

MAIARA RAIANNY SOARES CARVALHO

**O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES
JURÍDICAS NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO
TRABALHISTA PÁTRIO**

TEÓFILO OTONI – MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
2015

MAIARA RAIANNY SOARES CARVALHO

**O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES
JURÍDICAS NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO
TRABALHISTA PÁTRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito
parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.
Área de Concentração: Direito do Trabalho.
Orientador: Prof. Alan Kardec Francisco Souza.

**TEÓFILO OTONI – MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
2015**

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada: *O fenômeno da Pejotização e suas implicações jurídicas no contexto do ordenamento jurídico trabalhista pátrio,*

elaborada pela aluna Maiara Raianny Soares Carvalho,

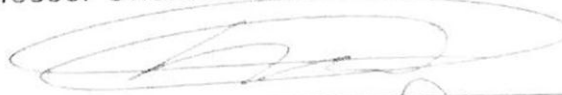
foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

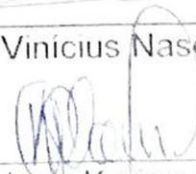
Teófilo Otoni, 26 de novembro de 2015



Professor Orientador: Alan Kardec Francisco Souza



Professor Examinador: Vinicius Nascimento Cerqueira



Professora Examinadora: Karina Gusmão de Moura

Dedico ao meu pai Moacir, minha mãe Cida Carvalho e ao meu irmão Mártesson, os quais sempre se fizeram presentes em esforços para a minha realização.

As nuvens mudam sempre de posição, mas são sempre nuvens no céu. Assim devemos ser todo dia, mutantes, porém leais com o que pensamos e sonhamos; lembre-se, tudo se desmancha no ar, menos os pensamentos.

(Paulo Beleki)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por intento analisar, mediante revisão doutrinária e apreciação principiológica, o fenômeno da Pejotização no âmbito das relações de trabalho e os reflexos destas novas formas de contratação no Direito do Trabalho. A priori é apresentada a evolução histórica do Direito do Trabalho, com as primeiras acepções quanto à origem etimológica da palavra trabalho, perfazendo desde a utilização do trabalho escravo até o empreendimento da mão de obra assalariada. Posteriormente, buscou-se diferenciar as relações de emprego das ditas relações de trabalho, com enumeração dos elementos fáticos jurídicos do vínculo empregatício. Seguiu-se ao estudo pormenorizado da Pejotização, demonstrando como esta prática vem sendo utilizado para disfarçar a existência de nítida relação de emprego, a fraudar a legislação trabalhista. Finalmente, foram destacados os reflexos trabalhistas, previdenciários e tributários do emprego de pessoa jurídica prestadora de serviço, relacionando a Pejotização à Terceirização, instituto atualmente muito debatido.

Palavras-chave: Pessoa Jurídica; Prestação de Serviço; Fraude à Relação de Emprego; Princípios do Direito do Trabalho; Pejotização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-SOCIAL DO DIREITO DO TRABALHO	10
1.1 A ORIGEM DO DIREITO DO TRABALHO	10
1.2 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL	12
1.3 A FLEXIBILIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS	14
1.4 DIREITO DO TRABALHO: NATUREZA PÚBLICA OU PRIVADA?	16
2 AS RELAÇÕES TRABALHISTAS NA CONTEMPORANEIDADE	19
2.1 RELAÇÃO DE EMPREGO X RELAÇÃO DE TRABALHO	19
2.2 FORMAS DE RELAÇÕES DE TRABALHO	21
2.3 A LEGALIDADE DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FRENTE ÀS DISPOSIÇÕES EMANADAS DO ART. 129 DA LEI Nº 11.196/2005	23
2.4 RELAÇÃO DE EMPREGO: ELEMENTOS FÁTICOS JURÍDICOS CONSTITUTIVOS DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO	25
2.5 O FENÔMENO DA PARASSUBORDINAÇÃO E A OCORRÊNCIA DA DENOMINADA “ZONA GRISE”	28
3 O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO	33
3.1 INCENTIVOS LEGAIS À PRÁTICA DA PEJOTIZAÇÃO	36
3.2 ANÁLISE DA PEJOTIZAÇÃO SOB O PRISMA PRINCÍPIOLÓGICO	38
3.2.1 Princípios da Proteção e da Imperatividade das Normas Trabalhistas	39
3.2.2 Princípio da Indisponibilidade / Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas	41

3.2.3 Princípio da Primazia da Realidade Sobre a Forma e o Reconhecimento do Vínculo Empregatício Pela Justiça Do Trabalho	42
3.3 A PEJOTIZAÇÃO COMO FRAUDE À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA.....	45
3.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DE FRAUDE À RELAÇÃO TRABALHISTA.....	50
3.5 OS REFLEXOS DA POSSÍVEL APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 4.330 DE 2004 NO ÂMBITO DA PEJOTIZAÇÃO.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por escopo analisar a recorrente prática adotada por empregadores ao contratar pessoas físicas mediante a constituição de pessoa jurídica prestadora de serviço, sob a justificativa de possuir o empregado, autonomia para negociação de sua atividade laboral, assim como, as vantagens aferidas pela condição de pessoa jurídica compensariam a ausência de um contrato de trabalho.

Na tentativa de responder ao questionamento sobre a licitude ou não desta forma de contratação, visto haver supressão de direitos trabalhistas em razão das ditas compensações financeiras, foi realizada investigação doutrinária e apreciação principiológica acerca do emprego da Pejotização. Nesse contexto, renomadas obras literárias e recentes jurisprudências dos Tribunais se demonstram instrumentos indispensáveis à elucidação dos debates.

Primeiramente será traçada uma linha de raciocínio voltada ao perfil histórico do Direito do Trabalho, expondo em ordem cronológica a evolução sofrida pela legislação trabalhista desde as primeiras acepções de trabalho com as ideologias bíblicas e origem etimológica deste termo, perpassando pela utilização do trabalho escravo até a implementação da mão de obra assalariada.

Posteriormente, fala-se sobre a natureza jurídica do Direito do Trabalho, com a distinção entre relação de emprego e relação de trabalho, apontando os elementos fáticos jurídicos característicos do vínculo empregatício, ponto em que se encontra uma das principais discussões ao que tange a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício em meio à contratação de pessoas jurídicas. Nesse cenário, oportuno se faz relacionar o fenômeno da Parassubordinação e a ocorrência da denominada “Zona Grise”, acontecimentos jurídicos correlatos à Pejotização dada a situação fática de difícil enquadramento à legislação trabalhista.

No último capítulo, o fenômeno da Pejotização terá ambiente propício a seu estudo de modo aprofundado e fundamentado em largo arcabouço normativo, doutrinário, jurisprudencial e principiológico. De início demonstrar-se-á as indagações quanto à contratação de pessoas jurídicas prestadoras de serviço e as razões jurídicas em que se fundamentam ambos os posicionamentos. Após, os referidos incentivos legais à prática da Pejotização serão demonstrados a fim de proporcionar amplo conhecimento sobre a apreciação adotada por seus defensores.

Na sequência, os princípios do Direito do Trabalho são apresentados com esteio em promover a proteção do trabalhador, parte hipossuficiente da relação laboral. Devido à investigação sob a égide dos princípios do Direito do Trabalho, um dos títulos dedicar-se-á a Pejotização enquanto fraude à legislação trabalhista, por fazer com que o trabalhador abdique de Direitos Trabalhistas em decorrência do disfarce empregado no estabelecimento de pessoa jurídica para prestação de serviço.

Destarte a consideração da Pejotização enquanto fraude à relação de emprego, devem ser avaliadas as consequências jurídicas deste fenômeno, enumerando os aspectos jurídicos e sociais dessa prática que ultrapassa a esfera trabalhista, incidindo no âmbito da legislação previdenciária, tributária e até mesmo criminal.

Por fim, serão relacionados os institutos da Pejotização e da Terceirização, observado o debate jurídico no tocante a este último na atualidade, os diferenciando e demonstrando possíveis reflexos da aprovação do denominado Projeto de Lei da Terceirização nas relações trabalhistas.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-SOCIAL DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 A ORIGEM DO DIREITO DO TRABALHO

A palavra Trabalho vem do latim *Tripalium*¹, originado pela junção dos termos tri (três) e palum (madeira), em referência a um instrumento de tortura utilizado como forma de castigo animal, onde pela união de três paus, mais conhecido como canga, era empreendida punição àqueles destituídos de posses para pagamento dos impostos devidos.

Em referência ao livro sagrado, Martins (2009, p. 3) registra que “inicialmente, o trabalho foi considerado na Bíblia como castigo”, citando para ratificar este entendimento, o fato de Adão ter trabalhado para se alimentar em razão de ter comido a maçã proibida.

Nesse mesmo sentido, Barros (2011, p.43) argumenta que:

O homem está, pois, condenado a trabalhar para remir o pecado original e resgatar a dignidade que perdera diante de Deus. O trabalho tem um sentido reconstrutivo. É, sem dúvida, na visão hebraica de trabalho que ele adquire uma valorização como atividade humana.

Noutro turno, o trabalho escravo foi por largo tempo a principal, se não a única forma de trabalho utilizada. Neste contexto, os escravos eram vistos como coisas, objetos de propriedade dos grandes Senhores, a quem cabia a execução de atividades desgastantes. No cenário em que a atividade laborativa era considerada meio de punição, evidente se faz o fato dos nobres não participarem desta.

Com a evolução das sociedades, a mão de obra escrava deixou de ser utilizada. Países como Inglaterra e Estados Unidos foram pioneiros ao empregarem

¹ Disponível em: <<http://www.dicionarioetimologico.com.br/trabalho/>>.

o trabalho assalariado, servindo como mecanismo de pressão para que demais países pelo mundo abolissem a escravidão. No Brasil, a Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel em 13 de maio de 1888, foi o marco legal da abolição do trabalho escravo, embora notadamente não tenha posto fim à prática que disfarçadamente impera até os dias de hoje em meio principalmente a grandes latifúndios no interior do país.

A Revolução Francesa (1789 - 1799), com os ideais de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, em que se desenvolveu socialmente o desejo de libertação do homem com autonomia para contratar, juntamente com a Revolução Industrial, provocando transformações nos meios de produção, promoveram a transição do trabalho ao surgimento das relações de emprego.

Nesse sentido, Martins (2009, p. 5) evidencia:

A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser empreendida e uma antiga a ser desconsiderada.

Assim, como o próprio Martins (2009, p. 5) afirma, “o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial”. Isto porque, com a Revolução Industrial a ideia de trabalho exercido única e integralmente de forma manual fora substituída pelas inovações tecnológicas que transformaram o modo de produção, possibilitando aos trabalhadores a liberdade de contratação, mas também os expõem a condições degradantes com excessivas jornadas de trabalho e exploração de menores e mulheres.

Como preleciona Martins (2009, p. 8), “a legislação do trabalho é o resultado da reação contra a exploração dos trabalhadores pelos empregadores”. Posto que, diante da constante e recorrente exploração a qual a classe trabalhadora era submetida, estes começaram a se reunir no intuito de reivindicar melhores condições. Nesse ambiente, o Direito do Trabalho encontra nascedouro imbuído da tarefa de promover a defesa daqueles que se encontram em situação de hipossuficiência em uma relação laboral.

A partir de então, inúmeras legislações foram criadas para garantir a proteção dos empregados e a instituição de direitos para estes, como o Tratado de Versalhes, de 1913, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para

proteção das relações de empregos no âmbito internacional e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, ao estipular direitos aos trabalhadores, como férias remuneradas e repouso semanal.

1.2 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL

O primeiro dispositivo legal a tratar sobre o Direito do Trabalho no Brasil foi a Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, pois ao inibir a utilização de mão de obra escrava como força de trabalho, indiretamente concedeu-se importância social ao contrato de trabalho. Consoante Delgado (2012, p. 105) disciplina, “embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter justralhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do Direito do Trabalho brasileiro”.

Conforme supracitado, apesar de efetivamente a Lei Áurea não ter extinguido definitivamente o emprego de trabalho escravo do ordenamento jurídico brasileiro, visto que, atualmente este é notadamente identificado mesmo que de forma disfarçada, aquela significou o primeiro passo rumo à proteção da parte hipossuficiente das relações laborativas.

Posteriormente à abolição da escravidão com a edição da Lei Áurea, inúmeros outros diplomas legislativos foram criados para proteção do trabalhador. A primeira Constituição brasileira a tratar especificamente sobre normas referentes ao Direito do Trabalho foi a de 1934. Porém, desde a criação do Tratado de Versalhes, em 1919, bem como o ingresso do Brasil na Organização Internacional do Trabalho, a legislação brasileira influenciada pelas transformações ocorridas na Europa começou a refletir ideais protecionistas.

Entretanto, o verdadeiro marco da transformação do tratamento dispensado à classe trabalhadora no Brasil foi a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho pelo então Presidente, Getúlio Vargas. Após a Revolução de 1930, Vargas assume a Presidência com uma política intervencionista voltada à seara trabalhista, o principal fruto advindo de seu Governo foi sem dúvida alguma a importância dada à legislação do trabalho, principalmente efetivada pelas garantias dispostas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pelo Decreto-lei n.º 5.452, de 01.05.1943.

Por mais que inicialmente a CLT induza ao errado entendimento de tratar-se apenas de um dispositivo que reúna a legislação trabalhista vigente no país, a CLT não se resume apenas à junção de leis em um único instrumento. A Consolidação das Leis Trabalhistas, vai além, introduzindo alterações legais como o salário mínimo, a carteira de trabalho, jornada de trabalho de 8 horas diárias, férias anuais remuneradas, descanso semanal, direito à previdência social, além de concepções iniciais à tutela do trabalho da mulher e do menor.

Além da CLT, a Constituição Federal de 1988, apelidada de Constituição Cidadã, inova ao incluir em seu texto, no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, normas de tutela aos direitos trabalhistas. Como ilustra Martins (2009, p.11):

Nas Constituições anteriores os direitos trabalhistas sempre eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social. Para alguns autores, o art. 7º da Lei Maior vem a ser uma verdadeira CLT, tantos os direitos trabalhistas nele albergados.

Posto que, em uma análise minuciosa do referido dispositivo, verifica-se que este pode ser visto como uma forma sintetizada dos direitos elencados pela CLT, tamanho âmbito de abrangência. Como evidencia Delgado (2012, p.113), as alterações trazidas pela CF de 1988 atingiram não apenas inovações legais, mas modificaram paradigmas de Governo:

O novo Texto Máximo confirmará, em seu interior, o primeiro momento, na história brasileira após 1930, em que se afasta, estruturalmente, a possibilidade jurídica de intervenção do Estado – através do Ministério do Trabalho – sobre as entidades sindicais. Rompe-se, assim, na Constituição, com um dos pilares do velho modelo: o controle político-administrativo do Estado sobre a estrutura sindical.

Portanto, entende-se que além das legislações continuamente introduzidas ao ordenamento brasileiro, os direitos trabalhistas se investiram de tamanha importância ao ponto de determinarem a transformação dos modelos políticos de um Governo. Nesse mesmo sentido, indispensável se faz ressaltar a criação de órgãos a fim de implementar políticas de proteção ao trabalhador e fiscalizar a aplicação das normas destinadas ao trabalhador, como denotado com a instituição do Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho e Emprego.

1.3 A FLEXIBILIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

O Direito do Trabalho para atender às necessidades da contemporaneidade, promoveu a compatibilização das normas de proteção trabalhistas, com a realidade e a nova dinâmica das sociedades pelo Mundo. Nesse cenário de adaptação, surge no ordenamento jurídico brasileiro formas de flexibilização da legislação trabalhista e conseqüentemente inúmeros outros meios de precarização das relações laborais tiveram origem.

Nesse sentido, destaca Delgado (2012, p. 114):

De fato, logo após o surgimento da Carta Magna de 1988, fortaleceu-se no país, no âmbito oficial e nos meios privados de formação de opinião pública, um pensamento estratégico direcionado à total desarticulação das normas estatais trabalhistas, com a direta e indireta redução dos direitos e garantias laborais.

Notadamente, com a edição da CF de 1988, juntamente com ideal capitalista e as diretrizes advindas da globalização, indispensável se fez, a criação de mecanismos limitadores das normas trabalhistas. Deste modo, no intuito de flexibilizar e assim garantir a atividade trabalhista aliada ao funcionamento de grandes centros produtores, passaram a ser implementadas normas estatais, acordos e convenções negociais.

À priori, imperava o entendimento de que o excesso de tutela normativa conduziria o país ao desemprego em massa. Dessa forma, o emprego de formas flexíveis de trabalho seria a única solução a ser empreendida, como defende Pastore (1997, *apud* MELLO, 2008, p. 28), para quem “a flexibilização do Direito do Trabalho é uma necessidade para a diminuição dos encargos sociais trabalhistas, o que aumentaria, consideravelmente, as possibilidades de contratação regular”.

Consoante leciona Delgado (2012, p. 68), este fenômeno caracterizado pela redução de direitos e garantias do trabalhador, denominado Flexibilização, pode ser dividido em Flexibilização Heterônoma e Autônoma. Entendendo como Flexibilização Heterônoma “as situações em que a norma jurídica realiza a própria atenuação da regra legal abstrata em referência ou ao invés, estipula autorização para que outro agente o faça (em geral, o processo negocial coletivo)” (DELGADO, 2012, p. 67/68).

A Flexibilização Heterônoma, modalidade em que a flexibilização encontra limite nas disposições constitucionais, como ocorrido com a instituição do contrato provisório de trabalho, onde pela implementação de nova legislação as hipóteses de contratação por tempo determinado foram ampliadas.

Outrossim, como conceitua Delgado (2015, p. 68):

Configuram a flexibilização autônoma trabalhista as situações em que a negociação coletiva sindical – usualmente autorizada por prévio e específica norma constitucional ou legal – é que realiza, na prática, a atenuação da regra legal abstrata em referência.

Diferentemente da flexibilização heterônoma, a flexibilização autônoma deve obedecer não apenas às diretrizes emanadas da Constituição, mas também as determinações da legislação heterônoma e das normas internacionais. Isto porque, por ter origem nas determinações estatais, estas últimas determinam parâmetros de eficácia a outras fontes normativas.

Ante o exposto, verifica-se que a legislação trabalhista como fato social a que se destina, tenha que acompanhar as inovações sociais e assim, reduzir direitos laborais para garantir a manutenção da ordem econômica e social básica. Entretanto, as limitações normativas submetem o trabalhador a condições degradantes, onde impossibilitados de prover sua subsistência são sujeitos a toda e qualquer forma de trabalho, mesmo que desumano.

Sendo inquestionável aceitar tamanha flexibilização que denigra os direitos trabalhistas amparados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), principalmente ampliado com a utilização da contratação por trabalho autônomo ao invés da utilização do emprego formal.

Pereira (2013, p. 39) confirma em suas palavras a expressão socialmente alarmante, em que “o mercado de trabalhadores autônomos vem crescendo a cada dia, e com esse crescimento surgem, também, as irregularidades/simulações na contratação”.

Logo, contrariamente ao pensado inicial, a flexibilização não se demonstra meio eficaz à promoção de relações empregatícias, conduzindo à precarização das relações de trabalho, ao disfarçar nítidos vínculos empregatícios em prestações de serviço autônomo, visto que, ao mitigar direitos trabalhistas abre-se margem à

exposição dos trabalhadores a uma maior redução de garantias em prol da aferição de lucros pelo detentor da fonte produtora.

1.4 DIREITO DO TRABALHO: NATUREZA PÚBLICA OU PRIVADA?

O principal questionamento suscitado quando do estudo de qualquer instituto jurídico é a definição de sua natureza jurídica, ou seja, onde se enquadra essencialmente dentro do ordenamento jurídico. Gomes (2009, p. 12) detalha, que “todo instituto jurídico tem no sistema seu lugar próprio. Encontrá-lo é determinar-lhe a natureza. A localização (sedes materiae) ajuda a compreensão e aplicação das regras agrupadas”.

Posto isto, com o Direito do Trabalho não seria diferente, por longo lapso temporal muito se discutiu quanto a qual ramo do Direito pertenceria este instituto. De imediato, o questionamento introduzido ficou restrito à seara do Direito Público ou Privado. Os critérios de classificação transcendem à relação de Estado e particular, tipicamente pública e as privadas, na regência de atos entre particulares.

Em primeira concepção, aqueles que defendem a Natureza Pública fundamentam esse entendimento na imperatividade da legislação trabalhista, que se aproxima das normas Estatais, portanto, o Direito do Trabalho corresponderia a Ramo do Direito Público dado interesse voltado para coletividade de modo impositivo. Assim, destaca Delgado (2012, p. 73):

O posicionamento no grupo do Direito Público estriba-se, fundamentalmente no caráter imperativo marcante das regras trabalhistas e na tutela próxima à típica de matriz pública que confere aos interesses laborais acobertados por suas regras.

Entretanto, contrariamente ao posicionamento pela prevalência da natureza Pública, aqueles que defendem a natureza Privada do Direito do Trabalho, como Garcia (2011, p. 13), firmam entendimento no fato de que embora as normas trabalhistas tenham consubstancial caráter cogente, de determinações a serem garantidas, “o caráter imperativo de certas normas jurídicas apenas significa a

relevância para a sociedade, na sua observância”, não implicando necessariamente tratar-se de instituto de Direito Público.

Nessa linha de pensamento, Basile (2012, p. 20) disciplina que:

O Direito do Trabalho constitui ramo do Direito Privado, posto que oriundo do instituto romano civil *locatio conductio operarum* (locação de mão de obra) e, principalmente, porque envolve, na grande maioria das vezes, dois sujeitos particulares. Embora muitas de suas normas revelem feição protetiva (restringindo a autonomia privada das partes) e regulamentem mecanismos públicos de fiscalização, isso não será suficiente para alterar sua natureza jurídica.

Para solucionar este impasse doutrinário, outras correntes surgiram ao longo da história na tentativa de estabelecer a Natureza Jurídica do Direito do Trabalho, entre elas pode ser citada a Teoria do Direito Misto, explicada por Martins (2009, p. 24) sobre a alegação de que, “em razão da existência dessas normas de Direito privado e de Direito público é que o Direito do Trabalho teria uma natureza mista”.

Noutro turno, como cita Delgado (2012, p. 73), “há autores, contudo, que consideram esse ramo jurídico inassimilável a qualquer dos dois grandes grupos clássicos, enquadrando-se em um terceiro grande grupo de segmentos jurídicos, o Direito Social”. Posto isto, a Teoria do Direito Social tentou explicar a natureza jurídica das normas trabalhista, por este instituto não se encontra perfeitamente a nenhum dos Ramos do Direito (Público ou Privado).

Embora diversas teorias tentassem explicar a natureza jurídica do supracitado dispositivo, prevalece majoritariamente o entendimento do Direito do Trabalho encontrar essência jurídica no ramo do Direito Privado, por ter como cerne protetivo as relações entre particulares, materializadas no contrato de trabalho, como retrata Nascimento (2011, p. 359.):

O direito do trabalho é, portanto, ramo do direito privado porque regula interesses imediatos dos particulares, é pluricêntrico, tanto a convenção coletiva de trabalho como o contrato individual não se desvincularam do âmbito do direito privado, e porque a liberdade sindical exige que assim o seja.

Constata-se desta forma, que ainda que preliminarmente tenha-se a falsa impressão do Direito do Trabalho imbuir-se de natureza jurídica de Direito Público, após aprofundada análise doutrinária, verifica-se tratar de instrumento de Direito

Privado. Isto porque, mesmo possuindo dispositivo normativo imperativo à proteção das relações laborais, estas figuras jurídicas têm como fim a celebração de um contrato que as rege e, por conseguinte, ratifica-se a natureza Privada.

2 AS RELAÇÕES TRABALHISTAS NA CONTEMPORANEIDADE

2.1 RELAÇÃO DE EMPREGO X RELAÇÃO DE TRABALHO

A priori, necessário se faz destacar o fato de que embora popularmente sejam utilizadas como expressões sinônimas, as relações de emprego e as relações de trabalho são institutos jurídicos diversos, não podendo ser confundidos. Nessa ótica, não obstante existirem semelhanças entre as citadas formas de relações laborais, como a indispensabilidade de existência de um vínculo jurídico entre duas ou mais pessoas, essencialmente se diferem quanto ao âmbito de incidência.

Conforme preleciona Pereira (2013, p. 35), “a expressão “relação de Trabalho” é muito mais abrangente, pois compreende todas as formas de prestação de serviços por uma pessoa física em favor de outra pessoa física ou jurídica”. Nesse contexto, entende-se como relação de trabalho as formas genéricas de contratação, as quais se estabelecem pela simples celebração de contrato de prestação de serviço, resultando obrigações recíprocas para os contratantes, como evidenciado no trabalho autônomo, avulso e o eventual.

Noutro turno, segundo conceitua o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

No mesmo sentido, conforme disciplina Pereira (2013, p. 35):

No entanto, a expressão “relação de emprego” é mais restrita, na medida em que compreende apenas os serviços prestados sob determinadas condições que justificam a aplicação das normas protetivas trabalhistas, pois nem todo trabalhador possui relação de emprego.

Desta forma, as relações de emprego dependem do preenchimento de condições *sine qua non* à configuração do vínculo empregatício. Por isso, consoante supracitado, trata-se de vínculos jurídicos mais restritos quando comparado com as relações de trabalho, surgindo a partir desta definição, o brocardo jurídico de que, “Nem toda relação de trabalho contém uma relação de emprego, mas toda relação de emprego envolve uma relação de trabalho”².

Diante destas ponderações, alguns doutrinadores compartilham do entendimento de que a relação de trabalho seria o gênero das relações laborais, e a relação de emprego seria uma das espécies destas relações, uma vez que, pelas relações de trabalho se caracterizarem como genéricas abrangeriam as relações de emprego, estas restritas ao preenchimento de elementos fáticos jurídicos próprios.

Em mesma visão, proclama Delgado (2012, p. 279) ao abordar o tema:

A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

Contudo, notadamente estas acepções do Direito Trabalhista se demonstram ultrapassadas quando analisadas conjuntamente à nova realidade social. Isto porque, os institutos estudados apresentam maior complexidade necessitando de um estudo dinâmico e sistematizado, diversamente de mera diferenciação simplória em gênero e espécie. Desse modo, Pereira (2013, p. 36) pontua:

No entanto, a tradicional definição de que relação de trabalho é gênero, e relação de emprego, espécie, parte de uma premissa extremamente simplista, desconsiderando as novas formas de organização de trabalho e de prestação de serviços, como terceirização e intermediação de mão de obra, quarterização, grupos econômicos multinacionais, subordinação estrutural, integrativa e a distância etc.

Assim sendo, as relações laborais são divididas em modalidades, as quais são denominadas relações trabalhistas e relações de emprego. As relações trabalhistas são formas genéricas de contratação, voltadas à prestação de serviço por um particular a um tomador de serviço, mediante o pagamento de valores pré-

² Relação de Trabalho e Relação de Emprego. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8349>.

estabelecidos. Lado outro, as relações de emprego possuem a característica essencial de necessitarem da presença de elementos fáticos jurídicos específicos, que são a Pessoalidade, Subordinação, Onerosidade, Alteridade e Não Eventualidade, as quais a diferenciam das demais relações laborais.

2.2 FORMAS DE RELAÇÕES DE TRABALHO

Como conceitua Pereira (2013, p. 37), relação de trabalho “trata-se de qualquer vínculo jurídico em que uma pessoa natural presta serviços ou obras a outrem mediante pagamento de uma contraprestação”. Deste modo, as relações de trabalho são relações laborais mais genéricas, necessitando basicamente da contratação voltada à prestação de serviços, dispensando a presença de elementos de maior especificidade.

Essas modalidades de relações trabalhistas podem ser estabelecidas de diversos modos, dentre estes é imperial citar as relações de trabalho autônomo, o trabalho avulso e o trabalho eventual. Notadamente, o ponto de interseção entre estas relações laborais é o fato de se fundarem na autonomia empreendida na prestação de serviço, afastando a subordinação típica das relações de emprego.

Conforme conceitua Martins (2009, p. 149), “o trabalhador autônomo é, portanto, a pessoa física que presta serviços habitualmente por conta própria a uma ou mais de uma pessoa, assumindo os riscos de sua atividade econômica”.

Assim, o trabalho autônomo apresenta como principal característica, como a própria nomenclatura indicia, a ausência de subordinação, uma vez que nestas formas de contratação o prestador de serviço atua imbuído de independência no exercício de suas atividades, não se sujeitando à direção ou comando do tomador de serviço. “O trabalhador autônomo desenvolve suas atividades por conta própria, pois não está subordinado juridicamente ao tomador de serviços” (PEREIRA, 2013, p. 38).

Embora regulado pelo Código Civil, no Título VI, “Das Várias Espécies de Contrato”, Capítulo VII, “Da prestação de Serviço”, nos artigos 593 a 609 do Código Civil, os conflitos advindos do contrato de trabalho também denominado contrato de prestação de serviço, são dirimidos pela Justiça do trabalho, tendo em vista a

Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável pela reforma do Poder Judiciário (PEREIRA, 2013, p. 40).

A seu turno, o trabalhador avulso como esclarece Nascimento (2011, p. 1059):

[...] exerce sua atividade no porto também aliena o poder de direção sobre o próprio trabalho em troca de remuneração. Mas não tem vínculo empregatício. Sua atividade é exercida com a intermediação do seu sindicato, às vezes até mesmo com uma certa dose de direção do seu próprio órgão representativo, mas não é o sindicato que remunera o trabalho ou que se beneficia com os resultados, sendo-o as empresas para as quais o serviço portuário é realizado. O sindicato não é mais o intermediário, e mais nada, do recrutamento do trabalho e da remuneração provinda de terceiros. Na atividade portuária, o sindicato não mais contrata a mão de obra, o que compete, agora, a um órgão criado por lei para esse fim e que não é órgão sindical. O avulso não portuário pela praxe é contratado por meio de seu sindicato. Desse modo, há dois tipos de trabalhador avulso: o portuário e o não portuário.

Nesses termos, o trabalho avulso está relacionado principalmente ao trabalho exercido em portos, havendo também outras categorias mais dispersas. O trabalho exercido nos portos brasileiros foi regulamentado pela Lei nº 8.630/93, atualmente revogada. Outro dispositivo legal a reger esta modalidade de trabalho é a Portaria nº 3.107/71 do Ministério do Trabalho e Emprego, a partir da qual passaram a ser elencadas diversas classes de trabalhadores avulsos.

Com relação ao trabalho eventual, para Vilhena (1975, p.178, *apud* PEREIRA, 2013, p. 42):

O trabalho eventual é, via de regra, subordinado. Ainda que a prestação de serviços seja ocasional e se destine à cobertura de uma exigência desligada do normal funcionamento da empresa – essa é a acepção corrente de trabalho eventual –, a atividade do trabalhador passa a compor, ainda que momentaneamente, a circulabilidade ativística da empresa.

Assim, nota-se a presença de alguns dos elementos fáticos jurídicos típicos das relações de emprego no trabalho eventual, visto que, o serviço prestado é realizado de forma subordinada, onerosa e pessoal, entretanto o principal ponto de distinção entre os citados institutos é a ausência do elemento da não eventualidade.

Desta forma, consoante supracitado, os contratos de prestação de serviço são formas de contratação mais genéricas, que embora possuam alguns dos elementos fáticos jurídicos característicos das relações empregatícias, se divergem devido a maior autonomia dada ao prestador de serviço frente ao tomador deste,

salvo ao que tange o trabalho eventual, modalidade em que prevalece a subordinação.

Outra questão a ser pontuada é o fato de que embora estas formas de contratação possuam alguns dos elementos característicos da relação de emprego, nenhuma destas possui simultaneamente todos, o que impossibilita o reconhecimento do vínculo empregatício.

2.3 A LEGALIDADE DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FRENTE ÀS DISPOSIÇÕES EMANADAS DO ART. 129 DA LEI Nº 11.196/2005

Em que pese a Lei nº 11.196/2005, advinda da MP nº 255 de 2005, ter por escopo a instituição do Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia de Informação – REPES, entre outras determinações secundárias, a citada lei é objeto de fervorosos debates, por vezes voltados à seara trabalhista. O cerne das discussões encontra-se no artigo 129 do supracitado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

Em análise ao mencionado artigo, verifica-se que os debates doutrinários e jurisprudenciais se concentram na abertura proporcionada pela legislação a que se precarize típicas relações de emprego, de modo a disfarçá-las em fraudulentos contratos de prestação de serviço.

Ao estipular a aplicação exclusiva da legislação aplicável às pessoas jurídicas, no caso das prestações de serviço tuteladas nesta lei, extirpou-se a aplicabilidade da legislação trabalhista, fundando-se no fato de que relações estabelecidas mediante utilização de pessoas jurídicas afastam qualquer

possibilidade de configuração de vínculo empregatício, mesmo que cristalina se faça a existência de personalidade nestas relações.

A resistência ao novo dispositivo ganha força ao ser apresentado na Mensagem nº 783³ o texto original da MP nº 255/05, aprovada pelo Congresso Nacional, no qual o artigo 129 possuía um parágrafo único com a seguinte redação:

Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica quando configurada relação de emprego entre o prestador de serviço e a pessoa jurídica contratante, em virtude de sentença judicial definitiva decorrente de reclamação trabalhista.

Assim, primeiramente a vedação pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, foi entendido como auxílio à utilização de fraudes no ambiente laboral, extinguindo as relações de emprego e, por conseguinte, favorecendo a mitigação das garantias laborais.

Lado outro, em minuciosa análise às determinações emanadas do artigo em apreço, verifica-se que este previu a utilização desvirtuada deste instituto, quando *in fine* colaciona que as prestações de serviço realizadas por pessoas jurídicas serão regidas pela legislação destinada a estas, mas ressalva “sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil”.

A Lei nº 10.406/2002 que instituiu o Código Civil, dispõe em seu artigo 50:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Assim, entende-se que o legislador ao editar o presente diploma normativo, voltou-se a assegurar ao indivíduo que presta serviço mediante a criação de pessoa jurídica, o pagamento de tributos nesta condição. Entretanto, prevendo a possibilidade de desvirtuamento do texto com emprego de interpretação diversa, simultaneamente foi acrescido limitações e punições àqueles que burlarem a Legislação.

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0783-05.htm>.

Depreende-se dos citados dispositivos, que a contratação de pessoas jurídicas para prestação de serviços intelectuais, científicos, artísticos ou culturais é prática legítima, mesmo que envolvida de personalidade. Outrossim, presentes todos os elementos fáticos jurídicos da relação de emprego e configurado o desvio de finalidade pelo abuso da personalidade jurídica, conforme estabelece o artigo 50 do Código Civil, será desconstituída a pessoa jurídica com responsabilização direta ao seu administrador ou sócio.

2.4 RELAÇÃO DE EMPREGO: ELEMENTOS FÁTICOS JURÍDICOS CONSTITUTIVOS DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A primeira condição para que se reconheça a existência de vínculo empregatício é o preenchimento dos elementos fáticos jurídicos básicos dessa relação. Nesse turno, as previsões legais inseridas nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) são percussoras dos requisitos caracterizadores da relação de emprego.

Ao conceituar, "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário", o artigo 3º da CLT sintetiza os elementos típicos de uma relação empregatícia. Desta forma, conforme evidencia Pereira (2013, p. 50), "os requisitos caracterizadores da relação de emprego são: trabalho realizado por pessoa física, personalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e alteridade".

Assim, verifica-se que os citados elementos são indispensáveis à configuração de uma relação de emprego, devendo coexistirem simultaneamente. Posto isto, presentes todos os elementos fáticos jurídicos, evidente se faz a existência de uma relação de emprego, e conseqüentemente, a ausência de qualquer deles descaracteriza a atividade como emprego.

Primeiramente, nota-se que o elemento primordial ao reconhecimento do vínculo empregatício é a existência de subordinação nas relações laborais, característica diferenciadora de uma relação de trabalho, consoante disciplina o artigo 3º da CLT ao mencionar a existência de dependência. Comungando deste entendimento, Nascimento (2009, p. 164, *apud* PEREIRA, 2013, p. 57) disciplina:

Conceituamos subordinação como uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

Outra questão a ser pontuada, reside na imprescindível necessidade da prestação de serviço ser realizada por pessoa física, vista a impossibilidade de uma pessoa jurídica figurar como obreiro. Conforme ressaltado anteriormente, as relações de emprego se investem de especificidade, afastando o caráter genérico de meras relações trabalhistas dotadas de impessoalidade pelas particularidades que a constituem. Desse modo, restringe Delgado (2012, p. 270):

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

Nesse mesmo sentido, afirma Shiavi (2006, p. 38, *apud* PEREIRA, 2013, p. 37):

“Relação de trabalho” pressupõe “Trabalho prestado por conta alheia, em que o trabalhador (pessoa física) coloca sua força de trabalho em prol de outra pessoa (física ou jurídica), podendo o trabalhador correr ou não os riscos da atividade. Desse modo, estão excluídas as modalidades de relação de trabalho em que o trabalho for prestado por pessoa jurídica, porquanto, nessas modalidades, embora haja relação de trabalho, o trabalho humano não é o objeto dessas relações jurídicas e sim um contrato de natureza cível ou comercial”.

Os ensinamentos de Schiavi buscam reiterar o entendimento de que, as relações trabalhistas devem ser celebradas com pessoas físicas figurando como funcionários que se obrigam à realização de atividades determinadas, mediante uma contraprestação. Posto isto, estão excluídas dessa modalidade trabalhista as relações fundadas em prestações de serviço por pessoa jurídica, uma vez que, as relações de trabalho encontram escopo no trabalho humano, restringindo qualquer outra forma que não se enquadre nestes moldes.

Intimamente ligado à necessidade de que o trabalho seja realizado por pessoa física, encontra-se o elemento da pessoalidade, posto que, o contrato de trabalho se investe de caráter *intuitu personae* quanto à figura do empregado, pelo

fato de aquele que se obriga à realização de trabalho deve prestá-lo pessoalmente, não podendo fazer-se substituir.

Nesse diapasão, preleciona Martins (2009, p. 91):

O contrato de trabalho é *intuitu personae*, ou seja, realizado com certa e determinada pessoa. O contrato de trabalho em relação ao trabalhador é infungível. Não pode o empregado fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última. O empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica, podendo ocorrer, no caso prestação de serviços, empreitada, etc.

O significado da expressão “não eventual” elementar do vínculo empregatício, constante no artigo 3º da CLT, foi por largo período alvo de divergência doutrinária. Martins (2009, p. 91) faz uso da expressão “continuidade”, por acreditar que para ser configurada uma relação de emprego a atividade prestada deve ser contínua. Lado outro, Silva (2009, p. 86, *apud* PEREIRA, 2013, p. 53) emprega a expressão “habitualidade”, entendendo que a atividade prestada deve se dar constantemente para que se verifique sua habitualidade.

Compartilhando destes entendimentos divergentes, embora convergentes em um denominador comum, explica Garcia (2011, p. 63):

Pode-se dizer, entretanto, que a não eventualidade significa a prestação de serviços ligados às atividades normais do empregador, ou seja, realizando serviços permanentes necessários à atividade do empregador ou ao seu empreendimento.

Outrossim, as relações de emprego como reiteradamente destacado, pressupõem a necessidade de prestação de serviço a um empregador mediante o recebimento de contraprestação pelas atividades exercidas. Nessa visão, o contrato de trabalho dota-se de onerosidade, por requisitar do empregador o pagamento de salário, seja em dinheiro ou parcialmente em utilidades.

Assim, leciona Delgado (2012, p. 277):

O contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocos entre as partes, economicamente mensuráveis. A onerosidade, como elemento fático-jurídico componente da relação de emprego, não deve, contudo, ser enfocada sob a ótica do trabalho realizado ou mesmo sob a ótica do tomador de serviços. É que, considerado sob qualquer dessas duas perspectivas, o elemento fático-jurídico da onerosidade estaria sempre presente, desde que houvesse prestação de

trabalho por alguém a outrem: afinal, todo trabalho – mesmo simples – é passível de mensuração econômico no contemporâneo sistema de mercado, sempre tendo determinado valor econômico para seu tomador, para quem recebe o serviço prestado. Deve a onerosidade, portanto, ser enfocada sob a ótica do prestador de serviços: apenas nessa perspectiva é que ela constitui elemento fático-jurídico da relação de emprego.

O artigo 2º da CLT ao definir o conceito de empregador, estipula simultaneamente o dever de responsabilidade ao estabelecer: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Nesta ótica, a efetiva relação de emprego gera ao empregador o dever jurídico de assumir os riscos decorrentes do desenvolvimento dessa atividade. “A presente característica é também conhecida pela denominação alteridade (alter: outro; — /—; dade: qualidade — isto é, qualidade do outro ou que está no outro)” DELGADO, 2012, p. 403).

Segundo a lição de Delgado (2012, p. 402), em uma análise deste elemento fático jurídico:

A característica da assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho consiste na circunstância de impor a ordem justralhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado. Por tal característica, em suma, o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução.

Logo, a junção de todos os elementos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, face à existência de uma relação laboral, por conseguinte estabelecem a ocorrência do vínculo empregatício. Uma vez preenchidos os elementos fáticos jurídicos supracitados, evidente se faz a ocorrência da relação de emprego.

2.5 O FENÔMENO DA PARASSUBORDINAÇÃO E A OCORRÊNCIA DA DENOMINADA “ZONA GRISE”.

A construção e transformação das normas trabalhistas ao longo da história voltaram-se entre outros objetivos, à resolução do questionamento que até os dias de hoje intriga o corpo normativo e os doutrinadores em matéria trabalhista, a

distinção entre autonomia e subordinação presente nas relações laborais, principalmente com as mudanças ocorridas nestas relações.

Nesse cenário, marcado pelas alterações sociais e novas formas de contratação, surge na Itália, em 1973, com a reforma do *Codice de Procedura Civile* (Código de Procedimento Civil), um novo fenômeno jurídico intitulado Parassubordinação, para designar como evidencia Moreira (2013, Revista LTr. 77-01/55):

[...] o tipo de trabalho que possui as características tanto do trabalho por conta própria, como do trabalho por conta alheia: os trabalhadores economicamente dependentes trabalham por sua própria conta e risco e não estão subordinados ao empregador. Por outro lado, são economicamente dependentes na medida em que se vinculam, em maior ou menor grau, a só empresa cliente. Assim, novas formas de trabalho não subordinado ganham lugar na sociedade sem serem consideradas trabalhador autônomo.

Nesse mesmo sentido, destaca Freitas (2012)⁴ quanto ao contexto histórico a que remonta as noções preliminares sobre a subordinação:

[..] cujo objetivo era melhor distribuir o ônus da prova nas lides envolvendo trabalhadores representantes comerciais, que embora tivessem certa autonomia na prestação de serviços, tinham sua atividade continuamente coordenada pelo tomador de serviços.

Conforme enumerado reiteradamente, o principal fator diferenciador entre as relações trabalhistas autônomas e as relações de emprego é a ausência do elemento fático jurídico da subordinação, presente nestas últimas formas de contratação em contraposição à prestação de serviço autônomo. Nesse cenário, marcado pelos paradigmas ditados a partir da Revolução Industrial e com a difusão do Capitalismo pelo mundo, surgiram novas formas de contratação influenciadas essencialmente pelas fortes tendências flexibilizadoras, ao mesclar características de ambas as formas de relações laborais.

Outrossim, o trabalho Parassubordinado passou a ser utilizado de modo a intermediar o trabalho subordinado e o trabalho autônomo, consoante preconiza Nascimento (2011, p. 560):

⁴ Teletrabalhador e a configuração do vínculo empregatício: análise das teorias da parassubordinação e da subordinação estrutural. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36313&seo=1>>.

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 situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado.

Assim, o trabalho parassubordinado pode ser entendido como mecanismo intermediador entre a prestação de serviço autônomo e a relação de emprego, vez que, embora estas formas de contratação em muito se aproximem de uma relação de emprego, se diverge desta por o prestador se encontrar em condição de inferioridade, “sem possuir liberdade negocial, sob modalidade de contratos civis ou mercantis” (PEREIRA, 2013, p. 59).

Entretanto, a mera ausência de liberdade negocial não configura a existência de subordinação e, por conseguinte, a existência de vínculo empregatício embora presentes as demais características jurídicas. Para que se configure uma relação de emprego deve haver a perfeita caracterização da subordinação, simultaneamente aos demais elementos necessários.

Verifica-se que esta modalidade trabalhista não encontra base legal no ordenamento jurídico brasileiro, de ponto estar em uma zona turva sem arcabouço legislativo. O trecho do acórdão do TRT da 3ª Região leciona sobre o assunto da seguinte forma:

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO X REPRESENTAÇÃO COMERCIAL AUTÔNOMA.

A qualificação, em concreto, de uma determinada relação como de trabalho subordinado ou autônomo poderá ser difícil e controvertida, principalmente nas hipóteses que se situam na chamada "zona grise", isto é, a zona cinzenta ou fronteira, habitada por trabalhadores que tanto poderão ser enquadrados como empregados quanto como autônomos, fora da órbita do Direito do Trabalho. Um dos trabalhadores que habita essa "zona grise" é o vendedor, e a subordinação jurídica é reconhecida universalmente como elemento descritivo da relação de emprego, apresentando-se como traço que distingue o empregado vendedor viajante ou praticista do representante comercial autônomo. O trabalhador que executa a representação comercial com liberdade para estabelecer seu próprio roteiro de visitas, utilizando seu tempo conforme suas próprias diretrizes, sem se sujeitar a nenhum tipo de controle ou interferência por parte da ré, possuindo autonomia na angariação de clientes, não se encontra sob a égide da CLT, mormente quando evidenciadas a existência de uma organização própria e a assunção dos riscos desse empreendimento.

(Processo nº 00660-2006-008-03-00-9 RO. Publicado em 13 de fevereiro de 2007. 7ª Turma, TRT 3ª Região. Desembargadora Relatora Wilméia da Costa Benevides, DJMG).

Depreende-se da supracitada leitura, que estas modalidades de relações laborais expõem o trabalhador a completa insegurança jurídica, ao passo que sujeitam o então prestador de serviço à situação em que não se enquadra como empregado, por não figurar perfeitamente como trabalhador subordinado, bem como, não é visto como autônomo, devido ao fato da autonomia presente nestas relações não ser absoluta.

Nesse contexto, defronte está em situação fática inatingível pelas normas trabalhistas, se encontrando na denominada zona de grise ou zona cinzenta, onde não há legislação trabalhista própria a ser aplicada. Posto que, embora se verifique a autonomia do prestador de serviço enquanto livre para negociação de seus serviços a outros tomadores, resquícios de subordinação podem ser observados por ser a atividade exercida de forma contínua e coordenada à empresa ou tomador.

A Parassubordinação pode ser melhor visualizada após a análise do trecho do acórdão do TRT da 3ª Região, respectivamente:

Não há no Direito do Trabalho Brasileiro lei que defina o vendedor-empregado e o representante comercial. A subordinação jurídica é reconhecida, universalmente, como elemento descritivo da relação de emprego, apresentando-se como traço que distingue o empregado vendedor viajante ou praticista do representante comercial autônomo, cujas funções são análogas às do primeiro. O conteúdo da subordinação varia de intensidade, segundo a natureza da prestação de serviços e os fins da empresa. E, em se tratando de distinguir esses dois trabalhadores, nem sempre é fácil a missão. Isso porque a Lei nº 4.886/65 (com as alterações advindas da Lei nº 8.420/92), que disciplina o trabalho do representante comercial autônomo, dificulta ainda mais esse enquadramento, quando estabelece, para o representante comercial, além dos serviços de natureza não eventual (art. 1º), certos elementos a que os tribunais se apegavam para caracterizar a subordinação jurídica entre os quais: a fixação e restrição de zonas de trabalho, a proibição de autorizar descontos, a obrigação de fornecer informações detalhadas sobre o andamento do negócio e a observância às instruções do representado (arts. 27, 28 e 29). Assim, restam como critérios favoráveis à subordinação a obrigatoriedade de comparecimento à empresa em determinado lapso de tempo, a obediência de apreciável margem de escolha dos clientes e de organização própria, como também risco a cargo do dador de trabalho. Ausentes esses critérios, a relação jurídica não se submete à égide do direito do Trabalho, pois caracteriza prestação de serviços autônomos.
(Processo nº 1901/02 01479-2001-077-03-00-6 RO. Publicado em 10 de abril de 2002. 2ª Turma, TRT 3ª Região. Desembargadora Relatora Juíza Alice Monteiro de Barros, DJMG).

Nesse diapasão, nota-se que as relações parassubordinadas se encontram em área jurídica de difícil distinção das relações ditas autônomas ou mesmo, as de emprego, isto porque, ao mesclar características de formas de contratação diversas,

os fatos ocorridos decaem na denominada zona de grise ou zona cinzenta, área jurídica intangível pela legislação trabalhista.

“Desse modo, em tais situações, apenas da análise concreta desses elementos (*affectio societatis*, com autonomia, versus subordinação) é que surgirá o preciso enquadramento classificatório” (DELGADO, 2015, p. 393). Como preconiza Delgado, cabe sempre ressaltar a possibilidade jurídica destas questões serem levadas ao judiciário para análise individualizada.

Logo, apesar das relações parassubordinadas possuírem os elementos fáticos jurídicos típicos de uma relação de emprego, por estas formas de contratação não se investirem de traços exatos da subordinação, embora o prestador e tomador de serviço não estejam em equilíbrio de condições durante o contrato de trabalho, o vínculo empregatício não pode ser configurado, constituindo mera relação de trabalho autônomo. Todavia, esta classificação pode ser adotada mediante o emprego da tutela jurisdicional frente aos fatos concretos levados ao conhecimento do Poder Judiciário.

3 O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO

Como aduz Stander (2006, p. 105, *apud* SANTOS, 2013, p. 787), “o vocábulo “pejotização” constitui um neologismo originado da sigla “PJ”, a qual é utilizada para designar a expressão “pessoa jurídica””. A referida nomenclatura é criação doutrinária e jurisprudencial para denominar um fenômeno recente no ordenamento jurídico brasileiro, caracterizado pela contratação de trabalhadores na condição de pessoa jurídica prestadora de serviço.

Diante do processo de globalização influenciado pelas fortes tendências capitalistas de negociação, a contratação mediante o emprego de pessoa jurídica prestadora de serviço ganha força sob o fundamento de flexibilização das relações de trabalho. Nesse cenário marcado por ideais de flexibilização, o fenômeno da Pejotização se confirma em contornos legais com a edição da Lei nº 11.196\2005, especificamente quanto ao artigo 129, *in verbis*:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

A partir da previsão legal, viabilizou-se o emprego da Pejotização desde que a atividade laboral prestada fosse de cunho intelectual. Utilizando deste argumento jurídico, “diversos empregadores passaram a contratar mão de obra para a prestação de serviços intelectuais, sob a “máscara” de pessoa jurídica, sem relação de emprego” (PEREIRA, 2013, p. 77).

Conforme recorda Pereira (2013, p. 77), “os empregadores-contratantes alegam que o trabalhador, por livre iniciativa e vontade aceita a condição de prestador de serviço ao constituir pessoa jurídica e assinar contrato de prestação de

serviço”. Nesse contexto, a prática da Pejotização encontraria fundamento no respeito à liberdade e autonomia da vontade do trabalhador em estabelecer suas relações trabalhistas, buscando garantir àquele que deseja constituir uma pessoa jurídica a fim de se tornar um microempreendedor e por consequência prestar serviços sob a forma de prestação de serviços, autonomia gerencial para negociação destes.

Posto isto, os excessos cometidos na intervenção Estatal no sentido de impedir tais contratações, desrespeitando a vontade dos contratantes, consistem no cerceamento do direito ao desenvolvimento da atividade empresarial e a liberdade de contratar. Para ratificar o entendimento exposto, adentra no ordenamento brasileiro, a Lei Complementar 128 de 2008⁵ que trata sobre o Micro Empreendedor Individual, objetivando tirar da informalidade um grande número de empresários, não deixando de arrecadar tributos para os cofres públicos e assim, confirmando a flexibilização das relações trabalhistas com esteio em atender às expectativas atuais do mercado.

Neste sentido, os juristas Couto Filho e Renault apresentam duas correntes⁶ acerca da viabilidade e legalidade da “Pejotização”. A primeira corrente sustenta especialmente que o serviço intelectual elimina a hipossuficiência do trabalhador, cabendo-lhe a escolha da lei de regência relativa ao trabalho prestado, defendendo ainda, que os incentivos fiscais e previdenciários compensariam os benefícios trabalhistas. Consoante o disposto, empregado e empregador estariam em igualdade de condições para contratar, podendo aquele dispor de uma proteção que lhe é inerente.

Lado outro, a corrente contrária prega pela hipossuficiência do trabalhador frente ao poder econômico do empregador. Isto porque, independentemente da condição econômica ou atividade prestada pelo trabalhador, seja esta intelectual, técnico ou manual, este seria hipossuficiente, gerando a incidência da Legislação Trabalhista. Assim sendo, a aplicação das normas trabalhistas independe da forma dada às relações ou mesmo a vontade das partes, não podendo ser renunciada por seu destinatário.

⁵ Disponível em: <<https://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/LeisComplementares/2008/leicp128.htm>>.

⁶ A “pejotização” e a precarização das relações de trabalho no Brasil. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Renaul.pdf>.

Compartilhando do entendimento advindo desta segunda corrente, existem aqueles que veem nesta conduta a ocorrência de expediente fraudulento no âmbito trabalhista, previdenciário e tributário, vista a presença dos elementos fáticos jurídicos característicos da relação de emprego, que são: “trabalho realizado por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e alteridade”, conforme enumera Pereira (2013, p. 50). Nas palavras de Pereira (2013, p. 78), “a presença concomitante de todos os requisitos de uma relação contratual impõe o reconhecimento da relação de emprego, com a consequente aplicação de todos os direitos trabalhistas”.

Neste ponto se encontra o cerne do problema debatido incessantemente no meio jurídico, a possibilidade de se reconhecer o vínculo empregatício entre a empresa tomadora de serviço e a pessoa jurídica contratada. Quando da leitura do art. 3º da CLT não se vê a possibilidade de outrem a não ser pessoa física ser considerado empregado, vez que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. (Grifou-se).

Nessa acepção, elucida Martins (2009, p. 129):

O primeiro requisito para ser empregado é ser pessoa física. Não é possível o empregado ser pessoa jurídica ou animal. A legislação trabalhista tutela a pessoa física do trabalhador. Os serviços prestados pela pessoa jurídica são regulados pelo Direito Civil.

Interpretando o mencionado dispositivo legal, inexistiria qualquer relação empregatícia entre o prestador de serviço, pessoa jurídica, e seu tomador, uma vez que, a ausência de um dos elementos característicos do vínculo empregatício, que no caso em testilha é o fato do trabalho não ser realizado por pessoa física, afasta qualquer possibilidade de se reconhecer a relação de emprego.

Neste mesmo entendimento, Maria Amélia Lira de Carvalho (2010, p. 62), conceitua a Pejotização como “uma das novas modalidades de flexibilização, que resulta na descaracterização do vínculo de emprego e que se constitui na contratação de sociedades (PJ) para substituir o contrato de emprego”.

Entretanto, em contrapartida, a Pejotização é entendida por alguns, consoante defende Pereira (2013, p. 77), como precarização das relações trabalhista, vez que, devido à existência do contrato de prestação de serviço como

pessoa jurídica, os trabalhadores “deixam de contar com certas garantias como salário mínimo, férias, gratificações natalinas, segurança e medicina de trabalho, limitação da jornada de trabalho, etc”. Nessa visão, ficam os tomadores de serviço isentos do pagamento de encargos trabalhista, previdenciários e fiscais, desonerando suas folhas de pagamento de tributações, fato percebido sobre a ótica de fraude não somente à legislação trabalhista.

Logo, oportuno se faz frisar a celeuma doutrinária vivenciada pelo ordenamento jurídico brasileiro quanto à contumaz contratação de pessoas físicas na condição de pessoa jurídica prestadora de serviço. Desta forma, deve ser realizada uma análise sistemática deste fenômeno frente às novas formas de contratação que permeiam as relações de trabalho, para que se alcance o real significado desta prática que diuturnamente se propaga pelo ordenamento jurídico trabalhista pátrio.

3.1 INCENTIVOS LEGAIS À PRÁTICA DA PEJOTIZAÇÃO

Conforme mencionado alhures, um dos principais argumentos utilizados para justificar o emprego da Pejotização é o respeito à liberdade e autonomia de vontade do trabalhador, onde este livremente negocia suas atividades laborais como melhor lhe convir, não cabendo ao Estado intervir nestas contratações⁷.

Como debatido inicialmente, embora a priori tenha-se a falsa impressão do Direito do Trabalho imbuir-se de natureza de Direito Público por possuir dispositivo normativo imperativo à proteção das relações laborais, esta figura jurídica tem como cerne garantir relações entre particulares celebradas no contrato de trabalho e, por conseguinte, ratifica-se sua natureza Privada⁸. Neste contexto, a atuação Estatal com fito a limitar estas formas de contratação, está equivocada, posto que, se referem a interesses particulares.

Além dos fundamentos jurídicos empregados para justificar contratações com pessoas jurídicas prestadoras de serviço, o fenômeno da Pejotização apresentaria fatores compensatórios pela ausência do contrato de trabalho, ponto debatido pelas

⁷ PEREIRA, 2013, p. 77.

⁸ NASCIMENTO, 2011, p. 359.

mais diversas razões. Como relata Duarte (2014, p.13), “para aqueles que defendem a sua possibilidade, a pejetização seria uma forma de contratação recompensadora e seu grande atrativo seria o aumento indireto da remuneração, proporcionado pela diminuição do pagamento de impostos”.

Em primeira análise, a contratação como prestador de serviço oferece vantagens previdenciárias e tributárias tanto para o empregador, quanto para o empregado, ocorrendo incentivos legais a viabilizar a ocorrência recorrente deste fenômeno.

Com relação à contribuição previdenciária, a Lei 12.470/2011 estabeleceu em seu artigo 1º, § 2º, Inciso II, alínea “a”, o recolhimento da alíquota de 5% (cinco por cento) para a previdência social, incidente sobre o salário de contribuição, que no caso em análise, corresponde ao salário mínimo. Além da alíquota reduzida, como a prestação de serviço é atividade autônoma, afasta-se a responsabilidade patronal quanto à contribuição previdenciária de 20% sobre a folha de pagamento, o depósito do FGTS de 8% sobre o salário, além de 13º salário, férias e seguro contra acidente de trabalho.

Enquanto isso, conforme dispõe o Anexo II, da Portaria Interministerial MPS/MF Nº 13, o contribuinte empregado recolhe de 8% (oito por cento) a 11% (onze por cento) a título de previdência, a depender do valor percebido mensalmente. Outrossim, o Micro Empreendedor Individual continua a gozar de garantias como a aposentadoria por idade, por invalidez, auxílio doença e salário maternidade, estendendo a seus familiares a possibilidade de pensão por morte e auxílio reclusão, nos termos da referida Lei 12.470/2011.

Com relação à carga tributária, a Lei complementar nº 123 de 2006⁹ que institui o sistema Super Simples Nacional, viabilizou a arrecadação de tributos pelos Micro Empreendedores Individuais, concentrando em um único instrumento todos os impostos devidos ao exercício da atividade desenvolvida.

Ao que tange o recolhimento do imposto de Renda, a Tabela V da supracitada lei determina que as empresas prestadoras de serviço devam recolher o Imposto de Renda com alíquota variável de 4% (quatro por cento) a 15% (quinze por cento) a depender dar receita aferida, ou seja, o valor máximo a ser recolhido não supera a

⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

15% (quinze por cento). Em lado oposto, o empregado pessoa física tem recolhimento de imposto de renda sobre a alíquota máxima de 27,5% (vinte e sete inteiros e meio por cento).

Diante do exposto, a ausência do vínculo empregatício devido à realização de contrato de prestação de serviço por pessoa jurídica seria compensado pelas vantagens tributárias e previdenciárias que vão além da figura do empregador, incidindo em especial sobre a renda do trabalhador, que ao desonerar as folhas de pagamento possibilita aos tomadores de serviço ofertarem aos prestadores de serviço melhores remunerações¹⁰.

3.2 ANÁLISE DA PEJOTIZAÇÃO SOB O PRISMA PRINCIPOLÓGICO

Em análise ao fenômeno da Pejotização, os princípios se transformam em mecanismos indispensáveis à solução dos conflitos trabalhistas, uma vez que, como verificado, não há dispositivo legal específico a ser aplicado nesta nova modalidade de contratação. Isto porque, não obstante a ausência de legislação dedicada à Pejotização, o artigo 8º da CLT autoriza que os princípios sejam utilizados para resolução das controvérsias resultantes da falta de tutela legal, nestes termos dispondo:

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 equidade 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.

A partir deste diploma normativo, de aplicação genérica, estipula-se que na ausência de dispositivo específico para elucidação dos conflitos que diuturnamente batem à porta do Poder Judiciário, os princípios serão aplicados, principalmente diante desta nova realidade jurídico trabalhista onde recorrentemente ocorre a contratação de pessoas físicas como pessoas jurídicas prestadoras de serviços.

¹⁰ DUARTE, 2014, p.13.

A importância estendida aos princípios do Direito do Trabalho é ratificada pelo parágrafo único do mencionado artigo, onde se estipula que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste” (Art. 8º, Parágrafo Único - CLT). Portanto, da interpretação desta norma, entende-se que os princípios em ordem hierárquica de aplicação, teriam prioridade de incidência quando em conflito com a legislação comum.

Logo, por todo o exposto, a aplicação dos princípios nitidamente se legitima para solução dos conflitos trabalhista, principalmente ao que tange à prática da Pejotização, fenômeno que não possui legislação própria para elucidação de suas questões controversas.

3.2.1 Princípios da Proteção e da Imperatividade das Normas Trabalhistas

O Princípio da Proteção, como leciona Delgado (2012, p. 193), implica que:

O Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia — o obreiro—, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Desta forma, confirma-se o entendimento pela hipossuficiência do trabalhador frente ao poderio emanado do empregador, normalmente detentor dos meios de produção. Nesse contexto, a Pejotização sob o amparo do Princípio da Proteção, envolve-se de contornos de ilegalidade, ao passo que, embora em um primeiro turno as vantagens pecuniárias advindas desta prática se demonstrem compensatórias pela ausência do vínculo empregatício¹¹, a prestação de atividade laboral mediante a constituição de uma pessoa jurídica afasta inúmeras garantias trabalhistas, criando situação de insegurança para este trabalhador¹².

A importância da proteção ao trabalhador notadamente vale-se de caráter essencial, ao tempo que o trabalhador embora preste atividade intelectual, não

¹¹ DUARTE, 2014, p.13.

¹² PEREIRA, 2013, p. 77

perde sua condição de hipossuficiência. Nesta ótica, importante se faz os ensinamentos de Américo Plá Rodriguez (1995, p. 14-28, *apud* DELGADO, 2012, p. 193), “que considera manifestar-se o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica”. Isto porque, independente de qual seja a atividade realizada, seja de cunho intelectual, ou não, o trabalhador continua em condição de inferioridade.

Nesse mesmo sentido, em íntima relação com o Princípio da proteção, o Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhista, consoante leciona Delgado (2012, p. 196), tutela que, “prevalece no segmento juslaborativo o domínio de regras jurídicas obrigatórias, em detrimento das regras apenas dispositivas”. Posto isto, mesmo que se verifiquem condições mais benéficas ao se abdicar da legislação trabalhista, esta continua a ser aplicada, visto que, a incidência das normas derivadas do Direito do Trabalho independe da vontade das partes.

Portanto, ao analisar os referidos princípios, confirma-se que a legislação trabalhista está voltada à defesa do trabalhador, parte hipossuficiente das relações de trabalho. Como a própria nomenclatura evidencia, o Princípio da Proteção garante segurança ao trabalhador diante da sua condição de inferioridade na situação concreta, enquanto o Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas impõe a aplicabilidade das normas emanadas do Direito do Trabalho independentemente da vontade de seu destinatário.

Sob a baila destes princípios, conclui-se que, ao que tange a Pejotização, desde que comprovada a presença dos elementos fáticos jurídicos característicos da relação de emprego, a incidência da CLT dar-se-á de forma autônoma, mesmo que, esta relação esteja sobre a égide de um contrato de prestação de serviço e diversamente tenha pactuado as partes, com vista a proteger o prestador de serviço que se encontra em condição de hipossuficiência quanto à relação com o tomador.

3.2.2 Princípio da Indisponibilidade / Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas

O Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas está atrelado ao Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas, anteriormente estudado, visto que ambos se relacionam à impossibilidade de afastar a aplicabilidade da legislação trabalhista e as garantias desta emanadas. De modo mais preciso, como aduz Delgado (2012, p.196), este princípio “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato”.

Nesse cenário, a Pejotização é vista como lesão ao Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, uma vez que, devido à existência do contrato de prestação de serviço como pessoa jurídica, os trabalhadores “deixam de contar com certas garantias como salário mínimo, férias, gratificações natalinas, segurança e medicina de trabalho, limitação da jornada de trabalho, etc.” (PEREIRA, 2013, p. 77).

A partir desse entendimento, embora a prestação de serviço mediante o emprego de pessoa jurídica possa representar maiores ganhos ao trabalhador, além de incentivos previdenciários e tributários, não pode o indivíduo dispor de suas garantias trabalhistas. Nessa visão, para justificar a indisponibilidade destes direitos, com fundamento na hipossuficiência histórica do trabalhador, Delgado (2012, p.196) elucida:

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego.

Nesse mesmo sentido, Barros (2011, p.1146) evidencia:

Embora atenuado pela negociação coletiva (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal vigente), está vinculado à ideia de imperatividade, isto é, de indisponibilidade de direitos. Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia.

Como afirma Delgado (2012, p. 194), “para a ordem justralhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador”. Assim, a Pejotização sob a perspectiva principiológica, trata-se de expediente fraudulento por impossibilitar que o trabalhador goze de certas garantias trabalhistas ao obrigá-lo a constituir uma pessoa jurídica como única alternativa para manutenção de sua fonte de renda. Logo, qualquer forma de contratação que imponha ao trabalhador a perda ou redução de direitos trabalhistas causando prejuízos, será inválida.

3.2.3 Princípio da Primazia da Realidade Sobre a Forma e o Reconhecimento do Vínculo Empregatício Pela Justiça Do Trabalho

Consoante previsão do art. 112 do Código Civil, “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. O referido dispositivo é pioneiro ao demonstrar que a vontade das partes deve prevalecer frente à forma empregada para contratação. Como alega Duarte (2014, p. 186), “desta ideia civilista nasce o princípio da primazia da realidade, que inspira fortemente o Direito do Trabalho”.

De forma expressa, o mencionado princípio encontra-se disposto no artigo 9º da CLT, onde consta que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

De acordo com Barros (2011, p. 146):

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhe foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica. É sabido que muitas vezes a prestação de trabalho subordinado está encoberta por meio de contratos de Direito Civil ou Comercial. Compete ao intérprete, quando chamado a se pronunciar sobre o caso concreto, retirar essa roupagem e atribuir-lhe o enquadramento adequado, nos moldes traçados pelo art. 2º e 3º da CLT.

Nestes termos, quando aplicado na Pejotização, o princípio da primazia da realidade sobre a forma determina que seja desconsiderado o contrato de natureza

civil, celebrado para prestar serviço, quando presentes os elementos fáticos jurídicos característicos da relação de emprego. Nessa ótica, preenchidos os elementos da relação de emprego, deverá ser reconhecido o vínculo empregatício e, por conseguinte as garantias trabalhistas dele decorrentes.

Ao que tange à Pejotização, deve ser desconsiderada a forma e as regras de contratação, prevalecendo a realidade fática, visto que, o contrato de prestação de serviço é meio para fraudar a legislação e conseqüentemente disfarçar a existência de uma relação de emprego. Nessa lógica, apresenta Cueva (1943, *apud* RODRIGUEZ, 1996, p. 218):

A existência de uma relação de trabalho depende, em consequência, não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador se ache colocado, porque [...] a aplicação do Direito do Trabalho depende cada vez menos de uma relação jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Donde resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.

(...)

Em razão do exposto é que o contrato de trabalho foi denominado contrato-realidade, posto que existe não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, e que é esta e não aquele acordo o que determina sua existência.

Ponto a ser ressaltado é a condição a qual o trabalhador encontra-se submetido, onde para manter seu emprego, vê-se obrigado a constituir uma pessoa jurídica para prestação de serviço, não compreendendo o alcance lesivo desta prática para seus direitos trabalhistas e para a ordem jurídica.

Nesse sentido, a respeito da situação de alienabilidade a qual o trabalhador está exposto, elucida Silva (2009, p. 77):

A disseminação dessa modalidade astuciosa já faz com que muitos trabalhadores não compreendam a gravidade da nova relação. Na prática, o obreiro exerce suas atividades como se houvesse vínculo empregatício, inclusive com dedicação à atividade-fim da empresa que o recontrata como pessoa jurídica. No entanto, considerando-se a proeminência do princípio da “primazia da realidade”, recomenda-se, a quem seja assim agredido em seus direitos, que denuncie a irregularidade e busque o merecido ressarcimento.

Em outro turno, a ratificar entendimento no qual se despreza a forma contratada e porventura o nome dado ao instrumento celebrado *inter partes*,

considerando a realidade evidenciada pelos pactuantes, afirma Américo Plá Rodriguez (1996, p. 315):

Não é o empregador quem deve atribuir a qualidade de empregado; esta surge da natureza dos fatos da relação jurídica que a configura, independentemente da interpretação mais ou menos tendenciosa dos interessados.

Ante o exposto, o Poder Judiciário no exercício do poder de dizer o direito frente aos fatos concretos que lhe são narrados, vem apresentando conduta tendenciosa a garantir a realidade fática mais benéfica à parte hipossuficiente da relação de emprego, ou seja, o empregado. Isto porque, embora o serviço seja em tese, prestado por pessoa jurídica, este fato deve ser desconsiderado, posto que, na realidade a constituição de pessoa jurídica é exigência estabelecida para disfarçar nítida relação empregatícia.

Sobre este argumento, a jurisprudência já reconheceu em alguns casos, considerada as particularidades de cada situação levada à análise, a existência de relação de emprego, desde que presentes os pressupostos fáticos jurídicos para tal, conforme trecho do acórdão do TRT da 1ª e 4ª Região, respectivamente:

Ementa: VÍNCULO DE EMPREGO. **PEJOTIZAÇÃO**. FRAUDE À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. Não pode o Judiciário Trabalhista chancelar a prática, cada vez mais recorrente do **fenômeno** da "**pejotização**", que consiste na constituição de pessoa jurídica com o escopo de mascarar verdadeira relação de emprego, em nítida fraude à legislação trabalhista (art. 9º da CLT), com a supressão de direitos constitucionalmente assegurados (art. 7º, CF/88), e violação dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e da valorização do trabalho (art. 170 e 193, CF/88). Comprovado os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho prestado por pessoa física, de forma pessoal, não eventual, onerosa e subordinada), o reconhecimento do vínculo empregatício é medida que se impõe.
(Processo nº 0010937-12-2013-5-01-0018 RO. Publicado em 27 de maio de 2015, 3ª Turma, TRT 1ª Região. Desembargador Relator Ângelo Galvão Zamorano).

Ementa: VÍNCULO DE EMPREGO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. "**PEJOTIZAÇÃO**". Demonstrada nos autos a presença de todos os requisitos caracterizadores da relação de emprego (habitualidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade) durante o período de prestação de serviços do autor em favor da ré, impondo-se o reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes. Sentença baseada precipuamente na regularidade formal do contrato de representação comercial, que se reforma, tendo em vista que a prova produzida evidencia o **fenômeno** da "**pejotização**", em notória burla à legislação trabalhista. Incidência do **princípio da primazia da realidade**. Apelo provido. (...)

(Processo nº0160500-47-2009-5-04-0403 RO. Publicado em 13 de dezembro de 2011. 3ª Vara, TRT 4ª Região. Desembargador Relator Alexandre Corrêa da Cruz).

Portanto, sob a baila do princípio da Primazia da Realidade Sobre a Forma, “o intérprete e aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação” (DELGADO, 2012, p. 203). Assim, a Justiça do Trabalho mediante o emprego deste princípio, vem reconhecendo a existência do vínculo empregatício e dos direitos resultantes deste, em prestações de serviço realizadas por pessoas jurídicas, desde que preenchidos os elementos fáticos jurídicos característicos da relação de emprego.

3.3 A PEJOTIZAÇÃO COMO FRAUDE À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Como recorda Pereira (2013, p. 39), “o mercado de trabalhadores autônomos vem crescendo a cada dia, e com esse crescimento surgem, também, as irregularidades/simulações na contratação”. Nessa ótica, em razão da flexibilização das relações trabalhistas, o fenômeno da Pejotização ganha espaço, com predomínio como especifica Santos (2013, p. 787), “nas áreas hospitalar, de informática, indústria de entretenimento (cinema, teatros, eventos) e de veículos de comunicação”.

Nesse cenário, “muitos trabalhadores são atraídos por supostas vantagens, como o pagamento de imposto de renda como pessoa jurídica, o que, em tese, abriria diversas possibilidades de descontos de despesas” (OLIVEIRA, 2013)¹³. No entanto, a realidade encontrada em muito se diverge, uma vez que, as obrigações às quais o trabalhador é submetido superam às ditas vantagens. Isto porque, este terá que arcar, como evidencia Oliveira (2013)¹⁴, com os encargos “provenientes de uma pessoa jurídica, como o contador, o pagamento de impostos e contribuições de

¹³ O princípio da primazia da realidade como instrumento contra o fenômeno da pejotização nas relações trabalhistas. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27896/o-principio-da-primazia-da-realidade-como-instrumento-contr-o-fenomeno-da-pejotizacao-nas-relacoes-trabalhistas>>.

¹⁴ Idem.

abertura, manutenção e encerramento da firma, além de assumir os riscos de um negócio que não tem razão de existir”

Desta forma, após uma análise sistemática, o fenômeno da Pejotização toma contornos de ilegalidade, se apresentando como verdadeiro mecanismo a fraudar a legislação trabalhista, ao passo que se impõe ao trabalhador a constituição de uma pessoa jurídica para prestação de serviço, quando nitidamente continua a existir uma relação de emprego.

Nesse sentido, elucida Santos (2013, p. 787) quanto à situação fática evidenciada pela contratação de pessoas físicas na condição de pessoas jurídicas prestadoras de serviço:

Por meio do processo de pejotização o empregado exige que o trabalhador constitua uma pessoa jurídica (empresa individual) para a sua admissão ou permanência no emprego, formalizando-se um contrato de natureza comercial ou civil, com conseqüente emissão de notas fiscais pelo trabalhador, não obstante a prestação de serviços revelar-se como típica relação empregatícia.

Como mencionado alhures, o principal argumento utilizado para justificar o emprego da Pejotização é a autonomia gozada pelo trabalhador para negociar sua atividade laboral¹⁵, assim como, o fato do serviço prestado ser de cunho intelectual, acabaria com a hipossuficiência do trabalhador¹⁶. Entretanto, como assinala Barros (2011, p. 236/237):

O fato de o trabalho executado ser intelectual não descaracteriza o liame empregatício, desde que presentes os pressupostos fáticos do art. 3º da CLT. Inexiste, portanto, incompatibilidade jurídica e moral entre o exercício dessa modalidade de trabalho e a condição de empregado.

Nesse contexto, independente da forma de prestação de serviço empregada, seja intelectual, técnico ou mecânico, a condição de hipossuficiência permanece, devendo, por conseguinte, se reconhecer a existência do vínculo empregatício, caso assim, fique caracterizado.

Turno outro, a autonomia outrora questionada, não legitima o trabalhador a renunciar suas garantias trabalhistas, posto que, como ressalta Duarte (2014, p. 8) muitas vezes, este “se vê coagido a ceder à prática do mercado de trabalho para

¹⁵ PEREIRA, 2013, p. 77.

¹⁶ A “pejotização” e a precarização das relações de trabalho no Brasil. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Renaul.pdf>.

garantir seu sustento e de sua família, ainda que veja derogados seus direitos trabalhistas”. Nessa conjuntura, a intervenção Estatal no tocante a limitar a autonomia do trabalhador demonstra-se indispensável para garantir a este, direitos e garantias legais que em determinadas ocasiões, devido à necessidade, ou mesmo, às determinações negociais, é obrigado a dispor em nome de sua subsistência e de seus familiares.

No intuito de ratificar a legalidade desta prática, foi promulgada a Lei nº 11.196/2005, dispondo no artigo 129, *in verbis*:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

Nesse seguimento, preceitua Stander (2005, p. 106 *apud* SANTOS, 2013, p. 788), em matéria publicada no Jornal Folha de São Paulo, de 23.11.2005, quanto à manobra política empreendida para aprovação da supracitada legislação:

O dispositivo legal em questão foi, *ipsis litteris*, “obra de um lobby liderado por empresas de comunicação”, com o objetivo de “evitar questionamentos à contratação de profissionais liberais na condição de pessoa jurídica, em especial as chamadas empresas de uma pessoa só”;

Em análise ao citado diploma normativo, verifica-se que este foi criado para atender aos anseios de um grupo seletivo de indivíduos, objetivando garantir escusas formas de contratação. A partir de uma interpretação conjunta às demais normas do ordenamento jurídico trabalhista, percebe-se que o artigo 129 da lei 11.196/05 não possui o condão de impossibilitar o reconhecimento do vínculo de emprego entre prestador de serviço, sob o disfarce de pessoa jurídica e o tomador deste, devendo ser reconhecida a relação de emprego quando presentes os elementos fáticos necessários.

Além da conclusão pelo reconhecimento de relação empregatícia, o referido dispositivo legal vai de encontro à legislação pátria ao estabelecer distinção entre o trabalho intelectual e as demais formas de atividade laboral, como disciplina Santos (2013, p. 789):

Referido preceito legal é flagrantemente inconstitucional por violação do princípio da igualdade insculpido no artigo 5º, I, e no artigo 7º, XXX e XXXII, ambos da CF/88, e este último dispositivo constitucional é peremptório ao prescrever a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”, pois presentes os requisitos da relação de emprego, é indiferente para a configuração da relação de emprego o exercício ou não da atividade intelectual.

Desta forma, a mera condição de intelectual do empregado como instrumento a afastar a legislação trabalhista mediante a constituição de uma pessoa jurídica, *per si*, não encontra tutela legal na Constituição Federal de 1988, ou mesmo, no ordenamento jurídico brasileiro, por consistir em expediente discriminatório ao violar o artigo 7º, XXXII, da CF/88. Desse modo, preenchidos os requisitos da relação de emprego, esta deverá ser reconhecida, independente se resultante de atividade intelectual ou não.

Com esteio em rechaçar possíveis fraudes no emprego deste instituto, e oportunamente, confirmando os argumentos utilizados até então, o próprio art. 129 da lei 11.196\2005 não afastou a aplicabilidade do art. 50 da Lei nº 10.406 - Código Civil, quando identificada a ocorrência de contratos fraudulentos.

De acordo com o mencionado artigo:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Em consonância com o supracitado dispositivo, o artigo 9º da Consolidação das Leis trabalhistas (CLT) estabelece que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”, assim a Pejotização trata-se de expediente fraudulento ocorrido em meio à relação de trabalho e, portanto, consiste em forma nula de prestação de serviço.

Considerados nulos os atos praticados com este intuito, e por consequência reconhecendo a relação de emprego diagnosticada, ao desconsiderar a existência de um contrato de prestação de serviço firmado por pessoa jurídica, que em regra afastaria o vínculo empregatício, prezando-se pela realidade fática, a qual contradiz com a forma de contratação assumida.

Isso posto, embora a prestação de serviço por pessoa jurídica tenha o cunho de atividade autônoma regida pelo direito civil, quando constatada a presença de todos os elementos fáticos jurídicos característicos da relação de emprego, que são eles, “trabalho realizado por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e alteridade” (PEREIRA, 2013, p. 50), o vínculo empregatício deverá ser reconhecido, e por consequência, implicará na incidência da legislação trabalhista.

Ao que tange à legislação previdenciária e tributária, fundamento para redução dos encargos trabalhistas e assim, garantir melhores remunerações, na mesma matéria veiculada na Folha de São Paulo com as observações realizadas por Stander (2005, p. 106 *apud* SANTOS, 2013, p. 788), foi divulgado pronunciamento da Receita Federal contrário ao texto da lei nº 11.196\2005, “por entender que abria caminho para disfarçar vínculos empregatícios e driblar o fisco”.

À vista disso, a desoneração previdenciária e tributária é entendida como instrumento a driblar a legislação, transferindo tais responsabilidades ao prestador de serviço. Na tentativa de inibir condutas fraudulentas, a lei complementar nº 123/06, que instituiu o Sistema Super Simples Nacional para facilitar e assim incentivar a arrecadação de tributos, em agosto de 2014, sofreu alterações objetivando incluir a referida prática dentre as hipóteses de exclusão do sistema simplificado.

Logo, ante às informações metodicamente organizadas, atesta-se que a Pejotização é instrumento utilizado a fraudar a legislação trabalhista, tornando precárias as relações de trabalho que se disfarçam em meras prestações de serviço, ocasião em que, verificada a existência de relação de emprego a pessoa jurídica deve ser desconstituída, reconhecendo os direitos trabalhistas decorrentes da relação existente.

3.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DE FRAUDE À RELAÇÃO TRABALHISTA

Uma vez constatada pela justiça do trabalho a ocorrência de fraude trabalhista pelo emprego de pessoa jurídica prestadora de serviço, “deverá o magistrado, em um primeiro momento, declarar nulo o contrato de prestação de serviços pactuado entre as partes” (RODRIGUES, 2015)¹⁷, com o reconhecimento do vínculo empregatício, e a “respectiva averbação do contrato de trabalho na carteira profissional do empregado e a consequente condenação do empregador ao pagamento de todas as verbas trabalhistas daí advindas” (SCHNEIDER, 2010, p. 61).

Com relação ao termo inicial para reconhecimento do vínculo empregatício, importante se faz salientar que a contagem para estabelecimento dos direitos e garantias trabalhistas será retroativa à constituição da pessoa jurídica, desde que preenchidos os requisitos elementares da relação de emprego. Isto porque, a decisão que identifica a ocorrência da Pejotização e a precarização das relações de emprego, “não se trata de decisão de eficácia constitutiva, mas sim meramente declaratória” (SCHNEIDER, 2010, p. 61).

Nesse mesmo sentido, elucida Schneider (2010, p. 61):

[...] o empregador, no momento da condenação, já estará em mora para com o empregado, uma vez que, conforme a teoria defendida no presente trabalho, não se trata de decisão de eficácia constitutiva, mas sim meramente declaratória. Diz-se isso, porque a relação de emprego não passa a existir somente no momento da condenação; pelo contrário, sempre esteve presente – uma vez que existe não no aspecto físico do contrato de trabalho, mas na realidade da prestação de serviços – e, em consequência, terá o magistrado a função de tão-somente declarar o conjunto de direitos ao qual fazia jus o trabalhador.

Além dos aspectos trabalhistas estabelecidos com o reconhecimento do vínculo empregatício entre prestador e tomador de serviço, as questões previdenciárias, tributárias e criminais que extrapolam o âmbito do contrato de trabalho, devem ser analisadas sob o prisma legal. Nessa conjuntura, conforme ilustra Duarte (2014, p. 14):

¹⁷ O instituto da Pejotização como Fraude ao Direito do Trabalho. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14463>.

É preciso observar que essa estratégia acarreta uma sonegação fiscal, implicando em um dano à Previdência Social e aos beneficiários, pois haveria uma violenta diminuição na arrecadação se serviço for prestado por pessoa jurídica, quando comparado ao recolhimento decorrente do trabalho regido pela CLT.

Deste modo, os reflexos originados da prática da Pejotização ultrapassam o âmbito trabalhista ao ocasionar prejuízos na seara previdenciária e tributária, posto que, as vantagens que outrora se apresentavam como incentivos à implementação destas contratações se investem de caráter fraudulento ao ocasionar prejuízos ao erário, pois como Duarte (2014, p. 15) ressalta:

(...) frações de parcelas que são direito dos empregados destinam-se ao financiamento de políticas públicas, a exemplo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, cujos recursos extrapolam a esfera do empregado e são utilizados para financiar de programas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana.

Nesse cenário, as ditas vantagens estendidas a ambas as partes envolvidas na relação de emprego, como o pagamento da contribuição previdenciária e o recolhimento de Imposto de renda na condição de pessoa jurídica, que inicialmente representavam um atrativo ao empregado, bem como, as desonerações a folha de pagamento do empregador, em longo prazo, podem se reverter em uma “bomba relógio” a comprometer as finanças Estatais e as políticas públicas. Assim, as compensações financeiras que possivelmente viabilizariam melhores remunerações aos trabalhadores que se submetem a contratação por intermédio de pessoa jurídica prestadora de serviço, expõem a risco a manutenção da Máquina Pública.

Turno outro, Laura Machado de Oliveira (2013)¹⁸ aponta os efeitos advindos da Pejotização na esfera criminal, visto que, as condutas praticadas se amoldam ao tipo penal estabelecido no artigo 203 do Código Penal, correspondente ao delito de frustração de direito trabalhista, *ipsis literis*: “Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho - Pena: detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência”. Esclarecendo ainda, sobre a necessidade de propositura de ação no juízo criminal para configuração do referido crime.

¹⁸ O princípio da primazia da realidade como instrumento contra o fenômeno da pejotização nas relações trabalhistas. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27896/o-principio-da-primazia-da-realidade-como-instrumento-contr-a-fenomeno-da-pejotizacao-nas-relacoes-trabalhistas>>.

Ante o exposto, constatada a existência de fraude nesta modalidade de contratação envolvendo pessoa jurídica prestadora de serviço, além do vínculo empregatício ser reconhecido, o tomador de serviço que obrigou o trabalhador à constituição de pessoa jurídica, deverá ser responsabilizado no âmbito previdenciário, tributário e criminal, respondendo neste último caso, pelo crime de Frustração de Direito Trabalhista.

3.5 OS REFLEXOS DA POSSÍVEL APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 4.330 DE 2004 NO ÂMBITO DA PEJOTIZAÇÃO

Embora nitidamente os dois institutos empreguem expediente fraudulento em suas práticas, inicialmente lícitas, a Pejotização e a Terceirização são institutos distintos, não se confundindo. O primeiro vale-se do emprego de pessoa jurídica prestadora de serviço para disfarçar a existência de relações de emprego, na visão de Camila Carpes (2011, p. 9), este fenômeno seria “uma forma deturpada de terceirização”, visto que, “enquanto na terceirização lícita são admitidas somente quatro situações-tipo pela Súmula 331, do TST, todas executadas sem subordinação direta e pessoalidade”. Assim, embora tratar-se de institutos distintos, estes se relacionam quando à contratação ilícita de empregados.

Encontra-se em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.330 de autoria do Deputado Sandro Mabel (PMDB-GO), em trâmite na Câmara dos Deputados desde 2004, mas que ganhou destaque no presente ano de 2015 causando intensos debates nos diversos meios sociais. Em síntese, tal projeto busca ampliar a possibilidade da utilização de mão de obra terceirizada de forma irrestrita em todas as atividades, seja meio ou fim, desde que a empresa contratada preste serviço especializado.

Em análise ao Projeto de Lei nº 4.330, em seu artigo 2º, extrai-se que “empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos”.

Conforme estabelecido no supracitado Projeto de lei¹⁹, de início a justificativa para aprovação deste se apresenta de forma a atender as necessidades empresariais aperfeiçoando a qualidade da produção e da prestação de serviço, não só preservando os direitos trabalhistas, mas trazendo maior proteção contra contratações fraudulentas, com vista a aperfeiçoar a fonte produtora e otimizar os recursos.

Em outro turno, a partir da possível aprovação desta PL surge o temor social de que milhões de empregados sejam “pejotizados”. Onde empregados serão demitidos e contratados logo após como pessoas jurídicas prestadoras de serviço, abrindo-se margem a que todos os funcionários de uma empresa sejam PJ's, vez que a criação de pessoa jurídica prestadora de serviço preenche o requisito básico exigido para validação da terceirização, conforme disposto no artigo 2º do supracitado projeto legislativo.

Neste sentido, em entrevista ao site Convergência Digital²⁰, Walter Capanema sintetiza os impactos da terceirização sobre o fenômeno da Pejotização:

A empresa contrata outra para prestar serviços específicos. Essa contratação, no papel, é entre as empresas, mas, na prática, o contratado mesmo é o "dono" da empresa. E essa pessoa tem um salário fixo, horário de trabalho e subordinação jurídica, que são os requisitos que a CLT exige para a configuração da relação de trabalho. Ou seja, no papel é uma coisa, mas, na prática, para a Justiça, aquela pessoa é empregada. Com isso, a empresa precisará, se processada, reconhecer o vínculo empregatício (assinar a CTPS) e pagar as demais verbas trabalhistas. Isso tudo com juros e correção monetária.
(grifou-se)

Portanto, a aprovação do supracitado projeto de lei, possibilitará a legitimação desta prática fraudulenta que se caracteriza pela contratação de pessoas físicas na condição de pessoa jurídica prestadora de serviço. Isto porque, ao se ratificar terceirizações que empreguem pessoas jurídicas, uma verdadeira onda de “pejotizados” pode vir a ser criada, comprometendo a segurança entabulada pela legislação trabalhista nas relações de emprego.

¹⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979>

²⁰ Terceirização: Para advogado, “pejotização é Uma Fraude trabalhista e fiscal”. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=39348&sid=11>>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em análise sistemática após todas as ponderações apresentadas, com fundamento em largo arcabouço normativo, doutrinário, principiológico e jurisprudencial, evidente se faz que o presente fenômeno em apreço trata-se de fraude à legislação trabalhista, desvirtuando a existência de relações de emprego mediante a constituição de pessoas jurídicas prestadoras de serviço.

Embora o Direito do Trabalho tenha natureza jurídica de Direito Privado, por tutelar a relação entre particulares, este não se faz alheio à condição de hipossuficiência a que o trabalhador se encontra submetido. Nessa conjuntura, não pode o trabalhador abdicar de seus direitos trabalhistas fazendo uso de sua autonomia de contratar, mesmo que em um primeiro momento haja vantagens pecuniária que atuem de forma a compensar a ausência do contrato de trabalho, uma vez que a aplicação das normas trabalhistas independe da vontade das partes, não podendo haver renúncia aos direitos destas resultantes.

Preliminarmente, insta salientar que as ditas vantagens ofertadas devido ao emprego de pessoa jurídica nas relações contratadas, acabam por onerar o trabalhador que deve arcar com as custas de criação e manutenção de uma pessoa jurídica, enquanto o empregador atenua os custos de produção ao desonerar suas folhas de pagamento das tributações incidentes.

Um dos principais questionamentos a desencadear este estudo é a indagação quanto à possibilidade de se reconhecer o vínculo empregatício frente as estas formas de contratação por pessoa jurídica, visto que, um dos elementos fáticos jurídicos da relação de emprego é o serviço ser prestado por pessoa física. Entretanto, como mencionado alhures, a constituição da pessoa jurídica tem por fim primordial disfarçar relações de emprego, e assim, afastar a responsabilidade patronal.

Isso posto, a contratação empreendida deve ser considerada nula, e por consequência reconhecida a relação de emprego diagnosticada e os direitos desta decorrentes, desde que preenchidos os demais requisitos do vínculo empregatício, prezando-se pela realidade fática, a qual contradiz com a forma de contratação assumida. Nesse cenário, a análise de princípios do Direito do Trabalho se faz essencial, haja vista que, pelo Princípio da Primazia da Realidade Sobre a Forma, conforme evidenciado, a realidade da atividade laboral prestada deve prevalecer quanto à forma utilizada para contratar.

Além dos danos à relação de emprego, com obstrução às normas trabalhistas, o fenômeno da Pejotização ocasiona prejuízos na seara previdenciária e tributária, posto que, as vantagens que outrora se apresentavam como incentivos à implementação destas contratações, se investem de caráter fraudulento ao ocasionar prejuízos ao erário. Nessa ótica, os danos ocasionados podem originar a adoção de medidas na esfera criminal, especificamente ao que descreve o artigo 203 do Código Penal, quanto ao delito de Frustração de Direito Assegurado por Lei Trabalhista, dependendo da instauração de ação no respectivo campo jurisdicional para seu processamento.

Ante o exposto, o Poder Judiciário no exercício de dizer o direito frente aos fatos concretos que lhe são narrados, vem ratificando entendimento pela prevalência da realidade fática mais benéfica ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação de emprego. Isto porque, embora o serviço seja em tese prestado por pessoa jurídica, este fato deve ser desconsiderado, porquanto, efetivamente a constituição de pessoa jurídica é exigência estabelecida para disfarçar nítida relação empregatícia.

Portanto, o fenômeno da Pejotização é artifício ardil a descaracterizar a existência de nítida relação de emprego. Posto isto, uma vez constatada a existência de fraude nesta modalidade de contratação, em razão da presença dos demais elementos jurídicos, além do vínculo empregatício a ser reconhecido, o tomador de serviço que obrigou o trabalhador à constituição de pessoa jurídica deverá ser responsabilizado no âmbito previdenciário, tributário e criminal.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 7º Ed. São Paulo: LTr, 2011.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho, Teoria Geral a Segurança e Saúde**. Vol. 27. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2015.

_____. **Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 11.196, de 21 de Novembro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 12.470, de 31 de Agosto de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

_____. **Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

_____. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: <<https://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/LeisComplementares/2006/leicp123.htm>>. Acesso em 23 de outubro d 2015.

_____. **Mensagem nº 783, de 21 de Novembro de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-078305.htm>. Acesso em: 26 de Setembro de 2015.

_____. **Projeto de Lei nº 4.330 de 2004.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

_____. **PORTARIA INTERMINISTERIAL MPS/MF Nº 13 DE 09.01.2015.** Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-interm-mps-mf-13-2015.htm>>. Acesso em 23 de outubro de 2015

CARPES, Camilla Luz. **A Contratação de Pessoas Físicas como Pessoas Jurídicas em Fraude ao Direito do Trabalho : O Fenômeno da Pejotização.** Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/camilla_carpes.pdf>. Acesso em: 22 de outubro 2015.

CARVALHO, Maria Amélia Lira de. **Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador – Bahia.** 2010. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania). Universidade Católica do Salvador, UCSAL, Salvador, 2010. Disponível em: <http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-10-22T124554Z_161/Publico/MARIA%20AMELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Curso de direito do trabalho.** 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DUARTE, Dirceu Galdino Barbosa. **O Fenômeno da Pejotização nas Relações Trabalhistas e o Princípio da Primazia da Realidade.** Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=17d6adbfbdb7e94b>>. Acesso em 18 de outubro de 2015.

FILHO, Eduardo Soares do Couto; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **A “pejotização” e a precarização das relações de trabalho no Brasil.** Minas Gerais: Pontifícia Universidade Católica, 2009. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Renaul.pdf>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

FREITAS, Ives Faiad. **Teletrabalhador e a configuração do vínculo empregatício: análise das teorias da parassubordinação e da subordinação estrutural.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36313&seo=1>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho.** 3º Ed. Revista e Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução do Direito Civil.** 19ª Ed. Revista, Atualizada e Aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

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

MELLO, Jonatas Junqueira de. **Flexibilização e precarização das relações de emprego.** Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jonatas_junqueira_mello/jonatas_mello_flexibilizacao_e_precarizacao.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

MINAS GERAIS. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.** Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129324723/recurso-ordinario-trabalhista-ro-190102-01579-2001-077-03-00-6>>. Acesso em 21 de setembro de 2015.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.** Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?idmodelo=6106#>>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

MOREIRA, Adriano Jannuzzi. **Pejotização e Parassubordinação – O Direito do Trabalho Frente a Esta nova Realidade e os Passivos Trabalhistas, Previdenciários pela Caracterização da Relação de Emprego.** In: Revista LTr, 77-01/55, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 26º Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Laura Machado de. **Pejotização e a precarização das relações de emprego.** In: Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: Acesso em: 23 de outubro de 2015.

PEREIRA, Leone. **Pejotização: O Trabalhador como Pessoa Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192674610/recurso-ordinario-ro-10937122-0135010018-rj>>. Acesso em 26 de outubro de 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20901479/recurso-ordinario-ro-1605004720095040403-rs-0160500-4720095040403>>. Acesso em 26 de outubro de 2015.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr. 1996.

RODRIGUES, Vanessa Richardelli. **O Instituto da Pejotização como Fraude ao Direito do Trabalho**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14463>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

SANTOS, Ronaldo Lima. **Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência**. In: Estudos Aprofundados MPT – Ministério Público do Trabalho. 2ª Edição. Bahia: JusPODIVM, 2013.

SILVA, Wilma Nogueira de Araújo Vaz da. **Comentários Sobre Algumas das Fraudes Recorrentes nas Relações de Trabalho**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, nº 3, 2009.

SCHNEIDER, Jéssica Marcela. **O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

Relação de Trabalho e Relação de Emprego. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8349>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

Terceirização: Para advogado, "pejotização é uma fraude trabalhista e fiscal". Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=39348&sid=11>>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

Trabalho. Disponível em: <<http://www.dicionarioetimologico.com.br/trabalho/>>. Acesso em 05 de setembro de 2015.