

CAPÍTULO 19

LOS TRABAJADORES “ESPECIALES” DIRECTIVOS Y EXTRANJEROS

Donato MESSIAS PEREIRA

SUMARIO: I. *Da confiança nos contratos de trabalho dos altos empregados.* II. *Altos empregados e as conotações de seu contrato.* III. *Limites ao estado de dependência nos cargos de direção.* IV. *Da “especialidade” dos contratos de trabalhadores estrangeiros.* V. *Regimes jurídicos.* VI. *Conclusões.*

Bem antes de se manifestar a relativamente recente pluralidade de formas de emprego, já tinha carreira feita a expressão contratos especiais de trabalho. Sua fonte provém das particularidades concernentes y variados tipos de prestação de trabalho, que reclamam, em razão de tais traços específicos, ordenação por normas próprias, preferencialmente às normas gerais aplicáveis aos contratos comuns de trabalho. Em sua esteira se colocariam, *v. g.*, os contratos de aprendizagem, de menores, de trabalho marítimo, do doméstico, dos artistas, professores, vendedores viajantes e praticistas, esportistas profissionais, dos exercentes de cargos de confiança, dos altos empregados.

Tanto essa dicotomía contratual, quanto o elenco dos contratos inseríveis nos denominados contratos especiais de trabalho têm sido questionados na doutrina. De há muito observara Mazzoni que se os elementos fundamentais do contrato de trabalho viessem a ser “substancialmente alterados”, não se trataria de relação de trabalho subordinado, mas de natureza diversa, “porquanto a particular especialidade de uma implica necessariamente su vinculação a determinado *genus*”.¹

De fato, a especialidade não se dá quanto à natureza do contrato, mas quanto à natureza da tutela do trabalho. Presentes os elementos contitutivos do contrato de trabalho, cada um deles é passível de sofrer atenuações e adaptações, sem que neles se venham a indentificar tipos de contratos. A diversidade de regulamentações protetoras de prestação laborativa não colide com

¹ Mazzoni, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, 3a. ed., Firenze, 1956, p. 113.

os elementos unificantes na estrutura do contrato de trabalho. A gradação na escala da tutela ao trabalho não agride a identidade dos elementos caracterizadores do contrato. Daí ponderar Osires Rocha que “só há, na verdade, cláusulas especiais para certos contratos de trabalho. Mas não contratos especiais de trabalho”.²

Em sentido radicalmente diverso, sustenta Bayón Chacón a prevalência dos contratos especiais de trabalho, porquanto os contratos de natureza trabalhista são mais ou menos especiais. Seria de se admitir um conteúdo mínimo normativo aplicável a profissões diferentes. Daí parecer ser possível a existência de contratos especiais, cuja vida não depende de diferenças profissionais, nem das diversas formas de remuneração, mas da ausência ou das anomalias que neles se observam em relação aos requisitos gerais dos contratos comuns de trabalho.³

No enquadramento dos contratos sob a rubrica contratos especiais de trabalho, não é menos acentuada a divergência de entendimentos. Classifica-os Octavio Bueno Magano em contratos intrinsecamente especiais e contratos circunstancialmente especiais, fazendo inserir nestes os contratos de técnicos estrangeiros.⁴ Há quem distinga na natureza das especialidades aquelas de natureza subjetiva, em que se incluem os contratos de estrangeiros, bem como as objetivas e as oriundas em razão do lugar.⁵

São tidos na doutrina como contratos especiais *tout court* os contratos dos altos empregados e dos dirigentes.⁶ De modo diverso, ao analisar a distinção entre relações de trabalho comum e especial prevista no Estatuto dos Trabalhadores, na Espanha, que faz incluir nesta última a relação de trabalho do pessoal de alta direção, proclama Fernando Suárez González “que os contratos por estes celebrados são contratos laborais e não contratos de trabalho”.⁷

A “especialidade” dos contratos de altos empregados assenta-se, de um lado, na extensão e na natureza dos poderes de que se acham investidos seus titulares e, de outro, na confiança de que são depositários, da parte do empregador. A conjugação desses dois dados tem conduzido a doutrina a considerar tais empregados como os exercentes típicos de cargos de confiança. A extensão e a natureza de seus poderes é que serviriam de parâmetros ao en-

2 Osires Rocha, “Contratos especiais de trabalho”, *Curso de direito do trabalho, em homenagem a Mozart Victor Russomano*, São Paulo, LTr, 1985, p. 604.

3 Bayón Chacón, *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Madrid, Gráficas Benzal, 1965, p. 10.

4 Bueno Magano, Octavio, *Manual de direito do trabalho*, vol. I, São Paulo, LTr, 1981, p. 134.

5 Lluís y Naves, Jaime, *Manual de derecho laboral*, Barcelona, Lib. Bosch, 1975, p. 285.

6 De Litalia, *Contratti speciali di lavoro*, Torino, Utet, 1958, p. 455.

7 Suárez González, Fernando, *Derecho del trabajo*, vol. 3, Madrid, Uned, 1985, p. 42.

quadramento, por ser a confiança uma constante. Daí a inferência no sentido de que nem todo alto empregado é passível de ser incluído na categoria de exercente de cargos de confiança. Se enquadrável, o contrato será espécie do gênero contrato de confiança, também tido como contrato especial. Apresentaria feição de contrato especialíssimo de trabalho, não em razão da natureza do contrato, mas da natureza e da extensão dos poderes delegados, exercitados ou passíveis de ser exercitados, na sua vigência.

I. DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS ALTOS EMPREGADOS

Não obstante a variedade de colocações doutrinárias sobre a matéria, é possível afirmar que, pelo menos, num ponto existe unanimidade: a tendência à limitação do conceito de cargos de confiança, como lembra Evaristo de Moraes Filho.⁸ É bom frisar que o Direito do Trabalho, como todo direito obrigacional, assenta-se no princípio da boa-fé, sem o qual a confiança se rompe no trato das relações jurídicas. Todo direito, como o Direito do Trabalho, que se trava entre pessoas, pressupõe um mínimo de confiabilidade, sem o qual a parte obrigacional do contrato ficaria seriamente comprometida.

Essa tônica da confiança geral é apenas um dos aspectos da gradação de confiabilidade. Prende-se essa gradação, no caso de Direito do Trabalho, ora à natureza da prestação pessoal do empregado, ora ao caráter estritamente confidencial do cargo, ora à natureza à extensão das funções exercidas por seu titular.

Nessas três situações, a primeira delas retrata uma confiança mais interpessoal do que pelo conjunto de atribuições do cargo, a exemplo das funções desempenhadas por secretária particular. A segunda situação é a dos que ocupam cargos que se destacam, não necessariamente pela prevalência ou relevância das atribuições, mas pela fidedignidade e honradez requeridas para seu desempenho, como, v. g., a do tesoureiro.⁹

Na terceira situação atrás referida se incluem os altos empregados, que espelham a plenitude de cargos de confiança, quando detentores de poderes

⁸ Moraes Filho, Evaristo de, *Pareceres de direito do trabalho*, vol. IV, São Paulo, LTr, 1986, p. 27.

⁹ Nesse sentido, assim se manifesta Roberto Barreto Prado: a “confiança excepcional, caracterizadora do cargo de confiança, pode existir em outros cargos cujo exercício não envolve atos de gestão ou de representação legal... Nada obsta, por exemplo, que o empregado seja convidado a exercer em comissão e portanto em caráter precário, o cargo de conselheiro da diretoria ou de secretário particular do diretor-superintendente”. “Direito do trabalho”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1963, pp. 429-430. Igual entendimento no direito norte-americano, in Werne, Benjamin, *The Law of Labor Relations*, New York, Macmillan, 1951, p. 24.

de mando e representação, nos quais são investidos, em confiança, por delegação do empregador.

Pelo exposto, verifica-se que nem todo exercente de cargo de confiança de insere na categoria de altos empregados. De igual modo, nem todo alto empregado há de ser tido como empregado exercente de cargo de confiança, mas tão somente aqueles que são titulares de poderes de gestão e de representação dos interesses gerais ou parciais da empresa.

Altos empregados existem cujos cargos requerem conhecimento especializado. Exercitam postos de responsabilidade; detêm poder de comando. São diretores, gerentes, inspetores, no desempenho de cargos técnicos. Tais cargos não se reputam como de confiança. No entanto, como a atividade funcional não se confunde com a qualificação profissional, ao técnico empregado se reserva, com frequência, o exercício de cargo de confiança.¹⁰

II. ALTOS EMPREGADOS E AS CONOTAÇÕES DE SEU CONTRATO

Gozam eles de ampla autonomia, no tocante à representação do empregador, na fixação de diretrizes gestoras da empresa, bem como quanto ao poder de comando sobre o pessoal que lhe for afeto. São trabalhadores dependentes, em regra no exercício de direção. Costuma-se afirmar que têm subordinação tênue e direta ao empresário e a exercem de maneira intensa e constante sobre os que lhes são subalternos. É de se duvidar do entendimento quanto ao primeiro tópico dessa expressão. Na verdade, como são demissíveis *ad nutum*, nos limites da confiabilidade de seu comportamento pessoal e funcional, estão sujeitos a vigilância permanente. A intensidade da subordinação não se afere por sua presença a cada momento, mas pelos resultados da tríplice atuação dos altos-empregados: perante o empregador, perante seus subalternos e perante terceiros que tratam com a empresa a cuja opinião, no campo mercadológico, exerce sutil influência na direção dos negócios. Todos os têm debaixo dos olhos.

Não possuem eles autonomia ilimitada, porque há sempre na empresa autoridade que lhes é hierarquicamente superior. Seu relacionamento com o empregador é impregnado da mais densa confiança. Seus poderes dele provêm, por delegação. São dele colaboradores. Perante ele respondem por seus atos.

Gozam de vantagens e regalias próprias ao cargo, mas, em regra, não as acumulam, como na legislação pátria, com alguns benefícios instituídos por

¹⁰ O Código do Trabalho da República Dominicana enumera, exemplificadamente, os representantes do empregador: administradores, gerentes, diretores e outros assalariados que exercem funções de administração ou de direção (art. 6^o). BIT, *Documentos de droit social*, 1992-3, p. 28.

normas de tutela geral do trabalho.¹¹ Essa circunstância não envolve *capitis deminutio*, mas compatibilização com o grau de hierarquia alçado na empresa.¹² Legislações há que não fixam restrições, pelo que a situação jurídica dos altos empregados não foge à regra geral.¹³ Não raro, ficam excluídos das disposições dos instrumentos normativos profissionais.¹⁴ Na qualidade de empregados, são filiados à seguridade social.

III. LIMITES AO ESTADO DE DEPENDÊNCIA NOS CARGOS DE DIREÇÃO

Se o exercício de cargos de direção constitui um dos traços marcantes dos chamados altos empregado, *quid juris* no tocante àqueles que passam a ocupar cargos de direção de sociedade, em especial de sociedade anônima, ou ainda em relação a quem, alheio ao quadro de pessoal da empresa, passa a desempenhar funções de direção na sociedade?

A despeito da disparidade de entendimentos no campo doutrinário sobre os diversos aspectos jurídicos que podem originar-se dessa situação dicotômica, apesar da vacilação no campo jurisprudencial, acreditamos válida a tentativa de se captar a tendência de sua linha evolutiva.

A primeira situação diz respeito ao empregado eleito administrador ou diretor de sociedade anônima.

Duas indagações se põem. A primeira delas consistiria em se saber se seria compatível a cumulação da situação de dependência, se continuasse a desempenhar as funções do cargo pré-existentes com as inerentes ao cargo para que fora eleito. Outra situação seria a de se indagar se, desempenhando apenas as novas funções qual a solução quanto ao primitivo contrato.

11 Consolidação das Leis do Trabalho: art. 62, letra c, art. 224, sobre duração do trabalho; art. 468, parágrafo único sobre alteração de condição do contrato de trabalho; art. 499, parágrafo 2º, sobre despedida do empregado; art. 469, parágrafo 1º, sobre possibilidade de transferência de uma localidade de trabalho para outra.

12 Diferentemente: Sanches Alvarado, Alfredo, *Tendências do direito do trabalho contemporâneo*, São Paulo, LTr, 1980, pp. 420-431.

13 Nesse sentido, a legislação do México, *apud* Guerrero, Euquerio, *op. cit.*, p. 66.

14 Exemplo típico é o dos supervisores, no direito norteamericano, excluídos da definição de empregado, mas, na realidade, empregados executivos, de confiança —managerial employees e confidential employees. A Lei Taft-Hartley, segundo Benjamin Werne, “define e significado do termo ‘supervisor’ à base da autoridade de que goza esse empregado e do exercício de alguma decisão independente, diversa da autoridade de pura rotina ou de natureza burocrática” (*The Law of Labor Relations*, New York, The Macmillan Company, 1951, pp. 12 e 25. Contra, Diéguez, Gonzalo, *Lecciones de derecho del trabajo*, Madrid, Editorial Civitas, 1988, p. 52, para quem inexistente no caso trabalho dependente. Do dirigente como dependente do mais elevado grau na empresa, salienta Giorgio Ardaù, na Itália, ser colaborador imediato, da mais estrita confiança do dador de trabalho, dotada de autonomia compatível com o estado de subordinação que lhe deve ou a outro dirigente hierarquicamente superior, com poder de mando sobre o pessoal que lhe for afeto e de representação extra ou intra empresa”. (*Sistema institucional de diritto del lavoro*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965).

No direito pátrio, não parece haver incompatibilidade de exercício cumulativo das atribuições, quando se tratar de grupo econômico. Empregado da empresa principal desempenharia cumulativamente as funções de diretor em empresa satélite. Não colide com essa possibilidade o fato de se entender que o grupo constitui empresa única, uma vez que essa colocação prevalece para efeito da relação de emprego, no tocante à responsabilidade solidária pela garantia dos direitos do empregado, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Não é incompatível o cumprimento de dupla atividade, com remuneração e em momento diversos. Aliás, em princípio, não existe impedimento legal nem mesmo de duplo emprego junto à mesma empresa.

A jurisprudência francesa tem passado por reviravolta, nesse passo. Firmemente contrária à tese da acumulação de funções de tem-se orientado recentemente no sentido da persistência do contrato de trabalho, na superveniência de eleição do trabalhador para as funções de “mandatário social”. É de lei que essa anterioridade há de datar, no mínimo de dois anos, nas sociedades anônimas. Daí a acolhida do exercício de trabalho assalariado com o do presidente do conselho de administração, com o do gerente, de uma sociedade anônima.¹⁵ Arrima-se a jurisprudência na circunstância de inexistir *incompatibilidade* legal na prova da efetividade do emprego.¹⁶

O ônus probandi da efetividade do emprego tem passado por igual mudança interpretativa. Até há pouco, incumbia ao trabalhador a comprovação da sobrevivência do contrato. No presente, a prova é de quem sustenta ter o contrato de trabalho deixado de existir.¹⁷

A segunda indagação diz respeito à sorte do primitivo contrato de trabalho, ao passar o trabalhador a exercer apenas funções diretivas na sociedade. A resposta à indagação encontra na doutrina acentuadas divergências, entre nós.

Uma corrente doutrinária e jurisprudencial sustenta a extinção do contrato de trabalho, em razão de renúncia do empregado,¹⁸ ou por incompatibilidade de coexistência.¹⁹

Para outros juristas, ocorre a suspensão do contrato de trabalho, não se computando o respectivo prazo de duração como tempo de serviço, salvo lei

15 Petit, Bruno, “Le sort du contrat de travail des directeurs généraux”, *Droit social*, juin 1991, p. 464. Pela coexistência no direito positivo italiano, ver “Il rapporto dei dirigenti di azienda”, Gian Paolo Melzi d’Eril, in *Problemi attuali di diritto del lavoro*, Milano, G. Pirola, 1954, p. 54.

16 Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990, p. 190.

17 Bruno Petit, art. cit.

18 Ver Cotrim Neto, A. B., *Contrato e relação de emprego*, Rio, Limonad, 1944, p. 131 e o *Diretor de sociedade anônima em face do direito do trabalho contemporâneo*, LTr, 1980, p. 396: “O é diretor e peça ou elemento de um órgão institucional, o qual, este sim, tem categoria jurídica”.

19 Roussomano, Mozart Victor, acórdão in LTr, 43-455.

expressa em contrário.²⁰ Essa corrente acabou prevalecendo na jurisprudência, através da Súmula núm. 269, segundo a qual “o empregado eleito para ocupar cargo de Diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”.

Uma terceira corrente entende que o primitivo contrato permanece *interrompido* durante a duração do exercício da representação social, pelo que o respectivo tempo de serviço é contado para todos os efeitos legais.²¹

Uma quarta corrente admite que apenas o diretor dono do negócio ou o acionista controlador estão excluídos da possibilidade de vinculação empregatícia com a sociedade anônima a que servirem. Afora a exceção, o que se verifica é a prestação de serviço subordinado por parte dos diretores técnicos, de cuja escolha prevaleceu o critério da capacidade.²²

Desde há muito sustentamos que o contrato de trabalho no caso permanece interrompido, uma vez que não fica inerte. Só se extinguirá por ato do trabalhador, no momento em que “pela sua interferência nos interesses da sociedade, nele sobrepujar o sócio, animado ela *affectio societatis*.”²³ O empregado afasta-se do cargo efetivo e passa exercer cargo de confiança. Seu tempo de serviço é computado para todos os efeitos legais. O artigo 499 da CLT determina o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais quando decorrente do exercício de cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata de empregador. Bem observa a propósito Isis de Almeida:

São os diretores não-acionistas-controladores que mais se submentem ao poder de mando empresarial, exercido ainda que não abertamente pelos verdadeiros empregadores, donos do capital da sociedade, e essa dependência tanto é mais acentuada quanto mais elevado e melhor remunerado é o cargo, pois aí impera uma verdadeira coação econômica, pelo temor de perder a situação mais vantajosa.²⁴

Em consonância com essa exposição que se há de entender o disposto no artigo 157, parágrafo 1º, letra d, da Lei núm. 6.404/76, sobre as S. A., quando obriga o administrador da companhia a revelar à assembleia geral ordinária

20 É representativo dessa corrente, Maranhão, Délio, *Direito do trabalho*, 6a. ed., Rio, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1978, p. 63. De igual modo, Mesquita Barros Jr., Cássio de, “Sujeitos de contrato de trabalho”, *Curso de direito do trabalho, em homenagem a Mozart Victor Russomano, op. cit.*, p. 228.

21 A tese é defendida por Moraes Filho, Evaristo de, *Pareceres*, vol. IV, São Paulo, LTr, 1986.

22 O entendimento é sustentado por J. Antero de Carvalho. V. artigo “A verdadeira exegese do art. 499 da CLT”, LTr, 41-205. Encontra reforço no douto estudo sobre a matéria, de Bueno Magano, Octavio, *Manual de direito do trabalho*, vol. II, pp. 115-121.

23 Messias Pereira, Donato, *Curso de direito do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 24.

24 Almeida, Isis de, *Curso de legislação do trabalho*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1981, p. 52.

as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível.

A segunda situação atrás referida, diz respeito a quem, não integrante do pessoal dependente da empresa, passa a desempenhar as funções de direção na sociedade, em especial a anônima.

É bom lembrar que toda a matéria sobre o presente tema não permite colocações definitivas. Requer cautela, não só em virtude das discrepâncias que a cercam no âmbito do direito positivo, tomado isoladamente.

De há muito ponderava Riva Sanserverino ser necessário ter presente que a relação de trabalho se estabelece entre a entidade coletiva (sociedade) e o próprio diretor, e não entre a pessoa física de um administrador.

No direito inglês sobre sociedades anônimas, parte-se da idéia de que os dirigentes sejam mandatários da sociedade, em princípio destituíveis *ad nutum* pela assembléia geral. Recebem, no tentanto, indenização em razão de possíveis perdas e danos ou pela perda das funções de integrantes do conselho de diretores (*board of directors*) ou pela perda das funções que poderia exercer enquanto diretores, cumulativamente. Assim, o conselho pode confiar a qualquer um de seus membros o desempenho de funções administrativas, de funções técnicas, financeiras, o que pressupõe a existência de contrato de trabalho.

Uma sociedade não pode celebrar contrato de trabalho que garanta a seu diretor emprego por mais de cinco anos, para o exercício de outra atividade, sem autorização prévia da assembléia geral. O contrato é feito por escrito, mas na sua falta, incumbe á assembléia redigir memória de que constem os termos da contratação. O mesmo ocorrendo em relação aos contratos cuja denúncia é passível de ser feita pela sociedade, dentro em doze meses.

Registre-se que, em virtude de um julgado de 1741, as decisões tomadas pela maioria dos acionistas reunidos em assembléia geral são tidas como decisões da própria sociedade.²⁵ Os diretores decidem sobre as tarefas que lhes serão conferidas, sobre os pagamentos a que farão jus. O diretor é com um Janus bifronte: uma face revela o *mandatário* social; outra face ostenta o trabalhador dependente. Na qualidade de dependente, fica subordinado ao conselho que ele próprio integra, o diretor não empregado não é tão pouco órgão da sociedade.

Assim, o diretor geral recebe compensação financeira por seus serviços quase sempre em função de contrato, de tal modo que sua destituição pela assembléia geral ou pelo conselho “embora legal no quadro do direito das

25 Sobral Ferreira, Diretor, *Sociedade anônima relação jurídica*, Rio Forense, 1981; Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedade Anônimas*, Rio, Forense, 1978, vol. II, t. I.

sociedade, poderá constituir ruptura de contrato sumamente custoso para a sociedade”.²⁶ Sobre ele o conselho exerce controle, quer ao estabelecer os limites de suas atribuições que lhe delega ou ao modificá-las a seu talante.

Poderes semelhantes detém o conselho no direito francês. Impõe aos membros suas orientações, de tal modo que “os dirigentes mandatários sociais” permanecem sob seu controle.

Verifica-se do até aqui exposto que as seguintes situações são passíveis de ser registradas, na relação jurídica de diretor de sociedade anônima, não beneficiário de contrato de trabalho prévio:

- Órgão da sociedade
- Mandatário social
- Empregado, salvo se, por sua preponderância acionária, a relação vier a ser absorvida pela *affectio societatis*
- Mandatário social, com possibilidade de vir a acumular tais funções com outras de natureza subordinativa (superveniência de contrato de trabalho).

IV. DA “ESPECIALIDADE” DOS CONTRATOS DE TRABALHADORES ESTRANGEIROS

Já se viu que, na terminologia distintiva do contrato comum e do contrato especial de direito do trabalho, nesta categoria se inclui o contrato de trabalho do trabalhador estrangeiro.

A tratção jurídica da matéria é do tipo que se prende às vicissitudes da política global de cada Estado, nos limites dos parâmetros estabelecidos nas convenções internacionais que ratificar, dos contratos bi ou plurilaterais que celebrar, de outros instrumentos internacionais que subscrever.

No plano jurídico formal, tem-se atingido consenso generalizado no sentido de se assegurar ao estrangeiro igualdade de direitos, em certas matérias, com os reconhecidos aos trabalhadores nacionais do país a que aquele se dirige, para o exercício de atividades sob relação de emprego. Dentro dessas limitações, a igualação ainda é parcial. A tese de que essa igualação se reflete não exclusivamente em textos específicos, mas também na proclamação de princípios e no contexto de normas genéricas, é correta mas apenas nas limitações de sua abrangência. É que, afora conotações de natureza ideológica, pelo menos três blocos de interesses de que o Estado dificilmente abre mão, sob a invocação de interesses a serem protegidos. Um bloco é o que se insere no

26 Tunc, André, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Paris, Dalloz, 1987, pp. 172-185.

resguardo dos interesses de ordem pública. Outro bloco assenta-se na invocação de salvaguarda de interesses da segurança nacional. Um terceiro bloco diz respeito à fixação de percentuais mínimos de concentração de trabalhadores nacionais e/ou de massa salarial a ser-lhe atribuída, em confronto com os trabalhadores contratados e a massa de salários distribuída, por parte das empresas, individuais ou coletivas, em determinados setores de atividade, particularmente em serviços públicos e nos segmentos da indústria e do comércio. Ainda é de se ponderar que constitui objeto de cunho interpretativo a extensão de tais princípios e de tais normas.

Razões da mesma natureza prevalecem quanto à permissão de entrada de trabalhadores para o exercício de atividades à conta própria.

Essas perspectivas ainda mais afligem em relação a dois tipos de trabalhadores: os que provindo do terceiro mundo, pretendam ocupação em países industrializados, ainda mais que, entre estes, a imigração ora é suspensa, ou é proibida ou temporariamente vedada. Em segundo lugar, o mesmo se diga em relação aos trabalhadores fronteiriços, cuja situação não raro é precariamente regulamentada ou deficientemente fiscalizada, lá e cá não raro se torna conflictivo o fluxo incômodo de imigrações clandestinas, ou, o que é pior, de trabalhadores clandestinos explorados nos meandros de economia subterrânea.

Na área da contratação da mão-de-obra estrangeira ou da utilização de trabalho estrangeiro não seria desarrazoado afirmar a existência de *capitis deminutio* em larga escala. A exemplo das deformações contratuais impostas pelo liberalismo econômico, em detrimento do economicamente fraco -mas em nome do respeito à liberdade individual, aqui também, sob a pálio de um legalismo internacional se assegura a igualdade formal entre nacionais e estrangeiros. Na verdade, a prática revela outra face da matéria. Reflete bem essa realidade a observação contundente de Gerard Lyon-Caen e Antoine Lyon-Caen, a propósito da situação na França:

Na prática, no entanto, o estrangeiro é menos qualificado, acede menos facilmente à formação profissional, é mais dependente de seu empregador, é muitas vezes pago com tarifa mínima da convenção coletiva, terá receio de usar recursos judiciários. A igualdade abstrata não basta.²⁷

A situação particular dos trabalhadores fronteiriços constitui desafio à capacidade de atuação não apenas dentro do campo de reciprocidade, mas ul-

²⁷ Lyon-Caen, Gerard, e Antoine Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Paris, Dalloz, 1991, p. 106.

trapassados os limites desta, à expectativa de não se chegar aos estertores de uma ação unilateral insensível.

V. REGIMES JURÍDICOS

Sobre a situação jurídica do estrangeiro, o regime prevalente é o geral, que se assenta em instrumentos legais amplos ou específicos de reciprocidade que o Estado firmar.

Um segundo regime jurídico é o que decorre da integração de cada Estado em comunidade, nos limites das concessões que sua soberania entender de realizar. Participa, destarte, dos dois regimes jurídicos: do regime comunitário, em função dos instrumentos legais que subscrever e/ou ratificar e do regime geral, em razão dos compromissos e das relações que mantiver com Estados não comunitários.

As fontes jurígenas do regime geral repousam nas convenções e outros instrumentos internacionais, nos tratados bi ou plurilaterais, que obedecem a peculiaridade, segundo a natureza de interesses que alimentam os co-contratantes. Por fim, nas lei nacionais, observados os limites dos compromissos que assumir no plano internacional.

O regime geral tem nas convenções internacionais sua inspiração maior. O mérito é da Organização Internacional do Trabalho, cuja Constituição ao estabelecer como um de ses objetivos “a defesa dos interesses dos trabalhadores ocupados no estrangeiros”, levou-a a concluir os instrumentos básicos internacionais sobre estrangeiros e migrantes.

Abrangem esses instrumentos dois grupos de convenções: um grupo constituído de convenções sobre seguridade social, cujos benefícios e vantagens são assegurados *dentro do princípio de reciprocidade*, ao migrante e seu familiares, em nível de igualdade como os nacionais. São representados pelas convenções de número 19, de 1925; 48, de 1935, revista pela de núm. 157, de 1982; 118, de 1962.

Um segundo grupo é representado pelas convenções que cuidam da tutela do migrante, desde o acesso ao trabalho, passando pela igualdade de tratamento em *determinados assuntos*, sem discriminação de “nacionalidade”, de “raça” e de proteção aos familiares que os acompanharem (Convenção núm. 97/1949). Define esta o trabalhador migrante como “toda pessoa que emigra de um país a outro, para o fim de ocupar emprego que não exercerá por sua própria conta e abrange qualquer pessoa regularmente admitida como trabalhador migrante”. Citem-se, ainda a convenção de número 143, de 1975 e a Recomendação de núm 151, de 1975.

No campo dos tratados internacionais, cumpre registrar que o Brasil firmou com Portugal uma convenção de igualdade de direitos e deveres entre brasileiros e portugueses, em 1971. Na área da Previdência social, celebrou acordos bilaterais com o Grão Ducado de Luxemburgo, em 1965, Portugal, em 1969, com a Espanha, em 1969, sendo objeto de protocolo adicional, de 1980, com a Itália, em 1973, com Cabo Verde, em 1975, Uruguai, em 1978, com Argentina e Chile, em 1980. No plano regional, ratificou duas Convenções, de 1978, a saber, a Iberoamericana de Seguridade Social e a Iberoamericana de Cooperação em Seguridade Social, celebradas em Quito. Cumpre registrar no tocante ao Tratado Brasil-Paraguai sobre Itaipu, de 1973, os Protocolos adicionais sobre “as normas jurídicas aplicáveis às relações de trabalho e previdência social dos trabalhadores contratados pela ITAIPU”, envolvendo trabalhadores brasileiros, paraguaios e de outras nacionalidades.²⁸

O regime comunitário tem respaldo jurídico em fontes próprias, originadas dos instrumentos instituidores das comunidades.²⁹ Revelam-se através de regulamentos, decisões, diretivas, declarações, resoluções, recomendações, avisos, provindos dos órgãos constitutivos da comunidade. Seu quadro jurídico prevê que, sob o resguardo das limitações calcadas em razões “de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública”, será de sua essência a procura de aproximação das legislações dos Estados membros. E de tal maneira que, na elaboração e na condução de uma política desenvolvimentista, se assegure o “equilíbrio” entre o econômico e o social. E em consequência dessa política, como está dito na Carta comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, adotada em Estrasburgo, em 09 de setembro de 1989, se tenha em vista a “promoção das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores, permitindo sua igualização no progresso”. Princípios básicos à consecução desse objetivo consistem: 1. na livre circulação dos trabalhadores sobre o território da Comunidade, o que implica na harmonização das condições de permanência no território de cada Estado, na supressão de obstáculos advindos de habilitação e qualificação profissionais e na melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores fronteiriços. Em suma, é de se obter que o trabalhador receba igualdade de tratamento para o acesso ao tra-

28 Sussekind, Arnaldo, *Direito internacional do trabalho*, São Paulo, Ltr, 1983, pp. 300-303.

29 Tratado de Paris, de 1951, que instituiu a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (C. E. C. A.); Tratado de Roma, de 1957, que criou a comunidade econômica européia (C. E. E.), assegurando a livre circulação de trabalhadores em seu seio, a abolição de toda discriminação fundada em nacionalidade entre os trabalhadores dos Estados membros, em número de seis, no tocante “ao emprego, à remuneração e às outras condições de trabalho (art. 48). Com a admissão de mais de seis membros (Grã-Bretanha, Dinamarca, Irlanda (1972), Grécia (1979), Espanha e Portugal (1986), cuidou-se da revisão dos tratados instituidores das três comunidades — C. E. C. A., C. E. E., Euratom — (Comunidade Européia de Energia Atômica), com vista à realização do mercado interno, até 31 de dezembro de 1992, FLS.04).

balho, às condições de trabalho e à proteção social de cada Estado receptor (Título I da Carta). 2. Outro princípio fundamental é o da formação profissional continuada, desde o início e em no curso de toda a sua vida profissional, sem discriminação em razão de nacionalidade.

Sobre o tema “livre circulação das pessoas e o direito de residência e de estabelecimento”, a comunidade Econômica dos Estados da África do Oeste baixou normas precisas sobre trabalhadores migrantes em geral e sobre trabalhadores fronteiriços, trabalhadores de estação e trabalhadores itinerantes. Ademais, afora ampla garantia quanto à segurança no emprego, formação e reeducação profissionais, participação na vida sócio-cultural, em igualdade de tratamento com os nacionais do Estado membro receptor, protocolo de 12 de julho de 1968 estende esse tratamento aos trabalhadores migrantes em situação regular no tocante “ao exercício de seu emprego ou de sua profissão”.³⁰

Esse regime jurídico institucionalmente direcionado e regionalmente limitado, em sua essência elitista, inspira-se, em seu arcabouço, no regime geral, fundamentalmente nas convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho. As exigências institucionais tendem a limitar a liberdade do Estado participante nos seus compromissos de reciprocidade, especialmente no que se refere ao migrante. O Brasil tem convivido com problemas dessa natureza, na qualidade de fonte emigracionista. Restrições constantes têm sido impostas a brasileiros, na tentativa de entrarem em território de Estados com quem o Brasil vinha mantendo estreitos laços de reciprocidade, antes que passassem a integrar Comunidades econômicas européias.

No direito positivo brasileiro, a Constituição da República, de 1988, dispõe ser livre o exercício de qualquer, ofício ou profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Admite as seguintes restrições: impõe a nacionalidade brasileira como condição de elegibilidade (art. 14). Só veda diferença de salários, de exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º XXX). Não proíbe, pois discriminação, nesses casos, por motivo de nacionalidade. Não de ser brasileiros os armadores, os proprietários, ou comandantes e dois terços, pelo menos dos tripulantes de embarcações nacionais. Somente brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos é permitida a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagen, cabendo-lhes, igualmente, a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual (art. 222). A proporção de contratação de pelo menos 2/3 de brasileiros, bem com em relação à correspondente folha de salários, é exigida, por lei, das empresas

30 OIT, *Documents de Droit Social*, 1990/1, p. 18.

individuais ou coletivas, cujo quadro de pessoal ultrapasse de três empregados, quando explorarem elas serviços públicos dados em concessão ou exercerem atividades comerciais ou industriais (art. 352, de Consolidação das Leis do Trabalho). A contratação da técnico estrangeiro é objeto de disposições legais específicas.

VI. CONCLUSOES

1. A matéria atinente a contratos especiais de trabalho e a relativa a altos empregados, envolvendo ou não poderes de direção, não encontram entendimento harmônico na doutrina. A discrepância vai desde a pertinência da expressão contratos especiais de trabalho até os limites de sua abrangência, para aqueles que a acolhem.

2. Embora o mesmo não se possa falar dos contratos dos altos empregados, o contrato de trabalho de estrangeiro está marcado pela *capitis deminutio*, a despeito da igualdade formal prevista em textos normativos.

3. O contrato de trabalho dos altos empregados é marcado pela tônica dos contratos de exercentes de cargos de confiança, mas nos limites de seu poder de mando e representação, em virtude de delegação do empregador. Conseqüentemente, nem todo alto empregado, como é passível de ocorrer com os técnicos, é exercentes de cargo de confiança. Não obstante sua elevada posição hierárquica ne empresa, o alto empregado exercente de cargo de confiança está sujeito a subordinação cerrada, sob a ótica de sua atividades como um todo.

4. São multiformes os entendimentos doutrinários sobre a situação de quem, sendo empregado, venha a galgar a posição de administrador ou de diretor de sociedade anônima. Se há divergência quanto à possibilidade de acumulação das duas funções, ela cresce quando se indaga sobre a sorte do primitivo contrato de trabalho: extingue-se, fica suspenso ou interrompido? Se este questionamento se põe em relação ao contrato de trabalho pré-existente, é de se mencionar, o direito positivo inglês, a superveniência de contrato de trabalho à eleição para diretor, que passa a acumular as duas funções. No direito positivo pátrio, embora longe de entendimento uniforme na doutrina, é de se mencionar a duplicidade de tipos de diretores: uns, vinculados ao regime de relação de emprego, outros, tidos como órgãos da sociedade, prevaleça ou não na relação jurídica a *affectio societatis*.

5. A contratação de trabalhador estrangeiro pende, em regra, de limitações. Tríplice feixes de interesses são tidos em conta pelos Estados, na tratção da

matéria: de ordem pública, de segurança nacional e de proteção ao nacional, em termos de emprego e de massa de salários. Tem sido objeto de sua preocupação constante e nem sempre meritoriamente solucionada a situação dos trabalhadores fronteiriços.

6. São dois os regimes jurídicos concernentes ao estrangeiro. O regime geral e o regime comunitário. O primeiro deles tem nas convenções internacionais da OIT sua inspiração maior. Desdobram-se elas em convenções de seguridade social e convenções que cuidam da tutela do migrante e de seus familiares. Assenta-se ele, igualmente, em instrumentos bi ou plurilaterais, em termos de reciprocidade, em princípios universais acolhidos em outros instrumentos internacionais e na legislação nacional.

O segundo regime está calcado em instrumentos instituidores das comunidades, cujas linhas mestras têm inspiração nas convenções internacionais da OIT, bem como em fontes jurígenas que ele próprio alimenta. Preconiza a livre circulação de trabalhadores sobre os territórios dos Estados-membros, onde não de receber igualdade de tratamento para acesso ao trabalho, quanto às condições de trabalho e à proteção social. Outro princípio básico é o da garantia de formação profissional continuada. Finalmente, dentro dessa tônica igualitária, haverão de participar da vida sócio-cultural do Estado receptor. O Estado integrante da comunidade compartilha com os demais Estados, não comunitários, do primeiro regime jurídico de reciprocidade.

Em consonância com esses regimes jurídicos, a legislação nacional de cada Estado dita normas diretamente vinculativas ou em função de reciprocidade, ou, ainda, da harmonização com as normas transnacionais, de fonte comunitária.