

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Mannrich, Nelson

Trabalhador hipersuficiente : reflexões acerca do parágrafo único do art. 444 da CLT

<http://hdl.handle.net/11067/5929>

<https://doi.org/10.34628/6h9n-dr54>

Metadados

Data de Publicação	2020
Palavras Chave	Direitos dos trabalhadores - Brasil, Direito do trabalho - Brasil
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ULL-FD] Minerva, v. 10, n. 03 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-14T20:14:31Z com informação proveniente do Repositório

TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE: REFLEXÕES ACERCA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 444 DA CLT *

Nelson Mannrich

Professor Titular da Universidade de S. Paulo, Brasil

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito, pela Universidade de São Paulo (USP)

Professor Titular de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito da USP

Coordenador do GETRAB-USP

Advogado sócio do escritório Mannrich e Vasconcelos Advogados

Presidente honorário e membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

Secretário Geral e membro da Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e Seguridade Social

DOI: <https://doi.org/10.34628/6h9n-dr54>

* O presente artigo é continuação das ideias que defendi por ocasião do prefácio do livro do Georgenor de Souza Franco Neto, a ser lançado pela Editora LTr.

Introdução

A figura do trabalhador *hipersuficiente*, introduzida com a Reforma trabalhista de 2017, aos poucos vai sendo objeto de maiores investigações. O acréscimo do parágrafo único ao artigo 444, da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, trouxe perplexidade e, como não podia deixar de ser, acirrou antagonismos. Enquanto alguns resistem a essa reforma, pois todos os empregados são igualmente tutelados pelo Estado, merecendo dele o mesmo grau de proteção, outros a aplaudem, pois finalmente foi revisitada a autonomia da vontade, abrindo-se espaço para maior efetividade do Direito do Trabalho.

De qualquer forma, na prática, com cautela as empresas estão assimilando essa oportunidade de tratamento diferenciado, pelo maior dinamismo oferecido pelo legislador a essas relações de trabalho, como excelente ferramenta de gestão, num mundo globalizado e competitivo.

No fundo, a questão que se coloca envolve segurança jurídica – ter a certeza de que se pode negociar com esses trabalhadores condições até contrárias à CLT e com a mesma eficácia dos instrumentos normativos, sem resistência por parte da Justiça do Trabalho, exceto nos casos de fraude comprovada.

Apesar de muita insistência na sua possível inconstitucionalidade, até agora o STF – Supremo Tribunal Federal não se posicionou a respeito desse assunto. Mas há uma perspectiva positiva no sentido de que tal não ocorrerá, mesmo porque outras questões até mesmo mais controvertidas, como a terceirização da atividade-fim, entre outras, receberam a chancela da mais alta Corte brasileira.

A introdução da figura do trabalhador *hipersuficiente* corresponde a um dos aspectos relevantes da reforma de 2017. Daí a necessidade de se aprofundar o debate em torno desse tema, em especial visitar o papel do Direito do Trabalho e os princípios que dão norte a questões

estratificadas como protecionismo, autonomia da vontade e negociação individual *in pejus*.

O intuito do presente artigo é oferecer alguns subsídios e assim contribuir para o aprofundamento desse tão instigante tema.

Nessa perspectiva, será examinado, inicialmente, o artigo 444, da CLT: sua redação inicial e justificativas para o acréscimo do parágrafo único, pela reforma de 2017. Na sequência, será feita referência à criação da figura do trabalhador *hipersuficiente*, tida como verdadeiro desafio a ser enfrentado pelo Direito do Trabalho. Em seguida, será examinada uma das questões mais caras ao Direito do Trabalho: o confronto entre o princípio do *favor laboratoris* e a autonomia da vontade, algo impensável quando o Direito do Trabalho atingiu sua maturidade, na chamada “era de ouro”, pouco antes da grande crise de 1970. Com esse pano de fundo, colecionam-se posições doutrinárias, embora incipientes, e mesmo as primeiras decisões da Justiça do Trabalho, quando a jurisprudência vai se consolidando e mostrando o caminho a ser trilhado com segurança.

Por fim, antes das conclusões, coloca-se em destaque estudo feito por Georgenor de Souza Franco Neto a respeito desse tema, pelo seu ineditismo e pionismo. Trata-se de tese de doutorado, defendida perante a Faculdade de Direito do Largo São Francisco, agora publicada em livro a ser em breve lançado pela LTr.

1. Alteração do art. 444, da CLT

O artigo 444, da CLT, está assim redigido:

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.

Essa redação remonta às próprias origens da CLT, quando, em 1943, foi consolidada a legislação então esparsa. Como ocorreu com diversos outros artigos, em especial da parte introdutória da CLT, esse dispositivo não constava de nenhuma lei. Resultou da necessidade de conformar o conjunto da legislação anterior, na medida do possível, a um corpo harmônico e coerente e assim, mais que simplesmente limitar-se à

consolidação, imprimir-lhe o espírito de um verdadeiro código.

Na época, quando se discutia a natureza jurídica da relação entre empregado e empregador - se contrato ou instituição; se resultava de um ato de vontade das partes ou de um fato, não havia dúvidas de que se tratava de verdadeiro contrato e que, para sua validade e eficácia, não dependia necessariamente de formalização. Bastava comprovar os elementos próprios da figura do empregado. Nesse sentido foi redigido o art. 442, ou seja, o contrato de trabalho corresponde à relação de emprego. Quis com isso o legislador desburocratizar essas relações, não necessariamente retirar o elemento volitivo na formação do vínculo.

Portanto, além da importância da vontade do empregado na formação do contrato, impõe-se sua livre manifestação relativamente ao conteúdo de suas cláusulas. Ora, como será examinado mais adiante, havia necessidade de o Estado compensar a desigualdade econômica, ambiente propício à chamada "ditadura contratual", obrigando-o a interferir a favor do empregado na elaboração de suas cláusulas. Em consequência, passou o Estado a impor determinadas condições que o empregado, por si, não teria como exigir. Aos poucos essa intervenção chegou ao ponto de todo o contrato resultar da vontade do Estado, sem espaço para a vontade dos contratantes no que se refere ao núcleo duro. Esse o sentido do art. 444, acima reproduzido: a validade das cláusulas contratuais depende de sua conformação com o conteúdo legal mínimo, determinado pela CLT.

Essa questão da vontade não envolve apenas a formação do contrato, como sua alteração. Neste caso, o engessamento é ainda maior: a validade da alteração vincula-se à concordância do empregado e à inexistência de prejuízo, ainda que indireto (art. 468, da CLT). Apesar de alguns particularismos, como alterações prejudiciais incorporadas por força da concordância tácita do empregado¹, ou renúncia em determinadas circunstâncias², cabe ao legislador impor o conteúdo

1 Ver nesse sentido a Súmula 294, do TST – Tribunal Superior do Trabalho: "Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei".

2 Conf. nesse sentido, o item II, da Súmula 51, do TST: "II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro". (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999).

do contrato, podendo as partes apenas ir além desse mínimo, para favorecer o empregado, inclusive no que se refere às alterações.

Mas esse engessamento e retirada de qualquer espaço para as partes contrariarem esse mínimo ou mesmo introduzirem alterações, ainda que prejudiciais, sempre foi alvo de vivo debate, inclusive no âmbito jurisprudencial, de modo particular quando envolve empregados com cargos de gestão, os chamados altos empregados.

Assim, algumas questões vêm ao debate: poderia o empregado, em determinadas circunstâncias, negociar condições contrárias àquelas asseguradas pelo legislador, mantido por óbvio o núcleo duro de proteção mínima? poderia o empregado negociar condições de trabalho no mesmo pé de igualdade em que negocia o sindicato? É possível modificar o contrato de trabalho em prejuízo do empregado? Que o grau de validade tem o consentimento do empregado para alterar de forma prejudicial as condições de trabalho, ainda que mantendo aquele núcleo inderrogável, imposto pelo legislador? Algumas dessas questões foram enfrentadas pela reforma de 2017; outras, embora tenham igual importância, mas fora do eixo do presente debate, foram levantadas por Mario E. Akerman, na apresentação do livro de Adrian Goldin: *Contrato de Trabajo y Renuncia de Derechos*³. Nessa breve, mas rica apresentação, Akerman, ao refletir sobre as duas últimas questões acima apontadas, utiliza-se de interessante contraponto entre duas importantes decisões, da Suprema Corte da Província de Buenos Aires: uma, declarando inválida alteração prejudicial, apesar da concordância do empregado⁴; outra, validando a alteração, sem derrogação dos direitos mínimos⁵.

Como se vê, é fundamental o papel da vontade do trabalhador, seja na formação do contrato, seja durante sua execução e mesmo após sua terminação. Segundo se consolidou ao longo da história do Direito do Trabalho, para sua livre manifestação, o empregado precisa da intervenção do Estado, pois, na condição de hipossuficiente e ocupar

3 GOLDIN, Adrian O. *Contrato de Trabajo y Renuncia de Derechos*. Buenos Aires, Ed.Hammurabi, 1987, p., 9.

4 Conf. *Fallo da Sala VI da Câmara Nacional de Apelações, da Suprema Corte da província de Buenos Aires, de 15/5/1985*.

5 *Fallo da Sala II, da Câmara Nacional de Apelações do Trabalho, da Suprema Corte da província de Buenos Aires, de 30/8/85*.

posição desigual de poder, estaria subjugado pelo empregador.

No entanto, se parte expressiva de empregados encontra-se nessa situação, alguns, seja por desempenharem cargos de gestão, seja por receberem salário mais elevado ou mesmo ostentar diploma de curso superior, deveriam ser tratados de forma diferenciada, como já ocorre em diversos países europeus.

Foi nesse sentido que a reforma de 2017 introduziu o parágrafo único do art. 444, da CLT.

Ele está assim redigido:

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

Por óbvio, o papel no Estado na tutela da vontade do empregado permitiu o necessário equilíbrio na formação do contrato, desde o início da construção do Direito do Trabalho e se justificava em face do então operário de fábrica. Mas essa política deve ser mantida em relação a todos os empregados? Além de ser possível determinado grupo merecer tratamento diferenciado, há ainda os novos trabalhadores, em plataformas digitais, que sequer tem seus direitos sociais assegurados. Em relação a estes, como qualquer cidadão, celebram contratos sem qualquer tutela específica. Há necessidade de se estabelecer o necessário equilíbrio.

2. Parágrafo único do art. 444 e desafios do Direito do Trabalho

A discussão clássica sobre Direito do Trabalho ficou estagnada no limiar do conceito de subordinação, como que para demarcar seu território exclusivo de atuação: quem está dentro dele, é regamente protegido; quem está fora, pouca ou nenhuma forma de proteção merece.

Acontece que o Direito do Trabalho, como a própria sociologia, está condenado “à eterna juventude”⁶ – não em razão da síndrome de Peter Pan, mas do dinamismo das próprias relações no mundo do trabalho.

Esse é o paradoxo: apesar desse aparente imobilismo, o Direito do Trabalho não pode se acomodar.

Isso porque o Direito do Trabalho, desde sua gênese, está como que *obrigado* à permanente renovação para acompanhar as transformações do mundo do trabalho, e assim se reinventar, no lugar da fácil acomodação preferida por alguns, para voltar-se com exclusividade ao trabalhador subordinado.

As novas tecnologias, em especial dos meios de comunicação, fustigam o Direito do Trabalho a se reinventar, obrigando-o a se atualizar e mesmo rever seus conceitos e revisitar seus princípios.

Afinal, tudo gira em torno de um sujeito, razão em si do avanço das tecnologias e necessária e permanente intervenção do Estado: o homem, em seu sentido global, seja ele empregado ou desempregado; seja ele autônomo ou integrante de outra categoria de trabalhador.

O conceito clássico de empregado, que trabalha com subordinação, para um único empregador, em tempo integral e mediante contrato de emprego por prazo indeterminado, como tal concebido em face do alheamento do Estado com questões sociais, quando do surgimento da Revolução Industrial, resultou dos debates teóricos iniciais, como reação às doutrinas liberais da época, do espírito individualista, sem espaço para os grupos, e à falácia dos dogmas da liberdade contratual e igualdade dos sujeitos contratantes, como se o Direito Civil fosse capaz de regular aquelas novas relações de trabalho no interior das fábricas.

Foram concebidos sistemas de proteção coerentes com as grandes questões sociais enfrentadas pelo operário, na fábrica, limitando-se apenas a esse tipo de trabalhador. No lugar de voltar-se para outras formas de trabalho, como a dos autônomos, preferiu fechar-se sobre si mesmo, com sua postura narcisista, culminando no que se convencionou chamar de “era de ouro” do Direito do Trabalho.

Com a crise dos anos 1970, o Direito do Trabalho, em especial seus

6 A respeito, conf. SALLUM JR., Brasília. Apresentação da Coleção. In LUHMANN Niklas. Sistemas Sociais – Esboço de uma teoria geral. Petrópolis, Ed. Vozes, 2016, p. 7.

conceitos e princípios, passou a ser questionado. Para os críticos da época e mesmo da atualidade, na visão cunhada como neoliberal, foi acusado de responsável pela falta de competitividade das empresas em vista do engessamento provocado pelo excesso de garantias, sendo colocado em xeque todo arcabouço teórico e mesmo legislativo, na busca de alternativas, para que o Direito do Trabalho, em sua mais aguda crise, continuasse sendo o centro propulsor da garantia e efetividade dos direitos sociais, sem necessidade de retorno ao Direito Civil, de quem não se havia se desligado por completo.

Sem resolver os impasses criados por essa crise, que ainda perdura, outros desafios vieram e novas formas de trabalho surgiram, ficando os novos trabalhadores, de modo particular os vinculados às plataformas digitais, à margem do Direito do Trabalho e de qualquer tipo de proteção por parte do Estado. O foco continuava sendo a minoria privilegiada dos que ainda conseguiam emprego.

Portanto, aí se encontra um dos grandes desafios do Direito do Trabalho, nesse mundo imprevisível e mutante do trabalho. Como seguir o fluxo das mudanças sem perder seu importante papel de regulação, por meio dos ajustes necessários, para garantir a efetividade dos direitos sociais, da mesma forma como ocorreu quando da passagem do liberalismo para o intervencionismo, hoje revisitado.

Nesse contexto é possível pensar a figura do trabalhador *hipersuficiente*. A transição da hipossuficiência para a *hipersuficiência*, captada pelo legislador reformista de 2017, ao incluir o parágrafo único no art. 444, da CLT, reflete em parte algumas mudanças pelas quais passam as relações de trabalho.

3. Princípio do *favor laboratoris* em face da autonomia da vontade

A reforma trabalhista de 2017 criou a figura do *hipersuficiente*, colocando em xeque a principal característica do empregado, a hipossuficiência, sendo imprescindível o papel protecionista do Direito do Trabalho, em especial para tutelar a vontade do trabalhador.

As codificações do séc. XVIII, em especial o Código Francês, de 1804, eram expressões da liberdade e garantia da vida privada. Como já alertava Amauri Mascaro Nascimento, esse debate em torno do

pensamento liberal e do papel do contrato para assegurar o necessário equilíbrio nas relações econômicas, inclusive trabalhistas, é fundamental para se entender a gênese do Direito do Trabalho⁷, e sua reação à matriz civilista, descompromissada com as questões sociais. Na concepção liberal, o indivíduo deveria ser libertado da opressão do Estado, e o contrato, regulado pelo Direito Civil, era expressão da igualdade das partes. Aliás, nesse sentido proclamava Fouillée: *o que é contratual é justo*.

Isso porque, concebido e consolidado como fruto da intervenção do Estado nas relações desiguais entre empregado e empregador, a construção das bases do que hoje conhecemos como Direito do Trabalho representou forte reação ao liberalismo, movimento dominante no período em que eclodiu a Revolução Industrial, nos anos 1780.

Havia necessidade de ruptura com certos paradigmas do Direito Civil, na contramão do pensamento liberal então dominante, passando o Estado, de forma pragmática, a interferir a favor do trabalhador do chão da fábrica.

Essa intervenção representou a quebra de dois dogmas muito caros aos civilistas, referência inicial para regular as incipientes relações de trabalho, nas fábricas: o da igualdade dos sujeitos contratantes e o da liberdade contratual.

De acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho⁸, em relação ao primeiro, a pretensa igualdade do empregado perante o empregador acabou colocando-o em uma posição de inferioridade, sendo compensada pela intervenção do Estado; em relação ao segundo, era ilusória a liberdade contratual nesse tipo de relação desigual. Ao contrário, era ambiente propício para uma “ditadura contratual” por parte do contratante mais forte.

Dentro desse contexto, foram construídas as bases do Direito do Trabalho, quando a intervenção do Estado, na elaboração do conteúdo contratual, facilitou a liberdade do trabalhador de contratar: a lei garantia seu conteúdo mínimo e obrigatório, ficando as partes liberadas para irem além. Esse sempre foi o sentido do art. 444, da CLT. Em outras palavras,

7 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 25ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 44 e ss.

8 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Direito do Trabalho, vol. 1. Coimbra, Almedina, 2009, p. 51 e ss.

o conteúdo do contrato não resultaria necessariamente da vontade das partes, mas da Lei, tornando *mais livre* a vontade do trabalhador.

De acordo com Alain Supiot⁹, a autonomia da vontade - fundamento do vínculo de subordinação, é não só fundamento como justificativa da força das obrigações contratuais. Isso porque o indivíduo não pode ser obrigado além das obrigações a que sua vontade se comprometeu. Além disso, não se admite, em nome da igualdade, que a vontade de alguém seja imposta a outro sujeito; do contrário não haveria encontro de vontades livres. Nesse mundo ideal e ilusório para os trabalhadores, os homens apenas estariam submetidos a obrigações livremente aceitas por mútuo acordo. A ilusão dessa teoria, do início da Revolução Industrial, residia no fato de que o contrato de trabalho, para grande parte dos trabalhadores, não era uma possibilidade, mas uma necessidade, fruto do desequilíbrio econômico e da própria necessidade de contratar. Nesse contexto, não havia liberdade de consentimento, podendo o empregado, quando muito, escolher para quem trabalhar, ficando mesmo assim na dependência do humor do mercado de trabalho¹⁰.

Mas, afinal, o trabalhador tem liberdade para contratar? Há espaço para a autonomia da vontade? Tatiana Sachs, quando coordenou o livro “La volonté du salarié¹¹”, lembra que determinado advogado, convidado para participar da obra, indagou: “vontade do empregado? Mas o empregado tem vontade?”¹² Isso porque, de acordo Tatiana Sachs, o particularismo do Direito do Trabalho em face do Direito Civil consiste precisamente “em limitar os espaços da expressão de vontade do empregado”¹³.

Portanto, a necessária intervenção do Estado, no início da Revolução Industrial, se justificava, inclusive para permitir que o contrato fosse expressão da igualdade substancial, impossível com a mera aplicação do Direito Civil.

No entanto, os tempos mudaram e o trabalhador também e o

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

10 In op cit, p. 143/144.

11 “A vontade do trabalhador”.

12 SACHS, Tatiana. *La Volonté du Salarié*. Paris, Dalloz, 2012, p.VII.

13 Id,ib.

próprio mundo do trabalho. Ultrapassada a era da Revolução Industrial, nas suas duas primeiras versões, a humanidade se encontra na era da informação, que quase já se confunde com a da ampliação cognitiva, por todos já sendo vivenciada, na perspectiva de Martha Gabriel¹⁴. Ou, como ela prefere, da “era da informação”, o mundo do trabalho está migrando para a “era da inovação”, onde o mecânico é substituído pelo digital e o “tangível” perde espaço para o “intangível”¹⁵.

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

Tradicionalmente, como afirmado acima, os contratantes só podiam fazer ajustes para melhorar o conteúdo mínimo de proteção, nos termos do art. 444, da CLT, mas sem nada retirar. Isso porque sempre se admitiu apenas *alteratio in melius* – jamais *in pejus*. Nesse contexto, foi elaborado o princípio do *favor laboratoris*, desdobramento do princípio de proteção: as partes podem contrariar o disposto na CLT tão somente para favorecer o empregado, jamais para lhe retirar direitos. Isso porque, a norma trabalhista é inderrogável e os direitos trabalhistas são indisponíveis¹⁶.

A Reforma de 2017 quebrou essa tradição, ao menos em relação ao empregado *hipersuficiente*, da mesma forma como procedeu o Código

14 GABRIEL, Martha. Conferência proferida no I Encontro do GETRAB, de 2021. Acesso: <https://youtu.be/ty2eBhAokTQ>

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

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

do Trabalho, de Portugal. Este, na revisão de 2009, embora mantendo o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, na relações individuais, autorizou a contratação coletiva a estabelecer condições menos favoráveis que as asseguradas pelo Código, em seu art. 3º¹⁷. Adotando essa orientação do Código português, a reforma de 2017 foi além, para atingir também algumas relações individuais de trabalho. Os *hipersuficientes* podem, como os sindicatos nas negociações coletivas, estipular condições de trabalho menos favoráveis que as oferecidas pela CLT.

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

De qualquer forma, seja no caso dos trabalhadores em geral, seja dos *hipersuficientes*, importa a justiça contratual, devendo os contratos ser justos nos limites da autonomia das partes. De acordo com Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹⁸, de quem retiramos as observações acima, essa justiça contratual caracteriza-se “pela celebração de contratos mediante a livre expressão da vontade, e nos quais as prestações das partes sejam equitativas”. De acordo com Verçosa, ainda, deve-se impedir que a lesão e a onerosidade excessivas impliquem “desequilíbrio contratual real e não justificável”¹⁹.

Tais observações não apenas se aplicam à autonomia privada, no âmbito do Direito Civil, como de modo particular ao Direito do Trabalho, quando estiver em jogo a autonomia da vontade do *hipersuficiente*, por supostamente persistir a inferioridade econômica desse trabalhador, apesar de seu salário mais elevado e de seu diploma de curso superior.

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

18 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato. Seus Efeitos nos Contratos Mercantis – Alguns Aspectos Relevantes*. Tese para concurso de Livre-Docência para o Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p.48.

19 *Idem ib.*

4. Debate doutrinário e jurisprudencial

O tema envolvendo empregado *hipersuficiente* ainda está em debate, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência,

De acordo com Luciano Martinez²⁰, a exceção introduzida pelo legislador no parágrafo único do art. 444, da CLT, é polêmica e extremamente criticada. Além dele, diversos autores consideram essa alteração verdadeiro retrocesso. Apesar de receber altos salários, na vigência do contrato, o empregado não se encontraria em plano de igualdade para negociar condições de trabalho, fora dos padrões da CLT²¹.

Segundo Cavalcante e Jorge Neto, ao conferir a mesma força dos instrumentos normativos ao contrato de individual de trabalho, o legislador incorreu em grave distorção do sistema, além de violar a própria Constituição da República, que exige participação do sindicato na negociação coletiva²².

Parte da doutrina posiciona-se favoravelmente a essa reforma do art. 444, da CLT. Ives Gandra da Silva Martins Filho²³, por exemplo, após referir-se à indisponibilidade de direitos e à proibição de o empregado dispor de seus direitos por simples manifestação da vontade, lembra que agora o legislador reformista de 2017 introduziu exceção a essa regra para beneficiar empregados *hipersuficientes*.

Como se vê, esse debate apenas começa a ser travado entre os doutrinadores, podendo-se inclusive colher na própria jurisprudência os primeiros subsídios. Assim, há decisões da Justiça do Trabalho no sentido de que não apenas esse tratamento diferenciado do *hipersuficiente* é constitucional, como o rol do parágrafo único, do art. 444, da CLT, é apenas exemplificativo. Em consequência, seria possível beneficiar outras categorias, como atletas profissionais²⁴. Em outras

20 MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 11^a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 120.

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

22 Idem, ib.

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

24 Conf. TRT 3^a R.; ROT 0010636-07.2019.5.03.0113; Segunda Turma; Rel^a Des^a Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo; Julg. 13/10/2020; DEJTMG 15/10/2020; Pág. 319.

decisões, vêm-se admitindo validade de cláusula com quitação geral dada pelo *hipersuficiente*²⁵, sinalizando mudanças de paradigma.

Por outro lado, há limites na interpretação do parágrafo único do art. 444, da CLT, não se admitindo, por exemplo, reduzir salário de forma tácita sob pretexto de se tratar de *hipersuficiente*, mesmo porque o salário é irredutível²⁶, salvo negociação coletiva.

Por fim, há decisões justificando essa escolha do legislador, seja do ponto de vista histórico, seja sob a ótica do dinamismo das relações de trabalho, mesmo porque “trabalhadores altamente qualificados têm plenas condições de avaliar a conveniência de prestar serviços a outrem fora dos moldes da típica relação de emprego”²⁷, situações em que não se pode presumir vício de vontade. Aliás, conforme consta do acórdão acima referido, o legislador, ao estender ao *hipersuficiente* a capacidade de livre estipulação das condições de trabalho, em boa hora permitiu superar entendimento jurisprudencial anacrônico que vinha sendo adotado por parte expressiva da jurisprudência trabalhista²⁸.

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

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

25 TRT 1ª R.; ROT 0101027-33.2018.5.01.0037; Segunda Turma; Relator Jose Antonio Piton, Data de Julgamento: 24/07/2019; DEJT 01/08/2019.

26 Trecho do acórdão TRT 3ª R.; ROT 0010315-28.2020.5.03.0180; Oitava Turma; Rel. Des. José Marlon de Freitas; Julg. 18/11/2020; DEJTMG 19/11/2020; Pág. 1445.

27 Processo: AIRR - 10199-59.2019.5.03.0179, Relator: Augusto Cesar Leite de Carvalho; Publicação: 12/02/2021.

28 Id.ib.

5. Trabalhador *hipersuficiente*, segundo Georgenor de Souza Franco Neto

Georgenor de Souza Franco Neto enfrentou esse tema - trabalhador *hipersuficiente*, em sua tese de doutorado, defendida perante a Faculdade de Direito, da USP. Encorajado pela banca, que o aprovou, resolveu publicar sua tese, o que ocorrerá em breve, pela LTr. Pelo pioneirismo, certamente seu livro será uma das referências teóricas.

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

Esse o dilema, levantado no livro de Georgenor Neto: se a principal característica do Direito do Trabalho é a proteção, seria possível criar categoria distinta de empregados, os chamados *hipersuficientes*, aos quais o legislador passaria a dispensar proteção mitigada? Teriam capacidade para negociar diretamente com o empregador condições diferenciadas de trabalho, mesmo contrariando a CLT, as quais podem prevalecer inclusive sobre acordos ou convenções coletivas? Em síntese, poderia a reforma de 2017 desafiar paradigmas de proteção consolidados ao longo da história do Direito do Trabalho e mesmo alterar a lógica da negociação?

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

Ambas as questões estão entre si conectadas: como foi reconhecida a autonomia da vontade do *hipersuficiente*, não só houve redução do

grau de proteção, como estaria o *hipersuficiente* apto a negociar com o empregador condições diferenciadas de trabalho, com paridade de armas.

Ora, em relação ao primeiro aspecto, o princípio de proteção foi apenas mitigado, pois continua todo aparato constitucional de proteção ao trabalhador, inclusive em face de sua dignidade e seus valores intrínsecos, e mesmo os de cidadania. Em relação ao segundo, a Reforma de 2107 colocou o trabalhador *hipersuficiente* no mesmo plano de igualdade do sindicato para efeito de negociação (mesma eficácia legal). Além disso, observados os limites possíveis do que se pode negociar, nos termos do art. 611 A, da CLT, as cláusulas negociadas têm prevalência sobre os instrumentos normativos (preponderância sobre os instrumentos coletivos). Neste ponto, para o legislador, assim como o sindicato encontra-se em plano de igualdade de forças em face do empregador, também o *hipersuficiente* o estaria. Isso porque, ao contrário do que ocorre com os empregados em geral, quando a desigualdade destes em face do empregador é suplantada pela interferência protecionista do Estado, os trabalhadores *hipersuficientes* tiveram o reconhecimento pleno da autonomia da vontade, representando o parágrafo único do art. 444, da CLT, verdadeira “carta de alforria”. De qualquer forma, esse reconhecimento diferenciado da autonomia da vontade não é *porta aberta* para prática de qualquer forma de injustiça contratual, por parte do empregador. Embora o conteúdo do contrato não mais se limite ao espaço estreito da CLT, é inadmissível qualquer forma de desequilíbrio contratual ou afastamento da equidade.

De acordo com Georgenor Neto, toda essa problemática do parágrafo único do art. 444, da CLT, deve ser examinada com base na Constituição da República, à luz da doutrina neoconstitucionalista, sem se perder de vista a unidade do Direito do Trabalho.

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

Georgenor Neto faz reserva apenas em relação aos critérios adotados pelo legislador, para caracterizar o *hipersuficiente*. Segundo

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

Uma vez alterados tais critérios, seria possível formar grupo mais homogêneo de trabalhadores com amplos poderes e com destaque na estrutura organizacional, sem a violação do princípio da igualdade. Por outro lado, ainda segundo Georgenor Neto, mesmo com mais poder de negociar condições de trabalho, o menor alcance de proteção ao *hipersuficiente* não afronta o texto constitucional. Isso porque nada impede que contratos contemplem diferentes âmbitos de proteção, desde que mantidos os direitos fundamentais, consagrados aos trabalhadores em geral.

Como se vê, Georgenor Neto tem por mérito confrontar, à luz da Constituição da República, e em face dos princípios consagrados pelo Direito do Trabalho, a maior liberdade negocial com a menor proteção conferida ao *hipersuficiente*, observado o necessário equilíbrio contratual.

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

Esse tratamento diferenciado também é assegurado pelo legislador brasileiro, a determinados empregados, como atletas profissionais de futebol.

Isso porque, como já afirmava Johannes Messner, “os homens são iguais na sua natureza essencial; na sua natureza individual são desiguais²⁹.”

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

Conclusões

O debate em torno da figura do trabalhador *hipersuficiente*, introduzida pela reforma trabalhista de 2017, no Brasil, com o acréscimo do parágrafo único do art. 444, da CLT, vai muito além do debate em torno dos critérios adotados pelo legislador para caracterizá-lo, ou mesmo do debate em torno da vocação protecionista do Direito do Trabalho, cristalizada na intervenção do Estado, ao substituir a vontade do trabalhador, pela lei, na construção do conteúdo do contrato de emprego.

A reforma de 2017 põe a descoberto algo mais profundo e paradoxal: o apego do Direito do Trabalho a um único tipo de proteção, oferecida a um único tipo de trabalhador - o trabalhador subordinado, como se os demais trabalhadores não devessem ficar sob sua órbita, para garantir-lhes direitos básicos.

Seria muito cômodo se as novas relações de trabalho, mesmo as envolvendo plataformas digitais, coubessem no espaço inicialmente demarcado pelo Direito do Trabalho, como se tudo fosse previsível e estável, como se verifica na ordem cósmica.

Mas isso não é possível, mesmo porque essa filosofia de Confúcio, da previsibilidade, foi contestada pelo taoísmo. De acordo com Chang Tzu, a ordem dos astros não é a mesma que se observa na terra: aqui prevalece a lógica do imprevisível. Deve-se seguir o fluxo da vida na busca de bens como alegria e felicidade, da mesma forma como o nadador que pretende atravessar o rio não deve lutar contra a correnteza, mas seguir seu fluxo, para chegar à margem oposta com segurança. Segundo Frédéric Lenoir, de onde retiramos essa reflexão, não se trata de uma *não ação*, mas da devida adaptação, pois, "aceitando esse fluxo, optamos por acompanhar o movimento da vida"³⁰.

A reinvenção do Direito do Trabalho corresponde a sua permanente adaptação às profundas mudanças que ocorrem no mundo do trabalho, e assim garantir sua efetividade e sua *eterna juventude*. Esse um dos grandes desafios impostos a todos quantos pensam o Direito do Trabalho e refletem sobre ele e seu papel na atualidade. Firme em seus princípios,

30 LENOIR, Frédéric. Pequeno Tratado de Vida Interior. Rio de Janeiro, Ed. Cosme Velho, 2010, p. 48.

revisitados quando necessário, deverá se renovar e se reinventar para conseguir acompanhar, na mesma velocidade, as transformações do mundo do trabalho, extremamente dinâmicas e imprevisíveis.

Como se pode ver, esse debate, além de instigante, vai além da questão envolvendo empregado *hipersuficiente*.

Autores referidos

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa e JORGE NETO, Francisco Ferreira. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GABRIEL, Martha. Conferência proferida no I Encontro do GETRAB, de 2021. Acesso: <https://youtu.be/ty2eBhAokTQ>

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 11^a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho, 8^a. Coimbra, Almedina, 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho. 27^a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MANNRICH, Nelson. Inderrogabilidade da norma trabalhista e indisponibilidade de direitos: algumas reflexões. *In* Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ano XVII – n. 17 – 2009.

MESSNER, Johannes. Ética Social. O Direito Natural no Mundo Moderno. Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo, Edit. Quadrante e Editora da USP. s/d.

LENOIR, Frédéric. Pequeno Tratado de Vida Interior. Rio de Janeiro, Ed. Cosme Velho, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 25^a ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Direito do Trabalho, vol. 1. Coimbra, Almedina, 2009.

SACHS, Tatiana. La Volonté du Salarié. Paris, Dalloz, 2012.

SALLUM JR., Brasília. Apresentação da Coleção. *In* LUHMANN Niklas. Sistemas Sociais – Esboço de uma teoria geral. Petrópolis, Ed. Vozes, 2016.

SUPIOT, Alain. Critica del Derecho del Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones, 1996.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato. Seus Efeitos nos Contratos Mercantis – Alguns Aspectos Relevantes. Tese para concurso de Livre-Docência para o Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

EL TELETRABAJO COMO FENÓMENO SOCIAL Y COMO NOCIÓN JURÍDICA

Wilfredo Sanguinetti Raymond

Professor Catedrático de Derecho del Trabajo

Universidad de Salamanca

DOI: <https://doi.org/10.34628/9xzz-9365>

Sumario: I. Una premisa de orden metodológico y conceptual. II. El origen de una idea y sus primeras formas de plasmación y regulación. III. El impacto de la digitalización y el surgimiento de formas nuevas de teletrabajar. IV. La huida al teletrabajo durante la crisis sanitaria y sus lecciones. V. Breve colofón.

Resumen: El artículo lleva a cabo un examen del teletrabajo como fenómeno social y como noción jurídica. Para ello resta atención a sus orígenes y primeras formas de plasmación y regulación, así como al impacto de la digitalización y el surgimiento de nuevas formas de teletrabajar y la huida hacia esta forma trabajar durante la crisis sanitaria. La idea fundamental en la que se basa es la de la inexistencia de un concepto ontológico de lo que el teletrabajo *es* o *debe ser* para el Derecho, sino nociones jurídicas determinadas del mismo, que seleccionan ciertos elementos de una realidad compleja, multiforme y cambiante, con el fin de promover el alcance de unas concretas líneas de política jurídica en un momento dado

Palabras clave: Teletrabajo, Digitalización, Crisis sanitaria.

I. Una premisa de orden metodológico y conceptual

Uno de los cambios originados por la crisis sanitaria iniciada en marzo de 2020 que con mayor probabilidad está en condiciones de proyectar su impronta sobre la configuración futura de las relaciones laborales en buena parte del mundo es el representado por la inesperada expansión de una modalidad de desarrollo de prestación laboral posible sin demasiadas dificultades pero escasamente practicada en el pasado. Se trata, por supuesto, del teletrabajo. La necesidad de continuar el desarrollo de las actividades productivas evitando el contacto entre las personas, que constituyó desde un inicio la única medida capaz