

O empregado hypersuficiente e a real autonomia da vontade no contrato de trabalho

INTRODUÇÃO

A Lei 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, entre tantas mudanças e inovações trazidas em seu conteúdo, introduziu o parágrafo único ao artigo 444 da CLT e, “criou” uma nova categoria de empregados, os ditos “hypersuficientes”, que podem negociar todas as hipóteses previstas no artigo 611-A, também criado pela mencionada Lei.

Para ser enquadrado em tal categoria o empregado deverá receber salário relativamente elevado (igual ou superior a duas vezes limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social) e possuir diploma de nível superior. Assim, de agora em diante, este tipo de empregado deixa de ser considerado com parte hipossuficiente da relação de emprego, carente de proteção, e passa a figurar em igualdade de condições com o empregador, podendo firmar pactos individuais que alterem o contrato de trabalho em aspectos antes só permitidos por negociação coletiva, podendo inclusive extinguir direitos antes percebidos.

Percebe-se que a intenção do legislador foi a de favorecer a liberdade contratual das partes, privilegiando a autonomia individual do empregado que possuir patamar salarial e intelectual elevado.

A autonomia atribuída ao novo empregado alcança temas antes somente discutidos por Entes Coletivos.

O objeto deste artigo é justamente a abordagem e análise desta nova figura de empregado trazida pela Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017.

Abordara-se quem de fato pode ser considerado um empregado hypersuficiente e principalmente, as reais chances de este empregado exercer sua vontade livre e desimpedida nas negociações com os respectivos empregadores e quais as implicações desta autonomia de vontade.

Para se adentrar ao tema, num primeiro momento, serão abordados os conceitos de Contrato de Trabalho e a inerente condição de hipossuficiência do empregado neste tipo de contrato.

O atual cenário de crise econômica que vive o Brasil, com alto índices de desemprego e baixa oferta de emprego, principalmente na faixa salarial em que se

encontram os hipersuficientes, que faz destes uma categoria cada vez mais dependente da relação de trabalho e temente de uma possível demissão, permite a manifestação de vontade livre, justa e legítima?

Neste artigo dar-se-á prioridade à análise do real exercício da autonomia da vontade desta nova categoria de empregados nas negociações com seus empregadores, que tem no contrato de trabalho sua única fonte de renda.

Verificar-se-á, posteriormente, se as liberdades atribuídas aos empregados agora tidos como hipersuficientes se amoldam aos limites impostos pela Constituição Federal e aos Princípios que regem do Direito do Trabalho e o Direito Fundamental da Igualdade, perante aos demais empregados submetidos ao um mesmo empregador.

Deste modo, por meio de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, analisar-se-á, primeiramente, o que é o empregado hipersuficiente, quais são as características que o definem como tal.

Demonstrar-se-á também, em quais situações poderá ele negociar de modo individual e sem interferência de entidades coletivas, sobre as disposições de seu contrato de trabalho.

Mostra-se relevante o presente estudo, pois, busca apresentar uma análise crítica sobre as mudanças trazidas com a Lei 13.467/2017, que, indiscutivelmente, arranha as bases e princípios do Direito do Trabalho, especialmente o Princípio da Proteção.

É nessa direção, portanto, que o presente artigo será conduzido, buscando trazer possíveis respostas aos questionamentos acima indicados.

1 O CONTRATO DE TRABALHO E A HIPOSSUFICIÊNCIA DO EMPREGADO

Para Arnaldo Süssekind; Délio Maranhão Segadas Vianna e Lima Teixeira (1999, p. 245/246) o contrato de trabalho *strictu senso* é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.

Pode o contrato de trabalho ser verbal ou escrito e ainda por tempo determinado ou indeterminado, nos moldes do artigo 442 da CLT, e, deve estabelecer todas as condições e regras em que a relação de emprego irá se desenvolver.

De um lado desta relação está o empregador, possuidor do poder econômico e diretivo sobre a prestação de serviços e de outro o empregado que se submete aos comandos do empregador e coloca à disposição daquele a sua força de trabalho.

Desde a sua origem, na relação de emprego oriunda de um contrato de trabalho, verifica-se a condição de hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, pois notória a assimetria de condições entre as partes atuantes.

No entender de Murilo Carvalho Sampaio Oliveira os traços de desigualdade e coação implícitas na relação de emprego fundamentam a proteção trabalhista, tendo em vista a condição de dependência que ocupa o empregado nesta espécie contratual (OLIVEIRA, 2018, p. 201).

A subordinação é considerada pela doutrina como o elemento definidor da relação de emprego, uma vez que é o contrato de labor que mais obsta a autonomia privada do obreiro, considerando a posição de subserviência do trabalhador (ALVARENGA, 2018).

Assim sendo, considerando-se o contrato de trabalho como única fonte de renda do empregado, revela-se a dependência do empregado na relação de emprego e dos frutos que dela venha receber, para sustentar a si e a sua família.

Já o empregador, no exercício de seu poder diretivo, pode estabelecer condições e exigir resultados e a qualquer momento pode rescindir a relação de emprego, sem qualquer justificativa, desde que observe algumas penalidades legais (multa de 40% do FGTS, por exemplo).

Não é demais dizer, que os empregados da iniciativa privada, convivem diariamente com o “fantasma” do desemprego iminente, considerando que a crise financeira que assola o país e as altas taxas de desemprego (12,3%)¹.

Este é justamente um dos principais aspectos da relação de emprego, a permanente condição de hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, que autoriza a intervenção Estatal na autonomia da vontade privada das partes.

¹ Fonte: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24908-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-3-e-taxa-de-subutilizacao-e-25-0-no-trimestre-encerrado-em-maio-de-2019>

Em razão dessa disparidade de condições entre as partes é que o Direito do Trabalho, ao longo dos anos, sempre atuou e atua, na busca de um equilíbrio mínimo entre elas (igualdade material), pautado em vários princípios dentre eles o da Hipossuficiência do Empregado, o Princípio da Proteção, o da Inafastabilidade da Jurisdição e, finalmente, o da Irrenunciabilidade ou Indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Historicamente, na relação de trabalho prevalece o poder privado do empregador que detém o poder diretivo sob os seus empregados que ficam sujeitos à essa subordinação, independentemente de seu grau de instrução ou faixa salarial.

Por essa razão é necessária a intervenção Estatal, para minimizar as diferenças entre as partes da relação de emprego, conferindo-se à parte menos favorecida alguma garantia, benefício ou vantagem, e, principalmente, proteção.

Ou seja, toda prestação de serviços realizada sob subordinação e dependência, será sempre regida pelas normas protetoras e pelos princípios basilares Direito do Trabalho (Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição).

A Constituição Federal em seu art. 7º, inciso I, traz o conceito de relação de emprego, com a clara finalidade de conferir proteção jurídica e social ao trabalhador subordinado e economicamente hipossuficiente, vejamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana

Portanto, sempre que houver trabalho subordinado, pessoal e assalariado, nos moldes dos artigos. 2º e 3º da CLT, restará configurada a relação de emprego. E desta relação, afasta-se a plena liberdade de iniciativa que rege os contratos civis, amparado na desigualdade material entre as partes contratantes, conferindo segurança social ao trabalhador, no contrato de trabalho.

O empregado, sujeito hipossuficiente da relação empregatícia, vislumbra nesse contrato, sua única fonte de sobrevivência digna.

Aldacy Rachidi Coutinho (2016, p. 13) destaca a função primordial do Direito do Trabalho:

A função precípua do Direito do Trabalho (...) reside em criar limites ao Capital, por meio de reconhecimento de direitos aos trabalhadores, fixando pautas de condutas para que a exploração seja controlada, mínima e restrita ao trabalho enquanto força, e, ainda, não espoliativa e não violadora das dignidade da pessoa humana, mediante a incorporação de direitos fundamentais sociais nas relações interprivadas obrigacionais, rechaçando o exercício do poder arbitrário exercido sobre a pessoa (COUTINHO, 2016, P.13)

Considerando o Princípio da Dignidade Humana, consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, e que o trabalho e seus frutos são a única fonte de renda e subsistência digna do trabalhador, seja ele hipossuficiente ou hipersuficiente, não se pode afastar da relação de emprego a proteção Estatal.

Conferir às partes total liberdade de ajustes das condições de trabalho, é transformar a relação de trabalho subordinado em uma relação de trabalho autônomo.

2 O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

Como já mencionado, a Lei 13.467/2017 – a dita Reforma Trabalhista - incluiu o parágrafo único ao artigo 444 da CLT e criou uma nova categoria de empregados: **os hipersuficientes**.

São eles, nos termos da lei, dotados de total liberdade negocial direta com empregadores de cláusulas e condições contratuais, tal qual os Sindicatos Representativos, nos moldes do artigo 611-A da CLT.

Os Entes Coletivos que representam empregados e empregadores, possuem *a priori*, igualdade de condições entre si, por essa razão a eles é permitida a negociação sobre diversos temas sensíveis elencados no artigo 611-A da CLT, desde que não ofendam as previsões constitucionais (BOSKOVIC, 2019, P. 138/155).

Importante lembrar, que apesar da liberdade conferida aos Entes Coletivos, dos Instrumentos Coletivos firmados não se afasta o controle justralhista, como se extrai dos parágrafos 1º a 4º do artigo 611-A da CLT, vejamos:

§ 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

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito

Assim, o parágrafo único do artigo 444 da CLT ao conferir ampla autonomia à esta nova categoria de empregados para negociar com seu empregador todos os temas elencados no artigo 611-A da CLT, bem como, ao conferir a esta negociação validade irrestrita, privilegiando a autonomia da vontade das partes, coloca empregados e empregadores no mesmo patamar de igualdade.

Nos exatos termos do parágrafo único do artigo 444 da CLT o empregado hipersuficiente é aquele 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”*.

Atualmente (exercício de 2019) referido valor equivale a R\$ 11.062,62 (onze mil e sessenta e dois reais e sessenta e dois centavos).

Assim sendo, todo empregado que receber salário igual ou superior ao valor acima mencionado (pouco mais que 11 salários mínimos) e ser possuidor diploma de nível superior, pode negociar livremente com seu empregador, todos os aspectos do contrato de trabalho listados no artigo 611-A da CLT, tal qual um Sindicato.

Araújo Jr. e Barroso (2017, p. 4) explicam que *“o trabalhador hipersuficiente poderá proceder de maneira a negociar de maneira livre, diretamente com o empregador, as condições estabelecidas no artigo 611-A, como, por exemplo, o tele trabalho, o sobreaviso, além das modalidades referentes à remuneração”*.

A partir da Lei 13.467/2017, portanto, o empregado, individualmente considerado, que preenche os dois requisitos legais (curso superior – critério intelectual e salário elevado – critério financeiro), tem o “poder” de negociar, por exemplo, banco de horas, intervalo intrajornada, aplicação do adicional de insalubridade, prêmios de incentivo, modalidade de registro de jornada, conforme autorizado no novo artigo 611 – A da CLT.

Este novo tipo de empregado terá direito de pactuar livremente com seu empregador as suas condições de trabalho, e, esta livre estipulação prevalecerá sobre o legislado, também nos termos do artigo 611-A da CLT.

Convém destacar o conteúdo do artigo 611-a da CLT:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- 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;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- X - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa

Como se vê, a Reforma Trabalhista perpetrada pela Lei 13.467/2017, trouxe o instituto da prevalência do negociado sobre o legislado, entendendo-se que esse trabalhador, como indivíduo capaz que é, detentor de direitos e deveres, a partir de agora pode negociar diretamente com seu empregador todos os aspectos previstos

no artigo 611-A da CLT, não necessitando mais da exacerbada tutela Estatal na regulamentação da sua relação contratual.

Os parágrafos 2º e 3º do artigo 8º da CLT, também incluídos pela Lei 13.467/2017, abordam o exame judicial dos instrumentos coletivos negociados (ACTs e CCTs), balizando a atualização judicial pelo “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”. (DELGADO e DELGADO, 2017, p. 107).

No entendimento de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 159):

“Os fundamentos para a construção da regra jurídica residem na ideia de que, em se tratado de profissional portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior ao padrão de duas vezes o teto dos benefícios previdenciários, ele não se encontraria submetido a subordinação intensa. Com isso, possuiria o poder de também impor a sua vontade no cotidiano da relação empregatícia.

Flagrante a intenção do legislador em privilegiar a autonomia da vontade do particular.

Nessa toada, é imperiosa uma distinção entre o empregado hipersuficiente nos termos da Nova Lei e os “altos empregados”.

Os “altos empregados” são aqueles altamente qualificados, ocupantes de elevadas e destacadas posições na estrutura hierárquica das empresas e que recebem salários/benefícios diferenciados, muito acima do teto legal estabelecido, como por exemplo um executivo de uma grande empresa capitalista, que afere ganhos anuais altíssimos e que detém poder diretivo ilimitado. Este tipo de empregado sim pode ser equiparado ao empregador, pois, muitas vezes se confunde com este, atuando em sua substituição, portanto, deste empregado afasta-se a condição de hipossuficiência inerente ao empregado subordinado (DELGADO, 2018, p. 421).

Muitas vezes, o “alto empregado” em razão de seu conhecimento técnico e da posição estratégica que ocupa no mercado, tem até maior poder de barganha na negociação que o próprio empregador.

Mas até estes “altos empregados” acabam por se submeter a imposições de seus empregadores em determinadas situações, justamente na intenção de garantir a vaga de emprego e manter o padrão de vida elevado que o trabalho lhes proporciona.

Um bancário, por exemplo, que pode receber salário superior e ter diploma de nível superior nos moldes do parágrafo único do artigo 444 da CLT, mas que não detém nenhum poder diretivo. Este empregado, apesar de ser hipersuficiente nos termos da Lei, possui igualdade de condições com seu empregador?

Considerando a realidade da economia brasileira, uma pequena faixa da população trabalhadora com vínculo empregatício, possui salário igual ou superior à quantia exigida no novo diploma legal, e que podem ser de fato considerados “altos empregados” com poderes de mando e gestão, dos quais se afasta a hipossuficiência.

Segundo o IBGE, apenas 2,2% dos trabalhadores de todas as espécies de atividade remunerada possuía rendimento nominal mensal entre 10 e 20 salários mínimos².

Assim, considerando que no ano de 2018, o valor nominal fruto da soma de duas vezes o teto dos benefícios da previdência social equivale a R\$ 11.290,00, algo em torno de onze salários mínimos, à luz dos dados disponibilizados no censo acima mencionado, é lógico concluir que os empregados hipersuficientes representariam menos de 2,2% da população trabalhadora com rendimento entre 10 e 20 salários mínimos.

E os demais, que eventualmente se encaixam nos requisitos legais (intelectual e financeiro), mas que permanecem na condição de hipossuficiência ao seu empregador, que não são detentores de poderes de mando e gestão, até onde vai a sua “autonomia de vontade”?

Desses empregados fica afastada a tutela jurisdicional trabalhista, em razão da autonomia negocial que lhes foi conferida? Este artigo se dedica, justamente, à análise da extensão da liberdade negocial dos “empregados hipersuficientes” na relação de trabalho e também da possível mitigação de seu direito constitucionalmente protegido de acesso à Justiça.

Outra alteração trazida pela Lei 13.467/2017 que impacta os contratos de trabalho dos empregados tidos como “hipersuficientes” é o novo artigo 507-A da CLT, que permite às partes dos contratos cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo do Regime Geral de Previdência Social, a pactuação de **cláusula**

² IBGE. Censo Demográfico - 2010. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/1075/cd_2010_trabalho_rendimento_amostra.pdf Acesso em 02 jul. 2018, p. 79.

compromissória de arbitragem, sempre por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa.

Percebe-se que neste caso não é exigido o critério intelectual, ou seja, que o empregado possua diploma de nível superior, sendo suficiente o critério econômico (salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social).

No entender de Schiavi (2017, p. 56), a arbitragem é o método extrajudicial pelo qual se busca a solução de conflitos, cuja decisão será tomada por um terceiro imparcial, distinto do magistrado, vejamos:

Arbitragem é uma forma de composição extrajudicial dos conflitos, por alguns doutrinadores considerada um equivalente jurisdicional. A questão é decidida não por um juiz, mas por uma pessoa ou órgão não investido de poderes jurisdicionais. Nos Estados Unidos é o mais importante mecanismo heterônimo de solução dos conflitos de trabalho. Mas a sua utilização é geral, com maior ou menor amplitude, sendo difícil encontrar um país no qual os conflitos trabalhistas não possam ser decididos por esse meio.

Considerando que a arbitragem se aplica apenas aos direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, Lei 9.307/1996), é duvidosa a sua aplicação aos Contratos de Trabalho, protegidos pelo Direito do Trabalho onde, já sabemos, prevalecem os princípios da Irrenunciabilidade e Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas.

De plano, percebe-se uma incompatibilidade da Arbitragem com o Direito do Trabalho, considerando-se a significativa gama de direitos indisponíveis e irrenunciáveis e o desequilíbrio entre as partes decorrente da hipossuficiência característica da relação de emprego, pois, o empregado poderá firmar a competente cláusula compromissória, sem que, tenha noção de suas reais consequências. Já que neste caso, não há exigência do requisito intelectual (diploma em curso de nível superior).

Compreende-se que a intenção do Legislador tenha sido a de desburocratizar as relações empregatícias, conferindo-lhes mais agilidade e liberdade.

Porém, apesar da Lei 13.467/2017 em seu artigo 507-A ter condicionado a cláusula compromissória ao interesse do empregado, ou, à sua aceitação expressa, permanece este empregado totalmente vulnerável, pois, se submete às eventuais pressões advindas do empregador para manter seu posto de trabalho.

Por todos os aspectos já debatidos, a Arbitragem vem sendo utilizada com cautela, e somente com o passar do tempo será possível perceber este instituto trouxe benefícios ou prejuízos aos trabalhadores.

3 DA LIBERDADE NEGOCIAL

Como já destacado neste artigo, na sua maioria, o contrato de trabalho é a única fonte de renda e subsistência dos empregados “hipersuficientes”, capaz de lhes garantir uma condição de vida digna.

E, nessa condição, até que ponto a autonomia da vontade do trabalhador será respeitada nessa nova modalidade de negociação individual? Maurício Godinho Delgado (2018, p. 435-436) destaca os riscos de precarização dos direitos trabalhista desse novo grupo:

[...] por livre estipulação, podem ser submetidos à profunda diminuição de direitos especificada no art. 611-A da CLT, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos. Ora, como o contrato de trabalho se trata, manifestamente de um contrato de adesão, pode se estimar o caráter leonino de tal cláusula de inserção desse grupo de empregados em condições contratuais abaixo das fixadas em lei e, até mesmo, abaixo das fixadas na negociação coletiva concernente à respectiva categoria profissional.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) publicou, em 2018, enunciados sobre a Reforma Trabalhista em sua 2ª jornada sobre Direito Material e Processual do Trabalho, sendo que o enunciado³sobre o trabalhador “hipersuficiente” é no seguinte sentido:

TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE. ART. 444, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT. I - O parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, contraria os princípios do direito do trabalho, afronta a Constituição Federal (arts. 5º, caput, e 7º, XXXII, além de outros) e o sistema internacional de proteção ao trabalho, especialmente a Convenção 111 da OIT. II - A negociação individual somente pode prevalecer sobre o instrumento coletivo se mais favorável ao trabalhador e desde que não contravenha as disposições fundamentais de proteção ao trabalho, sob pena de nulidade e de afronta ao princípio da proteção (artigo 9º da CLT c/c o artigo 166, VI, do Código Civil). (Enunciado Aglutinado nº 1 da Comissão 4)

³ Fonte: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra)

No entender de Adriana Calvo (2019, p. 7): *“Infelizmente, no Brasil, a única diferenciação atribuída ao trabalhador hipersuficiente trabalhista introduzido pela Reforma Trabalhista foi o critério de diferenciação dos trabalhadores por padrão remuneratório e nível intelectual. Não houve nenhuma preocupação com o nível de dependência deste trabalhador na relação de emprego; ao revés o trabalhador hipersuficiente continuou como empregado subordinado nos moldes do art. 3º da CLT.”*

Como se percebe, há uma imensa preocupação da Doutrina no tocante à proteção deste novo empregado, vez que, com o advento do parágrafo único do artigo 444 da CLT, esqueceu-se o legislador brasileiro de conferir, juntamente com a autonomia conferida, uma proteção trabalhista intermediária a este empregado tido como “hipersuficiente”, pois, ainda permanece ele subordinado ao empregador, e, ao negociar seus próprios direitos trabalhistas como o empregador autossuficiente e hipersuficiente, certamente será levando a uma diminuição ou exclusão total de seus direitos.

Imperioso ressaltar aqui, que o rol do artigo 611-A da CLT em se tratando de negociação direta e individual do empregado com o empregador, é taxativo, não sendo possível às partes negociar direitos que não estejam ali elencados.

Ademais, rol bastante extenso de direitos negociáveis!

Assim sendo, de fato, a remuneração mais elevada e a formação acadêmica do trabalhador são fatores suficientes para elidir a desigualdade de forças existente entre empregador e empregado, individualmente considerado na relação de trabalho?

Concretamente, o empregado não tem como discutir cláusulas do seu contrato, quando depende daquele trabalho para sobreviver, não em igualdade de condições com o empregador, como induz a parágrafo único do artigo 444 da CLT.

É inegável o vício de vontade na aceitação de eventuais cláusulas inseridas no contrato de trabalho, principalmente aquelas que reduzem ou que extingam direitos antes recebidos.

Não há dúvidas de que este empregado irá se submeter às condições apresentadas, ou até mesmo impostas pelo empregador, ainda que em detrimento de seus direitos, na intenção evidente de manter seu posto de trabalho, independentemente do patamar salarial e do seu grau de instrução.

Tanto o empregado hipossuficiente como o novo hipersuficiente dependem de seus empregadores e do fruto do seu trabalho. É daí que vem a manutenção de suas vidas.

Porém, nos termos do permissivo legal em comento (artigo 444 da CLT), os hipersuficientes teriam condições, inclusive de impor sua vontade no cotidiano da relação empregatícia.

Porém, a realidade fática, e toda a história e evolução das Relações de Trabalho e do Direito do Trabalho no Brasil, permite concluir que jamais haverá igualdade de condições na negociação particular entre empregador e empregado, principalmente, pois, se último não possui outra fonte de subsistência própria e de sua família, além do contrato de trabalho, certamente cederá às imposições do empregador.

A liberdade negocial do empregado “hipersuficiente” sempre estará mitigada pela dependência econômica.

E, ao ser equiparado a um Ente Coletivo no tocante à negociação das condições de trabalho, considerando o novo cenário onde o negociado prevalece ao legislado, fica este empregado ainda mais distante da proteção Estatal.

De se notar, que o Legislador ao introduzir o parágrafo único do artigo 444, olvidou-se da dependência econômica do trabalhador “hipersuficiente” na relação de emprego, que, apesar de ser considerado um empregado diferenciado, permanece subordinado ao empregador nos termos do artigo 3º da CLT.

Franklin Delano Roosevelt, em célebre discurso dirigido ao Congresso Americano em 1941, sentenciou:

“Um homem necessitado não é um homem livre. E é desse material que se fazem as ditaduras.”

O trabalhador hipersuficiente depende de seu emprego assim como o trabalhador comum, como qualquer outro tipo de trabalhador, para ter uma vida digna e sustentar a si e sua família.

Portanto, é evidente que a manifestação da vontade do empregado cujo contrato de trabalho é sua única fonte de renda e subsistência, que, de agora em diante, tem o azar de perceber salário relativamente superior e também possuir nível

superior, estará sempre mitigada, limitada e subordinada aos interesses do empregador.

Quem terá coragem de se negar às imposições do empregador, enquanto o houver possibilidade de desemprego?

Jamais haverá a “livre” negociação.

A manutenção do posto de trabalho sempre será fator determinante da submissão do empregado aos interesses dos empregadores.

Permanece, portanto, o papel do Direito do Trabalho em proteger os trabalhadores, ainda que a Lei 13.467/2017 tenha pretendido prestigiar a autonomia da vontade das partes, como se verá a seguir.

4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal em seu artigo 5º, caput, determina que *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"*.

Porém, não podemos nos esquecer das sábias palavras do nobre jurista Ruy Barbosa:

"A regra de igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem".

Nesse diapasão, o Princípio da Proteção, que se traduz num dos princípios basilares do Direito do Trabalho, visa, como o próprio nome mencionada, proteger o trabalhador, parte hipossuficiente da relação de trabalho, de forma a minimizar a sua situação de vulnerabilidade em relação ao empregador.

É através deste Princípio que o Estado, criando as normas de Direito do Trabalho, intervém nas relações de trabalho em benefício do trabalhador para evitar abusos por parte do empregador dando um mínimo de proteção a essas relações.

O que se busca através deste Princípio é dar uma compensação ao empregado pela sua hipossuficiência em relação ao empregador.

No Brasil, a positivação desta proteção ao trabalhador é encontrada na Constituição Federal, na forma de direitos fundamentais elencados no artigo 7º e seus

incisos, que garante aos trabalhadores brasileiros uma extensa lista de direitos trabalhistas.

Assim sendo, a superioridade econômica e intelectual do empregado, não é suficiente para afastar deste a proteção Jurídico Trabalhista da sua relação de trabalho.

Não é razoável acreditar que um empregado que tenha nível superior e que recebe salário relativamente elevado, não se verá intimidado a renunciar alguns de seus direitos na “negociação” com seu empregador, da mesma maneira que aquele trabalhador desqualificado e que receba salário inexpressivo.

A noção de hipossuficiência não se limita apenas à condição econômico-financeira do empregado, menos ainda ao seu grau de intelecto, mas principalmente na condição de subordinação do empregado em relação ao empregador. A relação de subordinação do empregado é pré-existente, nasce junto com o contrato de trabalho, e em assim sendo, todo e qualquer trabalho subordinado deve estar sujeito à proteção Estatal.

No entender de Souto Maior (2003, p.8), quando de seu estudo sobre os “altos empregados”:

Parece-me que um primeiro e importante passo a ser dado na direção da humanização das relações de trabalho dos altos empregados é reconhecer que, mesmo tendo alto padrão de conhecimento técnico e sendo portadores de uma cultura mais elevada que o padrão médio dos demais empregados, não deixam de depender economicamente do emprego (aliás, há uma dependência até moral ao emprego, dada a necessidade natural de manutenção do seu status social) e que, por conta disso, submetem-se às regras do jogo capitalista para não perderem sua inserção no mercado. Sua sujeição às condições de trabalho que lhe são impostas pela lógica da produção é inevitável (SOUTO MAIOR, 2003, p. 8).

Se os “altos empregados” se submetem à subordinação do empregador, ainda que de maneira reduzida, por óbvio que os hipersuficientes também o fazem e sempre farão.

Entretanto, o parágrafo 1º do artigo 444 da CLT afasta o empregado hipersuficiente da Proteção Estatal, pois, o equipara a Ente Coletivo, cuja negociações não estão sujeitas (*a priori*) ao crivo do Judiciário.

Qualquer “negociação” firmada na relação de trabalho deste empregado hipersuficiente, por exemplo para alteração de jornada, de registro de jornada, de intervalos, de trabalho em feriados, de trabalho extraordinário, etc., não está mais subordinada a qualquer proteção jurídico-trabalhista.

Porém, não há e jamais haverá igualdade de condições entre o empregador e o empregado individualmente considerado.

Na vigência da relação de trabalho os direitos trabalhistas são irrenunciáveis diante do desequilíbrio jurídico e econômico que vigora entre empregado e empregador, o que impede a livre manifestação de vontade daquele.

Esbarramos aqui, em outro princípio basilar do Direito do Trabalho que é o da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas.

Este princípio, ainda que se entenda de aplicabilidade relativa, a renúncia de direitos trabalhistas só seria possível sob a tutela Jurisdicional (acordos trabalhistas, p.ex.).

Assim ao se ampliar as hipóteses de redução e até de extinção de direitos (artigo 611-A da CLT) pelo simples ajuste individual entre empregado e empregador, sob o frágil argumento de privilegiar a autonomia da vontade do trabalhador, se desconsiderou também hipossuficiência real e jurídica do empregado dentro da relação de emprego.

Outro princípio constitucional que norteia as relações de trabalho é o da Irredutibilidade Salarial insculpido no inciso VI do artigo 7º da Constituição Federal.

A redução salarial, só é permitida em negociações coletivas e sempre de forma temporária e condicional.

Assim sendo, podem os empregados hipersuficientes ter seus salários reduzidos em “negociações” diretas com seus empregadores, vez que o parágrafo único do artigo 444 da CLT conferiu a esta negociação particular a mesma eficácia da negociação coletiva? Que condições tem o empregado individualmente considerado de barganhar com seu empregador a sua redução salarial, e ainda que tal redução será “temporária”?

As respostas para estas indagações devem ser analisadas caso a caso, porém, é sabido que o empregado, em decorrência de sua condição de subordinação e de dependência econômica acabará se submetendo às “propostas” para garantir sua vaga de emprego.

Porém, os direitos trabalhistas são indisponíveis, isto é, são irrenunciáveis, indisponíveis e intransacionáveis pela sua característica pública, não tendo o valor do salário recebido pelo empregado e o seu grau de instrução o poder de alterar a natureza jurídica do seu direito.

Muitas são as possibilidades de precarização das relações de trabalho dos empregados hipersuficientes, e, considerando que a coação é um item que certamente estará presente nas “negociações” das condições laborais desses empregados diferenciados, não há como se conferir autonomia e validades irrestritas a essas negociações.

A coação é uma questão delicada no Direito do Trabalho, e no tocante ao hipersuficiente pode até ser considerada presumida, vez que o nível salarial deste empregado determina sua maior dependência econômica ao contrato de trabalho e maior possibilidade de se submeter à coação que um empregado menos remunerado (BENHAME, 2018).

Considerando a contemporaneidade da Lei 13.467/2017, ainda não se encontram julgados a respeito da inafastabilidade da proteção Estatal dos empregados que se encaixam nos requisitos do parágrafo único do artigo 444 da CLT.

Ademais, há que se destacar que há inúmeras ações de inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017 ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal que ainda não foram apreciadas pela Corte Superlativa.

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal preceitua que a *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Aqui estamos diante de outro princípio fundamental que é o da Inafastabilidade de Jurisdição.

Portanto, não se pode afastar de nenhum empregado subordinado, independentemente do seu grau de instrução ou base salarial percebida, a proteção Estatal pelas normas do Direito do Trabalho, pois, “sempre foram desprezados os fatos circunstanciais ou concretos de cada indivíduo em particular na determinação do regime jurídico contratual” (GOULART, 2018, p. 121).

A categoria de trabalhadores discutida neste artigo, nada têm de hipersuficientes, e os seus conflitos não poderão deixar de ser apreciados pela Justiça do Trabalho, porque todos têm direito a ter acesso a Justiça, independentemente do valor do seu salário e de seu grau de instrução.

Portanto, a proteção Estatal pelas normas do Direito do Trabalho não pode ser afastada de nenhum empregado subordinado, seja ele hipossuficiente ou hipersuficiente.

5 DA DISCRIMINAÇÃO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS EMPREGADOS

Outro aspecto importante que não se pode desconsiderar, é que ao criar uma nova categoria de empregados hipersuficientes e conferir a eles liberdade ampla e irrestrita para negociar os aspectos do contrato de trabalho elencados no artigo 611-A da LCT, a Lei 13.467/2017 acabou por gerar uma desigualdade de tratamento destes empregados em relação aos demais.

Sobre o direito fundamental da igualdade, é necessário mencionar que:

A igualdade em direitos se expressa pela vedação de discriminações injustificadas e se traduz pelo princípio de não discriminação. Significa, portanto, algo além de mera igualdade perante a lei, porque exclui a possibilidade de qualquer distinção não justificada. O princípio de não discriminação ou de igualdade nos direitos (ou igualdade na lei) envolve não somente o direito de ser considerado igual perante a lei mas também a possibilidade de usufruir, sem qualquer discriminação, os direitos fundamentais. (ROMITA, 2014, p. 351).

O princípio da igualdade garante, por exemplo, que empregados que exerçam as mesmas funções recebam salários diferentes, sendo vedada qualquer forma de discriminação entre eles.

Mas o aspecto de igualdade que se pretende abordar neste artigo, se refere à discriminação dos hipersuficientes em relação aos hipossuficientes no que diz respeito à proteção Justrabalhista.

Pois, além das desigualdades entre os empregados dentro de uma mesma empresa, a atribuição de liberdade negocial aos empregados hipersuficientes afasta destes a proteção do Estado, ao menos em tese, como já visto acima.

Os hipersuficientes, apesar de possuírem certa autonomia para negociar com seus empregadores, como dito anteriormente permanecem subordinados igualmente aos demais empregados, e por essa razão não podem ter afastado de seu contrato de trabalho, o controle Jurisdicional do Estado.

É notório que o empregado hipersuficiente e o empregado “comum” possuem a mesma condição de subordinação e hipossuficiência que é caráter determinante da intervenção do Estado nas relações de trabalho.

Porém, para o novo diploma normativo, esse segmento estratificado de trabalhadores pode ser submetido, pelo empregador, à estipulação de cláusulas contratuais menos favoráveis do que os demais empregados da mesma empresa e estabelecimento, contratados pelo mesmo idêntico empregador (DELGADO e DELGADO, 2017, p.158).

Estamos diante de um caso flagrante de discriminação deste empregado.

Quanto à discriminação e segregação, assim se posicionou Maurício Godinho Delgado:

O caráter discriminatório da regra legal é simplesmente manifesto; ela institui algo inimaginável na ordem constitucional e leis brasileiras contemporâneas: a pura e simples segregação de empregado perante o mesmo empregador. A discriminação, no caso, evidencia-se não apenas em face de ser erigida a partir da qualificação intelectual e científica do empregado (aquilatado. critério bastante curioso: quanto mais qualificado for o empregado, mais discriminado será), como também a partir de parâmetro econômico modesto, desarrazoado, desproporcional (ganho salarial mensal e correspondente apenas ao dobro do teto de benefícios do INSS). Ora, a diferenciação jurídica é tolerada no Direito – deixando de ser discriminatória – apenas caso ocorra por motivo realmente consistente, legítimo, essencial, imprescindíveis. (DELGADO, 2018, p. 435/436)

A jurisprudência trabalhista é quase inexistente sobre o tema em debate, seja pela contemporaneidade da Reforma Trabalhista, seja pelos novos riscos de sucumbência, trazidos pela Lei 13.467/2017.

Porém, essa relativa diferenciação acadêmica e remuneratória exigida do empregado hipersuficiente, não é suficiente para afastar a proteção do Direito do desses empregados.

Todos são iguais perante a Lei, como já dizia a Constituição Federal em seu artigo 5º, portanto, a autonomia negocial que o Legislador pretendeu estender ao empregado hipersuficiente que permanece subordinado e em situação de hipossuficiência, ainda que relativa, em relação ao seu empregador, será certamente rejeitada pela Jurisprudência, que irá prestigiar os mais basilares princípios do Direito do Trabalho que são os Princípios da Proteção e Princípio de Acesso à Justiça.

CONCLUSÃO

Dentre as diversas inovações trazidas pela Lei 13.467/2017 – a Reforma Trabalhista, se deu a criação de uma nova categoria de empregados, em tese, hipersuficientes, em razão de sua escolaridade e remuneração elevada, podendo ele negociar seu contrato de trabalho livremente com o empregador, como se viu neste estudo.

Essa nova categoria de empregados pode, a partir de agora, dispor acerca das matérias constantes no artigo 611-A, e referida negociação será detentora da mesma eficácia legal e preponderância sobre os pactos coletivos.

Entretanto, como evidenciado ao longo deste trabalho, não restam dúvidas de que se trata de uma iniciativa equivocada do legislador, pois, apesar de possuir este empregado grau de instrução e salário elevado, permanece ele na parte hipossuficiente da relação de trabalho.

O trabalhador sempre será a parte mais frágil da relação de trabalho, ante ao seu diminuto poder de barganha com o empregador diante da ameaça de perda do emprego, principalmente quando o trabalho é sua única fonte de renda que possa lhe garantir condições de vida digna.

Percebeu-se ainda, que vários foram os Princípios Constitucionais e alguns Princípios do Direito do Trabalho foram ignorados, como o da Igualdade, da Proteção, da Inafastabilidade da Jurisdição, Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, da Irredutibilidade Salarial, dentre tantos outros.

Não é crível considerar que o trabalhador, ainda que “hipersuficiente”, individualmente considerado, possa negociar com seu empregador em igualdade de condições.

Um diploma de nível superior e um salário relativamente elevado, não são suficientes para colocar o empregado em patamar de igualdade com o empregador.

Ainda que o legislador tenha pretendido prestigiar a autonomia da vontade das partes, verificou-se que não é possível afastar dessa categoria de empregados a proteção Estatal e do Direito do Trabalho.

Foi estabelecido um panorama acerca do princípio da igualdade e da não discriminação desses empregados em relação aos demais, pois, permanecem eles

subordinados ao empregador e dependentes do emprego, não havendo qualquer justificativa para tratar trabalhadores de maneiras diferentes.

Apesar da possibilidade de se valerem esses empregados da cláusula de arbitragem, nos moldes delimitados pelo artigo 507-A, não restam dúvidas que a afastabilidade da Proteção Justrabalhista desta nova categoria de empregados, viola sobremaneira os princípios da Indisponibilidade e o Princípio da Proteção, dentre outros já mencionados.

Dessume-se, portanto, inconstitucional o parágrafo único do artigo 444 da CLT, na medida em que o Legislador deixou de se preocupar com as regras de proteção deste empregado hipersuficiente que, apesar do grau de instrução e salários diferenciados é integralmente dependente do emprego, ou seja, permanece hipossuficiente e, assim sendo, deve ser protegido.

Várias são as Ações de Inconstitucionalidade contra a Lei 13.467/2017 que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, dessa forma, nada é definitivo.

Considerando o Enunciado produzido pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), sobre os empregados hipersuficientes mencionado neste trabalho, até que sejam julgadas essas ações de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, espera-se que a Justiça do Trabalho homenageie o Princípio da Proteção, e resguarde esta nova categoria de empregados.

NOTAS E REFERÊNCIAS:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O Teletrabalho e a Subordinação Estrutural.
Fonte: <http://www.coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em886.htm>

ARAUJO JR., Marco Antonio e BARROSO, Darlan. Reforma Trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BENHAME, Maria Lucia – Artigo: Contrato de Empregado Hipersuficiente Deve Ter Controle Jurisdicional – Revista Consultor Jurídico – 05.05.2018.

BOSKOVIC, Alessandra Barichello – Artigo Os empregados ‘Hipersuficientes’ e a Autonomia Negocial; Constituição de 1988 e Reforma Trabalhista – Interpretações e Análises – Estudos em Homenagem ao Professor e Advogado Carlos Roberto Ribas Santiago, 2019.

CALVO Adriana - Artigo - Reflexões Jurídicas Sobre A Nova Figura Do Empregado Hipersuficiente Trazida Pela Reforma Trabalhista – em 12.02.2019 –
Fonte: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/reflexoes-juridicas-sobre-a-nova-figura-do-empregado-hipersuficiente-trazida-pela-reforma-trabalhista>.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Propostas Para Uma Ressignificação do Princípio da Proteção. In: FILHO, Paulo Ferrareze; MATZENBACHER, Alexandre (Coord.). Proteção do trabalhador: Perspectivas Pós-Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil Com Comentários À Lei n. 13.467/2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios De Direito Individual E Coletivo Do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso De Direito Do Trabalho. 17ª. ed. São Paulo: LTr, 2018.

GOULART, Rodrigo Fortunato. Empregado Hipersuficiente e Negociação Individual. In DALLEGRAVE Neto, José Afonso (Coord.). Reforma Trabalhista Ponto a Ponto: Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Eduardo Gunther, LTr, 2018.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. O retorno da dependência econômica no Direito do Trabalho. Rev. TST, Brasília, vol. 79, nº 3, jul/set, ano 2013.
Fonte: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/50179>

ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais Nas Relações De Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

SCHIAVI, Mauro. Manual De Direito Processual Do Trabalho: De Acordo Com O Novo CPC. 12ª. ed. São Paulo: LTr, 2017.

XIMENES Antonio – Artigo Reforma Trabalhista: Empregado Hipersuficiente. Será?
Fonte: <https://antonioximenes.jusbrasil.com.br/artigos/53381143/reforma-trabalhista-empregado-hipersuficiente-sera>.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz de. Do Direito À Desconexão Do Trabalho. 2003.

SÜSSEKIND Arnaldo; MARANHÃO Délio; VIANNA Sagadas e TEIXEIRA Lima. Instituições de Direito do Trabalho – Vol. 1- 18ª Edição, 1999.