumidamente hipossuficiente.

4. Por outro lado, a lei não precisa exigir que os poderes diretivos do empregado hipersuficiente sejam expressos no contrato ou em regulamento interno da empresa. Como a ideia é abranger empresas de qualquer porte, certamente as menores definiriam a função dos seus altos dirigentes de maneira mais informal. Necessário seria um contrato de trabalho formalizado mencionando a condição de hipersuficiente. Caso não fossem especificados os poderes e o contrato apenas mencionasse que o trabalhador ocupa cargo de gestão, caberia aos Tribunais avaliar a hipersuficiência. Nessa hipótese, o julgador poderia seguir o *critério da posição hierárquica* para avaliar o caso. Importante que a lei seja expressa no sentido de,

quando o contrato deixar claro que o trabalhador detém os três poderes diretivos, o juiz não poderá revê-lo, prevalecendo assim o negociado sobre o legislado;

5. O grau de liberdade negocial seria determinado ou de maneira similar à atual – com remissão ao art. 611-A da CLT – ou com a manutenção apenas do art. 611-B, indicando aquilo que não pode ser negociado, coletiva ou individualmente; neste caso, todo o resto seria passível de negociação coletiva. Para o hipersuficiente, bastaria mencionar que ele poder negociar tudo que não é proibido pelo art. 611-B;

6. Autorizar a extensão da liberdade negocial atribuída ao hipersuficiente para outros escalões das empresas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho;

7. A proibição de tratativas privadas, coletivas ou não, disporem sobre normas de segurança e saúde do trabalho;

8. Nas causas judiciais envolvendo contrato de trabalho de empregado hipersuficiente:

8.1. Quando houver conflito normativo de qualquer espécie, sempre irá prevalecer o instrumento contratual individual;

8.2. Quando uma cláusula não for suficientemente clara, deverá se adotar a interpretação mais favorável ao empregado (*in dubio pro operario*).

Ressalte-se que, seja na forma atual do Parágrafo único do art. 444 da CLT, seja segundo a presente proposta, em nenhum caso a coação, a fraude ou a simulação que tentem trajar um hipossuficiente como hipersuficiente será aceitável, autorizando-se ao Judiciário aplicar o princípio protetivo em suas três dimensões.

Pertinente traduzir esses ajustes em formato de dispositivos legais, como uma forma de deixar mais clara nossa proposta.

Uma nova legislação poderia incluir a nova versão do hipersuficiente na CLT ou criar lei própria. O meio termo seria delimitar o conceito de hipersuficiente e suas regras gerais na CLT e, em lei própria, regular aspectos específicos dessa figura. Também deveria constar do consolidado a autorização para a negociação coletiva ampliar as hipóteses de hipersuficiência.

A delimitação do hipersuficiente na CLT deveria ser feita em dispositivo exclusivo, e não por meio de um parágrafo único, como fez a reforma, uma vez que nossa proposta não é tão genérica quanto o Parágrafo único do art. 444. O esquema para definir os temas que o hipersuficiente poderia negociar deve seguir o mesmo estabelecido pela reforma de 2017, com

remissão a outros dispositivos legais que enumeram as hipóteses que podem ou não ser negociadas livremente.

Como entendemos que o ideal é a CLT estabelecer os aspectos gerais do hipersuficiente e, havendo necessidade, lei própria tratar de pormenores, vamos esboçar uma proposta de redação para os artigos que deveriam constar da CLT.

“Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. X-1. Considera-se alto dirigente aquele empregado a quem são atribuídos todos os poderes inerentes à condição de empregador, exercendo-os com autonomia e responsabilidade, limitada sua atuação apenas pelas instruções diretas dadas pelo seu empregador.

Art. X-2. No caso do alto dirigente, a livre estipulação a que se refere o art. 444 aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos.

§ 1º O contrato deverá ser escrito, com indicação do cargo a ser ocupado pelo alto dirigente.

§ 2º Caso o contrato deixe de indicar os poderes do alto dirigente, presume-se o exercício deles, salvo prova em contrário.

§ 3º A inexistência de contrato escrito ou de menção ao cargo de alto escalão ocupado pelo empregado afasta a livre estipulação referida no *caput*.

Art. X-3. Mediante negociação coletiva, as condições estabelecidas no art. X-2 poderão ser estendidas para outros empregados, desde que exerçam algum dos poderes inerentes à condição de empregador.”

Conforme falamos acima, esta proposta de redação para dispositivos da CLT tem a finalidade de esclarecer nossa tese.

CONCLUSÃO

Vivemos um contexto histórico de profundas mudanças sociais e tecnológicas que impactam todas as esferas da vida, e a esfera do trabalho não fica de fora. A internet, a inteligência artificial e tantas outras tecnologias vêm mudando a forma como as pessoas exercem seus ofícios, quando não extinguindo profissões – como demonstramos, a perspectiva é de que muitas formas de trabalho deixem de existir nas próximas décadas. Se a tecnologia irá apenas causar o apocalipse dos trabalhadores, ou se ela irá criar novas e excitantes formas de trabalho, não há como responder. O que se pode constatar é que as mudanças legislativas recentes não responderam a todas as demandas trazidas pelos novos tempos.

A reforma de 2017 foi a mais ampla alteração pela qual passou a CLT. Seu impacto no Direito do Trabalho é incontornável. Em certa medida, iniciou um processo de mudanças que prossegue ainda hoje (vide a Lei n. 13.874/2019). Mesmo assim, as mudanças sociais e tecnológicas pressionam o legislador por reformas.

As alterações concretizadas e as tentadas – como a MP n. 881/2019, que não foi totalmente aprovada – testam os limites do Direito do Trabalho. O que gera a pergunta: por quanto tempo perdurará o Direito do Trabalho como ramo autônomo?

Essa questão é melhor compreendida quando estudamos a figura do empregado hipersuficiente, inserida no Parágrafo único do art. 444 da CLT. As condições para o surgimento de uma figura como o hipersuficiente já existiam antes das mudanças tecnológicas atuais – tanto que países como Espanha e Itália já permitiam contratos de trabalhos menos protetivos –, porém o cenário atual potencializa mudanças legislativas que flexibilizem as relações de trabalho.

Ao ampliar as possibilidades de negociação individual e limitar a incidência do princípio protetivo, a figura do hipersuficiente mexe com dois pilares do Direito do Trabalho.

O primeiro pilar é a negociação coletiva. A legislação laboral busca equilibrar a relação empregador e empregados. Estes, individualmente, são hipossuficientes. O empregador depende deles para o funcionamento do seu empreendimento, mas individualmente, o empregado não é imprescindível, pois o empregador pode substituir seus empregados sem prejudicar o fluxo dos negócios. Coletivamente, os trabalhadores tornam-se imprescindíveis. Isso obriga o empregador a negociar. Por conta disso, o Direito do Trabalho privilegia os

arranjos coletivos. Quando a legislação atribui ao hipersuficiente a capacidade de negociar individualmente, coloca em xeque esse primeiro pilar.

Como ramo vocacionado à tutela do trabalhador, o segundo pilar do Direito do Trabalho é o princípio protetivo. Em suas três formas, ele soluciona conflitos normativos e dúvidas hermenêuticas em favor do trabalhador. Para viabilizar os contratos de trabalho firmados pelos empregados hipersuficientes, a legislação precisou afastar os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica. Em substituição, estabeleceu regra segundo a qual o contrato individual prevaleceria sobre os instrumentos coletivos e sobre a lei. Ao fazê-lo, o legislador relativizou um princípio fortemente aplicado pela jurisprudência do TST e que é definidor do Direito do Trabalho.

Essa figura impôs o desafio de demonstrar que a maior liberdade negocial individual era compatível com os fundamentos do Direito do Trabalho e com a Constituição da República. Também surgiu a necessidade de analisar se os critérios legais definidores da hipersuficiência eram compatíveis com a Constituição.

Os critérios do diploma de nível superior e de salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social se provaram problemáticos e inconstitucionais. Eles criam um grupo de trabalhadores muito heterogêneo, além do risco de incluir sujeitos que, de fato, são hipossuficientes. Isso viola o princípio da igualdade. Este princípio impõe que todos recebam o mesmo tratamento legal. No caso, eventuais discriminações devem se basear em aspectos concretos e formar grupos homogêneos.

O critério do diploma de nível superior viola ainda o inciso XXXII do art. 7º da Constituição da República, que proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual. O inciso aceita que a lei regule profissões específicas, o que ele veda é o estabelecimento de regime jurídico geral fundado na distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, algo que o Parágrafo único do art. 444 da CLT faz.

Em substituição a esses critérios, defendemos que o hipersuficiente deveria ser definido como aquele empregado que recebe de seu empregador a competência para exercer as três dimensões do poder diretivo (poder de organização, diretivo *stricto sensu* e disciplinar). Quem detém esses poderes está sujeito a uma subordinação tênue. Por essas características e por influenciarem fortemente nos rumos da empresa, colocar os altos dirigentes como hipersuficientes, com a possibilidade de negociar mais livremente os termos do seu contrato de

trabalho, é uma garantia de que o princípio da igualdade não será violado, pois temos um grupo claramente delimitado que não demanda tanta proteção legal.

A identificação desses empregados como hipersuficientes se deu pela adoção do *critério da posição hierárquica*, uma formulação aqui proposta que defende a observância da relação entre o grau de subordinação e a quantidade de poder diretivo atribuído ao empregado. Esse critério permite identificar variados estágios de hipersuficiência ao longo da estrutura hierárquica empresarial. Por conta disso, e sabendo da abrangência desejada pelo legislador reformador, propusemos também a possibilidade de negociação coletiva ampliar os casos de hipersuficiência, o que permitiria que mais trabalhadores negociassem diretamente com seus empregadores.

Se os critérios definidores da hipersuficiência presentes no Parágrafo único do art. 444 da CLT são inconstitucionais, destino diferente têm a limitação do princípio protetivo e a possibilidade de tratamento diferenciado entre trabalhadores.

A Constituição da República não impede que o princípio protetivo seja mitigado, uma vez que ele nem é previsto expressamente no seu texto. Claro, a falta de previsão expressa não inviabiliza sua existência, apenas torna mais fácil que a legislação afaste sua incidência. A mesma Constituição também não proíbe expressamente o estabelecimento de tratamentos distintos entre trabalhadores diferentes. Em verdade, o princípio da igualdade viabilidade isso.

Porém, os dois fatores determinantes para defendermos a constitucionalidade da mitigação do princípio protetivo e a criação de uma figura hipersuficiente está no fenômeno da mutação constitucional e no fato de o STF nunca ter analisado profundamente as normas trabalhistas presentes na Constituição da República.

As mesmas mudanças que desafiam a legislação trabalhista também impõem uma mudança no âmbito normativo das normas constitucionais, implicando mutação dos sentidos das normas. As mudanças são tão profundas que é justificável defender uma nova interpretação do princípio da igualdade, do art. 7º e dos valores sociais do trabalho, no sentido de reconhecer uma maior variedade de formas de relações de trabalho e de graus de proteção. Também é possível compatibilizar o modelo de hipersuficiência proposto nesta tese, bem como a possibilidade de, por negociação coletiva, ampliar os casos de hipersuficiência, com o conteúdo do referido artigo.

Sim, todas as propostas que vão no sentido de liberalizar a negociação individual e reduzir a proteção dos trabalhadores é vista como afronta às bases do Direito do Trabalho.

Todavia, além da constitucionalidade demonstrada ao longo deste trabalho, devemos sempre lembrar que o Direito do Trabalho também tem a função de coordenação, instituindo balizas para que as partes da relação jurídica trabalhista estabeleçam suas normas contratuais, seja coletiva, seja individualmente.

Assim, não é a ampliação das hipóteses de negociação que fragiliza os fundamentos do Direito do Trabalho. O que pode ameaçar o Direito do Trabalho como ramo autônomo são dois fatores. Primeiro, a anulação completa dos seus princípios. No caso do princípio protetivo, como ele ainda incide, mesmo que parcialmente, sobre o contrato de trabalho do hipersuficiente, podemos dizer que esse pilar não foi atingido – alterado sim, mas não a ponto de justificar o fim do Direito do Trabalho. O segundo fator é a retirada de todos os direitos fundamentais do trabalhador. O texto constitucional pode passar por mudanças pontuais que reduzam direitos trabalhistas – uma vez que não são cláusulas pétreas –, mas não se pode anular todos eles.

Enquanto a Constituição da República prever um conjunto básico de direitos trabalhistas e enquanto existir um princípio protetivo – que, juntos, garantam o mínimo de dignidade ao trabalhador –, poderemos defender a autonomia do Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Reymundo von. XXXII – Proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. *In*: MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas: uma homenagem aos 30 anos da constituição da república e aos 40 anos da academia brasileira de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

AGUIAR, Antônio Carlos. **Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo**. São Paulo: LTr, 2018.

ALEMÃO, Ivan. A reforma trabalhista de 2017 e o TST. **Revista LTr**, ano 81, v. 09, p. 1121-30, set. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. **Derecho del trabajo**. 15. ed. Madrid: Civitas, 1997.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos humanos dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2016.

ANJOS, Newton dos. Negociação coletiva: uma oportunidade ainda inexplorada. *In*: ZAVANELLA, Fabiano; ROCHA, Marcelo Oliveira (org.). **O primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467/2017 – reforma trabalhista: reflexões e aspectos práticos**. São Paulo: LTr, 2018.

ARAUJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco (org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALERA, Felipe Penteado. A reforma trabalhista e o fim social do estado social. **Revista LTr**, ano 81, v. 9, p. 1092-3, set. 2017.

BARBOSA, Arnaldo Afonso; PIRES, Rosemary de Oliveira. A reforma trabalhista e o “hipersuficiente”. *In*: PIRES, Rosemary de Oliveira; GEMIGNANI, Tereza Asta; MARANHÃO, Ney (coord.). **Contratos flexíveis na reforma trabalhista: trabalho em tempo parcial, teletrabalho, trabalho intermitente, trabalhador hipersuficiente e terceirização**. Belo Horizonte: RTM, 2019.

BARROS, Alice Monteiro. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BARROS, Ana Paula Paiva; POZELLI, Marcia Regina. A reforma trabalhista e a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. *In*: CUÉLLAR, Martha Elisa Monsalve; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves; PIERDONÁ, Zélia Luiza (coord.). **Impacto das normas internacionais da OIT no direito do trabalho e da seguridade social: homenagem ao prof. Cássio de Mesquita Barros Junior**. São Paulo: LTr, 2018.

BARROS JUNIOR, Cássio de Mesquita. Modernização da CLT à luz da realidade brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 86, p. 99-115, jan. 1991.

BARROSO, Fábio Túlio. **Novo contrato de trabalho por prazo determinado**. Curitiba: Juruá, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Novos paradigmas e categorias de interpretação constitucional. **Revista OABRJ**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, 2008, p. 201-260, jul./dez. 2008.

_____. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. *In*: SOARES, José Ronald Cavalcante (coord.). **Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: LTr, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. O direito do trabalho nas constituições. *In*: DUARTE, Bento Herculano (coord.). **Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao prof. Cássio de Mesquita Barros Junior**. São Paulo: LTr, 1998.

BATISTA, Lygia Maria de Godoy. Poderes do empregador. *In*: DUARTE, Bento Herculano (coord.). **Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao prof. Cássio de Mesquita Barros Junior**. São Paulo: LTr, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOTELHO, NADJA MACHADO. **Mutação constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1991. Acesso em: 13. jun. 2018.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Autonomia negocial dos trabalhadores hipersuficiente. *In*: DELLAGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (coord.). **Reforma trabalhista ponto a ponto**: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018.

_____. A desvalorização da negociação coletiva. *In*: MARANHÃO, Ney; TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (coord.). **O mundo do trabalho no contexto das reformas**: análise crítica, homenagem aos 40 anos da AMATRA 8. São Paulo: LTr, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, ano. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho**: curso e discurso. São Paulo: LTr, 2016.

CASAGRANDE, Cássio Luís; GOZDECKI, Vinícius. A reforma trabalhista, o “contrato realidade” e as fraudes à relação de emprego. *In*: DELLAGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (coord.). **Reforma trabalhista ponto a ponto**: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Breves comentários às principais alterações propostas pela reforma trabalhista**. Disponível em: [4http://genjuridico.com.br/2017/05/09/breves-comentarios-principais-alteracoes-propostas-pela-reforma-trabalhista/](http://genjuridico.com.br/2017/05/09/breves-comentarios-principais-alteracoes-propostas-pela-reforma-trabalhista/). Acesso em: 13. jun. 2018.

_____. VI – Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. *In*: MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas**: uma homenagem aos 30 anos da constituição da república e aos 40 anos da academia brasileira de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2019.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Panorama geral da reforma trabalhista**: aspectos do direito material. São Paulo: LTr, 2018, v. 1.

_____. **Panorama geral da reforma trabalhista**: aspectos do direito processual. São Paulo: LTr, 2018, v. 2.

CEZARIO, Priscila Ferreira da Silva. Questões polêmicas envolvendo a reforma da regulamentação da jornada de trabalho e das férias. *In*: MANNRICH, Nelson (coord.). **Reforma trabalhista**: reflexões e críticas. São Paulo: LTr, 2018.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **Temas contemporâneos na sociedade do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSMÓPOLIS, Mario Pasco. Los principios y el derecho del trabajo em el Perú. *In*: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**: homenagem a Valentin Carrio. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Orlando Teixeira da. **O direito do trabalho na sociedade moderna**. São Paulo: LTr, 1999.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. **Compendio de derecho del trabajo**. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2018.

DE GIORGI, Raffaele. O futuro do trabalho e o seu direito. **Revista direito Mackenzie**, 2017.

_____. Por uma ecologia dos direitos humanos. **Opinião Jurídica**, ano 15, n. 20, p. 324-340, jan./jun. 2017.

DE LA CUEVA, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. 6. ed. México: Porrúa, 1980.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

_____. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE, Bento Herculano. Princípios de direito do trabalho. *In*: DUARTE, Bento Herculano (coord.). **Manual de direito do trabalho**: estudos em homenagem ao prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 6. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRARI, Irany. Características remanescentes do período corporativista. *In*: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **A transição do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Sujeição da relação de emprego: o empregado. *In*: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcio José (coord.). **Fundamentos do direito do trabalho**: estudos em homenagem ao Ministro Milton de Moura França. São Paulo: LTr, 2000.

_____; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**: homenagem a Armando Casimiro Costa. São Paulo: LTr, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2019.

_____. **Globalização & desemprego: mudanças nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Globalização do trabalho: rua sem saída**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Reforma trabalhista em pontos**. São Paulo: LTr, 2018.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUCSP**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>. Acesso em: 1 jan. 2020.

FREDIANI, Yone. Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho. *In*: FREDIANI, Yone (coord.). **A valorização do trabalho autônomo e livre-iniciativa**. Porto Alegre: Magister, 2015.

FREITAS, Manoel Mender de. Contrato individual do trabalho – características. *In*. DUARTE, Bento Herculano (coord.). **Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao prof. Cássio Mesquita Barros**. São Paulo: LTr, 1998.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Tradução Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*. 11. ed. Turim: G. Giappichelli, 2001.

GALLACCI, Fernando Bernardi. **O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?**. 2011. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/193_Fernando%20Gallacci.pdf. Acesso em: 15 jun. 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GASPAR, Danilo. Hipersuficiente ou parassuficiente: quem é o trabalhador do art. 444, Parágrafo único da CLT? *In*: CALCINI, Ricardo; MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral. **Perguntas e respostas sobre a lei da reforma trabalhista: obra coletiva por ocasião dos 2 anos da Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2019, v. 1.

GAUTHIER, Gustavo; LEGUINA, Florencia Tarrech. Crowdlending, crowdfunding e blockchain. Tradução Ana Carolina Reis Paes Leme e Rodrigo de Melo Alexandre. *In*: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**: a interdição da mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.

GIAMBIAGI, Fábio; SCHWARTSMAN, Alexandre. **Complacência**: entenda por que o Brasil cresce menos do que pode. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

GOULART, Rodrigo Fortunato. Empregado hipersuficiente e negociação individual. *In*: DELLAGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (coord.). **Reforma trabalhista ponto a ponto**: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018.

_____. O art. 444, Parágrafo único da CLT (empregado hipersuficiente) fere o princípio da não discriminação? *In*: CALCINI, Ricardo; MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral. **Perguntas e respostas sobre a lei da reforma trabalhista**: obra coletiva por ocasião dos 2 anos da Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2019, v. 1.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBSBAWN, Eric. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

_____. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; WENZEL, Letícia Costa Mota. A reforma trabalhista e os contratos de trabalho em curso. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: RT, ano 44, v. 192, p. 35-44, agosto 2018.

JUCÁ, Francisco Pedro. **A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais**. São Paulo: LTr, 1997.

_____. Os direitos individuais fundamentais do trabalhador. *In*: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **A transição do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1999.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAGANO, Octavio Bueno. Desenvolvimento da economia e do emprego. **Revista do TST**, v. 65, n. 1, out./dez. 1999.

_____. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Manual de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991, parte geral.

_____. **Manual de direito do trabalho** 2. ed. São Paulo: LTr, 1988, v. II.

_____. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990, v. III.

_____. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1987, v. IV.

_____. **Primeiras lições de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Princípios do direito do trabalho e os avanços da tecnologia. *In*: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**: homenagem a Valentin Carrio. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Princípios ou diretrizes do direito do trabalho. *In*: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **A transição do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1999.

MALLET, Estevão. O princípio constitucional da igualdade e o trabalho da mulher. *In*: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa (coord.). **Trabalho da mulher**: homenagem a Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 2009.

MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. A retipificação do contrato de trabalho. *In*: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **A transição do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Empregabilidade, ocupação e novas formas de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo: USP, v. 100, p. 103-19, jan./dez. 2005.

_____. Futuro do direito do trabalho, no Brasil e no mundo. **Revista LTr**, n. 11, v. 81, p. 1287-99, nov. 2017.

_____. Novo debate sobre tema antigo. *In*: MANNRICH, N. *et al* (coord.). Novos temas e desafios no mundo do trabalho. **Anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2013.

_____. Reinventando o direito do trabalho. *In*: FREDIANI, Yone (coord.). **A valorização do trabalho autônomo e livre-iniciativa**. Porto Alegre: Magister, 2015.

MANPOWERGROUP. **A revolução das competências 4.0**. 2019. Disponível em: https://www.manpowergroup.com.br/wps/wcm/connect/manpowergroup/e25f275d-626b-48a0-b6ac-93ca845c5353/MPGBR_revolucao-das-competencias-40-br-2019.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=e25f275d-626b-48a0-b6ac-93ca845c5353. Acesso em: 17 dez. 2019.

MANUS, Pedro Paulo. A subordinação jurídica o contrato individual de trabalho. *In*: FREDIANI, Yone (coord.). **A valorização do trabalho autônomo e livre-iniciativa**. Porto Alegre: Magister, 2015.

_____. O salário e as transformações do direito do trabalho. *In*: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **A transição do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1999.

MARTÍN VALVERDE, Antonio *et al* **Derecho del trabajo**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

MARTINS, Ives Gandra. A dualidade da iniciativa econômica na Constituição e a valorização do trabalho. *In*: FREDIANI, Yone (coord.). **A valorização do trabalho autônomo e livre-iniciativa**. Porto Alegre: Magister, 2015.

MARTINS, Nei Frederico Cano. Os princípios do direito do trabalho, o protecionismo, a flexibilização ou desregulamentação. *In*: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho: homenagem a Valentin Carrio**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINEZ, Arturo. Flexibilização de normas e os novos rumos do direito do trabalho. *In*: ZAINAGHI, Domingos Sávio; FREDIANI, Yone. **Novos rumos do direito do trabalho na América Latina**. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Tradução Álvaro Pina e Ivana Jinkings. São Paulo: Boitempo, 2010.

MASSI, Alfredo. Interpretação, integração e aplicação do direito do trabalho, sob a ótica da reforma trabalhista. *In*: FIGUEIREDO, Carlos Arthur *et al* (org.). **Reforma trabalhista: novos rumos do direito do trabalho e do direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2014.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho: com análise crítica da reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018.

MELO, Teresa. **Breves reflexões sobre mutação constitucional no Brasil e nos Estados Unidos**. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1642/1324>. Acesso em: 12 jul. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marco Aurélio. A força normativa do princípio da proteção no direito constitucional do trabalho. *In*: PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Principiologia**: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva um jurista de princípios. São Paulo: LTr, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDONÇA, Camila de Lelis. Nova morfologia salarial: análise do art. 457 da CLT. *In*: MANNRICH, Nelson (coord.) **Reforma trabalhista**: reflexões e críticas. São Paulo: LTr, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. t. IV.

MISES, Ludwig von. **As seis lições**. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del trabajo**. 31. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NAHAS, Thereza; MIZIARA, Raphael. **Impactos da reforma trabalhista na jurisprudência do TST**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Relação de emprego – natureza jurídica. *In*: DUARTE, Bento Herculano (coord.). **Manual de direito do trabalho**: estudos em homenagem ao prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sindrim. **Flexibilização do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

NEJAIM, Eduardo Fontes. Três grandes casos de mutação constitucional reconhecidos no STF. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 165, out. 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19667. Acesso em: 13 jul. 2018.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NICOLINI, Giovanni. **Compendio di diritto del lavoro**. Verona: CEDAM, 2004.

NORRIS, Roberto. **Contratos coletivos supranacionais de trabalho e a internalização das relações laborais no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1998.

OIT agora diz que a reforma trabalhista respeita convenções internacionais. **Consultor Jurídico**, 7 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/oit-volta-atras-reforma-trabalhista-respeita-convencoes>. Acesso em: 18 jun. 2018a.

OIT classifica reforma trabalhista brasileira como violadora de direito. **Consultor Jurídico**, 26 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/brasil-entra-lista-suja-oit-cao-reforma-trabalhista>. Acesso em: 18 jun. 2018b.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Interpretação das normas de direito do trabalho. *In*: MANNRICH, Nelson (coord.) **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018.

PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: LTr, 1997.

PERES, Hugo. O Parágrafo único do art. 444 da CLT relativiza os princípios da proteção e da indisponibilidade de direitos, dando ao empregado ali enquadrado autossuficiência ampla para negociar as condições do contrato de trabalho? *In*: CALCINI, Ricardo; MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral. **Perguntas e respostas sobre a lei da reforma trabalhista: obra coletiva por ocasião dos 2 anos da Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2019, v. 1.

PIOVESAN, Flávia. Não à desconstitucionalização dos direitos sociais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2000. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas. Acesso em: 25 ago. 2016.

PRADEAU, Jean-François (org.). **História da filosofia**. Tradução James Bastos Arêas e Noéli Correia de Melo Sobrinho. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2012.

PRADO, Ney. Os princípios do direito do trabalho e a economia informal. *In*: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho: homenagem a Valentin Carrio**. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2009, parte I.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIVA, Severino. **Compendio di diritto del lavoro**. 16. ed. Napoli: Simone, 2012.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Sujeitos da relação de emprego – empregado – espécies. *In*: DUARTE, Bento Herculano (coord.). **Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao prof. Cássio Mesquita Barros**. São Paulo: LTr, 1998.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, Edusp, 1993.

ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. O direito coletivo antes e depois da Constituição de 1988. *In*: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **A transição do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Visão crítica da principiologia trabalhista. *In*: PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Principiologia**: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva (um jurista de princípios). São Paulo: LTr, 2016.

RIBEIRO, Viviane Lícia. Direito das empresas em crise x direito dos empregados – supremacia do negociado sobre o legislador. **Revista LTr**, ano 81, v. 9, p. 1100-10, set. 2017.

RUSSELL, Bertrand **História da filosofia ocidental**. Tradução Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

SANORO-PASSARELLI, Francesco. **Nozioni di diritto del lavoro**. 35. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1987.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **STF e mutação constitucional**: a ampliação de poderes da suprema corte por suas próprias decisões. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Roberto A. O. Capital e trabalho na história: condições de justiça nas relações de produção. *In*: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**: homenagem a Valentin Carrio. São Paulo: Saraiva, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Floriano Vaz da. Os princípios do direito do trabalho e a sociedade moderna. *In*: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**: homenagem a Valentin Carrio. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Luiz de Pinho Pereira. **Principiologia do direito do trabalho**. Salvador: Grafia Contraste, 1996.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Valores sociais do trabalho. *In*: PINTO, José Augusto Rodrigues; MARTINEZ, Luciano; MANNRICH, Nelson (coord.). **Dicionário brasileiro de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

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

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Princípios de direito do trabalho e economia de mercado: o tema e os particulares nacionais. *In*: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**: homenagem a Valentin Carrio. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOUSA, Otávio Augusto Reis de. **Nova teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de *et al.* **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Alcance e objeto da flexibilização do **direito do trabalho**. *In*: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **A transição do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Revisão dos direitos constitucionais do trabalhador. *In*: SOARES, José Ronald Cavalcante. **Estudos de direito constitucional**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001.

_____. Conflito entre fontes de direito internacional. *In*: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**: homenagem a Valentin Carrio. São Paulo: Saraiva, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TIMÓTEO, Cristiano Matias. A flexibilização no direito do trabalho. **Revista do Direito do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, v. 180, p. 35-44, ago. 2017.

VALDÉS, Alfredo. Derecho del trabajo para el nuevo milenio. *In*: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**: homenagem a Valentin Carrio. São Paulo: Saraiva, 2001.

VICENTE, Osvaldo Mantero de San. **Derecho del trabajo de los países del Mercosur**: um estudo de derecho comparado. Montevideu: Fundacion de Cultura Universitaria, 1996, Primeira parte.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAINAGHI, Domingos Sávio; ZAINAGHI, Luis Guilherme Krenek. **Anotações à reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017)**: após o fim da MP n. 808/2017. São Paulo: LTr, 2018.

ZEIN, Sabrina. A nova caracterização dos empregados gestores a partir da Lei 13.467/17. *In*: PIRES, Rosemary de Oliveira; GEMIGNANI, Tereza Asta; MARANHÃO, Ney (coord.). **Contratos flexíveis na reforma trabalhista**: trabalho em tempo parcial, teletrabalho, trabalho intermitente, trabalhador hipersuficiente e terceirização. Belo Horizonte: RTM, 2019.

ZYLBERSTAJN, Hélio. Uma interpretação econômica para a crise do paradigma. *In*: FREDIANI, Yone (coord.). **A valorização do trabalho autônomo e livre-iniciativa**. Porto Alegre: Magister, 2015.