

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Luan Pedro Lima da Conceição

Os Altos Empregados e a Subordinação Jurídica Gerencial

Doutorado em Direito

São Paulo – SP

2024

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

LUAN PEDRO LIMA DA CONCEIÇÃO

Os Altos Empregados e a Subordinação Jurídica Gerencial

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito do Trabalho, sob a orientação da Professora Doutora Fabíola Marques.

São Paulo – SP

2024

Os Altos Empregados e a Subordinação Jurídica Gerencial

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito do Trabalho, sob a orientação da Professora Doutora Fabíola Marques

Banca Examinadora

Professora Doutora Fabíola Marques

Professor Doutor Paulo Sérgio João

Professora Doutora Carla Teresa Romar

Professor Doutor Guilherme Guimarães Feliciano

Professor Doutor Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

São Paulo – SP

2024

Para o meu pai Sideneu, minha mãe Dione e meu irmão Matheus;

Para minha esposa Luane e para minhas filhas Isabel e Estela;

Para a minha segunda família Jane, Ivan e Vinicius;

Para os meus amores

AGRADECIMENTOS

Parte desse trabalho se iniciou antes mesmo do meu nascimento por meio dos sonhos dos meus pais e avós. Se esse sonho está se tornando realidade é porque todos eles continuam vivos dentro de mim. Obrigado, pai. Obrigado Ivan. Obrigado vô e vó. Seguiremos juntos.

Meu pai era uma das pessoas mais inteligentes e generosas que conheci na vida. Foi também meu grande exemplo de advogado e segue me ensinando muita coisa até mesmo não estando presencialmente aqui. Faz uma falta enorme, mas sigo sentindo a leveza e positividade dele.

Meu tio Ivan foi um segundo pai e esteve comigo durante toda a construção desse trabalho. Brincava que seria meu primeiro cliente alto empregado. Obrigado por tudo. Quanta saudade.

Minha mãe é uma verdadeira companheira de vida. Estamos todos os dias juntos e dividimos os sonhos e desafios. Isso só é possível por conta da força imensurável dessa mulher que não se cansa de ser feliz e cuidar de tanta gente. Em especial a mim e meu irmão, que já vem entrando nesse barco de trabalho, dedicação, sonhos e felicidade.

Minha esposa é a marca de Deus na minha vida. É meu amor, minha felicidade, minha esperança, meu sorriso. Está sempre ao meu lado e divide comigo absolutamente todos os meus sonhos. Absolutamente nada disso seria possível sem o apoio, suporte e amor que me dedica e dedicou todos os dias dessa longa jornada.

Para as Minhas filhas quero muito que um dia, daqui a bastante tempo, leiam essa dedicatória e se orgulhem de tudo que eu, sua mãe e seus avós fizeram. Que vejam nesse trabalho e se inspirem para que construam muito mais e que sejam muito felizes.

Tive a sorte de ter uma segunda família que me recebeu desde sempre como filho e irmão. Jane, Vini e Ivan, nós sempre seremos um.

Meu Sogro, Sogra, Luma, Miguel e Jéssica, amo vocês e muito obrigado por caminharem ao meu lado.

Minha família inteira, tios, tias, primos e primas, obrigado por sempre acreditar em tantos sonhos.

Aos meus professores, Fabíola Marques, Carla Teresa Romar, Paulo Sérgio João, Ricardo Freitas Guimarães, Leonel Maschieto, in memoriam Pedro Paulo Manus, gostaria de deixar bem claro que a admiração por cada um é gigantesca e foi um estímulo imenso durante esses anos. Suas trajetórias são exemplares e suas posturas mais ainda.

Aos amigos de caminhada, agradeço em especial nas pessoas dos queridos Etnon, Iratelma, Felipe Mendes, Mário Luiz, Claudimir, Aldo e Edson.

Por fim, nada disso seria possível sem meus grandes companheiros de batalhas. Bia, Brenda, Pedro, Laura, Fernando, Tia Lu, Gaby, nada disso seria minimamente viável sem os esforços diários de vocês ao meu lado.

Escrever é um ato complexo. Escreve-se sozinho, mas não faz sentido escrever sem ter com quem compartilhar e ter em quem se inspirar. Esse trabalho, até nos momentos mais solitários, sempre teve a vã esperança de ser lido por muitos e acrescentar algo original e fundamento ao debate.

RESUMO

Em um cenário de grandes modificações no mundo do trabalho decorrentes dos recentes avanços tecnológicos, sociais e econômicos, o Direito do Trabalho vem passando por reformulações desafiadoras. Dentre as grandes novidades se destacam as questões relacionadas aos altos empregados, empregados hipersuficientes e profissionais autônomos enquanto uma verdadeira região fronteira para o Direito do Trabalho. Diante disso, a presente tese surge como tentativa de reflexão a respeito do discurso bastante difundido na doutrina de que a subordinação jurídica dos altos empregados seja leve ou rarefeita. Durante o desenvolvimento da pesquisa, encontra-se no liberalismo igualitário de John Rawls a fundamentação filosófica para justificar a regulamentação por parte do Estado das relações individuais de trabalho, tendo-se atribuído ao Direito do Trabalho a função de efetivar o mínimo existencial, possuindo também características redistributivas. Em seguida, firmou-se a premissa de que o Direito do Trabalho é um mecanismo de ponderação de valores e se adotou um ideal de interpretação no qual o intérprete, socorrendo-se dos princípios e valores centrais desse ramo do Direito, constrói significados e interpretações a partir das normas trabalhistas. Tudo isso para que, após a conceituação do alto empregado como o profissional ocupante dos cargos mais elevados nas estruturas organizacionais das empresas, fosse possível concluir que eles estão submetidos a uma subordinação jurídica com novas características, em especial a transferência parcial do risco dos negócios ao empregado, bem como a uma integração intensa à estrutura empresarial ou corporativa, o que representa uma nova dimensão da subordinação jurídica, a subordinação gerencial. Ao fim, compreendemos que o Direito do Trabalho, a partir dos referenciais teóricos firmados, admite a possibilidade de expansão do conceito de subordinação jurídica.

Palavras-chave: Altos empregados. Subordinação jurídica gerencial. Direito do Trabalho.

ABSTRACT

While facing a scenario of significant changes in labor conditions from recent technological, social, and economic advances, Labor Law has been undergoing challenging reforms. Among the major innovations are issues related to high-ranking employees, hyper-sufficient employees, and self-employees, stand out a true frontier for Labor Law. Considering this, this thesis emerges as an attempt to reflect and analyze the widely spread discourses defending that the legal subordination of high-ranking employees is light or reasonable. During the research development, the egalitarian liberalism of John Rawls provides the philosophical foundation to justify state regulation of individual labor relations, attributing to Labor Law the function of realizing the minimum living spences, also possessing redistributive characteristics. Subsequently, Labor Law was established as a fundamental mechanism for balancing values, adopting an ideal of interpretation in which the interpreter, drawing on the central principles and values of this branch of law, constructs meanings and interpretations from labor norms, so that the conceptualization of high-ranking employees as professionals in the highest positions within organizational structures, leads to the conclusion that they are subject to legal subordination with new characteristics, especially the partial transfer of business risk to the employee, as well as intense integration into the corporate or business structure, representing a new dimension of legal subordination, managerial subordination. Therefore, we can verify that Labor Law, based on established theoretical frameworks, allows for the possibility of expanding the concept of legal subordination.

Keywords: Executives; Legal subordination; Labor Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
FEA	Administração e Contabilidade
CEO	Chief Executive Officer
CFO	Chief Financial Officer
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
OIT	Organização Internacional do Trabalho
P.O.	Posição Original
PEA	População Economicamente Ativa
PLR	Participação nos Lucros e Resultados
SBDI-1	Seção de Dissídios Coletivos I do TST
SBDI-2	Seção de Dissídios Coletivos II do TST
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA	11
2	A INTERVENÇÃO DO ESTADO A PARTIR DO DIREITO DO TRABALHO SOB A ÓTICA DA FILOSOFIA POLÍTICA: O PORQUÊ DA INTERVENÇÃO E COMO INTERVIR	18
2.1	Uma Teoria Política do Direito do Trabalho	18
2.2	As relações de trabalho a partir do libertarismo: o discurso da mínima intervenção.....	22
2.3	As relações de trabalho a partir do liberalismo de princípios de John Rawls: a construção de uma noção de intervenção necessária.....	40
3	UMA BREVE TEORIA PARA O DIREITO DO TRABALHO.....	65
3.1	O Direito e do Direito do Trabalho: por um positivismo inclusivo adequado	67
3.2	A norma trabalhista.....	82
3.3	O Direito do Trabalho como mecanismo de ponderação de valores	88
4	A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA ENQUANTO ELEMENTO CENTRAL DO DIREITO DO TRABALHO	94
4.1	A subordinação jurídica.....	99
4.1.1	Subordinação jurídica clássica.....	104
4.1.2	Dependência técnica.....	106
4.1.3	Dependência econômica	109
4.1.4	Subordinação objetiva e estrutural	111
4.1.5	Subordinação por algoritmos	117
4.1.6	A parassubordinação.....	120
5	ALTOS EMPREGADOS: O CONCEITO E SEUS ELEMENTOS CENTRAIS.....	130
5.1	Conceito de altos empregados	135

5.2 Elementos e características da relação jurídica dos altos empregados	139
5.2.1 A fidúcia excepcional.....	139
5.2.2 A posição estrutural.....	144
5.2.3 Os poderes de representação	146
5.2.4 O patamar remuneratório	149
5.3 Espécies de altos empregados	155
6 A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA GERENCIAL	166
6.1 Alteridade e o discurso do empreendedorismo nas relações de trabalho dos altos empregados	168
6.2 Altos empregados e vulnerabilidades	181
6.3 Condições de trabalho dos altos empregados	188
6.4 Uma nova dimensão: as características da subordinação jurídica nas relações dos altos empregados.....	190
7 CONCLUSÃO	196
REFERÊNCIAS	203

1 INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA

A hipótese apresentada com este estudo é de que a subordinação jurídica existente nos contratos de emprego de altos empregados, assim compreendidos como aqueles que ocupam as posições empresariais mais “elevadas”, possua características específicas, dentre as quais se destacam a transferência significativa dos riscos do empreendimento para a relação de emprego individual, bem como a intensa integração à estrutura da empresa empregadora, o que pode vir a representar uma nova dimensão da subordinação jurídica, a subordinação gerencial.

Esta hipótese se insere em um contexto social bastante influenciado pelas redes sociais e pela grande exposição a que todos estão submetidos, aí incluída a exposição decorrente das respectivas trajetórias profissionais, pois, se antes, era possível que as “carreiras” estivessem dentro das empresas, atualmente, tais trajetórias acabam quase que sempre sendo expostas para além delas.

Dizendo de maneira mais direta, a hipótese ora apresentada é de que a subordinação jurídica dos “altos empregados”, ao contrário do que se defende usualmente, é até mais intensa do que a subordinação jurídica das relações de emprego em geral enquanto decorrência da própria fidúcia excepcional existente nessas relações, mas também da intensa integração do alto empregado à estrutura empresarial do empregador.

O que vem se percebendo é que a subordinação jurídica, enquanto conceito jurídico relativamente genérico, tem sido utilizada a partir, principalmente, de sua dimensão clássica, como principal parâmetro até mesmo para relações jurídicas específicas como as dos altos empregados, o que tem levado parte significativa da doutrina e jurisprudência trabalhista a defender uma interpretação restritiva nessas ocasiões.

Não se trata da “criação” de uma nova forma da subordinação jurídica. Não se cria, com este trabalho, uma nova subordinação jurídica, mas se identifica novos contornos e características que continuam sendo compatíveis com o conceito legal historicamente construído. Trata-se, em verdade, de uma exposição da subordinação

jurídica em uma nova dimensão, com novas características e contornos, as quais foram percebidas após anos de atuação como advogado e como pesquisador.

Afinal, tais empregados sabem com clareza os seus níveis de exposição perante o mercado e a sociedade, bem como os seus elevados patamares remuneratórios, o que faz com que o discurso da colaboração bastante difundido quando se fala em parassubordinação se transforme em um discurso da assunção de riscos ou mesmo de responsabilização pelo sucesso ou insucesso empresarial.

Essa temática ainda ganhou um novo destaque com a inclusão do parágrafo único do Art. 444 na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o qual foi introduzido pela Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, pois essa alteração fortaleceu, em tese, a capacidade de negociação individual dos empregados que atendam a determinados critérios.

No entanto, não se trata de dispositivo legal isolado. A mesma reforma trabalhista incluiu o artigo 442-B da CLT, reconhecendo expressamente a validade da contratação de autônomos.

Tudo isso a partir da lógica subjacente de que alguns empregados possuam condições privilegiadas ou especiais de negociação individual.

Essa hipótese, conforme destacado acima, está inteiramente inserida em um cenário de grandes e significativas mudanças estruturais no Direito do Trabalho, tanto legislativas quanto jurisprudenciais, dentre as quais se destacam as inúmeras decisões monocráticas ou colegiadas do Supremo Tribunal Federal (STF) em reclamações constitucionais, posicionando-se no sentido de que o Direito brasileiro atual dá validade a outros “arranjos” legais “para além” da relação de emprego, atribuindo de maneira patente uma interpretação restritiva ao conceito de subordinação jurídica. Mas não só. Afinal, já despontam precedentes tanto do STF quanto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhecendo a Justiça do Trabalho como incompetente para apreciar e julgar determinadas ações que, mesmo tratando de relações de trabalho, teriam como objeto principal esses novos “arranjos legais”.

É o que se depreende a partir de precedentes que passam a se tornar mais corriqueiros como os do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a Justiça do

Trabalho não possui competência para julgar processos oriundos de contratos de “autônomos”, seguindo a mesma linha de entendimento oriunda do julgamento do Recurso Extraordinário nº 606.003 (Tema 550), no qual o STF decidiu que a competência para processar e julgar ações que envolvam contratos de representação comercial autônoma é da Justiça Comum e não da Justiça do Trabalho. Mesmo entendimento aplicado ao transportador de cargas (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 48).

No entanto, esse movimento de contratação vivido pelo Direito do Trabalho, especialmente influenciado pelas Reformas de 2017 e por recentes precedentes do STF não será eterno. Trata-se de movimento inerente ao processo de evolução do Direito do Trabalho.

Para o Tribunal, o entendimento que tem se tornado preponderante é que a proteção do trabalho não estabelece obrigatoriamente que toda e qualquer prestação pessoal de serviços remunerados configure relação de emprego.

A celeuma tem se tornado tão controvertida que o próprio STF, no julgamento da Reclamação Constitucional nº 60.347, ocorrido no dia 05 de dezembro de 2023, oficiou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que seja feito um levantamento sobre “as reiteradas decisões de descumprimento do que tem decidido esta Corte na ADC 48, na ADPF 324, No RE 958.252” e outros.

Tais movimentos são tão inerentes ao Direito do Trabalho que o próprio trabalho parassubordinado no Ordenamento Italiano, tutelado ou regulamentada inicialmente pela Lei nº 522 de 11 de agosto de 1973, teve na Reforma Biagi de 2003 um movimento de retorno à subordinação decorrente do trabalho parassubordinado, em virtude dos baixos custos para os tomadores dos serviços ter sido utilizado por décadas como instrumento de fraude nas relações de trabalho subordinadas. Esse “movimento” da legislação italiana representou, portanto, um movimento de expansão.

Dizendo de maneira mais direta, embora este trabalho esteja sendo construído em um momento de contração do Direito do Trabalho – argumento desenvolvido durante este estudo – a proposta aqui apresentada se insere justamente em um movimento oposto. Um de expansão do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, de expansão do conceito de subordinação jurídica.

Afinal, a evolução do Direito do Trabalho é marcada por movimentos de expansão e de contração, pois, mesmo considerando a sua inerente característica protetiva, é inegável que em determinados momentos tanto a legislação quanto a jurisprudência trabalhista caminham para a restrição ou redução de direitos, o que tem se materializado através de fenômenos denominados de “modernização”, “flexibilização”, “desregulamentação” e assim por diante.

Esses movimentos, em regra, são materializados por meio de interpretações construídas a partir de determinados momentos históricos a respeito de alguns importantes institutos trabalhistas ou mesmo por meio de alterações legislativas. E talvez o instituto mais relevante para o Direito do Trabalho seja a subordinação jurídica enquanto elemento definidor da relação de emprego.

Por isso, ao lado de institutos como competência da Justiça do Trabalho, terceirização, negociação coletiva e outros, a subordinação jurídica, enquanto um dos institutos centrais do Direito do Trabalho, tem recentemente sido objeto de interpretações nitidamente restritivas, o que tem representado um significativo movimento de contração, uma vez que é exatamente a subordinação uma verdadeira porta de entrada para uma ampla lista de direitos trabalhistas umbilicalmente relacionados à própria noção de dignidade da pessoa humana estabelecida pela Constituição Federal de 1988 enquanto fundamento da República Federativa do Brasil.

E esse movimento tem na figura dos altos empregados uma verdadeira exemplificação da suposta desnecessidade de tutela trabalhista para contratos de trabalho especiais.

Isso porque a mídia corporativa frequentemente apresenta os altos empregados ou altos executivos como ícones de sucesso no mundo empresarial, destacando sua energia, adaptabilidade e estilo de vida glamouroso. Esses profissionais são expostos como símbolos do capitalismo contemporâneo, com seus prestígios e status. No entanto, a realidade enfrentada por esses profissionais no ambiente de negócios, com fusões, reestruturações, bem como com o alto nível de exposição, tem se mostrado bastante desafiadora, repleta de peculiaridades

relevantes e, muitas vezes, chegam até a se aproximar de um contexto com alta vulnerabilidade por parte do empregado.

Por fim, ainda há um consenso na doutrina trabalhista de que a subordinação jurídica – o elemento fundamental nas relações de emprego – tende a ser mais sutil em serviços intelectualizados e nos ápices das organizações empresariais. Essa visão destaca a complexidade das relações trabalhistas contemporâneas, nas quais a percepção tradicional de subordinação pode ser menos evidente devido à natureza intelectual e gerencial das tarefas desempenhadas e ainda dá fundamento para a defesa de que o Direito do Trabalho não seja necessário em situações semelhantes.

Para enfrentar adequadamente o desafio de identificar o momento vivenciado pelo Direito do Trabalho, bem como de buscar os núcleos centrais desses assuntos, o presente estudo precisou responder alguns problemas de pesquisa, os quais foram subdivididos nos respectivos capítulos.

O primeiro problema foi o porquê do Direito do Trabalho. Afinal, por qual razão o Estado decidiu regulamentar essa relação jurídica firmada por particulares? Para responder esse relevante questionamento, socorreu-se primordialmente dos instrumentos e argumentos da Filosofia Política.

O enfrentamento desta questão-problema pressupôs a análise tanto de fatores internos às relações de trabalho quanto de fatores externos relacionados à organização do trabalho na contemporaneidade e o principal objetivo desta etapa inicial foi de refletir sobre algumas fundamentações a respeito do Direito do Trabalho para além da argumentação de que a existência desse ramo do Direito decorra quase que exclusivamente da necessidade de tutelar o indivíduo hipossuficiente.

O segundo problema enfrentado pelo trabalho, já se tendo ultrapassada a questão propedêutica do porquê regulamentar as relações de trabalho, foi de se compreender como a Teoria do Direito regula esta área do conhecimento. Ou seja, através de quais instrumentos o Direito do Trabalho regula estas relações jurídicas e quais as suas principais funções e objetivos, bem como os seus princípios basilares.

Para enfrentar adequadamente esse segundo desafio, o trabalho centrou suas atenções em relevantes institutos do Direito. Em resumo, é uma pequena tentativa de analisar adequadamente o Direito do Trabalho a partir da Teoria do Direito para que, mais à frente, fosse possível enfrentar a questão das novas características da subordinação jurídica a partir das premissas firmadas nessas etapas iniciais do trabalho.

Ultrapassadas estas duas fases ainda iniciais, o trabalho se aprofundou para que fosse possível analisar o conceito de subordinação jurídica a partir do Direito do Trabalho, momento no qual foi essencial tratar de diversas vertentes teóricas sobre o assunto.

Já a quarta etapa do trabalho centrou suas atenções justamente no conceito de “altos empregados” para que, posteriormente, fosse possível analisar a subordinação jurídica nessas relações. Neste momento, o debate passou para análise dos elementos específicos existentes nessas relações jurídicas como altas remunerações, autonomia, subordinação e coordenação, fidúcia especial ou especialíssima, dentre outros.

Feitas tais análises, o trabalho, adentrando ao seu núcleo central, passou a analisar a subordinação jurídica nas relações de trabalho de altos empregados.

Nesta etapa, a principal proposição foi avaliar e refletir sobre a afirmação de que a subordinação jurídica de altos empregados seja leve ou rarefeita para que, posteriormente, fosse possível confirmar ou não a hipótese inicialmente levantada de que, os altos empregados estão submetidos a uma subordinação jurídica com novas características. Talvez uma subordinação mais intensa e que coloca esses profissionais em uma situação de grande exposição, aproximando-os ao sucesso ou insucesso dos empreendimentos empresariais, bem como o submetendo a um nível de integração à empresa bastante elevado.

Tudo isso a partir de uma metodologia eminentemente teórica e dedutiva materializada por meio de pesquisas teóricas e bibliográficas, destacando-se ter se mostrado imprescindível a análise de teses e dissertações de outras áreas do conhecimento como administração de empresa, sociologia, psicologia e até psiquiatria.

Finalmente, a contribuição que se pretende apresentar com este estudo é de se refletir sobre novas características e contornos da subordinação jurídica existente nas relações de emprego modernas, em especial a de altos empregados, o que representa uma nova dimensão da subordinação jurídica, mas também de construir uma argumentação teórica sobre o Direito do Trabalho fundamentada tanto a partir da Filosofia Política quanto da Teoria do Direito.

2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO A PARTIR DO DIREITO DO TRABALHO SOB A ÓTICA DA FILOSOFIA POLÍTICA: O PORQUÊ DA INTERVENÇÃO E COMO INTERVIR

2.1 Uma Teoria Política do Direito do Trabalho

Este capítulo, que não se destina a analisar a historicidade do Direito do Trabalho ou mesmo a divisão do trabalho, surge a partir do seguinte questionamento: qual a razão do Estado intervir ou regulamentar as relações de trabalho firmadas entre particulares?

Para responder este questionamento, socorre-se, inicialmente, de ponderações oriundas da Filosofia Política para, depois, adentrar-se à Teoria do Direito, que será objeto de análise no segundo capítulo do trabalho.

Com isso, a proposta é analisar dois “discursos” sobre o Direito do Trabalho, enquanto mecanismo de regulamentação das relações de trabalho, e duas respectivas teorias da Filosofia Política que lhe atribuam fundamentação político-filosófica.

Socorre-se da Filosofia Política por ser ela o ramo da Filosofia destinado a refletir sobre os fundamentos de uma sociedade justa e bem ordenada, bem como por centrar suas atenções sobre as melhores formas de distribuir direitos, obrigações, liberdades e até riquezas – bens fundamentais ou primários – em uma sociedade. Em termos mais diretos, a Filosofia Política analisa instituições sociais a partir dos ideais de justiça que utiliza como referência.

Sobre a ideia de regulamentação, é precisa a defesa de Alan Supiot no sentido de que “regulamentar é ditar regras do exterior, ao passo que regular é fazer observar as regras necessárias ao funcionamento homeostático de uma organização”¹, concluindo posteriormente que:

De um ponto de vista jurídico, a regulação surge como uma tentativa de síntese das duas figuras da Norma que se opõem no Ocidente a partir do surto da ciência moderna, e cuja tipologia foi esboçada na terceira parte do livro. De um lado, a norma jurídica, cuja força lhe provém de uma fé partilhada

¹ SUPIOT, A. **Crítica do Direito do Trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 159.

nos valores que se considera que ela exprime (a ordem, a justiça, a liberdade, a igualdade, a propriedade privada etc.); e, de outro, a norma técnica, cuja força vem dos conhecimentos científicos dos fatos que se considera que ela representa.²

Portanto, o corte metodológico do capítulo é feito para analisar a própria regulamentação das relações de trabalho a partir de algumas possíveis correntes teóricas da Filosofia Política.

Isso porque a Filosofia Política parte de uma análise dos ideais políticos que devem ser utilizados na organização da sociedade, compreendendo a distribuição de bens, rendas, direitos e garantias fundamentais, buscando, portanto, um ideal de justiça que, dependendo das concepções ou correntes, irá defender diversos valores.

Assim, o Direito do Trabalho – cujo conceito será melhor desenvolvido no próximo capítulo – enquanto ramo do Direito que regulamenta as relações individuais e coletivas de trabalho, reconhecendo direitos e obrigações aos seus sujeitos pode ser caracterizado como uma instituição do ponto de vista político, uma vez que, por meio dele, são “assegurados” direitos e garantias como seguro-desemprego, Fundo de Garantia do Tempo de Serviços, férias anuais remuneradas, repouso semanal remunerado, dentre outros.

Os elementos centrais desta regulamentação, a serem analisados neste capítulo, serão as relações individuais de trabalho a partir de uma ótica que centre suas atenções nos direitos sociais previstos expressamente no Art. 7º da Constituição Federal.

Portanto, não se trata de se compreender os direitos sociais trabalhistas previstos na Constituição Federal de 1988, mas sim de se tentar refletir sobre a razão deles estarem ali, bem como de dotarem de tamanha relevância no contexto jurídico nacional. Este desafio argumentativo, embora possa parecer simples, é enfrentado em uma nobre tentativa de até mesmo fortalecer esse ramo do Direito, que vem passando por uma verdadeira *via crucis* em suas colunas mais centrais.

² SUPIOT, 2016, p. 160.

Tudo isso com a constatação de que o Estado, de maneira indireta ou não, também é sujeito nessas relações, sejam individuais ou sindicais.

Dessa forma, tendo em vista que distintas concepções teóricas pressupõem valores diversos, faz-se necessário ao menos abordar suas principais características bem como a razão de suas escolhas ou não na fundamentação do presente estudo.

A proposta, portanto, é que, por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, seja apresentado o problema da intervenção do Estado nas relações de trabalho, sua forma, intensidade, flexibilidade e força a partir de uma hipotética racionalidade “desinteressada”.

Assim, propõe-se a analisar duas possibilidades de intervenção ou regulamentação das relações de trabalho por meio do Estado.

A primeira delas é uma proposta de baixa intervenção do Estado fortemente influenciada pelo individualismo, abstencionismo ou até mesmo neutralismo do Estado que se diz liberal ou libertário, de modo que a intervenção estatal nas relações de trabalho seja tida como indevida em virtude da alta relevância e importância que se atribui à autonomia privada e à liberdade individual.

Tal proposta será analisada a partir do **Libertarismo** enquanto corrente da Filosofia Política que prega exatamente pelo fortalecimento da autonomia privada individual, refutando qualquer fundamentação tanto a tributações distributivas quanto a direitos trabalhistas.

A segunda proposta é uma proposição de significativa intervenção do Estado, a qual se identifica com o próprio discurso do nascimento do Direito do Trabalho enquanto mecanismo de proteção dos trabalhadores que, em determinado momento histórico, viram-se completamente tolhidos de direitos e garantias fundamentais mínimas.

Mas não só. Essa segunda proposta decorre, em certa medida, do próprio crescimento dos direitos sociais, econômicos e culturais vivenciados de maneira global nos últimos cinquenta anos. Crescimento que se fundamenta a partir de uma noção de **Liberalismo Igualitário**, tal qual proposto por John Rawls, ou mesmo de uma social-democracia sob a ótica eminentemente política.

Proposição que parte da ideia do Direito do Trabalho como instrumento de distribuição de bens, renda e direitos e que muito se aproxima da alegação de que o Direito do Trabalho tenha surgido em momento histórico no qual o Estado não teve uma alternativa senão intervir de maneira incisiva diante de um cenário social de longas jornadas de trabalho, baixos salários, exploração do trabalho infantil, exploração do trabalho da mulher. Tudo isso muito agravado, ainda, pelo elevado índice de acidentes de trabalho. Fatores sociais que foram cruciais não só para a própria formação do Direito do Trabalho quanto pela intensidade da sua intervenção das respectivas relações jurídicas.

Ainda sob a ótica do Liberalismo Igualitário de Rawls, em especial a partir de sua obra **Uma Teoria da Justiça**, buscar-se-á analisar um discurso híbrido do Direito do Trabalho, atualmente bastante reforçado por precedentes do Supremo Tribunal Federal, por meio do qual se defende que em determinadas “castas” das relações de trabalho não haveria necessidade ou mesmo fundamentação político-filosófica para que o Estado intervenha ou assegure direitos trabalhistas a determinados profissionais.

Ou seja, ainda nesta primeira etapa do trabalho, serão analisadas tanto a “vertente” teórica do Direito do Trabalho que pugna por uma significativa intervenção do Estado nas respectivas relações quanto uma nova “vertente” fortemente fortalecida pelas alterações legislativas de 2017 e posteriores julgamentos do STF, a qual tenta “adaptar” ou “modernizar” o Direito do Trabalho à novas formas de prestação pessoal de serviços.

Dessa forma, o capítulo em questão será subdividido em duas etapas: a primeira tratará do Libertarismo enquanto fundamento lógico para um Direito do Trabalho mínimo ou mesmo para um Não Direito do Trabalho; e a segunda tratará do Liberalismo de Princípios ou Liberalismo Igualitário de John Rawls enquanto fundamento lógico tanto para um Direito do Trabalho significativamente interventor, mas também para soluções “híbridas” ou intermediárias para as relações de trabalho.

2.2 As relações de trabalho a partir do libertarismo: o discurso da mínima intervenção

Defendendo uma corrente usualmente chamada de anticoercitiva, cujo pressuposto é de que a coerção possui um sentido unidirecional – do Governo ou do Estado em direção ao cidadão e seus direitos civis e políticos – o libertarismo realiza uma defesa extrema e irrestrita de liberdade de mercado e das liberdades individuais materializadas, em certa medida, pelas liberdades de ir e vir, empreender, ter propriedades privadas, ter e expor opiniões pessoais, dentre outras.

Com isso, o libertarismo não atribui centralidade ao problema da (des)igualdade ao pressupor que os desfavorecidos sociais assim se encontram em virtude de suas posturas individuais, de modo que tais indivíduos não mereceriam quaisquer espécies de “sacrifícios” realizados por terceiros ou mesmo pelo Estado, focando suas atenções na satisfação das preferências pessoais

Segundo esta corrente, a interferência do Estado na Economia possuiria duplo risco. O primeiro seria a possibilidade de nascimento de tirania por meio da eliminação das liberdades individuais – este argumento é construído no sentido de que o aumento do Estado leva ao aumento da corrupção – e o segundo seria o risco de o Estado de bem-estar social prejudicar a eficiência, a produtividade e, conseqüentemente, inviabilizar a maior satisfação das preferências, que é o elemento central da teoria.

Quando se fala em maior satisfação das preferências enquanto elemento central está se afirmando que o **libertarismo** constrói sua ideia de justiça a partir da noção de que será justo o que satisfazer as preferências dos indivíduos, observadas, claro, alguns requisitos ou limites, embora submetidos a restrições.

O **libertarismo**, portanto, valoriza tanto a propriedade privada que acaba por refutar, em grande medida, a própria tributação distributiva ou mesmo os direitos trabalhistas sob o argumento de que consistiriam em intromissão do Estado e violação de direitos individuais inalienáveis, admitindo, porém, a tributação do que se entende como moralmente justo ou essencial, qual seja, àquela destinada a obtenção de recursos direcionados à proteção dos direitos de propriedade e segurança pessoal do indivíduo.

Portanto, qualquer instrumento legal com função distributiva não teria validade, razão pela qual os próprios direitos trabalhistas, enquanto mecanismos de distribuição de renda ou mesmo proteção dos trabalhadores, não seriam validados por esta teoria a não ser que fossem “construídos” através de uma “troca livre”, o que seria espécie de contrato válido ou justo enquanto desdobramento da liberdade e autonomia individual.

Com isso, a própria noção de fonte heterônoma do Direito do Trabalho seria refutada pelo **libertarismo**.

O principal teórico do **libertarismo** é Robert Nozick que, em **Anarquia, Estado e Utopia**, defende que o Estado deva ser mínimo, assim como que a tributação deva ser destinada a assegurar o mínimo de segurança entre os indivíduos, tendo em vista que a moral e a religião não seriam suficientes para impedir violações a direitos individuais.³

Também sustenta que o sistema de justiça teria como principal finalidade proteger o que chama de “trocas justas” e a própria violência entre os indivíduos, construindo, portanto, a ideia de um Estado mínimo com as atribuições exclusivas de proteção contra o roubo, fraude e uso ilegítimo da força, bem como de assegurar o cumprimento dos contratos, o que lhe distingue de autores anarquistas que defendem a inexistência do Estado.

Faz uma curiosa defesa de que a tributação representaria “tomar os ganhos de n horas de trabalho”, o que equivaleria a trabalho forçado, indicando, indiretamente pelo menos, que sua teoria não forneceria subsídio para o trabalho análogo à de escravidão. Segundo Robert Nozick, não é válido que parte do esforço de alguns seja destinada à melhoria das condições de outros, sob pena de afronta ao princípio da autopropriedade, consistindo no que chama de “nova forma de escravidão” defendido em nome da justiça.

Com isso, o elemento central ou bem primário do libertarismo é a maior satisfação das preferências, o que reforça o seu caráter individualista a ponto de considerar como justa toda e qualquer “troca livre”, por meio da sua “teoria da

³NOZICK, R. **Anarquia, estado e utopia**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

titularidade”, que se subdivide em três princípios fundamentais, segundo Will Kymlicka, um dos principais comentadores de Filosofia Política contemporânea: i) um princípio de transferência segundo o qual qualquer coisa que seja adquirida justamente poderá ser transferida livremente; ii) um princípio da aquisição inicial justa, segundo o qual haverá uma descrição do que seria essa “posse” inicial justa; e iii) um princípio da retificação da injustiça enquanto elemento de correção de posses injustamente adquiridas ou transferidas.⁴

A descrição destes princípios acaba por evidenciar que a teoria de Robert Nozick, assim como a proposta por John Rawls, é construída a partir do pressuposto da existência de uma sociedade bem ordenada, o que se denota, principalmente a partir do seu segundo princípio das trocas. Afinal, socorre-se da ideia de que parte significativa das “posses” seriam justas, atribuindo papel corretivo apenas às exceções, quais sejam, as posses injustas.

De modo direto, a defesa de Robert Nozick é de que:

Um Estado mínimo limitado às funções estritas de proteção contra força, roubo, fraude, imposição de contratos etc., é justificado; qualquer Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas e é injustificado.⁵

Com isso, só seriam trocas justas as que observem os três princípios e, conseqüentemente, qualquer troca realizada no intuito de beneficiar os demais a não ser que sejam decorrentes da vontade do indivíduo, o que acaba por até deslegitimar qualquer modalidade de tributação distributiva, seria injusta.

Mas não só isso. Tal interpretação pode levar à conclusão de que os direitos trabalhistas seriam espécie de “sacrifícios” involuntários, o que é refutado pelo libertarismo, que “autoriza” apenas o “sacrifício voluntário” como aquele decorrente do senso de solidariedade influenciado pela moral autônoma e não obrigada.

Em resumo, trata-se de uma interpretação reforçada e absoluta de propriedade, que decorre de uma noção de titularidade a ponto de, conforme defendido por Will

⁴ KYMLICKA, W. **Filosofia Política Contemporânea**: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵ KYMLICKA, 2006, p. 170.

Kymlicka, “podemos dispor livremente dela como julgarmos melhor, apesar de ser provável que os efeitos destas transferências seja uma distribuição muito desigual de renda e oportunidade”.⁶

Em certa medida, o raciocínio libertário, diferenciando-se da Justiça como Equidade de Rawls – que será analisada na próxima sessão do capítulo – parte do pressuposto de que ninguém deve possuir ou ser titular dos talentos de outro indivíduo, que somente poderão ser usados para a realização dos seus planos de vida. Isso porque, segundo Robert Nozick, a redistribuição dos produtos dos talentos de outro implicaria dizer que esse “estranho” teria direito sobre uma parte do produto do talento de outra pessoa, ao passo que esta pessoa não teria o mesmo direito sobre o talento menor daquela.

Isso reforça a ideia de que o **libertarismo** parte de uma noção de direitos eminentemente negativos, o que seria materializado quase que exclusivamente através de direitos de não interferência.

Apresentadas essas breves ponderações sobre o Libertarismo, transpõe-se o debate para o Direito do Trabalho, enquanto mecanismo de regulamentação e, conseqüentemente, interferência estatal na economia, das relações de trabalho, mas, sobretudo, de distribuição de renda.

Para tanto, centra-se inicialmente atenção à questão da cooperação social. Isso porque, enquanto autores liberais igualitários como John Rawls, ao enfrentar tal problema – de como distribuir os resultados de um bem produzido coletivamente – posicionam-se no sentido de que a riqueza produzida deva ser redistribuída, Nozick se posiciona no sentido de que a distribuição justa só seria alcançada por meio de sua “teoria da titularidade”⁷.

⁶ KYMLICKA, 2006, p. 124.

⁷ Para explicar a crítica de Robert Nozick acerca de “parcelas distributivas”, vale mencionar o argumento da “teoria dos olhos” (eye lottery), segundo a qual, partindo de um suposto avanço tecnológico que permita a medicina realize transplantes de globos oculares com total êxito; considerando que o número de pessoas que têm os olhos sadios supere o quantitativo de pessoas com graves problemas de visão; seria válida a construção de política de redistribuição de olhos para que se garantisse que todos pudessem ver. Para o autor, mesmo considerando a relevância de uma política destinada a que todos possam ver, o que, em tese, maximizaria o bem-estar na sociedade, estar-se-ia diante de um sacrifício a direitos tal qual qualquer medida distributiva, haja vista que iguala integridade física a liberdades econômicas (Nozick, 2016).

Isso porque, partindo do argumento de que seria difícil especificar a contribuição de cada indivíduo ao bem produzido, Robert Nozick conclui que o resultado devido a cada indivíduo seja aquele mutuamente acordado entre as pessoas, o que pode ser percebido por meio do seguinte trecho de sua obra:

Proprietários de recursos fazem acordos com empresários acerca do uso desses recursos; empresários fazem acordos individuais com trabalhadores; ou grupos de trabalhadores que, tendo chegado a um consenso pela primeira vez, apresentam a um empresário um conjunto de reivindicações, e assim por diante. As pessoas transferem seus bens ou seu trabalho em mercados livres, com as relações de troca (preços) sendo determinados do modo costumeiro.⁸

Dessa forma, é perceptível que o libertarismo parte do pressuposto de que os indivíduos possuem uma ampla e irrestrita autonomia privada, distanciando-se, em grande medida, de relações de trabalho com significativas diferenças entre os seus sujeitos, sendo possível concluir que o Direito do Trabalho, segundo esta corrente teórica, seria visto como instrumento inútil ou até mesmo injusto.

Portanto, a defesa do Libertarismo, ao se enfrentar o assunto de distribuição justa dos resultados do produto do trabalho, é um retorno à autonomia privada, de modo que os sujeitos desta relação teriam plena autonomia para firmar “tratos justos”, o que inviabilizaria não só a ideia de regulamentação quanto a própria ideia de distribuição de renda.

Ou seja, para o libertarismo, direitos e garantias relacionados ao trabalho possuiriam duplo impedimento: o primeiro seria decorrente da “desnecessidade” de o Estado regulamentar uma relação privada sob pena de não respeitar os “tratos justos”, os quais seriam, em tese, construídos regularmente entre empregados e empregadores; já o segundo impedimento decorreria justamente da ausência de fundamentação de se impor qualquer medida de natureza distributiva que não as decorrentes das livres manifestações das partes.

Com isso, as “diretrizes” adequadas para regulamentar as relações de trabalho não deveriam ser impostas pelo Estado, mas “construídas” pelos sujeitos dessas relações. Daí ser possível concluir que ao mesmo tempo em que o **libertarismo**

⁸NOZICK, 2016, p. 241.

fornece um importante fundamento crítico para a regulamentação das relações de trabalho por parte do Estado, também fornece fundamentação lógica para que as relações de trabalho sejam regulamentadas por meio da negociação coletiva, que muito se assemelha à noção de “trocas livres”.

Ou seja, fornece relevante fundamento para um Direito do Trabalho “negociado” e não “legislado”.

Outro importante autor Libertário foi Murray Rothbard, tendo desempenhado papel fundamental no desenvolvimento do pensamento libertário nos Estados Unidos. O autor, em “*Power and Market: Government and the Economy*” de 1970 e “*For a New Liberty: The Libertarian Manifesto*” de 1973, defendia inicialmente a liberdade contratual e a total eliminação da regulamentação estatal das relações de trabalho, sustentando, ainda, que tais regulamentações distorciam a liberdade contratual, gerando consequências não desejadas como desemprego e ineficiências econômica.⁹

Tratando das relações de trabalho, Murray Rothbard defendia a ideia de “contratos voluntários” enquanto decorrência lógica da autonomia privada. Também defendia a relevância da propriedade privada nessas relações a ponto de o proprietário de uma empresa ou empreendimento poder usar os seus recursos produtivos – incluindo contratação e demissão de empregados – como lhe melhor parecer, desde que observados os contratos voluntários. No entanto, também defendia a “não agressão” nas relações de trabalho, sendo, ainda, um grande crítico do sindicalismo compulsório sustentando que a coerção por parte do governo para obrigar os empregadores a negociarem com sindicatos consistiram em violação aos direitos de propriedade e liberdade contratual.

De modo geral, Murray Rothbard critica de forma incisiva a intervenção do Estado nas relações de trabalho fundamentando que essa regulamentação é uma significativa violação aos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade privada. Para o autor:

A coerção estatal na esfera das relações de trabalho, como a imposição de regulamentações trabalhistas e a criação de sindicatos compulsórios,

⁹ ROTHBARD, M. **Por uma Nova Liberdade: O Manifesto Libertário**. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2013.

distorce a liberdade contratual e mina a autonomia dos indivíduos. Essas intervenções não apenas comprometem a eficiência econômica, mas também violam os direitos naturais dos indivíduos de dispor livremente de sua propriedade e celebrar acordos voluntários.¹⁰

Para o autor, a liberdade de associação e a negociação – individual ou coletiva – livre deveriam ser os pilares das relações de trabalho, argumentando ser desnecessária a “coerção estatal” imposta sobre as partes dessas relações jurídicas.

Embora o Direito do Trabalho brasileiro – mas também o próprio Direito Internacional do Trabalho – muito se distancie dessa noção de Estado mínimo, é importantíssimo destacar que o discurso da desregulamentação ou mesmo da “modernização” das leis trabalhistas possui sim fortes contornos libertários, sendo as figuras do trabalhador hipersuficiente e do autônomo uns dos maiores exemplos.¹¹

Isso porque o pensamento – para alguns hegemônico – neoliberal é que o Direito do Trabalho, diante das intensas transformações sociais, precisa de maior flexibilização para poder se adaptar às novas relações, o que, segundo esse discurso, será materializado através de normas menos protetivas e de maior liberdade negocial entre as partes.

Este argumento, no entanto, não nasce do âmbito jurídico sem influência do contexto social e econômico atual. Ao contrário, o cenário econômico e social foi crucial para que o discurso crítico ao Direito do Trabalho tenha surgido no âmbito internacional com tamanha relevância.

Não por outra razão, a CLT, alterada pela Lei nº 13.467/2017 (conhecida por “Reforma Trabalhista”), em seu artigo 442-B, reconhece expressamente a validade da contratação de autônomos nos seguintes termos: “a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma

¹⁰ROTHBARD, 2013, p. 77.

¹¹Esta afirmação é feita com a observação de que até mesmo a figura do empregado hipersuficiente não consiste em uma relação de trabalho sem regulamentação alguma, tendo em vista que o Art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho CLT, ao equiparar o poder de negociação desses empregados às entidades sindicais, continua a limitar o poder de negociação com base nos artigos 611-A e 611-B da CLT. Dizendo de maneira mais direta, até mesmo as relações dos empregados hipersuficientes serão, em certa medida, regulamentadas pelo Direito do Trabalho.

contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.¹²

Discurso que deriva também do argumento de que a necessidade do Direito do Trabalho deve ser ressignificada em virtude dos seus princípios basilares terem sido construídos para um cenário não mais existente, não havendo mais, segundo esta nova racionalidade, que se defender uma hipossuficiência do trabalhador, pois estes “novos” trabalhadores estariam em condições adequadas para pactuar individualmente suas relações, em igualdade de condições com seus empregadores. Tudo isso em virtude das significativas transformações sociais.

A partir desse contexto social de crítica da intervenção do Estado nas relações de trabalho, surge, no Brasil, a Lei 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, que representou uma significativa mudança no Direito do Trabalho, implicando, em certa medida, em uma verdadeira desconstrução.

Isso porque, embora nos anos 1990 e 2000 tenham sido introduzidas algumas mudanças na legislação trabalhista brasileira, não há como se afirmar que tenham havido mudanças legislativas estruturais como as ocorridas em 2017 como desdobramento da crise econômica de 2015.

Mas, a partir de sua proximidade com o discurso libertário que as alterações estabelecidas pela Reforma Trabalhista mais chamam atenção, o que se reforça com o parecer que consolidou essa significativa alteração legislativa:

Escudada no mantra da proteção do emprego, o que vemos, na maioria das vezes, é a legislação trabalhista como geradora de injustiças, estimulando o desemprego e a informalidade. Temos, assim, plena convicção de que essa reforma contribuirá para gerar mais empregos formais e para movimentar a economia.¹³

¹²BRASIL. **Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, e as Leis n.os 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. [Brasília, DF]: Ministério do Trabalho; Ministério da Justiça, 2017a. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13467&ano=2017&ato=91eUTTU5EeZpWTaca>. Acesso em: 10 nov. 2023.

¹³BRASIL. **Parecer nº , de 2017**. Comissão de Assuntos Econômico sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio

Nesta direção, a Reforma Trabalhista teve como um dos seus principais elementos a possibilidade de flexibilização de normas trabalhistas por meio da negociação coletiva, materializada pelos artigos 611-A e 611-B da CLT, posteriormente validada pelo Supremo Tribunal Federal com o tema 1046 de junho de 2022, representando, em certa medida, contradições significativas com o artigo 7º da Constituição Federal e Convenções 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Em suma, algumas importantes linhas da crítica ao Direito do Trabalho, encampadas de forma eficiente – diga-se de passagem – pela Reforma Trabalhista são a da “modernização da legislação”, da “diminuição dos elevados custos do trabalho”, de não se poder mais tratar o “trabalhador como hipossuficiente” e o combate à “insegurança jurídica”.

Com isso, a noção de flexibilização, enquanto instrumento que permite o afastamento da atividade estatal na normatização trabalhista, possui significativa aderência ao discurso libertário aproximando-se da noção de “troca livre”.

No entanto, o que se percebe é que Reforma Trabalhista pode ser interpretada como um passo em direção à desregulamentação ou à flexibilização, mas não como um passo definitivo para o libertarismo.

Isso porque, o **Libertarismo** nos moldes defendidos por Robert Nozick ou mesmo por Murray Rothbard só poderia ser alcançado, primeiramente, em uma sociedade minimamente bem ordenada com instrumentos básicos de fortalecimento da autonomia privada – como educação minimamente difundida, por exemplo – e, em um segundo momento, através de uma verdadeira revolução constitucional materializada em outra Carta Constitucional, tendo em vista a natureza de cláusula pétrea dos direitos e garantias fundamentais, aí inseridos os direitos sociais e trabalhistas.

Uma Teoria Libertária do Direito do Trabalho, o que seria materializada, de certa forma, através de um “não” Direito do Trabalho, embora possa buscar

de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Parecer da Reforma, 2017b. [Brasília, DF], 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>. Acesso em: 7 nov. 2023.

fundamentos filosóficos no **Libertarismo** e sua teoria da posse de si mesmo e em sua teoria das trocas, nitidamente não possui respaldo perante o atual Ordenamento Jurídico brasileiro, tendo em vista a inequívoca dimensão social da Constituição Federal de 1988, o que se reforça pelo “valor social do trabalho e da livre iniciativa” previstos expressamente enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil no artigo 1º, III e, especialmente pelo objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e a reduzir as desigualdades regionais, previstos no artigo 3º, III também da Constituição.

O que se segue de amplo rol de direitos sociais, conforme previsão do artigo 6º, o que evidencia um inegável “aceno” da Constituição Federal não só para a existência de direitos trabalhistas, mas um verdadeiro comando no sentido de que as relações de trabalho serão sim regulamentadas pelo Estado, que protege, em grande medida, esta relação na hercúlea missão de compatibilizar os valores sociais tanto do trabalho quanto da iniciativa privada.

Mas não só no âmbito interno. A Organização Internacional do Trabalho¹⁴ possui relevância e adesão global de modo a ser praticamente impossível um desmonte internacional dos “patamares” trabalhistas conquistados há mais de 100 (cem) anos.

Por outro lado, essa “aproximação” teórica é muito perceptível a partir do argumento da eficiência e dos direitos trabalhistas como elementos que dificultam o fortalecimento do livre mercado. No entanto, é através do argumento de que não se pode “tratar” o trabalhador como hipossuficiente ou mesmo “coitado” que se percebe uma aproximação ainda maior com a teoria libertária.¹⁵

¹⁴A respeito do assunto, Fernanda de Miranda Abreu, concluiu em sua Tese de Doutorado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) que “os diferentes sistemas normativos e contenciosos que albergam o Direito Internacional do Trabalho não conflitam entre si, mas sim atuam de forma complementar. De qualquer forma, a predominância e protagonismo da Organização Internacional do Trabalho deve ser ressaltada, demonstrando que esta quase centenária organização internacional, em que pese os inúmeros desafios e os inegáveis ajustes que ainda se fazem necessários, permanece relevante e sua atuação dotada de eficácia.” (Abreu, 2018, p. 148).

¹⁵Neste momento, é importantíssimo reforçar que a Reforma Trabalhista também possui fortes influências utilitaristas. Uma das principais correntes da filosofia política é o utilitarismo, destacando-se a doutrina de John Stuart Mill em *Sobre a Liberdade e Utilitarismo*. Sua concepção tem a definição de correto ou justo intimamente relacionada com uma concepção majoritária de vida boa (concepção da maioria), não estabelecendo, dessa forma, um núcleo intangível de condições a todos os

A partir desta afirmação que se passa a adentrar no último argumento do presente capítulo.

Como dito acima, um dos grandes pilares da Reforma Trabalhista é de que nem todos os trabalhadores “merecem” ou devem ter suas relações de trabalho regulamentadas pelo Estado, pois não são tão “coitados” ou hipossuficientes como o Direito do Trabalho teoricamente supôs.

Dizendo de modo mais direto: algumas relações de trabalho, diante de suas peculiaridades, não devem ser regulamentadas pelo Estado. Em especial as relações de trabalho de “altos executivos”, “altos empregados” ou profissionais autônomos, os quais não seriam tão vulneráveis como se imagina. Mas não só as relações de trabalho “privilegiadas”, mas também outras decorrentes de suas especificidades.

indivíduos. No entanto, tal corrente não será analisada como uma possível fonte de fundamentação para a “não” regulamentação das relações de trabalho em virtude do postulado na dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico nacional, fazendo-se, necessário, contudo, fazer alguns esclarecimentos sobre tal teoria. Trata-se de teoria na qual o sentimento do prazer humano, considerado como o oposto a dor ou o sofrimento, é elemento central, de modo que as escolhas e decisões políticas das instituições sejam voltadas a atender a “máxima felicidade dos indivíduos”. Dessa forma, a maximização do bem-estar almejado pelo utilitarismo não se coadunaria com uma concepção ampla de Direito do Trabalho, haja vista que grupos minoritários poderiam ser institucionalmente marginalizados ou ignorados, desde que tais condutas melhorem as condições da maioria. Em outras palavras, sob a acusação de eventualmente prejudicar a empregabilidade, os próprios direitos trabalhistas poderiam ser vistos como um instrumento de piora das condições da maioria. Inclusive sobre este assunto, é importantíssimo destacar trecho do Parecer emitido pela Comissão Especial referente ao Projeto de Lei 6.787 de 2016 da Câmara do Deputados, ao consignar expressamente que: “Escudada no mantra da proteção do emprego, o que vemos, na maioria das vezes, é a legislação trabalhista como geradora de injustiças, estimulando o desemprego e a informalidade. Temos, assim, plena convicção de que essa reforma contribuirá para gerar mais empregos formais e para movimentar a economia.” (Brasil, 2017c, p. 20). O texto em questão, com nítidos contornos utilitaristas, evidencia que o discurso de Reforma Trabalhista em muito se aproxima da lógica de que os direitos trabalhistas seriam, em tese, contrários ao direito ao trabalho e, que a desregulamentação, ou redução de direitos serviria, em tese, como instrumento de maximização do bem-estar comum. Dessa forma, o que se percebe é justamente que a lógica utilitarista não oferece um fundamento adequado ao Direito do Trabalho enquanto instrumento de intervenção do Estado nas relações de trabalho. Ao contrário, pode ser utilizada justamente como um elemento de crítica. Por isso, retomando a ideia de que a regulamentação e sua forma, acredita-se que o utilitarismo sirva até mesmo enquanto crítica à regulamentação das relações de trabalho, chegando ao ponto, acima abordado, de ser possível a construção do argumento de que a criação de uma forte regulamentação através de um rol extenso de direitos e garantias fundamentais tenha o condão de contrariar a maximização do bem-estar social. Dizendo de outra maneira, o utilitarismo acaba por apresentar fundamentos no sentido de que o direito ao trabalho pode se caracterizar como elemento limitador ou crítico do Direito do Trabalho.

Defendendo esta ideia, há importantes precedentes do STF¹⁶, valendo-se destacar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 524), cujo Relator. Min Luís Roberto Barroso, posicionou-se no sentido de que “a proteção constitucional ao trabalho não impõe toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego”.¹⁷

Inclusive, para além de outras formas de trabalho, a primeira turma do STF já decidiu caso análogo posicionando-se no sentido de ser lícita a terceirização por “pejotização”, não havendo que se falar em irregularidade na contratação de pessoa jurídica formada por profissionais liberais para prestar serviços terceirizados na atividade-fim da contratante.¹⁸

Para fins de esclarecimento, a “pejotização”¹⁹ é uma prática no âmbito trabalhista que visa disfarçar uma efetiva relação de emprego, resultando na diminuição dos custos operacionais. Isso ocorre porque o contrato de trabalho que normalmente seria estabelecido diretamente entre o empregado e o empregador é

¹⁶O presente trabalho centra suas atenções a diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal tendo em vista a gigantesca relevância que o Tribunal passou a ter nos últimos anos. Isso porque, fundamentando-se na ideia de “guarda da Constituição”, tal qual previsto no Art. 102 da Constituição, é o STF, na democracia constitucional brasileira, quem estabelecerá qual a interpretação “correta” da Constituição. Justamente por conta desta constatação que se pode afirmar, queira ou não, que as principais “escolhas políticas” nacionais tem no STF um importante sede de debate e avaliação.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 54.878**. Decisão reclamação. Constitucional. Transportador rodoviário autônomo de cargas contratado nos termos da lei n. 11.442/2007: reconhecimento de vínculo de emprego pela justiça do trabalho. descumprimento da decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade n. 48: competência da justiça comum. Precedentes. Reclamação julgada procedente. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 2022a. Disponível em: <https://onedrive.live.com/?cid=8066C2AE84ACA7DA&id=8066C2AE84ACA7DA%2169023&parId=8066C2AE84ACA7DA%2143657&o=OneUp>. Acesso em: 1 nov. 2023.

¹⁸BRASIL, 2022a.

¹⁹Segundo João Francisco da Silva, “a pejotização é conhecida na seara trabalhista como uma prática para mascarar uma verdadeira relação de emprego e, por consequência, a redução de custos operacionais, já que o contrato de trabalho que deveria ser firmado entre o empregado e o empregador se transforma em contrato de prestação de serviços por intermédio de uma pessoa jurídica constituída pelo empregado, contrariando a legislação trabalhista.” (Silva, 2023, p. 59). Autor que ainda apresenta as seguintes conclusões: “A pejotização, se realizada de forma generalizada, trará ao trabalhador muitos prejuízos, entre os quais se podem citar o retrocesso aos direitos sociais e fundamentais, a ofensa à legislação laboral, a precarização dos direitos dos trabalhadores, conquistados com muita luta, sem citar o desrespeito aos princípios de Direito do Trabalho. No mesmo sentido, a pejotização poderá trazer prejuízo à Previdência Social, haja vista que o trabalhador pejotizado nada recolhe aos cofres públicos, já que tal recolhimento não é imperativo, ou recolherá valores a menor. Consequentemente, ao fim e ao cabo, será o próprio trabalhador prejudicado, seja por estar sem amparo na doença ou na velhice, seja por passar a receber benefício com valor inferior, já que contribuiu com menor valor para o INSS”. (Silva, 2023, p. 108).

transformado em um contrato de prestação de serviços intermediado por uma pessoa jurídica criada pelo próprio empregado.

Dessa forma, esse discurso, retornando justamente aos fundamentos libertários, tem plena condições de ser analisado tanto a partir do argumento da (i) posse de si mesmo, mas principalmente do (ii) argumento das trocas livres.

Em relação ao argumento da posse de si mesmo, a primeira constatação a se destacar é que o **Libertarismo** parte da ideia kantiana de que o homem é um fim em si mesmo e não um meio, o que, de certa forma, é um verdadeiro pressuposto para o argumento das trocas justas. Afinal, é um aceno significativo à autonomia privada nestas relações.

Portanto, antes mesmo de se analisar se a “troca” é justa ou não, é preciso constatar a significativa aproximação do argumento da “posse de si mesmo” com as relações de trabalho de “altos empregados” ou executivos com altas remunerações.

Dizendo de outra maneira, ao se analisar as diversas modalidades de prestações pessoais de serviços, é evidente que grande parte dos trabalhadores com altas remunerações se aproxime da ideia de “posse de si mesmo” em virtude de suas condições pessoais, o que leva ao segundo ponto: o das trocas justas.

Para Nozick, conforme destacado, a única distribuição justa seria aquela que decorra de trocas livres entre pessoas e não aquelas estabelecidas ou construídas pelo Estado, o que configura a sua “teoria da titularidade”.

Retomando alguns precedentes do STF que tratam deste discurso da titularidade ou da posse de si mesmo, é importantíssimo destacar o trecho do julgamento da Reclamação Constitucional nº 56.285/SP, julgado em 06.12.2022, através do qual o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu o seguinte:

Considero, portanto, que o contrato de emprego não é a única forma de se estabelecerem relações de trabalho. Um mesmo mercado pode comportar alguns profissionais que sejam contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho e outros profissionais cuja atuação tenha um caráter de eventualidade ou maior autonomia. Desse modo, são lícitos, ainda que para a execução da atividade-fim da empresa, os contratos de terceirização de mão de obra, parceria, sociedade e de prestação de serviços por pessoa jurídica (pejotização), desde que o contrato seja real, isto é, de que não haja relação de emprego com a empresa tomadora do serviço, com subordinação,

horário para cumprir e outras obrigações típicas do contrato trabalhista, hipótese em que se estaria fraudando a contratação.^{20,21}

Chama-se atenção na fundamentação à questão da “maior autonomia” e de que “o contrato seja real” enquanto “acenos” à Teoria da Titularidade de Nozick, o que de maneira clara se evidencia ainda mais a partir do seguinte trecho do julgamento:

Da leitura da decisão reclamada, observa-se, em primeiro lugar, que não estamos diante de trabalhador hipossuficiente, cuja tutela estatal é justificada para garantir a proteção dos direitos trabalhistas materialmente fundamentais. Trata-se de profissional com elevado grau de escolaridade e remuneração expressiva, capaz, portanto, de fazer uma escolha esclarecida sobre sua contratação. Além disso, inexistente na decisão reclamada qualquer elemento concreto de que tenha havido coação na contratação celebrada.²²

Esse argumento é bastante interessante pois possui grande compatibilidade com a Teoria da Titularidade de Robert Nozick em primeiro lugar por entender que a “tutela estatal” ou a regulamentação da relação jurídica analisada se tornou desnecessária, argumentando, inclusive, que a consequência lógica da regulamentação estatal é a “proteção dos direitos trabalhistas materialmente fundamentais”.

Construído este primeiro argumento – ou pressuposto lógico – de que a hipossuficiência é a condição lógica para a intervenção do Estado em determinadas relações de trabalho²³, a fundamentação do Ministro Luís Roberto Barroso prossegue

²⁰BRASIL, 2022b, p. 4.

²¹Em relação à posição do STF defendida através desta afirmação – “considera, portanto, que o contrato de emprego não é a única forma de se estabelecerem relações de trabalho” – não se apresenta, neste trabalho qualquer objeção. De fato, seria, um contrassenso se defender que toda prestação pessoal de serviços tenha que ser regulamentada pelo Direito do Trabalho. Justamente por isso, a análise do precedente tem como objetivo principal a própria compreensão do discurso da autonomia privada nas relações de trabalho.

²²BRASIL, 2022b, p. 4.

²³Ainda em relação ao acórdão do STF que tratou da terceirização (RE 958252/MG), cabe destacar o fortalecimento do argumento de que o Direito do Trabalho e suas consequentes garantias se direcionam a certo grupo de trabalhadores, o que se depreende a partir do seguinte trecho: “Dentro da referida noção de imperatividade foi que se construiu o contrato de trabalho, com toda a significação social e política que esse apresentou na história do trabalho no Brasil: a ideia de cidadania regulada, defendida por Wanderley Guilherme dos Santos, demonstrava a vinculação entre o emprego formal e o acesso à inserção social e à cidadania. Para a construção jurídica do contrato de trabalho, de forma muito diversa das premissas clássicas do Direito Civil, partiu-se da premissa de uma autonomia da vontade extremamente mitigada no que toca ao trabalhador. O reconhecimento da disposição do trabalhador para uma prestação de serviços subordinada pressupõe o desprovento dos meios de produção e a necessidade premente de vincular-se a uma fonte de trabalho que lhe remunere para a garantia de sua sobrevivência e para alcance de um determinado patamar de inserção social, cidadania e afirmação identitária. Essa conjuntura subjugava a condição

e adentra na questão da “escolha esclarecida”, o que, mais uma vez, denota grande aproximação com a ideia de “trocas livres” de Nozick. Afinal, partindo, dos argumentos de que escolaridade e remuneração seriam as condições para que se construísse uma “escolha esclarecida” ou “troca livre”, nos termos sustentados pelo libertarismo, não haveria fundamentação lógica para a intervenção estatal na respectiva relação de trabalho.

Esse mesmo pressuposto ainda está presente em outros importantes precedentes do STF sobre os temas “terceirização” e “pejotização”, o que se depreende, por exemplo, a partir dos seguintes trechos do julgamento do Agravo Interno em Reclamação Constitucional 47.843/BA:

O que ocorre no Brasil, Presidente e eminentes Colegas, é que temos um sistema tributário regressivo, injusto e, de certa forma, incompreensível, que faz com que os sócios de empresa recebam mediante distribuição de lucros e de distribuição de dividendos – isentos, como estabelece a legislação –, enquanto os trabalhadores pagam, se forem bem pagos, 27,5% de imposto de renda. Esse é o país que criamos com o sistema tributário que temos. Fui advogado trinta anos, a partir de meados dos anos 1990 com sociedade profissional – os sócios são remunerados por distribuição de lucros ou dividendos e os empregados são pagos por contrato de trabalho. O que acontecia, na prática, trágico e triste como possa parecer, é que eu pagava menos imposto de renda do que minha secretária. Este é o Brasil. As elites extrativistas brasileiras conceberam um sistema tributário em que o patrão paga menos imposto de renda que um empregado. Esse processo levou a uma progressiva pejotização, ou seja, muitas vezes empregados constituem pessoas jurídicas para escaparem dessa dualidade perversa, regressiva e que não se sustenta do ponto de nenhuma lógica de justiça distributiva. Aqui, não acho que estejamos diante de uma questão de proteção de direitos trabalhistas propriamente, inclusive porque não estamos lidando com hipossuficientes que precisam ser substituídos ou representados pelo

jurídica do trabalhador em face ao empregador-contratante, não apenas no momento da contratação, mas durante todo o curso da relação contratual, na medida em que o fim da relação empregatícia representa para obreiro o risco da miserabilidade e exclusão. O contrato de trabalho, assim, representa, nas palavras de Orlando Gomes, um contrato de adesão, que demanda a interferência estatal a fim de evitar que a desigualdade real entre as partes suplante a igualdade formal e submeta o trabalhador ao arbítrio empresarial. Vaticinara o insigne jurista: ‘É restringindo-a [a liberdade de contratar] que consegue desabilitar o poder individual dos capitalistas, pois que à sombra dessa liberdade eles haviam estabelecido, no mundo do trabalho, a ditadura do patronato.’ Se, de um lado, se reconhece a mitigação da autonomia da vontade do trabalhador, a denotar a inadequação desse pressuposto clássico do Direito Civil, por outro lado, a desigualdade entre as partes da relação de trabalho suplanta outra premissa do Direito Civil clássico: a noção de igualdade formal dos contratantes. O tratamento formalmente igual de partes economicamente tão distintas equivaleria a tornar o empregado um refém da vontade do seu empregador. O Direito do Trabalho, mais uma vez, se diferencia do Direito Civil clássico e assume o papel de compensador das desigualdades, viabilizando o estabelecimento de uma relação equilibrada. Por isso mesmo que sobrepor o conceito de liberdade de contratação e de livre iniciativa à regulação decorrente do contrato de trabalho significa negar a própria ideia desse contrato e do próprio Direito do Trabalho que, enquanto ramo jurídico autônomo, reclama a efetivação dos direitos sociais assegurados no art. 7º da Constituição Federal.” (Brasil, 2001, p. 29-30).

Ministério Público do Trabalho. Estamos lidando com médicos que, inclusive, e com muita frequência, têm diversos trabalhos e, portanto, não têm uma subordinação direta a um único empregador, a um único hospital ou a uma única empresa de saúde. Constituem empresas para ter um regime tributário melhor – uma decisão tomada por pessoas informadas e esclarecidas, e não hipossuficientes. [...] Repito que, se estivéssemos diante de trabalhadores hipossuficientes, em que a contratação como pessoa jurídica fosse uma forma, por exemplo, de frustrar o recebimento do fundo de garantia por tempo de serviço ou alguma outra verba, aí acho que uma tutela protetiva do Estado poderia justificar-se. Gostaria de lembrar que não são só médicos, hoje em dia – que não são hipossuficientes –, que fazem uma escolha esclarecida por esse modelo de contratação. Professores, artistas, locutores são frequentemente contratados assim, e não são hipossuficientes. São opções permitidas pela legislação.²⁴

Mais uma vez há um verdadeiro redirecionamento ao argumento das “trocas livres”, mas não só. O que se percebe é que o argumento da ausência de hipossuficiência é utilizado com duplo fundamento: o primeiro é de que o trabalhador que não é hipossuficiente não merece a proteção atribuída pelo Direito do Trabalho à sua prestação pessoal de serviços; e o segundo é de que suas condições pessoais fortalecem a ideia de que sua escolha pela forma como se dá a relação de trabalho é “livre e esclarecida”.

Em relação ao primeiro fundamento, é como se o trabalhador que não seja hipossuficiente tenha plena “posse de si”, podendo dispor de sua força de trabalho livremente, o que seria materializado através de uma troca “livre e esclarecida”, de modo que a interferência estatal, através do Direito do Trabalho, seria indevida. Conclusão similar à que o libertarismo daria à situação.

Em importantíssima e recente pesquisa sobre os temas terceirização e pejetização especialmente a partir de Reclamações Constitucionais perante o STF, Olívia Pasqualetto, Ana Laura Barbosa e Laura Fiorotto, foram bastante precisas ao identificar que:

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 47.843**. Processual civil. Embargos declaratórios no Agravo interno na reclamação. Nulidade por não Citação da parte beneficiária da decisão reclamada (art. 989, iii, do CPC). Inocorrência. Ausência de Demonstração do prejuízo. Inexistência de vícios de Fundamentação no acórdão embargado. Nítido Caráter infringente. Embargos manifestamente incabíveis não interrompem o prazo para interposição de outros recursos. Precedentes. Embargos de Declaração não conhecidos. Certificação do trânsito em julgado e arquivamento imediato dos autos Independentemente da publicação do acórdão Referente ao presente julgamento. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Bahia, 2022c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6198801>. Acesso em: 1 nov. 2023.

notamos, de um lado, o elemento da aderência sendo analisado de forma delimitada (estrita) ao tema especificamente discutido no parâmetro. De outro, o elemento da aderência é analisado de forma expansiva, considerando inclusive fundamentos das decisões relacionadas aos parâmetros ou redação da tese fixada para o Tema 725 de repercussão geral. (“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”).

Pela pesquisa realizada, foi possível constatar que há prevalência do exame ampliado de aderência no STF, ao menos em relação ao tema da terceirização e pejetização. Isso significa que os ministros, em geral, parecem estar realizando um juízo flexível sobre a aderência da decisão aos parâmetros invocados. A consequência é admitir reclamações em casos que não são idênticos àqueles nos quais o tribunal reconheceu a constitucionalidade da terceirização de atividade fim. Trata-se de uma expansão da compreensão do tribunal em sede de reclamação constitucional, gerando a cassação de decisões trabalhistas que, com base na análise da situação fática, reconheceram o vínculo de emprego em casos de pejetização, advogados associados e outros autônomos (isto é, em casos que não tratam propriamente da terceirização de atividade fim).

A redação da tese fixada no Tema 725, especialmente o trecho “ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas”, é aberta e pode estar favorecendo o exame ampliado de aderência, que parece ser predominante no STF, conforme dados apresentados nesta pesquisa.²⁵

As conclusões das pesquisadoras acabam reforçando uma percepção geral de que o Supremo Tribunal Federal, ancorando-se em precedente específico sobre o fenômeno da terceirização, vem atribuindo uma interpretação restritiva ao conceito de subordinação jurídica, o que tem implicado na procedência sistemática de reclamações constitucionais apresentadas contra sentenças e acórdãos da justiça do trabalho que reconheciam vínculos empregatícios em relações de trabalho especiais como advogados associados, motoristas profissionais e outros profissionais autônomos.

O curioso, no entanto, é notar que os dois grandes fundamentos utilizados pelo STF para justificar o novo entendimento sobre legalidade da pejetização – ausência de hipossuficiência e “escolha livre e esclarecida” – em praticamente nada se relacionam ao principal precedente invocado como violado (Tema 725).

²⁵ PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo; BARBOSA, Ana Laura Pereira; FIOROTTO, Laura Arruda. Terceirização e Pejetização no STF: Análise das Reclamações Constitucionais. FGV: São Paulo, 2023. p. 18. Disponível em < <https://repositorio.fgv.br/items/b8957d04-ce85-4a97-8cf9-3c663336932b>>. acesso em 20 jan. 2024.

Em termos mais diretos, ao afastar o reconhecimento de vínculo empregatício em contratos especiais de trabalho a partir primordialmente desses dois fundamentos, socorre-se de precedente que tratam de tema tangente. Essa ausência de aderência ou mesmo aderência parcial se socorre das fundamentações do julgamento da ADPF 324 (Tema 725) de que (i) a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios constitucionais; de que a (ii) Constituição Federal não impõe a adoção de um único modelo de produção; e que o (iii) direito do trabalho precisa se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

Daí a precisão da conclusão das autoras ao identificarem que o trecho “ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas” tem se mostrado como um elemento que ao Tribunal e respectivos ministros a concluírem pela licitude de “novos arranjos” legais para contratos de trabalho especiais.

No entanto, mesmo se considerando certa influência **libertária** nos argumentos da ausência de hipossuficiência e da escolha “livre e esclarecida” enquanto “estratégias” para a não aplicação das normas trabalhistas a determinadas relações de trabalho – nos termos fundamentados pelo STF – não se pode concluir que o movimento vivenciado pelo Direito do Trabalho atualmente tenha como objetivo um Direito do Trabalho **libertário**.

Isso porque, em todas as fundamentações ora abordadas há sempre a observação da relevância e importância das normas trabalhistas enquanto mecanismos e adaptação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ou seja, mesmo quando se fundamenta no sentido de que as normas trabalhistas não serão aplicáveis aos casos concretos, posiciona-se assim sustentando que tais situações consistem em exceções “fundamentadas”, o que se aproxima muito da *noção* de ponderação e razoabilidade.

Com isso, este movimento de desregulamentação das relações de trabalho se mostra como um movimento direcionado à diminuição da interferência estatal, mas que não visa à total desregulamentação tal qual proposto pelo **libertarismo**.

Trata-se de movimento observado pelo Ministro Luís Roberto Barroso de “americanização”²⁶ do Direito do Trabalho, decorrente do mito²⁷ bastante difundido – e defendido – de que as relações de trabalho nos Estados Unidos são totalmente desregulamentadas, representando mais um movimento de crítica ao Direito do Trabalho, mas não de abolição.

2.3 **As relações de trabalho a partir do liberalismo de princípios de John Rawls: a construção de uma noção de intervenção necessária**

A segunda proposição de Direito do Trabalho é uma proposta intervencionista, através do qual o Estado, socorrendo-se, dentre outras constatações, da de que as relações de trabalho são inegavelmente assimétricas, decide por regulamentar o máximo possível tais relações, limitando, significativamente a autonomia privada das partes nas relações individuais de trabalho.

Portanto, a segunda proposta de “visão” do Direito do Trabalho é uma proposta por meio do qual esse ramo do Direito, reconhecendo a relevância das relações de trabalho, decide estabelecer todas as diretrizes possíveis aplicáveis a elas, o que, em grande medida, assimila-se ao Direito do Trabalho brasileiro.

Para tanto, esta abordagem será analisada a partir de “Uma Teoria da Justiça” de John Rawls, enquanto principal autor do liberalismo político.²⁸ Isso porque, sua teoria, conforme muito bem delimitado por Roberto Gargarella, defende que “uma sociedade justa precisa de um Estado Muito ativista – um Estado cujas instituições fundamentais deveriam contribuir para a primordial tarefa de igualar as pessoas em circunstâncias básicas”.²⁹

²⁶BARROSO, L. R. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, [s.l.], v. 2, n. 9, p. 258-301, 2008.

²⁷A respeito do assunto ver Fernandes (2020). Em especial, o aviso dado aos leitores do trabalho: “aos que insistem em sonhar que os EUA seriam um paraíso de desregulamentação das relações de trabalho, onde inexistentes mecanismos estatais especializados na efetivação de leis trabalhistas ou na resolução dos impasses entre capital e trabalho, talvez a leitura do presente estudo possa se revelar um tanto quanto frustrante ou até mesmo traumática”.

²⁸RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

²⁹GARGARELLA, R. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve Manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 33.

É um discurso ou visão do Direito do Trabalho que o coloca como reação política decorrente de uma série de condições sociais, sendo precisa a observação de Souto Maior, tratando do surgimento histórico do Direito do Trabalho, ao destacar que:

Foi necessária uma sucessão enorme de fatos, que percorreram mais de um século, para que, efetivamente, se chegasse à construção teórica de um direito que pudesse servir para corrigir as injustiças geradas pelo modelo de produção capitalista.³⁰

Isso porque John Rawls trouxe à tona o debate sobre o ideal e os fundamentos de uma sociedade justa ao apresentar sua concepção de justiça denominada “justiça como equidade”, enquanto estratégia para a busca por uma melhor distribuição de bens e riquezas em uma sociedade.

Neste sentido, Heloisa Sami Daou e José Cláudio Monteiro de Brito Filho são bastante precisos ao pontuar que “a preocupação (da justiça como equidade) é com uma concepção geral de bem, ou seja, proporcionar o básico a todos e permitir a liberdade do cidadão para perseguir seu próprio plano de vida.”³¹

Rawls desenvolve sua construção teórica a partir de um esforço inicial de isolar os indivíduos de suas situações reais, a fim de abstrair e teorizar sobre um modelo de sociedade genuinamente justa. Para isso, ele cria a posição original, na qual os indivíduos são imaginados em um estágio anterior à vida terrena. Nessa posição, eles estão encobertos pelo véu da ignorância, ou seja, não têm conhecimento da posição que ocupam na sociedade. Por meio dessa construção, Rawls não apenas busca realizar uma abstração filosófica, mas também criar uma situação ideal na qual seja possível identificar as regras aceitáveis e a forma mais justa de organizar a sociedade.

A partir desse ponto de partida, o autor aponta que há uma série de consensos entre os indivíduos nessa situação. O primeiro e mais importante deles é o reconhecimento amplo de que a liberdade é um bem valioso e que deve ser garantido a todos. Caso contrário, alguém que defenda a escravidão, por exemplo, poderia se encontrar submetido a essa condição assim que o “véu da ignorância” fosse removido. Diante do risco de nascer no mundo como escravo, Rawls considera irracional que

³⁰MAIOR, 2011, p. 27.

³¹BRITO FILHO, J. C. M. de; LAMARÃO NETO, H.; DAOU, H. S. **Justiça liberal e direito à saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.p. 21.

qualquer pessoa aceite a escravidão ou qualquer condição a ela assemelhada. Portanto, a liberdade se torna um elemento que deve ser universalmente assegurado.

No entanto, o problema reside no fato de que a liberdade é um conceito amplo, carecendo de maior especificação para compreender seu significado real. Nesse processo, o autor avança em sua construção, defendendo que, para garantir as liberdades, seria necessário realizar a distribuição dos bens sociais. Esses bens não se limitariam apenas a bens materiais, mas também incluiriam oportunidades de emprego, mobilidade social e outros aspectos.

Dessa forma, os bens poderiam ser divididos em três categorias: bens passíveis de distribuição, como renda, riqueza, acesso a oportunidades educacionais, empregos, serviços etc.; bens que não podem ser distribuídos diretamente, mas que são passíveis de influência pela distribuição dos primeiros como conhecimento e autorrespeito; e bens que não podem ser afetados pela distribuição de outros bens como capacidades físicas e mentais dos indivíduos.

Com isso, já se denota que a **Justiça como Equidade** admite, em certa medida, algumas desigualdades, do que se denota que a teoria não se enquadra como radicalmente igualitária, no entanto, esta etapa do trabalho se pretende justamente a analisar as características distributivas da teoria rawlsiana.

Ao adotar essa abordagem, Rawls procura evitar a influência das habilidades e capacidades pré-existentes nos indivíduos, buscando assim evitar que o debate real sobre a questão da justiça seja direcionado pelos interesses e vantagens pessoais, argumentando que somente ao partir dessa construção é possível discutir a justiça de forma imparcial e equitativa.

No entanto, a própria metodologia de Rawls para a construção dos princípios da **Justiça como Equidade** (*Justice as Fairness*) parte de uma necessária “apresentação” aos sujeitos dessa posição original de princípios de justiça. Ou seja, para que sejam “escolhidos” os princípios de justiça, é necessário que ocorra a apresentação a esses sujeitos do que pode ser escolhido.

No entanto, já vale destacar que “bens primários” – assim compreendidos como, por exemplo, os direitos e garantias a serem concedidos ou – mesmo que se

transportando a metáfora da posição original para as relações de trabalho – não se limitam a direitos e garantias “trabalhistas”, mas se ampliam até mesmo aos interesses empresariais, por exemplo.

Assim, não há como negar que a concepção liberal de justiça elaborada por John Rawls em **Uma Teoria da Justiça** e posteriormente aperfeiçoada em **O Liberalismo Político** tenha representado um importante marco na Filosofia Política, ao propor uma teoria abrangente que acabaria, de certa forma, por mitigar o impasse entre utilitarismo e intuicionismo, este último compreendido como uma doutrina que preveja um conjunto irreduzível de princípios fundamentais que devemos pesar e comparar, perguntando-nos qual o equilíbrio no nosso juízo ponderado é o mais justo.

Sua obra tem como pano de fundo a estrutura básica da sociedade, compreendida como a maneira como as principais instituições políticas e sociais interacionam-se formando um sistema de cooperação social. E justamente por meio dessas instituições que serão estabelecidos e distribuídos os direitos e deveres fundamentais, bem como os benefícios sociais.

Com isso, pretende-se fornecer “uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social”³² clássica defendida por Locke, Rousseau e Kant.

O núcleo da justiça como equidade, então, centra-se no estabelecimento ou na escolha de princípios de justiça destinados a ordenar a estrutura básica da sociedade, os quais seriam adotados por meio de um consenso de pessoas livres, racionais e em posição inicial de igualdade em uma situação hipotética denominada de Posição Original (P.O.), destacando-se, portanto, o seu caráter contratual.

Para o autor, a justiça ou os princípios de justiça firmados na P.O. seriam “a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento”³³, concluindo posteriormente que se possa “considerar que a concepção

³²RAWLS, 2016, p. 13.

³³RAWLS, 2016, p. 4.

de justiça social ofereça em primeiro lugar um padrão por meio do qual se devem avaliar os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade”³⁴.

Em suma, os princípios de justiça estabelecidos na P.O. seriam utilizados como critérios norteadores das divisões de bens, recursos e direitos aos indivíduos, podendo-se introduzir, desde já, a ideia de justiça procedimental pura defendida por Rawls, pois, segundo o autor, “deve-se estruturar o sistema social de modo que a distribuição resultante seja justa, independente do que venha a acontecer”³⁵, evidenciando, assim, o caráter deontológico de sua teoria em razão da sobreposição do justo sobre o bem, diferentemente do utilitarismo.

A construção argumentativa da posição original não deve ser vista como um evento histórico ou temporal, mas sim como uma situação puramente hipotética empregada pelo autor para conferir racionalidade à sua teoria. Nessa situação, os indivíduos representativos estariam velados pelo véu da ignorância, de forma a não terem conhecimento de suas posições na sociedade, suas habilidades naturais e suas concepções do bem. Neste sentido, Rawls sustenta que “a posição original deve ser entendida como um artifício de representação, daí que todo acordo estabelecido pelas partes deve ser visto como hipotético e a-histórico”.³⁶

Ressalte-se, ainda, que Rawls faz um corte em sua teoria ao pressupor como cenário uma sociedade bem-ordenada, sendo esta:

Uma sociedade na qual (1) todos aceitem e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em geral, se sabem que atendem esses princípios [...] [acrescentando posteriormente no liberalismo político] (3) que seus cidadãos têm (tenham) um senso de justiça que normalmente é efetivo e, em virtude disso, em geral agem em conformidade com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas.³⁷

E justamente a partir dessa situação hipotética que Rawls propõe-se a demonstrar que princípios seriam racionalmente escolhidos na P.O.

³⁴RAWLS, 2016, p. 11.

³⁵RAWLS, 2016, p. 342.

³⁶RAWLS, 2016, p. 28.

³⁷RAWLS, 2016, p. 42.

Basicamente, o autor constrói um cenário hipotético no qual os indivíduos se encontram em posição de igualdade e de imparcialidade diante do véu da ignorância, tendo que firmar princípios que nortearão a atuação das principais instituições sociais na distribuição de bens, tentando estabelecê-los da forma mais ampla possível de modo que possam ter seus planos de vida abarcados pelos princípios, independente de suas posições sociais até então desconhecidas

E os princípios estabelecidos, segundo o autor seriam os seguintes:

Primeiro princípio: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos; segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, tanto: a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como; b) estejam vinculados a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidade.³⁸

A primeira constatação que se pode fazer a partir da exposição dos princípios de justiça é que a justiça como equidade de Rawls é fundamentada a partir do ideal político da liberdade, o que inclui a teoria do autor dentre as teorias liberais, e acaba por ser evidenciado com o conteúdo do primeiro princípio. Esses valores podem ser compreendidos como liberdades básicas ou fundamentais, sendo estas a liberdade política e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, que compreende a proteção contra a opressão psicológica; o direito à propriedade pessoal e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito.

Assim, algumas das liberdades podem ser restringidas para salvaguardar a mesma liberdade ou para fazê-las ser desfrutadas no futuro, mas não para aumentar a eficiência das instituições, nem o bem-estar social, o que até se aproxima da noção de ponderação.

Já o segundo princípio que seria aplicado na distribuição de rendas e riquezas por meio da justiça distributiva proposta pode ser subdividido em dois outros princípios: o da igualdade equitativa de oportunidades (visa garantir que todos tenham acesso e de forma equânime aos cargos e posições sociais disponíveis) e o da

³⁸RAWLS, 2016, p. 376.

diferença (visa assegurar uma distribuição equitativa de recursos que não deverá ser necessariamente igual para todos, mas deverá considerar primordialmente os interesses dos que estão em condições desfavoráveis). É o que José Cláudio Brito Filho denomina de “desigualdade controlada” ao tratar do princípio da diferença.³⁹

Nota-se, portanto que o autor acabou por utilizar em sua proposta dois ideias de justiça que há muito pareciam antagônicos, quais sejam: liberdade e igualdade.

Obviamente, a teoria ora analisada possui infindáveis observações que não podem ser analisadas neste espaço, porém, acredita-se ter esboçado, mesmo que brevemente, algumas noções básicas da justiça como equidade de Rawls necessárias para a compreensão da discussão proposta.

Ultrapassadas essas observações preliminares, dar-se-á início à abordagem do Direito do Trabalho a partir do liberalismo de princípios, considerando-se, inicialmente, algumas características inerentes a este ramo do direito: instrumento destinado à garantia de um mínimo existencial ou “mínimo social” nos termos defendidos por Rawls; caráter distributivo do Direito do Trabalho enquanto ferramenta de distribuição de recursos; caráter regulamentador e “compatibilizador” dos valores da propriedade privada do trabalho. A partir de então, a primeira observação que se faz é que Rawls utiliza a expressão mínimo social ao se referir ao patamar mínimo de vida a ser usufruído ou vivenciado pelos indivíduos em uma sociedade bem ordenada. Contudo, nota-se que esta concepção também pode ser utilizada como mínimo existencial, o que se fará a partir desse momento, destacando-se, contudo, que a expressão mínimo social em uma teoria da justiça está intimamente relacionada a benefícios sociais, o que é levemente modificado em o liberalismo político.

E o primeiro momento em que se vê a ideia de mínimo existencial na teoria de Rawls é justamente na P.O., pois, como destaca Barcellos “a garantia de que cada homem disponha de um conjunto mínimo de condições materiais é pressuposto para que o procedimento decidido pelos indivíduos no estado original seja verdadeiramente equitativo”.⁴⁰ Assim, nota-se que a situação de igualdade defendida pelo autor na P.O.

³⁹BRITO FILHO, J. C. M. de. **Ações Afirmativas**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 79.

⁴⁰BARCELLOS, A. P. de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R. L. (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 26.

tem como pressuposto condições mínimas acessíveis a todos os indivíduos representativos.

A partir daí, passa-se ao momento “pós-princípios de justiça”, destacando-se que o mínimo existencial é pressuposto não só do segundo princípio de justiça como também do primeiro.

Neste sentido, a Ana Paula Barcellos defende que:

A posição equitativa de oportunidades é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença, mas também do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura.⁴¹

Notadamente quanto ao primeiro princípio (das liberdades básicas), de fato não há como negar, por exemplo, que condições mínimas de educação e informação sejam necessárias ao adequado exercício das liberdades políticas e civis, materializando-se enquanto verdadeiros pressupostos para o exercício das liberdades fundamentais.

Quanto ao segundo princípio, o mínimo existencial se mostra mais evidente ainda, pois (i) o aumento permissível das desigualdades econômicas e sociais só seria admitido quando importar em aumento das expectativas dos menos favorecidos, demonstrando-se a intenção da teoria de aumentar o nível do mínimo existencial; (ii) ao tratar do princípio da poupança justa, o autor inevitavelmente assume que esta taxa de poupança levará em consideração, dentre outros critérios, o mínimo existencial; (iii) uma posição de igualdade equitativa de oportunidades pressupõe condições mínimas de educação e cultura disponíveis a todos.

Tal constatação fica mais evidente ainda quando Rawls trata das instituições de fundo para justiça distributiva na estrutura básica ao defender que:

Pressupõem-se a liberdade de consciência e a de pensamento e garante-se o valor equitativo da liberdade política. O processo político é conduzido, até onde permitam as circunstâncias, como um procedimento justo para a escolha do tipo de governo e para a produção da legislação justa. Também suponho que há uma igualdade de oportunidades que é equitativa (em oposição da igualdade formal de oportunidades). Isso significa que, além de

⁴¹BARCELLOS, 2002, p. 26.

manter as formas usuais de capital social de overhead, o Estado tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoal semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares, seja implantando um sistema de ensino público [...] Por último, o Estado garante um mínimo social seja por intermédio de benefícios familiares e de transferências especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como a complementação progressiva da renda (denominado imposto de renda negativo).⁴²

Da parte final do texto transcrito chama atenção o foco dado ao sistema de “transferências especiais” em casos de doença, mas também para os caso de desemprego.

Assim, não há como negar que o liberalismo de princípios tenha como uma de suas peças basilares a figura do mínimo existencial, conforme apontado. Tanto é que a figura do mínimo existencial assumiu papel prioritário em **O Liberalismo Político**, obra de 1993, pois o primeiro princípio passou a ser precedido de um princípio lexicalmente anterior, o qual prega pela satisfação das necessidades básicas do cidadão, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades.

Na obra **O Liberalismo Político**, Rawls passa a considerar o mínimo existencial como condição mínima de cidadania, mas não só. Como condição mínima para o próprio exercício das liberdades individuais, o que passa a ser mais central ainda na teoria.

Então, depreende-se que o mínimo existencial para o autor supracitado seriam as condições materiais de uma vida digna consubstanciada pelo pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais, pelo exercício da livre escolha de ocupações, pela possibilidade de acesso a estruturas da capacitação (públicas ou privadas), pelo exercício do direito de propriedade e pelo acesso a renda ou rendimentos adequadamente suficientes ao exercício dos planos de vida.

No âmbito nacional, um dos grandes teóricos do mínimo existencial, justamente a partir de influência de Rawls, é o tributarista Ricardo Lobo Torres, para quem o conceito de mínimo existencial encontra sua base na ligação intrínseca com a

⁴²RAWLS, 2016, p. 342-343.

liberdade, embora também se apoie em outros princípios, como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, para justificá-lo. Segundo Lobo Torres:

A concepção de Rawls do mínimo social tem extraordinária importância para o pensamento jurídico nas últimas décadas. Marca a ruptura com a concepção utilitarista de justiça social, que buscava promover a utópica redistribuição geral de recursos entre as classes sociais, sem instrumentos políticos adequados, sem limitações quantitativas e sem indicação de beneficiários.⁴³

Em suma, compreende-se o mínimo existencial não como um bem em si mesmo, mas como um meio para o exercício de uma vida digna. Trata-se de raciocínio semelhante ao feito por Amartya Sen, ao defender que “bens primários não são constitutivos da liberdade como tal, sendo mais bem concebidos como meios para a liberdade”.⁴⁴ O mínimo existencial seria, assim, as condições necessárias para o exercício regular dos direitos de liberdade e igualdade.

É o que se denota da própria redação do artigo 7^a, IV da Constituição Federal ao assegurar a todos os trabalhadores urbanos e rurais, o “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”⁴⁵, conforme bem apontado por Elival da Silva Ramos ao defender que:

Pretende-se que o mínimo existencial, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1^o, III, da Constituição de 1988), autorize o Poder Judiciário a assegurar o direito subjetivo a prestações estatais que, minimamente, assegurem uma existência digna, ficando ao alvedrio dos órgãos jurisdicionais a delimitação do âmbito de abrangência desse estatuto mínimo de direitos prestacionais, olvidando-se que na Constituição do Brasil em vigor foi contemplado um exaustivo elenco de direitos fundamentais sociais, os quais, se fundados em normas de eficácia limitada, ostentam desde logo uma eficácia indireta, compreensiva da cláusula de proibição do retrocesso. É por isso que se pode dizer que o mínimo existencial, no contexto do Sistema Jurídico brasileiro, está devidamente delimitado pela própria Constituição Federal, não ficando da dependência de construções doutrinárias e jurisprudenciais impregnadas de acentuada dose de subjetivismo. Essas condições materiais mínimas a todos asseguradas repousam, em primeiro lugar, no direito ao salário-mínimo, nacionalmente unificado, e que, segundo a norma programática do art. 7^o, inciso IV, da Constituição, deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, o que não tem sido plenamente satisfeito pelo

⁴³TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009. p. 58.

⁴⁴SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 135.

⁴⁵BRASIL, 1988.

legislador infraconstitucional pelo simples e curial motivo de que o atual estágio de desenvolvimento econômico do país não o comporta.⁴⁶

No mesmo sentido, leciona Honório ao defender que o mínimo existencial seria os “meios necessários não apenas para a vida física, senão também para a sua condição de indivíduo social: assegurando-lhe o mínimo de decoro e dignidade que lhe compete da sociedade na qual está inserido”⁴⁷.

A grande questão em relação ao Direito do Trabalho enquanto possível instrumento do que se compreende como mínimo existencial decorre do “destinatário” desse dever.

Dizendo de outra maneira, enquanto, como regra geral, o destinatário do dever de se garantir um mínimo existencial é do Estado, aqui há que se considerar que o empregador ou a empresa passa a ser visto como destinatário.

Ou seja, embora a vinculação do Direito do Trabalho seja com a ordem social, a sua estruturação será fortemente influenciada pela ordem econômica, já que a garantia, por exemplo, do pleno emprego. No entanto, seriam desdobramentos do que se entende hodiernamente como a própria função social da propriedade privada⁴⁸ ou até mesmo enquanto eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Portanto, quando se interpreta o Direito do Trabalho como um instrumento que visa assegurar ou efetivar uma noção de mínimo existencial ou social, é plenamente viável que se encontre fundamentação filosófica no liberalismo igualitário de John Rawls.

Não por outro motivo, é perceptível que em muitos países, especialmente os mais desenvolvidos, a maioria da População Economicamente Ativa (PEA) trabalha

⁴⁶RAMOS, E. da S. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 327-356, 2007.p. 352.

⁴⁷HONÓRIO, C. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 out. 2023. p. 171.

⁴⁸A respeito do tema ver DEVAL, Rafael Antonio. Função social da propriedade: análise de sua incidência enquanto cláusula geral no Código Civil Brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica da São Paulo: 2014. Orientador: [Donnini, Rogério José Ferraz](#). <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6558>> acesso em 24 out. 2023.

de maneira formal, ao passo que a informalidade é bem mais acentuada em países ditos periféricos ou em desenvolvimento, o que reforça justamente a ideia de que a relação de empregado – objeto principal do Direito do Trabalho – seja uma importantíssima ferramenta de efetivação do mínimo existencial.

Ainda há que de destacar que o primeiro princípio do **Liberalismo Iguatário** – “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos”⁴⁹ – possui grande compatibilidade com a defesa de que uma das principais finalidades do Direito do Trabalho é a melhoria das condições de pactuação do contrato de trabalho para o empregado diante da posição desigual na contratação com o empregador. Isso partindo justamente da expressão “mais abrangente sistema total de liberdades”, o que direciona os princípios para a busca pela melhoria das condições sociais, conforme previsto no artigo 7º da Constituição Federal brasileira.⁵⁰

Inclusive, seria este primeiro princípio do **Liberalismo Iguatário** uma fortíssima fundamentação para o próprio princípio protetivo aplicável às relações de trabalho. Isso porque, os direitos trabalhistas possuiriam dupla finalidade: a primeira seria de “igualar” o sistema de liberdades básicas nas relações de trabalho como que visando a um mínimo de direitos decorrentes dessa relação, o que teria uma espécie de função “equalizadora” entre os diversos trabalhadores, aproximando-se, em certa medida, da noção de trabalho decente ou digno; enquanto que a segunda finalidade seria a de igualar a relação trabalhador empregador diante da grande probabilidade da entabulação individual ser totalmente desvirtuada diante das significativas assimetrias

Tangente a esta argumentação, ainda é perceptível que este “direcionamento” do primeiro princípio de justiça se coaduna com o Gabriela Neves Delgado defende como “vocação expansionista do Direito do Trabalho” enquanto tentativa desse ramo

⁴⁹RAWLS, 2016, p. 64.

⁵⁰BRASIL, 1988.

do direito de aumentar o seu campo de aplicação às relações de trabalho, mas também de aumentar o seu grau de proteção.⁵¹

É que se denota da afirmação de Amauri Mascaro Nascimento ao esclarecer que:

Em 1974, a Organização Internacional do Trabalho promoveu mesa redonda sobre essa discussão quanto aos países em via de desenvolvimento, presentes e representantes. Houve consenso: a sua influência positiva como instrumento de progresso no processo de desenvolvimento econômico e social.⁵²

No entanto, é no aspecto distributivo desta teoria que se encontra maior aproximação ainda com o Direito do Trabalho.

Com isso, o segundo questionamento que se apresenta é se o liberalismo igualitário fornece fundamentação para o Direito do Trabalho a partir de uma interpretação deste ramo do direito enquanto ferramenta de distribuição de renda e recursos.

Daí ser importantíssimo ter em mente que o Direito do Trabalho acaba por se apresentar no Ordenamento Jurídico brasileiro como uma ferramenta “a serviço” da erradicação da pobreza, da marginalização e do combate às desigualdades sociais e regionais, conforme estabelecido no Artigo 3º, III da Constituição Federal enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, o que muito se compatibiliza com os fundamentos do Estado Democrático de Direito dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” estabelecidos pelo artigo 1º, IV também da Constituição.

Trata-se de um verdadeiro desdobramento da própria noção de dignidade da pessoa humana. Daí ser interessante destacar a observação de Domênico de Masi a respeito do mal da concentração de renda:

Precisaria redistribuir equitativamente a riqueza (que aumenta) e o trabalho (que diminui); entretanto, alarga-se a distância entre alguns que trabalham e ganham cada vez mais e outros que são forçados à inércia e à miséria. Há quinze anos, a relação entre os salários mais baixos e os mais altos pagos

⁵¹DELGADO, G. N.; BORGES, L. P. de F. A revisitação do princípio da proteção pelo discurso constitucional trabalhista no Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, G. N. (org.). **Direito Constitucional do Trabalho**: princípios e jurisdição constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2015. p. 38-50.

⁵²NASCIMENTO, 1998, p. 59.

nos Estados Unidos era de um para 41; hoje, é de um para duzentos. O presidente do Travellers Group ganha 413 bilhões de libras por ano (mais de um bilhão por dia! [Equivalente a mais ou menos U\$ 50 Mil]); o presidente da Coca-Cola ganha 201 bilhões. No entanto, no mesmo país, o mais poderoso do mundo, 30 milhões de cidadãos vivem abaixo do limite de pobreza, sete milhões estão reduzidos a mendigos sem moradia fixa e 1,7 milhão estão encarcerados.⁵³

Com isso, o Direito do Trabalho é utilizado inegavelmente pelo ordenamento jurídico como um fortíssimo instrumento de equidade e de justiça social, o que se reforça e muito pela redação do artigo 193 da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.⁵⁴

A respeito do tema, é precisa a observação de Canotilho no sentido de que a Constituição portuguesa foi significativa fonte de inspiração da Constituição Federal brasileira em virtude do princípio da “correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento”, conforme previsão nos artigos 9º, “d” e 81 “b”, que estabelece o seguinte:

São tarefas fundamentais do Estado: (d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais, mediante a transformação e a modernização das estruturas económicas e sociais”; Art. 81º: Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: b) Operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento.⁵⁵

Nota-se, portanto, que a redação dada à Constituição portuguesa atribui até maior objetividade em seu comando a partir da expressão “operar as necessárias correções”, o que evidencia justamente que a ordem social admite, assim como o liberalismo de princípios, desigualdades econômicas, mas que direciona as instituições e políticas públicas para as suas adequações ou correções, o que possui total coerência com o princípio da diferença exposto acima.

É o que Rawls defende como justiça distributiva, destacando-se, contudo, que o autor, embora admita que suas “ideias” sejam fundamentos filosóficos para uma

⁵³DE MASI, D. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Rio de Janeiro: José Olympio. 2001. p. 12.

⁵⁴BRASIL, 1988.

⁵⁵CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1167.

sociedade, reconhece que os seus princípios de justiça partem do pressuposto de uma sociedade bem ordenada, compreendida como uma sociedade na qual há igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha da ocupação e conclui que:

Por último, o Estado garante um mínimo social, seja por intermédio de benefícios familiares e de transferências especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como a complementação progressiva da renda (denominado imposto de renda negativo).⁵⁶

A partir da exposição do que entende por sociedade bem ordenada, Rawls passa a justificar que esta sociedade seria dividida em quatro setores: setor de alocação; setor da estabilização; setor de transferências; e setor da distribuição. Segundo o próprio autor, os setores da alocação e da estabilização teriam o propósito de manter a eficiência geral da economia de mercado, sendo especificamente o propósito do setor da estabilização de garantir:

Tanto quanto possível gerar pleno emprego, no sentido de que aqueles que procuram emprego possam encontrá-lo, e no sentido de que a livre escolha de ocupação e acesso ao crédito sejam assegurados por uma vigorosa demanda efetiva.⁵⁷

Já a garantia expressa do “mínimo social” seria responsabilidade do setor das transferências, o que já evidencia que o principal destinatário desse “dever fundamental” seria o Estado e não a iniciativa privada, conforme se denota do seguinte posicionamento do autor ao defender que “esse modo de lidar com as exigências da necessidade parece mais efetivo do que a tentativa de regulamentar a renda por meio de padrões de salário mínimo e métodos afins”.⁵⁸ No entanto, delimita o que se entende ser a questão central na sua noção de justiça distributiva:

A questão de saber se os princípios de justiça são ou não satisfeitos gira, portanto, em torno da questão de saber se a renda total dos menos favorecidos (salários mais transferências) possibilita a maximização de suas expectativas a longo prazo (obedecendo-se às restrições das liberdades iguais e da igualdade equitativa de oportunidades).⁵⁹

⁵⁶RAWLS, 2016, p. 343.

⁵⁷RAWLS, 2016, p. 344.

⁵⁸RAWLS, 2016, p. 344.

⁵⁹RAWLS, 2016, p. 345.

A partir dessa última afirmação que se pode fazer a transferência da argumentação para o Direito do Trabalho, destacando-se, inicialmente que o setor da distribuição seria materializado por meio de uma tributação eminentemente distributiva.

Daí ser possível apontar algumas conclusões sobre a aproximação do Direito do Trabalho e do liberalismo de princípios.

A primeira delas é a defesa de Rawls de um sistema de mercado ou “Ordem Econômica”, como tratado na Constituição brasileira, que observe os “requisitos de eficiência”, o que seria materializado por meio do “dever” do setor de alocação em “corrigir” “os desvios mais óbvios da eficiência, gerados quando os preços exprimem de maneira apropriada os benefícios e os custos sociais”. Por outro lado, o setor de estabilização seria destinado à busca pelo pleno emprego, o que se aproxima, em certa medida, da noção de contabilização entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, estabelecidos na Constituição Federal.

A segunda delas é que o setor das transferências – cujo principal atribuição é efetivar o mínimo existencial – teria uma função complementar ou corretiva, o que atribuiria grande relevância à autonomia privada nas relações de trabalho, porém com possibilidade de “adequações” perpetradas pelo Estado, valendo-se destacar o seguinte trecho do trabalho:

A ideia essencial é que o funcionamento desse setor leva em conta as necessidades e atribui a elas um peso apropriado no tocante a outras reivindicações. Um sistema competitivo de preços não leva em conta as necessidades e, portanto, não pode ser único instrumento de distribuição. Deve haver uma divisão de trabalho entre as partes do sistema social para atender a preceitos de justiça fundamentados no bom senso. Instituições diferentes respondem a exigências diferentes. Mercados competitivos adequadamente regulamentados asseguram a livre escolha de ocupação de mercadorias eficientes entre os consumidores. Eles conferem um peso às normas convencionais relativas a salários e aos rendimentos, ao passo que o setor de transferência garante um certo nível de bem-estar social e atende às exigências da necessidade.⁶⁰

Com isso, compreende-se melhor a crítica de Rawls sobre a noção de “salário mínimo e métodos afins”. Afinal, é possível se compreender que a defesa do autor

⁶⁰RAWLS, 2016, p. 345.

decorre de dois pressupostos: o primeiro é que de que o trabalho assalariado – pleno emprego – é, em regra, um instrumento de garantia do mínimo existencial; e o segundo pressuposto é que por meio de determinadas prestações de serviços não se garantirá esse mínimo existencial, devendo o setor de transferências observar as necessidades existentes e adequá-las, não sendo, no entanto, responsabilidade da iniciativa privada assegurar “sozinha” esse mínimo social.

Portanto, é uma defesa no sentido de que a materialização da dignidade da pessoa humana dependerá tanto do Estado quanto da iniciativa privada, de modo que o mínimo existencial seja construído a partir das relações de trabalho, mas não só.

Com isso, os direitos trabalhistas podem ser vistos como integrantes de um sistema bem mais amplo de justiça social e distributiva por meio do qual os princípios de justiça serão aplicados de modo que se tente garantir uma distribuição justa tanto dos benefícios quanto das oportunidades na sociedade. Também serão esses princípios de justiça fundamentos filosóficos para direitos trabalhistas como limitação da jornada de trabalho, asseguramento de meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado, equipamentos de proteção individual, dentre outros. Isso porque, com tais direitos estar-se-á, ao menos em tese, reduzindo as desigualdades socioeconômicas e se fortalecendo uma sociedade que assegura a igualdade de oportunidades de trabalho.

A partir dessa constatação que é possível concluir que os três setores juntos forneceriam fundamentação necessária para a noção de função social da propriedade, nos termos estabelecidos pelo artigo 170 da Constituição Federal. Inclusive, como defendido por Eros Roberto Grau⁶¹, a ponto de se defender que esse princípio atribui à propriedade conteúdo específico, atribuindo-lhe, portanto, um novo conceito. Um conceito cuja decorrência lógica é a existência de um possível *dever fundamental*, conforme bem pontuado por Fábio Comparato ao defender que:

Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois em direitos fundamentais está implicitamente reconhecendo a existência correspectiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre

⁶¹GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 263.

direitos humanos independe de mediação do legislador, o mesmo de deve dizer em relação aos direitos fundamentais.⁶²

É o que um dos principais comentaristas de Rawls defende em *Understanding Rawls*⁶³, obra de Robert Paul Wolff que defende serem os direitos trabalhistas integrantes de um arranjo institucional mais amplo que visa promover a justiça distributiva na sociedade, o que se coaduna com a defesa da função distributiva do Direito do Trabalho defendida por Mascaro Nascimento.⁶⁴

O que se percebe é que a função distributiva do Direito do Trabalho é plenamente compatível e interrelacionada com os dois princípios de justiça do **Liberalismo Igualitário** inicialmente por se mostrar enquanto instrumento tendente a maximizar o rol de liberdades básicas, vinculando-se, de maneira significativa à noção de mínimo social ou existencial. Por outro lado, essa característica de distribuição é uma verdadeira adaptação do princípio da diferença ao admitir uma distribuição que se pretende justa ou equânime, mas não igual em um sentido extremo.

Ou seja, quando se fala dessa função distributiva, de certa forma, estar-se-á legitimando um sistema de produção capitalista que distribui recursos de maneira diferente aos sujeitos envolvidos, no entanto, o Direito do Trabalho se apresenta como instrumento destinado à busca de uma distribuição mais equânime, o que se materializa por meio de uma incessante tentativa de melhoria das condições sociais.

Firmados os pressupostos de que o Direito do Trabalho é destinado à garantia de um mínimo existencial ou social; que tem como finalidade a melhoria das condições sociais de pactuação de modo a se ampliar o rol de liberdades básicas dos sujeitos envolvidos em relações jurídicas por ele regulamentadas; que as relações de trabalho por ele regulamentadas são instrumentos de dignidade; que sua função distributiva possui compatibilidade tanto com o princípio das liberdades iguais quanto da diferença; é possível retomar o debate realizado na primeira seção deste trabalho a

⁶²COMPARATO, F. K. **Função Social da Propriedade de Bens de Produção**: Direito Empresarial. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20.

⁶³WOLFF, R. P. **Understanding Rawls**: A Reconstruction and Critique of A Theory of Justice. Princeton: Princeton University Press, 1977.

⁶⁴NASCIMENTO, A. M. **Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 58.

respeito desnecessidade de tutela por parte deste ramo do Direito de determinadas prestações pessoais de serviços.

Retoma-se, então, a questão de ser cabível a regulamentação de determinações relações jurídicas por parte do Direito do Trabalho. Isso porque, ao se enfrentar os discursos defendidos tanto pela Reforma Trabalhista ou até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal em julgados recentes, apurou-se certo direcionamento **libertário** no sentido do Direito do Trabalho não ser mais tão necessário quanto em outro momento.

Então, a proposta aqui é de se analisar estes discursos a partir do **Liberalismo de Princípios**. Discursos que pregam, por exemplo, pela necessidade de “redução” dos encargos trabalhistas, pela “modernização da legislação”, pela “diminuição dos elevados custos do trabalho”, ou até mesmo por não se poder mais tratar o “trabalhador como coitado”, o que, por sua vez, contribuiria para combate à “insegurança jurídica”.

Desses “discursos”, interessa-nos analisar especificamente o da diminuição dos custos trabalhistas e da ausência de vulnerabilidade ou hipossuficiência em determinadas relações jurídicas de trabalho a partir do **liberalismo de princípios**.

Quanto ao argumento da necessidade de redução dos encargos trabalhistas, há que se destacar que o primeiro princípio prega justamente pela ampliação das liberdades ou do acesso a bens primários, o que, conforme defendido acima, forneceria embasamento para a compreensão da força expansiva do Direito do Trabalho ou até mesmo a melhoria das condições sociais, elemento central desse ramo do Direito.

Aqui não se defende que o primeiro princípio seja um limitador a qualquer modalidade de “redução” de direitos trabalhistas. A questão não é essa. Mas a interpretação de tal princípio leva a conclusão de que as instituições, como regra geral, devem promover a ampliação e o aperfeiçoamento dos bens primários ou dos direitos trabalhistas.

A grande questão, contudo, é que o segundo princípio será justamente uma tentativa de adaptação a tal cenário em especial o segundo item, que ao admitir

desigualdades econômicas ou sociais condicionam que essas desigualdades se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa o que, em tese, pode fundamentar o discurso de que a grande quantidade de encargos trabalhistas gera desemprego, o que prejudica os grupos menos favorecidos.

Ou seja, a partir de uma análise preliminar seria possível defender que a redução de encargos trabalhistas – condicionada à melhoria das condições dos sujeitos em piores situações (desempregados, por exemplo) – teria validade a partir do **liberalismo de princípios**.

No entanto, é extremamente relevante retomar o argumento de que os direitos trabalhistas estão em grande medida interrelacionados ao mínimo existencial ou social, de modo que não seja razoável exigir o “sacrifício” de direitos intimamente relacionados à dignidade do trabalhador sob o discurso – sequer passível de cobrança – de melhoria das condições de pessoas em piores situações.

Além disso, entende-se que a própria influência kantiana seria empecilho para que o **liberalismo igualitário** fosse fundamento filosófico para uma mudança da legislação que, sob o discurso de que os direitos trabalhistas, os quais são fortemente ligados à própria noção de dignidade, sejam flexibilizados ou extintos para que se tenta garantir maior dignidade a outros sujeitos. Tal posicionamento colocaria o indivíduo como instrumento e não como fim, assemelhando-se, inclusive, a uma noção utilitarista, embora se reconheça que há certa proximidade com o discurso do aumento de empregos.

É justamente o que defende Michael Sandel ao tentar responder o dilema do trem descarrilhado sob a ótica kantiana. O autor americano defende que:

Para Kant, o respeito à dignidade humana exige que tratemos as pessoas como fins em si mesmas. Por isso, é errado usar as pessoas em prol do bem-estar geral, como prega o utilitarismo. Empurrar o homem corpulento nos trilhos a fim de deter o bonde seria usá-lo como um meio, e não respeitá-lo com um fim em si mesmo. Um utilitarista iluminado (como Mill) poderia recusar-se a empurrar o homem pelas consequências secundárias do ato que diminuiriam a felicidade em longo prazo. (logo, as pessoas passariam a ter medo de ficar paradas no alto das pontes etc.) Mas Kant argumentaria que esse seria um motivo errado para desistir de empurrá-lo, pois vítima em potencial ainda é tratada como um instrumento, um objeto, um mero meio para proporcionar a felicidade alheia. Esse raciocínio não preserva a vida do

homem para o seu próprio bem, mas para que outras pessoas passem por pontes sem ter medo.⁶⁵

A redução dos direitos sociais, seja ele específico, como o Direito do Trabalho, ou fundamental, só seria admissível desde que não viole a dignidade humana ou o mínimo existencial. Em outras palavras, as restrições aos direitos fundamentais, sejam elas impostas por Emendas Constitucionais, leis infraconstitucionais, normas coletivas ou negociações individuais, não podem simplesmente eliminar um direito fundamental, pois o seu núcleo essencial deve ser preservado. Caso essa restrição afete o núcleo essencial do direito, ela será considerada inconstitucional, mas acima de tudo injusta.

Por outro lado, quando se enfrenta o argumento de que “não se pode mais tratar o trabalhador como coitado” enquanto decorrência da argumentação de que a vulnerabilidade e a hipossuficiência existentes na época de surgimento do Direito do Trabalho, a conclusão passa a ser outra, tendo em vista, principalmente, o fato de não se estar – ao menos em tese – violando ou prejudicando o mínimo existencial ou a dignidade do trabalhador.

Dizendo de outra maneira, há uma grande dicotomia existente neste discurso crítico ao Direito do Trabalho que, partindo do argumento inicial de que determinados trabalhadores, cujas condições pessoais, sociais, econômicas, profissionais, estão para além do “mínimo existencial”, não haveria necessidade de o Direito do Trabalho, com seus contornos protetivos e distributivos, tutelasse-os.

Esse argumento é bastante perceptível, conforme já apontado brevemente acima, por meio de alguns acórdãos ou votos do Supremo Tribunal Federal, tratando de situações que, teoricamente, não se enquadram ao que se entende usualmente como relação de emprego, o principal objeto do Direito do Trabalho.

Neste sentido, o STF, julgando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 524), cujo relator é o Ministro Luís Roberto Barroso, posicionou-se no sentido de que a proteção constitucional ao trabalho não exige que toda e qualquer prestação de serviços remunerados seja considerada uma relação de

⁶⁵SANDEL, M. J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. 16. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 143.

emprego, no entanto, é a partir da Reclamação Constitucional nº 56.285/SP, julgada em 05.12.2022, foi ainda mais explícito ao defender a desnecessidade de tutela de determinados profissionais, conforme se depreende dos seguintes trechos do julgado:

13. Da leitura da decisão reclamada, observa-se, em primeiro lugar, que não estamos diante de trabalhador hipossuficiente, cuja tutela estatal é justificada para garantir a proteção dos direitos trabalhistas materialmente fundamentais. Trata-se de profissional com elevado grau de escolaridade e remuneração expressiva, capaz, portanto, de fazer uma escolha esclarecida sobre sua contratação. Além disso, inexistente na decisão reclamada qualquer elemento concreto de que tenha havido coação na contratação celebrada.

Argumento ainda aprofundado no julgamento do Agravo Interno em Reclamação Constitucional 47.843/BA, no qual ainda o Min. Luís Roberto Barroso argumentou que:

Repito que, se estivéssemos diante de trabalhadores hipossuficientes, em que a contratação como pessoa jurídica fosse uma forma, por exemplo, de frustrar o recebimento do fundo de garantia por tempo de serviço ou alguma outra verba, aí acho que uma tutela protetiva do Estado poderia justificar-se. Gostaria de lembrar que não são só médicos, hoje em dia – que não são hipossuficientes –, que fazem uma escolha esclarecida por esse modelo de contratação. Professores, artistas, locutores são frequentemente contratados assim, e não são hipossuficientes. São opções permitidas pela legislação.⁶⁶

Acredita-se que com essa exposição, fique aparente que o argumento da desnecessidade de utilizar o Direito do Trabalho como ferramenta de regulamentação de determinadas prestações pessoais de serviços, em especial em decorrência da ausência de hipossuficiência ou vulnerabilidade do trabalhador, tenha grande relevância e aderência no Ordenamento Jurídico brasileiro, tendo em vista tanto a relevância do STF quanto a própria existência de uma mudança estrutural na CLT, como foi a Reforma Trabalhista.

Portanto, sendo esse pensamento uma realidade no Direito do Trabalho brasileiro, a questão que se deve enfrentar é a seguinte: tal posicionamento seria compatível com os dois princípios de justiça⁶⁷ do **liberalismo igualitário**?

⁶⁶BRASIL, 2022c.

⁶⁷Primeiro princípio: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos; segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, tanto: a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja

Em relação ao primeiro princípio, entende-se que o fato de determinados profissionais “escolherem” e construírem de fato uma relação jurídica com autonomia e independência, enquanto desdobramento de um “sistema total de liberdades básicas iguais” seja compatível com o **liberalismo de princípios**, pois esse contrato de trabalho poderia ser visto como uma decorrência dessa “liberdade” efetiva. No entanto, a observação que se faz e que se deduz dos trechos dos acórdãos ou votos citados, é que sempre se parte do pressuposto que naquelas relações jurídicas analisadas há a garantia de um “mínimo social” seja em decorrência das remunerações, das condições pessoais como formação acadêmica ou outros fatores.

Assim, interpreta-se que este posicionamento é construído para situações concretas em que esteja garantido de alguma forma o mínimo existencial e não só esse mínimo. O argumento é construído como se a desnecessidade de tutela do trabalhador só se torne viável quando este trabalhador esteja para ‘bem’ além do mínimo existencial. É como se nas “castas” mais altas das relações de trabalho não houvesse necessidade de se tutelar o trabalhador.

Com isso, ao menos inicialmente, haveria compatibilidade da argumentação da desnecessidade de tutela pelo Direito do Trabalho em relação a relações jurídicas individuais nas quais não esteja presente de forma significativa a vulnerabilidade ou hipossuficiência do trabalhador.

Conclusão que se repete quando se analisa o segundo princípio de justiça, o princípio da diferença, em seus dois desdobramentos. Inicialmente pelo fato de uma relação jurídica individual não repercutir ao menos diretamente em outras relações jurídicas individuais, bem como pelo fato dessas “posições” estarem em tese abertas a todos.

No entanto, a ponderação que se apresenta é que se defender que o Direito do Trabalho tenha única e exclusivamente a função de garantir um mínimo existencial – patamar de difícil fixação seja teórica ou prática – seja uma contradição com a sua própria missão de melhoria das condições sociais de pactuação. Ou seja, quando se defende abertamente que o Direito do Trabalho resguarde única e exclusivamente

compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como; b) estejam vinculados a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

relações de trabalho fortemente assimétricas ou desiguais defende-se, ao menos indiretamente, uma função muito aquém do que o Ordenamento Jurídico brasileiro atribuiu a este ramo do Direito.

Por outro lado, há que se destacar que o Direito do Trabalho, enquanto instituição que atribui bens e direitos, deve ser projetado de forma a se maximizar as oportunidades para os menos privilegiados. Todavia, não há como se argumentar que esse aumento das oportunidades aos menos privilegiados ocorra a qualquer custo, sob pena de se considerar determinados sujeitos como instrumentos, o que não seria compatível com o primeiro princípio.

Outra questão bastante relevante a se pontuar é a questão da vulnerabilidade, que vem sendo construída como uma verdadeira ideologia no sentido de que determinados empregados não seriam vulnerabilidades. Ocorre que a noção de vulnerabilidade é verdadeiramente universal. Embora possam ter contornos distintos, todo indivíduo é vulnerável, valendo-se destacar a precisa observação de Leandro Amaral Dorneles de que:

A vulnerabilidade plena do empregado é inquestionável enquanto premissa teórica do sistema normativo juslaboral. A questão é que esta premissa não mais encerra a diversidade dos fatos sociais. Assim como pode haver empregados mais ou menos vulneráveis, há trabalhadores vulneráveis fora da relação de emprego.⁶⁸

Ou seja, a própria complexidade das relações de emprego é um fato inexorável que não pode, ancorando-se na vulnerabilidade, determinar o que será ou não tutelado pelo direito do trabalho.

Justamente por isso, há que se destacar por fim que a escolha legislativa do Ordenamento juslaboral brasileiro não foi pela vulnerabilidade, tampouco, pela hipossuficiência. Foi pela subordinação jurídica, sendo ela o principal vetor de aplicabilidade ou não da força regulatória do Direito do Trabalho, embora se admita a sua aplicação para relações jurídicas para além das de emprego.

⁶⁸DORNELES, L. do A. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. **Revista LTR: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 3, 2013. p. 302.

Dessa forma, com esta etapa inicial do trabalho, conclui-se que a proposta de um Direito do Trabalho intervencionista, nos moldes do brasileiro, é plenamente compatível com o **Liberalismo de Princípios** de John Rawls, principalmente a partir das defesas do mínimo existencial ou social enquanto uma condição para o efetivo exercício das liberdades básicas, mas também a partir da função distributiva deste ramo do Direito, enquanto desdobramento de uma noção de **justiça como equidade**.

Refuta-se, portanto, a ideia de que seja viável, ao menos no Ordenamento Jurídico nacional, um Direito do Trabalho **libertário**, embora se admita fortes influências **libertárias e utilitaristas** tanto nos precedentes analisados quanto das Reformas Legislativas de 2017.

3 UMA BREVE TEORIA PARA O DIREITO DO TRABALHO

O capítulo anterior teve o objetivo de se apresentar o referencial teórico deste trabalho a partir da Filosofia Política e teve como principal questão o porquê do Estado regulamentar algumas relações de trabalho, atribuindo caráter protetivo e distributivo em determinadas situações, ocasião na qual se encontrou no **Liberalismo Igualitário** de John Rawls o referencial teórico para o Direito do Trabalho na tentativa geral de igualar, na medida do possível, uma relação jurídica nitidamente desigual e, ao mesmo tempo, contribuir para a efetivação de um mínimo existencial.

Neste capítulo que se inicia o desafio é outro. Agora o objetivo é apresentar um conceito de Direito do Trabalho com a análise dos seus principais objetos, mas não só. Aqui também se pretende analisar alguns “instrumentos” utilizados por este ramo do Direito na incansável missão de regulamentar relações que mudam de forma tão intensa e em intervalos cada vez menores, o que coloca os seus intérpretes diante de missão igualmente desafiadora.

Portanto, mais uma vez, não se trata de uma análise histórica do Direito do Trabalho, mas uma análise propedêutica deste ramo do Direito, razão pela qual se pretende esclarecer ou mais precisamente apontar os referenciais teóricos que serão utilizados para se enfrentar o objeto da tese, qual seja, a subordinação jurídica.

Trata-se de um aceno à dogmática jurídica, mas sem deixar de lado a Filosofia do Direito.

E quando se fala em Filosofia do Direito, utiliza-se o posicionamento de Arthur Kaufmann, autor que defende que esta área do conhecimento visa “indagar aquilo que está por detrás dos problemas e pressupostos fundamentais das ciências dos sistemas”⁶⁹, destacando-se, todavia, conforme observado pelo próprio autor que “não se pode concluir que a filosofia se ocupe de coisas mais importantes do que as ciências dogmáticas particulares.”⁷⁰ Dizendo de outra maneira, antes de se tentar compreender o que seja subordinação jurídica a partir de uma nova dimensão, é

⁶⁹KAUFMANN, A. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 26.

⁷⁰KAUFMANN, 2002, p. 27.

imprescindível que se tenha pensado de maneira fundamentada sobre alguns instrumentos do Direito do Trabalho.

Trata-se de um exercício contínuo de análise de objeto a partir de referenciais teóricos previamente apresentados. De um lado um objeto, de outro a teoria.

Afinal, a própria compreensão do Direito, especialmente do Direito do Trabalho, admite uma enorme multiplicidade de abordagens, consistindo, assim, em uma ordem social eminentemente complexa, tendo em vista tanto a centralidade das relações de trabalho na sociedade quanto as possíveis óticas de análises – históricas, antropológicas, políticas, legislativas, jurídicas dentre outras.

Assim se procede justamente para não se reincidir no debatido e bastante usual erro da compartimentalização, da hiperespecialização e do isolamento dos saberes apontado por Edgar Morin ao defender que se vive “numa época de saberes compartimentados e isolados uns dos outros.”⁷¹ Risco com consequências ainda mais graves quando se analisa relações de trabalho, as quais são objetos de estudos jurídicos, sociológicos, filosóficos, econômicos, dentre outros, dada a centralidade do trabalho na sociedade.

Isso porque, independente do objeto ou da hipótese a ser analisada em alguma tese ou dissertação, acredita-se ser importante que sejam apresentados e analisados alguns conceitos como eficácia, validade jurídica, segurança jurídica, normas, regras, princípios, ordenamento e sistema, dentre outros.

Dizendo de maneira mais simples, para se analisar adequadamente o que seja subordinação jurídica, é imprescindível se apresentar o modelo de interpretação a ser utilizado pelo aplicador do Direito. Trata-se, portanto, de etapa propedêutica.

No entanto, como estamos diante de uma tese em Direito do Trabalho, a proposta é que esses conceitos sejam analisados justamente a partir deste ramo do Direito, fazendo-se necessário ainda que se analisem alguns princípios específicos do Direito do Trabalho.

⁷¹MORIN, E. Educação e Complexidade: os sete saberes e outros ensaios. In: ALMEIDA, M. da C. de; CARVALHO, E. de A. (org.). **Educação e Complexidade**: os sete saberes e outros ensaios São Paulo: Cortez, 2002. p. 30.

Em termos mais diretos, este capítulo que se inicia enfrenta alguns importantes questionamentos tais quais como se deve interpretar o Direito do Trabalho e qual a relevância da moral do aplicador do Direito nesse processo interpretativo? A partir de quais objetos ele se materializa? Quais seus principais princípios? Dentre outros relevantes questionamentos.

Contudo, pode-se afirmar que esta etapa do trabalho possui o objetivo primordial de identificar para onde o Direito do Trabalho está caminhando ou mesmo se este caminhar, ora para um lado ora para o outro, faz parte desse importante ramo do Direito.

3.1 O Direito e do Direito do Trabalho: por um positivismo inclusivo adequado

O Direito, independente, de sua forma ou ótica de análise, materializa-se e se efetiva a partir da linguagem – seja escrita, falada ou até mesmo a partir de sons em determinadas situações – o que ocorre por meio de um processo de análise de diversos níveis de linguagem.

Analisa-se, em tese, inicialmente um texto constitucional ou internacional, como a Constituição Federal Brasileira de 1988 ao estabelecer no artigo 7º, XXIII o adicional para atividades perigosas; posteriormente um texto de uma legislação infraconstitucional, como a Consolidação das Leis do Trabalho ao estabelecer em seu artigo 193 o adicional de periculosidade de 30% sobre o salário; posteriormente uma norma de natureza administrativa como a Norma Regulamentadora nº 16 que dispõe sobre as atividades e operações perigosas. Tudo para que esse “direito trabalhista” seja efetivado no caso concreto por meio de um Auto de Infração ou de uma decisão judicial ou mesmo através de um cumprimento voluntário que pressupõe justamente a conformidade de uma conduta com o Direito, sendo este um dos seus principais objetivos: regular condutas interpessoais.

Ou seja, em todos esses passos para a efetivação do Direito, haverá comunicação. Mas não só comunicação. Haverá interpretação e, conseqüentemente, atividade interpretativa de um indivíduo.

Portanto, é impensável conceber o Direito sem a linguagem por se tratar de uma ordem social eminentemente linguística, de modo que qualquer investigação atinente ao Direito e ao Direito do Trabalho deva perpassar, necessariamente, pela análise de sua linguagem e respectivas peculiaridades desta linguagem.

Dessa forma, a dita realidade será composta por eventos que se passam no mundo real, sendo tais eventos revelados, falados e apreendidos por meio de linguagem para, a partir daí, constituírem fatos. Este é pressuposto básico da filosofia da linguagem, usualmente conhecida como “giro-linguístico” ou filosofia analítica, por meio da qual se defende que a linguagem deixou de ser apenas um instrumento de conhecimento para se tornar uma condição para o conhecimento.

Ou seja, o Direito se constrói e reconstrói por meio de um incessante processo comunicativo.

Nestas linhas, posiciona-se Aurora Tomazini de Carvalho ao defender que:

Não existe mais um mundo em si, independente da linguagem, que seja copiado por ela, nem uma essência nas coisas para ser descoberta. Só temos o mundo e as coisas na linguagem; nunca em si. Assim, não há uma correspondência entre linguagem e objeto, pois este é criado por ela. A linguagem, nesta concepção, passa a ser pressuposto por excelência do conhecimento.⁷²

A linguagem deve ser compreendida como meio de comunicação, ou seja, manifestação capaz de transmitir determinada informação dotada de sentido a determinado destinatário. Assim, não há outro modo de se apreender a realidade senão por meio de linguagem. Será por meio da linguagem, por exemplo, materializada em uma sentença judicial que se reconhecerá ou não a existência de uma relação de emprego e, conseqüentemente, de subordinação jurídica.

Em verdade, a apreensão da realidade pode até ocorrer a partir de outras formas que não a linguagem, mas para o Direito não. Não haverá Direito sem linguagem ou mesmo sem comunicação, seja para a Ciência do Direito seja para o Sistema do Direito.

⁷²CARVALHO, A. T. de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014. p. 34.

Desta forma, o conhecimento científico vai se expressar por meio de linguagem e conseqüentemente por meio de signos.

Em decorrência da possibilidade múltiplas compreensões, haverá uma impossibilidade de compreensão do texto em sua dimensão estritamente material, o que evidencia um verdadeiro pressuposto do pós-positivismo tratado a frente.

Portanto, o Direito, assim como a Ciência do Direito, será materializado por meio da linguagem, que no primeiro caso será uma linguagem prescritiva – na tentativa de determinar condutas – e no segundo descritiva – na tentativa de descrever um objeto. No caso do Direito, essa comunicação acontecerá basicamente por meio de normas, que podem ser consideradas como seus elementos fundamentais, tendentes a induzir condutas intersubjetivas.

Serão as normas os núcleos comunicacionais do Direito. Tanto que Bobbio sustenta que para se alcançar um conceito adequado de Direito deve-se partir da conceituação de norma jurídica, enquanto seu elemento central.⁷³ Para se conhecer melhor o Direito Tributário deve-se analisar a norma tributária, assim como para se conhecer adequadamente o Direito do Trabalho deve-se analisar melhor justamente a norma trabalhista com suas peculiaridades.

Faz-se tal distinção, pois é importante ter em mente que a Ciência do Direito tem como principal objetivo a análise do sistema de Direito posto, descrevendo-o, derivando justamente daí a diferenciação das respectivas linguagens, uma prescritiva e outra descritiva. Dizendo de maneira mais simples, este trabalho se insere na Ciência do Direito, pois tem como finalidade a descrição e análise do instituto da subordinação jurídica a partir de uma possível nova morfologia.

O que se afirma aqui é de fundamental importância para o desenvolvimento do trabalho, pois defender-se-á um significativo inter-relacionamento entre Direito e moral. Relacionamento, inclusive, que muitas vezes até inverte uma suposta ordem das coisas, em especial no Direito do Trabalho. Afinal, não são poucos os exemplos de “direitos trabalhistas” que passaram a ser “legitimados” ou validados após a sua positivação, o que muito se aproxima da famosa fórmula de Radbruch, um dos

⁷³BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 32.

principais influenciadores das Teoria de Robert Alexy e Ronald Dworkin, ao defender que:

[1] O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido desta forma: o direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, prevalece até quando seu conteúdo é injusto e inconveniente a menos que o conflito entre a lei positiva e a justiça atinja tal grau de intolerabilidade que a lei positiva, como “direito viciado, deve ceder a justiça. E impossível traçar uma linha precisa entre os casos de antidireito legal e leis que são válidas apesar de suas falhas. [2] Uma outra demarcação, no entanto, pode ser feita com total nitidez: quando a justiça não é sequer almejada; quando a igualdade – o cerne da justiça – é conscientemente negada pela positivação da lei, esta lei não é meramente uma “lei viciada”: falta-lhe completamente a natureza de Direito; pois não se pode definir o direito, incluindo o direito positivo, de outra forma senão como uma ordem e uma instituição cujo próprio sentido seja servir a justiça.⁷⁴

Essa ponderação ainda se reforça a partir do momento em que se afirma ser o Direito um produto cultural eminentemente linguístico, pois o papel do intérprete se mostra de fundamental importância, abrindo espaço para a relevância da moral na compreensão do Direito.

Neste cenário, o pós-positivismo – pregando pela íntima relação entre o Direito e moral diante do relevante papel da interpretação construtiva do Direito, unindo os valores sociais e morais dos intérpretes, e considerando o Direito não só como um conjunto de regras – proporá um Direito permeado também por princípios de justiça e equidade, o que muito se fortaleceu no âmbito internacional nos últimos cinquenta anos em virtude de relevantes cartas constitucionais com características programáticas e com significativas influências valorativas. Veja-se, com isso, ser plenamente possível a defesa de um Direito do Trabalho “inclusivo” através da defesa, por exemplo, de que as normas trabalhistas devam ser interpretadas de acordo com o princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

Neste sentido, a própria Constituição brasileira é importante exemplo, tendo uma forte característica axiológica ao se analisar, por exemplo, o seu preâmbulo – igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos –, e os objetivos da República Federativa do Brasil de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “promover o bem de todos, sem preconceitos

⁷⁴RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*. 2. ed. Heidelberg: Mueller, 2003. p. 7.

de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, dentre os diversos valores ou princípios existentes da Constituição.⁷⁵

Por sua vez, o positivismo exclusivo de Joseph Raz incorpora a tradicional dicotomia do positivismo clássico entre moral e Direito. Ele argumenta que é inviável considerar a moralidade como requisito para a legalidade e eficácia, sustentando que a moralidade não deve ser incorporada à regra de reconhecimento.

Segundo Raz, uma ordem social necessita inevitavelmente de autoridade, que consiste na primazia sobre o juízo individual, sendo que ao se admitir a moral como padrão da validade do Direito não se permite a existência de autoridade, o que evidencia um forte direcionamento do Direito à noção de segurança jurídica.

Basicamente, defende o autor que, em razão da pluralidade de juízos morais, não haveria condições propícias em sociedade para que se exercesse autoridade.⁷⁶ Argumento interessante e que merece ser analisado com bastante atenção. Segundo esse posicionamento, em uma sociedade com uma significativa pluralidade de juízos morais, não se pode condicionar o Sistema Jurídico à sua compatibilidade com tais juízos, sob pena de não se garantir condições mínimas de convívio social.

Não se discorda totalmente desta afirmação, no entanto, é possível que haja um certo consenso em relação a pontos importantes relacionados a determinadas áreas do Direito. Dizendo de outro modo, acredita-se ser possível construir um consenso em uma sociedade plural que o Direito Penal, por exemplo, terá em sua base a presunção de inocência, embora seja plenamente possível também que a existência dessa presunção seja passível de críticas. Seria possível, ao menos em tese, construir um consenso de que o Direito Tributário tenha como pilar fundamental o princípio da legalidade, ou que o Direito Processual tenha como estrutura central o contraditório e ampla defesa.

Justamente por isso, quando se fala de certa – significativa na verdade – aproximação entre a moralidade e o Direito, não se defende qualquer moralidade. Fala-se de moralidade vinculada àquela área do conhecimento jurídico. Seria uma

⁷⁵BRASIL, 1988.

⁷⁶COLEMAN, J. **Hart's postscript**: essays on the postscript to the Concept of Law. New York: Oxford University Press, 2001.

espécie de moldura, nos termos defendido por Ronald Dworkin. Mas uma moldura teoricamente decorrente também da moral e não apenas do texto normativo. Seria como se existissem certos consensos decorrentes tanto da moralidade da sociedade quanto de valores existentes e significativamente relevantes dentro do Ordenamento Jurídico.

A título de exemplo, não se imagina ser compatível com o Direito – do Trabalho inclusive – uma alteração legislativa ou mesmo qualquer juízo moral que sirva de influência em uma interpretação jurídica que atente contra o mínimo existencial. Tal posicionamento, independentemente de sua origem, seria incompatível com o próprio ordenamento jurídico.

Em sentido parecido, o positivismo inclusivo, proposto por Coleman, Matthew Kramer, Kenneth E. Himma dentre outros, argumenta que as observações de pós-positivistas não devem servir de motivação para abandonar ou modificar o positivismo, havendo plausibilidade no argumento da incorporação da moral ao Direito sem a necessidade de refutação ou de mudança de paradigmas.

Tanto é que em trecho interessante de sua famosa obra, Herbert Hart pontua que “não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito.”⁷⁷

Com isso, defende-se nesta tese a compatibilidade entre o positivismo inclusivo defendido por Coleman e o positivismo de Riccardo Guastini, para quem a “ciência jurídica não é sempre descritiva, na medida em que frequentemente a ciência jurídica não se limita a descrever normas preexistentes, mas formular novas normas”.⁷⁸

Tanto é que Humberto Ávila sustenta que a atividade do intérprete (tanto julgador quanto cientista) não se reduz a descrever o significado previamente existente dos dispositivos e sim em (re)construir esses significados, tendo em vista,

⁷⁷HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 202.

⁷⁸GUASTINI, R. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 286.

principalmente, a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos no âmbito do discurso e da linguagem.⁷⁹

Com isso, acredita-se ter Humberto Ávila endossado, em parte, a doutrina do positivismo inclusivo, afinal, não há como negar que a compreensão de um enunciado seja individualizada e influenciada pela moralidade do intérprete. Mas não só. Quando se fala em Direito do Trabalho, por exemplo, é crucial ter em mente que os contextos sociais e econômicos são fatores de influência significativos a ponto de grande parte da Doutrina trabalhista centrar atenções no que denomina de “fontes materiais” do Direito. O Direito do Trabalho de hoje é interpretado de maneira completamente diferente de 2015, por exemplo.

A norma jurídica, portanto, seria a significação que se obtém a partir da leitura dos enunciados prescritivos estabelecidos pelo sistema do Direito, consubstanciando-se em algo que se (re)produz na mente humana como resultado do processo interpretativo, podendo-se afirmar, assim, que a norma jurídica seja o juízo que a leitura do texto provoca na mente do receptor da mensagem.

No entanto, este trabalho, justamente centrando suas atenções no Direito do Trabalho, parte da observação conceitual de que cada ramo do Direito irá apresentar uma proximidade com alguns juízos de valor específicos.

Veja-se, neste sentido, o que se acredita ser uma das maiores peculiaridades do Direito do Trabalho. O princípio da norma mais favorável. O Direito, de modo geral, será estruturado tendo uma Constituição como o ápice do ordenamento jurídico, tendo todo o restante do sistema que se compatibilizar com as normas constitucionais, do que se denota ser necessária uma adequação e compatibilização do ordenamento infraconstitucional ao constitucional. Trata-se da famosa estrutura piramidal de Kelsen.

Não por outro motivo, se for criado ou aumentado um tributo sem lei que o estabeleça, conforme estipulado pelo artigo 150 da Constituição Federal, esse tributo será ilegal e, conseqüentemente, inconstitucional. No entanto, uma norma

⁷⁹AVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33-34.

infraconstitucional que vier a estabelecer condições melhores do que as previstas na Constituição não será invalidada em razão do princípio da primazia da norma mais favorável. É como se a estrutura piramidal do Direito do Trabalho tivesse no seu ápice o valor da melhoria das condições sociais de trabalho, independente de uma hierarquia normativa aplicável a outros ramos do Direito.

Ou seja, o Direito do Trabalho não será compatível com qualquer juízo de valor, até mesmo os eventualmente validados pela moralidade comum. Mas apenas os juízos de valores que tenham uma mínima proximidade com o próprio Direito do Trabalho.

Justamente por isso, é válido ter em mente que o Direito do Trabalho independente do conceito utilizado – subjetivo, objetivo ou misto – ou mesmo de suas diversas funções, tem o papel essencial de regulamentar interesses existentes em uma relação de emprego ou afins. Interesses vinculados à valorização do trabalho e o correspondente objetivo de melhoria das condições sociais de trabalho de um lado e interesses vinculados à valorização da iniciativa privada e a correspondente busca pelo pleno emprego de outro.

Com isso, o Direito do Trabalho, mesmo diante do seu caráter protetivo, será o instrumento utilizado pelo Estado para regulamentar esses grupos de interesses. O trabalho e a iniciativa privada, que embora possam parecer interesses conflitantes, não são valores incompatíveis entre si, destacando-se especialmente a técnica da ponderação.⁸⁰

Faz-se esta observação para que se deixe claro que as moralidades ou juízos de valores aptos a influenciarem a aplicação e interpretação do Direito do Trabalho

⁸⁰ Em sentido relativamente semelhante Eduardo Pragmácio em Tese de Doutorado bastante influenciada pela análise econômica do Direito (law and economics), acaba por defender uma teoria da empresa intermediária ou ponderada que leva em consideração tanto os valores da iniciativa privada quanto da valorização social do Trabalho. Segundo o autor, “caminha-se cada vez mais para se imputar uma responsabilidade social à empresa. A mesma empresa que gera riquezas também gera riscos. O poder empresarial precisa ser limitado (autolimitado ou por meio de legislação). Os mecanismos para se imputar responsabilidades devem seguir os rastros do poder e dos riscos empresariais. Uma teoria da empresa para o direito do trabalho brasileiro deve partir do diálogo entre a economia e o direito. Na empresa empregadora, todos aqueles que exercem mais de uma função de empregador devem ser responsabilizados.” (Pragmacio Filho, 2017, p. 141).

são justamente os que tenham certa compatibilidade com esses valores primordiais. Não se tratam, portanto, de quaisquer valores ou princípios.

No entanto, ainda é importante destacar que esse processo interpretativo de construção do Direito do Trabalho, de modo algum, pode ser defendido como alheio à sociedade ou ao seu contexto social. Por exemplo, não há como se dissociar o próprio surgimento do Direito do Trabalho ao cenário de opressão e exploração vivenciados pelos operários em determinado contexto histórico, valendo-se relembrar as palavras de ordem defendidas na Inglaterra do século XIX “*eight hours to work, eight hours to play, eight hours to sleep, eight shillings a day*” ou mesmo a pressão exercida pela Doutrina Social da Igreja Católica materializada com a *Rerum Novarum* de 1891, conforme bem pontuado por Luiz Otávio Linhares Renault.⁸¹

Veja, neste sentido, que no primeiro capítulo deste trabalho tivemos a oportunidade de analisar alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal nos quais o argumento do pleno emprego e da simplificação das relações de trabalho foi usado até mesmo para se afastar a proteção inerente ao Direito do Trabalho, materializando justamente uma técnica de ponderação. Interpretações que, muitas das vezes, decorrem de uma percepção do intérprete sobre o contexto social do momento. Daí ser possível destacar que diversos posicionamento do STF sobre a licitude de contratações diferentes das previstas na CLT decorrem de supostas alterações vivenciadas no mercado de trabalho nos últimos anos, o que evidencia o discurso da necessidade de adaptação do Direito.

As críticas libertárias, por exemplo, como tratado no primeiro capítulo, nitidamente possuem como fundamento a livre iniciativa, o pleno emprego e até a autonomia privada, ao passo que a própria noção protetiva do Direito do Trabalho tenha sido influenciada pelo objetivo de se garantir um mínimo existencial enquanto desdobramento ou exigência da dignidade da pessoa humana.

Inclusive, também é de se destacar que a criação da Organização Internacional do Trabalho possui significativa influência do que se compreende como dignidade da pessoa humana em sua defesa kantiana no sentido de que o indivíduo é um fim em si

⁸¹ RENAULT, L. O. L. **Antecedentes Históricos do Contrato de Trabalho**: o novo contrato a prazo. In: RENAULT, L. O. L.; DIAS, F. M.; VIANA, M. T. (coord.). São Paulo: LTr, 1998.p. 83.

mesmo. Tanto é que a OIT surge com a afirmação histórica de que o trabalho, assim como o trabalhador, não é mercadoria.

Justamente a partir dessa constatação de que o Direito do Trabalho será um verdadeiro instrumento de ponderação entre os interesses ou valores do trabalho de um lado e da iniciativa privada de outro, que é possível avançar que essa ponderação, em verdade, aproxima-se de uma noção de justiça, nos termos defendidos por Gustav Radbruch com o seu **axiologismo jurídico-cultural**, segundo qual o Direito passa a se fundar em uma essência objetiva de valores, que, em regra geral, é apresentado ou compatível com as Cartas Constitucionais.

Obviamente, a concepção do Direito a partir de uma significativa interrelação com valores é passível de muitas críticas, tendo em vista a necessária busca pela segurança jurídica inerente ao positivismo jurídico. No entanto, embora esse positivismo normativo já tenha enfrentado significativas críticas na segunda metade do século passado, destacando-se as críticas de Hart, Dworkin e Alexy, sua incompatibilidade ainda é mais aparente com o Direito do Trabalho.

Tanto que um dos pilares do positivismo normativo é de que as normas, conforme bem observado por Lênio Luiz Streck⁸², seriam produto estatal, partindo do pressuposto de que a produção normativa derivaria exclusivamente de um procedimento legislativo estatal. A questão que se apresenta, contudo, é que, há muito, não se interpreta as normas derivadas da negociação coletiva como fontes estatais.⁸³ Afinal, são fontes formais autônomas do Direito do Trabalho, uma vez que são elaboradas pelos próprios destinatários e sem a intervenção estatal, embora

⁸² STRECK, L. L. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 509.

⁸³ A respeito da negociação coletiva VER a defesa de Felipe Mendes no sentido de que “para a consagração, na seara constitucional, da umbilical conexão existente entre liberdade sindical e negociação coletiva, propõe-se a previsão, no texto constitucional, de que a negociação coletiva é direito fundamental e constitui o processo prioritário para a definição das condições de trabalho”. (Mendes, 2022, p. 196). A respeito do assunto, é importante notar a defesa de Mendes (2022) no sentido de que a negociação coletiva constitui o “processo prioritário” de definição das condições de trabalho no Direito do Trabalho, o que consiste em uma forte constatação de que um dos pilares do positivismo normativo kelseniano, há minimamente, que adequar-se a este ramo do Direito. Adequação significativa inclusive, pois não se vê no argumento de que essa negociação fora “autorizada” por uma norma estatal um fundamento robusto para a crítica. Isso sem se falar que a própria adequação setorial negociada é uma evidente forma de aproximação do Direito aos valores sociais daquela coletividade. Dizendo de outra maneira, ao menos em tese é perfeitamente possível que a interrelação entre moral e negociação coletiva seja até mais intensa do que a influência em relação ao Direito “estatal”.

passível de cobrança ou aplicação por parte do Estado, assemelhando-se um pouco a uma noção contratual, mas dela se distanciando em razão de sua abrangência subjetiva.

A situação ainda se agrava quando se analisa a questão da prevalência de Convenções e Acordos Coletivos em relação à legislação estatal independente do princípio da norma mais benéfica, conforme estabelecido expressamente no Artigo 611-A da CLT, que estabelece que “a convenção e o acordo coletivo e trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre”⁸⁴, o que representa mais uma peculiaridade do Direito do Trabalho que contraria a própria noção de hierarquia normativa do positivismo jurídico, conforme já destacado acima. Ou seja, para além da norma mais favorável, o “novo” postulado é que as “normas” pactuadas tenham maior relevância do que as normas legisladas.

Este posicionamento ainda se aproxima, em certa medida, da questão da resposta certa – *right answer* – de Ronald Dworkin, autor que construiu uma teoria do Direito como contraponto ao positivismo jurídico, em especial contra a questão da discricionariedade, baseando-se em dois fatores centrais: em primeiro lugar, os magistrados não poderiam simplesmente escolher discricionariamente a resposta ao caso concreto no qual não haja norma ou ela seja vaga, precisando embasar-se em algo ou ter algo como guia, o que de certa forma até se aproxima à lógica positivista; em segundo lugar, o autor defendia que os princípios morais seriam guias adequados para uma teoria do Direito efetivadora de direitos fundamentais.

Portanto, Ronald Dworkin estabelece os critérios a serem utilizados pelo juízo de acordo com sua interpretação e delimita que a única discricionariedade prejudicial ao Direito seja a referente às situações nas quais não existam critérios para a decisão e o juízo esteja autorizado a aplicar qualquer critério, sendo justamente esta a discricionariedade preocupante (decisionismo judicial).

Com isso, como contraponto à discricionariedade exposta, a resposta correta defendida pelo autor consiste na alegação de que para cada caso levado ao Poder

⁸⁴BRASIL, 2017a.

Judiciário, especialmente nos casos difíceis (*hard cases*), haveria uma única resposta correta, construída em um cenário jurídico permeado por regras e princípios.⁸⁵

Contudo, por incrível que pareça, essa tese não pressupõe a existência de uma única resposta correta para todos os casos jurídicos, mas parte de uma concepção do Direito como conjunto de regras e princípios com efeitos normativos que não confere ao magistrado a possibilidade de um juízo discricionário, até limitando, em certa medida, o papel interpretativo do aplicador do Direito.

Eis a precisa observação de Dworkin acerca da busca pela decisão judicial correta:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o case de uma maneira ou de outra. [...] Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim, como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos.⁸⁶

Dessa forma, a construção argumentativa a favor da resposta correta pode ser interpretada como uma série de etapas, na qual a primeira é a constatação de que o ordenamento jurídico não é formado apenas por regras – aplicáveis à maneira do “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*) – acrescentando os princípios enquanto standards normativos distintos das regras e que influenciam todo o sistema.

Assim, os princípios jurídicos não apresentariam as consequências jurídicas decorrentes de sua aplicação ou de seu descumprimento como no caso das regras.

Para tornar mais claro seu ponto de vista, Dworkin construiu a famosa distinção entre regras e princípios, segundo a qual regras seriam padrões diretos, de aplicação clara, que geralmente determinam a decisão judicial, enquanto princípios seriam

⁸⁵DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Coleção Direito e Justiça, p. 127.

⁸⁶DWORKIN, 2002, p. 127-128.

padrões mais abertos, que não determinam, mas apenas guiam a decisão, possuindo uma dimensão de peso.

No entanto, embora a teoria da resposta correta seja inegavelmente um marco na teoria do direito e tenha muito a acrescentar a este trabalho, acredita-se que as alterações propostas por Lênio Streck, a partir Crítica Hermenêutica do Direito, sejam mais compatíveis com a análise empírica.

Isso porque, entende-se como mais razoável, e ainda compatível com uma noção de interpretação na qual o intérprete tenha relevância maior – de construir e (re)construir significados – a proposta defendida por Streck ao sustentar que “a resposta não é nem única e nem a melhor: simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria constituição”.⁸⁷

Portanto, o centro da questão estará justamente na centralidade da Constituição, a fonte irradiadora de regras e princípios, mas também dos valores que serão apresentados às respectivas áreas do Direito. Dizendo de maneira mais simples, os valores fundamentais do Direito do Trabalho serão apresentados justamente pela Constituição Federal. Não por outra razão, ao se afirmar que este ramo do Direito irá regulamentar, a partir de uma verdadeira técnica de ponderação de valores, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, faz-se tal afirmação socorrendo-se do artigo 1º, IV da Constituição brasileira.

E não há que se falar em contradição ao se argumentar que o Direito do Trabalho regulamenta interesses opostos. É inerente a qualquer ramo do Direito a regulamentação de interesses e valores aparentemente opostos ou contraditórios. O Direito Penal, por exemplo, irá regulamentar o interesse punitivo do Estado de um lado e a presunção de inocência ou o próprio direito de liberdade de outro. O Direito Tributário irá regulamentar o interesse de arrecadar recursos do Estado e o interesse do contribuinte de outro. O Direito Ambiental irá regulamentar a necessidade de proteção e preservação ambiental de um lado e a livre iniciativa de outro. O Direito, de modo geral, nascerá sempre a partir de uma ponderação de valores e princípios.

⁸⁷STRECK, 2014, p. 400.

É uma espécie de “valsa”, conforme defendido por Laura Carvalho no livro “Valsa Brasileira: do boom ao caos econômico” no qual a autora utiliza essa metáfora para indicar as significativas mudanças de direção na economia brasileira. Passos para um lado, passo para outro. Passos para frente, outrora passos para traz.

Inclusive, decorre justamente dessa característica a possibilidade de mudança e adaptabilidade dessa instituição social, destacando-se, ainda que o próprio Direito assume por diversas vezes papel contra majoritário no sentido de “impor” a sociedade determinados valores ainda não amplamente validados por ela.

Tanto é que Ricardo Freitas Guimarães, ao defender o **pós-positivismo** como terceira via entre positivismo e jusnaturalismo, sustenta que:

Os fundamentos do paradigma pós-positivista passam por três pontos fundamentais: (a) a diferença entre texto e norma; (b) a interpretação do direito deixa de ser ato revelador da vontade da lei ou do legislador; (c) a sentença deixa de ser processo silogístico, ou seja, as questões jurídicas não podem mais ser aplicadas por subsunção.⁸⁸

Tais pressupostos compatibilizam-se justamente com que fora afirmado até então neste trabalho. Inicialmente de que norma jurídica seria o resultado de um processo interpretativo e que este processo exige um papel proativo do intérprete, o que se materializará justamente a partir de uma (re)construção normativa ou do Direito no caso concreto.

Apresentadas estas posições, cabe por fim, destacar que a concepção de Direito aqui defendida vai ter significativa influência no próprio conceito de Direito do Trabalho, destacando-se, nesta oportunidade, a existência de três correntes conceituais: corrente subjetiva; corrente objetiva; e corrente mista.

Enquanto a corrente subjetiva defende um conceito de que o Direito do Trabalho será o “conjunto de leis que consideram individualmente o empregado e o empregador unidos numa relação contratual [...] [consistindo em um] sistema jurídico de proteção ao economicamente fraco na relação jurídica”⁸⁹, a corrente objetiva centra

⁸⁸ GUIMARÃES, R. F. **A possibilidade de aplicação no Direito do Trabalho do princípio constitucional da proporcionalidade para efetivação dos direitos fundamentais**. 2014. 257 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 37.

⁸⁹ CESARINO JÚNIOR, A. F. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980. p. 52-54.

suas atenções justamente na questão da prestação do trabalho subordinado. Segundo esta segunda corrente, o Direito do Trabalho será o “corpo de princípios e normas jurídicas que ordenam a prestação de trabalho subordinado ou a este equivalente, bem como as relações e os riscos que dela se originam”.⁹⁰

Já o conceito misto, defendido por Martins Catharino, defende que o Direito do Trabalho será “o conjunto de princípios e normas que regulam, principalmente, as relações imediata ou mediatamente ligadas ao trabalho remunerado, livre, privado e subordinado, e, ainda, aspectos relativos à existência dos que o executam”⁹¹.

Inclusive a respeito dessa natureza regulamentar do Direito do Trabalho, acredita-se ser precisa a ponderação de Cesarino Junior no sentido de que “o fim imediato das leis sociais é a proteção aos fracos – concordamos. Mas não é o único. Por intermédio dessa proteção o que o Estado realmente visa é assegurar a paz social, o interesse geral, o bem comum”.⁹² Ou seja, ao mesmo tempo em que tutela os interesses da pessoa do trabalhador, o Direito do Trabalho legitima e dá funcionalidade ao sistema capitalista de produção.

Embora tais conceitos tenham como estratégia focar em determinados aspectos do Direito do Trabalho, é salutar destacar a possibilidade de atribuir maior abrangência ao conceito.⁹³

No entanto, é possível construir uma noção de Direito do Trabalho como o ramo do Direito destinado a regulamentar, primordialmente, o trabalho subordinado e afins, assegurando direitos e deveres aos sujeitos dessas relações jurídicas, tendendo a efetivar uma noção de mínimo existencial a partir de normas protetivas que visam, em

⁹⁰ DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 41.

⁹¹ CATHARINO, J. M. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1981. 1. v. p. 49.

⁹² CESARINO JÚNIOR, A. F. **Direito social brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957. 1. v. p. 38.

⁹³ Vólia Bomfim Cassar traz um abrangente conceito no sentido de que o “Direito do Trabalho é um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados. (Cassar, 2017, p. 5).

grande medida, equalizar uma relação juridicamente usualmente desigual sem desconsiderar, contudo, os interesses dos empregadores.

No entanto, conforme sustentado até aqui, é primordial ter uma noção de Direito do Trabalho como o ramo do direito que regulamentará os interesses e valores existentes nas relações jurídicas com trabalho subordinado e afins.

Firmadas tais premissas, passa-se para a análise da norma trabalhista, enquanto objeto máximo desse ramo do Direito.

3.2 A norma trabalhista

Conforme já destacado acima, o Direito do Trabalho possui peculiaridades que exigem da Teoria Positivista Normativa, no mínimo, certas adaptações, ao passo que a concepção Pós-Positivista já abordada possui significativa aderência a este ramo do Direito.

No entanto, mesmo diante das peculiaridades, não há como se negar que o Direito do Trabalho será materializado a partir de normas, aqui compreendidas como regras e princípios decorrentes de um processo interpretativo e que tais normas não são unicamente oriundas de um processo legislativo estatal.

Daí ser importante fazer a observação inicial de que o Ordenamento ou Sistema jurídico Trabalhista pode ser assim conceituado como uma parte de um Ordenamento ou Sistema Jurídico mais amplo, que é o Direito. Por sua vez, a noção geral de sistema será muito bem delimitada por Paulo de Barros Carvalho ao afirmar que “o sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum.”⁹⁴

Portanto, quando se fala de um Sistema Jurídico Trabalhista ou juslaboral, fala-se de um micro ordenamento ou sistema cujos elementos possuem ou uma vinculação entre si ou mesmo características semelhantes.

Para o autor, embora vinculando-se inicialmente a uma interpretação que se pode dizer bastante positivista, a validade de uma norma estaria umbilicalmente

⁹⁴CARVALHO, P. de B. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 441.

relacionada à sua “*pertinenciabilidade*” ao sistema do direito e, portanto, só seria válida se positivada por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para este fim.⁹⁵

Nota-se que este conceito inicial validaria até mesmo as negociações coletivas que, embora firmadas entre “particulares”, teriam sido positivadas por meio de um procedimento previamente estabelecido ou autorizado. No entanto, a questão do próprio regulamento de empresa enquanto fonte material do Direito do Trabalho forneceria relevante crítica a tal teoria. Afinal, o Regulamento de Empresa, mesmo sendo produto do próprio poder empregatício, tem condições de “ganhar” natureza normativa ou contratual em determinadas situações.

Com isso, não há objeção à afirmação de que um sistema seja todo o conjunto de dois ou mais elementos inter-relacionados por um fator unificador que lhe atribua unidade e coerência, sendo que as unidades básicas que compõem o Sistema do Direito positivo serão as normas jurídicas.

Daí Tércio Sampaio Ferraz Jr. tratar das expressões ordenamento e sistema jurídico como sinônimas, defendendo que “um ordenamento além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não-normativos, é também uma estrutura. Isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos.”⁹⁶

Já para Karl Larenz, as normas jurídicas “não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão multímoda umas com as outras”⁹⁷, o que evidencia uma inter-relação, atribuindo característica sistêmica ao ordenamento jurídico, característica esta que deve, inclusive, ser considerada no processo interpretativo do Direito. Não é por outra razão que o autor defende ser um desafio da jurisprudência científica a exposição e compreensão do modo ordenado de como se dá o Direito, o que se coaduna com as distinções entre Direito e Ciência do Direito apresentadas neste trabalho.⁹⁸

⁹⁵ CARVALHO, 2009, p. 442.

⁹⁶ FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1995. p. 175.

⁹⁷ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 621.

⁹⁸ A respeito de Larenz, Freitas Guimarães é preciso ao pontuar que a noção de sistema do autor alemão fez que com fosse essencial tratar do assunto lacuna. Tanto que Guimarães defende que

A título de exemplo, Larenz⁹⁹, comparando a Constituição de Weimar com a Lei Fundamental, indicou que a Constituição De Weimar elevou a vinculação social da propriedade a princípio jurídico, fundamentando em interpretação dada ao direito em questão para legitimar a mitigação da propriedade privada em decorrência de interesses coletivos.

Todavia, é com Claus Canaris que a noção de sistema ganha um aspecto valorativo, aproximando-se com o tratado até então neste trabalho, pois sua noção de norma ultrapassa uma lógica meramente formal, pois, mesmo reconhecendo a plausibilidade da noção de sistema como ordenação e unidade, o autor vai além e defende a exigência de uma ordem justa pautada no postulado da justiça e da igualdade. Assim, defende o autor que “uma eventual adequação lógico-formal das normas jurídicas singulares não implica unidade de sentido especificamente jurídica de um ordenamento.”¹⁰⁰

Para Canaris, será a unidade e não a completude o elemento essencial para a conceituação de sistema, sendo justamente por meio de uma adequação valorativa e racional, que se atribuirá caráter sistêmico ao Direito, ultrapassando, assim, a mera lógica formal.

Assim, a unidade, enquanto característica da noção de sistema, almeja que o sistema tenha ordem e não se disperse em valores singulares e desconexos, para garantir efetividade. Essa defesa é compatível justamente com a noção de Direito do Trabalho como fator de regulamentação e ponderação de valores historicamente opostos, mas passíveis de coesão. Ou seja, a noção de sistema apresentada por Canaris está vinculada a valores existentes nesse mesmo sistema.

Em sentido semelhante, posiciona-se Riccardo Guastini, para quem a validade – de regras ou princípios – pode ser compreendida tanto em sentido forte, enquanto

“Larenz propõe um método para resolver o problema das lacunas, apresentando três casos com instrumentos para preenchê-las. No primeiro, a lacuna é “patente” e pode ser colmatada por analogia; no segundo, a lacuna é “oculta” e deve ser integrada por meio de uma redução teleológica; no terceiro, que é uma extensão do segundo, a lacuna pode ser coberta por meio de uma extensão teleológica (Guimarães, 2014).

⁹⁹ LARENZ, K. **Tratado de derecho civil alemán; derecho civil; parte general**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 79.

¹⁰⁰ CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 31.

“pertinência” a um sistema jurídico, quanto em sentido fraco, que dirá respeito à simples existência da norma, o que esclarece a sua questão valorativa.

Para o autor italiano, a validade formal seria a ausência de vícios formais enquanto a validade material seria a ausência de vícios materiais, ou seja, a compatibilidade com normas superiores na hierarquia das fontes, mas não. Compatibilidade com os valores “superiores” também seria uma exigência sistêmica sob pena de afronta ao requisito da **pertenciabilidade**. Seria o caso, por exemplo, de uma convenção coletiva que, mesmo observando todas as formalidades e limitações legais, atentasse contra o mínimo existencial dos trabalhadores a ela vinculados.

Por outro lado, a vigência seria “uma propriedade das regras jurídicas que estão prontas para propagar efeitos, tão logo aconteçam no mundo fático, os eventos que elas descrevem”¹⁰¹, admitindo-se, no entanto, que uma determinada norma tenha vigência, mas não possua eficácia, seja jurídica técnica ou social.

Assim, a eficácia jurídica estará presente quando houver a instalação da relação jurídica após a ocorrência do fato jurídico (evento vertido em linguagem competente e de acordo com a teoria das provas). Em outros termos, pondera Carvalho que “a eficácia jurídica é a propriedade de que está investido o fato jurídico de provocar a irradiação dos efeitos que lhe são próprios, ou seja, a relação de causalidade jurídica.”¹⁰²

Essa questão ainda se torna mais sensível para o Direito do Trabalho diante das inúmeras e incessantes alterações legislativas ocorridas nos últimos anos.

Outra modalidade relevante de eficácia é a técnica, compreendida como a possibilidade das normas jurídicas de irradiar efeitos. Assim, a ineficácia técnica ocorreria quando a norma, em razão de dificuldades de ordem material, por exemplo, não admitisse a incidência jurídica.

Há, ainda, a relevante eficácia social ou efetividade, que está intimamente relacionada aos padrões de acatamento com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada.

¹⁰¹CARVALHO, 2009, p. 443.

¹⁰²CARVALHO, 2009, p. 452.

A Reforma Trabalhista é grande exemplo de norma que, mesmo diante de significativas e contundentes críticas, teve ampla efetividade, sendo, atualmente, poucas as vozes políticas e jurídicas que defendem a sua revogação, embora haja posicionamentos no sentido de se alterar determinados pontos.

Com isso, evidencia-se a importância das normas jurídicas enquanto unidades fundamentais do sistema do direito.

Por fim, outra relevantíssima diferenciação – embora já abordada neste trabalho – a ser tratada nesta etapa, porém de extrema importância, diz respeito à diferenciação entre regras e princípios. A este respeito, socorre-se dos didáticos ensinamentos de Riccardo Guastini, autor que defende serem os princípios jurídicos, ao lado das regras, gênero de normas jurídicas, mesmo reconhecendo a dificuldade de classificação da norma enquanto regra ou princípio.

Para Guastini, os princípios poderão ser identificados por meio de três características principais: (i) enquanto fundamento de outras normas; (ii) sob a ótica linguística, pela indeterminação do significado dos seus enunciados seja pela ausência de exatidão do campo de aplicação, seja pela previsão de um conteúdo teleológico ou programático; e (iii) a partir de sua generalidade.

Justamente partindo da conceituação de norma de Guastini, George Aboud, em dissertação de mestrado, é preciso ao ponderar que:

Desse modo, pode se asseverar que diante de um acesso hermenêutico ao direito não se pode mais confundir texto normativo com norma. O texto normativo é o programa de norma, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto), sua constituição é ante casum e sua existência é abstrata. A norma, por sua vez, é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo. A norma somente existe diante da problematização de um caso concreto, seja real ou fictício. A norma não está contida na lei. Somente após a interpretação a norma é produzida, a norma é realizada na linguagem, diante da problematização, quando é contraposta aos fatos jurídicos e à controvérsia judicial que pretende solucionar.¹⁰³

Dessa forma, é inegável a relevância dos estudos de Robert Alexy para a contemporânea compreensão de princípios jurídicos, pois, segundo o autor, a

¹⁰³ ABOUD, G. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante**: alcance e limites dos efeitos vinculantes e *erga omnes* na jurisdição constitucional. 2009. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 26.

principal distinção entre regras e princípios dirá respeito às suas estruturas lógicas, uma vez que, enquanto as regras seriam mandamentos de definição, os princípios seriam mandamentos de otimização.¹⁰⁴

Em outros termos, os princípios seriam normas ótimas, sendo a ponderação um instrumento necessário para a sua utilização, ao passo que as regras seriam normas definitivas com ou sem aplicação perante o sistema do direito.

A partir desta constatação, Alexy defende que os conflitos entre princípios devem ser resolvidos por meio de ponderação, o que evidencia a aproximação de sua doutrina com um constitucionalismo moderado, haja vista que a ponderação proposta pressuponha a análise das circunstâncias que envolvam tais conflitos.

Com isso, defende-se certa convergência dos argumentos de Alexy com os de Guastini, principalmente ao se considerar as três características apontadas por este autor a respeito dos princípios – fundamento de validade de outras normas, indeterminação dos enunciados e generalidade.

Tudo isto, pois, ao se considerar que tanto as regras quanto os princípios jurídicos estabelecem mandamentos, mesmo com naturezas distintas, será possível buscar uma lógica interpretativa sistêmica ao ordenamento.

Dessa forma, fica estabelecida como premissa a ser utilizada na avaliação dos objetos da presente pesquisa que a noção de sistema de Direito aqui defendida é de um conjunto de normas – regras e princípios – dotadas de unidade e coerência, havendo a necessidade da interpretação ser norteadada por uma valoração racional pautada no postulado da justiça, nos termos defendidos por Canaris e que esses postulados ou valores não de possuir certa aproximação com o ramo do Direito em questão, sendo a valorização do trabalho e a da livre iniciativa exemplos de valores ou postulados que devam ser levados em consideração nos respectivos procedimentos interpretativos no Direito do Trabalho.

Por conta disso, é firmada, também, como premissa do trabalho a noção de validade no seu sentido forte e/ou material, de modo que será considerada como

¹⁰⁴ ALEXY, R. **El concepto y validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 166.

válida a norma que pertencer a um sistema jurídico e estiver em consonância com esses valores ou postulados centrais do Direito do Trabalho.

3.3 O Direito do Trabalho como mecanismo de ponderação de valores

Se em determinado momento histórico tenha sido possível sustentar que a única finalidade do Direito do Trabalho era tutelar os direitos e interesses dos trabalhadores, não se pode mais fazer tal afirmação com tamanha tranquilidade ou certeza. Seria minimamente ingênuo defender que no Sistema Juslaboral brasileiro não haja espaço para valores da iniciativa privada, da autonomia da vontade ou mesmo da necessidade de “simplificação” das relações de trabalho.

Veja-se, neste sentido, que o Direito do Trabalho que, em 2013 com a Emenda Constitucional nº 72 e em 2015 com a Lei Complementar nº 150, deu um passo significativo na proteção e regulamentação dos direitos das empregadas e empregados domésticos no Brasil, foi o mesmo Direito do Trabalho que passou por verdadeira reviravolta em 2017 com a Reforma Trabalhista, caminhando justamente no sentido oposto ao de “criação” de direitos trabalhistas.

De um lado, uma significativa alteração legislativa fortemente influenciada pelos valores sociais do trabalho, da melhoria das condições sociais, do combate à informalidade e até mesmo do trabalho análogo à de escravidão. De outro, também uma significativa alteração legislativa fortemente influenciada pelos valores sociais da livre iniciativa, do fortalecimento da autonomia privada e coletiva nas relações de trabalho, da desburocratização, dentre outros.

Diante dessa exposição, o questionamento que se enfrenta é o seguinte: esses valores aparentemente opostos se excluem mutuamente? Dizendo de maneira mais direta, em 2013 e 2015 o Direito do Trabalho não tinha a livre iniciativa como valor central? Em 2017, o Direito do Trabalho deixou de ter a valorização social do trabalho e da melhoria das condições sociais dos trabalhadores como valor central?

Ao se responder negativamente aos questionamentos apresentados, caminha-se para a noção de ponderação de valores, fazendo-se, no entanto, a observação de

que a ideia de ponderação de direitos ou princípios fundamentais foi historicamente construída a partir de análises jurisprudenciais.

O objetivo é apresentar a ideia de que o Direito do Trabalho é uma verdadeira materialização – explícita ou não – de valores relacionados a este ramo do Direito, o que tem se dado através também de alterações jurisprudenciais, mas principalmente através de alterações legislativas. A técnica da ponderação está para além da jurisprudência. Está no próprio processo legislativo, assim como também está no processo interpretativo. A ponderação estará presente em todo o processo de criação democrática do Direito.

Aqui é importante destacar que esta etapa da tese tem como principal referência a Tese de Doutorado de Ricardo Freitas Guimarães defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, autor para quem:

A aplicação do princípio da proporcionalidade possui um enorme grau de relevância na solução de matérias vinculadas às relações de trabalho, sobretudo pela natureza social destas, na medida em que houve uma mudança de eixo da proteção à propriedade para a proteção ao ser humano.¹⁰⁵

No entanto, o autor centrou suas atenções na proporcionalidade a partir de casos concretos, em especial, de casos analisados pela Jurisprudência tanto do TST quanto do STF. Isso porque, a própria noção de ponderação entre princípios pressupõe justamente a análise do caso concreto, valendo-se transcrever o detalhamento do autor paraense ao sustentar que:

O princípio da proporcionalidade, tal como hoje se apresenta no direito constitucional alemão, na concepção desenvolvida por sua doutrina, em íntima colaboração com a jurisprudência constitucional, desdobra-se em três aspectos, a saber: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade. No seu emprego, sempre se tem em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, dentre os quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a exigibilidade do meio quando este se mostra como “o mais suave” dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostre como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores

¹⁰⁵ GUIMARÃES, 2014, p. 249.

com o mínimo de desrespeito de outros que a eles se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do “mínimo” em que todos devem ser respeitados. Após essa apresentação resumida, por sua importância inigualável, passemos a tratar em separado e mais extensamente desse princípio.¹⁰⁶

Com isso, denota-se que a noção de proporcionalidade pressuponha três requisitos: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade. Valores ou pré-requisitos que efetivam uma espécie de relação custo-benefício entre princípios ou direitos fundamentais, assim como entre valores.

Tanto que Alexy explica os elementos da proporcionalidade destacando que as máximas da adequação e da necessidade visam otimizar as possibilidades fáticas para evitar custos. Por outro lado, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito dirá respeito à otimização das possibilidades jurídicas, baseada na lei da ponderação: quando há maior grau de não cumprimento ou restrição de um princípio, aumenta-se a importância do cumprimento do outro.¹⁰⁷

Isso, no entanto, só é possível através de uma prévia diferenciação entre regras e princípios, conforme destacado acima, bem como a partir de uma noção robusta de interpretação. Uma noção que preveja uma participação efetiva e construtiva do intérprete.

Feito isso, a questão inicial que se apresenta, a partir da ideia de ponderação, é que valores aparentemente opostos sejam passíveis de adequação ou de análise conjunta. Dizendo de maneira mais simples, das inúmeras conclusões trazidas pelo princípio da ponderação, a primeira delas é de que é plenamente possível construir “respostas” para casos concretos que levem em consideração valores distintos, sem que um implique em desconsideração do outro.

Veja-se, por exemplo, que Freitas Guimarães tratando da ponderação, aborda inúmeros casos cuja solução foi construída a partir da conjugação de valores aparentemente opostos como o caso da autorização de revista íntima (intimidade x

¹⁰⁶ GUIMARÃES, 2014, p. 88.

¹⁰⁷ ALEXY, R. **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 6-7.

propriedade privada); fiscalização de e-mails (privacidade e sigilo de correspondência x propriedade privada); limites da negociação coletiva, dentre outros.

Com isso, evidencia-se que a noção inicial de ponderação é que valores aparentemente opostos são passíveis de **conformação** ou adequação.

Todavia, a questão, quando aplicada ao Direito do Trabalho com o seu gigantesco desafio de regulamentar relações jurídicas constantemente submetidas a intensas mudanças e que mesclam interesses tão díspares, ganha contornos ainda mais especiais.

Isso porque, o que se percebe, principalmente a partir de 2017, quando este ramo do Direito, mesmo diante do seu inegável caráter protecionista, passou a enfrentar fortes críticas até mesmo nos seus princípios mais basilares, é que o Direito do Trabalho, assim como uma série de direitos, evolui por meio de um movimento pendular. De um lado os valores inerentes à propriedade e iniciativa privada, de outro os valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

Com isso, é essencial destacar, conforme defendido por Daniel Sarmento, que não haverá prevalência hierárquica tampouco axiológica entre normas constitucionais, a não ser do princípio da dignidade da pessoa humana sobre os demais. Segundo o autor, a ponderação de interesses se materializaria “na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico”.¹⁰⁸

Também é precisa a observação de André Araújo Molina, tratando do princípio da ponderação de valores, ao defender que:

Por serem princípios constitucionais, não há hierarquia entre eles quando vistos abstratamente. Em determinados casos concretos, um deles poderá ser mais privilegiado, enquanto, quando as condições se invertem, deverá a lógica se inverter também, balizada pelo princípio da proporcionalidade.¹⁰⁹

¹⁰⁸ SARMENTO, D. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 96.

¹⁰⁹ MOLINA, A. A. **Teoria dos Princípios Trabalhistas**: a inserção do Direito do Trabalho no Modelo Metodológico Pós-Positivista. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 90.

No entanto, quando se faz essa defesa não é no sentido de se criticar determinados movimentos vividos pelo Direito do Trabalho. O objetivo não é este. Trata-se apenas de uma observação de que o Direito do Trabalho, mesmo diante do seu inegável papel protetivo, conforme delimitado no primeiro capítulo do trabalho, será o instrumento escolhido pelo Estado para regulamentar as relações de trabalho e, conseqüentemente, os interesses a ela relacionados.

Tal posicionamento, acredita-se, decorre principalmente de uma interpretação apresentada pela Constituição Federal ao fixar fundamentos e objetivos fundamentais tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) entre outros.

Inclusive se defende que essa característica atribua certa adaptabilidade ao Direito do Trabalho, sendo bastante pontual a extensa análise feita por Molina em Dissertação de Mestrado no sentido de que essa “dualidade”, em verdade, decorre da própria dualidade existente no processo constituinte, socorrendo-se da defesa de Daniel Sarmiento de que:

Mas se, por um lado, a Constituição demonstra esta inclinação pelo social, por outro ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Neste sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de imprensa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. Estes valores são, contudo, temperados, pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, mediante a adoção de variadas fórmulas compromissórias. Portanto, se é verdade que o constituinte rejeitou a modelo econômico socialista, de economia planificada, com apropriação coletiva dos meios de produção, ele também não aderiu ao *laissez-faire*, preferindo um regime intermediário, mais consentâneo com as demandas da sociedade contemporânea, que aposta na força criativa e empreendedora da iniciativa privada, mas que não foge à responsabilidade de discipliná-la e corrigi-la, sempre que isto se faça necessário para promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social ¹¹⁰.

Não por outro motivo, compartilha-se das conclusões apresentadas por Molina em sua dissertação de mestrado, em especial: i) Que a Constituição de 1988 adotou

¹¹⁰ SARMENTO, D. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. *In*: LEITE, G. S. (coord.). **Dos Princípios Constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 216-217.

a fórmula política do Estado Democrático de Direito com a superação “dialética” dos modelos liberal e social, sem o prestígio ou prevalência irrestrita de um deles, cujos valores devem ser analisados a partir da ponderação; ii) que o modelo de interpretação, partindo da distinção entre regras e princípios, admite conflito de princípios e valores por meio da técnica da ponderação e dos testes da proporcionalidade; iii) que o princípio da irrenunciabilidade de direitos, assim como todos os princípios fundamentais, não será absoluto; e que iv) o Direito do Trabalho admite certa restrição proporcional de direitos, o que se materializa em certa medida através da negociação coletiva.¹¹¹

Portanto, esse direcionamento democrático e “dialético” não pode ser compreendido como uma característica apenas do Direito do Trabalho. Trata-se de um direcionamento ou uma característica do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Com isso, a defesa de um Direito do Trabalho enquanto mecanismo de regulação dos interesses e valores tanto do trabalho e da dignidade da pessoa humana de um lado, destinando-se à efetivação do mínimo existencial, quanto da propriedade e da livre iniciativa de outro, destinando-se ao alcance do pleno emprego, é plenamente compatível com um noção pós-positivista do Direito, tendo, ainda, esta dualidade aptidão para atribuir racionalidade, cientificidade e adaptabilidade ao Direito do Trabalho.

¹¹¹ MOLINA, 2010, p. 199.

4 A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA ENQUANTO ELEMENTO CENTRAL DO DIREITO DO TRABALHO

As relações de trabalho dos empregados que ocupam os cargos mais elevados nas hierarquias empresariais – altos empregados, diretores, gerentes, presidentes, *Chief Executive Officers (CEO)*, *Chief Financial Officers (CFO)*, dentre outros – configuram, atualmente, um dos assuntos mais controvertidos não só no Direito do Trabalho brasileiro, mas no mundo de modo geral, o que se evidencia com diversas iniciativas legislativas internacionais com o objetivo de regular tais relações. Cenário que ainda passa a ser mais acirrado quando se analisa as condições de trabalho e remuneratórias desses profissionais.

Em uma das pesquisas mais impactantes sobre o assunto, Junia Vogel Orbermann e Carmem Ligia Iochins Crisci¹¹² transcrevem alguns trechos de entrevistas realizadas com altos executivos que valem ser reproduzidas nesta oportunidade: “não me interessa, o problema é seu, quem ferrou com a empresa foi você, você resolva de algum jeito”; “todos são responsáveis, mas o executivo responde por toda a empresa. A responsabilidade é muito maior. Por isso ele ganha mais, por essa responsabilização”;

No entanto, uma das entrevistas realizadas pelas pesquisadoras teve uma resposta central que muito importa ao presente trabalho quando indagou o entrevistado sobre a “posição” exercida por determinado “executivo”: “ele é o dono da empresa, e não é. Tem que agir como se fosse o dono da empresa”. Resposta que demonstra a relevância social e até mesmo psicológica do assunto ora estudado: a subordinação jurídica entre altos empregados.

O que se percebe com essas falas é basicamente uma nova interpretação ou visão da regra do “*qui hablet commoda, ferre debel onera*” (quem tem as vantagens de uma coisa, deve suportar-lhe os ônus) a ponto de ser “justificável” que altas remunerações sejam a contrapartida necessária para que o empregado seja

¹¹² OLBERMANN, J. V.; GRISCI, C. L. I. Captura à Vida de Alto executivo: Dispositivos em Cenas Cotidianas. **Revista Polis e Psique**, Porto Alegre, p. 25-44, 2019.

diretamente responsabilizado pelo sucesso ou insucesso do empreendimento empresarial.

Neste sentido, é precisa a observação de Maurício Godinho Delgado de que tais empregados acabam por se identificar com os dois principais polos das relações de trabalho: empregadores e empregados. Para Delgado, estes profissionais “afirmam-se melhor no contexto socioeconômico circundante” e que “geralmente correspondem a estratos reduzidos da sociedade, porém detentores de razoável poder socioeconômico”.¹¹³

É este um desdobramento psicológico e sociológico com fortes repercussões para o Direito do Trabalho, que, por vezes, deixa de tutelar determinados trabalhadores em virtude da posição, em tese, privilegiada na estrutura organização das empresas.

O curioso, no entanto, é perceber que sempre houve significativa interrelação entre alteridade e subordinação jurídica como se uma fosse o fundamento da outra. Daí a precisa observação de Otávio Pinto e Silva no sentido de ser a alteridade a justificativa da existência do poder de direção do empregador e, conseqüentemente, do dever de obediência do empregado, constituindo o que denomina de aspecto ativos e passivos da subordinação jurídica.¹¹⁴

É o que se percebe, por exemplo, por meio da redação do artigo 2^a da CLT ao estabelecer que é o empregador “que assume os riscos da atividade econômica”, o que se compatibiliza também com a defesa de Alfredo Montoya Melgar ao sustentar que o trabalhador não assume os riscos do seu trabalho, não sendo o principal destinatário dos “frutos”, os quais pertenceriam única e exclusivamente ao empregador.¹¹⁵

A observação que se apresenta sobre a questão dos “frutos” é basicamente que não se pode mais compreender como “frutos” apenas o lucro da atividade empresarial. Isso porque, já há algum tempo, o sucesso ou insucesso de

¹¹³ DELGADO, M. G. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista LTr**, [s./l.], v. 70, n. 6, p. 666, 2007.

¹¹⁴ SILVA, O. P. e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004. p. 14.

¹¹⁵ MELGAR, A. M. **Derecho del Trabajo**. 19. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. p. 35.

empreendimentos empresariais não são inteiramente correspondentes aos seus lucros financeiros. Neste sentido, chama atenção o discurso bastante difundido de que plataformas como a **Uber** não dão lucro mesmo diante de suas avaliações bilionárias. Ou seja, chama-se atenção para o fato dos “frutos” do empreendimento não se resumirem a uma questão eminentemente financeira.

Em sentido semelhante, grandes plataformas digitais atingiram impactos sociais estrondosos sem apresentar, inicialmente, estratégias de monetização claras. **Facebook, Instagram e Whatsapp**, plataformas digitais administradas pela gigante **Meta**, atualmente avaliada em mais de 380 bilhões de dólares, viram seus valores de mercado atingirem cifras bilionárias sem cobrar absolutamente nada de parte dos seus usuários. A monetização das informações foi uma estratégia comercial desenvolvida já em fases avançadas dos empreendimentos em questão.

Citam-se esses exemplos apenas para que se deixe claro que a própria noção de lucro passa por uma significativa ressignificação.

Para além da alteridade, José Martins Catharino destaca que fundamento do poder do empregador seria o próprio direito fundamental de propriedade privada, embora admita que ele deva ser exercido nos limites do contrato, assemelhando-se a uma noção de função social da propriedade ou mesmo do contrato, noção que passou a ser solidificada com a Constituição Federal de 1988. Para o autor:

O direito hierárquico do empregador fundamenta-se na propriedade privada, pouco importando se ele não o exerce diretamente. Essa é sua causa primeira ou eficiente, mas a instrumental é o contrato de emprego. A posição inicial de cada empregado na hierarquia da empresa é aquela fixada pela via contratual. As posteriores, mais elevadas, dependem do empregador no exercício do seu *ius* (direito, e não poder) *variandi*, dentro dos limites normativos e contratuais; da vontade do empregado em cada situação concreta ou da sua autolimitação genérica, existindo quadro de pessoal organizado em carreira.¹¹⁶

Neste sentido, é importante destacar certa compatibilidade com a defesa de Catharino quanto a essa “função social do contrato” e a posição adotada no capítulo 2 deste trabalho ao se conceituar o Direito do Trabalho como um ramo do Direito

¹¹⁶ CATHARINO, 1981, p. 115.

tendente a regulamentar de forma ponderada tanto a propriedade privada ou a livre iniciativa quanto a dignidade da pessoa do trabalhador.

Não fosse este cenário perceptível por todos que estão de alguma forma inseridos nesse mundo do trabalho, sob a ótica jurídica, o assunto – subordinação jurídica – passa por desafios ainda maiores, tendo em vista não só as constantes mudanças tecnológicas, mas também as reviravoltas legislativas e jurisprudenciais vividas no Brasil nos últimos anos.

Isso porque, recentemente o Supremo Tribunal Federal “entrou” no debate sobre as novas modalidades de prestação pessoais de serviços, tendo sido destinatário de uma série de Reclamações Constitucionais apresentadas em face de decisões da Justiça do Trabalho que, teoricamente, afrontariam, sua jurisprudência.

É que o se percebe, por exemplo, por meio de importante matéria jornalística do Jornal Folha de São Paulo, assinada por Willian Castanho, ao afirmar que “a Justiça do Trabalho dribla a jurisprudência do STF. Juízes defendem a carteira assinada, enquanto ministros derrubam decisões contra as chamadas terceirização, pejetização e uberização”¹¹⁷, sendo central no posicionamento do STF o argumento de que a Constituição Federal autoriza “formas alternativas da relação de emprego”.

Tanto que, reconhecendo este fundamento, o Professor Nelson Mannrich, entrevistado para a matéria, foi preciso ao afirmar que “a mensagem do STF à Justiça do Trabalho é clara: existe trabalho digno sob outras formas jurídicas”¹¹⁸,

¹¹⁷ CASTANHO, W. Justiça do Trabalho ignora STF, e ministros veem afronta à corte. **Folha de São Paulo**, 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/08/justica-do-trabalho-ignora-stf-e-ministros-veem-afronta-a-corte.shtml>. Acesso em: 1 dez. 2023.

¹¹⁸ Segundo o autor, O socialmente correto é continuar apostando no protecionismo, que se justificou plenamente quando da formação do próprio Direito do Trabalho para encontrar respostas que o Direito Civil não conseguia dar, em face da exploração desenfreada que se observou no início da Revolução Industrial. Nesse sentido, o princípio de proteção acabou servindo de referência para os demais princípios. Protegendo-se o empregado, seria possível reduzir desigualdades e seus efeitos maléficos. Graças a esse marco inicial, o Direito do Trabalho se estruturou e tanto avançou – mas deve-se fazer releitura desses chamados princípios clássicos do Direito do Trabalho tão caros a todos nós, de modo que não valessem por eles mesmos, mas essenciais para conter o poder do empregador no contexto do contrato de trabalho – também não apenas por causa da desigualdade, mas pelo simples fato de que o trabalhador é pessoa humana e cidadão. A proposta é repensar os fundamentos do Direito do Trabalho, dando aos princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador, da igualdade e não discriminação sua verdadeira dimensão.

É o assunto que foi abordado na sessão 1.2 deste trabalho, na qual se concluiu que o STF tem sofrido significativa influência liberal ou mesmo libertária, posicionando-se no sentido de que algumas prestações pessoais de serviços não devem ser tuteladas pelo Direito do Trabalho, em especial nas ocasiões nas quais a hipossuficiência não seja tão existente, bem como em situações nas quais não sejam “feridas” as condições relacionadas ao mínimo existencial do trabalhador e nas quais sejam observadas as condições para o que se denominou como “trato justo”, uma espécie de contrato decorrentes de reais manifestações de vontade.

O curioso, no entanto, é perceber que o Direito do Trabalho, afinal o Supremo Tribunal Federal continua sendo o órgão de cúpula também da Justiça do Trabalho no Brasil, começa a sinalizar que a subordinação jurídica, elemento central deste ramo do Direito, deixa de ser tão central assim para que os elementos hipossuficiência ou mínimo existencial dividam esse protagonismo, o que representa uma significativa restrição ao conceito de subordinação jurídica. Movimento com nítida influência libertária que já foi vivenciado pelo Direito do Trabalho em outros momentos históricos.¹¹⁹

Fato é que os debates atuais, bem como a divergência na jurisprudência, devem-se a uma quase total ausência de regulamentação de determinadas relações de trabalho. Afinal, o Brasil ainda parte – principalmente a partir de uma análise legislativa – de uma significativa diferenciação entre empregado e autônomo, o que inviabiliza ou mesmo dificulta uma tão almejada tutela adequada.

Situação diferente das vivenciadas por outros países, que tentaram regulamentar essas relações especiais de trabalho ou emprego.

¹¹⁹ Sobre esse assunto vale destacar a precisa ponderação de Lorena Porto Vasconcelos ao defender que “frente às modificações ocorridas a partir da década de 1970 -, como a reestruturação empresarial, a revolução tecnológica e a globalização econômica e cultural - e as suas consequências, como a maior dificuldade de qualificação das relações de trabalho, a melhor solução seria aprofundar as tendências expansionistas do conceito de subordinação. Todavia, observa-se, sobretudo a partir do final da década de 1970, o oposto: a restrição do conceito de subordinação à sua formulação clássica, por obra de doutrina, jurisprudência e legislação, nos vários países. Isso se relaciona diretamente à ideia de desregulamentação do Direito do Trabalho, justificada pela ideologia ultraliberal, que se tornou hegemônica na época. Nesse contexto se insere a formulação da figura da parassubordinação, que, aparentemente, se enquadra na tendência de expansão do Direito do Trabalho, mas, na essência, conduz à restrição do conceito de subordinação, o que pode ser demonstrado pela análise da evolução jurisprudencial na Itália, país em que a figura encontrou maior expressão”. (Vasconcelos, 2008. p. 7).

É o que se percebe, por exemplo, com o “trabalhador” (*worker*) da Inglaterra, com o “contratado dependente” (*dependente contractor*) do Canadá, com o próprio parasubordinado na Itália ou mesmo com o trabalhador autônomo economicamente dependente (*trabajador autónomo economicamente dependiente*) na Espanha enquanto medidas legislativas tendentes a regulamentar essa situação jurídica geralmente denominada de cinzenta.

De modo direto, a comprovação de existência de vínculo de emprego, enquanto mecanismo de asseguramento de direitos e, portanto, de materialização – em tese – da dignidade da pessoa do trabalhador ou trabalhadora, para além dos requisitos estabelecidos pela CLT, passa a necessitar de comprovação de outros elementos como existência de fraude (descumprimento do “acordo livre”) ou até mesmo da existência de hipossuficiência, o que representa, no mínimo, uma interpretação inovadora sobre as relações de emprego.

Diante disso, não basta mais falar apenas de subordinação jurídica nos moldes anteriormente conhecidos.

Por isso, o objetivo deste capítulo é basicamente tratar da subordinação jurídica no atual contexto jurídico brasileiro para que, no próximo capítulo seja possível abordar o conceito de subordinação jurídica gerencial ou diretiva e seus contornos básicos.

4.1 A subordinação jurídica

Em uma das obras clássicas sobre subordinação jurídica, Arion Sayão Romita identificou algo bastante reproduzido nos quarenta anos que sucederam tal obra: que a subordinação jurídica é a “pedra de toque” do contrato de trabalho.¹²⁰

Esta argumentação ainda foi seguida por importantes autores como José Martins Catharino, Amauri Mascaro Nascimento, Cássio de Mesquita Barros, Manuel Alonso Olea, dentre outros e a mensagem foi a mesma, embora com observações

¹²⁰ ROMITA, A. S. **A Subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 58.

diferentes: que o contrato de trabalho tem na subordinação – ou dependência – o seu elemento central.

No cenário europeu, Alan Supiot vai no mesmo sentido ao admitir a subordinação jurídica como pedra angular de um ramo do Direito que dá sustentação a uma relação de subordinação de uma pessoa sobre a outra.¹²¹

No entanto, é muito importante destacar que a subordinação jurídica e sua conceituação ou mesmo interpretação legal ou jurisprudencial é, em verdade, um instrumento de regulação das relações de emprego e de trabalho pelo Direito do Trabalho. Em termos mais diretos, é primordialmente pela noção de subordinação jurídica que o Direito do Trabalho se expande ou se contrai. Daí, por exemplo, ser perceptível que em momentos históricos com fortes influências liberais a noção de subordinação jurídica passe por um movimento de redução ou centrípeto, ao passo que em momentos históricos ditos progressistas a noção de subordinação jurídica passe pelo movimento inverso – centrífugo – de expansão.

Esse movimento foi bem observado por José Martins Catharino ao destacar que o Direito do Trabalho, inicialmente vocacionado à tutela de trabalhadores que exerciam atividades eminentemente manuais, passou por uma “expansão centrífuga” que se materializou por meio da elasticidade do conceito de subordinação jurídica com a finalidade de atrair para a proteção desse ramo do Direito trabalhadores inicialmente excluídos dessa proteção ou regulamentação.¹²²

Isso porque o nascimento do Direito do Trabalho se dá em uma época na qual os trabalhadores em situações mais alarmantes eram os operários e que representavam grande parte da massa de trabalhadores representados pela grande indústria. No entanto, tais trabalhadores representam apenas parte dos trabalhadores subordinados.

Portanto, quando se trata de subordinação jurídica, em verdade, trata-se do próprio Direito do Trabalho. Não por outra razão, o segundo capítulo deste trabalho identificou influências liberais ou mesmo libertárias no Brasil nos últimos anos, o que

¹²¹ SUPIOT, 2016. p. 133.

¹²² CATHARINO, 1981. p. 181.

se materializou, primordialmente, através de precedentes judiciais que atribuíram uma compreensão restritiva à subordinação jurídica.

Mas não só a subordinação jurídica. De modo geral, compreende-se que os avanços ou até mesmo os “retrocessos” vivenciados pelo Direito – e Processo – do Trabalho tenham tanto no conceito de subordinação jurídica quanto na própria competência da Justiça do Trabalho dois dos seus principais elementos. Dizendo de outra maneira, em regra, os avanços vivenciados por esses ramos do Direito, assim como os seus “retrocessos” se dão por meio de interpretações ora ampliativas ora restritivas sobre conceitos-chaves desses ramos do Direito.

Essa afirmação reforça os pressupostos firmados no segundo capítulo do trabalho a respeito do papel do intérprete na construção do Direito do Trabalho. Em especial a partir da constatação de que o Direito do Trabalho consistirá em verdadeira técnica de ponderação entre os seus valores centrais, havendo, portanto, espaço para uma interpretação construtiva e dialógica sobre os seus principais instrumentos.

Daí a grande relevância não só de se analisar alguns conceitos de subordinação jurídica, mas também de se compreender que esse processo de conceituação ou interpretação se insere em determinados contextos do próprio Direito do Trabalho,

Com isso, a partir da análise de algumas conceituações, notou-se uma significativa aproximação do conceito de Direito do Trabalho que se firmou no segundo capítulo deste trabalho com a posição de Maurício Godinho Delgado no sentido de que a relação de emprego, enquanto objeto central deste ramo do Direito, viabiliza uma relação jurídica através do qual o trabalhador se submete ao poder empregatício, tendo como contrapartida um complexo mínimo de direitos passíveis de “melhorias” durante a sua vigência. Para Godinho Delgado, a subordinação “consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.”¹²³

Por sua vez, o poder empregatício seria o:

¹²³ DELGADO, 2019, p. 302.

Conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para o exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.¹²⁴

Portanto, o Direito do Trabalho permitirá, por meio de uma relação jurídica validada pelo Ordenamento Jurídico, que o empregado se submeta às prerrogativas de direção, de fiscalização, de disciplina e também às punitivas do empregador, sendo esta “submissão” materializada por meio da subordinação jurídica.

Neste sentido, é precisa a observação de Sidnei Machado no sentido de que a subordinação jurídica, enquanto elemento que vincula as figuras do empregado e do empregador é uma decorrência lógica do próprio direito de propriedade, sendo preciso ao afirmar que “somente o proprietário goza do poder de direção”¹²⁵, o qual, no entanto, deve ser exercido com observância da função social dessa propriedade.

Noção que coloca o Direito do Trabalho como um significativo instrumento de efetivação do mínimo existencial ou social ao se atentar para a defesa do autor quando destaca que a contrapartida da relação de emprego não é apenas uma remuneração ou o salário, mas um “complexo mínimo de direitos”.

Daí ser importante ressaltar que a noção de mínimo existencial firmada no primeiro capítulo do trabalho está relacionada a condições materiais necessárias para viver com dignidade, incluindo o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais, a capacidade de escolher livremente ocupações, o acesso a recursos de capacitação (sejam eles públicos ou privados), a garantia do direito de propriedade e o acesso a uma renda ou rendimentos suficientes para realizar os projetos de vida de forma adequada.

No entanto, não se pode interpretar a subordinação jurídica como decorrência exclusiva do direito de propriedade, afinal o pressuposto para qualquer relação de emprego é a manifestação de vontade das partes, o que pressupõe, portanto, uma

¹²⁴ DELGADO, 2019, p. 616.

¹²⁵ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**. Uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 32.

natureza contratual, elemento muito bem observado por Amauri Mascaro Nascimento ao defender que:

“a subordinação encontra seu fundamento no contrato de trabalho, significando uma limitação à autonomia do empregado, porém em decorrência da sua própria vontade ao se propor a prestar serviços sob o poder de direção de outrem”.¹²⁶

Portanto, a subordinação jurídica terá natureza contratual e propiciará condições para a prestação de serviços pessoais pelo trabalhador ocorrer sob a direção e fiscalização do empregador, sendo especialmente esse aspecto contratual o elemento que faz com que a noção anterior de submissão pessoal do empregado ao empregador dê lugar a uma relação jurídica substancialmente livre, embora assimétrica.

Essa equação da relação de emprego está materializada a partir de dois importantes dispositivos da CLT. Primeiramente por meio do artigo 2º, caput, que estabelece que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.¹²⁷ Em segundo lugar, o artigo 3º, caput, que dispõe no sentido de que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”.¹²⁸

A partir dessa estruturação, surge a relação de emprego com quatro principais características: (i) pessoalidade; (ii) não-eventualidade; (iii) subordinação jurídica; e (iv) onerosidade, sendo a subordinação jurídica o principal objeto de estudo neste trabalho, caracterizando-se como esse estado de submissão da pessoa do trabalhador a determinados aspectos do poder empregatício, decorrente de um vínculo contratual.

Ou seja, nota-se que enquanto a legislação trabalhista usa o termo “dependência”, a doutrina prefere o termo subordinação, sendo, no entanto, esse o principal elemento do próprio Direito do Trabalho. Inclusive, é precisa a posição de Amaury Mascaro Nascimento de que o termo dependência se vincula a uma

¹²⁶ NASCIMENTO, 2014. p. 577.

¹²⁷ BRASIL, 2017a.

¹²⁸ BRASIL, 2017a.

concepção de subordinação a partir da industrialização ocorrida no mundo ocidental a partir do século XIX com o surgimento das fábricas e em um cenário bastante delimitado através da diferença entre empregado e empregador. Autor que ainda destaca que a atual compreensão de subordinação é bastante influenciada pelo aumento do complexo de direitos relacionados à dignidade da pessoa humana.¹²⁹

A respeito da subordinação, destacam-se algumas dimensões: a clássica, a técnica, a dependência econômica, a objetiva ou estrutura e até mesmo a nova subordinação por algoritmos, as quais passam a ser analisadas nessa etapa do trabalho.

4.1.1 ***Subordinação jurídica clássica***

A evolução da concepção de subordinação jurídica está em sintonia com as transformações nas modalidades de trabalho humano, uma vez que, conforme delimitado no segundo capítulo do trabalho, as normas jurídicas, enquanto resultado de um processo interpretativo inserido em um contexto social, são intrinsecamente ligadas às mutações dos eventos sociais, de modo que o desenvolvimento e reformulação do modelo de produção industrial capitalista tenha desempenhado um papel crucial na reformulação da compreensão do conceito de subordinação jurídica.

E uma das grandes influências para a compreensão inicial da subordinação jurídica foi o taylorismo, caracterizado pela sua natureza rígida, com trabalhadores rigidamente posicionados ao longo do processo produtivo, controle estrito do tempo gasto em tarefas e uma divisão lógica do trabalho. O fordismo, que sucedeu o paradigma taylorista, envolveu a introdução do sistema de esteiras de produção, onde os trabalhadores executavam tarefas repetitivas a fim de estimular a especialização e, portanto, o aumento da produtividade.

Ambos os sistemas de produção taylorista e fordista compartilharam características objetivas, como rigidez na organização, hierarquia pronunciada e divisão técnica e temporal do trabalho. O trabalho era desmembrado em tarefas de baixa complexidade e bastante repetitivas. Do ponto de vista subjetivo, esses

¹²⁹ NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 577.

sistemas clássicos caracterizaram-se pela incorporação intensiva da mão-de-obra no ambiente industrial. A interação entre elementos objetivos e subjetivos moldou as primeiras concepções de subordinação jurídica, servindo como um critério identificador das relações de emprego e, portanto, como um meio de distinguir o trabalho empregatício de outras formas de trabalho humano.

Inicialmente, as primeiras concepções de subordinação ou dependência jurídica estavam intrinsecamente ligadas à submissão do trabalhador às instruções e diretrizes do detentor dos meios de produção ou seus representantes. O trabalhador, ao integrar a hierarquia da cadeia produtiva, via uma parte substancial de sua autonomia subjugada ou mesmo transferida ao empregador.

Nos sistemas de organização do trabalho clássicos, o empregador detinha poderes consideráveis de disposição, organização, gestão das atividades e, notavelmente, aplicação de medidas disciplinares aos trabalhadores. Assim, os modelos taylorista e fordista eram notáveis pela intensa utilização da força de trabalho em tarefas de baixa complexidade e repetitivas. A presença física do trabalhador no local de trabalho era fundamental para aumentar a produtividade, seja pela supervisão direta dos gestores ou pelo fato de que o valor do trabalho superava o custo de aquisição da força de trabalho, que contribuía ao produto ou serviço.

Dessa forma, a subordinação clássica, também conhecida como subordinação tradicional, caracteriza-se pela intensidade e pela forma direta com que o empregador exerce o controle e a gestão das atividades dos empregados. Geralmente, envolvia a emissão constante de ordens aos empregados, a imposição de um horário de trabalho rígido e fixo e a realização das tarefas sob constante vigilância e controle imediato do empregador.

A pessoa do trabalhador, portanto, ficava sujeita a uma disciplina e organização hierárquica rigorosas, com pouca liberdade para fazer escolhas, mesmo de natureza técnica, o que culminava em uma forte subordinação à orientação constante do empregador em relação a todos os aspectos do trabalho, como conteúdo, método, horário e local. É como se a autonomia do trabalhador estivesse significativamente limitada em decorrência de um forte direcionamento das atividades por parte do empregador.

É basicamente uma disponibilização da força de trabalho em proveito alheio.

Essa abordagem historicamente definiu a natureza da subordinação nas relações de emprego e ainda hoje é a forma mais comum de expressá-la, tendo, ainda, gerado uma série de efeitos na atual compreensão de subordinação jurídica de modo geral, havendo um significativo número de precedentes judiciais que não reconhecem a relação empregatícia em virtude da ausência de alguns desses contornos como submissão a controle de ponto, estabelecimento de metas, constante vigilância e assim por diante.

O cenário em evolução das novas estruturas produtivas compeliu uma parcela da área jurídica a reavaliar os parâmetros do conceito de subordinação legal, particularmente com o objetivo de melhor proteger os direitos dos trabalhadores envolvidos na produção. A noção tradicional de subordinação jurídica se torna inadequada perante as já não mais recentes reconfigurações das práticas empresariais.

A contratação, administração e supervisão da força de trabalho estão sob o domínio do fornecedor de bens ou serviços. O contratante de serviços atua apenas como o destinatário final da energia laboral despendida pelo trabalhador. Essa parte beneficiária, portanto, carece de controle hierárquico na gestão da mão de obra, embora derive mais-valia a partir de sua utilização direta ou indireta.

Essa acepção histórica ou clássica da subordinação jurídica – direcionada inicialmente operários ou trabalhadores cujas atividades eram primordialmente manuais – acabou por excluir da regulamentação do Direito do Trabalho alguns profissionais como, por exemplo, os trabalhadores intelectuais. Daí ser mais uma vez precisa a observação da Martins Catharino no sentido de que a noção de subordinação jurídica passou por um movimento “centrífugo” por meio do qual se “elasteceu” o conceito para que se ampliasse o próprio Direito do Trabalho.

4.1.2 ***Dependência técnica***

A partir do que se defendeu até então sobre subordinação jurídica é possível notar que este fenômeno jurídico pode ser classificado a partir de diferentes óticas,

sendo, também, bastante importante se compreender que a noção de subordinação passou, ao longo dos anos, por um nítido processo de amadurecimento e evolução a partir das modificações vivenciadas pelas próprias relações de trabalho.

Tanto que Otávio Pinto e Silva, em sua análise sobre a evolução do conceito de subordinação, identifica os critérios utilizados por boa parte da doutrina para definir esse elemento fundamental na relação de emprego. Estes critérios seriam: subordinação jurídica, dependência econômica, dependência técnica e dependência social.

Com isso, para uma compreensão mais aprofundada do conceito jurídico de subordinação, é crucial examinar cada um desses sub-elementos que compõem a definição completa.

Assim, embora inicialmente tenha havido uma abordagem da dependência do trabalhador em relação ao empregador apenas sob o critério da subordinação jurídica, pode-se afirmar que os demais elementos da dependência se tornaram componentes da subordinação ao longo da evolução histórica, deixando sua marca na definição desse conceito. Portanto, é imperativo analisar todos esses aspectos de forma abrangente, mas não só. Atualmente já se ventilam outras formas ou enfoques da subordinação, dentre as quais se destaca a subordinação algorítmica.

Por isso, vale destacar que o conceito de subordinação já teve uma feição eminentemente técnica a partir de um momento histórico com significativa homogeneidade nos meios de produção no qual se partiu do pressuposto de que o empregador detinha todos os conhecimentos técnicos necessários ao processo produtivo. Américo Plá Rodrigues, por exemplo, defende que esse pressuposto – do empregador ser tecnicamente capacitado – seja o elemento central que autorize a vigilância e controle do trabalho realizado pelo empregado.¹³⁰

Embora passível de validação em determinado momento histórico, essa feição da subordinação jurídica não apresenta respostas adequadas a uma significativa parte das relações de trabalho nas quais os empregados sejam os principais ou até únicos reais detentores do conhecimento técnico para o desenvolvimento da atividade

¹³⁰ RODRIGUEZ, A. P. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1982.

empresarial. Neste sentido, atividades intelectuais como relacionadas à medicina, direito (atualmente regulamentada pela Lei nº 8.906/94), engenharia (atualmente regulamentada pela Lei nº 5.194/1966), processamento de dados, serviços financeiros dentre outras não estariam abarcadas pela subordinação técnica estando, no entanto, abarcadas pela subordinação jurídica.

Todavia, é precisa a observação de Aryon Romita no sentido de que a superação da noção de subordinação técnica não implica em sua total inutilidade para o Direito do Trabalho. Tanto que o autor defende que a existência de subordinação técnica possa ser usada como critério – complementar que seja – para a apuração sobre a existência ou não de relação de emprego.

Inclusive, é perceptível que as principais críticas à noção de subordinação técnica derivam de relações de empregado cujo trabalho é intelectual, o que decorre da própria ausência de distinção estabelecida pela Constituição Federal entre trabalho manual ou intelectual, embora se acredite que essa diferenciação entre manual e intelectual seja, em verdade, uma distinção já não mais tão atual. Afinal, por mais que se tente imaginar uma atividade repetitiva ou manual, não se acredita ser razoável sustentar que determinada atividade – seja qual for ela – não se caracterize como intelectual.

Outra importante observação a se fazer sobre a dependência técnica é que a sua superação é exemplo de um movimento expansionista da subordinação jurídica e do próprio Direito do Trabalho. Ou seja, tal superação é exemplo desse movimento do “Direito do Trabalho” que ora se dá por meio de interpretações expansionistas, ora através de interpretações restritivas, o que evidencia a sua normalidade.

E mais. A construção dessa narrativa de superação de dependência técnica, em especial a partir do seu recorte histórico, dá a impressão que esse movimento expansionista do conceito de subordinação jurídica seria natural como se tal conceito estivesse destinado inevitavelmente ao crescimento.

4.1.3 *Dependência econômica*

Para além da subordinação técnica, ainda houve a defesa dependência econômica a partir da constatação que grande parte dos empregados dependem de suas remunerações para suas sobrevivências. Inclusive, há que se destacar que a dependência econômica possui íntima relação com a própria hipossuficiência do trabalhador, a qual constitui até hoje – conforme destacado no capítulo 2 deste trabalho – uma significativa fundamentação filosófica para o Direito do Trabalho. Daí Martins Catharino defender que “o fundamento da proteção dispensada aos trabalhadores foi a sua dependência econômica”.¹³¹

Com isso, embora se mostre pacífico que a noção de dependência econômica não seja o elemento diferenciador ou caracterizador da relação de emprego, não deixa de ter significativa razoabilidade a utilização dessa condição enquanto indício para a respectiva caracterização. Dizendo de maneira mais direta, a existência de dependência econômica continua sendo um significativo indício de existência de subordinação jurídica.

No entanto, embora se reconheça a inaptidão do conceito para situações nas quais o empregado tenha condições financeiras que lhes coloquem em relação de “independência” financeira perante o seu trabalho, é importantíssimo que o aspecto financeiro e econômico da relação de emprego – ainda mais quando se fala de altos empregados – seja repensada por outras óticas.

Para tanto, vale lembrar a ideia já exposta neste trabalho de que grande parte – quase totalidade na verdade – da Doutrina trabalhista defenda que quanto mais se ascende na estrutura organizacional de uma empresa, mais tênue seja a subordinação ou até mesmo a integração do empregado. Afirmação que se coloca tangenciando uma outra percepção de que quanto maior a remuneração de determinado empregado menor seria sua dependência econômica em relação ao seu emprego.

No entanto, o que se percebe é que em algumas relações de emprego – em especial as relações de altos empregados – haja até mesmo uma dependência

¹³¹ CATHARINO, 1981, p. 249.

econômica maior do que em outras relações de emprego. Isso porque, conforme defendido em outra oportunidade, os benefícios e remunerações de altos empregados estão cada vez mais construídos de modo que tais empregados fiquem “presos” aos seus empregos em virtude de uma série de regalias.¹³²

Ou seja, também é importante se considerar que especialmente nas relações de altos empregados ou altos executivos haja novos contornos até mesmo para a dependência econômica nos moldes já defendidos pela Doutrina trabalhista. Neste sentido, questionamentos sobre dificuldade de realocação profissional, idade, manutenção da qualidade de vida, necessidade de contínua formação profissional e uma série de outros fatores contribuem para que estes empregados se vejam em uma curiosa situação de dependência econômica significativa, pois, suas altas remunerações e benefícios implicam em outras dificuldades.

Dizendo de maneira mais simples: altos empregados vivenciam uma significativa dependência econômica em virtude da evidente necessidade de manutenção dos seus respectivos padrões de vida.

Em sentido parecido se posiciona Lorena Porto Vasconcelos ao argumentar que “mesmo que tais obreiros – altos empregados – sejam bem remunerados, o que lhes permite ter um padrão de vida mais elevado, essa renda – necessária para si e para a família – advém do trabalho, por isso também deve ser protegido”.¹³³

Ou seja, a dependência econômica não pode ser utilizada como traço distintivo e caracterizador da relação de emprego. No entanto, é importantíssimo que se repense ou mesmo que se lance novas reflexões sobre a dependência do empregado bem remunerado.

Além das acepções apresentadas, ainda há a subordinação social, sendo interessante a posição sentida de que esta noção representaria a fusão de uma dependência econômica com a própria ideia de subordinação. Esta acepção deriva do que se entende ser uma visão abrangente do contrato de emprego. É como se

¹³² CONCEIÇÃO, L. P. L. da. **Altos empregados**: entre as algemas de ouro e a autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹³³ VASCONCELOS, L. P. **A subordinação no contrato de emprego**: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 2008. 356 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. p. 71.

fosse uma visão “macro” das respectivas relações que identifica uma vinculação social, imposta pelo próprio sistema capitalista de produção.

No entanto, é muito importante destacar que o avanço na compreensão da subordinação jurídica não significa que em determinadas relações jurídicas de trabalho ou de emprego não persista o que se compreende como subordinação técnica ou até mesmo a dependência econômica tratada acima.

Esta última observação possui uma grande relevância para o Direito do Trabalho, pois em momentos de crítica a este ramo do Direito como o atual, é de extrema relevância ter em mente as regras e respectivas exceções. Afinal, embora se admita que a dependência econômica não seja o requisito caracterizador da relação de emprego, trata-se, em verdade, de uma condição extremamente usual nessas relações.

Por fim, repete-se o argumento reproduzido na seção anterior que a “superação” da noção de dependência financeira enquanto elemento caracterizador da relação de emprego representou um movimento expansionista tanto do conceito de subordinação quanto do próprio Direito do Trabalho, o que até então parecia ser um caminho inevitável.

4.1.4 ***Subordinação objetiva e estrutural***

A subordinação objetiva se refere à integração do trabalhador e à importância de suas atividades em relação aos objetivos da empresa. É uma abordagem que observa como o trabalho, quando realizado de maneira coordenada ou colaborativa, encaixa-se e contribui para os propósitos gerais da empresa, tornando-se uma parte essencial da dinâmica do empregador. Nesse contexto, o trabalho executado pelo empregado desempenha um papel central na consecução dos objetivos da empresa.

Esse fenômeno surge na década de 1970 com a imposição às empresas da necessidade de reestruturar suas operações, tornando-as mais eficientes e competitivas. Cenário no qual, uma das estratégias adotadas pelos empresários para reduzir os custos de produção foi a terceirização, na qual parte de suas atividades ou serviços eram transferidos para terceiros. Os trabalhadores que antes eram

contratados diretamente pelas empresas contratantes passaram a ser administrados por empresas especializadas, resultando em uma diminuição dos custos e dos riscos associados à contratação direta de mão de obra.

Inicialmente, a fragmentação produtiva começou com a terceirização, envolvendo empresas especializadas que contratavam, organizavam e controlavam a força de trabalho. Posteriormente, essa abordagem evoluiu para a contratação direta de serviços especializados pelo tomador, que poderiam ser fornecidos por indivíduos ou empresas sob a forma de contratos de prestação de serviços autônomos.

Essas mudanças nas relações de trabalho tornaram o conceito tradicional de subordinação jurídica inadequado para sua regulamentação. A redução e descentralização na utilização da força de trabalho no processo produtivo implicaram na necessidade de repensar a dependência jurídica não mais com base nas relações entre as partes, mas sim na integração coordenada do trabalhador na estrutura produtiva da empresa, ligada à natureza da atividade, e não mais aos atores individuais. Consequentemente, a subordinação jurídica passou a ser vista objetivamente como a integração da atividade do trabalhador na organização da empresa, estabelecida por meio de um contrato em que o empregado aceita as diretrizes do empregador para a prestação de serviços.

Dessa forma, a subordinação objetiva ocorre quando as tarefas e funções do trabalhador desempenham um papel fundamental na atividade da empresa, e essa interdependência gera expectativas mútuas de dependência. Em outras palavras, a empresa depende da contribuição do trabalhador, e o trabalhador, por sua vez, depende da empresa. Isso cria uma relação de interdependência mútua.

Por outro lado, no entanto, aproximando-se do conceito acima, a subordinação estrutural implica que o trabalhador esteja inserido na estrutura e no funcionamento da empresa. Nesse cenário, o desempenho de tarefas diretamente relacionadas com a finalidade do empregador e a recepção de ordens diretas não seriam elementos cruciais, sendo essencial a conexão estrutural do funcionário com a dinâmica operacional da empresa.

Dessa forma, percebe-se que a subordinação objetiva se concentra na contribuição do trabalho para os objetivos da empresa, enquanto a subordinação

estrutural enfatiza a integração do trabalhador na estrutura e funcionamento da empresa, independentemente das tarefas específicas que desempenhe mesmo que se reconheça algumas similaridades.

Em sentido relativamente semelhante ao da subordinação objetiva, destaca-se que a subordinação estrutural é ligada principalmente a questões de terceirização ou até mesmo de trabalho a distância. Esta noção de subordinação estaria materializada quando o trabalhador desempenha atividades essenciais e integradas à estrutura ou dinâmica organização da empresa.

Para Maurício Godinho Delgado, a terceirização seria o fenômeno jurídico e econômico que:

Inserir-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.¹³⁴

Essa noção de terceirização defendida por Godinho tinha como grande fundamento a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho que estabelecia, dentre outras coisas, que “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário”, bem como que “não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância e de conservação ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

No entanto, em 30 de agosto de 2018, após as grandes reformas de 2017, o STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324/DF juntamente com o Recurso Extraordinário 958252, reconhecendo, entre outros aspectos, a legalidade da terceirização de todas as atividades, sejam elas meios ou fins.

¹³⁴ DELGADO, 2019, p. 540.

Além disso, estabeleceu que compete à empresa contratante a responsabilidade de verificar a idoneidade e a capacidade econômica da empresa terceirizada. A contratante também é responsável subsidiariamente pelo não cumprimento das normas trabalhistas e obrigações previdenciárias, de acordo com o artigo 31 da Lei nº 8.212/1991.

O STF concluiu que a prática da terceirização já era válida no direito brasileiro mesmo antes da Reforma Trabalhista, independentemente do setor em que fosse adotada ou da natureza das atividades contratadas com terceiros. Além disso, considerou parte da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) inconstitucional, argumentando que violava princípios como a livre iniciativa e a livre concorrência, de acordo com os artigos 1º, IV, e 170 da Constituição Federal, evidenciando, mais uma vez esse papel regulador do Direito do Trabalho defendido neste trabalho.

A conclusão do julgamento em questão foi a seguinte:

O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.¹³⁵

O que se percebe é que a decisão do STF representou o início do movimento liberal ou libertário na Corte, tendo mais uma vez influência significativa do Ministro Luís Roberto Barroso.¹³⁶ Da leitura do seu voto, algumas fundamentações, mesmo

¹³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324**. Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. [...]. Brasília: TRT, 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410185/false>. Acesso em: 1 jan. 2023.

¹³⁶ A respeito do assunto, é importantíssimo destacar que já em 30.08.2018 o Ministro Luís Roberto Barroso, ao apresentar seu voto, fez uma espécie de resumo informal sobre entendimentos seus em processos julgados anteriores nos quais se evidencia uma forte posição com influência liberal – neste ponto não se fala em influência libertária diante das próprias ressalvas. Com isso, o trecho é tão interessante que vale ser inteiramente reproduzido nesta nota: “Como vejo, Presidente, queridos

que indiretas, chamam bastante atenção a) de que as novas tecnologias (Google, Amazon, Apple, Facebook etc.) representam mudanças paradigmáticas na economia e que “a sociedade, as empresas, o direito do trabalho e o sindicalismo precisam adaptar-se ao novo tempo; b) de que no conflito entre pleno emprego e direitos trabalhistas deve prevalecer o primeiro. “do modo como eu penso a vida, é preciso assegurar a todos os trabalhadores empregos, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte”; c) que a terceirização não violaria diretamente os “direitos fundamentais mínimos”, o que, ao contrário, não estaria resguardado nos casos de desemprego ou informalidade; d) que haveria a necessidade de se “padronizar” a estrutura produtiva brasileiro aos moldes internacionais. “a estrutura de produção, em toda parte do mundo, já foi flexibilizada”.

Acredita-se ter sido esse precedente um marco histórico no Direito do Trabalho brasileiro tendo representado um ponto significativo de mudança interpretativa que o STF vem construindo sobre o Direito do Trabalho. Com isso, a partir dele, o Supremo Tribunal Federal tem se notabilizado por precedentes que restringem diretamente o

Colegas, Ministra Rosa, o Direito do Trabalho no contexto atual? É inevitável que, nesta realidade que eu acabo de descrever, o Direito do Trabalho passe em todos os países de economia aberta por transformações extensa e muito profundas. Não se trata propriamente - e eu queria deixar claro - de escolhas ideológicas ou de preferências filosóficas. Trata-se, na verdade, do curso da história. E é nesse ambiente que nós todos estamos aqui para pensar a melhor forma de harmonizar os interesses e as demandas empresariais com os direitos básicos dos trabalhadores. E, do modo como eu penso a vida, é preciso assegurar a todos os trabalhadores empregos, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte. Portanto, relativamente ao debate das questões trabalhistas que têm chegado ao Supremo, eu acredito que as posições que tenho defendido aqui são as posições favoráveis aos trabalhadores - respeito a quem pensa diferentemente. Quando eu defendi que a quitação geral dada pelo trabalhador que aderiu voluntariamente a um plano de demissão incentivada, instituído mediante negociação coletiva, deveria prevalecer - quitação geral, aderiu voluntariamente ao plano e deu quitação -, eu entendi que esta manifestação de vontade deveria prevalecer sobre a regra da CLT, porque considerei - e considero hoje ainda - que a desmoralização dos programas de demissão incentivada era ruim para os trabalhadores. Quando eu votei a favor da contribuição sindical facultativa e não compulsória, foi por entender que o modelo de monopólio e arrecadação fácil, subjacente aos sindicatos brasileiros, favorecia aos sindicalistas, mas não aos trabalhadores. E quando apoiei as regras que desestimulavam a litigância trabalhista temerária, foi para favorecer e dar celeridade aos casos dos trabalhadores que efetivamente litigavam por bons direitos e não os que litigavam por espertezas diversas. Eu estou pontuando este aspecto para deixar claro que este não é um debate entre progressistas e reacionários, este é um debate e esta é uma discussão sobre qual é a forma mais progressista de se assegurarem emprego, direitos dos empregados e desenvolvimento econômico. Porque, se não houver desenvolvimento econômico e nem sucesso empresarial das empresas, não haverá emprego, renda ou qualquer outro direito para os trabalhadores. Em um momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade, é preciso considerar as opções disponíveis, sem preconceitos ideológicos e sem apegos a dogmas antigos. Assim é como me parece.” (Brasil, 2018).

conceito de subordinação jurídica e, conseqüentemente, até mesmo a proteção inerente ao Direito do Trabalho.

Precedentes, como apresentado no Capítulo 2 deste trabalho, que se aproximam a uma ideia de liberalismo igualitário no sentido de que um dos principais objetivos do Direito do Trabalho seria a garantia do mínimo existencial e que políticas destinadas “retirar” direitos que estariam “além” desse mínimo teriam validade constitucional justamente por, em tese, maximizar ou aumentar o acesso a esse mínimo.

Em termos mais diretos, é como se tanto esse precedente sobre terceirização quanto os outros que se seguiram no STF tivessem no pleno emprego, enquanto mecanismo de efetivação do mínimo existencial, um peso maior neste momento, o que evidencia a própria atualidade do debate sobre o aparente conflito entre direito ao trabalho e Direito do Trabalho.

Dessa forma, fazendo-se o corte para a noção de subordinação jurídica, em especial no Brasil, nota-se que aquele movimento expansionista dá lugar a um movimento de restrição interpretativa, o que implica em redução conceitual e, conseqüentemente, em uma redução do Direito do Trabalho em si.

No entanto, também é possível destacar que o precedente em questão, conforme já pontuado, não representa a adoção pelo STF de uma noção de “não Direito do Trabalho”. Em outros termos, quando se analisa o julgado, não há como se depreender que ele tenha se posicionado no sentido de que as relações de trabalho terceirizadas não mereceriam a tutela do Direito do Trabalho. Apenas deu-se validade a um arranjo empresarial de divisão e organização do trabalho, mas que partia do pressuposto da existência de uma relação de emprego.

Ou seja, este precedente reduziu a interpretação que estava se dando à subordinação jurídica nas relações de trabalho terceirizadas, mas não se restringiu ou mesmo se limitou a aplicação do Direito do Trabalho a essas relações. Situação diferente dos casos de reclamações constitucionais que se cassam decisões que reconheciam a subordinação jurídica em relações de trabalho especiais.

4.1.5 ***Subordinação por algoritmos***

Há ainda algumas “feições” ou dimensões da subordinação jurídica que têm se mostrado bastante importantes para o estudo deste fenômeno jurídico. Uma delas é atualmente conhecida como “subordinação por algoritmos” ou “controle por programação”.

Isso se dá em um contexto social bastante difundido mundialmente no qual a emergência e a integração das novas tecnologias e plataformas digitais nas diferentes esferas da vida humana geraram uma espécie de glorificação ou até mesmo endeusamento da tecnologia. Inicialmente, os aspectos positivos dessas inovações ganharam destaque, como a conveniência na solicitação de serviços, a redução dos custos de trabalho e serviços, a facilidade na contratação de tarefas, a criação de novos postos de trabalho, a melhoria na qualidade dos serviços, o aumento na velocidade das comunicações e a diversificação das formas de interação virtual, destacando-se, ainda, em relação a este último fator os seus avanços quase exponenciais vivenciados em decorrência das limitações sanitárias impostas pela pandemia da Covid-19.

A popularização dos smartphones, tablets, computadores pessoais e a integração das plataformas nesses dispositivos amplificaram a sua difusão. O termo mais frequentemente utilizado para descrever o impacto dessas tecnologias na sociedade é “disrupção”, que denota uma transformação profunda em um cenário específico, no qual agentes econômicos previamente inexistentes assumem posições predominantes, enquanto as antigas lideranças enfrentam desafios significativos.

No entanto, é importante ponderar que, à medida que essas novas tecnologias avançam, também se tornam mecanismos de controle e estímulo nas relações de trabalho. A automação e a digitalização podem resultar na substituição de trabalhadores por algoritmos e robôs, levando a desafios econômicos e sociais. Além disso, a coleta de dados em larga escala nas plataformas pode ser utilizada para monitorar e influenciar o comportamento dos trabalhadores, introduzindo questões relacionadas à privacidade e ao poder das empresas sobre os indivíduos.

Portanto, a disseminação dessas novas tecnologias é uma faca de dois gumes, trazendo benefícios e desafios complexos para a sociedade e as relações de trabalho, demandando uma análise crítica e equilibrada de seu impacto.

É neste cenário que se desponha o debate sobre a subordinação ou gerenciamento por algoritmos. Neste sentido, Rodrigo Carelli defende que essa feição da subordinação é materializada por meio de um mecanismo baseado em grande quantidade de informações destinado a estimular e incentivar condutas em uma relação jurídica de prestação de serviços, de modo que essa programação faça com que o trabalhador, teoricamente não mais submetido a ordens diretas do “empregador” tenha que se mobilizar ao máximo para o alcance de resultados impostos submetendo-se, ainda, a um constante sistema de avaliações de desempenho realizados tanto pelos clientes quanto pelas próprias plataformas.¹³⁷

Em importantíssima pesquisa sobre o tema, Christina Colclough destaca a disseminação do gerenciamento por algoritmo, através do qual as empresas coordenam e controlam a mão de obra por meio desses conjuntos de instruções, destacando que o processo de tomada de decisões realizado pelo algoritmo, é moldado por parâmetros pré-definidos pela empresa ou por seu operador não sendo um processo aleatório desvinculado da influência do proprietário desse mecanismo.

Em outras palavras, para a autora, as decisões tomadas pelo algoritmo devem ser compreendidas como decisões da própria empresa, uma vez que a empresa define os parâmetros e comandos que direcionam o algoritmo em sua função de gerenciamento da mão de obra¹³⁸, o que evidencia que não há como se dissociar gerenciamento por algoritmo do próprio poder empregatício, em especial o poder de direção e de organização, havendo, com isso interessante aproximação desta noção com a noção de empregador ou empresa enquanto atividade e não como pessoa, nos termos estabelecidos no artigo 2º da CLT.

¹³⁷ CARELLI, R. de L. O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XIX. In: LEME, A. C. P.; RODRIGUES, B. A.; CHAVES JÚNIOR, J. E. de R. (coord.) **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.

¹³⁸ COLCLOUGH, C. When algorithms hire and fire. **International Centre for Trade Union Rights**, [s.l.], v. 25, n. 3, p. 6-7, 2018.

Também neste sentido, Daniela Muradas Reis e Eugênio Delmaestro Corassa, ao abordarem a subordinação ou o gerenciamento por meio de algoritmos, argumentam que a tecnologia utilizada não representa uma ruptura efetiva no emprego, mas sim uma nova camada de subordinação ou mesmo uma nova forma de exercício do poder empregatício. Eles afirmam que esse revestimento, embora sofisticado, ao empregar algoritmos como sistemas de controle, não consegue resistir a uma análise aprofundada sem que sejam identificados os elementos tradicionais de submissão e subordinação ou até mesmo da dependência nos termos da CLT.

Segundo os autores, a implementação de sistemas de controle inteligentes harmoniza o uso de algoritmos com a gestão humana, resultando em uma forma peculiar de subordinação, sustentando, ainda, que, no contexto do trabalho, quando os algoritmos são empregados para sistematizar informações e dados a fim de organizar a vida e o trabalho humano, eles expressam o poder de supervisão por parte do empregador.¹³⁹

Renan Kalil, em tese sobre o tema, utiliza a expressão “capitalismo de plataforma” para denominar o fenômeno da popularização da comercialização de produtos ou serviços por meio de plataformas, identificado, ainda a existência de uma nova prestação pessoal de serviços, que é o trabalho por demanda. Para o autor:

O Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico concebido para responder à desigualdade econômica inerente ao contrato de trabalho, estabelecer regras para mitigar essa assimetria e balanceá-la por meio de proteção jurídica ao trabalhador, é um dos instrumentos que pode regular o trabalho sob demanda por meio de aplicativos e o crowdwork. As condições que motivaram o surgimento do Direito do Trabalho permanecem no capitalismo de plataforma, o que justifica a sua intervenção nesse âmbito para redistribuir renda e poder, promover a dignidade dos trabalhadores, democratizar o trabalho e viabilizar a organização e a atuação coletivas. As dinâmicas do trabalho no capitalismo de plataforma não apontam a necessidade de transformação da essência, dos paradigmas ou da estrutura do Direito do Trabalho. Entretanto, há espaço para mudar o seu funcionamento, colocando-se em debate a suficiência de seus conceitos, a necessidade de redefinição de categorias, a criação de novas regulações e as perspectivas hermenêuticas, sempre tendo em vista

¹³⁹ REIS, D.; CORASSA, E. D. Aplicativos de Transporte e Plataforma de Controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. *In*: LEME, A. C. R. P.; RODRIGUES, B. A.; CHAVES JÚNIOR, J. E. de R. (coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

os princípios e funções desse ramo jurídico, assim como o objetivo de proteger o trabalhador que atua nas plataformas.¹⁴⁰

Dessa forma, concorda-se com a necessidade de regulamentação dessas novas formas de prestação de serviços, sendo, no entanto, importante destacar que a subordinação por algoritmos pode ser avaliada como um indício de subordinação ou gerenciamento, que, aliado a outros indícios pode levar ao respectivo reconhecimento de vínculo.

No entanto, como já amplamente debatido neste trabalho, a jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, mas também do Tribunal Superior do Trabalho, vem se posicionando no sentido de se reconhecer como válidos outros arranjos contratuais de prestação de serviços, observadas, contudo, algumas diretrizes básicas relacionadas ao “mínimo existencial”.

4.1.6 **A parassubordinação**

Retomando o debate sobre a subordinação jurídica nas relações de trabalho de “altos empregados”, é importantíssimo tratar da noção de parassubordinação.

Para se compreender adequadamente esse fenômeno, é importante relembrar a observação apresentada por Godinho Delgado e já tratado neste trabalho no sentido de que a relação de emprego é uma “porta de entrada” para uma série de direitos trabalhistas, os quais são suscetíveis de melhoria durante a vigência do respectivo contrato.

Assim, é possível afirmar que a relação de emprego, enquanto instrumento central do Direito do Trabalho, atribui uma série de direitos e deveres aos sujeitos envolvidos e, para tanto, necessita da existência da subordinação jurídica.

Por outro lado, a prestação pessoal de serviços, seja qual for, em que não existir a citada subordinação jurídica, não consistirá em relação empregatícia, o que evidencia uma visão um tanto quanto maniqueísta do Direito do Trabalho. Ou seja, de modo geral, o Direito do Trabalho se utiliza um verdadeiro “tudo ou nada”, de modo

¹⁴⁰ KALIL, R. B. **Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: *crowdwork* e trabalho sob demanda por meio de aplicativos**. 2019. 368 f. Tese (Doutor em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 303.

que em uma relação de emprego se garante uma série de direitos e obrigações ao passo que nas relações distintas dessa não se garante ou tutela nada.

Com isso, um dos grandes questionamentos e críticas enfrentados pelo Direito do Trabalho nos últimos cinquenta anos é se não haveria a possibilidade ou viabilidade da criação de uma categoria intermediária.

Tal questionamento foi enfrentado de diversas formas e por diferentes países, não havendo, contudo, uma solução brasileira construída, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já esteja apresentando alguns nortes.

No Canadá, por exemplo, Estado nacional marcado pela atribuição de grandes e bem delimitadas competências legislativas a entes federativos semelhantes aos Estados brasileiros, certos Estados têm incorporado a noção de “contratado dependente” em sua legislação, definindo-o com base na realização de trabalho em troca de remuneração e na existência de uma relação econômica de dependência do trabalhador em relação ao empregador. As regulamentações que envolvem essa categoria são principalmente relacionadas ao Direito Coletivo do Trabalho e, conseqüentemente, às negociações coletivas, que acabam por atribuir um *rol* menor de direitos trabalhistas, mas não os colocando em situação de desemprego ou mesmo de informalidade.

Por outro lado, no Reino Unido existe o conceito de “trabalhador” (*worker*), que se caracteriza pela prestação de serviços de forma pessoal, com remuneração, limitações para terceirização das atividades e obrigações de cumprir os termos do contrato, que podem incluir obrigações semelhantes às dos empregados, como receber o salário-mínimo, ter uma jornada de trabalho limitada e proteção contra discriminação, entre outros. No entanto, os trabalhadores não desfrutam de proteção contra rescisões arbitrárias nem têm direito a indenização em caso de término do contrato, destacando-se, ainda que no Reino Unido o conceito de emprego é bastante rígido, tendo se criado essa figura intermediária, dentre outros fatores, por conta da rigidez não só desse conceito quanto dos direitos e obrigações inerentes a ele.

Na Alemanha, foi introduzido o conceito de “quase-empregados” ou “pessoa semelhante ao trabalhador subordinado” (*arbeitnehmerähnliche Person*), que se refere a trabalhadores que devem fornecer seus serviços de forma pessoal a um

cliente dentro do escopo de um projeto específico, assemelhando-se em certa medida até à figura do trabalho temporário regulada pela Lei nº 6.019/1974 ou mesmo ao contribuinte individual.

Arbeitnehmerähnliche Personen é um termo alemão que se refere a pessoas que desempenham atividades de trabalho que, em muitos aspectos, são semelhantes às realizadas por empregados, embora não sejam formalmente consideradas como tal. Tal conceito não é definido diretamente no *Sozialgesetzbuch* (Código de Seguridade Social) ou no *Tarifvertragsgesetz* (Lei dos Acordos Coletivos de Trabalho) da Alemanha, mas é frequentemente discutido em relação a questões de direito do trabalho e previdência social.

Essas pessoas podem incluir trabalhadores independentes que têm relações contratuais que se assemelham a contratos de emprego tradicionais. Embora não sejam formalmente consideradas empregadas, muitas vezes realizam trabalho contínuo e pessoal para um único tomador de serviços, semelhante a um empregado. Eles podem não ter o mesmo nível de independência que outros trabalhadores independentes e podem ser economicamente dependentes de seu cliente principal.

No contexto brasileiro, essa categoria pode ser comparada ao “contribuinte individual” no âmbito da Previdência Social. O “contribuinte individual” é uma categoria que inclui trabalhadores autônomos e prestadores de serviços que contribuem para o sistema de previdência, mas não têm vínculo empregatício formal. Assim como as *Arbeitnehmerähnliche Personen* na Alemanha, os “contribuintes individuais” podem realizar trabalho independente, mas não são considerados empregados, e podem contribuir para a previdência para ter acesso a determinados benefícios.

Ambos os conceitos abordam trabalhadores que realizam trabalhos independentes, mas que podem compartilhar algumas semelhanças com empregados tradicionais em termos de dependência econômica e necessidade de proteção previdenciária e direitos trabalhistas. No entanto, os detalhes e os critérios específicos podem variar em cada país e devem ser considerados caso a caso

Lorena Porto Vasconcelos aponta que o Ordenamento Alemão conceituaria o trabalhador subordinado, apenas para fins de negociação coletiva, como:

Pessoas que são economicamente dependentes e comparáveis a um trabalhador subordinado necessitado de tutela (pessoas semelhantes aos trabalhadores subordinados), quando com base em um contrato de obra ou de serviço trabalhem para outras pessoas, forneçam as prestações devidas pessoalmente e essencialmente sem a colaboração de outros trabalhadores dependentes e a) são ocupados prevalentemente junto a uma pessoa ou b) recebem de uma pessoa em média mais da metade da retribuição total obtida em sua atividade remunerada [...].¹⁴¹

Segundo o Professor da Universidade de Bremen Wolfgang Däubler, um dos principais autores de Direito do Trabalho na Alemanha, os empregados parassubordinados devem receber tratamento semelhante aos dos empregados tradicionais (direitos trabalhistas e previdenciários), argumentando, ainda, que a criação dessa nova forma de contratação constitui uma forte estratégia de precarização do trabalho. Para o autor, a legislação trabalhista alemã deve ser clara na definição de empregados parassubordinados e estabelecer critérios precisos para determinar quando alguém se enquadra nessa categoria, enfatizando também a importância de garantir que os empregados parassubordinados tenham acesso a uma proteção social adequada, incluindo previdência e benefícios trabalhistas.¹⁴²

Neste sentido, Lorena Vasconcelos novamente é precisa ao destacar que o cerne sobre a caracterização enquanto empregado subordinado ou parassubordinado reside, segundo a jurisprudência alemã na noção de dependência financeira, pontuando que:

Daí advém o conceito de “autonomia aparente”, que faz alusão ao fato de que os parassubordinados são autônomos fictícios, que são empurrados pela pressão econômica dos seus comitentes para uma situação formal de autonomia, quando, substancialmente, são empregados. Com efeito, a partir da “Lei para as correções no seguro social e para a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores”, editada pelo Governo Schröder, “a luta contra a autonomia aparente”, que é uma das finalidades desse diploma legal, tornou-se “um slogan que se encontra na boca de todos.”¹⁴³

Já na Espanha, existe a categoria de “trabalhador autônomo economicamente dependente” (*trabajador autónomo económicamente dependiente*), que desempenha seu trabalho de forma pessoal, não tem permissão para terceirizar suas tarefas,

¹⁴¹ VASCONCELOS, 2008, p. 118.

¹⁴² WOLFGANG, D. **Direito do Trabalho e sociedade na Alemanha**. São Paulo: LTr, 1997. p. 40-43.

¹⁴³ VASCONCELOS, 2008, p. 120.

assume o risco da atividade, dispõe dos recursos necessários para a realização do trabalho e recebe pelo menos 75% de sua renda de um único tomador.

Tais afirmações decorrem de importante trabalho de Miriam Cherry e Antonio Aloisi¹⁴⁴ tratando da possibilidade de criação de uma categoria intermediária no Direito do Trabalho, o que foi feito por meio de uma análise comparativa. No entanto, é bastante interessante notar que essas figuras intermediárias foram basicamente construídas em países com forte imigração. Ou seja, tais alterações legislativas se inserem em um contexto bastante homogêneo de recebimento de trabalhadores estrangeiros.

Dizendo de outro modo, é como se tais iniciativas legislativas estivessem direcionadas a criar ou regulamentar relações de trabalho que estariam na “base da pirâmide” do mundo do trabalho. Seriam direcionadas para trabalhadores em situação de desemprego ou na informalidade, assemelhando-se, inclusive, à iniciativa brasileira – sem sucesso até o momento – da “carteira de trabalho verde e amarela”¹⁴⁵.

Aprofundando esse argumento, Lorena Porto Vasconcelos aponta que o discurso de ampliação de acesso ao emprego perpetrada por essas iniciativas esconde uma realidade mais dramática. Para a autora, “trata-se de um verdadeiro retrocesso. Ao se criar a figura da parassubordinação, esvazia-se a noção de subordinação, dando a esta uma interpretação mais restrita”¹⁴⁶,concluindo que os trabalhadores parassubordinados seriam, em verdade, empregados.

¹⁴⁴ CHERRY, M.; ALOISI, A. A critical examination of a third employment category for on-demand work (in comparative perspective). In: DAVIDSON, N.; INFRANCA, J.; FINCK, M. (ed.). **The Cambridge handbook of law and regulation of the sharing economy**. New York: Cambridge University Press, 2018.

¹⁴⁵ O Programa da “Carteira de Trabalho Verde e Amarela” foi proposto pelo governo Bolsonaro (2018-2022) com o objetivo de criar um regime de contratação e emprego no Brasil, uma figura intermediária e menos “burocrática”. O programa previa mudanças nas regras trabalhistas e na forma como as empresas contratam funcionários, visando a redução dos custos trabalhistas e a geração de empregos. Algumas de suas principais características eram: a) A criação de um novo tipo de contrato de trabalho com regras mais flexíveis, que permitia uma redução dos encargos trabalhistas para os empregadores; b) Diminuição nos encargos pagos pelas empresas, incluindo a redução de contribuições previdenciárias e de FGTS; c) Estímulo à Contratação de Jovens, direcionando-se a jovens entre 18 e 29 anos, com o objetivo de facilitar a entrada no mercado de trabalho; d) Estímulo à Contratação de Idosos: Também inclui incentivos para a contratação de trabalhadores acima de 55 anos.

¹⁴⁶ VASCONCELOS, 2008, p. 115.

No entanto, é importante considerar que quando se fala em categoria intermediária não se fala em uma única categoria. Fala-se, em verdade em “categorias intermediárias” ou “categorias tangentes” à relação de emprego. E justamente a partir dessa ponderação que é possível analisar as iniciativas legislativas da Itália e da Espanha enquanto tentativas de regulamentar as relações de trabalho de profissionais que ocupam “altos” cargos e funções dentre das hierarquias empresariais.

Na Itália, surgiu o conceito de “trabalhador parassubordinado” (*lavoratore parasubordinato*) em 1973, quando a prestação de serviços passou a ser definida como uma atividade pessoal realizada de forma contínua e por meio de colaboração coordenada. Esses trabalhadores ficaram conhecidos como “co.co.co” ou “colaboradores coordenados e contínuos”. Inicialmente, as empresas contratavam trabalhadores parassubordinados para situações que se encaixavam nos padrões tradicionais de emprego.

Otávio Pinto e Silva, destacando com precisão que a noção de parassubordinação é bastante próxima da de que cooperação, aponta que:

São relações de trabalho de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de seus serviços, tudo conforme estipulado em contrato, visando colaborar para os fins do empreendimento. A tradução da palavra ‘parasubordinazione’ do italiano para o português é literalmente parassubordinação, uma vez que o prefixo par(a) é usado em composição que reveste a noção ‘para além de’. No caso, resulta, portanto, em ‘para além da subordinação’.¹⁴⁷

No entanto, na década de 2000, foram implementadas reformas legislativas com o objetivo de desencorajar a classificação inadequada de trabalhadores como parassubordinados. Em 2015, uma nova modificação legal foi introduzida, restabelecendo a importância do emprego subordinado, simplificando as regras e tipos contratuais no mercado de trabalho, ampliando o conceito de empregado e limitando a aplicabilidade do trabalho parassubordinado, bem como os direitos reconhecidos aos trabalhadores que se encaixam nessa categoria.

Neste sentido, o Código Civil Italiano, conforme defendido por Georgenor de Souza Franco Neto, apresenta quatro categorias de trabalhadores subordinados: “os

¹⁴⁷ SILVA, 2004, p. 102.

dirigentes (*dirigenti*), os quadros (*quadri*), os empregados (*impregati*) e os operários (*operai*). Para o autor paraense, “o dirigente é funcionário de alto escalão na estrutura empresarial, detentor de poder diretivo, capaz de tomar decisões que afetem o rumo da empresa” e conclui que “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”.¹⁴⁸

A relevância dessa diferenciação decorre, dentre outros fatores, por ter sido justamente na Itália o início da introdução no mundo ocidental desse trabalhador situado nessa famosa zona cinzenta entre subordinação e autonomia.

Nota-se, dessa forma, que essa “nova” categoria não é tão diferente do próprio empregado, em especial, do empregado no exercício de função de confiança, sendo, no entanto, bastante interessante o fato da delimitação do empregado parassubordinado poder ocorrer por meio de negociação coletiva, o que se compatibiliza de maneira significativa com a noção de adequação setorial negociada. Afinal, não há como discordar que em uma negociação coletiva haja uma mínima proximidade entre as partes ou até mesmo base informacional comum que atribua a elas melhores condições para delimitarem os contornos dessa “categoria”.

Sobre os direitos trabalhistas aplicáveis aos parassubordinados italianos, Vasconcelos destaca que:

A disciplina protetiva prevista para o trabalhador parassubordinado é bastante modesta, sendo muito inferior, quantitativa e qualitativamente, àquela prevista ao empregado. Ela consiste nas normas acima explicitadas: aplicação do processo do trabalho (art. 409, §3º, do CPC); da disciplina especial sobre os juros e correção monetária dos créditos trabalhistas (art. 429, §3º, do CPC); da disciplina das renúncias e transações (art. 2113, do CC/42) e do regime fiscal do trabalho subordinado (art. 47, §1º, “c” bis, do Decreto n. 917, de 1986). Inclui ainda: a cobertura previdenciária da aposentadoria e da maternidade e os auxílios familiares (art. 2º, §26 e ss., da Lei n. 335, de 1995; art. 1º, § 212 e ss., da Lei n. 662, de 1996; art. 59, §16, da Lei n. 449, de 1997; art. 80, §12, da Lei n. 388, de 2000; art. 64, do DL n. 151, de 2001); o seguro obrigatório contra os acidentes do trabalho e as doenças profissionais (art. 5º do DL n. 38, de 2000) e o reconhecimento da liberdade sindical e do direito de greve.¹⁴⁹

¹⁴⁸ FRANCO NETO, G. de S. **O trabalho do hipersuficiente e o dilema da proteção**. São Paulo: LTr, 2021. p. 99.

¹⁴⁹ VASCONCELOS, 2008, p. 143.

Dentre as legislações sobre “altos empregados” ainda chama bastante atenção para a iniciativa espanhola com o seu “pessoal de alta direção” (*personal de alta dirección*) enquanto relação de trabalho de “caráter especial”, valendo-se transcrever o dispositivo legal faz tal conceituação:

Artigo 1.2 Real Decreto nº 1382/1985: Considera-se pessoal de 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.

Dessa forma, o termo “*personal de alta dirección*” constitui uma categoria com previsão legal no Direito do Trabalho espanhol composta de trabalhadores com responsabilidades de alto nível em uma empresa. Essa categoria é frequentemente referida no contexto de cargos de direção, como diretores ou gerentes de alto escalão, que desempenham um papel fundamental na tomada de decisões estratégicas da empresa.

A regulamentação do “*personal de alta dirección*” está contida na legislação trabalhista espanhola. Como se vê a partir de sua conceituação, essa categoria de trabalhadores é caracterizada por sua alta autonomia e responsabilidade nas funções que desempenham. Além disso, muitas vezes estão excluídos de convenções coletivas e regulamentos que se aplicam a outros funcionários. Em vez disso, eles têm a capacidade de negociar diretamente os termos e condições de seus contratos de trabalho com a empresa.

Os “*personal de alta dirección*” frequentemente têm contratos de trabalho individuais que incluem acordos específicos sobre remuneração, bônus, benefícios e outras condições de trabalho. Isso ocorre devido à natureza especializada e crítica de seus cargos, que frequentemente envolvem tomada de decisões estratégicas que afetam diretamente o futuro da empresa.

Tratando do exemplo espanhol, Georgenor de Souza Franco Neto é preciso ao apontar as diferenças entre o “pessoal de alta direção” e a figura do empregado hipersuficiente da CLT brasileira. Segundo o autor:

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 o seu empregador em condições menos desiguais.¹⁵⁰

Concorda-se com Georgenor de Souza Franco Neto ao apontar a adequação do conceito espanhol, pois se nota que a caracterização enquanto “pessoal de alta direção” se refere basicamente às atribuições exercidas na função e não a critérios objetivos passíveis de desvirtuamento como na legislação trabalhista brasileira.

Em resumo, a questão da regulamentação dos altos empregados envolve dois grandes desafios. O primeiro é conceituar tais empregados, admitindo-se conceituações estruturais ou organizacionais como a espanhola, por exemplo, ou mesmo conceituações objetivas como a brasileira. O segundo desafio, por outro lado, igualmente dificultoso, é atribuir direitos e garantias a tais profissionais.

Em resumo, os ordenamentos precisam responder dois questionamentos: quem são e quais os direitos e garantias devidos a eles.

Neste cenário, vale trazer a curiosa e inusitada tentativa brasileira de “aprimorar” a figura do empregado hipersuficiente perpetrada pela Medida Provisória nº 881, de 20 de abril de 2019 – denominada de Medida Provisória da Liberdade Econômica – que em sua tramitação legislativa teve a inclusão da seguinte redação ao Art. 444 da CLT:

Art.444 § 2º Os contratos de trabalho de remuneração mensal acima de 30 (trinta) salários mínimos, cujas partes contratantes tenham sido assistidas por advogados de sua escolha no momento do pacto, será regido pelo direito civil, ressalvadas exclusivamente as garantias do art. 7º da Constituição Federal.¹⁵¹

¹⁵⁰ FRANCO NETO, 2021. p. 99.

¹⁵¹ BRASIL, 2017a.

Importante destacar que foi introduzido o parágrafo único no artigo 444 com a Lei 13.467/2017 com a intenção de possibilitar negociações individuais, quando conduzidas por trabalhadores que possuam diploma de nível superior e recebem salários mensais iguais ou superiores a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (atualmente, R\$ 15.572,04). Essas negociações inclusive teriam prevalência sobre certas condições legalmente estabelecidas.

No entanto, a Medida Provisória (MP) procurou aprofundar ainda mais o distanciamento entre o Direito do Trabalho e os chamados “altos empregados,” definidos, a partir dessa iniciativa, que não foi aprovada, como aqueles que recebem salários superiores a 30 vezes o salário-mínimo (atualmente, R\$ 42.360,00).

Contudo, a MP criou um complexo arranjo legal, pois excluía a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), estipulando que a relação se regula pelo Direito Civil e ao mesmo tempo garantia a aplicação dos direitos estabelecidos no artigo 7º da Constituição Federal. É importante ressaltar que esses direitos do artigo 7º estão regulamentados principalmente na CLT e em outras legislações trabalhistas específicas. Além disso, o primeiro direito assegurado pelo artigo 7º trata justamente da proteção da relação de emprego contra dispensa arbitrária.

Trata-se apenas de uma observação feita para esclarecer que o Brasil, mesmo que de forma rasa ainda, tentou apresentar respostas “adequadas” aos dois questionamentos ora analisados: quem são os altos empregados e quais os direitos e garantias assegurados a eles?

Em relação ao assunto, entende-se ser um dos principais desafios a serem enfrentados pelo Direito do Trabalho nos próximos anos. No entanto, considerando-se o fortalecimento da jurisprudência brasileira no sentido de atribuir legalidade a novos “arranjos” de prestações pessoais de serviços, há que se destacar que os questionamentos devem ser analisados a partir de duas relevantes óticas: a primeira a partir do asseguramento do mínimo existencial e a segunda a partir da noção de trato justo ou contrato decorrente de livre manifestação de vontade.

5 ALTOS EMPREGADOS: O CONCEITO E SEUS ELEMENTOS CENTRAIS

Conforme já destacado acima, esse trabalho parte da compreensão de que o Direito do Trabalho, ao se apresentar como um instrumento de ponderação de valores, estará submetido a um movimento de avanços e “retrocessos”, o que se materializa através de uma espécie de **valsa**, a **valsa trabalhista**. Ora caminhando para um sentido, ora caminhando para o outro, mas sempre tendo em seu centro gravitacional alguns importantes valores como a dignidade da pessoa humana, em especial do trabalhador e da trabalhadora, mas também a livre iniciativa, propriedade privada e a busca pelo pleno emprego.

Também se afirmou que esse movimento do Direito do Trabalho se dá através de uma interpretação de importantes instrumentos, dentre os quais se destacou os conceitos de subordinação jurídica, mas até mesmo de competência da Justiça do Trabalho.

Em termos mais diretos, esses movimentos podem ser percebidos através das interpretações, em especial de suas mudanças, de determinados institutos. Assim ocorreu com uma interpretação extensiva sobre o conceito de subordinação jurídica vivenciada até o início dos anos 90 no Brasil por exemplo, o que foi sucedido por um movimento inverso vivenciado nos últimos 7 anos, ocorrendo o mesmo em relação ao tema competência da justiça do trabalho, que passou por um fortalecimento com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e passa por um movimento de redução com as Reformas de 2017.

E nesse emaranhado de temas sensíveis – trabalho sob demanda, uberização, trabalho autônomo, competência da Justiça do Trabalho, dentre outros – desponta como um grande assunto a questão dos altos empregados ou mesmo empregados hiperssuficientes, conforme previsão no Art. 444 da CLT.

O assunto ainda é mais inflado quando se percebe que o discurso do sucesso empresarial ou das carreiras de grandes profissionais são apresentados em um contexto social de crítica ao Direito do Trabalho. Ser chefe virou moda no mundo corporativo. Daí a grande diversidade de nomenclaturas americanizadas para nomear cargos de gestão ou cargos ocupados por altos empregados. O presidente ou diretor

virou *Chief Executive Officers* (CEO), o diretor financeiro virou *Chief Financial Officers* (CFO), o diretor executivo virou *Managing Director*, o gerente geral *General Manager* e assim por diante.

Em resumo, o debate sobre a proteção ou mesmo regulamentação das relações de trabalho ou de emprego de empregados ocupantes dos cargos mais elevados nas estruturas organizacionais das empresas é um desses assuntos através do qual o Direito do Trabalho cresce ou diminui, vai para um lado ou para o outro.

Ou seja, é perceptível que, em momentos em que a dita força expansiva do Direito do Trabalho seja defendida tanto pela Jurisprudência quanto pelo próprio Estado, haja mais espaço político e jurídico para que as relações dos altos empregados sejam inteiramente regulamentadas pelo Direito do Trabalho, assemelhando-se significativamente a uma relação de emprego comum, observadas, no entanto, algumas restrições.

Por outro lado, também é perceptível que em momentos históricos com forte influência liberal – destaca-se as décadas de 1970 e 1980, bem como os últimos 7 anos – essas relações jurídicas sejam “expelidas” do Direito do Trabalho vigente ou colocadas para a sua “periferia”.

Contudo, não se pode afirmar que a relação jurídica do alto empregado seja uma novidade para o Direito do Trabalho. Além de antigo, o debate transborda as fronteiras dos países, sendo a nomenclatura altos empregados utilizada inicialmente no México¹⁵², Argentina e Uruguai. Com outras denominações, tem-se os *cadres* na França, os empregados de *alta direccion* na Espanha e os *dirigenti* na Itália, conforme já tratado no trabalho.

Portanto, as relações jurídicas de “altos empregados”, diretores, presidentes, gerentes etc. possuem centralidade no Direito do Trabalho tanto nos momentos de expansão deste ramo do Direito quanto em momentos de contração.

Relevância que decorre de uma necessidade de atribuir uma solução adequada e segura a profissionais que possuem grandes peculiaridades na prestação dos seus

¹⁵² CUEVA, M. de la. **Derecho mexicano del trabajo**. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. 1. v. p. 425.

serviços, o que se compatibiliza com a observação de Alice Monteiro de Barros ao afirmar que “propõe-se para o trabalho parassubordinado uma tutela adequada, sem a intensidade prevista para o trabalho subordinado e sem a ausência de tutela eficaz que ainda caracteriza o trabalho autônomo”¹⁵³.

Sobre o assunto, Alice Monteiro de Barros é ainda mais assertiva ao destacar que o alto empregado:

Embora não usufrua da tutela legal com a mesma extensão conferida aos demais empregados, possui subordinação jurídica própria do liame empregatício, porém, de forma debilitada, isto é, desfrutando de uma confiança estrita ou excepcional, que o coloca em posição hierárquica mais elevada, como *alter ego* do empregador. São, em princípio, vistos pela doutrina como empregados que, em face de suas atribuições, têm a seu cargo a marcha e o destino geral da empresa ou, ainda, possuem conhecimento dos segredos dessa organização de trabalho.¹⁵⁴

Martins Catharino, apontando as diferenças entre esses empregados e os “ordinários” defende, por sua vez, uma “proteção legal diversificada”, o que, até então não enfrenta maiores objeções de natureza acadêmicas.

Jorge Boucinhas Filho é ainda mais enfático ao defender que o legislador brasileiro deveria ter criado, não por meio de um dispositivo da CLT, mas por meio de uma lei específica, um regulamento para os empregados hipersuficientes, destacando, ainda, que, especialmente a figura do alto empregado constitui “uma das figuras mais desprotegidas e mais negligenciadas pelos operadores desse ramo da enciclopédia jurídica.”¹⁵⁵

Em relação à proposta de regulamentação legal através de um diploma legal específico, o que se mostra como uma interessante iniciativa, apenas se pontua, concordando-se com a proposição, da dificuldade jurídica patente de se caminhar para a criação de uma categoria profissional propriamente dita dos altos empregados a partir do arcabouço jurídico sindical atual.

¹⁵³ BARROS, A. M. de. Trabalhadores intelectuais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 39, n. 69, p. 147-165, 2004. p. 151.

¹⁵⁴ BARROS, A. M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 180.

¹⁵⁵ BOUCINHAS FILHO, J. C. Autonomia negocial dos trabalhadores hipersuficientes. *In*: DALLEGRAVE NETO, J. A.; KAJOTA, E. **Reforma trabalhista ponto a ponto**. Estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018.

É também Boucinhas Filho que, reconhecendo as peculiaridades dessas relações jurídicas, faz a defesa de que o Direito do Trabalho não pode se resumir a defesa do empregado hipossuficiente. Para o autor, o Direito do Trabalho “foi criado para proteger o trabalhador que esteja ligado a determinado empregado por contrato que apresente a presença de cinco elementos, a saber, a pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, alteridade e subordinação.”¹⁵⁶

Nessa ocasião é importante lembrar as reflexões construídas na primeira etapa deste trabalho quando enfrentamos o argumento de que os precedentes do Supremo Tribunal Federal ao jugarem como válidos alguns “arranjos” legais de prestação pessoal de serviços tomando como fundamento a inexistência de hipossuficiência. Na ocasião, ponderamos que argumentar que o Direito do Trabalho deva ser estritamente dedicado a assegurar um patamar mínimo de existência - um critério complexo de definir, seja em termos teóricos ou práticos – poderia implicar em um conflito com a sua própria missão fundamental de aprimorar as condições sociais nas relações de trabalho. Em outras palavras, ao advogar abertamente que o Direito do Trabalho deva proteger exclusivamente as relações de trabalho marcadas por forte assimetria ou desigualdade, está-se, pelo menos de forma indireta, sugerindo uma função muito mais limitada do que a que o sistema legal brasileiro atribui a esse campo do Direito.

Evidenciado a relevância e atualidade do tema, destaca-se que a Reforma Trabalhista de 2017 trouxe importante novidade para o Direito do Trabalho ao incluir o que usualmente tem-se denominado de “empregado hipersuficiente” no parágrafo único do Art. 444 da CLT, embora esteja relativamente claro que este dispositivo não tenha estabelecido uma nova modalidade contratual.

Portanto, quando se fala de “empregado hipersuficiente” – nomenclatura até então majoritária para tratar do artigo 444 da CLT – fala-se de empregado com capacidades e liberdades contratuais específicas, haja vista que os poderes concedidos por essa disposição legal podem ser exercidos por uma variedade de empregados, incluindo trabalhadores comuns, gerentes, diretores, e outros, uma vez

¹⁵⁶ BOUCINHAS FILHO, J. C. O alto executivo e a proteção do direito do trabalho. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 121, p. 121-136, 2013. p. 128.

que a remuneração superior a duas vezes o valor do teto do Regime Geral de Previdência Social, assim como a posse de um diploma de nível superior, não têm impacto na determinação da natureza gerencial ou não do cargo.

Em outros termos, a conceituação de empregado exercente de cargo de confiança é totalmente alheia aos requisitos do parágrafo único do Art. 444 da CLT, embora não se possa negar que grande parte dos empregados exercentes de tais cargos também se enquadrem no referido dispositivo.

Ou seja, nem todo ocupante de cargo de confiança possuirá os poderes negociais do artigo em questão. Justamente neste sentido, posiciona-se Adriana Wyzykowski ao destacar que:

Os empregados considerados hipersuficientes não devem ser confundidos com os altos empregados, que são aqueles que exercem cargos ou funções de confiança, segundo art. 62 da CLT, e percebem, pelo menos, acréscimo salarial de 40%. Os altos empregados apenas serão considerados hipersuficientes se vierem a preencher os requisitos já mencionados. Reconhece-se, todavia, que o patamar salarial dos altos empregados faz com que estes possam ocupar a posição de hipersuficiente com mais frequência, caso possuam nível superior.¹⁵⁷

Afinal, não há limitação alguma para que o empregado exerça cargos de confiança sem ter ensino superior ou remuneração inferior do patamar trazida pela Lei 13.467/2017.

No entanto, a confusão entre altos empregados e empregados hipersuficientes possui algumas justificativas plausíveis, afinal ambos acabam por se situar dentro de uma cinzenta ou dual entre empregador e empregados. Mas também por possuírem um alto patamar remuneratório e, por conta dessas condições, ainda possuírem melhores condições de negociação perante os tomadores dos serviços do que o restante dos empregados.

Apresentado, portanto, este panorama sobre o assunto, este trabalho passa a enfrentar uma de suas questões principais: quem são os altos empregados.

¹⁵⁷ WYZYKOWSKI, A. **Autonomia Privada e vulnerabilidade do empregado**: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 134.

5.1 Conceito de altos empregados

Segundo o dicionário Houaiss, o termo executivo, muitas vezes utilizado como sinônimo de alto empregado, “é o indivíduo que ocupa cargo de direção ou de alta responsabilidade em organização comercial ou financeira”.

O Art. 16 da Lei nº 8.036 de 1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ainda estabelece que “considera-se diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo.”¹⁵⁸

Luciano Martinez, um dos autores que centrou suas atenções na análise do alto empregado, diferencia-os dos empregados ordinários, pontuando que estes “ao contrário dos ordinários, são aqueles que realizam atribuições elevadas e que dispõem de amplos poderes gerenciais, sendo, por isso, confundidos com o próprio empregador”¹⁵⁹, acrescentando, ainda, que a Lei 8.966/1994, que alterou o artigo 62 da CLT, delimitou que essa qualidade exige tanto o exercício de altas atribuições quanto o recebimento de gratificação funcional em dimensão necessariamente superior a 40% do salário do cargo efetivo.¹⁶⁰

Portanto, com base no conceito apresentado por Martinez, é importante destacar as “responsabilidades elevadas e amplos poderes de gestão”, o que possui grande compatibilidade com as observações de Alice Monteiro de Barros ao pontuar que a legislação trabalhista reconhece a variação no grau de confiança, distinguindo entre (i) confiança genérica, (ii) confiança específica ou estrita e (iii) confiança excepcional.

Para a autora¹⁶¹, a confiança genérica é uma cláusula geral do contrato de trabalho que, em geral, não implica em diferenciação significativa entre os

¹⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Ministério do Trabalho, 1990. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=8036&ano=1990&ato=47fMzYU1keFpWTbc1>. Acesso em: 10 nov. 2023.

¹⁵⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 255

¹⁶⁰ MARTINEZ, 2019.

¹⁶¹ BARROS, A. M. de. Cargo de confiança: empregado ocupante do cargo consequências práticas de sua qualificação jurídica. **Revista Síntese Trabalhista**, [s.l.], v. 167, 2003. p. 5.

empregados. Por outro lado, a confiança específica ou estrita, conforme estipulado no artigo 224, § 2º da CLT, implicaria em poderes de supervisão relativamente limitados, podendo tomar decisões de contratação, demissão ou aplicação de penalidades aos empregados.

Por fim, a confiança excepcional se refere àquela exercida por gerentes, diretores, chefes de departamento ou filial, que detêm amplos poderes de gestão, conforme estabelecido no Art. 62, II da CLT, o qual estabelece que os ocupantes de cargos de gestão não estão sujeitos às regras de controle de jornada da CLT.

Com isso, nota-se que a legislação trabalhista tenta dar uma solução “adequada” à situação desses empregos, o que se materializa através de uma relação inversamente proporcional entre fidúcia e proteção trabalhista. Ou seja, quando maior a fidúcia menor a necessidade de proteções trabalhistas.

Devido às particularidades inerentes às funções desempenhadas, os diversos sistemas legais trabalhistas, concedem a esses empregados um tratamento especial, que inclui, em determinadas áreas, uma redução das proteções. Isso se manifesta, por exemplo, nas horas extras, onde é aplicada a presunção relativa de que esses empregados não estão sujeitos ao controle de horário e, portanto, não têm direito à remuneração por horas extras. Além disso, no que se refere à proteção contra demissões, não se exige a apresentação de uma justificativa para a rescisão do contrato de trabalho, em virtude da relação de maior confiança existente entre esses funcionários e o empregador.

Neste sentido, pode-se citar a exclusão do controle de jornada dos gerentes previstos no Art. 62, II da CLT, mas também previsões expressas nos parágrafos 1º e 2º do Art. 468 da CLT de que “não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”¹⁶², bem como que “a alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação

¹⁶² BRASIL, 2017a.

correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função”.¹⁶³

Dispositivos que representam significativas exceções aos princípios da irreduzibilidade salarial e da própria estabilidade financeira, os quais consistem em elementos centrais do Direito do Trabalho.

No entanto, é importante destacar que essas exceções, ao evidenciar uma aplicação menos intensa do Direito do Trabalho a essas relações jurídicas, atribuindo certa elasticidade ao contrato, derivam de patentes necessidades empresariais e organizacionais para a própria condução do empreendimento, o que reforça a posição já apresentada neste trabalho do Direito do Trabalho enquanto um mecanismo de ponderação de valores.

Essa “elasticidade” se materializará justamente através da interpretação proposta como referencial no primeiro capítulo do trabalho, através da qual se constrói soluções que adaptam o Direito ao seu contexto social, levando em consideração os princípios e valores inerentes ao ramo do direito em questão, destacando-se, por exemplo, o mínimo existencial e a noção de equidade ou isonomia.

Maurício Godinho Delgado reconhece esse tratamento jurídico diferenciado até aqui destacado e pontua que os altos empregados são aqueles “ocupantes de posições internas de chefia, funções de gestão e outros cargos de elevada fidúcia”¹⁶⁴ exercendo, ainda as prerrogativas de direção e gestão do empregador, enquanto que Francisco Luciano Minharro traz a precisa observação de que o alto empregado tem a possibilidade, diante da relevância de suas atribuições, de colocar em risco a própria existência da empresa.¹⁶⁵

Também é Maurício Godinho Delgado quem faz a divisão dos altos empregados em (i) os empregados ocupantes de cargos ou funções de confiança, conforme o Art. 62 da CLT; (ii) cargos e funções de confiança no setor bancário, conforme o Art. 224 da CLT; (iii) diretor de Sociedade Anônima; (iv) e a figura do sócio

¹⁶³ BRASIL, 2017a.

¹⁶⁴ DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 333.

¹⁶⁵ MINHARRO, F. L. **Cargos de Confiança e empregados exercentes de altas funções**. São Paulo: Ícone, 2005.

empregado.¹⁶⁶ Já Vólia Bonfim Cassar exclui a última modalidade apontada por Godinho e denomina os autos empregados de (i) gerente, (ii) “gerentão” e (iii) diretor de Sociedade Anônima.¹⁶⁷

Dessa forma, o primeiro elemento do conceito de alto empregado é a fidúcia especial ou especialíssima, uma vez que as atribuições conferidas a esses profissionais os colocam em posição de representação da empresa tanto em relação aos demais empregados quanto a própria sociedade, o que, por outro lado, atribui-lhe maiores responsabilidades perante o empreendimento e todas as partes envolvidas (empregados, prestadores de serviços, contratantes, consumidores, concorrentes etc.).

Para além da fidúcia especial, o segundo elemento seria posição ocupada na organização empresarial, o que evidencia que os serviços prestados se vinculam usualmente ao exercício de atribuições elevadas e relacionadas a atividades de direção de natureza administrativa ou técnica.

Fala-se nessa diferenciação técnica e administrativa, pois é bastante comum a classificação de altos empregados que exercem atividades de natureza administrativa e de natureza técnica.¹⁶⁸ No entanto, entendemos que a natureza das atividades exercidas – técnicas ou de gestão – não se caracterizam enquanto elemento diferenciador para o conceito, pois, os outros elementos, interpretados conjuntamente, forneceriam maior segurança, destacando-se, ainda, viver-se em um contexto profissional no qual os altos profissionais são cada vez mais demandados a exercerem diferentes tarefas, dentre as quais se inserem tarefas de natureza de gestão e outras técnicas.

Outro elemento sensível é o patamar remuneratório. Embora se perceba, conforme já destacado em outros momentos, que há uma relação inversamente proporcional entre tutela do trabalhador e remuneração – quando mais se aumenta a

¹⁶⁶ DELGADO, 2019, p. 355.

¹⁶⁷ CASSAR, V. C. **Direito do Trabalho**. 13. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 301.

¹⁶⁸ Neste sentido, Eliegi Tebaldi defende que os altos empregados se classificam entre aqueles com cargo de direção de natureza administrativa e aqueles que exercem direção de natureza técnica. Segundo a autora, somente os primeiros ocupariam cargo de confiança, pois exerceriam amplos poderes de direção e gestão próprias do empregador ao passo que os “altos empregados técnicos” não exerceriam necessariamente tais funções (Tebaldi, 2016).

remuneração, a tendência é que as garantias trabalhistas reduzam – é inegável que as relações jurídicas de altos empregados pressuponham um alto patamar remuneratório.

Dessa forma, firma-se como conceito de alto empregado para o presente trabalho o seguinte: é alto empregado aquele profissional que é responsável pelo exercício de atribuições elevadas na estrutura corporativa de uma empresa relacionadas às atividades de direção de natureza administrativa e/ou técnica diretamente vinculadas ao sucesso do estabelecimento empresarial e decorrentes de uma confiança excepcional a ele conferida pelo empregador. Trata-se de relação de emprego com alto patamar remuneratório em comparação aos outros empregados, possuindo, ainda, este profissional, amplos poderes, porém não ilimitados, de representação da empresa.

São apresentados, portanto, quatros elementos conceituais: (i) exercícios de atividades e responsabilidades decorrentes de confiança excepcional a ele conferida pelo empregador; (ii) o exercício de atribuições corporativas elevadas de direção tanto administrativa quanto técnicas, materializadas através de cargos hierarquicamente superiores na estrutura organizacional da empresa; (iii) poderes e responsabilidades decorrentes da representação da empresa perante empregados, prestadores de serviços, contratantes, consumidores, concorrentes, autoridades e organizações públicas e sociedade de modo geral; e (iv) elevado patamar remuneratório.

Elementos a serem tratados a seguir.

5.2 Elementos e características da relação jurídica dos altos empregados

5.2.1 *A fidúcia excepcional*

Mozart Victor Russomano defende que:

Há, na Consolidação, uma ideia de confiança progressivamente crescente, que pode ser enunciada em quatro níveis: a) confiança genérica, comum a todos os contratos de trabalho, que pressupõem um mínimo de fidúcia, de parte do empregador; b) confiança específica, relativa aos bancários, segundo a exemplificação do parágrafo 2o., do art. 224; c) confiança estrita

(art. 499); d) confiança excepcional, que é aquela que enquadra o gerente na alínea C, do art. 62.¹⁶⁹

Em sentido bastante semelhante, Alice Monteiro de Barros destaca que a legislação trabalhista admite o escalonamento da ideia de confiança em (i) confiança genérica, (ii) confiança específica ou estrita e (iii) confiança excepcional.¹⁷⁰

A autora distingue três tipos de confiança no contexto do contrato de trabalho. De um lado a confiança genérica, que é uma cláusula geral existente em todas as relações de emprego. Por outro lado, existe a confiança específica ou estrita, conforme estabelecida pelo artigo 224, § 2º da CLT, que restringe consideravelmente os poderes de gestão, permitindo que esses profissionais contratem, demitam ou disciplinem empregados. Por fim, há a confiança excepcional, que se aplica a gerentes, diretores, chefes de departamento ou filial, que possuem amplos poderes de gestão, de acordo com o Art. 62, II da CLT, os quais não são abrangidos pelas regulamentações da CLT relacionadas ao controle de jornada.

Neste sentido, é bastante precisa a observação de que a principal diferença entre o alto empregado e empregado que exerce cargo de confiança é justamente esta confiança excepcional, tendo em vista, principalmente a redação do Art. 499 da CLT que prevê expressamente que “não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvando o computo de serviços para todos os efeitos legais”, mas também o Art. 62, II da CLT. Por isso, fala-se que os cargos de confiança estão dispostos na CLT de forma exemplificativa e, para tanto, aponta-se, além dos dispositivos citados, a previsão do Art. 224, §2º da CLT.

Tal diferenciação – confiança estrita e excepcional – foi acatada pelo Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula 287 ao estabelecer que “a jornada de trabalho o empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º da

¹⁶⁹ RUSSOMANO, M. V. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 138.

¹⁷⁰ BARROS, 2003.

CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT".¹⁷¹

Essa fidúcia ou confiança excepcional é praticamente inerente ao exercício do cargo, sendo, portanto, intrinsecamente vinculada ao dia a dia do trabalho.

A questão curiosa sobre a fidúcia excepcional diz respeito ao seu aspecto emocional ou psicológico. Em diversas ocasiões até esta etapa do trabalho, podemos trazer citações nas quais o alto empregado é apontado como um *alter ego* do empregador, ou mesmo que esse profissional exerce a representação da empresa perante a sociedade de modo geral.

Para que essa relação de representação e substituição ocorra é necessária a existência de uma confiança excepcional, a qual é reconhecida pelo Direito do Trabalho para tornar mais tênue a proteção trabalhista. Trata-se, portanto, de elemento relevante para o Direito do Trabalho.

No entanto, é importante trazer a observação de Godinho no sentido de que esse profissional se situa em uma zona dúbia na qual ora é empregado ora é empregador. Tal situação, sem dúvida, leva a consequências psicológicas ou emocionais significativas e, dentre elas, também se torna inegável a satisfação pessoal e profissional no exercício de tais cargos.

Dizendo de maneira mais simples, a fidúcia especialíssima é um elemento de desejo no mundo do trabalho atual. Há um discurso, implícito ou não, difundido no mundo do trabalho no sentido de que ser destinatário dessa super fidúcia seja um grande objetivo profissional e que traga grandes consequências positivas para além do aspecto meramente remuneratório.

É o que foi percebido por Echevest ao destacar que a figura do alto empregado é captada pelo discurso midiático de que este profissional alcançou o êxito na carreira, tornando-se bem-sucedido e um exemplo a ser seguido por todo e qualquer

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 287. Jornada de trabalho. Gerente bancário. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 21 nov. 2003a.

profissional, o que, por outro lado, exigirá uma postura de “super-herói” condizente com os benefícios¹⁷².

Portanto, compreende-se que a fidúcia excepcional possui dupla finalidade. A primeira seria possibilitar o exercício das funções inerentes ao cargo. Seria, assim, uma função necessária, destacando-se, no entanto, que essa fidúcia especialíssima existirá até mesmo quando não houver relação de emprego. Por outro lado, a segunda função dessa fidúcia seria uma espécie roupa que se dá ao empregado. Uma roupa de empregador.

É através da fidúcia especialíssima que o estabelecimento empresarial dá ao alto empregado o “ar” de dono, de responsável. Essa função ainda terá a importantíssima utilidade de atribuir a esse mesmo profissional a responsabilidade pelo sucesso ou insucesso do empreendimento.

Segundo Henry Mintzberg, autor notabilizado pelo livro de 1973 “*The Nature of Managerial Work*”¹⁷³, o executivo ou o alto empregado desempenha uma série de papéis que definem sua atuação, destacando que chama de papéis interpessoais, que envolvem as relações sociais e a representação da empresa. O primeiro papel, conhecido como “Imagem do Chefe”¹⁷⁴ ou “Representante da Empresa” (*figurehead*), exige que o gestor cumpra tarefas não relacionadas ao processamento de informações ou à tomada de decisões, como assinar documentos e marcar presença em eventos sociais. Trata-se, no entanto, do elemento de representação da empresa, o qual possui gigantesca relevância no exercício do cargo.

O segundo papel, segundo o autor, seria o de “Líder”, desempenhando um papel crucial na motivação da equipe e no direcionamento das atividades. O líder inspira a hierarquia, toma decisões gerenciais, como contratações e promoções, e aloca recursos para atingir objetivos organizacionais.

O terceiro papel, “Contato” ou “Ligação”, enfoca nas relações horizontais dentro do ambiente de trabalho. Essas relações, muitas vezes esquecidas em favor das

¹⁷² ECHEVEST, S. O perfil do executivo no mercado globalizado. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 167-186, 1999.

¹⁷³ MINTZBERG, H. **The nature of managerial work**. New York: Harper Collins Publishers, 1973.

¹⁷⁴ MINTZBERG, 1973.

verticais, são fundamentais para o estabelecimento de redes externas que auxiliam na construção da reputação do executivo.

Esses papéis interpessoais ilustram a complexidade do trabalho de um alto empregado e destacam a importância das relações sociais e do papel de líder na eficácia da gestão empresarial, mas, além de tudo, evidenciam a complexidade e das repercussões dessa fidúcia especialíssima.

Tal afirmação se aproxima muito do cenário de contratação de técnicos profissionais para os times de futebol no Brasil. Aquele profissional, independente ou não da relação de emprego, estabelece as estratégias que serão seguidas pelo time, escala os seus jogadores, organiza a sua comissão técnica e recebe o “bastão” para a condução do time.

O sucesso da estratégia leva a um lugar e o insucesso leva a outro, mas independente do resultado, essa roupa de chefe ou de dono foi devidamente vestida pelo período que lhe competia.

Por fim, também se chama atenção para o fortalecimento da profissionalização do administrador nos últimos anos, o que faz com que a administração de grandes corporações se torne cada vez mais complexa e dependente de altas habilidades, o que coloca, ao menos do ponto de vista técnico, alguns altos empregados em posição de construir estratégias até mesmo diferentes das impostas por donos ou acionistas de grandes empresas.

Enquanto desdobramento da fidúcia excepcional vale destacar a figura do “*personal de alta direcion*” – altos empregados na Espanha – que tem na legislação espanhola a vedação geral de celebração de contratos diversos por tais empregados “salvo autorização do empregador”.

Dizendo de maneira mais direta, a fidúcia é tão diferenciada nessas relações jurídicas que faz com que a condução do empreendimento possa seguir as diretrizes apontadas pelo alto empregado até mesmo quando o real empregador entenda de maneira contrária. Trata-se de desdobramentos tanto da fidúcia especialíssima quanto da superação da dependência técnica entre empregado e empregador. Tudo isso sem se ventilar a ausência de subordinação jurídica entre as partes.

5.2.2 *A posição estrutural*

O segundo elemento do conceito de altos empregados é a posição exercida por tais profissionais na hierarquia empresarial, o que se vincula justamente aos poderes a ele inerentes.

Aqui se faz importante destacar que não há mais como se conceber uma única e padronizada estrutura empresarial. Ao contrário, as estruturas empresariais serão as mais distintas possíveis não sendo objeto de análise pelo Direito do Trabalho essas minúcias.

Faz-se tal observação para que se deixe claro ser plenamente possível a existência de diversos cargos de altos empregados em uma empresa só. Sejam eles de natureza administrativa ou técnica, conforme já pontuado acima.

Henry Fayol, um renomado teórico da administração e amplamente reconhecido por suas contribuições para a teoria da administração no início do século XX, delineou cinco funções essenciais para administradores ou gestores, que constituem a base do processo administrativo. De acordo com Fayol, administrar envolve prever, organizar, comandar, coordenar e controlar.¹⁷⁵

A primeira é “prever”, que envolve a capacidade de antecipar eventos futuros e criar planos de ação com base nessa previsão. A segunda é “organizar”, que abrange a estruturação dos recursos e responsabilidades na organização para garantir eficiência. A terceira função é “comandar”, que se refere à direção das equipes, fornecendo orientações e motivação para alcançar objetivos. Além disso, Fayol sublinhou a importância da função de “dirigir”, que envolve a condução da empresa para obter o máximo proveito dos recursos disponíveis, incluindo tarefas diárias de liderança e aprimoramento contínuo. Essas funções fundamentais da administração delineadas por Fayol fornecem um guia para o sucesso da gestão organizacional e continuam a influenciar a prática de administração até os dias atuais.

¹⁷⁵ FAYOL, H. **Administração industrial e geral**. 3. ed. Editora Atlas: São Paulo, 1958. p. 10-11.

Trazem-se essas observações da Administração de Empresas para que se evidencie que essas grandes funções do administrador de empresas fazem com que as prerrogativas do cargo do alto empregado sejam com eles compatíveis.

Dizendo de outra maneira, para exercer funções tão complexas e distintas como prever, organizar, comandar, dirigir etc, é importantíssimo que a posição do alto empregado seja elevada na estrutura hierárquica da empresa.

Essa posição do alto empregado ainda vai possuir grande relevância para o Direito do Trabalho quando se evidencia, por exemplo, que parte significativa do poder empregatício pode ser exercida justamente por esse profissional.

Ou seja, a relevância da posição hierárquica do alto empregado possui grande repercussão para o Direito do Trabalho quando se constata que as prerrogativas inerentes ao poder empregatícia serão exercidas por esse emprego. Neste sentido, destacam-se as prerrogativas de contratação, de direção, de organização e até mesmo de punição através da imposição de suspensões, advertências ou rescisões com ou sem justa causa.

Esse critério estrutural ou organizacional foi utilizado pelo Direito do Trabalho espanhol com a figura do “pessoal de alta direção” e, mesmo não tendo utilizado critérios objetivos no Brasil (salário e ensino superior) representou escolha bastante acertada, pois transferiu a análise da existência ou não da relação jurídica de emprego para a integração desse profissional na empresa, reconhecendo, ainda, o poder de negociação individual decorrente dessas funções.

Não se trata apenas de poderes de representação. O poder empregatício admite certa transferência para determinados empregados. E são justamente os altos empregados que, em regra, serão destinatários de parcela dessas prerrogativas em decorrência justamente das posições ocupadas pelos altos empregados.

Outro fator bastante relevante a respeito da integração do alto empregado à estrutura da empresa é a sua submissão ao poder empregatício, o que se evidencia com a possibilidade lógica de ser submetido a sanções inerentes a qualquer relação de emprego como advertência, suspensão ou até mesmo demissão.

Por fim, apenas se destaca que o critério estrutural pode representar até mesmo um fortalecimento da diferenciação entre altos empregados e trabalhadores autônomos, uma vez que a embora se admita que o profissional autônomo possa se inserir da estrutura da empresa para prestar seus serviços de maneira autônoma, a situação é bastante diferente quando o profissional, ocupando cargos de chefia, é inserido nessa estrutura.

O que se percebe, em verdade, é que o elemento estrutural, ao lado da fidúcia especialíssima, são extremamente centrais nas relações de trabalho de altos empregados.

5.2.3 *Os poderes de representação*

Em termos de administração de empresas e gestão, o termo “*figurehead*” (ou figura decorativa, em tradução literal) é frequentemente usado para descrever um dos papéis interpessoais do gerente, conforme proposto por Henry Mintzberg em sua teoria das funções gerenciais, autor que ainda utiliza o termo “representante de empresa”¹⁷⁶.

O papel do “*figurehead*” refere-se a atividades ou responsabilidades que um gerente executa mais por formalidade ou por ser uma tradição organizacional do que por desempenhar uma função gerencial substancial. Isso pode incluir a participação em eventos de prestígio, como cerimônias de premiação, assinatura de documentos importantes, representação da empresa em eventos sociais ou em funções protocolares.

Segundo o autor, embora o papel do “*figurehead*” possa parecer cerimonial e decorativo, ele desempenha um papel importante na manutenção das relações interpessoais e na imagem da empresa. Isso ajuda a criar uma atmosfera de confiança e respeito entre a empresa e partes interessadas externas, como clientes, parceiros comerciais e a comunidade em geral.

No entanto, é importante observar que, além do papel de “*figurehead*”, os gerentes desempenham várias outras funções mais substanciais, como planejar,

¹⁷⁶ MINTZBERG, H. **Managing**: desvendando o dia a dia da gestão. Porto Alegre: Bookman, 2010.

organizar, liderar e controlar, que são essenciais para a gestão eficaz de uma organização. Portanto, o papel de “*figurehead*” é apenas um dos vários papéis interpessoais desempenhados pelos gerentes, complementando suas funções mais estratégicas e operacionais.

Henry Mintzberg ainda identifica o papel do “porta-voz” (*spokenman*)¹⁷⁷. Essa responsabilidade envolve não apenas falar em nome da organização, mas também desempenhar um papel ativo nas relações públicas. Além disso, esse profissional interage com diversos sujeitos, incluindo diretores da empresa, consumidores, colegas, agências governamentais e organizações comerciais. A principal finalidade é coletar informações atualizadas do ambiente externo, que são essenciais para o funcionamento da empresa.

Além disso, o alto empregado ainda desempenha um papel fundamental na promoção de uma cultura de coleta e compartilhamento de informações entre os empregados, capacitando-os a atuar como filtros, identificando e transmitindo informações relevantes sobre as tendências de mercado que afetam o setor em que a empresa atua. Essa função é crucial para manter a empresa atualizada e competitiva no mercado.

Quando se trata especificamente do fator confiança, é notável a observação feita por Francisco Minharro¹⁷⁸ ao associar as responsabilidades dos altos executivos às tarefas inerentes ao empregador. Segundo o autor, as funções desempenhadas por esses altos executivos estão intimamente ligadas às atividades essenciais do empregador, acrescentando a necessidade de uma remuneração superior à média dos demais funcionários. Além disso, ele advoga que essas atividades devem ser realizadas com um grau significativo de autonomia.

O que se percebe até aqui é que o alto empregado se submete a uma tripla camada de responsabilidades e atribuições – dentre outras: uma mais central derivada diretamente da fidúcia especialíssima, que se materializa através da relação desse profissional com os reais donos da empresa (sócios, investidores, Conselho de Administração etc.); uma segunda camada formada pelas relações com os

¹⁷⁷ MINTZBERG, 2010.

¹⁷⁸ MINHARRO, 2005.

empregados, prestadores de serviços, subordinados etc, que deriva justamente posição de hierarquia ocupada pelo alto empregado em relação a esses sujeitos; e uma terceira camada composta pelas atribuições e responsabilidades inerentes às funções do *figurehead* e do *spokenman*, materializadas através das relações com os representantes da sociedade a que a empresa está submetida (consumidores, clientes, parceiros, instituições públicas etc.).¹⁷⁹

Essa tripla camada de atribuições e responsabilidades vinculam-se justamente às diversas posições doutrinárias no sentido de que o alto empregado funciona como um alter ego do empregador.

De fato, trata-se de patente substituição do empregador, o que coloca o alto empregado, muitas vezes, em uma situação social e econômica mais próxima do empregador do que dos empregados de modo geral, dificultando até mesmo uma possível sensação de pertencimento em relação à classe trabalhadora.

A reflexão a ser feita a partir dessas importantes considerações diz respeito à incompatibilidade dessa “substituição” do empregador pelo empregado. Isso porque, é bastante comum que demandas judiciais com pedido de reconhecimento de vínculo empregatício tenham suas defesas estruturadas a partir do argumento de que determinados profissionais, por substituírem os interesses do empregador ou da empresa, não seriam empregados em sua acepção corriqueira.

Discordamos desse posicionamento, pois reputamos que essa substituição ou representação do alto empregado não desnatura ou inviabiliza a subordinação jurídica.

Também é possível notar que as observações de Mintzberg evidenciam um complexo de atribuições e responsabilidades direcionados ao gestor. E que essas atribuições são praticamente inerentes ao cargo de modo que seja possível afirmar que essas funções de representação ou substituição sejam, em verdade, atribuições

¹⁷⁹ Sobre a relevância dessa imagem de executivo, Karen Louise Mascarenhas, em Dissertação de Mestrado construída a partir da análise de determinados executivos, concluiu que: O executivo fixa-se à imagem da personagem do executivo, ainda que não esteja no exercício da função executiva. Prende-se ao seu papel profissional como executivo para definir-se como sujeito que trabalha. Perdida a condição de “empregado de uma empresa”, ele é um executivo que não produz e, neste aspecto, não está contribuindo para a sociedade. Sente-se culpado, pois há uma cobrança dele mesmo e da sociedade no sentido de que precisa ser produtivo (Mascarenhas, 2008).

inerentes aos cargos, não havendo como sustentar que elas inviabilizariam eventual reconhecimento de vínculos empregatícios.

Por fim, encerrando as reflexões a respeito da fidúcia especialíssima, da posição hierárquica, bem como dos poderes de representação e substituição, transborda-se para o assunto da coordenação na prestação de serviços.

Isso porque, é bastante fácil encontrar debates que colocam a subordinação jurídica enquanto elemento contrário à coordenação. De modo simples, constrói-se uma fórmula matemática no sentido de que quanto mais coordenação menos subordinação e que quando mais subordinação menos coordenação.

Fazendo-se um corte de objeto para as relações de altos empregados, compreende-se que essa “fórmula” não possui aplicação neste cenário. O que se observa é a atuação em coordenação do alto empregado com o empregador é uma constante nessa fórmula, na qual ainda está inserida a fidúcia especialíssima.

Portanto, esse trabalho entende que há espaço suficiente em uma relação jurídica de emprego para fidúcia especialíssima, coordenação entre as partes e subordinação jurídica.

No entanto, essa grande camada de atribuições e responsabilidades vem, em regra, acompanhadas de contraprestações compatíveis muitas vezes desejadas no mundo do trabalho, razão pela que se faz necessário tratar desse patamar remuneratório dos altos empregados enquanto elemento conceitual.

5.2.4 **O patamar remuneratório**

No capítulo anterior tivemos oportunidade de tratar da dependência econômico como um critério embrionário para a própria subordinação jurídica.

Na ocasião foi esclarecido que a dependência econômica já não pode ser compreendida como um dos elementos essenciais para a caracterização da relação de emprego, no entanto, é importantíssimo repetir o destaque feito ali no sentido de que a dependência econômica continua sendo um forte indício para a comprovação de uma relação de emprego.

Contudo, é bastante usual defender a existência de dependência econômica apenas em relações de emprego com baixos patamares remuneratórios. Em outros termos, é bastante corriqueiro se deparar com a argumentação de que empregados com baixos salários seriam muito dependentes financeiramente aos seus respectivos empregos, informação que não se refuta.

Por outro lado, esse mesmo discurso tende a se tornar rarefeito quando afirma que um alto empregado também possa ser dependente financeiramente ao seu emprego e é justamente a partir desse segundo raciocínio que se pretende refletir sobre a questão do patamar remuneratório de altos empregados.

É o que foi precisamente observado por Jorge Luiz Souto Maior ao destacar que:

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.¹⁸⁰

Portanto, quando se fala em altos patamares remuneratórios nem sempre se está diante de uma independência financeira.

A principal observação que se apresenta nesta oportunidade é que o empregado ordinário não possui, em regra, a base informacional suficiente que o coloque em condições relativamente equilibradas de negociação sobre sua remuneração, pois a regra é que tal empregado não tenha acesso livre as informações financeiras e econômicas mais sensíveis da empresa, o que, inclusive, o distancia do resultado do seu trabalho.

Esse cenário, no entanto, passa por alguma distinção quando se analisa a situação de altos empregados. Afinal, mesmo não se partindo do pressuposto de que todos os altos empregados tenham acesso a tais informações, também é relativamente pacífico que boa parte dos altos empregados tenham acesso a

¹⁸⁰ MAIOR, J. L. S. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 91-115, 2006. p. 99.

informações básicas sobre a saúde financeira das empresas e, conseqüentemente, dos resultados auferidos em decorrência dos seus trabalhos.

Essa característica faz com que a remuneração dos altos empregados seja interpretada não apenas como uma contraprestação pelos serviços prestados, mas que também tenha no fator de estímulo uma outra característica relevante.

Dizendo de outra maneira, a remuneração de altos empregados é um pouco além do que apenas uma contraprestação.

Gupta e Shaw¹⁸¹ apontam que os sistemas de remuneração são reconhecidos como um dos principais determinantes da qualidade e eficácia do capital humano. Em segundo lugar, segundo os autores, eles exercem influência sobre as atitudes e comportamentos dos empregados. Em terceiro lugar, as decisões relativas à remuneração têm implicações financeiras na gestão organizacional, desempenhando um papel na atração e retenção de profissionais qualificados por meio da formulação de uma estratégia de remuneração apropriada. Por fim, a remuneração desempenha um papel fundamental no reconhecimento do esforço e desempenho dos colaboradores

Quanto a esses sistemas de recompensas, Ademar Orsi, Doutor e Mestre em Administração pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) da Universidade de São Paulo (USP), divide-os em duas categorias distintas: recompensas financeiras, que englobam elementos com valores tangíveis, como salários, benefícios, bônus, adicionais e gratificações; e recompensas não financeiras, que possuem valores intangíveis e estão voltadas para aspectos intrínsecos ao indivíduo, como oportunidades de desenvolvimento profissional.¹⁸²

Por outro lado, Hipólito propõe uma classificação em três grupos principais: remuneração fixa, que engloba salário e benefícios pagos regularmente; remuneração variável, que pode ser de curto ou longo prazo e está vinculada ao alcance de metas e resultados; e outras formas de recompensa, cujo propósito é o reconhecimento dos

¹⁸¹ GUPTA, N.; SHAW, J. D. Employee Compensation: The Neglected Area of HRM Research. **Human Resource Management Review**, [s.l.], v. 24, p. 1-4, 2014.

¹⁸² ORSI, A. **Remuneração de pessoas nas organizações**. Curitiba: Intersaberes, 2015.

indivíduos por meio de recompensas não financeiras, como promoções e participação em eventos, entre outros.¹⁸³

Fato é que, para além de elemento conceitual, a remuneração de altos empregados é elemento central na própria relação jurídica. Em importante estudo realizado durante o ano de 2023, a Michel Page Consultoria¹⁸⁴, uma das principais consultorias de remunerações e mercado de trabalho no Brasil, realizou 6.647 entrevistas, tendo concluído que 84,5% dos entrevistados apontavam o salário como principal motivador para aceitar uma nova oportunidade de emprego.

Com isso, a parcela variável do salário desempenhe um papel significativo na remuneração de altos empregados, é inegável que a componente fixa seja crucial para o contrato. Essa conclusão foi apresentada por Adriane Cristina dos Santos de Almeida em sua dissertação de Mestrado em Administração de Empresas, defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2013.¹⁸⁵

A Resolução nº 3.921/2010 do Conselho Monetário Nacional, órgão anteriormente vinculado ao Banco Central do Brasil, estabeleceu diretrizes importantes relacionadas à remuneração de administradores em instituições financeiras:

Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, exceto as cooperativas de crédito e as sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte, devem implementar e manter política de remuneração de administradores em conformidade com o disposto nesta resolução. § 2º Para fins do disposto nesta resolução, consideram-se: II - remuneração: o pagamento efetuado em espécie, ações, instrumentos baseados em ações e outros ativos, em retribuição ao trabalho prestado à instituição por administradores, compreendendo remuneração fixa, representada por salários, honorários e comissões, e remuneração variável, constituída por bônus, participação nos lucros na forma do § 1º do art. 152 da Lei nº 6.404,

¹⁸³ HIPÓLITO, J. A. M. Sistema de recompensas: uma abordagem atual. *In*: FLEURY, M. T. L. (coord.) **As pessoas na organização**. 6. ed. São Paulo: Gente, 2002.

¹⁸⁴ MICHELPAGE. Estudo de remuneração. **PageGroup**, [2023]. Disponível em: https://b2blatam.page.com/l/954693/2023-09-20/5qxfb/954693/16953190567JLnDEcU/BR_MP_ER24.pdf. Acesso em: 22 de out. 2023.

¹⁸⁵ Segundo a autora, “conclui-se que a remuneração dos conselheiros de administração para a amostra é, sobretudo fixa, devido ao controle acionário concentrado no Brasil, em que o acionista encontra-se próximo ao dia-a-dia da empresa, com reduzida necessidade de incentivo aos conselheiros, que se atém aos papéis de aconselhamento e monitoramento.” (Almeida, 2012, p. 7).

de 15 de dezembro de 1976, e outros incentivos associados ao desempenho.¹⁸⁶

Nota-se, portanto que a remuneração fixa compreende salários, comissões e honorários, estando as duas primeiras relacionadas ao objeto de pesquisa, pois honorários são devidos a diretores não empregados.

Para fins de esclarecimentos, segundo a Consultoria Page Executive, as remunerações referentes aos cargos de Diretoria de Unidade de Negócios (Diretoria de Vendas & Marketing) tem remuneração fixa entre R\$ 29.500,00 e R\$ 60.000,00; Diretoria de Administração e Finanças com remuneração fixa entre R\$ 32.500,00 e R\$ 77.000,00; Diretoria de Operações (Supply Chain, Logística, Produção, Suprimentos, Manufatura e Qualidade) com remuneração fixa entre R\$ 30.000,00 e R\$ 57.000,00; Diretoria de Recursos Humanos (Talentos, Atração e Seleção, Treinamento e Desenvolvimento, Salários e Benefícios e Diversidade) com remuneração fixa entre R\$ 26.000,00 e R\$ 64.000,00; e diretoria de tecnologia (TI, Redes, Desenvolvimento, Projetos Tecnológicos e Transformação Digital) com remuneração fixa entre R\$ 28.000,00 e R\$ 61.000,00.¹⁸⁷

Em Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Atuária, Fabio Gaglian Camargo, centrando suas atenções nas remunerações para equipes de tecnologia observou que a construção de sistemas de remunerações eficientes visa inicialmente atrair profissionais qualificados com conhecimento técnico específico. Além disso, essas empresas adotam faixas salariais mais amplas para flexibilizar a gestão salarial. Também é comum a utilização de remuneração baseada em competências ou habilidades individuais, práticas que se alinham com a agilidade organizacional.¹⁸⁸

Para o autor, outro aspecto é a aplicação de prêmios financeiros específicos, vinculados a indicadores de desempenho e muitas vezes decididos por comitês de

¹⁸⁶ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Resolução nº 4.858, de 23 de outubro de 2020**. Dispõe sobre a gestão de riscos operacionais das instituições financeiras. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 out. 2020. p. 109.

¹⁸⁷ MICHELPAGE. Pesquisa de Remuneração Para Presidentes e Diretores Executivos – 2019. **PageExecutive**, [2018]. Disponível em https://www.michaelpage.com.br/sites/michaelpage.com.br/files/pesquisa_de_remuneracao_page_executive_2019.pdf. Acesso em 21 de abr. de 2020.

¹⁸⁸ CAMARGO, F. G. **Remuneração Para Equipes Ágeis De Tecnologia: Um Estudo De Práticas Em Empresas Brasileiras**. São Paulo, 2022.

gestão. Esses prêmios tendem a ser mais coletivos do que individuais, frequentemente baseados no alcance de metas da equipe ou organizacionais.

Além disso, o autor observou a existência de prêmios não financeiros para reconhecer o desempenho de profissionais altamente qualificados, com foco em metas coletivas. Esse tipo de reconhecimento está alinhado com a motivação intrínseca e pode impactar positivamente o trabalho de altos empregados.

Fato é que o aspecto remuneratório desses contratos é bastante relevante, caracterizando-se como elementos centrais, havendo uma grande peculiaridade, que é a possibilidade de participação efetiva do alto empregado na construção e negociação dessa remuneração, um fator que se diferencia significativamente das relações de emprego comum e que dá até mais validade e legitimidade ao contrato.

No entanto, não focando este trabalho no sistema de remuneração de altos empregados, apenas se destaca que o elemento do conceito diz respeito a um elevado patamar remuneratório analisado a partir do contexto interno da empresa. Diz-se isso, pois entende-se plenamente possível a caracterização de um alto empregado diretor ou gerente, nos moldes do Art. 62, II da CLT que receba remuneração inferior à estabelecida no parágrafo único do art. 444 da CLT, embora seja uma hipótese bastante excepcional em virtude do alto custo de vida atual no Brasil. Assim como também é plenamente possível que um empregado que atenda todos os requisitos desse último dispositivo não se enquadre como alto empregado.

Contudo, conforme o estudo apontado, nota-se que esse elevado patamar remuneratório tem ultrapassado e bastante o valor estabelecido como parâmetro para o empregado hipersuficiente, o que evidencia já uma certa defasagem do dispositivo em questão. Daí a proposição de não se firmar critérios tão objetivos quanto os propostos pela legislação brasileira ressalvado, no entanto, o grave risco de fraude.

Dessa forma, o alto patamar remuneratório também é elemento central no conceito de alto empregado, tendo em vista as próprias peculiaridades dos serviços prestados, bem como das exigências decorrentes dos cargos. Afinal, há necessidade de certa compatibilização entre a relevância dos serviços prestados e a contraprestação.

5.3 Espécies de altos empregados

Até então já foi possível apresentar um conceito detalhado de alto empregado, sendo possível a partir desse momento tratar dos direitos e garantias assegurados a esses profissionais, oportunidade na qual se reforça o corte metodológico do trabalho para se destacar que aqui se analisa as relações jurídicas de altos empregados. Portanto, analisa-se relações jurídicas de emprego em que não haja controvérsia sobre e respectiva relação de emprego.

Conforme pontuado acima, embora Godinho Delgado classifique como alto empregado o empregado que também seja sócio da empresa, entendemos ser mais estratégia e prática a diferenciação feita por Vólia Bonfim Cassar, autora que, partindo do ponto de que as diferentes espécies de altos empregados decorrem do elemento fidúcia ou confiança, apresenta um escalonamento argumentando que “quanto mais se avança na escala funcional da empresa, mais se distancia dos benefícios trabalhistas, podendo chegar ao topo deste cenário quando o contrato de emprego ficará suspenso”. Daí a autora classificar os altos empregados em gerente, “gerentão” e o diretor de sociedade anônima.

Essa distinção será o ponto de partida para discutir as diferentes categorias de altos empregados, sendo importante destacar que alguns autores defendem a diferenciação entre altos empregados e empregados que ocupam cargos de confiança. Amauri Mascaro Nascimento¹⁸⁹, por exemplo, observa que alguns altos empregados, especialmente aqueles em funções técnicas, não necessariamente ocupariam cargos de confiança.

No entanto, este trabalho adota a posição de que tanto a diferenciação entre empregados regulares e altos empregados quanto a diferenciação entre as categorias de altos empregados estão relacionadas ao elemento de confiança. Portanto, na prática, esses conceitos estão interligados, pois, mesmo ao desempenhar funções predominantemente técnicas, o alto empregado opera com muita confiança, sendo justamente essa confiança o seu elemento diferenciador.

¹⁸⁹ NASCIMENTO, A. M. Aspectos da jornada de trabalho no ordenamento latino-americano: cargo de confiança e jornadas especiais. *In*: ZAINAGHI, D. S.; FREDIANI, Y. **Novos rumos do direito do trabalho na América Latina**. São Paulo: LTR, 2003. p. 289.

De fato, nem todos os altos empregados ocupam cargos de gestão, que naturalmente pressupõem um alto nível de confiança. No entanto, discordamos da afirmação de que um alto empregado que desempenha atividades essencialmente técnicas não ocupe um cargo de confiança.

Em resumo, entende-se que a diferenciação entre essas três subclassificações leva em consideração o elemento fidúcia, mas também toma o elemento estrutural como um fator decisivo. Isso se evidencia, por exemplo, com a figura do diretor de sociedade anônima, que pode exercer atividades extremamente semelhantes a de um “gerentão” que trabalhe para uma empresa que possui forma societária de empresa limitada. Será o fator estrutural ou societário que o enquadrará na segunda ou na terceira figura, destacando-se, contudo, que justamente nessa terceira figura as partes terão maiores possibilidades de alteração contratual, sendo, inclusive, permitida a suspensão do contrato de trabalho.

Do mesmo modo se dará a diferença do gerente para o gerentão, que terá suas diferenciações destacadas a partir das limitações estruturais no exercício de suas funções.

Para fins didáticos, esse trabalho prefere a utilização da nomenclatura gerente-geral para o ocupante de cargos ou funções de confiança estabelecidos pelo Art. 62 da CLT, de gerente para os cargos e funções previstos no art. 224 e de diretor no caso de sociedades anônimas.

Assim, a primeira categoria usualmente classificada como alto empregado é a estipulada no Art. 224, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que exclui os bancários da jornada regular de trabalho de 6h diárias. Essa exceção se aplica a empregados que ocupam posições de direção, supervisão, chefia e cargos similares, desde que a gratificação correspondente não seja inferior a um terço do salário efetivo. Essa regra é específica para o setor bancário.

Esses empregados desempenham funções gerenciais, embora com certas limitações, e sua atuação está intrinsecamente ligada a uma confiança específica ou restrita, em contraste com a confiança excepcional. Um exemplo típico é o gerente de agência, que se distingue do gerente-geral de agência, conforme definido no Art. 62,

II da CLT. Essa diferenciação é bem estabelecida na Súmula 287 do Tribunal Superior do Trabalho, que estabelece o seguinte:

Súmula nº 287 do TST: JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.¹⁹⁰

É o que se reproduz com a Súmula 102 também do TST, especificamente nos seguintes incisos ao tratar respectivamente do exercício de atribuições de gestão, gratificação e jornada:

Súmula nº 102 do TST: BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA (mantida) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos. (ex-Súmula nº 204 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II - O bancário que exerce a função a que se refere o § 2º do art. 224 da CLT e recebe gratificação não inferior a um terço de seu salário já tem remuneradas as duas horas extraordinárias excedentes de seis. (ex-Súmula nº 166 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982) III - Ao bancário exercente de cargo de confiança previsto no artigo 224, § 2º, da CLT são devidas as 7ª e 8ª horas, como extras, no período em que se verificar o pagamento a menor da gratificação de 1/3. (ex-OJ nº 288 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003) IV - O bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da CLT cumpre jornada de trabalho de 8 (oito) horas, sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava. (ex-Súmula nº 232- RA 14/1985, DJ 19.09.1985) [...] VII - O bancário exercente de função de confiança, que percebe a gratificação não inferior ao terço legal, ainda que norma coletiva contemple percentual superior, não tem direito às sétima e oitava horas como extras, mas tão somente às diferenças de gratificação de função, se postuladas. (ex-OJ nº 15 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994).¹⁹¹

Esses empregados desempenham um papel-chave nas organizações, exercendo parte do poder de direção do empregador. Suas responsabilidades envolvem supervisão, contratação, demissão e representação perante diversas partes interessadas, como órgãos públicos e clientes. No entanto, suas ações, embora significativas, não ameaçam a sobrevivência da empresa, pois operam dentro de limites bem definidos de confiança e autoridade.

¹⁹⁰ BRASIL, 2003a.

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 102. Bancário. Cargo de confiança (mantida). **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, 31 maio 2011.

Vólia Bomfim destaca que a intensidade da confiança é um elemento crucial na distinção desses empregados. Embora desempenhem funções de destaque na organização, suas atividades não comprometem a continuidade do negócio, o que os diferencia dos gerentes-gerais.

Além disso, esses gerentes enfrentam restrições em relação a seus direitos trabalhistas, como transferências, alterações em suas funções e estabilidade no emprego. Embora possam ter limitações em suas negociações com o empregador, seu poder de negociação é mais substancial em comparação com os empregados ordinários, dada a sua posição e responsabilidades na empresa.¹⁹²

Por essas razões compreendemos que o gerente de agência regulamentado pelo Art. 224 da CLT, embora inegavelmente exercente de função de confiança ou de cargo de chefia, não se caracteriza como um alto empregado propriamente dito tanto em decorrência da inexistência de fidúcia especialíssima quanto das próprias limitações com que exerce suas funções. A título de exemplo, esses profissionais permanecem submetidos a controle de jornada, conforme demonstrado através da súmula 102 do Tribunal Superior do Trabalho.

A segunda categoria de alto empregado, conforme estabelecida no Art. 62, II da CLT, abrange aqueles que desempenham funções de gestão, tais como gerentes, diretores de departamento ou filial. Para se enquadrarem nessa categoria, é necessário que esses empregados recebam uma gratificação que seja superior a 40% do seu salário efetivo, o que evidencia a recepção da lógica de que quanto mais rarefeita a proteção trabalhista melhor deve ser a remuneração.

Esses profissionais ocupam os cargos mais elevados na hierarquia organizacional das empresas, exercendo funções de gerenciamento e direção. Além disso, sua atuação é marcada por uma maior colaboração, o que os diferencia das demais categorias de empregados.

A redação anterior desse dispositivo era mais restritiva, pois incluía a necessidade de o empregado ter poderes de representação, um requisito que foi eliminado com a Lei nº 8.966/1994, alteração que pode ser interpretada como uma

¹⁹² CASSAR, 2017.

iniciativa tendente a popularizar a figura do gerente-geral. A partir desse momento, o foco do dispositivo passou a ser exclusivamente a ocupação de cargos de gestão, bem como a remuneração.

Indiscutivelmente, trata-se de categoria de empregados sujeita a restrições substanciais. E, como observou Francisco Luciano Minharro, “este é o grau mais acentuado e profundo de fidúcia prevista na CLT que o empregador pode conferir a um empregado”¹⁹³, conferindo a esses profissionais uma confiança excepcional. O mesmo autor reconhece que o dispositivo legal em questão se refere ao exercício de funções de gestão, que não necessariamente precisam ser de natureza administrativa, podendo envolver funções técnicas.

Enfatizando o elemento de confiança como um fator distintivo dos cargos de gerência, Bomfim destaca com sua característica precisão que “um único ato destes empregados poderá colocar em risco não só a atividade do empregador, mas a sua própria existência”¹⁹⁴.

Em resumo, esses empregados enfrentam restrições significativas de direitos trabalhistas, incluindo a possibilidade de transferência unilateral para locais distintos, a reversão sem consideração de alterações prejudiciais, a não aquisição de estabilidade na função e a exclusão do controle de jornada quando recebem uma gratificação superior a 40% de seu salário efetivo na função ou cargo.

Em suma, é o empregado que sofrerá as mais fortes restrições a direitos trabalhistas, dentre as quais se apontam as seguintes: (i) possibilidade de transferência unilateral para localidade diversa da que resultar o contrato (Art. 469, § 1º da CLT)¹⁹⁵; (ii) possibilidade de reversão sem a devida consideração de alteração unilateral prejudicial (Art. 468 da CLT); (iii) não aquisição de estabilidade na função (Art. 499 da CLT); e (iv) exclusão do controle de jornada quando receberem gratificação superior a 40% do salário recebido na função ou cargo efetivo.

¹⁹³ MINHARRO, 2005, p. 37

¹⁹⁴ CASSAR, 2017, p. 301.

¹⁹⁵ Neste ponto, vale destacar que a OJ 113 da SBDI-1 é expressa no sentido de que “o fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.” (BRASIL, [2005]).

Assim, destaca-se que a exclusão desses empregados do regime de controle de jornada decorre de uma dificuldade prática, pois o exercício das atividades de gestão, enquanto parcela do próprio poder diretivo do empregador, torna esse controle de difícil realização, ainda mais nos tempos atuais nos quais o empregado permanece conectado ao trabalho durante grande parte do dia. Contudo, se houver efetivo controle de jornada, ficará afastada a exclusão do regime de controle, afinal, se tal exclusão decorre, em tese, de uma impossibilidade de natureza técnica, não há razão para tanto se, de fato, houver o referido controle.

Há que se refletir, no entanto, sobre a própria incompatibilidade entre fidúcia especialíssima e controle de jornada no sentido de ser minimamente contraditório que um empregado responsável por partes extremamente sensíveis de uma empresa, representando-a internamente e externamente, esteja submetido a controle de jornada. Isso porque, embora se aponte a dificuldade prática enquanto razão para a exclusão de tais empregados do regime de controle de jornada, o centro da questão está na confiança e no próprio exercício de altos poderes de mando na empresa. Afinal, parece contraditório conceituar o alto empregado do Art. 62, II da CLT como aquele que exerce atividades de gestão – técnica ou administrativa – com confiança excepcional, cujas atividades colocam em risco a própria existência da empresa e posteriormente afirmar que ele se submete à jornada de trabalho.

Em suma, a questão é a seguinte: não seria contraditório admitir que o profissional que exerce parcela do poder diretivo do empregador dentro do empreendimento, que possui responsabilidades que estão diretamente relacionadas ao sucesso ou insucesso da empresa seja submetido a uma jornada de trabalho?

Sobre o tema, Eliegi Tebaldi, posiciona-se no sentido de que a exclusão dos referidos empregados do regime de controle de jornada é inconstitucional por uma série de razões, dentre as quais se destacam as seguintes: princípio da isonomia, do retrocesso social, da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e ao lazer e

saúde, não, havendo, inclusive, possibilidade de atribuir interpretação conforme à Constituição ao Art. 62, II da CLT.¹⁹⁶

A jurisprudência¹⁹⁷ ao enfrentar o tema – enquadramento ou não de empregado na hipótese do Art. 62, II da CLT – faz a análise partindo, basicamente de dois fatores: (i) inexistência de poderes de gestão; (ii) de existência ou não de efetivo controle de jornada, posicionando-se, regra geral, no sentido de que se não houver o exercício dos citados poderes e/ou havendo controle de jornada, o empregado será caracterizado enquanto gerente e não como gerente-geral.

¹⁹⁶ TEBALDI, E. **A duração do trabalho dos altos empregados e a inconstitucionalidade do artigo 62, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho**. 2016. 155 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁹⁷ A título de exemplo, transcreve-se recente julgado da SBDI-1 do TST no qual se decidiu que a existência do controle de jornada foi elemento suficiente para não caracterizar o Reclamante como exercente de cargo de gestão sob o argumento de que o controle de jornada, considerado isoladamente, não é elemento suficiente para tal exclusão. Para tanto, vale a transcrição: “EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. ARTIGO 62, INCISO II, DA CLT. SÚMULA Nº 287 DO TST. ANOTAÇÃO DA JORNADA NAS FIPS. Inicialmente, cumpre esclarecer que o conhecimento do recurso de embargos por contrariedade à Súmula nº 126 do TST é, em princípio, incompatível com a nova função exclusivamente uniformizadora desta SBDI-1, prevista no artigo 894 da CLT. Ressalta-se, por oportuno, que, da forma como apreciada a questão pela Turma, não se demonstra inobservância à Súmula nº 126 do TST, pois a premissa fática que ensejou o julgado estava registrada no acórdão regional, ou seja, o Regional assentou que posteriormente a meados de maio de 2001 não houve registro de ponto, o que levou a Turma a concluir pela existência de controle de jornada no período anterior. Quanto ao mérito, a Turma consignou que, no período em que o reclamante exerceu a função de gerente-geral de agência, havia controle do seu horário de trabalho, havendo até mesmo alegação do réu na contestação desse fato. Registrou, também, que “a decisão tomou como base a afirmação de que 'posteriormente a meados de maio/2001 não houve registro de ponto', o que revela a existência de registro no período anterior. Fato confirmado pelo próprio TRT, que relatou o argumento do reclamado de que 'a jornada de trabalho do autor está anotada nas folhas individuais de presença'”. Importante destacar que autor tinha sua jornada de trabalho controlada por meio de anotação nas folhas individuais de presença - FIPs. Sobre a matéria, assim dispõe a Súmula nº 287 desta Corte: “JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT “. Na hipótese dos autos, consta na decisão regional, transcrita no acórdão da Turma, que a jornada de trabalho do autor era anotada nas FIPs. Esta Subseção, em 2/8/2018, no julgamento do Processo nº E-RR-537400-41.2008.5.12.0037, no qual o mesmo reclamado destes autos figurou no polo passivo, Relator Exmo. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, com a presença de 12 Ministros, dos quais quatro ficaram vencidos, entre eles este Relator, decidiu que as FIPs, conquanto tragam anotações de controle de horário, de modo a elidir a presunção inserta na parte final da Súmula nº 287 desta Corte, destinam-se apenas ao controle de frequência do empregado e não têm o condão de desnaturar a característica de autoridade máxima do gerente-geral de agência, com toda a autonomia inerente à função. Foi assentado no acórdão desse precedente que o preenchimento das FIPs, por si só, não é capaz de excluir a aplicação da exceção prevista no artigo 62, inciso II, da CLT. Nesse contexto, verifica-se que a decisão da Turma, ao considerar que houve controle da jornada do reclamante tão somente pelo preenchimento das folhas individuais de presença, divergiu do entendimento desta Corte sobre a matéria, razão pela qual, com todas as vênias, merece reforma, em observância ao que dispõem os artigos 926 e 927, inciso V, do CPC/2015. Embargos conhecidos e providos” (Brasil, 2019).

Assim, mesmo reconhecendo que o aplicador do direito poderá usar o controle de jornada existente em eventual relação de emprego de alto empregado como indício para pleitear horas extras, entende-se que o cerne da caracterização ou não está na confiança excepcional, partindo, principalmente da consideração de que a própria existência de controle de jornada já prejudica significativamente a alegação de que haja a fidúcia em questão.

Por fim, tem-se o diretor de sociedade anônima, sendo importante destacar que nas Sociedades Anônimas admite-se a figura tanto do diretor empregado quanto do não empregado, também conhecido como diretor estatutário. É aquele eleito pela assembleia geral dos acionistas para o respectivo cargo de direção, não mantendo, contudo, as características inerentes a relações de emprego.

Tal profissional é segurado obrigatório do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) enquanto contribuinte individual, sendo sua remuneração taxada em 20%, observado o teto legal, porém sem incidência de contribuições para terceiros, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), assim como os reflexos trabalhistas. É justamente o diretor previsto na Súmula 269 do Tribunal Superior do Trabalho.

Aqui nos interessa a situação do empregado de Sociedade Anônima que passa a exercer a função de diretor, ou seja, recrutados internamente, havendo quatro teorias a respeito dessa “movimentação”: i) Teoria que defende que a eleição de empregado para ocupar o cargo de diretor estatutário implica necessariamente a extinção da relação de emprego; (ii) teoria que nega a extinção do contrato se ficar mantida a subordinação jurídica, conforme a Súmula 269 do Tribunal Superior do Trabalho; (iii) teoria que defende a interrupção da prestação de serviços, que admite que o período de interrupção seja considerado como tempo de serviço; e (iv) teoria que prega pela manutenção da relação de emprego.

Conforme a primeira corrente, representada por Mozart Victor Russomano e José Martins Catharino, argumenta-se que o empregado eleito para um cargo de direção deve ter seu contrato de trabalho encerrado, considerando que existe uma suposta incompatibilidade entre esse cargo e a relação de emprego, que se baseia na subordinação jurídica.

Dentro dessa perspectiva, e reconhecendo a ideia de encerramento do contrato de trabalho, Catharino oferece uma argumentação convincente ao afirmar que:

Sem um tratamento diferenciado, o Direito do Trabalho corre o risco de contradizer-se consigo próprio, pois estaria se convertendo em instrumento agravante de desigualdade, adotando um conceito abstrato de empregado, individualista, artificial, involutivo e anti-social.¹⁹⁸

Esse posicionamento possui grande força argumentativa a partir da análise dos diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Por trás dele consta tanto o argumento da ausência de hipossuficiência quanto a atuação coordenada do empregado em contraposição à subordinação.

A segunda vertente, encabeçada por Délio Maranhão e Arnaldo Sussekind, adota o princípio da primazia da realidade. Essa corrente preza pela análise individual da relação de emprego em casos específicos, considerando a existência ou ausência de subordinação jurídica. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) também respalda esse entendimento, conforme estabelecido na Súmula 269, que estipula claramente que “o empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”.¹⁹⁹

Em resumo, a ideia central é que se um diretor de sociedade anônima continuar a trabalhar sob a subordinação jurídica, cumprindo os demais requisitos do Art. 3º da CLT, sua relação será caracterizada como emprego. Isso ocorre porque não haverá conflito entre o exercício do cargo de diretor e as funções inerentes ao empregado.

Outras abordagens incluem uma terceira perspectiva apresentada por Evaristo de Moraes, que defende que a eleição para o cargo de direção representa uma interrupção na prestação de serviços, mas ainda permite que o período seja contabilizado como tempo de serviço. Enquanto isso, a quarta teoria, principalmente apoiada por Octavio Bueno Magano, argumenta que a eleição não altera a situação jurídica do empregado.

¹⁹⁸ CATHARINO, J. M. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 237.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 269. Diretor eleito. Cômputo do período como tempo de serviço. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 21 nov. 2003b.

No entanto, a análise da Súmula 269 do TST sugere que a condição de empregado do diretor de uma sociedade anônima pode variar dependendo da existência da subordinação jurídica. Isso indica que apenas o diretor que mantiver uma relação de emprego poderá ser classificado como um alto empregado.

Nossa posição é a defendida por Bueno Magano e decorre de uma constatação que leva em consideração principalmente o aspecto estrutural ou organizacional da figura do diretor. Em suma, por mais que se compreenda que as atividades do diretor sejam realizadas de maneira autônoma no sentido de esse profissional ter uma importante margem de liberdade para estabelecer as diretrizes a serem seguidas pela empresa, ele estará vinculada a respectiva estrutura. Será ele o representante legal da empresa perante os empregados, contratantes, sociedade, consumidores. Por outro lado, a regra é que esse profissional também não ultrapasse a fronteira do Direito do Trabalho para o Direito Societário. Ou seja, não sendo sócio, estará inserido na condição de empregado.

O assunto será mais desenvolvido no próximo capítulo, mas, nesta oportunidade, apenas se adianta a percepção que as atribuições dos altos empregados são tão intensas, sua vinculação ao cargo exige tanto de sua pessoa, que, a nosso ver, é praticamente impossível que este profissional não se enquadre como empregado. Daí a precisão da delimitação legal espanhola quando ao “pessoal de alta direção”, enquanto categoria especial de empregados.

Dessa forma, dentro do gênero Diretor de Sociedade Anônima, haverá as espécies Diretor Estatutário e o Diretor Empregado, valendo destacar, ainda, que alguns diretores são contratados por meio de pessoa jurídica e correspondente contrato de prestação de serviços, modalidade que escapa ao objeto da presente pesquisa.

Apresentadas essas espécies de altos empregados, acredita-se ter evidenciado que os elementos essenciais dessas relações jurídicas serão a fidúcia especialíssima, a sua posição organizacional dentro da estrutura empresarial, bem como a sua remuneração.

Entendemos que, levando em consideração principalmente o elemento fidúcia, o gerente bancário, com previsão legal no Art. 224 da CLT, mesmo caracterizando-se

como alto empregado, seria uma figura intermediária entre o gerente-geral e o empregado ordinário, figurando tanto o diretor empregado quanto o gerente-geral na posição propriamente dita de alto empregado.

É muito importante ter essa delimitação em mente porque os altos empregados, em especial os gerentes-gerais e os diretores empregados, situam-se em uma espécie de fronteira do Direito do Trabalho. Situam-se em uma zona cinzenta ou fronteira, mas ainda resguarda e protegida por esse ramo do Direito.

Para além dessa fronteira estariam, em tese, os diretores com contrato de trabalho suspenso, os trabalhadores em plataformas digitais, os trabalhadores sem situação de desemprego, dentre diversos outros.

Também estão para além dessa fronteira do Direito do Trabalho os trabalhadores que prestem seus serviços por meio dos “novos arranjos” distintos dos previstos na CLT, conforme amplamente autorizado pelo Supremo Tribunal Federal em situações com as de advogados associados, médicos contratados por meio de pessoa jurídica

6 A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA GERENCIAL

A mídia corporativa retrata o alto empregado ou executivo como um profissional de sucesso ou até mesmo como um empreendedor agressivo que empresta parte dos seus talentos e habilidades a determinados empreendimentos, repleto de energia e com uma notável capacidade de adaptação às mudanças. Sua vida é frequentemente associada a um estilo glamouroso, que inclui marcas de luxo, carros elegantes e mansões em bairros exclusivos, viagens internacionais. Esse padrão de consumo reflete seu prestígio, poder e status na sociedade.

Em verdade, este profissional se tornou um símbolo do capitalismo contemporâneo, sendo exemplo de profissionalismo, sucesso ou até mesmo ascensão social. Ele não se percebe como um simples trabalhador, mas como um colaborador, parceiro ou até mesmo sócio da empresa em que atua. No entanto, a realidade em que vive esse profissional no mundo corporativo atual, marcado por fusões, aquisições e reestruturações organizacionais, é desafiadora, especialmente em meio à crise de longa duração que assola o sistema capitalista. A sua vulnerabilidade, quando percebida, é percebida principalmente por ele.

Além desse cenário sociológico e midiático, transpondo o assunto para o Direito do Trabalho, há significativo consenso na Doutrina trabalhista no sentido de que subordinação jurídica, elemento essencial em toda e qualquer relação de emprego, passa a se tornar mais tênue ou leve quanto mais se “intelectualiza” a prestação dos serviços ou quanto mais se ascende na estrutura corporativa das empresas.

É o que foi defendido por Alice Monteiro de Barros ao sustentar que “quanto mais a prestação de serviços se intelectualiza, mais se dilui a subordinação, porque maior é a intensidade da iniciativa pessoal do trabalhador.”²⁰⁰ Autora que ainda é mais incisiva ao defender que “a subordinação que existe no trabalho intelectual não se encontra com frequência nos contratos dos empregados em geral, pois, no primeiro, ela é rarefeita e guarda outras características.”²⁰¹

²⁰⁰ BARROS, A. M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 221.

²⁰¹ BARROS, 2004.

Neste mesmo sentido se posiciona Martins Catharino ao defender que a “subordinação cresce na proporção inversa do grau hierárquico; o adelgaçamento. Diluição ou rarefação do elemento caracterizante aumenta na medida em que o empregado está mais perto do topo ou cume hierárquico”²⁰², concluindo, ainda, que tais empregados se colocam em situação “subordinantes”, Catharino ainda é mais enfático ao adotar a posição mais incisiva ao defender que tais empregados não devem ser destinatários das mesmas proteções dos trabalhadores “comuns”.

A partir desses posicionamentos é possível que se delimite alguns possíveis fundamentos: i) que essa subordinação tênue ou rarefeita deriva da possibilidade de tais empregados “controlarem” suas jornadas de trabalho, podendo, em tese, organizar suas agendas de acordo com os seus interesses, o que se aproxima de uma noção de autogestão ou mesmo de autonomia²⁰³; ii) que tais empregados, por suas condições financeiras e organizacionais, não seriam hipossuficientes tampouco estariam submetidos a um forte dependência econômica; iii) que a atuação integrada ou em coordenação com o empregador diluiria essa subordinação.

Quando esse discurso se soma a um cenário político e econômico com influência liberal e ainda com a defesa de um “capitalismo líquido”, conforme defendido por Jorge Pinheiro Castelo²⁰⁴, juntamente com um Direito do Trabalho líquido, as repercussões podem ser ainda maiores.

Por conta disso, essa última etapa do trabalho busca refletir sobre essa afirmação reproduzida há décadas: de que quando mais se ascende na hierarquia da empresa menor é a subordinação jurídica.

Para tanto, é importantíssimo destacar desde já que foi necessária a análise de estudos para além do Direito, no entanto, que muito contribuíram para a exata compreensão do assunto.

²⁰² CATHARINO, 1981, p. 210.

²⁰³ A este respeito ainda vale destacar que a própria CLT exclui do capítulo de controle de jornada empregados que exercem determinadas funções de confiança, conforme se denota a partir do artigo 62, II.

²⁰⁴ CASTELO, J. P. **O direito do trabalho líquido: o negociado sobre o legislado, a terceirização e contrato de curo prazo na sociedade da modernidade líquida.** São Paulo: LTr: 2017.

Também há que se informar que tivemos a oportunidade de iniciar os debates sobre a subordinação jurídica de altos empregados em 2020, ocasião na qual apresentamos as seguintes conclusões prévias:

A subordinação jurídica do alto empregado se materializa, regra geral, pela sua integração aos fins e objetivos do empreendimento ou pela sua inserção na dinâmica da empresa, independente de ordens diretas do empregador – que pode nem se fazer presente no dia-a-dia da empresa –, o que é somado à transferência de parcela significativa da responsabilidade pelos riscos da empresa do empregador em direção ao respectivo empregado.²⁰⁵

Diretrizes que se aprofundam nessa oportunidade, diante tanto do detalhamento sobre o fenômeno da subordinação jurídica quanto da possibilidade de enfrentamento de assuntos como alteridade a partir de uma compreensão mais abrangente de riscos do negócio, vulnerabilidades e condições de trabalho, o que se “permite” através do pressuposto metodológico firmado no segundo capítulo deste trabalho no qual se firmou o “positivismo inclusivo” como método de interpretação e construção do Direito, em especial, a partir de uma interpretação que tem como fundamentos centrais os princípios basilares do Direito do Trabalho.

Também se destaca que o assunto passou por novas reviravoltas diante dos diversos e inovadores precedentes do Supremo Tribunal Federal atribuindo interpretação restritiva tanto ao fenômeno da subordinação jurídica quanto da própria competência da Justiça do Trabalho, o que vem representando um verdadeiro movimento de contração do Direito do Trabalho.

Dessa forma, essa última etapa do trabalho será subdividida em 4 tópicos: alteridade, vulnerabilidades, condições de trabalho e as novas características da subordinação jurídica nas relações de altos empregados.

6.1 Alteridade e o discurso do empreendedorismo nas relações de trabalho dos altos empregados

De 1943 para 2023 é inegável que a noção de lucros ou mesmo de riscos do negócio tenha passado por grandes modificações. Se há oitenta anos era impensável uma empresa ser avaliada em bilhões de dólares sem vender ao consumidor um

²⁰⁵ CONCEIÇÃO, 2020, p. 69.

produto sequer, hoje plataformas como facebook, instagram, whatsapp demonstram ser possível.

Segundo Alfredo Montoya Melgar, alteridade representa a atribuição da utilidade patrimonial do trabalho a um terceiro, enquanto a dependência – subordinação jurídica – consiste no “*aspecto pasivo de los poderes de mando del empresario*”. Para o autor, há duas posições sobre a noção de alteridade. A primeira atribui à alteridade a ausência de riscos do trabalhador pela atividade que exerce; enquanto a segunda consiste no fato de o trabalhador não se apropriar dos frutos do seu esforço²⁰⁶

Sob essa ótica, a alteridade desempenha um papel fundamental ao respaldar a autoridade do empregador para direcionar os empregados e estabelecer as obrigações de obediência por parte destes. O poder de direção exercido pelo empregador representa o aspecto ativo, enquanto o dever de obediência do empregado constitui o elemento passivo da subordinação jurídica, conforme defendido por Otávio Pinto e Silva.²⁰⁷

Daí a expressa previsão no Art. 2º da CLT no sentido de que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.²⁰⁸ Ou seja, assumir os riscos da atividade econômica, com a ressalva do parágrafo primeiro do dispositivo em questão, é uma espécie de pressuposto normativo para a existência de uma relação de emprego, em especial quanto ao empregador.²⁰⁹

Isso decorre do fato de que o empregado não assume os riscos da atividade empresarial. No entanto, certamente tal afirmativa não é tão assertiva quando se trata de altos empregados, valendo trazer a importantíssima observação de Nohria e Khurana de que “o papel do executivo passa não somente pelo de responsável por

²⁰⁶ MELGAR, 1998.

²⁰⁷ SILVA, 2004.

²⁰⁸ BRASIL, 2017a.

²⁰⁹ A respeito do assunto ver Wilson Ramos Filho, autor que defenderá, mesmo que indiretamente a noção de estranhamento enquanto desdobramento do próprio sistema capitalista de produção. Segundo o autor, “o que singulariza as relações capitalistas de trabalho é a existência de uma parte não remunerada da força de trabalho que, apropriada por quem contrata o trabalhador, produz lucro ou resultado econômico. Esta parcela do trabalho do empregado que não é remunerada foi denominada como mais-valia”. (Ramos Filho, 2012, p. 15).

resultados financeiros da organização que comanda, mas principalmente pela construção moral de seus liderados”²¹⁰, chamando especial atenção para a responsabilidade pelos resultados financeiros.

Analisando detidamente o dispositivo em questão, nota-se que o elemento alteridade da relação de emprego – construído no sentido de que não cabe o empregado suportar os riscos da atividade econômica – foi construído não no sentido de que o empregado não possa usufruir mesmo que parcialmente o produto do seu trabalho – mesmo que isso não seja a regra – mas no sentido que os seus direitos e garantias trabalhistas, dentre os quais se insere a sua remuneração, não possam ser desrespeitados em virtude de razões econômicas e financeiras. Ou seja, o argumento do insucesso ou do prejuízo não legitimará a não observância dos direitos trabalhistas.

É como se a alteridade fosse um instrumento utilizado pelo Direito do Trabalho para reforçar o princípio da irrenunciabilidade de direitos sociais, servindo como espécie de cláusula de barreira para a proteção de direitos trabalhistas.

Reginaldo Melhado apresenta uma constatação que pode ser utilizada nesta etapa do trabalho ao detalhar que a alteridade não é única e exclusivamente a responsabilidade pelos riscos do negócio, mas – reportando-se, ao termo espanhol *ajenidad* – estaria próxima da ideia marxista de alienação e estranhamento do trabalho.

A alteridade, segundo o autor, decorre da constatação de que como os meios de produção não são de propriedade dos trabalhadores, o resultado ou o lucro também será alheio a eles. Em outros termos, o estranhamento ou até distanciamento decorreria de uma impressão de que o trabalhador é estranho ou está distante dos resultados do seu trabalho.²¹¹

Aprofundando este posicionamento de Melhado, Paulo Gustavo de Amarante Merçon explica que:

²¹⁰ NOHRIA, N.; KHURANA, R. **Handbook of leadership theory and practice**. Boston: Harvard Business Press, 2010.

²¹¹ MELHADO, R. **Metamorfoses do capital e do trabalho**: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral. São Paulo, LTr, 2006.

O estranhamento do trabalho é a impressão subjetiva da alienação: o trabalho alienado deixa de ser forma de realização da pessoa humana e do ser social, reduzindo-se a meio de subsistência. A força de trabalho torna-se mercadoria. Se a alienação consiste na ruptura entre o trabalhador e o produto do seu trabalho, o estranhamento é a separação entre o trabalhador e sua força de trabalho (esta a face objetiva do estranhamento), podendo ser percebido no curso da própria atividade laboral.²¹²

Esses posicionamentos, no entanto, são construídos a partir de uma possível constatação de que o empregado, diante de sua condição de assimetria informacional, além de estar distante dos resultados do seu trabalho, não consegue aferi-lo ou enxergá-lo. Em outros termos, esse estranhamento ou distanciamento tende a ser maior quanto menos informação tem o empregado sobre o resultado do seu trabalho.

A situação muda, no entanto, quando, seja pela posição que esse empregado possui ou mesmo pela confiança especial que o empregador tem nele, essa assimetria informacional é atenuada. Ou seja, esse estranhamento passa a ter contornos diferenciados quando esse emprego possui as informações necessárias para compreender o resultado financeiro do seu trabalho.

Isso tende a ocorrer em relação aos empregados diretores de sociedades anônimas ou até mesmo aos gerentes-gerais. Afinal, a tendência é que esse profissional saiba com exatidão informações extremamente sensíveis para o empreendimento.

Conceituando alteridade, Maurício Godinho Delgado defende que:

A característica da assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho consiste na circunstância de impor a ordem justralhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado.²¹³

Portanto, nota-se justamente que a alteridade é colocada como elemento da relação de emprego como forma de proteger os direitos e garantias trabalhistas. É como se o ordenamento jurídico trabalhista, realizando uma ponderação de valores,

²¹² MERÇON, P. G. de A. Além dos portões da fábrica: o direito do trabalho em reconstrução. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 53-85, 2006, p. 18.

²¹³ DELGADO, 2019, p. 495.

impusesse uma supremacia dos direitos e garantias trabalhistas em relação ao insucesso da empresa.

Dizendo de outra maneira, a alteridade, da forma como é construída a partir dos artigos 2º e 3º da CLT, impõe a prevalência dos direitos e garantias trabalhistas em relação ao prejuízo financeiro da empresa. Ou seja, independente de existir lucro ou prejuízo, os direitos e garantias trabalhistas devem ser observados.

No entanto, a análise que se faz nessa oportunidade diz respeito a situações menos extremas. Situações relacionadas a desempenhos empresariais. Resultados positivos ou negativos, porém, que não levam determinado empreendimento à falência.

A partir daí já é possível que o próprio exercício de funções de confiança, como as exercidas por altos empregados, pressupõe inegavelmente a assunção de determinados riscos quanto aos serviços prestados. Por exemplo, já não há controvérsia quanto ao fato de uma função de confiança ser de destituição automática e a qualquer tempo, conforme estabelecido no art. 468, parágrafo primeiro ao estabelecer que “não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”.²¹⁴

Mesma lógica do artigo 499 da CLT que estabelece que “não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.”²¹⁵

Ou seja, a precariedade no exercício de funções de confiança já se aproxima, mesmo que de forma atenuada, à noção da assunção de riscos, valendo-se iniciar mesmo que de forma breve uma análise sobre as condições de trabalho a partir dessa ótica do risco.

Neste cenário, os estudos sobre as condições de trabalho de altos empregados ou executivos a partir da Administração de Empresas não pode ser classificado como

²¹⁴ BRASIL, 2017a.

²¹⁵ BRASIL, 2017a.

recente. Não à toa, Henry Fayol, falecido em 1925, um dos grandes teóricos da Escola Clássica da Administração, centrou suas atenções nas atividades do administrador tendo se notabilizado por defender como principais funções para a administração: planejar, organizar, dirigir, coordenar e controlar.

Outro autor mais contemporâneo e extremamente destacado é Henry Mintzberg, conhecido pelo livro de 1973 "*The Nature of Managerial Work*"²¹⁶. Neste trabalho, Mintzberg realiza uma pesquisa detalhada sobre o papel dos gerentes e diretores nas organizações, explorando como eles realmente executam suas funções no dia a dia. Pesquisa que foi conduzida por meio de observações diretas de gerentes em seus ambientes de trabalho em cinco organizações diferentes, focando em suas atividades, interações e responsabilidades.

Uma das principais conclusões do livro é que o trabalho dos gerentes é altamente variado e imprevisível. Mintzberg argumenta que os gerentes desempenham uma série de papéis interconectados, que ele categoriza em diversos papéis distintos, incluindo papéis interpessoais (como líderes e contatos), papéis informacionais (como monitoramento e disseminação de informações) e papéis de decisão (como tomadores de decisões e resolução de conflitos).

A pesquisa de Mintzberg é fundamentada na observação direta de cinco gerentes durante um período de cinco semanas, acompanhando suas atividades diárias no ambiente de trabalho. Antes de apresentar os dados empíricos de sua pesquisa, ele realizou uma análise abrangente das principais correntes teóricas que estudam os gestores, classificando-as em oito escolas distintas.

A primeira dessas escolas, que ele chama de escola clássica, enfoca o trabalho dos gestores como um conjunto de funções definidas, sendo Henri Fayol um de seus principais representantes. A segunda escola, conhecida como "escola do grande homem", concentra-se nas biografias e autobiografias de figuras notáveis da gestão, como Henry Ford e Alfred P. Sloan. Ambas as escolas tendem a retratar os gestores como tomadores de decisões.

²¹⁶ MINTZBERG, 1973.

A terceira escola, chamada de empreendedorismo, aborda os gestores como atores racionais que buscam maximizar os lucros e inovar. A quarta escola, a teoria da decisão, concentra-se nas decisões não programadas, geralmente tomadas por gestores de alto escalão. A quinta escola, liderança efetiva, examina o papel e a importância da liderança na gestão.

A sexta escola, do poder, investiga como os gestores utilizam o poder para atingir seus objetivos, influenciando colegas e subordinados. A sétima escola, comportamental, tem como foco o estudo do comportamento dos gestores. Por fim, a oitava escola, da atividade do trabalho, se concentra em analisar sistematicamente as atividades diárias dos gestores.

O livro continua sendo uma referência importante no campo da administração e é amplamente lido por estudiosos e profissionais que buscam compreender o trabalho dos gerentes nas organizações.

No entanto, é importante chamar atenção neste trabalho para a terceira escola ou escola do empreendedorismo.

Segundo o autor, a terceira escola ou escola do empreendedorismo sugere que os gerentes não devam ser apenas vistos como tomadores de decisões, mas como empreendedores racionais, devendo desempenhar um papel ativo na busca por inovação e na maximização dos lucros em suas organizações.

Essa perspectiva destaca a importância dos gerentes em identificar oportunidades de melhoria e empreender ações para alcançar resultados positivos. Em vez de apenas seguir procedimentos e tomar decisões, Mintzberg argumenta que os gerentes devem ser proativos, criativos e capazes de impulsionar a inovação nos negócios, enfatizando o papel estratégico e empreendedor nas organizações e indo além das abordagens tradicionais que os consideram simples tomadores de decisões.

Este cenário foi muito bem captado por Robert Castel, importante sociólogo francês, ao defender que se vive uma despadrão das relações de trabalho diante da flexibilidade das trajetórias profissionais, acarretando o que o autor denomina responsabilização individual.²¹⁷

²¹⁷ CASTEL, R. **A Insegurança Social: o que é ser protegido?**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. p. 95.

Segundo o autor, vive-se uma grave crise da modernidade organizada, haja vista que os ideais liberais ou libertários pautados na autonomia e na igualdade entre indivíduos não asseguraram condições dignas de vida, tampouco o mínimo existencial prometido, salientando que o ideal de “contratualismo” previa em si mesmo determinado teor de desigualdade, pois, os indivíduos teriam, inevitavelmente, capitais (financeiros, culturais e sociais) distintos, não havendo como se falar em igualdade.

A partir desse apontamento, Castel sustenta que Estado Keynesiano e seus consequentes sistemas de proteções coletivas eram pautados na homogeneidade e na solidariedade “entre” e “intra” categorias socioprofissionais, de modo que tais sistemas de proteções coletivas seriam pautados na forte intervenção estatal tanto em âmbito social, quanto na regulamentação da economia e no poder das categorias socioprofissionais homogêneas organizadas. E conclui sustentando que este Estado, ao poder equilibrar desenvolvimento social e econômico, conseguiu ter coesão social.

Contudo, este mesmo Estado Nacional Social enfrentou grave crise a partir da década de 1970, ocasionando o enfraquecimento estatal e a consequente perda do controle da economia. Com isso, as grandes corporações ganharam mais poder no cenário econômico, restando ao Estado a função de aumentar a rentabilidade do capital a qualquer preço. Com isso, procedeu-se à desconstrução das conquistas sociais alcançadas até então.

Com a crise iniciada na década de 1970, viveu-se, assim, um movimento contrário ao do Estado Social: o Estado passou gradativamente a proceder certa descoletivização ou reinvidividualização das categorias profissionais, abrindo espaço para um fenômeno que apresenta seus resultados até a atualidade, qual seja, a **insegurização social**.

Com esta crise da modernidade, advinda do desenvolvimento do capitalismo industrial, a homogeneidade das categorias profissionais foi questionada. Surgiu o desemprego e a precariedade das relações de trabalho passou a afetar diversas categorias de trabalhadores, principalmente a base da hierarquia salarial. A solidariedade dos estatutos profissionais transformou-se em concorrência, e foi necessário evidenciar as diferenças para manter ou melhorar a condição de trabalho.

As proteções coletivas, antes fundamentadas na homogeneidade e solidariedade deram espaço à competitividade entre semelhantes. Com a despadronização das relações de trabalho, viveu-se uma flexibilidade das trajetórias profissionais, acarretando uma exacerbada responsabilização individual. O indivíduo que se via amparado por tais sistemas encontra-se, a partir daí, completamente desprotegido e ainda submetido a um discurso no sentido de que o seu insucesso é responsabilidade única e exclusiva sua, não – ou não devendo ter – o Estado qualquer tipo de responsabilidade por sua situação de vulnerabilidade e hipossuficiência.

Esta responsabilização individual convive, assim, “harmoniosamente” com uma total irresponsabilidade coletiva e este processo de descoletivização culmina em uma inevitável dissociação de indivíduos. E este processo de desvalorização de classes, antes bem mais valorizadas, ocorre juntamente com a promoção de certos grupos dominantes, que diferente de grande parte das classes excluídas, soube colher os benefícios da “responsabilização individual”, dando aso ao discurso do empreendedorismo.

Ao mesmo tempo em que há uma individualização das tarefas e trajetórias profissionais há também uma responsabilização dos sujeitos: cabe a cada um encarregar-se de si mesmo e cumprir a intimação de ser bem-sucedido, sob a ameaça permanente do desemprego.

Neste cenário o alto empregado ou alto executivo é captado pelo discurso capitalista do empreendedorismo, valorizando-o como um super profissional que escalou a pirâmide social, econômica e profissional atingindo o sucesso, trajetória que pode e deve ser seguida por todo e qualquer profissional minimamente comprometido com o seu sucesso pessoal.

Contudo, quando se alega que transferência parcial dos riscos do empreendimento ao alto empregado é elemento que muito contribui para o enlaçamento dos interesses das partes envolvidas, gerando, conseqüentemente, uma perceptível dificuldade em se desconectar do trabalho, não se deixa de considerar as conseqüências geradas pelo medo da demissão ou até mesmo do insucesso.

Em outros termos, o preço para se manter no cume dessa pirâmide social será pago a qualquer custo. Sejam eles de saúde, familiares, interpessoais e assim por diante.

E essa situação estará inegavelmente mais presente nas relações de trabalho de altos empregados.

Portanto, há uma confluência nas duas argumentações apresentadas aqui. De um lado Mintzberg, pela Administração de Empresas, identifica que o gestor ou administrador possui a função de empreender dentro da empresa maximizando lucros e identificando oportunidades. De outro, Robert Castel, pela Sociologia, identifica o movimento de despadroinação das relações de trabalho o que culmina em um processo de “responsabilização individual” empreendedora.

Os dois discursos caminham para um sentido só: em determinadas relações de trabalho, o empregado assume, mesmo que parcialmente, a responsabilidade pelo sucesso ou insucesso do empreendimento.

Complementando essa argumentação, os estudos de Bouffartigue, tratando dos *quadres* na França, são bastante precisos ao observar que essa diferenciação entre empregados comuns e altos empregados (executivos) deriva do modelo taylorista que impôs uma clara divisão entre aqueles que concebem e planejam o trabalho de um lado e aqueles que executam de outro.

Segundo o autor francês, esse modelo possibilitou a formação de um “assalariado de confiança” que, por sua vez, resultou na promoção de indivíduos das classes populares e da pequena burguesia para posições de maior prestígio social. Dentro dessa estrutura, a predominância masculina desempenhou um papel fundamental e, das décadas de 1960 a 1990, esse grupo consolidou uma classe social que representava os valores da modernidade e do sucesso social em vigor na França e em todo o Ocidente, que estava passando por um período de crescimento econômico.²¹⁸

²¹⁸ BOUFFARTIGUE, P. Les transformations d'un salariat de confiance. In: BOUFFARTIGUE, P. (ed.). **Cadres: la grande rupture**. Paris: Editions La Decouverte et Syros, 2001.

Eis um elemento que fornece subsídios para se compreender a inserção e integração do alto empregado ao empreendimento, tendo em vista que, por meio da confiança excepcional, há uma espécie de substituição do empregador pelo empregado, caracterizando, nos dizeres de Alice Monteiro de Barros, um *alter ego* do empregador.

Porém quando se analisa as relações de trabalho dos altos empregados, compreendidos como os empregados que ocupam os mais altos cargos na hierarquia das empresas, em especial os cargos de Presidência, Vice-Presidência, Diretores e Gerências, constata-se que há a assunção de parte dos riscos da atividade empresarial.

Ainda a respeito da transferência parcial do risco da atividade empresarial, Alessandra Cholfe é precisa ao pontuar que:

Lucier, Kocourek e Habel (2006) constataram em seu artigo que aborda a sucessão dos executivos, (os CEO, chief executives officer) que deixaram seus cargos no ano de 2005, que hoje o executivo tem plena consciência de que permanecerá na empresa enquanto estiver trazendo bons resultados para os investidores.²¹⁹

Portanto, é uma curiosa situação na qual a própria manutenção do emprego depende diretamente do sucesso empresarial.

No entanto, há que se trazer a observação no sentido de que ao se identificar esse fenômeno social não se argumenta no sentido de que estejamos diante de uma situação juridicamente ilegal. Essa constatação, do ponto de vista jurídico, não implicará na legalidade ou na ilegalidade de uma rescisão contratual ou mesmo em uma destituição. Trata-se, no entanto, de uma forte constatação de que nas relações de altos empregados, em especial os exercentes dos cargos mais elevados nas hierarquias empresariais, haverá um significativo compartilhamento dos riscos do negócio entre esse profissional e o seu empregador.

²¹⁹ CHOLFE, A. **O impacto da demissão no executivo**. 2007. Trabalho de conclusão de curso (Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 6. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18519/2/Alessandra%20Cholfe.pdf>. Acesso em: 21. jul. 2023.

Ainda no debate sobre a alteridade surge um outro fator com significativas repercussões: a questão da coordenação ou da colaboração.

Conforme amplamente debatido até então, é inegável que as condições pessoais e profissionais dos altos empregados, somadas ainda à fidúcia especialíssima com que exerce suas atividades, propiciam uma atuação colaborativa em relação à empresa. Ou seja, o alto empregado atua colaborando e organizando o empreendimento, possuindo, assim, grande liberdade – porém não ilimitada – na condução de suas atividades, o que dá uma forte percepção de autonomia.

Por outro lado, esse discurso da colaboração ou da autonomia acarreta um relevante desdobramento: a pressão pessoal por resultados. Não se trata, conforme observado por Lucier, Kocourek e Habbel, de pressões externas por resultados enquanto condição para a manutenção do emprego. Aqui se fala da pressão pessoal por resultados. Afinal, esse discurso do empreendedorismo, do sucesso individual, do super executivo também é direcionado ao alto empregado.

O alto empregado é destinatário do discurso de que é responsável pelo sucesso da empresa. E esse discurso, obviamente, gerará consequências de ordem pessoal e psicológica.

Em relevante pesquisa sobre os impactos da demissão de executivos, Karen Louise Mascarenhas, em dissertação de mestrado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-graduados em Psicologia, concluiu que:

De forma geral, com a ruptura do vínculo profissional, os executivos mostraram-se muito frustrados e tenderam a questionar sua própria competência, duvidando de si e de seu valor. Nesse momento, alguns chegaram a verbalizar que não sabiam mais como definir sua identidade, tomando a identidade profissional como identidade total. Percebe-se, pois, o impacto gerado e o nível de desorganização provocado no indivíduo pela experiência da demissão.²²⁰

A respeito da conclusão da autora, chama-se bastante atenção para a questão do questionamento “da própria competência” enquanto um desdobramento do

²²⁰ MASCARENHAS, K. L. **O sentido do trabalho e a identidade do executivo brasileiro**: estudo de caso sobre os impactos da demissão. 2008. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 140.

enraizamento do discurso do empreendedorismo e da individualização das trajetórias profissionais.

A autora ainda faz a transcrição de uma entrevista na qual identifica essa questão do engajamento da cobrança sobre si mesmo:

A (empresa) passou a ser muito importante. As coisas tinham que ser como tinham que ser. Acho que já vestia a camisa antes, mas quando virei diretor, nossa, agora já vestia a camisa um milhão por cento. Você passa a ter o gosto de ver as coisas bem feitas, como se fosse sua empresa. Cheguei a brigar com diretor porque nosso processo de desenvolvimento de pessoas, ou de reconhecimento de potencial não foi perfeito por alguma coisa. (Elias, ex-diretor de indústria farmacêutica, 38 anos).²²¹

Para Mascarenhas, há uma forte relação afetiva através da qual o “indivíduo liga-se à organização não apenas por questões materiais, mas principalmente por questões afetivas e imaginárias, de maneira que a organização se beneficia da utilização da estrutura psíquica destes.” A autora identifica que “nas entrevistas, era comum notar que os executivos internalizavam a responsabilidade pelos resultados da organização e passavam a se cobrar por altos índices de performance própria e da equipe.”²²²

É uma incessante busca pelo sucesso, conforme observado por Max Pages ao identificar que “o sucesso, a ambição, fazer carreira vão se tornar para o indivíduo os valores essenciais, pois são eles e só eles que podem preencher esta angústia do vazio: para ser reconhecido é preciso vencer”²²³.

Esta alteridade, que é parcialmente transferida do empregador para o alto empregado, é elemento essencial para a compreensão da grande dificuldade para que tais empregados consigam de desconectar do trabalho em todos os sentidos.

É como se a posição do *figurehead* ou do *spokeman* se prendesse à própria personalidade do empregado, ocasionando diversas consequências de ordem psicológica com repercussões para o Direito do Trabalho como adoecimento, trabalho em quantidade excessiva, dentre outros.

²²¹ MASCARENHAS, 2008, p. 48.

²²² MASCARENHAS, 2008, p. 48.

²²³ PAGÈS, M.; BONNETI, M.; GAULEJA, V. **O poder das organizações**. São Paulo: Atlas, 1987. p. 135.

Essa indumentária composta pela figura de chefe, diretor, presidente, CEO etc. com repercussão dentro da empresa mas também para fora, somada a um processo social de individualização das trajetórias profissionais – sendo o alto empregado utilizado como uma referência a ser seguida no mercado de trabalho –, somada a uma prestação de serviços altamente especializada e direcionada à eficiência empresarial, o que se materializa através de uma atuação colaborativa do profissional, faz com que a forma como se interpreta a alteridade ou assunção dos riscos do negócio tenha que ser relativizada ou ao menos percebida e refletida.

Não no sentido do insucesso na condução da empresa por parte do alto empregado poder ser usado como justificativa para a não observância dos seus direitos e garantias trabalhistas. Mas no sentido de que essa superexposição o coloca em uma situação na qual ao menos parte do risco do negócio seja por ele assumida, destacando-se, no entanto, que mesmo diante de condições pessoais bastante favoráveis, o alto empregado jamais será detentor dos meios de produção, razão pela qual se fala em deslocamento parcial dos riscos do negócio. Jamais total.

6.2 Altos empregados e vulnerabilidades

A vulnerabilidade do trabalhador ou mesmo sua hipossuficiência são os elementos mais fundamentais do Direito do Trabalho. Consistem nas estruturas básicas, possuindo, portanto, centralidade nesse ramo do Direito.

Dizendo de maneira mais direta, o Direito do Trabalho nasce a partir do pressuposto de que o trabalhador é hipossuficiente em relação ao empregador, pressuposto que permanece válido e atual na quase totalidade das relações de emprego.

No entanto, o próprio Direito do Trabalho enfrenta críticas significativas a partir do discurso de que nem todo trabalhador é tão hipossuficiente ou vulnerável quanto se imagina. E esse discurso crítico sempre esteve direcionado, dentre outros institutos trabalhistas, aos altos empregados, enquanto espécie de empregados especiais sob a alegação de que, em virtude de suas condições pessoais, financeiras, profissionais, sociais não deveriam ser destinatários de tantas proteções trabalhistas assim.

Em resumo, há um discurso relativamente bem difundido no sentido de que as condições dos contratos de trabalho dos altos empregados permitem que o sistema de proteções trabalhistas seja relativizado ou atenuado. É basicamente o que se expos até aqui ao se esclarecer que os altos empregados, sejam quais forem as modalidades, são excluídos de alguns sistemas de proteções trabalhistas, dentre os quais se destaca o próprio controle de jornada, nos termos estabelecidos no art. 62 da CLT.

No entanto, esse discurso da ausência de vulnerabilidade ou hipossuficiência pode ser repensado ou ressignificado a partir das relações de trabalho dos altos empregados. Afinal, tais profissionais seriam tão independentes e autônomos como se defende?

Em importante pesquisa sobre o trabalho de “executivos”, Maria José Tonelli e Rafael Alcadipani, após acompanharem dez executivos no ano de 2004, relataram o seguinte:

Ainda que seja como um assalariado, este executivo tem hoje uma posição confortável por exercer já há muitos anos sua função de alto executivo, mas como ele próprio afirmou: já perdeu emprego e em algumas ocasiões ficou muito preocupado em perder a posição que ocupa.²²⁴

Essa simples posição demonstra, de forma inexorável, a vulnerabilidade do alto empregado. Uma vulnerabilidade composta por outros fatores que não apenas a necessidade de sobrevivência.

Isso porque não é razoável defender que apenas a pessoa que tenha a sua sobrevivência e a de sua família ameaçada em decorrência da situação de desemprego seja vulnerável. A vulnerabilidade também existirá quando a pessoa, mesmo com uma condição financeira que lhe “dê” algum tempo para sobreviver sem depender do trabalho, tenha a sua principal fonte de renda eliminada de sua vida. Além do que, a vulnerabilidade pode ser encarada por outras óticas que não a meramente financeira.

²²⁴ TONELLI, M. J.; ALCADIPANI, R. O trabalho dos executivos: A mudança que não ocorreu. **Organizacional e gestão**, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 87-105, 2004. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/70655971.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023.

A vulnerabilidade pode existir a partir do medo de um alto empregado de ser conhecido no mercado de trabalho como um profissional que cometeu grandes erros e, portanto, submetendo-se ao risco do “encerramento” de sua carreira.

No entanto, não se nega que a vulnerabilidade a partir da ótica financeira seja bastante relevante. No emblemático livro “O Poder das Organizações”, Max Páges, Michel Bonneti e Vincent de Gauleja reconhecem que uma política uniforme de salários elevados e oportunidades de promoção proporciona tanto uma sensação de segurança quanto de insegurança. Isso ocorre porque esse sistema pode aprisionar o indivíduo às recompensas materiais e ao prestígio, tornando-o relutante em abrir mão desses elementos.²²⁵

Tanto que Lucier, Kocourek e Habel²²⁶, em seu estudo sobre a sucessão de executivos, especialmente os CEOs (Chief Executive Officers), no ano de 2005, identificaram uma mudança significativa na mentalidade dos executivos contemporâneos. Naquele momento os executivos já estavam cientes de que sua permanência em uma empresa estaria estritamente relacionada aos resultados que proporcionam aos investidores. As antigas alianças com investidores e o relacionamento com o conselho administrativo já não garantiam a estabilidade que costumavam oferecer.

A pesquisa revelou que o número de demissões motivadas pela má performance aumentou consideravelmente em comparação com o ano de 1995. Em 2005, 15,3% dos executivos deixaram seus cargos, representando um aumento de 4,1% em relação a 2004 e um impressionante aumento de 70% em relação à década anterior.

Quanto às razões que levaram à saída dos executivos em 2005, cerca de um terço dessas saídas estava relacionado ao desempenho, ou seja, resultados aquém do esperado ou conflitos com investidores e acionistas. Especificamente na América do Norte, 35% das sucessões ocorreram devido à má performance, enquanto na Europa esse número foi ainda maior, atingindo 42%. Na região da Ásia e Pacífico,

²²⁵ PAGÈS; BONETTI; GAULEJA, 1987.

²²⁶ LUCIER, C.; KOCOUREK, P.; HABEL, R. CEO SUCCESSION 2005 - The crest of the wave- Booz Allen Hamilton's annual study. **Boozallen**, 2006. Disponível em: <http://www.boozallen.com/publications/article/3744370?lpid=827466>. Acesso em: 23 out. 2023.

essa porcentagem foi de 28%, enquanto no Japão, o índice de demissões por essa razão foi de 12%.

Mascarenhas, a respeito das percepções individuais decorrentes da demissão, é precisa ao identificar que:

A partir do cargo executivo que ocupou, esse sujeito desenvolve a ilusão de ser importante e imprescindível como coordenador de processos, recursos e pessoas da empresa. Frente à demissão, choca-se com o fato de ter sido descartado, já que acreditava não estaria sujeito a este fenômeno, o qual deveria ocorrer somente para os níveis mais baixos na hierarquia organizacional.²²⁷

Portanto, esses dados e relatos evidenciam uma percepção empírica deste trabalho: que os altos empregados se sentem vulneráveis por conta da possibilidade de desemprego.

Ainda neste cenário, tem se tornado um grande fator de receios a dificuldade de recolocação profissional de empregados altamente qualificados. Ou seja, quando se trata de altos empregados, a situação de desemprego é agravada em virtude da própria dificuldade de recolocação profissional em virtude tanto das suas longas trajetórias profissionais quanto das suas expectativas econômicas relacionados ao trabalho.

Tangenciado o debate financeiro sobre a situação de desemprego, ainda se destaca a questão da manutenção do custo de vida para além do emprego. Afinal, esse profissional, independente do patrimônio construído, terá preocupações em relação à manutenção com a sua qualidade de vida.

Ainda a respeito das vulnerabilidades perceptíveis nessas relações de emprego, tem-se a questão da concorrência aliada à permanente necessidade de redução de custos no mundo corporativo atual. Em resumo, tais profissionais, usualmente, deparam-se com o receio de substituição por profissionais em regra mais novos e, conseqüentemente, mais baratos para o empregador e algumas vezes até com formações acadêmicas e profissionais mais aprimoradas.

²²⁷ MASCARENHAS, 2008, p. 2.

Ou seja, o fator concorrência também pode ser apontado como um indicador de vulnerabilidade praticamente inerente à condição de alto empregado.

Em grande obra sobre as vulnerabilidades no emprego, Adriana Wyzykowski, é extremamente precisa ao defender que:

Três dimensões básicas de vulnerabilidade poderiam ser associadas ao trabalho. A primeira delas consistiria nas características individuais das pessoas tais como condutas, crenças, motivação, modalidades de afrontamento e capacidade de resposta frente às adversidades laborais. Por outro lado, outra dimensão seria vislumbrada em relação às próprias características laborais, como o entorno físico, a produtividade, a eficácia e rendimento e as exigências e organização do trabalho. Por fim, as condições extralaborais como a conjuntura socioeconômica e política do país e a integração do trabalho com as expectativas de qualidade e proteção da vida sociofamiliar também funcionariam como parâmetros para aferir a vulnerabilidade no trabalho.²²⁸

As dimensões de vulnerabilidade podem variar de acordo com o empregado, com algumas dimensões sendo mais acentuadas em alguns casos do que em outros. Por exemplo, um empregado pode apresentar características pessoais que o tornam mais vulnerável em uma situação, mas menos vulnerável em outra.

E mais. Pode haver vulnerabilidades inerentes às próprias funções exercidas, valendo lembrar que já tivemos a oportunidade de argumentar que o cargo de confiança pressupõe uma precariedade que se materializa justamente através de uma condição de vulnerabilidade.

A autora argumenta que existem empregados com condições de hipervulnerabilidade, mencionando grupos como crianças, adolescentes, idosos, mulheres em determinados contextos e pessoas com deficiência, reconhecendo, porém ser inegável que existem empregados que enfrentam diferentes níveis de vulnerabilidade, o que fortalece a ideia das “camadas de vulnerabilidade”, conforme descrito por Wyzykowski:

Segundo Florencia Luna, a vulnerabilidade deveria ser enxergada pela ideia de capas. A metáfora das capas traria consigo a ideia de que a vulnerabilidade é flexível, múltipla e diferente e que não haveria uma única vulnerabilidade. Existiriam, assim, múltiplas vulnerabilidades que poderiam ser retiradas uma a uma, capa por capa. Dessa forma, estar-se-ia diante de

²²⁸ WYZYKOWSKI, 2019, p. 99.

diversas capas operando, não como uma única e sólida realidade, mas como diferentes vulnerabilidades, que podem se sobrepor umas às outras.²²⁹

Diante disso, sendo a vulnerabilidade um pressuposto lógico nas relações de trabalho, apresentamos o conceito proposto por Paulo Lobo no seguinte sentido:

A vulnerabilidade, sob o ponto de vista jurídico, é o reconhecimento pelo direito de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem as pessoas, são merecedoras de proteção. Não se confunde com a hipossuficiência, que é conceito eminentemente econômico ou conceito jurídico fundado na insuficiência das condições econômicas pessoais. De maneira geral, os juridicamente vulneráveis são hipossuficientes, mas nem sempre essa relação existe. A vulnerabilidade jurídica pode radicar na desigualdade do domínio das informações, para que o interessado em algum bem ou serviço possa exercer sua escolha, como ocorre com o consumidor; pode estar fundada na impossibilidade de exercer escolhas negociais, como ocorre com o aderente em contrato de adesão a condições gerais.²³⁰

Dessa forma, não é razoável o posicionamento de que haja empregados que não sejam vulneráveis, pois a vulnerabilidade, enquanto suscetibilidade de lesão, é inerente à própria condição humana, daí a posição de Heloisa Helena Barboza de que “refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, que pode, eventualmente, ser ‘vulnerado’ em situações contingenciais”.²³¹

No entanto, a vulnerabilidade não será elemento diferenciador do conceito ou da relação jurídica do alto empregado. Defende-se, nesse trabalho, que haja vulnerabilidades nas relações de altos empregados e muitas. Bem como se defende que o Direito do Trabalho, reconhecendo tais vulnerabilidades deve construir uma solução adequada para essa relação jurídica.

Ainda sobre o tema, mas para fins de conclusão, é importantíssimo ter em mente que o conceito de vulnerabilidade ou mesmo de hipossuficiência para o Direito do Trabalho é um conceito relacional. Ou seja, quando se fala que determinada pessoa é vulnerável, é necessário que se esclareça em relação a que ou a quem. Da mesma forma o conceito econômico ou financeiro de hipossuficiência é um conceito

²²⁹ WYZYKOWSKI, 2019, p. 102.

²³⁰ LOBO, P. Contratante Vulnerável e Autonomia Privada. *In*: NEVES, T. F. C. (coord.). **Direito e Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária**: estudos em homenagem ao Professor Silvio Capenema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013. p. 162.

²³¹ BARBOZA, H. H. Proteção dos Vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. *In*: NEVES, T. F. C. (coord.). **Direito e Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária**: estudos em homenagem ao Professor Silvio Capenema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108.

relacional de modo que determinada pessoa seja hipossuficiente em relação a algo ou a alguém.

A partir disso, é possível analisar determinadas relações de altos empregados a partir de conceitos relacionais. Veja-se, por exemplo, que a Caixa Econômica Federal, uma das principais empresas públicas brasileiras, é presidida por uma bancária de carreira. Essa empresa pública tem na sua presidência uma empregada, uma alta empregada que exerce cargo de confiança e que possui altíssimo patamar remuneratório em comparação com os outros empregados da mesma empresa.

Analisando as condições pessoais, profissionais, financeiras dessa profissional pode-se até pensar ser ela uma profissional que não é vulnerável ou que não seja hipossuficiente. No entanto, a resposta passa a ficar um pouco mais complexa quando se analisa comparativamente essa profissional de um lado com a sua empregadora de outra.

Refazendo o questionamento. A atual presidente da Caixa Econômica Federal é hipossuficiente ou vulnerável em relação a referida empresa pública?

Ao se deparar com esse questionamento, entende-se ser razoável a resposta no sentido de que a análise comparativa entre a empregada em questão – seja ela presidente da empresa – e a respectiva empresa seja de que a empregada será sim vulnerável ou mesmo hipossuficiente, haja vista que, independentemente do seu patrimônio ou condição pessoal, naquela relação jurídica bilateral será sempre ela a parte vulnerável.²³²

Apenas o empregador não possuirá posição de vulnerabilidade ou hipossuficiência em relação ao empregado, embora enfrente suas vulnerabilidades em relação a outros fatores de sua vida.

²³² Apenas para fins de esclarecimento, no dia de 25 de outubro de 2023, antes do encerramento deste trabalho, a presidente da Caixa Econômica Federal foi destituída do cargo segundo diversas fontes na mídia especializada, o que apenas fortalece a argumentação da vulnerabilidade.

6.3 Condições de trabalho dos altos empregados

Uma coisa não se pode negar. Os altos empregados se destacam entre as diversas categorias profissionais devido à autonomia aparente que envolve suas atividades de trabalho, juntamente com a confiança que lhes é concedida, permitindo a expressão de sua subjetividade. Esse destaque, ressalte-se, já não é mais limitado ao espaço físico ou social da empresa. Ele ultrapassa as fronteiras da vida profissional do trabalhador e atinge sua vida pessoal, familiar, social etc.

No entanto, essa identidade pode ser questionada quando consideramos que, atualmente, esses profissionais também estão suscetíveis ao desemprego, conforme discutido no item anterior.

As recentes mudanças no mercado de trabalho, influenciadas pela era digital e pela crescente conectividade, leva-nos a refletir sobre os papéis desempenhados pelos altos empregados nas empresas e na construção do ambiente social que os cerca. Além da autonomia, eles também enfrentam desafios como o direito à desconexão, uma vez que estão cada vez mais conectados em horários além do expediente tradicional, muitas vezes utilizando ferramentas como o WhatsApp para se comunicar e tomar decisões corporativas, o que ainda se agrava diante das doenças psicossomáticas tão comuns entre trabalhadores intelectuais.

Portanto, enquanto tais profissionais desfrutam de uma certa autonomia na condução de suas tarefas, o advento das tecnologias e das novas dinâmicas de trabalho os leva a investir uma quantidade excessiva de horas, frequentemente ultrapassando os limites razoáveis, o que suscita questões essenciais sobre a qualidade de vida no trabalho e o equilíbrio entre vida profissional e pessoal.

Em importante pesquisa sobre o trabalho de “executivos”, Maria José Tonelli e Rafael Alcadipani, após acompanharem dez executivos no ano de 2004 puderam constatar que “os executivos entrevistados trabalham sempre de 10 a 14 horas por dia, levam trabalho para casa no final de semana e disseram que pensam no trabalho

o tempo todo (com exceção de um alto executivo que disse desligar do trabalho quando está com os amigos e/ou filhos)".²³³

Além disso, as próprias condições de trabalho de modo geral passam por momento delicado em relação à saúde mental.

De acordo com relatórios da Organização Mundial da Saúde (OMS), a depressão estava prevista para se tornar a segunda principal causa de morte no mundo até 2020. Em sintonia com essa preocupação, a campanha para o Dia Mundial da Saúde em 2017 adotou o tema "Let's talk" (Vamos conversar), buscando conscientizar a população mundial sobre a importância da prevenção e tratamento desse sério problema de saúde.

No mais, estima-se que, na próxima década, a depressão se torne a principal causa de incapacitação no trabalho e represente um dos maiores ônus econômicos e sociais para os governos, devido aos custos de tratamento médico e às perdas de produção. Conforme uma pesquisa conduzida por Leika Sumi²³⁴, no Brasil, os transtornos psiquiátricos classificam-se entre as três principais causas de incapacidade moderada e grave para as atividades da vida diária, aposentando cerca de 8% dos segurados em 2012, o que os coloca como a terceira maior causa de aposentadoria no país.

Seguindo a perspectiva de que saúde equivale à qualidade de vida, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem instado à adoção de medidas para sensibilizar, informar e promover a compreensão geral dos perigos e riscos associados ao ambiente de trabalho. Nesse sentido, foi estabelecido o "Dia Mundial sobre Segurança e Saúde no Trabalho," celebrado anualmente em 28 de abril.

Durante as etapas anteriores desse trabalho tivemos a oportunidade de, trazendo ponderações de autores da Administração de Empresas, sustentar que as atribuições dos altos empregados e executivos são as mais diversificadas possíveis,

²³³ TONELLI; ALCADIPANI, 2004, p. 3.

²³⁴ SUMI, L. G. *et al.* Conceitos sobre perícias médicas psiquiátricas no mundo do trabalho. *In*: RAZZOUK, D.; LIMA, M. G. A. de; CORDEIRO, Q. (org.). **Saúde mental e trabalho**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2015. p. 263-289.

exigindo altíssimo nível de comprometimento e dedicação, o que se materializa através de longas jornadas de trabalho.

Portanto, conseguimos firmar alguns pressupostos fáticos em relação aos altos empregados, dentre os quais se destacam os seguintes: i) que os altos empregados, como regra, submetem-se a extensas jornadas de trabalho; ii) que essas extensas jornadas de trabalho dificultam ou reduzem os seus contatos com amigos e familiares, reduzindo, em certa medida, o tempo para cuidados com a saúde; iii) que esses profissionais são constantemente cobrados ou se cobram para atingir bons resultados; iv) que tais profissionais são usualmente expostos perante a sociedade como exemplos de sucesso a serem seguidos.

Tais condições evidenciam que os trabalhos desses profissionais possuem papel central nas suas vidas, o que gera um ciclo no qual a dedicação aos empregos e aos desafios profissionais é cada vez mais exigida.

O alto empregado é cobrado pela estrutura empresarial, pela sociedade e até mesmo por si para gerar o máximo de lucro, para atingir o máximo de sucesso, para gerar negócios e maximizar as potencialidades da empresa.

6.4 Uma nova dimensão: as características da subordinação jurídica nas relações dos altos empregados

Conforme a conceituação de Maurício Godinho Delgado, a subordinação “consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.”²³⁵

Esse conceito, amplamente admitido pela Doutrina Trabalhista, centra suas atenções nesse “comprometimento” de acolhimento ao poder de direção ou poder diretivo/empregatício.

²³⁵ DELGADO, 2019, p. 302.

De fato, a subordinação pode ser interpretada como uma ligação de disponibilidade e prestação de serviços, observadas algumas diretrizes impostadas pela contratante, através de uma relação jurídica contratual.

Aqui vale trazer a observação de que a dicotomia maniqueísta de subordinação de um lado e trabalho autônomo de outro, recepcionada de maneira significativa pelo Direito do Trabalho brasileiro, enfrenta desafios de ordem prática, haja vista que, de fato, a complexidade das relações interpessoais, dentre as quais se inserem as relações de trabalho, já não admite soluções tão homogêneas.

Ou seja, há e deve haver espaço no ordenamento jurídico para o trabalho autônomo e, conseqüentemente, sem a tutela do Direito do Trabalho.

Por exemplo, pode-se considerar a situação dos artistas e músicos de renome. Esses profissionais, em sua maioria, gozam de um alto grau de autonomia na execução de seus serviços, o que justifica a necessidade de uma regulamentação específica fora dos limites da CLT. Apesar disso, esses artistas geralmente não dedicam a maior parte de seu tempo de trabalho a um único contratante, que é responsável por grande parte de sua remuneração. Essa situação permite classificá-los como trabalhadores autônomos.

Embora esses artistas estejam sujeitos a diretrizes gerais estabelecidas pelo contratante, sua relação é mais de coordenação do que de subordinação. Os interesses mútuos na contratação vão além de uma típica relação de emprego. Por um lado, o contratante se beneficia da presença do artista para agregar valor às suas atividades. Por outro lado, o artista utiliza a estrutura do contratante para promover seu trabalho e, assim, expandir sua fama e reputação.²³⁶

De acordo com Alice Monteiro de Barros²³⁷, uma vez que esses contratos visam a interesses comuns, os artistas mantêm a capacidade de determinar como executam seu trabalho, especialmente no caso de produtores, apresentadores, diretores de fotografia, atores principais e dubladores.

²³⁶ MANNRICH, N. Contratação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas: mitos e realidades. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 26, p. 57-62, 2006.

²³⁷ BARROS, A. M. de. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho**: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. São Paulo: LTr, 2002, p 12.

Mesma situação é vivenciada pelos representantes comerciais, cujas atividades são regulamentadas pela Lei nº 4.886/65. Esses profissionais também estão frequentemente envolvidos em uma relação de trabalho autônomo dependente. Isso ocorre porque, a autonomia do representante comercial é limitada de certas maneiras, de maneira semelhante a um contrato de prestação de serviços. Essas limitações incluem a obrigação de prestar contas, a elaboração de relatórios e a necessidade de submeter as vendas à aprovação do representado, entre outros requisitos. No entanto, é importante destacar que essas restrições não equivalem à subordinação típica de uma relação de emprego.

Por outro lado, não há como se defender que a subordinação jurídica na relação de um diretor presidente de uma empresa tenha as mesmas características e contornos da de um motorista, por exemplo.

E essas peculiaridades passam a ser ainda mais específicas quando se constata a atuação do alto empregado, especialmente os inseridos nos ápices das estruturas organizacionais das empresas, se materializa através de um processo auto influência. Dizendo de outra maneira, a relação jurídica, mas a psicológica também, do alto empregado com a empregadora é parcialmente construída e ajustada por ele.

Neste sentido, Laplace e Pontalis, dois dos mais renomados psicanalistas franceses e notabilizados pela criação do **Vocabulário da Psicanálise**, destacam que essa relação indivíduo-organização possui duplo sentido em termos de influência. Segundo os autores, esse é um processo.

Psicológico pelo qual um sujeito assimila um aspecto, uma propriedade, um atributo do outro, e se transforma total e parcialmente, segundo o modelo desse outro. A personalidade constitui-se e diferencia-se por uma série de identificações.²³⁸

Dessa forma, o indivíduo passa a encarar a organização como uma extensão de si mesmo, identificando-se com as características e qualidades da organização como se fossem suas próprias. De acordo com Freud²³⁹, a influência do grupo sobre

²³⁸ LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J-B. **Dicionário de Psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 192.

²³⁹ FREUD, S. **Psicologia de grupo e a análise do ego**. ed. Standard Brasileira das Obras Completas. Rio de Janeiro: Imago, 1987. 18. v.

o indivíduo pode causar mudanças profundas em seu funcionamento mental. É nesse contexto que os modelos e ideais da organização desempenham um papel significativo na formação da personalidade do sujeito, por meio do processo de identificação. Dentro da organização, existem diversas opções de identificação disponíveis.

Situação que ainda se agrava quando dentro dessa organização o indivíduo exerce uma liderança. Afinal, é como se as diretrizes, regras, metas, normas – explícitas ou implícitas – fossem parte do próprio sujeito.

um processo de assimilação de metas, que repercute na própria subordinação jurídica, o que ainda se destaca quando se percebe que há forte processo de criação de expectativas por parte do próprio empregado quanto ao seu desempenho. É como se o alto empregado, mesmo submetido ao poder empregatício inerente a qualquer relação de emprego, participasse da construção dos parâmetros a serem observados. Pode parecer contraditório, mas os estudos desenvolvidos até este momento evidenciam uma espécie de auto subordinação.

Por essas e outras razões não se defende haver autonomia na atividade de profissional que, inserindo-se na estrutura organizacional da empresa como gerente-geral, presidente, diretor etc, exerça as atividades inerentes a esses cargos. Tanto que se reconhece a precisa observação de Russomano ao definir trabalho autônomo da seguinte forma:

É aquele no qual o qual o trabalhador não tem obrigação de obedecer às determinações patronais. Não quer isso dizer que o trabalhador autônomo não deva saber, da empresa para a qual trabalha, que serviço deve fazer, como deve fazê-lo, que material será empregado etc. Mas, o trabalhador autônomo, apesar disso, se distingue do empregado, porque não tem horário regulamentar, não tem obrigação de produtividade mínima diária ou horária, não tem dever de comparecimento ao serviço.²⁴⁰

Em suma, essa subordinação jurídica, mesmo diante da autonomia com que os serviços dos altos empregados são prestados estará, como regra, presente.

²⁴⁰ RUSSOMANO, M. V. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990. p. 15.

Veja-se a situação do direito à desconexão. Já tivemos a oportunidade de destacar estudos com altos executivos nos quais se constatou que trabalhar durante os fins de semana é uma postura comum entre esses profissionais, tendo alguns até afirmado que pensam no trabalho durante todo o tempo. Tais constatações evidenciam, portanto, uma integração do alto empregado até maior que a do empregado comum.

É como se o alto empregado, por sua posição no empreendimento, estivesse até mais integrado à empresa do que todos os outros empregados, o que se materializa justamente através da dificuldade de desconexão do trabalho vivenciada por esses profissionais.

De fato, ele pode exercer suas atividades sem ter que prestar tantos esclarecimentos ou pedir tantas autorizações, ou mesmo ter autonomia e liberdade para realizar mais atividades, mas a sua inserção na empresa é muito mais intensa do que dos empregados comuns.

Essa gama de responsabilidades e tarefas compõe uma teia de fixação do empregado à empresa que o coloca em situação na qual a sua relação com a empresa seja até mais intensa.

Dentre as peculiaridades que valem ser destacadas nessa oportunidade em relação à subordinação jurídica gerencial ou diretiva, destaca-se o seu elemento estrutural enquanto um dos seus aspectos mais centrais.

Em verdade, quando se analisa essa nova dimensão da subordinação jurídica nota-se tanto o seu elemento estrutural no sentido de o alto empregado estar inserido na parte superior da estrutura hierárquica da empresa e, necessariamente, abaixo do próprio empregador, quanto por assumir parte do risco do negócio, mesmo que seja uma parte.

Esse segundo elemento é bastante tênue, pois ao assumir os riscos do negócio de maneira mais significativa, esse alto empregado pode ultrapassar a fronteira da subordinação jurídica e, conseqüentemente do Direito do Trabalho, para assumir efetivamente a posição de sócio da empresa mesmo que de forma minoritária.

No entanto, acredita-se que o elemento diferencial que faz com que se ultrapasse essa fronteira da subordinação jurídica é uma espécie de igualdade de interesses, pois a partir do momento em que os interesses do alto empregado, seja ele diretor, gerente-geral, CEO etc., equiparem-se aos interesses do sócio da empresa, colocando-os em situação de isonomia, a subordinação, de fato desaparece e dá lugar a uma relação societária.

Antes dessa situação de isonomia entre os sujeitos envolvidos, sendo um deles um empregado que exerça funções de direção ou gerência e, portanto, inserido na estrutura organizacional da empresa, haverá subordinação jurídica em uma nova dimensão, uma dimensão diretiva ou gerencial.

Nessa relação jurídica não há espaço para controle de jornada dada a existência de uma fidúcia especialíssima, bem como não haverá espaço para rígidos controles na prestação pessoal de serviços, mas haverá subordinação.

E essa subordinação não é unidirecional no sentido do sócio ou dono da empresa para com o alto empregado. É uma subordinação composta por feixes de entrelaçamento entre as partes, consistindo em um vínculo extremamente pessoal do alto empregado com a estrutura da empresa.

Um vínculo que exige do alto empregado não só o comprometimento profissional, mas que se materializa através de um compromisso pessoal, social e até familiar em determinados casos.

Dessa forma, conceitua-se a subordinação jurídica gerencial ou diretiva como o vínculo existente entre empregador e alto empregado através do qual este, inserindo-se na estrutura organizacional da empresa de maneira intensa, assume parte das prerrogativas inerentes ao poder empregatício para a sua condução limitada e de acordo com as diretrizes impostas pelo empregador, assumindo mesmo que parcialmente os riscos do negócio.

7 CONCLUSÃO

A hipótese que norteou esse trabalho foi a de que os altos empregados não estão submetidos a uma subordinação jurídica leve ou rarefeita, mas que exercem suas atividades mediante uma subordinação jurídica com novas características e peculiaridades, caracterizando como uma nova dimensão dessa subordinação.

Para enfrentar adequadamente o desafio de responder esse questionamento, firmamos no primeiro capítulo do trabalho a posição de que o Estado decide regulamentar a relação jurídica de emprego visando assegurar o mínimo existencial ao máximo número de pessoas, bem como para que equalize uma relação jurídica nitidamente desigual, possuindo, ainda, fortes características redistributivas. Para tanto firmou-se como pressuposto filosófico o **Liberalismo Igualitário** de John Rawls.

Também na primeira etapa do trabalho foram identificadas fortes influências libertárias nas reformas legislativas de 2017, bem como em diversos precedentes do STF dos últimos sete anos, tendo, no entanto, concluído que tais influências não se destinam a um Direito do Trabalho **libertário**, mas a um Direito do Trabalho próximo da noção de **liberalismo igualitário** em especial a partir da adoção das diretrizes do mínimo existencial como condição para o exercício das liberdades básicas e dos direitos trabalhistas como mecanismos de distribuição de recursos e bens primários.

O que se percebeu foi que alguns assuntos no Direito do Trabalho são extremamente centrais e funcionam como termômetro a indicar se este ramo do Direito está em fase de expansão ou de contração. Neste cenário, a subordinação jurídica é um grande exemplo, de modo que em momentos de expansão ou de crescimento do Direito do Trabalho a interpretação que tenha se dado à subordinação jurídica tenha sido igualmente ampla. Por outro lado, em um momento de contração como o atual, a subordinação jurídica passa a ser interpretada de maneira restritiva.

A partir das reformas legislativas de 2017 e dos precedentes analisados se identificou que o Direito do Trabalho brasileiro passa por um movimento ou momento de contração e que o entendimento do STF a respeito do conceito de subordinação jurídica e, conseqüentemente, sobre a abrangência e aplicabilidade do Direito do Trabalho vem se restringindo.

Também se observou que o discurso teoricamente **libertário** de que a ausência de hipossuficiência ou vulnerabilidade em uma relação de trabalho decorrente de um “contrato justo” tem na figura dos altos empregados um grande exemplo. Dizendo de maneira mais direta, esse discurso libertário utiliza a figura dos altos empregados, enquanto profissionais teoricamente bem remunerados e bem formados, como exemplo tanto para a desnecessidade de tutela por parte do Estado quanto a suposta desatualização do conceito de subordinação jurídica.

Assim, ao se analisar o objeto de pesquisa a partir dessas premissas estabelecidas no primeiro capítulo, chegou-se à conclusão de que o discurso de que os altos empregados, em virtude de suas condições pessoais, profissionais e financeiras, não precisam da tutela do Direito do Trabalho possui influência **libertária** e que pode haver uma aparente adequação desse discurso com o **Liberalismo Igualitário**, em especial pelo fato desses profissionais estarem em condições privilegiadas e sem graves riscos ao mínimo existencial.

No entanto, interpretar o Direito do Trabalho como um instrumento que tenha a única finalidade de assegurar o mínimo existencial, compreendido como as condições mínimas para o exercício das liberdades fundamentais e individuais, consiste em uma interpretação muito restritiva e que não se compatibiliza com a própria vocação de melhoria das condições sociais desse ramo do Direito.

Defender abertamente que o Direito do Trabalho apenas proteja relações de trabalho profundamente assimétricas, desiguais ou nas quais o trabalhador seja fortemente hipossuficiente em relação ao empregador, implica também, pelo menos de forma indireta, em um Direito do Trabalho muito restrito, o que fica aquém do propósito que o ordenamento jurídico brasileiro atribuiu a esse ramo do Direito, o que se evidencia, por exemplo, a partir dos direitos sociais estabelecidos pelos artigos 6º e 7º da Constituição Federal.

Por outro lado, é importante ressaltar que o Direito do Trabalho, como uma instituição que confere bens e direitos, deve ser concebido de maneira a maximizar as oportunidades para aqueles menos favorecidos. Contudo, não se pode argumentar que esse aumento de oportunidades para os menos privilegiados, desconsiderando totalmente indivíduos que possuem em tese condições um pouco melhores, ocorra a

qualquer custo, uma vez que isso implicaria considerar certos indivíduos como meros instrumentos, o que não está de acordo com o primeiro princípio do **Liberalismo Igualitário** de consideração igual dos indivíduos. Argumento que refuta o discurso de que um Direito do Trabalho mínimo ou restrito implicaria em aumento do número de empregos.

Além disso, o próprio Ordenamento Constitucional brasileiro representa significativo limitador aos argumentos **libertários** de que, assegurando-se única e exclusivamente o mínimo existencial (ausência de hipossuficiência) e a validade da manifestação de vontade (“trato justo”), qualquer arranjo legal para a prestação pessoal de serviços seja válido. Isso partindo principalmente da análise do artigo 7º da Constituição.

Ou seja, as garantias previstas para as relações de emprego, aí incluídas as relações de altos empregados, mesmo considerando as suas peculiaridades, necessita de determinadas garantias tanto para garantir o mínimo existencial quanto para assegurar a natureza redistributiva e expansionista do Direito do Trabalho.

Em um segundo momento, adentrando na Teoria do direito, firmou-se o posicionamento de que este ramo do Direito tem como principal função regulamentar de forma ponderada alguns valores fundamentais como dignidade da pessoa humana, livre iniciativa, propriedade privada, pleno emprego, bem como o mínimo existencial, oportunidade na qual se firmou como pressuposto teórico o **Positivismo Inclusivo** por meio do qual o intérprete, adotando uma postura proativa, realiza uma verdadeira construção do Direito através de um incessante processo de ressignificação que tem como base os valores fundamentais desse ramo do Direito.

Em resumo, constatou-se que a interpretação que o Direito do Trabalho dá aos seus institutos é significativamente influenciada pelo contexto social, sendo perceptível um movimento quase de uma valsa, através do qual esse ramo do Direito dá passos para um lado, passos para o outro em um movimento incessante de tentativa de equilíbrio e até graça.

Contrapondo essas premissas do segundo capítulo com o objeto do estudo, conclui-se que o Direito do Trabalho vivencia um movimento de contração e que os altos empregados serão tratados enquanto exemplos de trabalhadores que não

necessitam da proteção dado pelo Direito do Trabalho. No entanto, o presente trabalho, partindo justamente da noção de que este ramo do Direito é uma ferramenta de ponderação de valores, conclui que há uma gigantesca necessidade regulamentação adequada – tutela adequada – dessas relações de trabalho por parte do Estado. Regulamentação que atribuirá direitos e obrigações que levem em consideração as peculiaridades desses empregados como, por exemplo, um maior poder negocial, tendo a legislação espanhola apresentado até então uma resposta adequada tanto em conceituação quanto em direitos assegurados.

De modo geral, essa regulamentação precisa levar em consideração tanto a dignidade da pessoa humana através da garantia de direitos e garantias fundamentais, mas também há que se considerar o exercício das atividades dos altos empregados como necessária para o próprio exercício do direito fundamental de propriedade ou mesmo da livre iniciativa. Portanto, há necessidade de construção de uma legislação ponderada e adequada.

Ainda a respeito dessa possível solução, faz-se o destaque de que as soluções eminentemente jurisprudenciais tendam a adotar justamente um caminho oposto. Soluções de “tudo ou nada”, o que se compreende como inadequado, destacando-se, inclusive o fortalecimento de provimentos jurisdicionais com a influência **libertária** acima narrada. Isso porque, não se vislumbra como construir uma solução efetivamente adequada a partir da atual regulamentação legal, embora se admita que as Reformas de 2017 tiveram essa “intenção”.

Por fim, a controvérsia sobre o assunto abordado é tão grande que essa solução adequada – regulamentação legal – deve até mesmo definir a competência para resolução dos conflitos daí decorrentes, tendo em vista que a competência jurisdicional para tratar desses conflitos passou a ser controvertida atualmente.

Firmadas essas premissas, o trabalho passou a analisar a subordinação jurídica a partir das relações dos altos empregados para que fosse possível confirmar ou refutar a hipótese inicialmente levantada de que os altos empregados estão submetidos a subordinação jurídica com novas características e contornos e se tal subordinação caracteriza uma nova dimensão desse fenômeno.

A partir de então concluímos que o alto empregado é aquele profissional responsável pelo exercício de atribuições elevadas na estrutura corporativa de uma empresa relacionadas às atividades de direção de natureza administrativa e/ou técnica direcionadas ao sucesso do estabelecimento empresarial e decorrentes de uma confiança excepcional a ele conferida pelo empregador. Trata-se de relação de emprego com alto patamar remuneratório em comparação aos outros empregados, possuindo, ainda, este profissional, amplos poderes, porém não ilimitados, de representação da empresa.

Também foram identificados dois importantes fatores nessas relações de emprego. Em especial um significativo deslocamento dos riscos do negócio para a relação individual de emprego, colocando esse profissional em uma posição na qual o sucesso ou insucesso empresarial seja diretamente influenciado pela sua atuação, bem como por sua intensa integração estrutural à empresa.

Essa integração, inclusive, é até mais intensa do que dos empregados comuns, tendo em vista não só a relevância das atuações desses profissionais quanto a própria figura de representação da empresa, materializada através do fenômeno do *figurehead* ou *spokeman* tratada no trabalho, o que implica até mesmo em uma incorporação da pessoa do alto empregado pela empresa. Percebeu-se que esses profissionais passam a fazer parte da figura que as empresas têm perante a sociedade e os próprios empregados, aproximando-se da noção de “alter ego”, conforme bastante pontuado por diversos autores.

Tais fatores, conforme apreciado neste trabalho, geram o aumento da intensidade da subordinação jurídica nas relações de altos empregados, o que decorre primordialmente da sua forte integração à empresa.

O alto empregado assume mesmo que parcialmente a responsabilidade pelos riscos do negócio, o que implica tanto em forte situação de vulnerabilidade quanto na possibilidade de recebimento de contraprestações significativas.

Assim, o alto empregado propriamente dito, possui uma tutela jurídica trabalhista extremamente insuficiente o que faz com que as partes envolvidas nessas relações de trabalho busquem outras soluções dentro do ordenamento jurídico, destacando-se tanto a figura do trabalho autônomo quanto da “pejotização”.

A conclusão é de que os altos empregados não estão submetidos a uma subordinação tênue ou rarefeita. Ao contrário, em decorrência da sua intensa integração à estrutura da empresa, da fidúcia excepcional com a qual presta serviços, das funções de *figurehead* e *spokeman*, das pressões pessoais, sociais e profissionais para se manter na posição, estão diante de uma nova dimensão da subordinação jurídica com novas características diferentes da clássica e que exige um nível de comprometimento até mais intenso do que se exige dos empregados comuns.

Trata-se da subordinação jurídica gerencial que é identificada neste trabalho como uma tentativa de adequação ou mesmo adaptação desse conceito jurídico tão relevante para o Direito do Trabalho e que deve ser compreendida como o vínculo existente entre empregador e alto empregado por meio do qual este, inserindo-se de maneira intensa na estrutura organizacional da empresa, assume parte das prerrogativas inerentes ao poder empregatício para a sua condução limitada e de acordo com as diretrizes impostas pelo empregador, assumindo mesmo que parcialmente os riscos do negócio.

Dessa forma, ao se defender em um primeiro momento que a subordinação jurídica do alto empregado é até mais intensa do que a subordinação do empregado comum, conclui-se que essa relação jurídica continua sendo inteiramente regulamentada pelo Direito do Trabalho, o que, em um segundo momento, leva à constatação de que a proposição apresentada se insere em um movimento de expansão desse ramo do Direito.

E embora se constate que o Direito do Trabalho admita movimentos de contração ou restrição de conceitos centrais como o de subordinação jurídica, nossa conclusão é de que o alto empregado, pelas características e peculiaridades de suas relações de trabalho, continua se enquadrando como empregado, sendo, portanto, destinatário da efetiva tutela desse ramo do Direito.

Ou seja, a subordinação jurídica gerencial representa uma expansão do conceito de subordinação e esse movimento se compatibiliza tanto com a noção de **Positivismo Inclusivo** quanto com a de **Liberalismo Igualitário**, possuindo, ainda, grande compatibilidade com o Ordenamento Brasileiro que ainda atribui centralidade

ao conceito de subordinação, assegurando um amplo rol de direitos e garantias ao empregado.

Tudo isso a partir de uma noção do Direito do Trabalho como um instrumento de efetivação e ponderação de valores, que ora caminha para um lado, ora para o outro, mas que tem na dignidade da pessoa humana um centro gravitacional que norteia todos os seus instrumentos.

REFERÊNCIAS

ABOUD, G. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante**: alcance e limites dos efeitos vinculantes e *erga omnes* na jurisdição constitucional. 2009. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

ABREU, F. de M. S. C. **Da Eficácia dos Direitos Fundamentais no Trabalho**: Uma análise crítico-comparativa. 2018. 182 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) –PUC-SP, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/20983/2/Fernanda%20de%20Miranda%20OS.%20C.%20Abreu.pdf>. Acesso em: 11 jun 2023.

ALEXY, Robert. **El concepto y validez del derecho**. Barcelona: Gedisa. 2000.

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALMEIDA, A. **Remuneração dos administradores**: um estudo com as empresas dos níveis de governança corporativa da BMF&Bovespa. 2012. 135 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

AVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOZA, H. H. Proteção dos Vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. *In*: NEVES, T. F. C. (coord.). **Direito e Justiça**: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Silvio Capenema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

BARCELLOS, A. P. de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *In*: TORRES, R. L. (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, A. M. de. Cargo de confiança: empregado ocupante do cargo consequências práticas de sua qualificação jurídica. **Revista Síntese Trabalhista**, [s.l.], v. 167, 2003.

BARROS, A. M. de. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho**: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. São Paulo: LTr, 2002.

BARROS, A. M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.

BARROS, A. M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BARROS, A. M. de. Trabalhadores intelectuais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 39, n. 69, p. 147-165, 2004.

BARROSO, L. R. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, [s.l.], v. 2, n. 9, p. 258-301, 2008.

BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

BOUCINHAS FILHO, J. C. Autonomia negocial dos trabalhadores hipersuficientes. *In*: DALLEGRAVE NETO, J. A.; KAJOTA, E. **Reforma trabalhista ponto a ponto**. Estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018.

BOUCINHAS FILHO, J. C. O alto executivo e a proteção do direito do trabalho. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 121, p. 121-136, 2013.

BOUFFARTIGUE, P. Les transformations d'un salariat de confiance. *In*: BOUFFARTIGUE, P. (ed.). **Cadres: la grande rupture**. Paris: Editions La Decourverte et Syros, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Resolução nº 4.858, de 23 de outubro de 2020**. Dispõe sobre a gestão de riscos operacionais das instituições financeiras. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 out. 2020.

BRASIL. E-ED-ED-ED-ARR-553700-29.2004.5.12.0034, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta. [Brasília], 29 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1.º de maio de 1943, e as Leis n.os 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. [Brasília, DF]: Ministério do Trabalho; Ministério da Justiça, 2017a. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13467&ano=2017&ato=91eUTTU5EeZpWTaca>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Ministério do Trabalho, 1990. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=8036&ano=1990&ato=47fMzYU1keFpWTbc1>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Parecer nº , de 2017**. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Parecer da Reforma, 2017c. [Brasília, DF], 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>. Acesso em: 7 nov. 2023.

BRASIL. **Parecer nº , de 2017**. Comissão de Assuntos Econômico sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Parecer da Reforma. [Brasília, DF]: Ministério do Trabalho, 2017b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>. Acesso em: 7 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 47.843**. Processual civil. Embargos declaratórios no Agravo interno na reclamação. Nulidade por não Citação da parte beneficiária da decisão reclamada (art. 989, iii, do CPC). Inocorrência. Ausência de Demonstração do prejuízo. Inexistência de vícios de Fundamentação no acórdão embargado. Nítido Caráter infringente. Embargos manifestamente incabíveis não interrompem o prazo para interposição de outros recursos. Precedentes. Embargos de Declaração não conhecidos. Certificação do trânsito em julgado e arquivamento imediato dos autos Independentemente da publicação do acórdão Referente ao presente julgamento. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Bahia, 2022c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6198801>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 54.878**. Decisão reclamação. Constitucional. Transportador rodoviário autônomo de cargas contratado nos termos da lei n. 11.442/2007: reconhecimento de vínculo de emprego pela justiça do trabalho. descumprimento da decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade n. 48: competência da justiça comum. Precedentes. Reclamação julgada procedente. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 2022a. Disponível em: <https://onedrive.live.com/?cid=8066C2AE84ACA7DA&id=8066C2AE84ACA7DA%2169023&parId=8066C2AE84ACA7DA%2143657&o=OneUp>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 56.285**. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, ajuizada por Martinelli Advogados Associados e outro em face de decisão da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região proferida nos Autos nº 0011649-90.2018.5.15.0097. Relator: Min. Roberto Barroso. São Paulo, 2022b. Disponível em: https://espacovital.com.br/arquivos/file_6397b646997cf.pdf. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 958252**. Recurso Extraordinário Representativo De Controvérsia Com Repercussão Geral. Direito Constitucional. Direito Do Trabalho. Constitucionalidade Da “Terceirização”. Admissibilidade. Ofensa Direta. Valores Sociais Do Trabalho E Da Livre Iniciativa (Art. 1º, Iv, Crfb). Relação Complementar E Dialógica, Não Conflitiva. Princípio Da Liberdade Jurídica (Art. 5º, li, Crfb). Consectário Da Dignidade Da Pessoa Humana (ART. 1º, III, CRFB).[...]. Relator: Min. Luiz Fux. Minas Gerais, 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750817537>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324**. Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. [...]. Brasília: TRT, 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410185/false>. Acesso em: 1 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial da SDI-1**. [s.l.:s.n], [2005]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_101.htm. Acesso em: 1 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 102. Bancário. Cargo de confiança (mantida). **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 31 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 269. Diretor eleito. Cômputo do período como tempo de serviço. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 21 nov. 2003b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 287. Jornada de trabalho. Gerente bancário. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 21 nov. 2003a.

BRITO FILHO, J. C. M. de. **Ações Afirmativas**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2015.

BRITO FILHO, J. C. M. de; LAMARÃO NETO, H.; DAOU, H. S. **Justiça liberal e direito à saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CAMARGO, F. G. **Remuneração Para Equipes Ágeis De Tecnologia: Um Estudo De Práticas Em Empresas Brasileiras**. São Paulo, 2022.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARELLI, R. de L. O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XIX. *In*: LEME, A. C. P.; RODRIGUES, B. A.; CHAVES JÚNIOR, J. E. de R. (coord.) **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais**. São Paulo: LTr, 2017.

CARVALHO, A. T. de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, P. de B. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSAR, V. C. **Direito do Trabalho**. 13. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASTANHO, W. Justiça do Trabalho ignora STF, e ministros veem afronta à corte. **Folha de São Paulo**, 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/08/justica-do-trabalho-ignora-stf-e-ministros-veem-afronta-a-corte.shtml> Acesso em: 1 dez. 2023.

CASTEL, R. **A Insegurança Social: o que é ser protegido?** Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

CASTELO, J. P. **O direito do trabalho líquido: o negociado sobre o legislado, a terceirização e contrato de curo prazo na sociedade da modernidade líquida.** São Paulo: LTr: 2017.

CATHARINO, J. M. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho.** São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1981. 1. v.

CESARINO JÚNIOR, A. F. **Direito social brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957. 1. v.

CESARINO JÚNIOR, A. F. **Direito Social.** São Paulo: LTr, 1980.

CHERRY, M.; ALOISI, A. A critical examination of a third employment category for on-demand work (in comparative perspective). *In*: DAVIDSON, N.; INFRANCA, J.; FINCK, M. (ed.). **The Cambridge handbook of law and regulation of the sharing economy.** New York: Cambridge University Press, 2018.

CHOLFE, A. **O impacto da demissão no executivo.** 2007. Trabalho de conclusão de curso (Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18519/2/Alessandra%20Cholfe.pdf>. Acesso em: 21. jul. 2023.

COLCLOUGH, C. When algorithms hire and fire. **International Centre for Trade Union Rights**, [s.l.], v. 25, n. 3, p. 6-7, 2018.

COLEMAN, J. **Hart's postscript: essays on the postscript to the Concept of Law.** New York: Oxford University Press, 2001.

COMPARATO, F. K. **Função Social da Propriedade de Bens de Produção. Direito Empresarial.** São Paulo: Saraiva, 1995.

CONCEIÇÃO, L. P. L da. **Altos empregados: entre as algemas de ouro e a autonomia privada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CUEVA, M. de la. **Derecho mexicano del trabajo.** 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. 1. v.

DE MASI, D. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial.** Rio de Janeiro: José Olympio. 2001.

DELGADO, G. N.; BORGES, L. P. de F. A revisitação do princípio da proteção pelo discurso constitucional trabalhista no Tribunal Superior do Trabalho. *In*: DELGADO, G. N. (org.). **Direito Constitucional do Trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST.** São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho.** 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, M. G. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista LTr**, [s.l.], v. 70, n. 6, p. 666, 2007.

DEVAL, R. A. **Função social da propriedade**: análise de sua incidência enquanto cláusula geral no Código Civil Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica da São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6558>. Acesso em: 24 out. 2023.

DORNELES, L. do A. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. **Revista LTR: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 3, 2013.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Coleção Direito e Justiça.

ECHEVEST, S. O perfil do executivo no mercado globalizado. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 167-186, 1999.

FAYOL, H. **Administração industrial e geral**. 3. ed. Editora Atlas: São Paulo, 1958.

FERNANDES, J. R. L. **O “mito EUA”**: um país sem direitos trabalhistas? 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/17621>. Acesso em: 3 out. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo, Atlas, 1995.

FRANCO NETO, G. de S. **O trabalho do hiperssuficiente e o dilema da proteção**. São Paulo: LTr, 2021.

FREUD, S. **Psicologia de grupo e a análise do ego**. ed. Standard Brasileira das Obras Completas. Rio de Janeiro: Imago, 1987. 18. v.

GARGARELLA, R. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve Manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUASTINI, R. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUIMARÃES, R. F. **A possibilidade de aplicação no Direito do Trabalho do princípio constitucional da proporcionalidade para efetivação dos direitos fundamentais**. 2014. 257 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

GUPTA, N.; SHAW, J. D. Employee Compensation: The Neglected Area of HRM Research. **Human Resource Management Review**, [s.l.], v. 24, p. 1-4, 2014.

- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- HIPÓLITO, J. A. M. Sistema de recompensas: uma abordagem atual. *In*: FLEURY, M. T. L. (coord.) **As pessoas na organização**. 6. ed. São Paulo: Gente, 2002.
- HONÓRIO, C. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf?sequencia=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 out. 2023.
- KALIL, R. B. **Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: *crowdwork* e trabalho sob demanda por meio de aplicativos**. 2019. 368 f. Tese (Doutor em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- KAUFMANN, A. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2002.
- KYMLICKA, W. **Filosofia Política Contemporânea: uma introdução**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J-B. **Dicionário de Psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LARENZ, K. **Tratado de derecho civil alemán; derecho civil; parte general**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LOBO, P. Contratante Vulnerável e Autonomia Privada. *In*: NEVES, T. F. C. (coord.). **Direito e Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária**: estudos em homenagem ao Professor Silvio Capenema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.
- LUCIER, C.; KOCOUREK, P.; HABEL, R. CEO SUCCESSION 2005 - The crest of the wave- Booz Allen Hamilton's annual study. **Boozallen**, 2006. Disponível em: <http://www.boozallen.com/publications/article/3744370?lpid=827466>. Acesso em: 23 out. 2023.
- MAIOR, J. L. S. **Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011. Volume O: Parte I.
- MAIOR, J. L. S. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 91-115, 2006.
- MANNRICH, N. Contratação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas: mitos e realidades. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 26, 2006.
- MANNRICH, N. Direito do trabalho em tempos de crise: qual a medida da reforma. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6,

n. 58, p. 31-47, 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/105532>. Acesso em: 23 out. 2023.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASCARENHAS, K. L. **O sentido do trabalho e a identidade do executivo brasileiro: estudo de caso sobre os impactos da demissão**. 2008. 157 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MELGAR, A. M. **Derecho del Trabajo**. 19. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998

MELHADO, R. **Metamorfoses do capital e do trabalho**: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral. São Paulo, LTr, 2006.

MENDES, F. **Os obstáculos ao desenvolvimento da negociação coletiva**. 2022. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

MERÇON, P. G. de A. Além dos portões da fábrica: o direito do trabalho em reconstrução. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 53-85, 2006.

MICHELPAE. Estudo de remuneração. **PageGroup**, [2023]. Disponível em: https://b2blatam.page.com/l/954693/2023-09-20/5qxfb/954693/16953190567JLnDEcU/BR_MP_ER24.pdf. Acesso em: 22 de out. 2023.

MICHELPAE. Pesquisa de Remuneração Para Presidentes e Diretores Executivos – 2019. **PageExecutive**, [2018]. Disponível em https://www.michaelpage.com.br/sites/michaelpage.com.br/files/pesquisa_de_remuneracao_page_executive_2019.pdf. Acesso em 21 de abr. de 2020.

MINHARRO, F. L. **Cargos de Confiança e empregados exercentes de altas funções**. São Paulo: Ícone, 2005.

MINTZBERG, H. **Managing**: desvendando o dia a dia da gestão. Porto Alegre: Bookman, 2010.

MINTZBERG, H. **The nature of managerial work**. New York: Harper Collins Publishers, 1973.

MOLINA, A. A. **Teoria dos Princípios Trabalhistas**: a inserção do Direito do Trabalho no Modelo Metodológico Pós-Positivista. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

MORIN, E. Educação e Complexidade: os sete saberes e outros ensaios. *In*: ALMEIDA, M. da C. de; CARVALHO, E. de A. (org.). **Educação e Complexidade**: os sete saberes e outros ensaios São Paulo: Cortez, 2002.

NASCIMENTO, A. M. Aspectos da jornada de trabalho no ordenamento latino-americano: cargo de confiança e jornadas especiais. *In*: ZAINAGHI, D. S.; FREDIANI, Y. **Novos rumos do direito do trabalho na América Latina**. São Paulo: LTR, 2003.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, A. M. **Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

NOHRIA, N.; KHURANA, R. **Handbook of leadership theory and practice**. Boston: Harvard Business Press, 2010.

NOZICK, R. **Anarquia, estado e utopia**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OLBERMANN, J. V.; GRISCI, C. L. I. Captura à Vida de Alto executivo: Dispositivos em Cenas Cotidianas. **Revista Polis e Psique**, Porto Alegre, p. 25-44, 2019.

ORSI, A. **Remuneração de pessoas nas organizações**. Curitiba: Intersaberes, 2015.

PAGE EXECUTIVE, Pesquisa de Remuneração Para Presidentes e Diretores Executivos – 2019. Disponível em <https://www.michaelpage.com.br/sites/michaelpage.com.br/files/pesquisa_de_remuneracao_page_executive_2019.pdf> acesso em 21 de abr. de 2020.

PAGÈS, M.; BONNETI, M.; GAULEJA, V. **O poder das organizações**. São Paulo: Atlas, 1987.

PAGÈS, Max BONETTI, Michel; GAULEJA, Vincent. **O poder das organizações**. São Paulo: Atlas, 1987.

PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo; BARBOSA, Ana Laura Pereira; FIOROTTO, Laura Arruda. **Terceirização e Pejotização no STF: Análise das Reclamações Constitucionais**. FGV: São Paulo, 2023. p. 18. Disponível em <<https://repositorio.fgv.br/items/b8957d04-ce85-4a97-8cf9-3c663336932b>>. acesso em 20 jan. 2024.

PERULLI, Adalberto. La regolazione del lavoro parasubordinato. *Le riforme del lavoro. Dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*. coord. Adalberto Perulli. Matelica: Halley, 2007.

PRAGMACIO FILHO, E. **Teoria da Empresa para o Direito do Trabalho Brasileiro**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RADBRUCH, G. **Rechtsphilosophie**. 2. ed. Heidelberg: Mueller, 2003.

RAMOS FILHO, W. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

RAMOS, E. da S. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 327-356, 2007.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. São Paulo: Ática, 2000.

REIS, D.; CORASSA, E. D. Aplicativos de Transporte e Plataforma de Controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. *In*: LEME, A. C. R. P.; RODRIGUES, B. A.; CHAVES JÚNIOR, J. E. de R. (coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

RENAULT, L. O. L. **Antecedentes Históricos do Contrato de Trabalho**: o novo contrato a prazo. *In*: RENAULT, L. O. L.; DIAS, F. M.; VIANA, M. T. (coord.). São Paulo: LTr, 1998.

RODRIGUEZ, A. P. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1982.

ROMITA, A. S. **A Subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ROTHBARD, M. **Por uma Nova Liberdade**: O Manifesto Libertário. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2013.

RUSSOMANO, M. V. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

SANDEL, M. J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. 16. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARMENTO, D. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, D. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. *In*: LEITE, G. S. (coord.). **Dos Princípios Constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, João Francisco da. **A pejotização e a jurisprudência dos tribunais**. 2023. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023. Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/39379>. Acesso em: 24 out. 2023.

SILVA, O. P. e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUMI, L. G. *et al.* Conceitos sobre perícias médicas psiquiátricas no mundo do trabalho. *In*: RAZZOUK, D.; LIMA, M. G. A. de; CORDEIRO, Q. (org.). **Saúde mental e trabalho**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2015. p. 263-289.

SUPIOT, A. **Crítica do Direito do Trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

TEBALDI, E. **A duração do trabalho dos altos empregados e a inconstitucionalidade do artigo 62, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo, 2016. 155 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

TONELLI, M. J.; ALCADIPANI, R. O trabalho dos executivos: A mudança que não ocorreu. **Organizacional e gestão**, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 87-105, 2004. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/70655971.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023.

TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009.

VASCONCELOS, L. PORTO. **A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

WOLFF, R. P. **Understanding Rawls: A Reconstruction and Critique of A Theory of Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1977.

WOLFGANG, D. **Direito do Trabalho e sociedade na Alemanha**. São Paulo: LTr, 1997. p. 40-43.

WYZYKOWSKI, A. **Autonomia Privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.