

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E  
EXTENÇÃO - CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO**

**VALÉRIA WESSEL DE SOUZA**

**A AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO DOS ALTOS  
EXECUTIVOS**

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO**

São Paulo

2012

VALÉRIA WESSEL DE SOUZA

**A AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO DOS ALTOS  
EXECUTIVOS**

Projeto de Pesquisa e Monografia Jurídica, apresentado à Banca examinadora do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE – da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Mestre Ricardo Pereira de Freitas Guimarães.

São Paulo

2012

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

Autorizo, exclusivamente para fins científicos e acadêmicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processo de fotocópias ou eletrônicos. São Paulo, 30 de março de 2012.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus, que sempre me iluminou, e me trouxe paz e harmonia para finalizar mais esta etapa da vida acadêmica.

Em um segundo momento, agradeço profundamente o Professor Mestre Ricardo Pereira de Freitas Guimarães que com a sua competência, de imediato aceitou orientar a presente Monografia Jurídica e, com muita compreensão me deu o apoio e os ensinamentos necessários para a consecução desta empreitada, sempre persistente e amigo.

A todos os mestres da COGEAE-PUC, que com as suas diretrizes seguras me ensinaram as mais profundas teorias do fascinante mundo do Direito do Trabalho, em especial ao Professor Leonel Maschietto.

Ao Rafael Viana Rangel de Paula, pelos comentários, sugestões e por sempre demonstrar interesse e ajuda à realização do presente estudo, além do incentivo, compreensão, paciência, dedicação, companheirismo, e amor.

Por fim, com muita gratidão, homenageio os meus pais, e minha irmã, que com muito amor investiram nos meus estudos, e acreditaram na minha competência. A paciência e compreensão, apesar da dolorosa distância, não me deixaram esmorecer, e permitiram que mais esta fase pudesse ser concluída.

“O direito não é uma idéia lógica, porém idéia de força; é a razão por que a justiça, que sustenta em uma das mãos a balança em que pesa o direito, empunha na outra a espada que serve para fazê-lo valer. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é o direito impotente.”

*(Rudolf Von Ihering).*

## **RESUMO**

O presente estudo aborda a história, origem e evolução do Direito do Trabalho. Analisa os Princípios da Proteção e da Autonomia da Vontade. Aborda os conceitos de subordinação, autonomia e parassubordinação. Trata do fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho e da necessidade de relativização do Princípio Protetor. Conclui pela aplicação do Princípio da Autonomia da Vontade nos Contratos de Trabalho firmados com Altos Executivos e traz a posição jurisprudencial sobre a matéria.

Palavras-chave: Princípio da Proteção. Princípio da Autonomia da Vontade. Parassubordinação. Flexibilização. Altos Executivos.

## **ABSTRACT**

The present study examines the origin, history and evolution of Brazilian labor law. Among the aspects analyzed are the principles of protection and independence of will, along with the concepts of subordination, autonomy and para-subordination. It also covers the recent loosening of the protections of workers and the need to revitalize the protective principle. It concludes in favor of applying the principle of independence of will in employment agreements with senior executives and summarizes the position of the jurisprudence on this matter.

Keywords: Principle of protection, principle of Independence of will, para-subordination, loosening, senior executives.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS**

AIRR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
Art.	Artigo
CC	Código Civil (Lei 10.406 de 10-01-2002)
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 05-10-1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho (DL 5.452/43)
DEJT	Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
Des.	Desembargador
DJ	Diário de Justiça
D	Decreto
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
j.	Julgado em
Min.	Ministro
m.v.	Maioria de Votos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
p.	Página
Rel.	Relator
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista

T.	Turma
TRT-02 <sup>a</sup>	Tribunal Regional do Trabalho da 02 <sup>a</sup> Região
TRT-03 <sup>a</sup>	Tribunal Regional do Trabalho da 03 <sup>a</sup> Região
TRT-04 <sup>a</sup>	Tribunal Regional do Trabalho da 04 <sup>a</sup> Região
TRT-05 <sup>a</sup>	Tribunal Regional do Trabalho da 05 <sup>a</sup> Região
TRT-10 <sup>a</sup>	Tribunal Regional do Trabalho da 10 <sup>a</sup> Região
TST	Tribunal Superior do Trabalho
<i>v.g.</i>	<i>Verbi Gratia</i>
v.u.	Votação Unânime
§	Parágrafo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	11
<b>1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.....</b>	14
1.1. Evolução mundial.....	15
1.2. Evolução no Brasil.....	23
1.3. Período recente.....	29
<b>2. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.....</b>	34
2.1. O Princípio da Proteção.....	39
2.2. O Princípio da Autonomia da Vontade.....	45
<b>3. SUBORDINAÇÃO, AUTONOMIA E PARASSUBORDINAÇÃO.....</b>	58
3.1. O Trabalho Subordinado.....	59
3.2. O Trabalho Autônomo.....	67
3.3. O fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho.....	73
3.4. O Trabalho Parassubordinado.....	80
<b>4. A AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO DOS ALTOS EXECUTIVOS.....</b>	88
4.1. A necessária relativização do princípio protetor.....	90
4.2. O Princípio da Autonomia da Vontade nos Contratos de Trabalho.....	93
4.3. Contrato de Trabalho do Alto Executivo.....	98
4.4. A posição da Jurisprudência Brasileira.....	107
<b>CONCLUSÃO.....</b>	116
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	122

## INTRODUÇÃO

O presente estudo se emoldura no período contemporâneo do direito do trabalho e possui como objetivo precípua abordar uma das inúmeras discussões trazidas com a transformação das relações de trabalho no mundo moderno: a necessidade de adequar e inovar as formas de interpretação da norma jurídica com relação aos empregados que ocupam altos cargos, sobretudo defendendo o princípio da autonomia da vontade para reger a relação jurídica com eles firmada.

A relação empregatícia sempre se mostrou como uma das relações privadas mais suscetíveis de violações aos direitos e garantias fundamentais, pois a empresa possui elevada potencialidade de violar direito dos seus empregados.

A empresa, como “ente determinante da atividade econômica”<sup>1</sup> e como “ente com poder social e econômico”<sup>2</sup>, não pode atingir o fim de lucro, senão utilizando-se do trabalho do homem. Assim, principalmente no regime capitalista e de livre iniciativa, a mão de obra passou a ser peça chave na consecução dos fins da empresa.

Neste contexto, considerando a hipossuficiência dos empregados, o Estado passou a

---

<sup>1</sup> “Na proporção em que o Estado passou a atuar no domínio econômico, pelo íntimo entrosamento entre as idéias de empresa e de poder, os juristas sentiram a necessidade de situar a empresa na vida econômica, “como ‘ente determinante’ ou como ‘agente executivo’ da política econômica, e como tal, empenhada no cumprimento dos princípios ideológicos que norteiam toda a ordem-jurídica econômica de uma nação”. (Washington Peluso Albino de Souza, **Primeiras Linhas de Direito Econômico**, p. 283).

<sup>2</sup> Conforme ensinamentos da autora Benedita Ferreira da Silva, adotamos aqui a empresa como entidade dotada de poder, com posição de domínio econômico ou social, por gozar de uma situação de monopólio. (Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**, p.57 e 60).

intervir na relação laboral, como forma de proteção da classe operária mais simples e com vistas a equilibrar a relação de emprego e torná-la justa.

A igualdade mitigada, utilizada como critério de interpretação e aplicação do direito do trabalho, é justificada pela repressão dos abusos do empregador em detrimento do trabalhador, o que preserva o equilíbrio da relação jurídica travada na esfera laboral.

Todavia, o mundo moderno fez surgir novas formas de trabalho, como os altos executivos, que possuem numerosas prerrogativas e privilégios, diferentemente dos simples empregados que participam apenas com a sua força de trabalho.

A globalização, o avanço tecnológico, o desenvolvimento social, econômico e cultural dos sujeitos da relação, a alteração de sistemas de produção e a criação de novos modelos de trabalho, fazem com que as normas cedentistas interventionistas se tornem obsoletas e antiquadas para algumas realidades.

Sendo assim, pretendemos demonstrar que aos intérpretes do direito do trabalho compete não fechar os olhos para os novos modelos de trabalho, em especial para os altos cargos de gestão, adequando a interpretação e aplicação das normas e princípios jurídicos para reger a relação, na defesa da liberdade contratual e aplicação do princípio da autonomia da vontade.

A referida focagem da disciplina jurídica em relação ao direito do trabalho é relevante, pois de um lado, o desenvolvimento econômico e científico aumentou a busca por trabalhadores que possuam alto nível intelectual e gerencial, para a própria sobrevivência da empresa face às mazelas da concorrência, mas de outro, o ordenamento jurídico laboral, da forma como está posto, onera sobremaneira as empresas, considerando a remuneração diferenciada desses empregados.

## 1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de adentrarmos ao objeto do presente estudo, mister se faz a análise histórica das origens e evolução do Direito do Trabalho. Isto porque, para que possamos proceder à interpretação e aplicação do instituto jurídico laboral no mundo contemporâneo, devemos compreender as suas origens, tanto no âmbito mundial, quanto no Brasil.

O próprio conceito de “trabalho” sofreu alterações ao longo dos anos, em virtude das mudanças sociais. De acordo com Alice Monteiro de Barros<sup>3</sup>, o termo “trabalho”, etimologicamente, “deriva do latim vulgar *tripaliare*, que significa ‘martirizar com o *tripalium*’ (instrumento de tortura composto com três paus)”.

Os dicionários contemporâneos, por sua vez, trazem um conceito moderno de “trabalho”, evidenciando a sua importância no contexto econômico e jurídico:

TRABALHO. De *trabalhar*, genericamente entende-se a *ação de trabalhar*, sendo, assim, de significação equivalente à *obra, ocupação, tarefa, função, ofício, serviço, mister, emprego, missão, cargo, encargo, faina*, etc. *Trabalho* então, entender-se-á todo *esforço físico*, ou mesmo *intelectual*, na intenção de realizar ou fazer qualquer coisa. No sentido econômico e jurídico, porém, trabalho não é

---

<sup>3</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 53.

simplesmente tomado nesta acepção física: é toda ação, ou todo esforço ou todo desenvolvimento ordenado de energias do homem, sejam psíquicas, ou sejam corporais, dirigidas com um fim econômico, isto é, para *produzir uma riqueza ou uma utilidade*, suscetível de uma avaliação, ou apreciação monetária<sup>4</sup>.

Não sem razão a sociologia estuda o fenômeno da mudança social, sendo evidente que a reestruturação das relações sociais relaciona-se também com as mudanças do Direito, bem como da sua aplicação na sociedade.

### **1.1. Evolução mundial**

Na antiguidade clássica, o trabalho era visto como mercadoria. A execução de trabalho se dava por meio da escravidão, situação que não se prestava a um tratamento jurídico contratual de direitos e deveres mútuos, eis que o escravo era considerado uma coisa, objeto do direito de propriedade.

Na Idade Média, época do feudalismo, surgiu a servidão. Os servos eram escravos alforriados ou homens livres que precisavam de proteção dos senhores feudais, em razão da invasão de suas terras pelo Estado ou pelos bárbaros. Em troca do uso da terra e da proteção, os servos eram obrigados a trabalhar em condições precárias e, assim como os escravos, também não eram livres.

---

<sup>4</sup> De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**, p. 1.413.

Em um terceiro plano, as relações foram sendo substituídas pelas corporações de ofício, nas quais existiam os mestres, os companheiros e os aprendizes, sendo que neste período as relações jurídicas eram regidas de forma heterônoma, alheias às vontades dos trabalhadores.

Nesta fase, apesar de existir maior liberdade ao trabalhador, vigoravam os interesses das corporações oligárquicas e autoritárias, chegando a jornada de trabalho, *v.g.*, a atingir 18 horas.

A Revolução Industrial acabou por transformar o setor produtivo, o que acarretou mudanças significativas nas relações sociais. A sociedade passa, então, a ser dividida em classes: a proletária, sem qualquer poder; e a capitalista, privilegiada, o que fez com que o trabalhador fosse separado dos meios de produção.

Uma das causas de extinção das corporações de ofício foi o surgimento da Revolução Francesa, em 1789, bem como o surgimento do Iluminismo e Liberalismo, correntes ideológicas da nova burguesia, que pregavam a liberdade do homem, individualismo, autonomia, liberdade de empresa, liberdade de contrato e a não-intervenção do Estado na esfera econômica e social.

O grande teórico do Liberalismo Econômico e da política do *laissez-faire* foi Adam Smith, autor do livro *Riqueza das Nações: Investigaçāo sobre sua Natureza e Causas* (1776), que defendia o direito natural, liberdade individual, não intervenção

do Estado na economia, bem como a regulação do mercado pela livre concorrência entre os empresários.

Neste contexto, o Estado não interferia nas relações, pois “se portava como simples observador dos acontecimentos e, por isso, transformou-se em um instrumento de opressão contra os menos favorecidos, colaborando para a dissociação entre capital e trabalho”<sup>5</sup>.

Neste momento histórico, o aumento da procura de trabalho sobre a oferta culminou na exploração dos trabalhadores pelos detentores do capital e, consequentemente, surgiram as injustiças sociais, o desemprego e a concentração de riquezas.

De acordo com Alice Monteiro de Barros<sup>6</sup>, “surgiu daí uma liberdade econômica sem limites, com opressão dos mais fracos, gerando, segundo alguns autores, uma nova forma de escravidão”. Neste contexto, os empregados recebiam salários irrisórios, moradias subumanas, condições de higiene e trabalho atrozes, jornadas de trabalho excessivas, ficando expostos aos riscos de acidentes e doenças.

Assim surge o Direito do Trabalho<sup>7</sup>, em meio a uma realidade marcada pela

---

<sup>5</sup> Alice Monteiro de Barros, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 65.

<sup>6</sup> Ibid., p. 63.

<sup>7</sup> Nas lições de Maurício Godinho Delgado, o Direito do Trabalho surge, de fato, apenas no período da Revolução Industrial após a extinção das relações servis. “A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução

desigualdade social e econômica, que culminou na necessidade de intervenção estatal, por meio de normas com força cogente e imperativa, insuscetíveis de serem renunciadas pelas partes, com atenuação da autonomia da vontade, como forma de expressão de um sentimento humanitário, de solidariedade e de coletividade, para proteção dos mais fracos, dentre eles, os pobres, os menores, as mulheres, os aprendizes, os acidentados.

A maioria dos autores defende que um conjunto de fatores ocasionou o aparecimento do Direito do Trabalho, dentre eles: fatores econômicos, políticos, jurídicos e sociais.

Econômicos, pois com a expansão da indústria e do comércio (principalmente o surgimento da máquina a vapor como fonte de energia) o trabalho escravo, servil e corporativo, foi substituído pelo trabalho assalariado em grande escala. Surge, portanto, a relação de emprego subordinado por meio de trabalho livre, dentro de um sistema produtivo seqüencial e em série, com vistas a potencializar a produtividade do trabalho.

No plano social, a concentração industrial, a formação de grandes conglomerados

---

*Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea (...). O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocaram a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e nos Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre, mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho". (Curso de Direito do Trabalho, p. 87).*

urbanos e consequentemente a concentração do proletariado nas grandes cidades industriais fez surgir uma “identificação profissional entre as grandes massas obreiras, a partir de um mesmo universo de exercício de sua força de trabalho – universo consubstanciado no estabelecimento ou empresa”<sup>8</sup>.

No âmbito jurídico e em consequência do plano social, o Direito do Trabalho surge com o sindicalismo, o direito de contratação e o direito a uma legislação:

Os trabalhadores reivindicaram, por meio dos sindicatos que os representaram e na medida em que o direito de associação passou a ser tolerado pelo Estado, um direito que os protegesse, em especial o reconhecimento do direito de união, do qual resultou o sindicalismo; o direito de contratação, que se desenvolveu em dois âmbitos: o coletivo, com as convenções coletivas de trabalho, e o individual com a idéia de contrato de trabalho; e o direito a uma legislação em condições de coibir os abusos do empregador e preservar a dignidade do homem no trabalho, ao contrário do que ocorria com o proletariado exposto a jornadas diárias excessivas, salários infames, exploração dos menores e mulheres e desproteção total diante de acidentes de trabalho e riscos sociais como a doença, o desemprego, etc.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Maurício Godinho Delgado, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 90.

<sup>9</sup> Amauri Mascaro Nascimento, **Iniciação ao Direito do Trabalho**, p. 44.

Do ponto de vista político, esclarece Amauri Mascaro Nascimento<sup>10</sup>, que o Estado Liberal foi substituído pelo Estado Neoliberal:

Dentre os aspectos políticos, o mais importante foi a transformação do Estado Liberal e da plena liberdade contratual em Estado Neoliberalista. Naquele, o capitalista livremente poderia impor, sem interferência do Estado, as suas condições ao trabalhador. Neste, o Estado intervém na ordem econômica e social limitando a liberdade plena das partes da relação de trabalho. Formas de intervenção foram o corporativismo e socialismo, caracterizando-se por uma presença fortemente autoritária do Estado, que transfere a ordem trabalhista para a esfera das relações de natureza pública, diversamente do neoliberalismo, que, embora restritivo da liberdade contratual, mantém as relações de trabalho no âmbito das relações de direito privado.

Por fim, não podemos deixar de mencionar a idéia de justiça social como grande influente para o surgimento do Direito do Trabalho, principalmente com a doutrina social da Igreja, que influenciou e fomentou, por meio de suas Encíclicas, a reforma da legislação dos países, muito embora não tivessem cunho obrigacional.

A Encíclica *Rerum Novarum*, v.g., publicada pelo Papa Leão XIII em 15 de maio de 1891, defendia a união entre as classes, a justiça e equidade dos salários,

---

<sup>10</sup> Op. cit., p. 44.

condenava a concentração de riquezas, bem como traçava regras para o intervencionismo estatal nas relações laborais.

O Manifesto Comunista publicado em 1848 por Marx e Engels, também teve grande influência no nascimento do Direito do Trabalho, pois defendia o controle dos meios de produção unicamente pelo Estado, conscientizou os operários da conjuntura política e econômica da época, despertou a luta de classes e a abolição da propriedade privada.

Com o final da primeira Guerra Mundial e em consequência da grande destruição, as falhas do liberalismo se tornaram mais evidentes.

Neste cenário, no plano interno, surge o chamado “constitucionalismo social” do século XX, movimento de inclusão de normas trabalhistas e sociais nas Constituições dos países.

A Constituição do México de 1917 foi a pioneira do movimento, trazendo mudanças no trato das questões sociais, dentre elas:

(...) jornada diária de 8 horas, a jornada máxima noturna de 7 horas, a proibição do trabalho de menores de 12 anos, a limitação da jornada do menor de 16 anos a 6 horas, o descanso semanal, a proteção à maternidade, o direito ao salário mínimo, à igualdade salarial, à proteção contra acidentes no trabalho, direito de sindicalização, de

greve, de conciliação e arbitragem dos conflitos, de indenização de dispensa e de seguros sociais<sup>11</sup>.

A Constituição de Weimar na Alemanhã, de 1919, considerada uma das bases das democracias sociais, também reconheceu a importância da dignidade do trabalhador:

Disciplina a participação dos trabalhadores nas empresas, a criação de um direito unitário do trabalho, a liberdade de coalizão dos trabalhadores para a defesa e melhoria das suas condições de trabalho, o direito a um sistema de seguros sociais, o direito de colaboração dos trabalhadores com os empregadores na fixação dos salários e demais condições de trabalho e a representação dos trabalhadores na empresa<sup>12</sup>.

As duas constituições acima mencionadas foram notadamente marcos históricos para a inclusão das normas trabalhistas na Constituição de outros países e certamente as precursoras do processo jurídico de institucionalização do Direito do Trabalho.

No plano internacional surge o Tratado de Versalhes, de 1919, que criou a Organização Internacional do Trabalho e a Sociedade das Nações Unidas. Com a criação da OIT, o Direito do Trabalho se internacionalizou e a proteção dos trabalhadores foi ratificada por meio a edição de convenções e recomendações que

---

<sup>11</sup> Amauri Mascaro Nascimento, **Iniciação ao Direito do Trabalho**, p. 45.

<sup>12</sup> Ibid., p. 45.

visam a melhoria das condições sociais.

Em 1927 é criada a *Carta Del Lavoro* na Itália, que implementou o sistema corporatista-fascista, por meio do qual o Estado passou a ter interferência na ordem econômica, tutelando o direito dos trabalhadores, sob o famoso lema “tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”. Esse novo sistema inspirou outros sistemas corporativistas, como o da Espanha, Portugal e Brasil.

Assim, as normas constitucionais e trabalhistas vieram revestidas de um complexo de direitos e obrigações que resultam não de uma liberdade ilimitada das partes, mas de uma livre iniciativa limitada pelas regras fixadas pelo Estado.

Pelo exposto, a atual regulamentação trabalhista é resultado de acontecimentos múltiplos, alicerçados basicamente na necessidade de conceder ao empregado uma segurança na relação firmada, pois o trabalhador é a parte mais fraca no contrato, e o ordenamento jurídico trabalhista protege não apenas o trabalhador, mas o próprio bem-estar social como um todo.

## 1.2. Evolução no Brasil

Não pretendemos no presente estudo nos estender sobre as disposições trabalhistas presentes em todas as Constituições brasileiras, e sim trazer

à baila a sistematização do Direito do Trabalho brasileiro, pois os fenômenos ocorridos no âmbito internacional pós-primeira Guerra Mundial, bem como a criação da OIT, tiveram grande influência na criação das normas trabalhistas brasileiras.

Nas palavras de Benimar Ramos de Medeiros Marins<sup>13</sup>, “com a política trabalhista de Getúlio Vargas, as idéias de intervenção do Estado nas relações de trabalho ganharam força”. Neste cenário, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio em 1930, que implementou as medidas de proteção dos trabalhadores, instituiu a Carteira Profissional, disciplinou a duração da jornada de trabalho em alguns ramos, etc.

Assim, entendemos que o marco do surgimento do Direito do Trabalho no Brasil foi a criação do Ministério do Trabalho, que passou a criar decretos e regulamentos para reger as relações laborais.

A primeira Constituição brasileira que tratou do Direito do Trabalho foi a de 1934, sob a influência do constitucionalismo social divulgado internacionalmente<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> **Flexibilização e justiça na sociedade brasileira: os limites à autonomia da vontade como mecanismo de liberdade**, p. 69.

<sup>14</sup> Nas lições de Alice Monteiro de Barros “(...) foi essa a primeira Constituição a tratar do salário mínimo, da jornada de oito horas, das férias anuais remuneradas, da proibição de qualquer trabalho a menores de 14 anos, do trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e mulheres. Essa mesma constituição assegurou a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; repouso hebdomadário, de preferência aos domingos (...). A Constituição de 1934 dedica atenção especial à maternidade, deixando claro que a licença correspondente se faz sem prejuízo do salário e do emprego, mas mediante a instituição de previdência a cargo da União, do empregador e do empregado. Proíbe-se a diferença de salário para o mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil”. (**Curso de Direito do Trabalho**, p. 72).

A Carta Constitucional de 1937 foi inspirada na *Carta Del Lavoro* foi a Carta Constitucional de 1937, marcando a fase intervencionista do Estado, emanada do golpe militar de Getúlio Vargas<sup>15</sup>.

Sobre a era Vargas, cabe uma ponderação. No mesmo passo em que o Governo inseriu medidas de proteção aos trabalhadores, por meio do discurso ideológico, também deixou marcas de repressão, “com políticas que implantaram a ordem corporativa”<sup>16</sup>.

No entanto, não podemos negar o aspecto positivo das mencionadas políticas, “(...) na medida em que delas resultou a estrutura jurídica que até hoje se aplica às relações de trabalho, representando as bases de um direito social até então inexistente”<sup>17</sup>.

Considerando a grande quantidade de normas esparsas que regiam os mais diferentes assuntos do Direito do Trabalho, em 1943 foi editado o DL n. 5.452, que sistematizou as normas existentes, bem como criou a Consolidação das Leis do Trabalho.

---

<sup>15</sup> Nas palavras de Sérgio Pinto Martins “A Constituição de 1937 instituiu o sindicato único, imposto por lei, vinculado ao Estado, exercendo funções delegadas de poder público, podendo haver intervenção estatal direta em suas atribuições. Foi criado o imposto sindical, como uma forma de submissão das entidades de classe ao Estado, pois este participava do produto de sua arrecadação. Estabeleceu-se a competência normativa dos tribunais do trabalho, que tinha por objetivo principal evitar o entendimento direto entre trabalhadores e empregadores. A greve e o *lockout* foram considerados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os interesses da produção nacional (art. 139)”. (**Direito do Trabalho**, p. 10).

<sup>16</sup> Benimar Ramos de Medeiros Marins, op. cit., p. 70.

<sup>17</sup> Ibid., mesma página.

Dessa forma, a CLT é um conjunto de leis sistemáticas preexistentes, ou seja, é uma reunião de leis já criadas. Muito embora a sua concepção tenha relevância para o Direito do Trabalho Brasileiro, é sabido que as suas normas mostram-se desatualizadas e obsoletas, em razão da antiguidade de sua edição, bem como do seio corporativista de sua criação.

Em 1946 foi criada a Constituição Democrática, que rompeu com o corporativismo da Constituição de 1937, normatizou a participação nos lucros e o direito à greve, assegurou o princípio da isonomia, vedando a diferença de salário para o mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, repouso semanal remunerado, proibição do trabalho noturno aos menores de 18 anos, assistência aos desempregados, obrigou o empregador fazer seguro contra acidentes, bem como integrou a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário.

Até a edição da Carta Constitucional atual, foram criadas muitas leis esparsas para proteger os trabalhadores, como a Lei n. 5.859/72 que dispõe sobre o trabalho dos empregados domésticos, a Lei n. 6.019/72 que dispõe sobre o trabalhador temporário, a Lei n. 605/49 que trata do repouso semanal remunerado, a Lei n. 1.009/62 que versa sobre a gratificação natalina, dentre muitas outras.

Em 05 de outubro de 1988 foi aprovada a Constituição Federal atual, que trata dos direitos trabalhistas nos arts. 7º a 11, no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Ulysses Guimarães, presidente da

Assembléia Legislativa que promulgou a CF/88, divulgou-a como uma Constituição Cidadã.

A CF/88 adotou a idéia de inclusão social e de novos direitos trabalhistas ainda não prescritos, ou seja, trouxe direitos que normalmente seriam regidos por legislações ordinárias, o que demonstra o seu caráter extensivo e a um maior nível de regramentos.

Trouxe regras regais sobre o Direito do Trabalho, como os direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata, bem como normas específicas como a redução da jornada semanal para 44 horas, estabilidades, direito a greve, irredutibilidade salarial, salvo convenção coletiva, adicional de horas extras de 50%, dentre infinitas outras.

O Estado Brasileiro, com a promulgação da CF/88 se transformou em um Estado Democrático, “que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”<sup>18</sup>.

O Princípio Democrático restou consagrado no § único do art. 1º da CF/88<sup>19</sup>, que

---

<sup>18</sup> Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, p. 53.

<sup>19</sup> “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. § único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

informa que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Adicionalmente, de acordo com o caput do art. 1º, os fundamentos da República Federativa do Brasil passam a ser a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político.

Em um momento marcado por desigualdades sociais no Brasil, a CF/88 sedimenta os princípios da irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, bem como o Princípio Protetor, trazendo os conceitos de função social do contrato de trabalho e dignidade do trabalhador.

Todavia, sabidamente alguns aspectos autoritários foram mantidos como lembrança do sistema corporativista e fascista da Itália, como a manutenção da contribuição sindical obrigatória a todos que exercem uma atividade econômica e a manutenção a unicidade sindical, que atenta contra a liberdade sindical.

Adicionalmente, algumas normas trazidas não foram regulamentadas, como é o caso do aviso prévio proporcional (a Lei n. 12.506, que regulamenta o aviso prévio foi aprovada apenas em 11 de outubro de 2011) a proteção em face da automação e o adicional para as atividades penosas.

### 1.3. Período recente

Novas fontes energéticas como o carvão e o petróleo impulsionaram o método de organização de trabalho denominado fordismo-taylorismo, formulados por Frederick Winslow Taylor e Henry Ford.

Referido modelo, que se desenvolveu no século XX, principalmente entre 1914 e 1973, pregava a lucratividade das empresas pelo método de produção em massa, com execução contínua e repetitiva, estratificação de níveis hierárquicos e decisórios, remuneração padronizada, expansão da economia de escala e utilização de métodos científicos nos processos produtivos, o que culminou na robotização e limitação da expressão dos empregados.

No entanto, com a crise econômica da década de 1970 ocorreu o declínio do mencionado modelo. Sobre essa decadência, ensina Benimar Ramos de Medeiros Marins<sup>20</sup>:

Se, por um lado, a rigidez da produção limitava expansões da base fiscal para gastos públicos, por outro, o Estado era levado, sob pressão, a aumentar os programas de assistência (seguridade social, direitos de pensão, etc.), buscando manter a sua legitimidade. A válvula de escape estava na política monetária e na possibilidade de

---

<sup>20</sup> **Flexibilização e justiça na sociedade brasileira: os limites à autonomia da vontade como mecanismo de liberdade**, p. 28.

imprimir moeda em montante necessário para a manutenção da economia. Esta foi a origem da onda inflacionária (iniciada em 1973) que afundaria a expansão do pós-guerra, marcando os primeiros passos de um modelo, bem mais flexível.

Neste contexto de crise, aumenta a competitividade e concorrência internacional, surgindo no Japão o sistema Toyotista, também conhecido como de produção enxuta, que prioriza o trabalho em equipe e insere a produção personalizada e as modernas tecnologias nos sistemas produtivos.

Esse novo modelo tornou-se possível em razão do extraordinário avanço da tecnologia ao longo dos anos, da revolução biológica, química e mecânica, bem como da intensificação do comércio, da abertura dos mercados, etc.

A globalização teve grande impacto para esse momento histórico, pois surge uma era de diminuição das fronteiras, “mundialização do comércio por meio da eliminação ou redução de entraves alfandegários ou não alfandegários”<sup>21</sup>, proliferação das multinacionais e descentralização da produção para países emergentes, com mão-de-obra mais barata e reduzidos encargos sociais.

A invasão dos “domínios da mente” por robôs, computadores e softwares alterou a forma de organização do trabalho. A menor necessidade de mão-de-obra aliada à exigência de maior qualificação profissional culminou na diminuição de empregos

---

<sup>21</sup> Américo Plá Rodriguez, **Princípios do Direito do Trabalho**, p. 70.

formais, criação de formas alternativas de trabalho, subcontratação e terceirização dos serviços.

Dessa forma, passam a ser precarizados os trabalhadores sem qualificação e enaltecidos aqueles que possuem “um patrimônio de conhecimento, de *know-how*, de especialização profissional, que os torna capazes de fornecer um resultado, um serviço, um programa, sem a necessidade da rigorosa direção que tipifica o trabalho subordinado”<sup>22</sup>.

Neste cenário de automação, descentralização e problemas de qualificação, o desemprego estrutural passa a ser a mais nova questão social a partir de 1970, o que fomenta debates sobre a necessidade de se modificar o Direito Trabalho, afastando a sua forma exclusivamente protecionista<sup>23</sup>.

De acordo com informações de Amauri Mascaro Nascimento<sup>24</sup>, ao citar estimativas da OIT de 1997, mais de 900 milhões de pessoas no mundo ficaram desempregadas ou subempregadas, em razão de causas como:

(...) avanço da tecnologia, que permitiu maior produtividade com menor número de trabalhadores, a globalização da economia, que

---

<sup>22</sup> Otávio Pinto e Silva, **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação das Relações de Trabalho**, p. 115.

<sup>23</sup> Não podemos deixar de mencionar a crise da política do setor imobiliário dos Estados Unidos, que se expandiu para diversas economias mundiais, acarretando a falência do Banco de Investimento *Leh-man Brothers* e da seguradora *American International Group* (AIG), criando uma avassaladora demissão em massa por grupos de empregos por todo mundo, como ocorreu na Phillips, no banco ING, na Kodak, na Ford, General Motors e na Toshiba.

<sup>24</sup> **Iniciação ao Direito do Trabalho**, p. 55-56.

aumentou a competitividade do processo produtivo em escala internacional, e as transformações que afetaram o mercado de trabalho, com o crescimento da informalidade em lugar dos empregos formais, problemas que também atingiu o Brasil.

Nas lições de Benimar Ramos de Medeiros Marins<sup>25</sup>, enquanto que nos países desenvolvidos os empregados que foram afetados pelo desemprego estrutural “tiveram o amparo dos sistemas previdenciários, nos países pobres, viram-se vítimas da economia informal ou paralela, vivendo de uma combinação de pequenos empregos, serviços, expedientes, compra, venda e roubo”.

Assim, os empregados passam a lutar não mais por direitos ou garantias e, sim, por soluções alternativas e flexibilizadoras, com vistas a combater o desemprego. Alguns exemplos são: redução de jornada de trabalho, redução de salários, redução de benefícios, estratégias de compensação de horários, incentivos governamentais de redução de encargos previdenciários, etc.

Os contratos a prazo, o trabalho autônomo, em tempo parcial, bem como as novas formas de remuneração por produtividade e desempenho parecem ser alternativas reais para a crescente crise do desemprego no mundo contemporâneo.

Em alguns países, como na Itália e Espanha, que apresentaram um elevado índice

---

<sup>25</sup> Op. cit., p. 32.

de desemprego, as novas formas de contratação já são realidade<sup>26</sup>, pois nesses países os direitos trabalhistas foram flexibilizados com o objetivo de atender às necessidades econômicas do país.

No Brasil, a partir de 1990 foram adotadas as políticas neoliberais, nos governos de Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso, como uma “tentativa de recuperar a reprodução do capital”, por meio da “liberalização comercial e o novo impulso do processo de privatização, reestruturação das políticas sociais, desregulamentação e flexibilização das relações trabalhistas, austeridade no gasto público, etc”<sup>27</sup>.

Atualmente, portanto, quem ditas as regras “não é o empregado ou o empregador, como também não é o Estado, através da legislação. A definição das condições de trabalho vem sendo impostas pelo mercado, ser coletivo e abstrato, com força capaz de determinar os rumos do novo modelo”<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Na Itália foi criada a Lei Biagi em 2003, que acrescentou o trabalho coordenado, continuativo e de colaboração, o trabalho a projeto e a figura da parassubordinação. Na Espanha o Estatuto do Trabalho Autônomo de 2007 criou a figura do trabalhador autônomo dependente econômico de uma empresa.

<sup>27</sup> Benimar Ramos de Medeiros Marins, **Flexibilização e justiça na sociedade brasileira: os limites à autonomia da vontade como mecanismo de liberdade**, p.38.

<sup>28</sup> Ibid., p. 75.

## 2. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

No presente capítulo pretendemos trazer, em linhas gerais, os Princípios que regem o Direito do Trabalho no Brasil, dando enfoque especial para os Princípios que se coadunam com o objeto do presente estudo, quais sejam, os Princípios da Proteção e o Princípio da Autonomia da Vontade.

Em um primeiro momento, importante trazer à baila as noções de Princípios e Princípios Gerais de Direito.

Ensina o saudoso mestre Miguel Reale<sup>29</sup> que os Princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática, de caráter operacional”.

De acordo com o Vocabulário Jurídico de De Plácido de Silva<sup>30</sup>, a palavra no plural “Princípios” possui acepção relevante para o mundo jurídico:

(...) significa as *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa. E, assim, *princípios* revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixam

---

<sup>29</sup> **Lições Preliminares de Direito**, p. 303.

<sup>30</sup> P. 1.095.

para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria *norma* ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos *axiomas*. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e a proteção aos direitos.

Os Princípios possuem função informativa, inspiradora, interpretativa e orientadora das normas e regras jurídicas, bem como normativa e supletiva das lacunas e omissões legais<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Américo Plá Rodriguez, ao tratar das funções dos Princípios no Direito do Trabalho, afirma que eles possuem uma tríplice missão, informadora, normativa e interpretativa. E continua: “(...) essa variedade de funções demonstra sobretudo que a utilidade e eficácia dos princípios do Direito do Trabalho ultrapassam o mero aspecto interpretativo, como propõem alguns autores. Não é um tema que possa caber na rubrica de intrepretação do Direito do Trabalho: transborda-o e supera-o”. (**Princípios do Direito do Trabalho**, p. 44).

Alice Monteiro de Barros<sup>32</sup> informa que para a interpretação do Direito do Trabalho, o jurista deverá extrair da Teoria Geral os Princípios Gerais do Direito, os Princípios Constitucionais e os Princípios Peculiares ao Direito do Trabalho.

Sobre os Princípios Gerais do Direito, afirma Miguel Reale<sup>33</sup>:

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática (...) não são preceitos de ordem moral ou econômica, mas sim esquemas que se inserem na experiência jurídica, convertendo-se, desse modo, em elementos componentes do Direito (...) cabe, outrossim, ponderar que os princípios gerais do direito não têm função apenas no caso particular de lacunas encontradas na legislação, como ainda se sustenta por anacrônico apego a uma concepção 'legalista' do Direito. (...) Assim, é à luz do Direito que devemos interpretar e aplicar modelos jurídicos, quer estes se ajustem ou não, total ou parcialmente, à relação social sobre cuja juridicidade cave ao juiz decidir.

Assim, são valores que atuam como metanormas no ordenamento jurídico pátrio, tais

---

<sup>32</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 173.

<sup>33</sup> Op. cit., p. 304-305 e 315-316.

como a igualdade, liberdade, justiça, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, inviolabilidade do direito à vida, segurança, propriedade privada, etc.

Sobre outro enfoque, existem Princípios que são peculiares ao Direito do Trabalho e que não são encontrados em outros ramos do Direito, que inspiram o ordenamento jurídico trabalhista, regulamentam o Direito Laboral como um todo, informam e orientam os aplicadores desse Direito. De acordo com Maurício Godinho Delgado<sup>34</sup>, são eles:

- a) Princípio da proteção (conhecido também como *princípio tutelar* ou *tuitivo* ou protetivo ou, ainda, *tutelar-protetivo* e denominações congêneres); b) *princípio da norma mais favorável*; c) *princípio da imperatividade das normas trabalhistas*; d) *princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas* (conhecido ainda como *princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas*); e) *princípio da condição mais benéfica* (ou da *cláusula mais benéfica*); f) *princípio da inalterabilidade contratual lesiva* (mais conhecido simplesmente como *princípio da inalterabilidade contratual*; merece ainda certos epítetos particularizados, como *princípio da intangibilidade contratual objetiva*); g) *princípio da intangibilidade salarial* (chamado também *integralidade salarial*, tendo ainda como correlato o *princípio da intangibilidade salarial*); h) *princípio da primazia da realidade sobre a forma*; i) *princípio da continuidade da relação de emprego*.

---

<sup>34</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 191.

Por fim, discute-se na doutrina se os Princípios do Direito Civil podem ser aplicados ao Direito do Trabalho, pois os contratos laborais são regidos pela máxima do Princípio Constitucional da Igualdade<sup>35</sup> como forma de proteção do empregado que claramente se encontra em situação desigual em relação ao empregador.

Entendemos que não em razão disso há proibição, pelo contrário. Em realidade, a construção de um sistema de proteção social ao trabalhador, parte mais fraca da relação, faz apenas com que os Princípios do Direito Civil possuam um aspecto especial na esfera laboral.

O art. 8º e § único da CLT<sup>36</sup> permitem que na falta de disposições legais ou contratuais, seja decidido por princípios e normas gerais de direito, bem como que o direito comum seja fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível.

Nesse sentido, oportuna a conclusão de Amauri Mascaro Nascimento<sup>37</sup> de que “o direito do trabalho é *mais normativo e menos obrigacional*, o que não impede a utilização dos princípios do direito civil nas relações de trabalho (...”).

<sup>35</sup> “(...) todos os homens devem ser tratados por igual e quando os indivíduos e circunstâncias externas são iguais, os indivíduos devem ser tratados igualmente, e quando os indivíduos e circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente”. (Amauri Mascaro Nascimento, **Curso de Direito do Trabalho**, 21ª ed., p. 375).

<sup>36</sup> “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 20-10-2011.

<sup>37</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, 21ª ed., p. 362.

Pelo exposto, alguns Princípios do Direito Civil podem e devem ser aplicados na esfera laboral, com ressalvas, ou seja, com observância “de processos técnicos para coibir abusos em detrimento do trabalhador, preservadores do equilíbrio das relações de trabalho”<sup>38</sup>.

São eles: o Princípio da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda* (força obrigatória dos contratos), da *cláusula rebus sic standibus* (princípio da imprevisão dos contratos), do direito adquirido, do *exceptio non adimpleti contractos* (nenhum dos contratantes é obrigado a cumprir a sua obrigação se a outra parte não cumpriu) e o Princípio da boa-fé nos contratos.

Dessa forma, passaremos à análise dos dois Princípios essenciais para a conclusão do presente estudo, o Princípio da Proteção e o Princípio da Autonomia da Vontade.

## 2.1. O Princípio da Proteção

Como visto acima, o Princípio da Proteção, conhecido também como Princípio tutelar ou tuitivo ou protetivo ou, ainda, tutelar-protetivo é um dos Princípios específicos do Direito Individual do Trabalho.

Certamente o Princípio Protetor é utilizado como critério de interpretação e aplicação

---

<sup>38</sup> Amauri Mascaro Nascimento, op. cit., p. 362.

do Direito Laboral, em razão da necessária repressão dos abusos do empregador em detrimento do trabalhador, o que preserva o equilíbrio da relação jurídica travada, em proteção ao hipossuficiente.

Para Américo Plá Rodriguez<sup>39</sup>, a necessidade de proteção do trabalhador possui um duplo fundamento:

- 1) O sinal distintivo do trabalhador é sua dependência, sua subordinação às ordens do empregador. Essa dependência afeta a pessoa do trabalhador. 2) a dependência econômica, embora não necessária conceitualmente, apresenta-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê obrigado a isso para obtenção de seus meios de vida.

Para Maurício Godinho Delgado<sup>40</sup>, o Princípio da Proteção visa “retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”. E continua:

O princípio tutelar influí em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influindo na própria perspectiva desse ramo ao constituir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras

---

<sup>39</sup> **Princípios do Direito do Trabalho**, p. 88.

<sup>40</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p.192.

essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a idéia protetiva-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justifica histórica e científicamente.

Alice Monteiro de Barros<sup>41</sup>, ao tratar do Princípio da Proteção, informa:

O Princípio da Proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento de subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consistem em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante de sua condição de hipossuficiente.

Na lavra de Amauri Mascaro Nascimento<sup>42</sup>, o direito protetor é o próprio “fim para o qual nasceu o direito do trabalho” e “expressa-se na permanência necessária de suas bases fundantes que encontram suporte na proteção do mais fraco para compensar a sua posição débitória”.

Muitos juristas de renome como Américo Plá Rodrigues e Sérgio Pinto Martins<sup>43</sup>

<sup>41</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 181.

<sup>42</sup> **Iniciação ao Direito do Trabalho**, p. 57.

<sup>43</sup> Américo Plá Rodriguez, **Princípios do Direito do Trabalho**, p. 107; Sérgio Pinto Martins, **Direito do Trabalho**, p. 61.

desmembram o Princípio da Proteção em outros três Princípios específicos do Direito Individual do Trabalho, quais sejam: o *in dúvida pro operário*; o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; e o da aplicação da condição mais benéfica.

O Princípio do *in dúvida pro operário* exprime a idéia de que, na dúvida, deve-se aplicar a norma mais benéfica ao empregado.<sup>44</sup>

O princípio da norma mais favorável, por sua vez, possui três dimensões de aplicação: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante<sup>45</sup>. É o que dispõe Sérgio Pinto Martins<sup>46</sup>:

- a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso se

---

<sup>44</sup> Mencionado Princípio se confunde com o Princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e, de acordo com Maurício Godinho Delgado, em razão disso, torna-se redundante e inútil, pois quando existe confronto ou dúvida de interpretação, deve-se utilizar a norma mais benéfica, regra já expressa pelo Princípio da norma mais favorável. Outro problema mencionado pelo referido autor, consiste na colisão do mencionado Princípio com o Princípio do Juiz Natural, sobretudo na esfera processual, pois o Juiz deve julgar de acordo com as regras processuais relativas ao ônus da prova e não partindo do princípio do *in dúvida pro operário*. (op. cit., p. 205 e 206). Américo Plá Rodriguez traz o contraponto para o argumento, ao afirmar que: “(...) as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio, justifica que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos (...). Apesar da vigência do sistema inquisitório, continua importante o problema do ônus da prova, entendendo-se que, na medida em que se aborda esse problema, o trabalhador merece uma consideração especial. Não apenas pela desigualdade básica das partes, nem somente pelo estado de subordinação em que se encontra muitas vezes o trabalhador, mas também pela natural disponibilidade de meios de prova que tem o empregador e que contrasta com a dificuldade que possui o trabalhador nesse aspecto”. (op. cit., p. 115 e 116).

<sup>45</sup> Sobre o Princípio da norma mais favorável, afirma Maurício Godinho Delgado que, no “instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto)” possui uma função informativa e de fonte material das normas trabalhistas. Já no seu “critério de hierarquia” permite que em casos de conflito de normas, a mais favorável prevaleça. Como “princípio de interpretação”, comporta a “escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais consistentes alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada”. (op. cit., p. 193 e 194).

<sup>46</sup> **Direito do Trabalho**, p. 61.

quer dizer que as novas leis devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador. (...); c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador.

Conforme ensinamentos de Américo Plá Rodrigues<sup>47</sup>, o Princípio da norma mais favorável deve ser aplicado de acordo com alguns princípios orientadores, quais sejam:

- 1) a comparação deve ser efetuada considerando o conteúdo das normas (...); 2) a comparação das normas deve levar em consideração a situação da coletividade (...); 3) a questão de saber se uma norma é ou não favorável aos trabalhadores não depende da apreciação subjetiva dos interessados. Ela deve ser resolvida objetivamente, em função dos motivos que tenham inspirado as normas; 4) o confronto de duas normas deve ser feito de uma maneira concreta, indagando se a regra inferior é, no caso, mais ou menos favorável aos trabalhadores (...); 5) como a possibilidade de melhorar a condição dos trabalhadores constitui uma exceção ao princípio da intangibilidade da regra imperativa hierarquicamente superior, não se pode admitir a eficácia de uma disposição inferior,

---

<sup>47</sup> Op. cit., p. 128.

embora se possa duvidar de que seja efetivamente mais favorável aos trabalhadores.

A condição mais benéfica, por sua vez, exprime a incorporação, ao Contrato de Trabalho, de situações habituais mais vantajosas, sob pena de afronta ao art. 468 da CLT<sup>48</sup>. Trata-se da pura expressão da regra do direito adquirido prevista no inciso XXXVI do art. 5º da CF/88<sup>49</sup>.

Dessa forma, para o Princípio da condição mais favorável as “vantagens já conquistadas, que são mais benéficas ao trabalhador, não podem ser modificadas para pior”<sup>50</sup>.

Destacamos a conceituação de Américo Plá Rodrigues<sup>51</sup>, para quem o Princípio da condição mais benéfica “pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que ela seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável”.

---

<sup>48</sup> “Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. § único - 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”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 20-11-2011.

<sup>49</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 20-11-2011.

<sup>50</sup> Sérgio Pinto Martins, op. cit., p. 61.

<sup>51</sup> **Princípios do Direito do Trabalho**, p. 131.

Para Maurício Godinho Delgado<sup>52</sup>, referido princípio não exprime um contraponto entre regras ou normas e, sim, entre cláusulas contratuais. Para ele, tecnicamente, o nome mais apropriado do Princípio seria “princípio da cláusula mais benéfica”, traduzindo-se na manifestação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva.

Em conclusão, trazemos os ensinamentos do professor Leonel Maschietto<sup>53</sup>, para quem o Princípio Protetor tem a função de equiparar “em pé de igualdade” os sujeitos da relação empregatícia, sendo “na intervenção direta do Estado que o princípio protetor encontra seu mais suporte”, e esta intervenção se tornou urgente em razão da exploração do homem e das condições degradantes em que se encontravam.

## **2.2. O Princípio da Autonomia da Vontade**

O Direito das Obrigações, ramo do Direito Civil também estudado na esfera laboral, ante a inegável característica contratual das relações de trabalho, que será estudada mais adiante, possui como base o Princípio da Autonomia da Vontade.

No presente tópico, pretendemos abordar os conceitos de negócio jurídico, contrato, vontade e autonomia, inserindo, neste cenário, o estudo do Princípio da Autonomia

---

<sup>52</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, p. 196.

<sup>53</sup> *O Conflito entre a teoria clássica do princípio protetor e a flexibilização no direito do trabalho*, p. 59.

da Vontade e as suas limitações.

Ao longo dos anos, a evolução do comércio teve grande relevância para a formação de relações jurídicas complexas, culminando no surgimento dos contratos, negócio jurídico formado por, no mínimo, duas partes, sendo definido “no Direito Civil como um instrumento jurídico para a constituição, transmissão e extinção de diversos direitos, em vários âmbitos das relações civis, comerciais, obrigacionais e econômicas”<sup>54</sup>.

Antes de qualquer análise, mister se faz trazer o conceito de Negócio Jurídico nas lições de Miguel Reale<sup>55</sup>:

Negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a *declaração expressa da vontade*, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objeto protegido pelo ordenamento jurídico.

Para Caio Mário da Silva Pereira<sup>56</sup>, o fundamento ético do negócio jurídico é a própria vontade humana, “desde que atue na conformidade da ordem jurídica”. Segundo o autor, é neste contexto que se situa a noção de contrato como o “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”. Acerca do conceito de contrato,

---

<sup>54</sup> Juliano Cardoso Shaefer Martins, **Contratos Internacionais: a autonomia da vontade na definição do direito material aplicável**, p. 20.

<sup>55</sup> **Lições Preliminares de Direito**, p. 208-209.

<sup>56</sup> **Instituições de Direito Civil. Contratos**, p. 7.

ensina:

É um Negocio Jurídico bilateral, e de consequinte exige o *consentimento*; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificalidade da doutrina, dizemos então que o *contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direito*.

Neste contexto, passamos à análise do elemento “vontade”, bem como da sua conceituação.

Do latim *voluntas* (consentimento, vontade, ato de querer), de *velle* (querer, consentir), genericamente exprime a *faculdade de querer*, a *manifestação exterior de um desejo, o propósito em fazer alguma coisa, a intenção de proceder* desta ou qualquer forma. Juridicamente, a vontade revela a própria *intenção*, ou o *desejo* de se fazer alguma coisa. Corresponde, pois, à *deliberação*, ou à *resolução*, intencionalmente tomada pela pessoa, a fim de que se tenha como consentido na prática, ou na execução de um ato jurídico, de que se geram direitos, ou nascem obrigações. Assim, a vontade identifica-se com o próprio *consentimento*, sendo o ato de volição que atribui às ações do homem o valor jurídico, de que necessitam para serem

legítimas e produzirem os efeitos desejados<sup>57</sup>.

No mundo jurídico, o vocábulo “vontade”, é definido segundo duas acepções, o “objeto de querer”, que “usualmente coincide com a causa do negócio jurídico”, assumindo “ares de importância jurídica na medida em que é exteriorizado com a finalidade de produção de efeitos em face da ordem legal”. Em outro viés, possui a definição de faculdade ou “atividade do querer como fato psíquico interno”, que está fora do negócio jurídico por não ser socialmente reconhecível<sup>58</sup>.

Para o ordenamento jurídico, portanto, interessa a vontade exteriorizada quando não manifestada, não possui qualquer influência.<sup>59</sup>

De acordo com os ensinamentos emprestados de Ana Alvarenga Moreira Magalhães<sup>60</sup>, a vontade, como elemento do negócio jurídico, teve três momentos históricos distintos, a vontade com eficácia plena, a vontade como um impulso negocial, mas não essencial, e a vontade como elemento de validade do negócio jurídico.

<sup>57</sup> De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**, p. 1.495.

<sup>58</sup> Ana Alvarenga Moreira Magalhães, **O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança**, p. 9.

<sup>59</sup> “A declaração da vontade é elemento essencial do negócio jurídico. É seu pressuposto. Quando não existir pelo menos aparência de declaração de vontade, não podemos sequer falar de negócio jurídico. A vontade, sua declaração, além de condição de validade, constitui elemento do próprio conceito e, portanto, da própria e, portanto, da própria existência do negócio jurídico (...). Tanto a manifestação expressa quanto a manifestação tácita de vontade têm valor para o ordenamento, salvo nos casos em que a lei especificamente exige a forma escrita. (...) Por tudo isso podemos falar em vontade negocial. Trata-se da vontade dirigida à obtenção de efeitos práticos, geralmente econômicos, com intenção de que esses efeitos sejam juridicamente tutelados e vinculantes”. (Silvio de Salvo Venosa, **Direito Civil Parte Geral**, p. 413 e 415).

<sup>60</sup> Op. cit., p. 9 e ss.

O primeiro momento surge com a teoria clássica ou subjetiva e possui intrínseca ligação com os jusnaturalismo do século XVII e o pensamento liberal<sup>61</sup>. Seu corolário foi a filosofia moral kantiana, que exaltava a legitimidade da vontade sobre a lei e a impossibilidade de interferência estatal nas relações obrigacionais.

Nas palavras da autora, “enquanto a intenção do indivíduo detinha a força criadora do direito, ao Estado cumpria tão só o papel de sancionar o descumprimento desta mesma vontade, já que a vontade obriga (*pacta sunt servanda*)”<sup>62</sup>.

Juliano Cardoso Shaefer Martins<sup>63</sup>, ao tratar desse período, informa que além de Adam Smith, com seus ideais de liberalismo em plena Revolução Francesa, John Locke também foi um grande influente, pois dizia que a autonomia da vontade era princípio base e central dos negócios jurídicos.

Neste diapasão, a não intervenção estatal nas relações entre os particulares foi a grande precursora dos ideais de supremacia da autonomia da vontade, em razão da geração dos próprios interesses pelos particulares.

Em oposição à teoria clássica, surge a teoria objetiva, a partir das noções do

---

<sup>61</sup> “Apesar de basearem-se sobre pressupostos não coincidentes, quanto à liberdade do homem e sua posição de centro do ordenamento as duas escolas do direito coincidem. O direito natural (...) teve por maior glória o afastamento do direito da doutrina jurídico-moralizante da Igreja Católica e a conversão do pensamento jurídico para antropocentrismo. (...) Se o liberalismo, por sua, vez, caracterizava-se pela negativa de existência do direito natural, exaltava a liberdade do indivíduo como o bem supremo, que, enquanto tal, tem preponderância sobre qualquer outro que possa ser imaginado”. (Ana Alvarenga Moreira Magalhães. op. cit., p. 10-11).

<sup>62</sup> Ibid., p. 13.

<sup>63</sup> **Contratos Internacionais: a autonomia da vontade na definição do direito material aplicável**, p. 62.

ordenamento de Hans Kelsen, segundo a qual o negócio jurídico era “visto como um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos, o que acaba por transformá-lo em norma concreta (normativismo)”<sup>64</sup>.

Neste contexto, e considerando o momento histórico de desigualdades sociais e necessidade de interferência Estatal nas relações privadas como forma de extirpar as disparidades, o exercício da “autorregulamentação” das partes estava estreitamente vinculado à “autorização” legislativa e nos seus exatos limites. Trata-se do declínio do elemento vontade na teoria dos contratos.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento<sup>65</sup>, para as teorias objetivas “o contrato é um instrumento social destinado à satisfação de necessidades recíprocas dos homens”. E continua:

Assim entendido, não é a vontade autônoma o seu fundamento, mas o interesse social objetivamente considerado, tendo a sua força obrigatória não porque é elaborado pelas partes, mas porque é presumidamente justo e na medida em que o seja.

Em um último momento histórico, surge a teoria do negócio jurídico visto pela sua estrutura. Aqui o negócio jurídico deve ser visto como uma “declaração de vontade socialmente reconhecida como apta à geração de efeitos jurídicos, ao qual o

---

<sup>64</sup> Ana Alvarenga Moreira Magalhães, op. cit., p. 15.

<sup>65</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, 25<sup>a</sup> ed., p. 544.

ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, desde que respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia<sup>66</sup>. Para ele, a declaração de vontade volta a ser vista como um dos elementos do próprio negócio jurídico.

No Brasil, com a edição do Código Civil de 2002, surgiram novas idéias sobre a interpretação do contrato, para aproxima-lo da realidade social. A nova legislação inseriu os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade para reger o ordenamento jurídico contratual.

Primeiro, a *eticidade*, que valoriza as condutas éticas como a boa-fé objetiva (CC, art. 113) e que leva à interpretação dos contratos de acordo com o meio social que o cerca. Segundo, a *socialidade*, que é vetor da função social dos contratos para distanciá-los da individualização com que atuaram nas sociedades anteriores à indústria (...). Terceiro, a *operabilidade*, que visa à efetividade mediante o poder do juiz de atuar com maior amplitude diante de cláusulas gerais e de aplicar diretamente os princípios do Direito (...)<sup>67</sup>.

Sendo assim, o legislador contratualista inseriu princípios e regras que limitam a liberdade de contratar, afastando o caráter exclusivo da vontade e interesse das partes.

---

<sup>66</sup> Ana Alvarenga Moreira Magalhães, op. cit., p. 19.

<sup>67</sup> Amauri Mascaro Nascimento, op. cit., p 546.

Sobre o tema, cabe trazer à baila as conclusões de Caio Mario da Silva Pereira<sup>68</sup>:

A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses do contato obrigatório. Considerando o Código que o regime da livre iniciativa dominante na economia do País, assenta em termos do direito do contrato, na liberdade de contratar, enuncia regra contida no art. 421, de subordinação dela à sua função social, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública, e atentando a que o contrato não deve atentar contra o conceito de justiça comutativa. Partindo de que o direito de propriedade deve ser exercido como limite o desempenho de deveres compatíveis com a sua função social, assegurada na Constituição da República, o Código consagra a rescisão do contrato lesivo, anula o celebrado em estado de perigo, combate o enriquecimento sem causa, admite a resolução por onerosidade excessiva, disciplina a redução da cláusula penal excessiva.

Os princípios modernos que foram inseridos no ordenamento jurídico, em especial o da função social do contrato, são agregados aos demais princípios clássicos que regem as relações contratuais, como o da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade de seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos. No

---

<sup>68</sup> **Instituições de Direito Civil. Contratos**, p. 13.

entanto, "não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário bem, desafiá-los e em certas situações impedir que prevaleçam, diante do interesse social maior".<sup>69</sup>

Em conclusão, no mundo moderno, o desequilíbrio entre as partes contratantes, seja na esfera civil, seja na esfera trabalhista, culminou em uma transformação substancial dos negócios jurídicos, em especial do contrato, pois as desigualdades exigiram que fosse dado um tratamento com certo contorno imperativo, mas não de forma a erradicar a Autonomia da Vontade.

Passamos, então, à análise do vocábulo Autonomia e, consequentemente, para a conceituação do Princípio da Autonomia da Vontade.

Para Juliano Cardoso Shaefer Martins<sup>70</sup>, a autonomia significa a "liberdade nativa das partes, quando da escolha de seu próprio regramento, submetido aos contratos confeccionados por pessoas livres, tendo um objeto lícito e possível".

A Autonomia, de acordo com o Vocabulário de De Plácido e Silva<sup>71</sup>, é subdividida em Autonomia absoluta e Autonomia relativa.

Palavra derivado do grego *autonomia* (direito de se reger por suas

---

<sup>69</sup> Caio Mario da Silva Pereira, op.cit., p. 14.

<sup>70</sup> **Contratos Internacionais: a autonomia da vontade na definição do direito material aplicável**, p. 58.

<sup>71</sup> P. 175.

próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha. Neste sentido, seja em relação às pessoas, seja em relação às instituições, o vocábulo tem significado em todo idêntico ao que expressa *independência*. E, desse modo, usa-se das expressões autonomia econômica, autonomia financeira, autonomia política, para, justamente, indicar a situação de independência em que se encontra a pessoa física ou jurídica, relativamente aos aspectos econômico, financeiro ou político. A autonomia pode ser absoluta ou relativa. Quando se diz *autonomia absoluta*, entende-se a autonomia soberana, sem qualquer restrição que possa limitar a ação de quem a tem. E, neste caso, é sinônimo da própria *soberania*, que é aquela que possuem os Estados independentes e constituídos segundo a vontade soberana de seus componentes. (...) Toda autonomia relativa está subordinada às limitações decorrentes da vontade ou das determinações emanadas da entidade que mantém em suas mãos a autonomia absoluta ou soberana, que ela se revela a própria razão de ser ou de existir da autonomia relativa.

Ao tratarmos da Autonomia da Vontade como Princípio que norteia o Direito das Obrigações, claramente estamos a tratar da autonomia relativa, pois muito embora existam normas gerais para reger as obrigações e amplo espaço para a manifestação da vontade individual, os princípios gerais do direito, a ordem pública e os bons costumes não podem ser desrespeitados.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves<sup>72</sup>, “pelo tradicional princípio da *autonomia da vontade* as pessoas têm liberdade de, em conformidade com a lei, celebrar negócios jurídicos, criando direitos e contraindo obrigações”.

Para o autor, a Autonomia da Vontade é limitada pela lei para a proteção do interesse social e da ordem pública e muitas vezes o “Estado interfere nas manifestações de vontade, especialmente para evitar a opressão dos economicamente mais fortes sobre os mais fracos”<sup>73</sup>.

A nosso ver, o que legitima a existência do Princípio da Autonomia da Vontade para reger o direito das obrigações é justamente a existência de mecanismos jurídicos que permitem a sua limitação, com a preservação dos princípios constitucionais e os valores sociais, o que permite o alcance da máxima de superação das notas marcantes do individualismo.

Irineu Strenger<sup>74</sup>, nesta mesma linha, confirma a necessidade de limitações ao referido princípio, senão vejamos:

(...) temos condições de encontrar outra posição ao analisar a autonomia da vontade tanto no âmbito do direito interno como no do internacional privado, a não ser acolhendo doutrinariamente o sistema de solução de conflitos que consagra simultaneamente o

---

<sup>72</sup> **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral**, p. 312.

<sup>73</sup> Ibid., p. 312.

<sup>74</sup> **Da Autonomia da Vontade: direito interno e internacional**, p. 99.

valor da competência legislativa e da autonomia da vontade. Trata-se, evidentemente, de uma autonomia limitada, mas ainda tendo como fator condicionante a ação positiva.

No entanto, para o autor, o contrato é o meio utilizado pelos particulares para regulamentar a vontade, mesmo sendo admitidas as limitações ao seu exercício.

Assim, deixar de reconhecer o papel da vontade, em qualquer alternativa teórica, contraria a irrefutável concepção pluralista da sociedade, onde os ideais morais e jurídicos se cristalizam por força de um comando que se origina na natureza humana.<sup>75</sup>

Sobre o tema, Juliano Cardoso Shaefer Martins<sup>76</sup> afirma que “a difícil manutenção entre as forças individuais e coletivas é notável e o total liberalismo é censurável”. No entanto, indaga que “o excesso de intervenção estatal no domínio do contrato é incompatível com as idéias de liberdade e autonomia associadas aos direitos do homem no Estado democrático em que se vive”.

Nesse mesmo sentido, ao falar do seu lado humanístico, Irineu Strenger<sup>77</sup> não deixa de zelar pela existência e validade da Autonomia da Vontade como Princípio que rege as relações jurídicas obrigacionais:

---

<sup>75</sup> Irineu Strenger, op. cit., p. 67.

<sup>76</sup> **Contratos Internacionais: a autonomia da vontade na definição do direito material aplicável**, p. 77.

<sup>77</sup> Op. cit., p. 119.

(...) apesar de a igualdade contratual ser um mito em nossos tempos, como o foi em outras épocas, sempre em consequência das condições de vida e das razões econômico-sociais, não se pode concluir que o princípio da autonomia da vontade seja inteiramente falso, e que do regime de plena liberdade se deva passar ao do intervencionismo rígido. (...) A redução de atividade contratual a um tipo único, rígido de justiça legal teria uma consequência funesta: a ameaça de excluir toda a vida econômica, com a abolição de toda a iniciativa pessoal, de todo o esforço, de toda perspicácia e habilidade.

Por todo o exposto, nos próximos capítulos objetivamos fundamentar a aplicação desse Princípio, ainda que de forma especial, no ramo do Direito do Trabalho.

### 3. SUBORDINAÇÃO, AUTONOMIA E PARASSUBORDINAÇÃO

A classificação jurídica típica do trabalho surge com a concepção binária *autonomia-subordinação*, que de acordo com ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento<sup>78</sup>, é uma concepção que foi “a medida de separação das duas grandes áreas do direito individual do trabalho: a do trabalho subordinado, área maior e em sintonia com os princípios protetivos do direito do trabalho, e a área não trabalhista, em consonância com as noções contratuais (...”).

No entanto, as alterações no cenário econômico e social contemporâneo, a superação dos sistemas de produção (taylorismo, fordismo e toyotismo), as inovações tecnológicas concretizadas pela informatização e automação e o aparecimento das novas profissões, contribuíram para a crise do sistema tradicional dicotômico entre trabalho autônomo e trabalho subordinado.

As dificuldades encontradas pela classificação binária, principalmente em razão da insuficiência de conceitos para a diferenciação do trabalho subordinado do autônomo, culminaram no surgimento de uma concepção tricotômica (*autonomia-subordinação-parassubordinação*), com vistas a adaptar alguns conceitos à realidade pós-industrial.

---

<sup>78</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, 25<sup>a</sup> ed., p. 211.

No presente capítulo, pretendemos estudar os conceitos de subordinação e autonomia, bem como as suas diferenciações. Em um último momento, pretendemos estudar o fenômeno da flexibilização, o trabalho parassubordinado e a sua importância no mundo moderno.

### **3.1. O Trabalho Subordinado**

Nos capítulos anteriores estudamos o Princípio da Proteção. No entanto, propositadamente, deixamos de abordar quais os critérios do ordenamento jurídico utilizados para a sua efetivação. Será o tema que passaremos então a tratar.

Ensina Otávio Pinto e Silva que “o critério usado para a construção de um sistema de proteção social ao trabalhador foi o da subordinação, como elemento indispensável para a configuração da relação de emprego”<sup>79</sup>.

Neste sentido, afirma Amauri Mascaro Nascimento<sup>80</sup> que “a longa evolução do conceito até chegar à sociedade introduziu no significado da subordinação um aspecto protetivo da personalidade humana”.

No Brasil, de acordo com o art. 3º da CLT<sup>81</sup>, “considera-se empregado toda pessoa física ou jurídica que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a

<sup>79</sup> **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação das Relações de Trabalho**, op. cit., p. 9.

<sup>80</sup> Op. cit., p. 551.

<sup>81</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 20-11-2011.

dependência deste e mediante salário”.

Sendo assim, são elementos fático-jurídicos obrigatórios para a caracterização da relação empregatícia no Brasil, a prestação de serviços por pessoa física, com pessoalidade, sob dependência (subordinação) de um empregador, pessoa física ou jurídica, com onerosidade.

Muito embora a CLT utilize a palavra dependência, costuma-se utilizar a expressão subordinação, principalmente em razão da necessária distinção de trabalho subordinado e trabalho autônomo.

Assim, a subordinação é um dos elementos obrigatórios, senão o mais importante, para a caracterização da relação empregatícia. Adicionalmente, a subordinação foi o marco diferenciador e formador da relação de emprego, em contraste às antigas modalidades de contratação, como a escravidão e a servidão.

Cabe, portanto, *prima face*, colacionar a origem e conceito de subordinação trazida pelo Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva:

Do latim *subordinatio* (sub-missão, sujeição), seja em relação às coisas, ou às pessoas, revela sempre a *condição*, que lhes é imposta para que se submetam a regras ou determinações derivadas ou oriundas do regime que lhes é estabelecido. Em *relação aos atos jurídicos*, ou a quaisquer fatos sob o regime do Direito, a

subordinação importa em estarem em estarem eles submetidos aos preceitos legais que regulam a respectiva execução ou promoção. Assim, *dependentes* da satisfação de determinadas formalidades ou requisitos, *subordinados*, aliás, às regras legais, não serão legítimos nem valerão desde que a elas não de submetam. Em *relação às pessoas*, a subordinação importa numa subalternidade hierárquica, em virtude do que são obrigadas a cumprir ordens e instruções regulamentares emanadas de um chefe, sob cuja dependência (subordinação) e autoridade se encontram. Em qualquer aspecto, pois, a *subordinação* é a submissão de coisas ou pessoas à dependência de outras, a fim de que se cumpram as ordens, as imposições, as determinações, as instruções, que delas emanem<sup>82</sup>.

Maurício Godinho Delgado<sup>83</sup>, ao conceituar a subordinação, ensina:

A subordinação corresponde ao pólo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

<sup>82</sup> De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**, p. 1329.

<sup>83</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 291.

Adicionalmente, informa o autor, que a subordinação não pode ser vista sob o seu viés subjetivo, ou seja, “sobre a pessoa do trabalhador”, sendo tratada apenas sob o aspecto objetivo, qual seja, “sob o modo de realização da prestação”.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua a subordinação “como uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará<sup>84</sup>”. E continua:

Subordinação e o poder de direção são verso e reverso da mesma medalha. A subordinação é a situação em que fica o empregado. O poder de direção é a faculdade mantida pelo empregador, de determinar o modo de execução da prestação do trabalho para que possa satisfazer o seu interesse. Ambas se completam. O empregado é um subordinado porque ao se colocar nessa condição consentiu por contrato que o seu trabalho seja dirigido por outrem, o empregador. Este pode das ordens de serviço. Pode dizer ao empregado como deverá trabalhar, o que deverá fazer, em que horário, em que local, etc. É que o empresário, como tal, organiza a sua atividade. Logo, o empregado atua em uma organização do empresário. Nesse sentido, pode-se falar em *heteroorganização* do empregador, e em *trabalho para outro e sob as ordens deste*, no caso do empregado, e em *trabalho dos outros para o seu empreendimento*, no caso do empregador.

---

<sup>84</sup> **Iniciação ao Direito do Trabalho**, p. 164.

Para Sérgio Pinto Martins<sup>85</sup> a subordinação é sinônimo de dependência:

O obreiro exerce a sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. O trabalhador autônomo não é empregado justamente por não ser subordinado a ninguém, exercendo com autonomia suas atividades e assumindo os riscos de seu negócio.

Sobre a natureza da subordinação, muito se discute. No entanto, parece estar pacificado pelos doutrinadores que ela possui natureza eminentemente jurídica<sup>86</sup> e não econômica, técnica ou social.

Nas lições de Alice Monteiro de Barros<sup>87</sup>, subordinação econômica “parte da circunstância de que o empregado necessita do trabalho e do correspondente salário para sobreviver, em face de sua condição de hipossuficiência no plano econômico”. A subordinação técnica, por sua vez, é um critério adotado em razão da posição em que se encontra o empregador para “comandar tecnicamente o trabalho dos que se acham sob suas ordens”. A subordinação social, por outro lado, é uma conjugação

---

<sup>85</sup> **Direito do Trabalho**, p. 91.

<sup>86</sup> Sobre a natureza jurídica da subordinação, afirma Otávio Pinto e Silva: “O critério da *subordinação jurídica* considera o poder de comando e de direção do empregador: a subordinação seria o aspecto passivo desse poder. A atividade do empregado considera em se deixar guiar e dirigir segundo os fins desejados pelo empregador. O poder de comando seria o aspecto ativo, e o dever de obediência o passivo da subordinação jurídica. Como decorrência dessa relação, o empregador, ainda poderia se valer do poder de controle para fiscalizar a atividade do empregado e do poder disciplinar para puni-lo (nos casos de inobservância de um dever de obediência, de diligência ou de fidelidade)”.<sup>86</sup> (**Subordinação, Autonomia e Parassubordinação das Relações de Trabalho**, p. 15).

<sup>87</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 267.

da subordinação técnica e econômica, segundo a qual “o empregado, para viver, depende do trabalho que lhe dá o empregador sem assumir os riscos da atividade econômica, mas obedecendo às ordens do patrão”.

Como dito, a teoria mais aceita é a jurídica, que se exprime no “estado de dependência real”, instituído pelo ordenamento jurídico, que permite que o empregador comande e dê ordens. Sobre essa teoria, sustenta Alice Monteiro de Barros<sup>88</sup> que não é essencial a existência do controle direto e da vigilância, sendo suficiente o potencial de intervenção do empregador, senão vejamos:

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens.

Maurício Godinho Delgado<sup>89</sup>, ao tratar das dimensões, afirma ser a subordinação classificada em clássica, objetiva e estrutural. Para o autor, “Clássica é a

---

<sup>88</sup> Op. cit., p. 268.

<sup>89</sup> **Curso de Direito do Trabalho.** op. cit., p. 293.

subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa”.

A objetiva, por sua vez, é aquela que “se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas as amarras do vínculo empregatício”. Já a estrutural é a subordinação que “se expressa ‘pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador dos seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento’”<sup>90</sup>. E continua:

A conjugação dessas três dimensões (...) permite superarem-se as recorrentes dificuldades de enquadramento dos fatos novos do mundo do trabalho ao tipo jurídico da relação de emprego, retomando-se o clássico e civilizatório expansionismo do Direito do Trabalho. Na é trabalhador subordinado desde o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa plethora de ordens do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação clássica), como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços, nem

---

<sup>90</sup> Maurício Godinho Delgado, op. cit., p. 294.

exatamente realizar os objetivos do empreendimento (atividades-meio, por exemplo).<sup>91</sup>

Com a devida *vénia*, não coadunamos com esse entendimento do autor, pois conforme veremos a seguir, para situações híbridas, não podemos deixar de salientar a insuficiência da teoria objetiva e estrutural.

De acordo com Alice Monteiro de Barros<sup>92</sup>, a subordinação objetiva é “um fundamento teórico para a conceituação do trabalhador subordinado”, mas não é um critério autônomo. Segundo a autora:

À luz da jurisprudência inglesa, tanto no caso de se adotar o critério do controle como o da ‘integração na organização’, usados para definir a existência de um contrato de trabalho distinto de um contrato de prestação de serviços autônomos, torna-se necessário recorrer a indícios, os quais são comuns aos dois critérios e poderão ser sintetizados no ‘direito residual de controle’ do empregador, traduzido pela sua faculdade de impor sanções disciplinares ao trabalhador, inclusive a dispensa, associada ao poder empresarial de contratar e fixar-lhe um salário (...) predomina, na jurisprudência e na doutrina italiana moderna, o entendimento segundo o qual não é suficiente a inserção ou integração da atividade laborativa do trabalhador na organização empresarial, exatamente porque isso poderia ocorrer

---

<sup>91</sup> Maurício Godinho Delgado, op. cit., p. 294-295.

<sup>92</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 286.

também no trabalho autônomo (...) Será, portanto, necessária que essa participação integrativa do trabalhador no processo produtivo implique conseqüente observância às diretrivas do empregador acerca da prestação e ao seu poder disciplinar.

Também nos filiamos à doutrina italiana de que a integração do trabalhador na estrutura jurídica da empresa não deve ser um critério autônomo para a definição da subordinação, sendo necessária a existência conjunta de elementos de controle, fiscalização e disciplina por parte do empregador.

### **3.2. O Trabalho Autônomo**

O trabalho autônomo é justamente a antítese do trabalho subordinado. Primeiramente, passamos à conceituação da palavra:

Autônomo: Palavra que serve de qualificativo a tudo que possui autonomia ou independência, isto é, de tudo quanto possa funcionar ou manter-se independentemente de outro fato ou ato. Em tal sentido se opõe a tudo que possa ser *acessório*, que não tem vida própria e se mantém ligado a outro fato, ou ato, que se diz principal ou dominante<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**, p. 176.

Amauri Mascaro Nascimento<sup>94</sup>, sobre o trabalho autônomo, informa:

(...) autonomia é o modo de trabalho no qual o prestador de serviços não está sob o poder do beneficiado. Portanto, aquele para o qual o serviço é prestado não tem o direito de exercer sobre o autônomo o poder de direção, o poder de fiscalização e o poder de controle.

Otávio Pinto e Silva<sup>95</sup>, por sua vez, afirma que para explicar o conceito de autônomo, surgem diversas teorias que se moldam em razão do aspecto que se queira salientar. Dentre elas, a finalidade da prestação de serviços, o resultado do trabalho, o trabalho por conta própria, a assunção do risco do trabalho, a propriedade dos instrumentos de trabalho e o modo de execução do trabalho.

Para a teoria da finalidade do serviço, o tomador da prestação de trabalho autônomo não se interessa pela forma ou o modo como o trabalho será prestado, e, sim, com resultado e os fins atingidos.

Para o critério de resultado do trabalho, “quando o resultado é imediato, isto é, o trabalhador obtém algo e fica com aquilo que produz para depois revender aos interessados, configurar-se-ia então o trabalho autônomo”. Ao revés, quando “o resultado é mediato, ou seja, o trabalhador aliena diretamente o que produz, não chegando a ficar com os frutos de trabalho, caracterizar-se-ia o vínculo

---

<sup>94</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, 25<sup>a</sup> ed., p. 551.

<sup>95</sup> **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação das Relações de Trabalho**, p. 88.

empregatício”<sup>96</sup>.

Para o trabalho por conta própria, a observação deve ser feita sob a ótica da independência. Ou seja, se o trabalho autônomo é executado “por conta própria” enquanto que o trabalho subordinado é realizado “por conta alheia”

A teoria da assunção do risco do trabalho, uma das mais relevantes, exige que o trabalhador autônomo assuma todos os riscos da atividade profissional exercida. No caso da subordinação, o risco da atividade é do empregador.

A propriedade dos instrumentos de trabalho também é importante, pois “é autônomo aquele trabalhador que exerce a atividade profissional valendo-se do controle dos meios de produção, que são de sua propriedade”<sup>97</sup>.

Segundo Otávio Pinto e Silva, pelo modo de execução de trabalho “o trabalhador autônomo é aquele que conserva o poder de direção sobre a própria atividade, autodisciplinando-a segundo seus critérios pessoais e convivências particulares”. E continua:

Eventualmente pode o trabalhador autônomo prestar serviços a alguém que seja empregador de outros prestadores de serviços, mas tal circunstância não lhe retira a autonomia com que desenvolve sua

---

<sup>96</sup> Otávio Pinto e Silva, op. cit., p. 88 e 89.

<sup>97</sup> Ibid., p. 90.

atividade. Assim, o autônomo ajusta os serviços e o preço, mas desenvolve sua atividade sem subordinação a horário, livre de fiscalização do destinatário de seus serviços e, eventualmente, com o auxílio de terceiros, se lhe convier. O trabalhador autônomo prescinde da figura do empregador para sua existência como profissional. Já ao empregado, é imprescindível a figura do empregador, sem o que deixa de existir a subordinação.<sup>98</sup>

Em suma, entendemos que os autônomos não são considerados empregados essencialmente por faltar-lhes o elemento subordinação<sup>99</sup>.

Para a Legislação da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99<sup>100</sup>), são trabalhadores autônomos (Art. 9º, inciso V, alíneas j e l):

- j) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;
- l)a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não;

Adicionalmente, são exemplos de trabalhadores autônomos os representantes

---

<sup>98</sup> Otávio Pinto e Silva, op. cit., p. 90.

<sup>99</sup> “(...) a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é aquele que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomados; na autonomia, a direção central do modo cotidiano dos serviços preserva-se com o prestador de trabalho (...) A intensidade de ordens no tocante à prestação de serviços é que tenderá a determinar, no caso concreto, qual sujeito da relação jurídica detém a direção da prestação de serviços: sendo o próprio profissional, desponta como autônomo o vínculo concretizado; sendo o tomador de serviços, surge como subordinado o referido vínculo”. (Maurício Godinho Delgado, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 332).

<sup>100</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 05-01-2012.

comerciais autônomos, contratos de agência ou distribuição, os corretores de seguros e de imóveis, despachantes, o prestador de serviços, etc.

No Direito do Trabalho a diferenciação entre trabalhador autônomo e o empregado é uma tarefa essencial, principalmente porque, em regra, a CLT é aplicável aos empregados, enquanto que os autônomos são regidos pelo CC.

O elemento diferenciador entre essas duas figuras é justamente a existência da subordinação<sup>101</sup>.

No âmbito laboral vigora o Princípio da Primazia da Realidade sobre a forma. Assim, caso haja a contratação de “falsos autônomos”, ou seja, de empregados tipicamente subordinados, mas sob a modalidade de contrato de trabalho autônomo, a declaração de existência da relação de emprego será facilmente conseguida na Justiça do Trabalho.

Sobre o tema, Alice Monteiro de Barros<sup>102</sup> afirma que a manifestação de vontade das partes não poderá prevalecer quando existentes e comprovados todos os elementos intrínsecos à caracterização unicamente da subordinação, visto não podemos negar

---

<sup>101</sup> Amauri Mascaro Nascimento, ao tratar da diferenciação do trabalhador autônomo para o trabalhador subordinado, ensina: Para alguns, autônomo é quem trabalha por conta própria e subordinado é quem trabalha por conta alheia. Outros sustentam que a distinção será efetuada verificando-se quem suporta os riscos da atividade. Se os riscos são suportados pelo trabalhador ele será autônomo. Porém, se os riscos são suportados não pelo trabalhador, mas por aquele que se beneficia dos seus serviços, o trabalhador será subordinado. Já uma teoria que verifica a quem pertencem os instrumentos de trabalho. Se pertencem ao próprio trabalhador, ele será autônomo. Se o trabalhador trabalha como instrumento de outro, será empregado". (**Iniciação ao Direito do Trabalho**, p. 167).

<sup>102</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 288.

o enquadramento das relações jurídicas subordinadas, caso tenham essa natureza:

Neste caso, compete à Justiça do Trabalho proceder ao correto enquadramento da situação fática do dispositivo legal pertinente (art. 3º da CLT), não podendo as partes, por meio de atos dispositivos, escolher a disciplina aplicável, sob pena de se subtrair do Poder Judiciário a sua prerrogativa de aplicação de normas inderrogáveis previstas no ordenamento jurídico. Compete à Justiça do Trabalho verificar se o *nomen iuris* atribuído à relação jurídica pelas partes é compatível com a modalidade concreta de prestação de serviços. (...)

Se a forma pela qual se realizou a prestação de serviços for incompatível com a intenção declarada pelas partes e revelar os pressupostos fáticos do conceito de empregado, a hipótese configura simulação ou fraude, com as consequências jurídicas pertinentes.

Cumpre salientar que a “ineficácia da vontade manifestada pelo empregado tem respaldo legal expresso no que dispõe o art. 9º da CLT, onde se estabelece a nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos”<sup>103</sup>. Trata-se da expressão do princípio da irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas previsto na CF/88.

Ao nosso ver, a legislação e doutrina brasileiras são insuficientes para diferenciar o trabalho subordinado e o trabalho autônomo, principalmente em uma sociedade pós-

---

<sup>103</sup> Benimar Ramos de Medeiros Marins, **Flexibilização e justiça na sociedade brasileira: os limites à autonomia da vontade como mecanismo de liberdade**, p. 72.

industrial.

A nossa proposta, portanto, será a de analisar, à luz dos conceitos, que algumas novas formas de trabalho, como a do alto executivo de empresa, não podem ser interpretadas somente com os conceitos preexistentes de subordinação e autonomia.

### 3.3. O fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho

Conforme visto, a partir de 1970 o desemprego estrutural, a globalização e os avanços tecnológicos influenciaram o pensamento de revisão de algumas normas trabalhistas, reduzindo a rigidez do Princípio Protetor para adequar o Direito do Trabalho à realidade.

Na Itália, os ideais de flexibilização nasceram de forma organizada e tiveram como precursor o estudo iniciado com a publicação do Livro Bianco (2001). Posteriormente, em 2003, a Lei Biagi criou uma nova tipologia dos contratos de trabalho e acrescentou o trabalho coordenado, continuativo e de colaboração, construindo a figura da parassubordinação.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento<sup>104</sup>, o que impulsionou os estudos Italianos foi justamente o envelhecimento das normas trabalhistas protetivas do

---

<sup>104</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, 25<sup>a</sup> ed., p.120.

direito do trabalho nos anos 80, “em especial do sistema dual subordinação-autonomia diante da visível interseção entre ambos de novos sistemas produtivos e de novas atividades profissionais que não se enquadram nem em um nem em outro grupo”.

O mencionado autor ensina, ainda, que a Lei Biagi foi criada sob os ideais da Função coordenadora do Direito do Trabalho, que sustenta que a função das normas laborais “não é a proteção dos trabalhadores, mas a coordenação entre o capital e o trabalho, ainda que por meio de medidas nem sempre caracterizadas protecionistas”<sup>105</sup>.

As crises da economia, a redução de custos em razão da competição empresarial, as subcontratações, a globalização, o avanço tecnológico e a diminuição dos postos de trabalho, são, no nosso entender, as causas que justificam a flexibilização do Direito do Trabalho, pois muito embora a Justiça Laboral possua uma função de proteção do trabalhador, não pode ignorar as necessidades das empresas, que precisam crescer e fomentar a economia do país, com vistas a aumentar os postos de trabalho.

No Brasil, a CLT possui relevância, mas é sabido que as suas normas mostram-se obsoletas, em razão da antiguidade de sua edição, bem como do seio corporativista de sua criação. Dessa forma, como a reestruturação das relações sociais relaciona-se, também, com as mudanças do Direito do Trabalho, defendemos a tese de flexibilização, o que, em verdade, já é uma realidade no Brasil.

---

<sup>105</sup> Amauri Mascaro Nascimento, **Iniciação ao Direito do Trabalho**, p. 69.

Diferentemente do modelo Italiano, o fenômeno da flexibilização nasceu e se desenvolveu no Brasil de forma desordenada. Exemplos de normas que flexibilizaram o Direito do Trabalho Brasileiro são: A Lei n. 5107/1966 que criou o FGTS e substituiu a estabilidade decenal e a indenização de dispensa sem justa causa; a Lei n. 6019/74 que criou o contrato de trabalho temporário sem vínculo de emprego; A própria CF/88 que autorizou a redução de salários por meio de negociação coletiva; A Súmula 331 do TST que facilitou a terceirização das atividades nas empresas, etc.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento<sup>106</sup> flexibilizar o Direito do Trabalho é afastar a “rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que a exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho”.

Não são todos os autores que defendem a flexibilização do Direito do Trabalho. Jorge Luiz Souto Maior<sup>107</sup>, v.g., afirma que “a premissa de que o direito do trabalho deve se adaptar para sobreviver não se sustenta”. E continua:

Constitui um equívoco científico admitir que o direito do trabalho não se amolda à nova realidade do mundo do trabalho e ao mesmo tempo buscar argumentos para a sua sobrevivência pela adaptação, sobretudo quando esta adaptação torne sem eficácia os princípios que lhe dão fundamento.

---

<sup>106</sup> Op. cit., p. 70.

<sup>107</sup> **Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da competência da justiça do trabalho**, p. 14-15.

Para o referido autor o novo paradigma do processo produtivo não é incompatível com a aplicação do direito do trabalho, pois “o direito do trabalho existe, exatamente, para inibir a exacerbação das formas de exploração do capital sobre o trabalho humano e o que se verifica é, exatamente, a intensificação da exploração, embora com as roupagens retóricas da ‘colaboração’ ou da ‘parceira social’”<sup>108</sup>.

Maurício Godinho Delgado<sup>109</sup>, por sua vez, critica cinco fatores que, segundo ele, têm trazido forte impacto no Direito do Trabalho a partir da década de 1970/1980 e seriam as “concepções intelectuais anunciadoras do suposto fim do trabalho e do emprego”. São elas: as *inovações ou alterações tecnológicas, o processo de reestruturação empresarial, a concorrência capitalista, inclusive internacional, a formação de matriz intelectual apogélica (ou resignada) quanto ao suposto fim do emprego e, mesmo, do próprio trabalho e as modificações implementadas na configuração institucional e jurídica do mercado de trabalho e das normas que regulam suas relações integrantes*.<sup>110</sup>

Em linhas gerais, com relação às alterações tecnológicas, informa que muito embora o desenvolvimento tecnológico (microeletrônica, robótica, microinformática e novos meios de telecomunicações) tenha sido negativo para algumas funções, extinguindo-as, existe também o lado positivo de geração de novas funções profissões e

---

<sup>108</sup> Jorge Luiz Souto Maior, op. cit., p. 43.

<sup>109</sup> Maurício Godinho Delgado, **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**, p. 66-67.

<sup>110</sup> Ibid., p. 35-36.

empregos<sup>111</sup>.

Com relação ao processo de *reestruturação empresarial*, principalmente no que tange o sistema taylorista de produção, afirma que a subcontratação e a descentralização da unidade produtiva não são tão universais e avassaladoras como insistentemente apregoado<sup>112</sup>.

Com relação à concorrência capitalista, informa que “a acentuação competitiva pode (...) prejudicar o desempenho do empreendimento (...) ou pode ter repercussão diametralmente oposta, de natureza favorável (...) contribuindo para a contratação de trabalhadores pelas respectivas empresas”<sup>113</sup>.

Com relação ao surgimento de “novo ou novos paradigmas de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista”, afirma que trata-se de “um manejo exacerbado de certo tipo de argumento como mecanismo ideológico importante na dinâmica histórica de combate ao primado do trabalho e do emprego na sociedade capitalista<sup>114</sup>.

Quanto à desregulamentação e flexibilização, afirma que o argumento de que “a redução do custo trabalhista para as empresas teria o condão de elevar o número de contratações no sistema socioeconômico, mesmo que por meio de pactos menos

---

<sup>111</sup> Maurício Godinho Delgado, op. cit., p. 37-40.

<sup>112</sup> Ibid., p. 49-53.

<sup>113</sup> Ibid., p. 55.

<sup>114</sup> Ibid., p. 58-60.

retributivos da força de trabalho”, por meio do qual “torna-se politicamente palatável o rigoroso remédio da precarização dos direitos trabalhistas” em realidade, “tende a agravar os efeitos sofridos pelos níveis de desemprego”<sup>115</sup>.

Otávio Pinto e Silva<sup>116</sup>, por outro viés, afirma que o objetivo da reforma da legislação trabalhista, principalmente no que tange à inserção da figura da parassubordinação, está intrinsecamente relacionado com a diminuição dos empregos informais. Para o autor “as novas formas de contratação” que “ficaram à margem da disciplina, pensada para um tipo de trabalho permanente prestado sob subordinação ou dependência” culminaram na necessidade de adaptação da legislação às novas formas de trabalho.

Nas palavras aqui emprestadas do autor, a flexibilização não deve assustar, “pois em hipótese alguma poderá servir para desmontar o sistema brasileiro tutelar do trabalhador. Flexibilizar não significa desregular, mas sim regular novamente, de modo diferente do que se acha regulado”<sup>117</sup>.

A flexibilização pretende, apenas, aperfeiçoar o Direito do Trabalho, com vistas a afastar alguns defeitos que atrasam e dificultam o desenvolvimento do processo econômico no país, com vistas a combater “a informalidade e a exclusão social, dentro de uma perspectiva de valorização do trabalho como uma maneira de

---

<sup>115</sup> Maurício Godinho Delgado, op. cit., p. 66-68.

<sup>116</sup> Otávio Pinto e Silva, **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação das Relações de Trabalho**, p. 154.

<sup>117</sup> Ibid., p. 140.

assegurar aos cidadãos o acesso aos direitos humanos fundamentais<sup>118</sup>.

Existem duas concepções<sup>119</sup> diversas sobre a redefinição do papel do Estado dentro do fenômeno da flexibilização, são elas:

- a) “Estado mínimo”, isto é, aquele cujas funções seriam progressivamente esvaziadas, por meio da transferência de muitas delas para o mercado e para o setor privado; ou
- b) “Estado regulador” em que não se cogita do esvaziamento das funções estatais, mas sim a sua reestruturação, para fazer frente às exigências das transformações econômicas.

Para os defensores da tese do “Estado mínimo”, a desregulamentação deve ser a mais abrangente possível, nos mais diversos âmbitos de atividade, repercutindo diretamente nas relações trabalhistas. Já para os adeptos da teoria do “Estado regulador”, o objetivo é substituir as antigas formas de regulação por outras, novas, em harmonia com as metas de produtividade, competitividade e estabilidade econômica.

Não nos filiamos às “concepções intelectuais anunciadoras do suposto fim do trabalho e do emprego”, tampouco na desregulamentação abrangente e, sim, na segunda corrente, que substitui novas formas de regulação por outras novas, de forma a adequar o direito à realidade contemporânea.

---

<sup>118</sup> Otávio Pinto e Silva, op. cit., p. 140.

<sup>119</sup> Ibid., p. 145.

Assim como informa Amauri Mascaro Nascimento<sup>120</sup>, não somos adeptos da destruição do Direito do Trabalho, tampouco de uma flexibilização desordenada, pois ao nosso ver, a Justiça Laboral deve continuar a ter o caráter protetivo para o qual surgiu:

(...) a flexibilização desordenada do direito do trabalho faria dele mero apêndice da Economia e acabaria por transformar por completo a sua fisionomia originária, uma vez que deixaria de ser uma defesa do trabalhador contra a sua absorção pelo processo econômico, para ser preponderantemente um conjunto de normas destinadas à realização do progresso econômico, atritando-se com a sua finalidade que é a proteção do trabalhador diante da sua inferioridade econômica no contrato de trabalho.

Concluímos que o fenômeno da flexibilização é urgente, principalmente no que se refere à contratação de empregados com alto grau de qualificação e competências.

### **3.4. O Trabalho Parassubordinado**

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento, em fevereiro do ano de 2008 ocorreu um congresso na *Università Degli Studi di Roma Tor Vergata*, em Roma, para tratar das fronteiras entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado.

---

<sup>120</sup> **Iniciação ao Direito do Trabalho**, p. 70.

A principal conclusão dos congressistas foi a “insuficiência da concepção binária *autonomia-subordinação* para abranger toda a multiplicidade de situações que se desenvolvem na sociedade pós-industrial e a nova tipologia de contratos de trabalho que não se enquadram (...) nem como autônomos nem como subordinados”<sup>121</sup>.

Em suma, foram acolhidas as seguintes propostas:

- a) o direito do trabalho não abrange as novas modalidades de trabalho.
- b) existem relações de trabalho que se situam numa zona cinzenta, que não se enquadram nem na autonomia plena nem na subordinação total;
- c) essas novas modalidades não podem ser resolvidas pelo direito civil, e estão num estado de incerteza jurídica que exige proteção legal;
- d) não obstante, a essas novas modalidades de trabalhadores devem ser assegurados alguns direitos, como os direitos fundamentais do trabalho decente (...)<sup>122</sup>.

Em realidade, as tendências que impulsionaram o Congresso foram justamente o afastamento da informalidade, da excessiva rigidez da legislação, bem como do custo da empresa, para proporcionar trabalho e condições aceitáveis para o maior número de pessoas.

Sendo assim, sob a influência da doutrina italiana, o Congresso considerou como mais acertada a dimensão *tricotômica* ou *trinaria* do Direito do Trabalho, aceitando a

---

<sup>121</sup> Amauri Mascado Nascimento, **Curso de Direito do Trabalho**, 25<sup>a</sup> ed., p. 213-214.

<sup>122</sup> Ibid., p. 215.

teoria da parasubordinação como uma dimensão capaz de explicar as recentes modificações do mundo laboral. Vejamos:

(...) a maior aceitação foi para a teoria da parassubordinação, considerada capaz de explicar as modificações recentes da divisão jurídica do trabalho, pois, pela sua amplitude, pode reunir diversas formas de trabalho nos mais diferentes setores econômicos do mundo atual e as novas formas organizativas empresariais, compatibilizadas com o número crescente de trabalhadores não empregados, que exigem proteção porque estão fora do sistema legal vigente e se encontram na economia informal, problema que, na Europa, se agrava com os imigrantes, e, no Brasil, com o excluídos<sup>123</sup>.

Assim, surgiu um novo modelo para reger as transformações no mundo do trabalho, a parassubordinação ou coordenação, que é em realidade uma dimensão intermediária entre a subordinação e autonomia.

Neste cenário, passamos à conceituação do trabalho parassubordinado.

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa como a representação comercial, o trabalho

---

<sup>123</sup> Amauri Mascado Nascimento, op. cit., p. 214.

dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação<sup>124</sup>.

Alice Monteiro de Barros<sup>125</sup>, afirma que os parassubordinados “(...) não são subordinados, mas prestam uma colaboração contínua e coordenada à empresa (...). Neste contexto, não existe “a rígida contraposição de traços característicos da subordinação nem as conotações exclusivas da prestação de trabalho autônomo”.

Otávio Pinto e Silva<sup>126</sup>, ao tratar da etimologia da palavra parassubordinação, derivada do italiano “parasubordinazione”, afirma que o vocábulo extrai justamente a idéia de “para além da subordinação”. Para o autor, as relações parassubordinadas 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 no contrato, visando colaborar para os fins do empreendimento.

Dessa forma, a parassubordinação regula as relações de trabalho que são desenvolvidas com independência, mas que se inserem na organização do tomador

---

<sup>124</sup> Amauri Mascado Nascimento, op. cit., p. 552.

<sup>125</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 289 e 291.

<sup>126</sup> **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação das Relações de Trabalho**, p. 102.

de serviços, em razão do poder de coordenação. “Genericamente, o trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas a sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de poder de controle e de coordenação a cargo do tomador de serviços”<sup>127</sup>.

Alguns autores, inclusive, defendem que a idéia de coordenação é tão importante para a conceituação da parassubordinação, que preferem utilizar a expressão “trabalho coordenado”.

Para a compreensão total da matéria, passaremos à análise de todos os elementos da relação parassubordinada: continuidade, natureza pessoal e coordenação.

O trabalho parassubordinado possui como característica a continuidade, pois “a prestação de serviços deve se destinar a atender uma necessidade do tomador que tenha um determinado prolongamento no tempo, tendo em vista os interesses de ambas as partes”<sup>128</sup>. Assim, a continuidade é o caráter duradouro da relação, que pressupõe uma cadeia de resultados que ambas as partes almejam atingir.

Adicionalmente, o trabalho parassubordinado possui natureza pessoal, ou seja, a pessoalidade deve estar presente para as principais atividades a serem desenvolvidas, muito embora dentro de alguns limites, possa se utilizar o trabalho de outras pessoas.

---

<sup>127</sup> Otávio Pinto e Silva, op. cit., p. 104.

<sup>128</sup> Ibid., mesma página.

Sobre a natureza pessoal da relação, afirma Otávio Pinto e Silva:

Isso significa que o prestador de serviços atua como um pequeno empreendedor, organizando em torno de si todas as atividades voltadas ao atendimento das necessidades do tomador. É aqui que entra a idéia de colaboração (...) na medida em que pressupõe uma ligação funcional entre a atividade do prestador dos serviços e aquela do destinatário da prestação profissional. A atividade do trabalhador é indispensável para que o tomador possa atingir os fins sociais ou econômicos que persegue. Os resultados produtivos da atividade do colaborador devem se unir aos da atividade do próprio tomador dos serviços (...)<sup>129</sup>.

O elemento coordenação, por sua vez, quer dizer que ambas as partes pretendem ‘ordenar juntas’ o trabalho, “o que pode levar a modificações do programa contratual na medida em que está sendo desenvolvido”<sup>130</sup>. Diferentemente do que ocorre com o trabalho subordinado e no trabalho autônomo:

No trabalho subordinado, o trabalhador se sujeita ao poder de direção do empregador, devendo cumprir todas as determinações deste. Não há coordenação. No trabalho autônomo, os serviços devem ser executados em conformidade com as condições previstas em contrato. (...) Também não há coordenação. Veja-se que tanto no

---

<sup>129</sup> Otávio Pinto e Silva, op. cit., p. 105.

<sup>130</sup> Ibid., p. 106.

caso do trabalho subordinado quanto no do trabalho autônomo, o trabalhador deve cumprir certas instruções, que são vinculantes em relação às necessidades do tomador de serviços. Ocorre que a o poder de dar instruções é diferente do poder coordenar a prestação dos serviços. As instruções pressupõem a existência de níveis distintos entre quem dá e quem as recebe. Já a coordenação se enquadra em níveis que se unem e até mesmo se sobrepõem<sup>131</sup>.

Assim, o trabalhador parassubordinado se insere funcionalmente na estrutura da atividade empresarial e não necessariamente espera ordens do empregador, nem fica à disposição deste.

Com o surgimento das novas modalidades de trabalho advindas do mundo contemporâneo, já estudadas, entendemos ser necessária a revisão dos conceitos que envolvem os contratos de trabalho. Nesta linha, nos parece interessante a inserção da parassubordinação como forma de equacionar e contextualizar as modernas formas de trabalho.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento<sup>132</sup> “a construção teórica da figura do trabalho parassubordinado poderia ter utilidade para o direito do trabalho se tivesse uma regulamentação legal específica, (...) mas essa regulamentação não existe”.

No entanto, o autor se inclina pela necessidade de alteração legislativa sob esse

---

<sup>131</sup> Otávio Pinto e Silva, op. cit., p. 106.

<sup>132</sup> Amauri Mascado Nascimento, op. cit., p. 564-565.

particular, pois afirma que não podemos negar que existem atividades profissionais que não se enquadram diretamente nem no conceito de subordinação, tampouco de autonomia, “porque trazem um componente, embora mitigado, de cada uma dessas duas situações”.

Ao nosso ver, em razão de todo o quanto já exposto, também nos inclinamos para a necessidade de adequação legislativa da matéria, para trazer um conceito intermediário, que é o da relação parassubordinada, com vistas a absorver novos contingentes de trabalhadores.

No entanto, enquanto essa nova tipificação de relação não se encontra inserta na legislação, pretendemos estudar e justificar novas linhas de interpretação e aplicação do Direito do Trabalho para reger a modernização das relações individuais no mundo contemporâneo, em especial dos altos executivos. É o que passaremos a tratar.

#### 4. A AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO DOS ALTOS EXECUTIVOS

Primeiramente, cabe lembrar que o Direito do Trabalho surgiu com os ideais de realização dos valores econômicos, passou pela função tutelar e protecionista, arraigada à legislação do trabalho até os dias atuais e, por fim, consolidou-se com a função social do trabalho, com vistas a preservar e valorizar a dignidade da pessoa humana. Assim, a reestruturação das relações sociais relacionou-se, também, com as mudanças do Direito do Trabalho.

De acordo com a teoria tridimensional do Direito trazida por Miguel Reale<sup>133</sup>, a norma de Direito se baseia em um fato, visando assegurar um valor:

(...) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre e necessariamente um fato subjacente; um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.

Para o autor, o ordenamento jurídico não é apenas e tão somente um conjunto de normas ou um sistema de proposições lógicas, pois as “normas representam o

---

<sup>133</sup> **Lições Preliminares de Direito**, p. 65.

momento culminante de um processo que é essencialmente, inseparável dos fatos que estão em sua origem (...) e dos valores ou fins que constituem a sua razão de ser”<sup>134</sup>. E continua:

O Direito é, em verdade, uma das expressões basilares do espírito humano em seu incessante processo de objetivação ordenadora e racional do mundo em que vivemos, representando ‘sistemas de respostas sucessivas’ aos problemas que se põem através da história<sup>135</sup>.

De acordo com Ana Lucia Sabadell<sup>136</sup>, “o Direito é, em geral, configurado por interesses e necessidades sociais, ou seja, é produto de um contexto sociocultural”. Ademais, segundo a autora “é evidente que a mudança social relaciona-se com as mudanças do Direito, ou seja, com a modificação das normas legais e a sua aplicação no seio da sociedade”.

Sob essa influência, passamos, então, à análise da necessidade de adaptação da interpretação e aplicação da norma jurídica à realidade social contemporânea, o que ao nosso ver, consagra os valores que devem ser preservados com relação aos fatos sociais que surgiram com o mundo moderno.

---

<sup>134</sup> Op. cit., p. 195.

<sup>135</sup> Op. cit., p. 197.

<sup>136</sup> **Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do Direito**, p. 91-92.

#### 4.1. A necessária relativização do princípio protetor

Resta claro que o princípio protetor e o interventionismo estatal são intrínsecos ao Direito do Trabalho em razão da posição desigual das partes na relação. O rígido Princípio Protetor surgiu com o próprio Direito do Trabalho, em um momento histórico de devastadoras desigualdades sociais e da necessidade de intervenção Estatal em busca do equilíbrio da relação jurídica laboral, em contraponto ao Liberalismo contratual.

Não obstante, não se pode negar que ao longo dos anos o Princípio Protetor vem sendo flexibilizado pelo Poder Legislativo, que edita normas que buscam favorecer o desenvolvimento econômico do País, sobretudo para o combate do desemprego que avassala o mundo contemporâneo.

Sobre o tema, afirma Américo Plá Rodriguez<sup>137</sup> que “todo o Direito do Trabalho surgiu sob o impulso de um propósito de proteção. Se este não tivesse existido, o Direito do Trabalho não teria surgido”. No entanto, em brilhante conclusão acerca da necessária adaptação dos Princípios à realidade social, propôs:

Os princípios, próprios do Direito do Trabalho por sua própria natureza e pela índole de sua função, têm uma capacidade de adaptação e de ajustes a diferentes realidades, que lhes tiram a rigidez. Ao contrário, são particularmente aptos para conduzir e

---

<sup>137</sup> **Princípios do Direito do Trabalho**, p. 80-82.

acompanhar as legítimas tentativas de flexibilização. (...) os princípios têm suficiente amplitude, maleabilidade e elasticidade para ser aplicados em diversas situações. Essa é uma das diferenças mais notórias entre os princípios e as normas. Aqueles têm uma órbita de aplicação muito mais ampla, tanto no tempo como no espaço. Isso não significa uma posição imobilista ou anti-histórica, mas uma postura de acordo com a que inspirou o Direito do Trabalho desde que surgiu e que o animou durante toda a sua vida. O Direito do Trabalho, como todo ramo jurídico, não deve ser estático nem congelado. O Direito do Trabalho já está em estreito contato com a vida real e, por conseguinte, é particularmente sensível às exigências do mundo dos fatos.

Sobre a flexibilização do Princípio Protetor, afirma Alice Monteiro de Barros<sup>138</sup>:

“O princípio da proteção, entretanto, vem sofrendo recortes pela própria lei, com vista a não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais. Isto é também uma consequência do fenômeno da chamada flexibilização ‘normatizada’ (...). O grande desafio que se enfrenta é determinar o ponto de equilíbrio entre uma flexibilização sensível às preocupações legítimas das empresas e uma legislação que impeça um retrocesso ao antigo arrendamento de serviços, norteado pela autonomia da vontade, que foge completamente dos ideais de justiça social.

---

<sup>138</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 183-184.

Com obviedade, também no mundo moderno existem as mazelas de desigualdades sociais, que exigem que o Princípio Protetor seja observado com rigidez, pois eliminar todos os seus rigores acarreta em uma destruição da própria razão de ser do Direito do Trabalho.

No entanto, coadunamos com o entendimento de Américo Plá Rodriguez<sup>139</sup> de que para algumas situações da atualidade, “não se justifica a rigidez com que as normas trabalhistas regulam as relações individuais e coletivas. Certa flexibilização tem de ser admitida, em nome da eficiência da produção que gera efeitos benéficos para todos, inclusive os empregados”.

De acordo com o professor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães<sup>140</sup>, como o Princípio Protetor “parece ser e estar ligado de forma epidérmica à origem do direito do trabalho” ele é a “pedra de toque da controvérsia”, sendo esse “o desafio dos dias de hoje” frente à problematização do “instituto denominado flexibilização”.

Ao nosso ver, respeitado o princípio da ponderação e razoabilidade, para algumas situações contemporâneas, é urgente a necessidade de relativização do mencionado Princípio, sobretudo nas situações em que os empregados não se encontram em posições de inferioridade e hipossuficiência – como nos casos dos altos executivos – e, portanto, não precisam da interferência estatal para equilibrar a relação jurídica.

---

<sup>139</sup> Op. cit., p. 97.

<sup>140</sup> **O conflito entre os princípios protetores e a flexibilização no contrato individual de trabalho com ênfase no contrato do alto executivo**, p. 185.

É o que pretendemos demonstrar: Em razão da difícil tarefa de diferenciarmos trabalhadores autônomos de trabalhadores subordinados, principalmente sob a ótica do mundo contemporâneo, devemos primar pela autonomia da vontade para reger algumas relações jurídicas que possuem elementos de autonomia e subordinação, até que a legislação tipifique essa nova figura no ordenamento jurídico laboral.

Nestes casos, a proposta é de aplicação, de forma inteligente e atenta, do Princípio da Autonomia da Vontade, como veremos adiante.

#### **4.2. O Princípio da Autonomia da Vontade nos Contratos de Trabalho**

Dissemos que, historicamente, que o contrato de trabalho surge para separar momentos distintos, de servidão e escravidão para a plena liberdade de trabalho. Também por razões históricas, a desigualdade entre as partes fez com que a Autonomia da Vontade fosse mitigada no ramo laboral.

Adicionalmente, chegamos à conclusão que a hipossuficiência do empregado foi o impulso justificador da utilização do Princípio Protetor como critério orientador de interpretação e aplicação do Direito do Trabalho, para preservar o equilíbrio da relação jurídica travada, como forma de proteção do empregado que se encontra em situação desigual em relação ao empregador.

No entanto, no nosso entender, a hipossuficiência e o Princípio Protetor são apenas critérios limitadores do Princípio da Autonomia da Vontade, o que não exclui a sua existência nas relações trabalhistas.

Sabemos que a contratualização do Direito do Trabalho é extremamente criticada, sob o argumento de que a relação jurídica trabalhista é um fato natural e social. No entanto, nos filiamos às correntes que sustentam as novas idéias de contrato que o aproximam à realidade social.

Para Sérgio Pinto Martins<sup>141</sup> o dirigismo contratual, ou seja, a interferência das leis no contrato de trabalho, sempre existiu. Segundo o autor, apesar de falar-se muito em “decadência do voluntarismo jurídico”, “crise do contrato” ou “publicização do contrato”, “o contrato de trabalho não desaparece, mas é adaptado às crises, à globalização, à informatização, tendo novas características, como a telesubordinação” (...). Sobre o tema, conclui que as transformações sociais existem, mas não implicam no desaparecimento do contrato de trabalho.

Nas lições de Amauri Mascaro Nascimento<sup>142</sup>, ao defender a “contratualização das relações de trabalho”, não podemos rejeitar a figura do contrato nas relações laborais “mas é preciso tratá-la adequadamente no direito do trabalho, com as suas limitações naturais”. E mais adiante, informa que “em uma sociedade plural e democrática, o papel desempenhado pelo contrato de trabalho é de fundamental

---

<sup>141</sup> **Direito do Trabalho**, p. 89 e 90.

<sup>142</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, 25<sup>ª</sup> ed., p. 542.

importância, e os próprios fins a que se destina acham-se em consonância com a estrutura da sociedade organizada”.

Jorge Luiz Souto Maior<sup>143</sup> ensina que “é justo reconhecer que o direito civil muito tem se aproximado do direito do trabalho e vice-versa, havendo mesmo situações em que as regras do direito civil parecem atender melhor os postulados de proteção do ser humano”.

Importante dizer que não pretendemos voltar ao debate da aplicação ou não dos Princípios do Direito Civil na esfera laboral. Como já discutido, ao nosso ver, eles podem e devem ser aplicados nas relações jurídicas trabalhistas, com ressalvas e em caráter especial.

No próprio ramo civilista, a função social do contrato limita a liberdade contratual, “o que valoriza, na sua interpretação, o bom-senso, a razoabilidade, o equilíbrio no entendimento dos seus parâmetros, enfim, a instrumentalidade dos contratos”<sup>144</sup>.

Essa nova forma de interpretação dos contratos é a razão pela qual não podemos negar o caráter contratual da relação trabalhista e, consequentemente, não podemos nos furtar a aplicar os princípios que regem os Direitos das Obrigações no ramo juslaboral, respeitadas as suas devidas limitações.

---

<sup>143</sup> Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da competência da justiça do trabalho, p. 16-17.

<sup>144</sup> Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 25<sup>ª</sup> ed., p. 547.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento<sup>145</sup>:

Essas idéias são *suportes do contratualismo contemporâneo*, e, como se vê, põe-se numa diretriz limitativa da liberdade contratual e no sentido de oferecer ao aplicador do direito instrumentos para que no caso concreto sejam corrigidos os desvirtuamentos e o abuso de direito, como se faz necessário também nos contratos de trabalho.

Neste diapasão, a própria CLT, em seu art. 444<sup>146</sup>, dispõe que “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Sendo assim, muito embora a manifestação da vontade seja limitada pelas disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes, não podemos falar em inexistência de autonomia da vontade nos contratos de trabalho, pois a própria CLT permite que as relações contratuais de trabalho sejam objeto de livre estipulação das partes, dentro de alguns limites.

Não queremos dizer que a supremacia da vontade deve reger as relações

---

<sup>145</sup> Op. cit., p. 547.

<sup>146</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 05-03-2012.

juslaborais, pois o Princípio Protetor é o fim para qual nasceu o próprio Direito do Trabalho.

Pretendemos, apenas, demonstrar, de forma equilibrada, que em situações especiais, nas quais a subordinação não se apresenta de forma tão acentuada, bem como nos casos de inexistência de hipossuficiência, o rígido caráter imperativo da legislação trabalhista deve ser flexibilizado.

Leonel Maschietto<sup>147</sup>, sobre o tema, afirma que “estamos a viver numa realidade muito diversa da outrora do direito laboral, ocasião em que a hipossuficiência era de todo o grupo de trabalhadores, diferentemente de hoje, em que há enorme autonomia intelectual e jurídica de algumas espécies de trabalhadores”.

Como já visto em capítulos anteriores, a sociedade contemporânea sofre profundas alterações advindas dos fenômenos do mundo moderno, sobretudo a globalização, avanço tecnológico e diminuição das fronteiras.

Em linhas gerais, a cada dia aumenta o desemprego e a precarização das relações de trabalho, bem como são erradicadas algumas profissões, substituídas pela tecnologia. Ao mesmo tempo, surgem novas figuras contratuais desregulamentadas, o que exige a urgência de adaptação do direito do trabalho.

---

<sup>147</sup> **A liberdade contratual no direito individual do trabalho contemporâneo**, p. 92.

#### 4.3. Contrato de Trabalho do Alto Executivo

A realidade contemporânea fez surgir novas formas de trabalho, como dos empregados de alto nível que possuem numerosas prerrogativas e privilégios, diferentemente dos simples empregados que participam apenas com a sua força de trabalho e, por serem altamente qualificados, são essenciais na estrutura organizacional das empresas.

Sobre o tema, afirma Ricardo Pereira de Freitas Guimarães<sup>148</sup> que o desenvolvimento estratégico das cadeias produtivas gerou “uma ‘supervalorização’ do alto executivo, posto que a organização do sistema produtivo passou a ser de vital importância para o desenvolvimento da empresa. Contudo, remunerar estes altos executivos na forma delineada pela CLT onera incontestavelmente as empresas”.

Traremos em linhas gerais as dificuldades do custo do trabalho mais adiante. No entanto, antes de qualquer análise, precisamos entender quem são os altos executivos que estamos a tratar.

Nas lições de Alice Monteiro de Barros<sup>149</sup>, “a doutrina brasileira e estrangeira vem conceituando como altos empregados os ocupantes de cargo de confiança, investidores de mandato que lhes confere poderes de administração para agir em nome do empregador”. E continua:

<sup>148</sup> **O conflito entre os princípios protetores e a flexibilização no contrato individual de trabalho com ênfase no contrato do alto executivo**, p. 187.

<sup>149</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 272.

Situam-se entre eles ‘os diretores gerais, administradores, superintendentes, gerentes com amplos poderes e, em síntese, todos os que exercem função diretiva e ocupam um posto de destaque’.

Não pretendemos tratar dos empregados que possuem cargos de confiança, mas que estão sujeitos aos critérios diretivos ditados pelo empregador, ou daqueles trabalhadores que não executam atribuições de mando, representação ou controle, pois não nos furtamos a entender que se o trabalhador for tipicamente subordinado, o tratamento que deve ser dado é o da relação de emprego.

Estamos a tratar dos altos executivos, que atuam como legítimos representantes da empresa, com poderes de mando, gestão, liberdade de decisão e grande influência nos destinos da atividade econômica. São os trabalhadores que possuem exorbitantes salários, que muitas vezes investidos de mandato eletivo e figuram como verdadeiros representantes legais, exteriorizando a própria figura empresarial.

Como visto, no direito italiano há uma tendência de considerar os empregados que ocupam altos cargos como um trabalhador parassubordinado. Também nos inclinamos para a necessidade de adequação legislativa da matéria, para trazer um conceito intermediário, que é o da relação parassubordinada, com vistas a absorver novos contingentes de trabalhadores, como dos altos executivos.

No entanto, enquanto essa nova tipificação de relação ainda não se encontra inserida na legislação brasileira, a nossa tarefa será a de defender novas linhas de

interpretação e aplicação do Direito do Trabalho para reger a contratação do alto executivo.

Amauri Mascaro Nascimento<sup>150</sup>, ao citar os pensamentos do jurista uruguai Juan Razo Delgue, afirma que na atualidade algumas modalidades de trabalhadores independentes econômica e socialmente, como os altos executivos, ainda são tuteladas pelo direito do trabalho, “o que é um erro”.

Nos ensinamentos de José Pastore<sup>151</sup> “a realidade mostra uma acelerada diminuição nas relações de subordinação no mundo do trabalho”, principalmente nos casos dos administradores de sociedades:

O crescimento da importância do conhecimento faz com que o trabalhador se aproxime cada vez mais de um profissional independente. O administrador permanece na sua posição de controle, mas esse controle é bem menos perfeito do que era quando exercido quando os trabalhadores eram distribuídos numa linha de montagem para realizar tarefas muito específicas. Hoje, ele é mais polivalente; faz muitas coisas ao mesmo tempo; e toma decisões que não tomava na empresa no passado. Na medida em que aumenta a sua autonomia, decresce a necessidade das chefias<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, 25<sup>a</sup> ed., p. 216.

<sup>151</sup> **Trabalhar custa caro**, p. 24.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 35.

Ora, se os altos executivos possuem grande autonomia, independência econômica e social, poder de iniciativa, mando, gestão e posição privilegiada na estrutura empresarial, obviamente que o direito de controle, tão importante para a conceituação de subordinação, é mitigado.

Entendemos que muitos consideram que os altos executivos possuem caráter híbrido de subordinação e autonomia, o que pode levar à conclusão pela caracterização de relação de emprego.

Sobre o tema, afirma Ricardo Pereira Guimarães<sup>153</sup> que a legislação não fornece outra saída, senão à contratação dos altos executivos nos moldes delineados pela CLT, “inclusive tendo em vista o conceito de subordinação de emprego, sublinhada pelo trabalhador na cadeia produtiva da empresa, e, sendo o alto executivo aquele que desenvolve as diretrizes da cadeia produtiva, inviável pensar que sua prestação de serviços não deva seguir as regras da CLT”.

No entanto, muito embora seja difícil a tarefa de diferenciarmos trabalhadores autônomos de trabalhadores subordinados, resta claro que no caso dos altos executivos há maior elemento de autonomia e maior afastamento dos conceitos clássicos de subordinação.

Demonstramos em capítulos anteriores que a nossa conclusão acerca do conceito

---

<sup>153</sup> **O conflito entre os princípios protetores e a flexibilização no contrato individual de trabalho com ênfase no contrato do alto executivo, p. 187.**

de subordinação é pela doutrina italiana moderna, de que a integração do trabalhador na estrutura jurídica da empresa não deve ser um critério autônomo para a definição da dependência, sendo necessária a existência conjunta de elementos de controle, fiscalização e disciplina por parte do empregador.

Como no caso dos altos executivos é sabido que o poder de controle é mitigado, advogamos a tese de que, para esses trabalhadores, também a subordinação é mitigada, prevalecendo o Princípio da Autonomia da Vontade para reger a relação, até que a legislação tipifique essa nova figura no ordenamento jurídico laboral.

Ao nosso ver, os altos executivos, além de possuírem uma importante característica para o novo sistema de produção, que é o conhecimento, possuem “evidente capacidade técnica” e “condição diferenciada” para estabelecer as regras do contrato de trabalho<sup>154</sup>, não se enquadrando nos conceitos clássicos de trabalhador subordinado ou hipossuficiente.

Dessa forma, patente a necessidade de um tratamento diferenciado, seja na aplicação ou na interpretação das normas e princípios jurídicos, com vistas a afastar o rigor do intervencionismo estatal e do princípio protetor para reger a relação, sobretudo defendendo o Princípio da Autonomia da Vontade.

Como já dito, os princípios modernos que foram inseridos no ordenamento jurídico,

---

<sup>154</sup> Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, op. cit., p. 186.

em especial o da função social do contrato, são agregados aos demais princípios clássicos que regem as relações contratuais, como o da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade de seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos, o que, para nós, legitima a aplicação dos Princípios do Direito Civil no Direito do Trabalho, com ressalvas.

Nos permitimos dizer, ao longo de todo o presente estudo, que os princípios do Direito Civil, em especial a autonomia da vontade, podem e devem ser utilizados nos ramos juslaborais, em caráter especial, de forma ponderada, de acordo com a proporcionalidade e razoabilidade, com inteligência e de forma atenta, de acordo com determinadas situações.

Para nós, essas situações são justamente a dos altos executivos, que não se encontram em posições de inferioridade e hipossuficiência e, portanto, não precisam da interferência estatal para equilibrar a relação jurídica.

Considerando os pensamentos de José Pastore<sup>155</sup>, “para uma boa parte da força de trabalho, a precariedade no trabalho relaciona-se muito mais à inadequação das instituições do que à inadequação de pessoas. Esse é o caso dos profissionais mais qualificados que hoje em dia povoam o mercado informal”.

Sendo assim, para a contratação dos altos executivos, concordamos com Américo

---

<sup>155</sup> **Trabalhar custa caro**, p. 21.

Plá Rodriguez<sup>156</sup> quando afirma que a sociedade precisa passar de uma “ordem social imposta” para um “ordenamento jurídico negociado”. “É preciso que a presença do Estado se transforme no sentido não de impor a ordem social, mas de propiciar aos agentes sociais a regulação autônoma de seus próprios interesses”.

Alice Monteiro de Barros<sup>157</sup>, ao tratar da autonomia contratual, conclui que “as partes (...) poderão excluir a subordinação, ao regular seus interesses recíprocos, não sendo possível ao juízo atribuir qualificação diversa à relação jurídica, apagando-se a elementos que tanto servem para definir o trabalho subordinado quanto o autônomo”.

Sobre o tema, Juliano Cardoso Shaefer Martins<sup>158</sup> afirma que “a difícil manutenção entre as forças individuais e coletivas é notável e o total liberalismo é censurável”. No entanto, indaga que “o excesso de intervenção estatal no domínio do contrato é incompatível com as idéias de liberdade e autonomia associadas aos direitos do homem no Estado democrático em que se vive”.

Sendo assim, utilizar o Princípio Protetor também para os altos executivos é afastar o próprio conceito de Igualdade, pois nessa aqui não existe relação desigual a justificar um tratamento desigual.

---

<sup>156</sup> **Princípios do Direito do Trabalho**, p. 97.

<sup>157</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, p. 288.

<sup>158</sup> **Contratos Internacionais: a autonomia da vontade na definição do direito material aplicável**, p. 77.

Foi dito que remunerar os altos executivos da forma proposta pela CLT onera sobremaneira as empresas. Isso porque, nas palavras de José Pastore<sup>159</sup> “o Brasil optou por uma legislação que impõe uma pesada burocracia e altas despesas inegociáveis para se contratar um empregado”. Por outro lado, “nos países mais avançados domina o contrário: as leis estabelecem um mínimo de despesas inegociáveis e uma ampla área para se negociar as demais despesas”.

Dessa forma e dado o engessamento da legislação brasileira atual, as formas de contratação também dos altos executivos estão à margem da lei, para a própria sobrevivência da empresa.

De acordo com Ricardo Pereira Guimarães<sup>160</sup>, “com esse quadro, inúmeras tem sido as hipóteses que temos observado no contesto das relações de trabalho utilizadas para tentar afastar a relação de emprego”, são elas:

- 1) Emissão de nota do alto executivo como pessoa jurídica; 2) inclusão deste executivo em cooperativas de trabalho; 3) elaboração de contrato de autônomo; 4) emissão de nota de terceiros para prestação de serviços, entre outras hipóteses, o que tem, via de regra, posteriormente ao término do contrato celebrado, gerado reclamações trabalhistas com pedido de declaração da relação de emprego”.

---

<sup>159</sup> Op. cit., p. 45.

<sup>160</sup> Op. cit., p. 187.

Considerando o quanto exposto, entendemos que próprio Poder Judiciário deve alterar as formas de aplicação e interpretação do Direito do Trabalho para essa modalidade de contratação, declarando a Autonomia da Vontade como Princípio justificador do afastamento da relação de emprego, conjugada, obviamente, como todas as situações especiais aqui tratadas.

Cabe, portanto, trazer a brilhante conclusão de Amauri Mascaro Nascimento<sup>161</sup>, que é adepto ao fenômeno da flexibilização, mas informa que é necessária a manutenção de uma blindagem mínima de proteção.

(...) diante desse quadro, o direito do trabalho contemporâneo, embora conservando a sua característica inicial centralizada na idéia de tutela do trabalhador, procura não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico, para flexibilizar alguns institutos e não impedir que, principalmente diante do crescimento das negociações coletivas, os interlocutores sociais possam, em cada situação concreta, compor os seus interesses diretamente, sem a interferência do Estado e pela forma que julgarem mais adequada ao respectivo momento, passando a ter como meta principal a defesa do emprego e não mais a ampliação de direitos trabalhistas.

Para o autor, as novas alternativas flexibilizadoras “também podem corresponder a

---

<sup>161</sup> **Curso de Direito do Trabalho**, 25<sup>a</sup> ed., p.70.

estratégias de inovação em setores de alto nível de qualificação”<sup>162</sup>.

Nossa conclusão é de que os Princípios possuem função informativa, inspiradora, interpretativa e orientadora das normas e regras jurídicas, bem como normativa e supletiva das lacunas e omissões legais.

Assim, muito embora a ausência de tipificação legal, os critérios orientadores dos próprios princípios, bem como a necessidade de adequar a norma jurídica à realidade social contemporânea, consagram os valores que devem ser preservados com relação aos fatos sociais que surgiram com o mundo moderno.

Para nós, os valores que devem ser preservados são, sobretudo, a sobrevivência das empresas e preservação da manifestação de vontade quando estamos tratando de altos executivos, não totalmente subordinados e não hipossuficientes.

#### **4.4. A posição da Jurisprudência Brasileira**

Para justificar que o presente estudo não é desmedido, tampouco aventureiro, pretendemos trazer alguns posicionamentos jurisprudenciais que corroboram com a tese ora debatida.

---

<sup>162</sup> Op. cit., p. 70.

A jurisprudência brasileira já caminha no sentido de reconhecer que o Diretor de Sociedade Anônima, vinculado tão somente ao Conselho de Administração, não possui vínculo empregatício, em face da incompatibilidade da ocupação simultânea das posições de empregado e de empregador.

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA DE ECONOMIA MISTA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O Tribunal Regional, mediante a valoração do conjunto fático-probatório, decidiu que o reclamante, como diretor ou administrador da sociedade anônima de economia mista, por indicação do Governador do Estado e aprovação do Banco Central do Brasil, passou a ser o representante legal da pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 6.404/76, e não poderia ao mesmo tempo ser empregado da sociedade que representava, não se desincumbindo o autor do ônus da prova de que tivesse permanecido sob subordinação jurídica ou hierárquica no lapso em que atuou como diretor de créditos. Assim, a conclusão adotada pelo Tribunal Regional está em consonância com a jurisprudência atual desta Corte Superior, conforme a diretriz da Súmula nº 269/TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento<sup>163</sup>. *Grifos nossos*.

EMENTA. RECURSO DE REVISTA DAS RECLAMADAS - DIRETOR ELEITO DE SOCIEDADE ANÔNIMA - VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

<sup>163</sup> AIRR n. 279740-64.2003.5.02.0025, 05<sup>a</sup> T., TST, Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa, j. 26-04-2006, v.u., DJ 12-05-2006. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 02-02-2012.

As relações entre a Diretoria e o Conselho de Administração nas Sociedades Anônimas regem-se pelas diretrizes constantes da Lei nº 6404/76 e do Estatuto da Empresa, não caracterizando a subordinação jurídica nos moldes trabalhistas. O empregado eleito Diretor da Empresa tem suspenso o seu contrato de trabalho durante o exercício do cargo, **em face da incompatibilidade da ocupação simultânea das posições de empregado e de empregador**<sup>164</sup>.

*Grifos nossos.*

Ademais, reconhece-se q ausência de vínculo empregatício a esses empregados em razão de vários fatores, tais como (i) alto e pleno poder de mando e gestão; (ii) independência; (iii) representação legal da pessoa jurídica; (iv) responsabilidade pela tomada de decisões; e (v) inexistência de fiscalização. Vejamos.

EMENTA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA. O presidente de sociedade anônima que **detém alto poder de mando e gestão com total independência**, sem nenhum traço de subordinação ao sócio majoritário, se caracteriza como diretor estatutário, o que afasta a pretensão de reconhecimento de vínculo empregatício entre as partes.<sup>165</sup> *Grifos nossos.*

EMENTA: VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA. Não é empregado mas órgão executivo da sociedade

<sup>164</sup> RR n. 6281500-71.2002.5.02.0900, 05<sup>a</sup> T., TST, Rel. Min. Rider de Brito, j. 12-11-2003, v.u., DJ 06-02-2004. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 02-02-2012.

<sup>165</sup> RO n. 0100800-90.2007.5.05.0013, 04<sup>a</sup> T., TRT-5<sup>a</sup>, Rel. Des. Valtércio de Oliveira, j. 08-10-2008, m.v., DEJT 09-10-2008. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br>>. Acesso em: 02-02-2012.

anônima o diretor eleito e investido no cargo pelo Conselho de Administração, que exerce seu mandato com plenos poderes de gestão, sem qualquer traço de subordinação jurídica, inerente à relação de emprego prevista no art. 3º da CLT<sup>166</sup>. *Grifos nossos*.

EMENTA: VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DIRETOR VICEPRESIDENTE DE SOCIEDADE ANÔNIMA. No tocante ao Diretor Vice-Presidente de S.A., se não ficar comprovada a existência de poderes que o coloquem na condição de representante direto da empresa, encontrando-se este subordinado ao poder de mando de terceiros, o que se extrai da relação jurídica é o vínculo empregatício típico, a autorizar a aplicação das normas celetistas que regulamentam o contrato de trabalho. Por outro lado, cuidando de diretor designado na forma do Estatuto Social, contando com poderes de representação da sociedade, conduzido a este cargo por meio de nomeação ou eleição, sendo responsável pela tomada de decisões, a natureza da função por ele ocupada se confunde com a própria empresa. Logo, impossível reconhecer a condição de empregado do autor, por ausentes os pressupostos do artigo 3º da CLT, pois ele era Diretor de Sociedade Anônima, designado pelo Conselho de Administração, e que exercia a sua função sem qualquer traço de subordinação jurídica inerente ao vínculo de emprego<sup>167</sup>. *Grifos nossos*.

---

<sup>166</sup> RO n. 01244-2008-092-03-00-7, 08ª T., TRT-3ª, Rel. Juiz Convocado José Marlon de Freitas, j. 25-03-2009, v.u., DEJT 06-04-2009. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>. Acesso em: 02-02-2012.

<sup>167</sup> RO n. 00493-2009-109-03-00-3, 10ª T., TRT-3ª, Rel. Des. Wilméia da Costa Benevides, j. 28-10-

EMENTA: Diretor eleito: Inexiste vínculo empregatício entre a empresa e diretor eleito, que de fato não sofre qualquer tipo de fiscalização e é independente para responder por ela<sup>168</sup>. *Grifos nossos.*

Muito embora esse sentir de autonomia e independência esteja atrelado apenas aos Diretores de Sociedades Anônimas, encontramos precedentes jurisprudenciais de Diretores de Sociedades Limitadas que afastam o vínculo de emprego quando o Diretor dita os rumos da própria entidade que dirige. Vejamos:

EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. DIRETOR. Aquele que é nomeado para cargo diretivo assume condição que se identifica com o próprio empregador, assumindo funções, responsabilidades, direitos e deveres que, por definição, são do empregador. Hipótese em que o depoimento do próprio autor revela a ausência dos requisitos necessários à configuração do vínculo de emprego<sup>169</sup>. *Grifos nossos.*

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. Hipótese em que a prova produzida nos autos demonstra que não havia qualquer tracô de subordinação na atuação do reclamante como administrador da

---

2009, v.u., DEJT 05-11-2009. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>. Acesso em: 02-02-2012.

<sup>168</sup> RO n. 01053200706902002, 8<sup>a</sup> T., TRT-2<sup>a</sup>, Rel. Des. Lilian Lygia Ortega Mazzeu, j. 18-02-2009, v.u., DEJT 03-03-2009. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>>. Acesso em: 02-02-2012.

<sup>169</sup> RO n. 0067100-96.2006.5.04.0301, 1<sup>a</sup> T., TRT-4<sup>a</sup>, Rel. Des. Ione Salin Gonçalves, j. 01-06-2011, v.u., DEJT 08-06-2011. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 02-02-2012.

reclamada, não estando configurado o vínculo de emprego<sup>170</sup>. *Grifos nossos.*

Vale dizer que nesse último julgado colacionado, a Desembargadora Relatora Ione Salin Gonçalves fundamenta a inexistência de relação de emprego pois o Administrador “possuía totais poderes de gestão da empresa. Sua atuação não apresentava qualquer traço de subordinação, tendo, pelo contrário, amplos poderes de decisão”.

Cumpre colacionar, também, um precedente encontrado que enaltece a autonomia da vontade para reger a relação firmada com trabalhador que possuía a função de gerente executivo de planejamento e desenvolvimento,

EMENTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR MEIO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE. RELAÇÃO DE EMPREGO NÃO CONFIGURADA. Não se configura relação empregatícia se o reclamante, pessoa instruída e sabedora das consequências e implicações advindas da celebração de um contrato de natureza civil, houve por bem prestar serviços por meio de sociedade empresária da qual é sócio, sem nenhum vínculo de vontade que macule a avença, com remuneração que reconhece ser mais vantajosa do que receberia como empregado, utilizando-se de

---

<sup>170</sup> RO n. 0000300-96.2010.5.04.0511, 1<sup>a</sup> T., TRT-4<sup>a</sup>, Rel. Des. Ione Salin Gonçalves, j. 08-06-2011, v.u., DEJT 13-06-2011. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 02-02-2012.

CNPJ e emissão de notas fiscais<sup>171</sup>. *Grifos nossos.*

Por fim, acostamos abaixo um precedente a nosso ver, paradigmático, que trata da autonomia da vontade na relação jurídica travada com um diretor executivo.

EMENTA. SIMULAÇÃO. BENEFÍCIO AOS PARTICIPANTES. IMPOSSIBILIDADE. Profissional que firma contrato de prestação de serviço autônomo, quando entende cabível o contrato de trabalho, participa da simulação de ato jurídico, o que inviabiliza a arguição de nulidade do ato praticado, para obtenção de novas vantagens (art. 104 do Código Civil)<sup>172</sup>.

Segue trecho do acórdão que não pode deixar de ser aqui colacionado, *in verbis*:

"O princípio contratual da boa-fé, que inspira o primado da força vinculante dos acordos livremente assumidos, impede que o contratante, venha alegar algo distinto do que diretamente acertado na avença". Se não houvesse conivência dos profissionais autônomos, não haveria burla às normas trabalhistas, pois as empresas, não encontrando quem se prestasse a uma simulação, acabariam por se curvar aos princípios do Direito do Trabalho. A lei trabalhista ampara o hipossuficiente mas não pode a Justiça do Trabalho convalidar procedimentos que impliquem em violação

<sup>171</sup> RO n. 01642-2010-006-10-00-0, 1<sup>a</sup> T., TRT-10<sup>a</sup>, Rel. Des. André R. P. V. Damasceno, j. 10-08-2011, v.u., DEJT 19-08-2011. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 02-02-2012.

<sup>172</sup> RO n. 00292-2000-002-10-00-7, 2<sup>a</sup> T., TRT-10<sup>a</sup>, Rel. Des. Maria Piedade Bueno Teixeira, j. 20-02-2002, v.u., DJ 15-03-2002. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 02-02-2012.

do Código Civil. Quando se trata de profissional de alto nível, que conhece perfeitamente as vantagens e desvantagens entre o contrato de emprego e o de autônomo e aceita esta condição, com os benefícios dela decorrentes, acolher a nulidade do contrato, após cessada a prestação do serviço, sob a alegação de que o vínculo era empregatício, é estimular práticas ilegais. A mera afirmativa de que a não concordância, com os termos propostos, implicaria em não ser contratado, não justifica a pretensão de ver anulada a forma da contratação, pois, as negociações contratuais, especialmente de altos executivos, implicam em concessões mútuas, não podendo uma das partes se utilizar de subterfúgios para assegurar somente as vantagens. E, neste caso, o reclamante aceitou livremente as condições que lhe eram oferecidas e delas se beneficiou, não havendo nos autos qualquer prova de que a natureza do vínculo tivesse sido questionada à época. Quanto à violação dos artigos 8º e 9º da CLT, invocada pelo recorrente, não o beneficia, a uma porque a questão sub judice está prevista no ordenamento jurídico arts. 82, 104 e 1216 do Código Civil; a duas porque não se trata de prevalência de interesse particular sobre o interesse público; a três porque a nulidade prevista no art. 9º da CLT se refere à prática de atos unilaterais, o que não se verifica na presente hipótese, pois ambas as partes tiveram participação expressa no ato e dele se beneficiaram mutuamente, o que implica em efetivo conluio. *Grifos nossos.*

Percebe-se que no acórdão a Desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira afirma que em casos de profissionais de alto nível, que conhecem perfeitamente as vantagens e desvantagens entre o contrato de emprego e o de autônomo, há de ser reconhecida a liberdade e autonomia da vontade para contratar.

Por todo o quanto exposto, demonstramos que já existem precedentes, ainda tímidos, a justificar a tese ora debatida, o que releva a importância do presente estudo. Para nós, os aplicadores de Direito não podem fechar os olhos para o caráter especial dos altos executivos, adequando as formas de interpretação das normas jurídicas com o fim de reconhecer a autonomia da vontade para reger as relações jurídicas com eles travadas, sob pena de retrocesso social.

## CONCLUSÃO

O desaparecimento dos antigos regimes de escravidão, servidão e corporações do ofício e o consequente surgimento do proletariado, classe explorada pelos novos burgueses, influenciados pelos ideais do Liberalismo Econômico de não intervenção Estatal, culminou no renascimento das injustiças sociais, concentração de riquezas, precarização das condições laborais, enfim, uma enorme opressão da classe trabalhadora.

Por outro lado, os conglomerados urbanos, a identidade entre os trabalhadores, o sindicalismo e o direito a uma legislação, aliados aos ideais de justiça social da Igreja Católica, bem como às aspirações socialistas de controle dos meios de produção pelo Estado, que despertou a luta de classes, foram grandes influentes para o surgimento do Direito do Trabalho, ante a necessidade de intervenção estatal nas relações trabalhistas, como forma de expressão de um sentimento humanitário, de solidariedade e de coletividade, para proteção do hipossuficiente.

Assim, surge o “constitucionalismo social” do século XX, movimento de inclusão de normas trabalhistas e sociais nas Constituições dos países, tendo como precursoras as Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar na Alemanhã, de 1919.

Ademais, a criação da OIT internacionalizou o direito dos trabalhadores e o surgimento do sistema corporatista-fascista da Itália, influenciou todo o mundo com os ideais de intervenção do Estado na ordem econômica e social.

No Brasil, o surgimento do Ministério do Trabalho, a fase intervencionista do Estado, influenciada pelo regime corporativista, emanada do golpe militar de Getúlio Vargas e o surgimento da CLT, foram os principais marcos históricos de institucionalização do Direito do Trabalho.

Resta claro, portanto, que no Brasil e no mundo, o Princípio Protetor e o intervencionismo estatal foram intrínsecos ao próprio nascimento do Direito Laboral, o que relativizou a liberdade de contratar e afastou o caráter exclusivo da vontade e interesse das partes.

A crise econômica da década de 1970 e o declínio do sistema fordista-taylorista de produção em massa, resultou no aparecimento do sistema Toyotista, também conhecido como de produção enxuta.

Referido modelo se inspirou na necessidade do aumento da produtividade com redução de custos, para enfrentar a concorrência capitalista, inclusive internacional, que se expandiu com a globalização e erradicação de fronteiras.

Nesse cenário, a automação, o desenvolvimento tecnológico e científico, os

“domínios da mente” por robôs, computadores e softwares, a descentralização dos sistemas produtivos para países emergentes, com mão-de-obra mais barata e reduzidos encargos sociais, alteraram substancialmente a forma de organização do trabalho e o mundo contemporâneo como um todo.

O desemprego estrutural passa a ser a mais nova questão social, pois em um sistema que otimiza a produtividade aliando-a às inovações tecnológicas, há menor necessidade de mão-de-obra e maior exigência de qualificação profissional.

Mas não é só. Com a moderna realidade econômica e social, surgiram novos paradigmas de trabalhadores, que se inserem funcionalmente na estrutura da atividade empresarial não em razão da sua força de trabalho, mas sim pelo arsenal de conhecimentos, *know how* e qualificação que possuem. Esses trabalhadores, mais intelectuais e menos proletários, não esperam as ordens do empregador e desenvolvem as suas atividades sem a rigorosa direção que tipifica o trabalho subordinado.

O aparecimento dessas novas figuras contratuais híbridas e desregulamentadas contribuiu para a crise do sistema tradicional dicotômico entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, o que exige a urgência de adaptação do direito do trabalho à nova realidade.

Com vistas a afastar esses novos paradigmas de trabalho da informalidade e

considerando a excessiva rigidez da legislação trabalhista, justificada pelo contexto histórico do seu surgimento, bem como levando-se em consideração o alto custo das empresas para proporcionar trabalho e condições aceitáveis para o maior número de pessoas, surge internacionalmente um novo modelo para reger as transformações no mundo do trabalho, a parassubordinação ou coordenação, que é em realidade uma dimensão intermediária entre a subordinação e a autonomia.

Também nos inclinamos para a necessidade de adequação legislativa da matéria, para trazer um conceito intermediário, que é o da relação parassubordinada, com vistas a absorver novos contingentes de trabalhadores.

No entanto, enquanto essa nova tipificação não se encontra inserta na legislação e, em razão da difícil tarefa de diferenciarmos trabalhadores autônomos de trabalhadores subordinados, principalmente sob a ótica do mundo contemporâneo, devemos primar pela autonomia da vontade para reger algumas relações jurídicas que possuem elementos de autonomia e subordinação.

Resta claro que o rígido Princípio Protetor surgiu com o próprio Direito do Trabalho, em um momento histórico de devastadoras desigualdades sociais e da necessidade de intervenção Estatal em busca do equilíbrio da relação jurídica laboral, em contraponto ao Liberalismo contratual.

No entanto, respeitado o princípio da ponderação e razoabilidade, para algumas

situações contemporâneas, é urgente a necessidade de relativização do mencionado Princípio, sobretudo nas situações em que os empregados não se encontram em posições de inferioridade e hipossuficiência – como nos casos dos altos executivos, que ocupam altos cargos possuem “evidente capacidade técnica” e “condição diferenciada” para estabelecer as regras do contrato de trabalho – e, portanto, não precisam da interferência estatal para equilibrar a relação jurídica.

A nova forma de interpretação dos contratos no ramo civilista, regida por princípios modernos que aproximam também os contratos de natureza civil à realidade social, em especial o da função social do contrato, é a razão pela qual não podemos negar o caráter contratual da relação trabalhista e, consequentemente, não podemos nos furtar a aplicar os princípios que regem o Direito das Obrigações no ramo juslaboral, em especial quando estamos a tratar de relações jurídicas que não justificam um tratamento desigual.

Advogamos a tese de que para os altos executivos prevalece o Princípio da Autonomia da Vontade para reger a relação, até que a legislação tipifique essa nova figura no ordenamento jurídico laboral.

Aos intérpretes do direito do trabalho compete não fechar os olhos para essa nova modalidade de contratação, adequando a interpretação e aplicação das normas e princípios a esses novos tipos de empregados, principalmente no que tange à liberdade contratual e defesa do princípio da autonomia da vontade para reger a

relação.

Flexibilizar não significa ferir o direito dos empregados, mas, sim, interpretar e aplicar as regras jurídicas ao contexto social, na tentativa de encontrar o equilíbrio entre as regras postas e a sua mais perfeita interpretação face às necessidades contemporâneas.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6<sup>a</sup> ed., São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 10<sup>a</sup> ed., São Paulo: LTr, 2011.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral**. 1 v. 7<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. O conflito entre os princípios protetores e a flexibilização no contrato individual de trabalho com ênfase no contrato do alto executivo. In: JOÃO, Paulo Sérgio; MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Temas em direito do trabalho: direito material individual**. São Paulo: LTr, p. 182-189, 2008.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança**. São Paulo: Atlas, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da competência da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

MARINS, Benimar Ramos de Medeiros. **Flexibilização e justiça na sociedade brasileira: os limites à autonomia da vontade como mecanismo de liberdade**. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Juliano Cardoso Shaefer. **Contratos Internacionais: a autonomia da vontade na definição do direito material aplicável**. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MASCHIETTO, Leonel. O Conflito entre a teoria clássica do princípio protetor e a flexibilização no direito do trabalho. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **Jornal do 47º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr: 58-60, 25, 26 e 27 de junho de 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 25<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36<sup>a</sup> ed., São Paulo: LTr, 2011.

OLMOS, Cristina Paranhos. MASCHIETTO Leonel. A liberdade contratual no direito individual do trabalho contemporâneo. In: NASCIMENTO Amauri Mascaro (coord.).

**Jornal do 49º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr: 5 painel: 91-93, 22, 23 e 24 de junho de 2009.

PASTORE, José. **Trabalhar custa caro**. São Paulo: LTr, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil. Contratos**. 3 v. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, 2005.

PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: LTr, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho.** 3<sup>a</sup> Ed. São Paulo: LTr, 2000.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do Direito.** 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 25<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Otávio Pinto. **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico.** 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ltr, 2005.

STRENGER, Irineu. **Da Autonomia da Vontade: direito interno e internacional.** 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Ltr, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral.** 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2004.