



FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA

ELIANE CRISTINA DA SILVEIRA

**O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO: A CONTRATAÇÃO DE
PESSOAS FÍSICAS COMO PESSOAS JURÍDICAS EM FRAUDE
AO DIREITO DO TRABALHO**

CARATINGA

2015

ELIANE CRISTINA DA SILVEIRA

**O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO: A CONTRATAÇÃO DE
PESSOAS FÍSICAS COMO PESSOAS JURÍDICAS EM FRAUDE
AO DIREITO DO TRABALHO**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência para aprovação na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito do Trabalho
Orientador: Prof. Msc. Ivan Barbosa Martins

CARATINGA

2015

ELIANE CRISTINA DA SILVEIRA

**O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO: A CONTRATAÇÃO DE
PESSOAS FÍSICAS COMO PESSOAS JURÍDICAS EM FRAUDE
AO DIREITO DO TRABALHO**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência para aprovação na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Trabalhista

Data de Defesa: 07/12/2015

Resultado: 100 pontos

Banca examinadora: Salatiel Ferreira Lúcio

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus porque sem Ele eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me manteve firme na caminhada e mesmo nos momentos de aflição senti a sua presença em minha vida.

Ao meu pai José da Silveira Goulart e minha mãe Maria da Glória Goulart e aos meus filhos Tulianny, Túlio e Gabriel que são o motivo da minha existência.

A todos professores que me acompanharam durante a graduação, em especial aos professores Ivan Barbosa e Rodolfo Assis Ferreira que foram fundamentais na minha formação acadêmica.

À minha amiga de jornada Julyane que foi minha parceira nesta jornada.

“Vá firme na direção das suas metas, porque o pensamento cria, o desejo atrai e a fé realiza”

Lauro Trevisan

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a ilicitude do fenômeno denominado “Pejotização”, por se tratar de uma prática recorrente na relação de emprego na atualidade, na qual os empregadores contratam pessoas físicas como pessoas jurídicas com o intuito de burlar a lei e não arcar com todo o ônus inerente a uma relação de emprego, mesmo que, às vezes com o consentimento do empregado, que, com receio de perder o emprego se sujeita a tal situação.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Pejotização; direitos trabalhistas.

ABSTRACT

This work discusses, through doctrinal and jurisprudential understandings, the unlawfulness of the phenomenon called "Pejotização", because it is a recurring practice in the employment relationship at present, in which employers hire individuals as legal persons in order to circumvent the law and not bear the entire burden inherent in an employment relationship, even if, sometimes with the employee's consent, which, for fear of losing their jobs is subject to such a situation.

Keywords: Labor Law; Pejotização; labor rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	12
CAPÍTULO I - 1. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	16
1.1 Princípios Constitucionais	16
1.2 Princípio da Irrenunciabilidade de Direitos	16
1.3 Princípio Primazia da Realidade	18
1.4 Princípio da Proteção	19
1.5 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego	21
1.6 Princípio da Proteção Salarial	24
CAPÍTULO II - 2. RELAÇÃO DE EMPREGO E RELAÇÃO DE TRABALHO	27
2.1 Diferenciação	28
2.2 Vínculo Empregatício	30
CAPÍTULO III - 3. O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO	35
3.1 Conceito	35
3.2 Pejotização Como Fraude às Normas Trabalhistas	38
3.3 Pejotização X Terceirização	40
3.4 Pejotização Como Afronta às Normas Trabalhistas	41
3.5 A Lei 11.129/2005 Como álibi Para Prática de Pejotização	43
3.6 Efeitos do Reconhecimento da Fraude Relativa à Pejotização	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema: O Fenômeno da Pejotização: A contratação de pessoas físicas como pessoas jurídicas” tem como objetivo analisar o fenômeno da pejotização à luz dos direitos trabalhistas. Sendo assim, destaca-se como problema a prática da pejotização face ao princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas por parte do trabalhador.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se o entendimento do desembargador, Paulo Roberto Sifuentes Costa, da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, nos autos do processo n.º 01706-2010-112-03-00-00 que, ao fundamentar seu relatório, relata que no Direito do Trabalho vigora o princípio da irrenunciabilidade, segundo o qual não é permitido às partes, ainda que por vontade própria, a renúncia dos direitos trabalhistas inerentes à relação de emprego, o que no caso da pejotização é prática recorrente.

Tem-se como metodologia, a pesquisa teórico dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrinas e a investigação da legislação aplicada ao tema.

Com a flexibilização e a precarização do Direito do trabalho algumas práticas estão sendo recorrentes nas relações trabalhistas entre elas a “pejotização”. Sendo assim, é necessário o estudo de tais fenômenos e analisar se os mesmos contrapõem-se os direitos dos trabalhadores e quais suas consequências na sociedade.

A prática da pejotização é um retrocesso social, uma vez que o trabalhador, induzido pelo empregador, renuncia seus direitos conquistados ao longo da história do Direito do Trabalho com o objetivo de manter ou conquistar seu emprego. Entretanto, o trabalhador fica sem os direitos trabalhistas assegurados em lei e também sem nenhuma segurança na condição de Pessoa Jurídica, porque é sempre sócio sem poder de decisão.

Deve ser ressaltado também que, o tema, objeto de estudo, além de prejudicial ao trabalhador diretamente também é desfavorável ao Erário, uma vez que a pejetização leva à sonegação de diversas parcelas que deveriam ser aplicadas no financiamento de políticas públicas, como o FGTS, que também se destina ao financiamento de programas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana.

Sendo assim, enquanto futura operadora do Direito, é relevante o estudo e a pesquisa de tal fenômeno uma vez que direta e indiretamente afeta toda uma sociedade.

No que se refere aos setores de conhecimento abordados, conclui-se que a pesquisa possui uma visão transdisciplinar, uma vez que aborda diversos ramos do direito principalmente o Direito do Trabalho e Direito Constitucional .

Neste sentido, a presente monografia, será dividida em 03 capítulos, sendo que o primeiro capítulo abordará os princípios do direito do trabalho, constitucionais e típicos. O segundo capítulo se destinará à conceituação de relação de emprego e relação de trabalho e no terceiro capítulo se abordará o fenômeno da pejetização e os prejuízos para o trabalhador e a sociedade.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O Direito do Trabalho nasceu da batalha entre o capital e o trabalho. Dessa forma, desde seu surgimento, ele é mecanismo regulador da exploração da força de trabalho, se propondo a controlar as relações trabalhistas.

Vólia Bomfim assim conceitua Direito do Trabalho:

“Direito do Trabalho é um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados”¹

Sendo assim, cabe ao legislador e ao jurista utilizar e modificar a legislação trabalhista para adequá-la à modernidade levando-se em consideração que as relações estão em constantes modificações. Entretanto para tal adequação há a necessidade de serem observados alguns requisitos fundamentais dentre eles os princípios dos direitos trabalhistas e constitucionais.

Fundando-se em alguns dos princípios básicos da Legislação Trabalhista e analisando doutrinas e jurisprudências, fica evidenciado que a prática da pejetização consiste em verdadeira fraude à legislação trabalhista, pela qual se busca ocultar o vínculo de emprego com o objetivo de negar os direitos do trabalhador.

Dentre os princípios básicos do Direito do Trabalho está o princípio da Irrenunciabilidade, que de acordo com os apontamentos de Alice Monteiro de Barros:

Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de

¹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. Niterói: Impetus, 2007

tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter o emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia.²

Dessa forma, o meio fraudulento da contratação é evidenciado pela realidade vista no mercado de trabalho brasileiro, em que se observa a imposição do empregador como condição *sinequanom* para a manutenção ou obtenção do emprego a constituição de pessoa jurídica pelo empregado. Dessa forma, o empregado é “obrigado” a constituir a pessoa jurídica, pois seu emprego ou sua contratação está condicionada a tal prática, denominada pejetização, objeto desse estudo.

A palavra pejetização é um neologismo procedente da sigla “PJ”, abreviatura da expressão pessoa jurídica.

Segundo Maria Amélia Lira de Carvalho, a pejetização

resulta na descaracterização do vínculo de emprego e que se constitui na contratação de sociedades (PJ) para substituir o contrato de emprego. São as empresas do “eu sozinho” ou “PJs” ou “pejetização” como comumente vem sendo denominadas. (CARVALHO, 2010, p. 62)³

Há de se ressaltar, que em muitos casos, tal prática é aceita pelo trabalhador, ou seja, ele abre mão de seus direitos em prol da contratação, porém, assim adverte o art 9º da CLT:

Art. 9º – Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação⁴.

Ainda, acerca da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, a CLT traz no art 468:

Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e

² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2006, p.174.

³ CARVALHO, Maria Amélia Lira de. *Pejetização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador – Bahia*. 2010. 153f. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) – Universidade Católica do Salvador, UCSAL, Salvador, 2010

⁴ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 5 ed.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag.848

ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia⁵.

Mantendo a mesma linha de pensamento, tendo como regra que os Direitos Trabalhistas são Irrenunciáveis por parte do trabalhador, o doutrinador Maurício Delgado Coutinho o define da seguinte forma:

As regras justralhistas são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes. Ele 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 contrato⁶

A jurisprudência no intuito de resguardar os direitos dos trabalhadores, se mostra habilidosa no que se refere aos princípios trabalhistas como instrumento de combate à fraude à relação de emprego, como se exemplifica pelo trecho do aresto a seguir:

Infelizmente, o Direito do Trabalho é alvo de constantes subterfúgios para mascarar a relação de emprego sob o rótulo de figuras civilistas, como prestações de serviços autônomos, por exemplo. Atualmente, o fenômeno supra citado tem recebido alcunha pitoresca e se espria como incêndio em mato seco : **a pejotização**.

A pejotização consiste em transformar pessoas físicas em pessoas jurídicas e ao invés de serem trabalhadores de uma empresa, passariam a ser uma empresa prestando serviços para outra empresa, em palavras não tão belas, trabalhadores que passam a usar esta roupagem contratual para não perder o posto de trabalho, mascarando o suposto vínculo de empregatício. Trata-se da busca pelo fim da relação entre capital e trabalho, objetivando a relação, apenas, entre empresas.

(TRT 17ª Região, RO 01391.2007.006.17.00.0, Relator: Juiz Claudio Armando Couce de Menezes, Julgado em: 23/04/2009, Publicado em: 04/06/2009)⁷

Dessa forma, o trabalhador que se sujeita à prática da pejotização por vontade própria ou induzido pelo empregador, em ambas as situações são consideradas fraude à legislação trabalhista partindo dentre outros princípios

⁵ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 5 ed.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. P.848

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 12 ed. São Paulo: LTr, 2013

⁷ TRT 17ª Região, RO 01154.2008.005.17.00.3, Relator: Des. Gerson Fernando da Sylveira Novais, Julgado em: 26/10/2010, Publicado em: 01/12/2010

ao Princípio da Irrenunciabilidade, ou seja, mesmo por vontade própria tais direitos são irrenunciáveis. Deve ser ressaltado ainda, que a prática de fraude ao Direito do Trabalho está tipificada no Art. 203 do CP.

1. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Considera-se o Direito do Trabalho como o ramo do direito dedicado às relações de trabalho. Compreende-se que seja uma área complexa, onde são encontradas diversas divisões, e compreende todas as questões oriundas das relações de trabalho.

O primeiro avanço real da Justiça do Trabalho no Brasil remota à década de 30, quando o então presidente Getúlio Vargas deu início à conhecida Era Vargas, tempo de profundas mudanças sociais e políticas no cenário político brasileiro.

Este capítulo trata dos princípios do Direito do Trabalho, que conforme citado por Miguel Reale, são “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber⁸”.

1.1 Princípios Constitucionais

No que tange aos princípios constitucionais do direito do trabalho, José Afonso da Silva⁹ destaca que estes são normas e princípios jurídicos constitucionais, e que podem ser classificadas de acordo com a sua eficácia, sendo: como normas e princípios jurídicos de cunho constitucional e de eficácia plena, com aplicabilidade imediata; como normas e princípios jurídicos de caráter constitucional com eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas que são passíveis de determinadas restrições; e por fim, como normas e princípios jurídicos de caráter constitucionais com eficácia limitada ou reduzida.

1.2 Princípio da Irrenunciabilidade de Direitos

⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ªed. 5ªtir. São Paulo: Saraiva, 2005. p.203.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª. ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011. p.96

Este princípio é consagrado nos artigos 9º e 468 da CLT¹⁰, decorrente das normas cogentes, buscando a proteção do trabalhador e são considerados como a base do contrato de trabalho.

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

(...)

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

O descrito no texto supracitado é sobre a irrenunciabilidade de direitos, haja vista que, nem por vontade do empregador nem do trabalhador os direitos deste último podem ser renunciados. Considera-se que o empregado seja a parte mais fraca desse contrato, e poderia, por pressão do empregador, a renunciar seus direitos trabalhistas, e por isso, esse princípio busca salvaguardar aquilo a que o trabalhador tem direito.

É deste princípio que decorre a forma mais peculiar do Direito do Trabalho brasileiro, que nada mais é do que a falta de autonomia que o trabalhador possui sobre seus próprios direitos.

Os direitos trabalhistas como um todo, sejam decorrentes de lei, acordo ou convenção coletivos, ou mesmo de ajuste direto entre empregado e empregador, não podem ser objeto de renúncia por parte do empregado, a não ser em situações excepcionalíssimas, cercadas de formalidades que sempre têm por objetivo garantir que a manifestação de vontade do empregado não está viciada¹¹.

Assim sendo, a renúncia de direitos é realizada por meio de expressão de vontade do indivíduo, de forma tácita, conforme previsto na legislação, nos demais ramos do Direito, pois no direito do Trabalho isso inexistente.

¹⁰ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 5 ed.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag.848

¹¹ FRANÇA, Kelly Martins de Paula e. FRANÇA, Cristian Rodrigues. A Proteção dos Princípios dos Direitos Trabalhistas e as Mudanças Econômicas Atuais. JusBrasil. Disponível em: <http://kellytrabalhista.jusbrasil.com.br/artigos/191226229/a-protacao-dos-principios-dos-direitos-trabalhistas-e-as-mudancas-economicas-atuais>. Acessado em: 07 de outubro de 2015.

Alguns autores defendem, ainda, que o princípio da irrenunciabilidade decorreria do vício presumido do consentimento do trabalhador a renunciar aos seus direitos, uma vez que o mesmo não teria total liberdade para emitir a sua vontade em razão da subordinação a que está sujeito. O trabalhador sempre estaria, portanto, sob coação psicológica ou econômica, ou, ainda, em determinados casos estaria na condição de quem desconhece seus reais direitos¹².

É importante salientar que o princípio da irrenunciabilidade não se dedica somente à renúncia de direitos, mas também à intransigibilidade, que no Direito do Trabalho são três:

(i) com conteúdo imperativo, cujo alcance é geral; (ii) com natureza imperativa, decorrente, por exemplo, do contrato de trabalho; e (iii) dispositivos ou supletivos. Os dois primeiros não poderão ser objeto de transação, mas somente o terceiro. Não pode o empregado, por exemplo, optar por ter anotada sua CTPS para não sofrer descontos de INSS. Mesmo que acordado entre o empregador e o empregado, o empregador seria intimado a pagar as cotas previdenciárias caso sofresse fiscalização, independentemente daquilo que havia acordado pelo empregado, por se tratar de norma cogente, cuja observância é obrigatória¹³.

Assim, compreende-se que o princípio da Irrenunciabilidade só vem oferecer ao trabalhador a garantia de que a lei trabalhista será aplicada corretamente, oferecendo a ele proteção no que tange às relações de emprego.

1.3 Princípio da Primazia da Realidade

Quando se trata do Direito do Trabalho, é importante compreender que a força dos documentos escritos é muito relativa e podem sucumbir frente a evidências em contrário, que possam demonstrar que a realidade foi diferente do que está escrito.

¹² Idem.

¹³ SILVEIRA, Verena Sapucaia da. Aplicabilidade da Arbitragem nas Relações Trabalhistas. UFB, 2008. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/633/465. Acessado em 23 de outubro de 2015.

Desta forma, salienta-se que as relações jurídicas trabalhistas são definidas pela situação de fato, ou seja, pela forma como a prestação de serviços foi realizada.

De acordo com os dizeres de Arnaldo Sussekind¹⁴, pode-se compreender que o princípio da primazia da realidade é: Aquele em razão do qual a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contraentes, ainda que sob capa simulada, não corresponde à realidade”.

Nesta mesma linha de pensamento, encontram-se os dizeres de Sérgio Pinto Martins, que destaca:

No direito do trabalho os fatos são muito mais importantes do que os documentos. Por exemplo, se um empregado é rotulado de autônomo pelo empregador, possuindo contrato escrito de representação comercial com o último, o que deve ser observado realmente são as condições fáticas que demonstrem a existência do contrato de trabalho. Muitas vezes, o empregado assina documentos sem saber o que está assinando. Em sua admissão, pode assinar todos os papéis possíveis, desde o contrato de trabalho até seu pedido de demissão, daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados, que irão evidenciar realmente os fatos ocorridos na relação entre as partes¹⁵.

Por fim, é importante compreender que trata-se de um princípio bem peculiar do Direito do Trabalho, devido ao fato do sistema jurídico brasileiro vislumbrar a forma e o conteúdo dos documentos escritos, ao invés da realidade das relações.

1.4 Princípio da Proteção

No que diz respeito ao princípio da proteção, o primeiro entendimento que se faz necessário é a condição da superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último uma superioridade jurídica.

¹⁴SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 18ª edição. São Paulo: LTr, 1999.p.152 e 153.

¹⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Manual da Justa Causa**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p.69

Este princípio se dividirá em três pontos fundamentais: a) *in dúbio pro operário*; b) aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; c) aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador.

Segundo o pensamento de Sergio Pinto Martins¹⁶:

O indubio pro operario não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois, havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto.

Já no que diz respeito à aplicação da norma mais favorável, ela assegura que ao existir duas ou mais normas tratando do mesmo assunto, deve-se aplicar a que melhor servir ao empregado.

Mauricio Godinho Delgado¹⁷ preconiza:

O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto entre as regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

Ainda sobre os princípios que regem a proteção ao trabalhador, Sergio Pinto Martins¹⁸ afirma:

A aplicação da norma mais favorável pode ser dividida de três maneiras: a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso se quer dizer que as novas leis devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador. Assim, se o adicional de horas extras previsto em norma coletiva for superior ao previsto na lei ou na Constituição, deve-se aplicar o adicional da primeira. A exceção à regra diz respeito a normas de caráter proibitivo; c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador. O artigo 620 da CLT prescreve que as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva.

¹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Manual da Justa Causa**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p.76

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª edição. São Paulo: LTR, 2012. p.198.

¹⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Manual da Justa Causa**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p.85

Dentro da proteção ao trabalhador, é preciso considerar os requisitos supracitados, com vistas a oferecer a este, condições dignas de trabalho, de manutenção do seu emprego e da garantia da continuidade da relação de trabalho.

1.5 O Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

Dentre os princípios do direito do trabalho, destaca-se o fundamento do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, onde compreende-se a natureza alimentar do salário, haja vista que o trabalhador é subordinado jurídica e economicamente àquele que lhe fornece o emprego e lhe paga o salário, podendo assim, retirar o seu sustento.

Gabriel Ciríaco Fonseca destaca:

A regra geral prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas é a indeterminação do prazo do contrato de trabalho (individual), acarretando uma presunção “iuris tantum” de que o empregado deseja continuar com a sua prestação laboral. Tal regra informa várias normas trabalhistas, como a que estabelece a indeterminação do prazo do contrato de trabalho quando este é por prazo determinado e ultrapassa o limite legal.¹⁹

Como objetivo do Princípio da Continuidade do vínculo empregatício é necessário se assegurar maior possibilidade de permanência do trabalhador em seu emprego, por meio de determinadas medidas concretas, seja através da preferência pelos contratos de duração indeterminada, ou a proibição de sucessivas prorrogações dos contratos a prazo e até mesmo à adoção do critério da despersonalização do empregador, que tem por objetivo a manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador.

Com base na elaboração do contrato de trabalho, encontra-se o art. 442 da CLT, onde está descrito que:

¹⁹ FONSECA, Gabriel Ciríaco. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego: Doutrina e Jurisprudência. 2009. Disponível em: <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/26744/principio-da-continuidade-da-relacao-de-emprego-doutrina-e-jurisprudencia>. Acessado em 26 de setembro de 2015.

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.²⁰

O princípio da continuidade está sendo relativizado entre o ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1966 através da Lei nº5.107/66, onde o empregador poderia optar entre o recolhimento do FGTS ou a estabilidade decenal. Cita-se após esta, a medida por meio da lei 9.601/98 onde eram permitidos os contratos a prazo, apesar das restrições impostas pelo art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que diz:

O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. (Antigo parágrafo único renumerado pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.02.1967)

§ 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.²¹

De acordo com a CLT, os contratos devem seguir o acordo ou convenção coletivos da categoria. Tal realidade faz parte do que alguns doutrinadores entendem por Flexibilização do Direito do Trabalho, que é entendido com objetividade, visando um adequação do Direito do Trabalho ao novo mercado consumidor e de trabalho, a nova realidade econômica e às necessidades da sociedade, sem que o trabalhador seja prejudicado.

Analisando os dizeres de Segundo Alice de Barros Monteiro, o princípio da continuidade da relação de trabalho visa:

²⁰ BRASIL. Decreto-lei nº5.452/43. Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 08 de outubro de 2015.

²¹ Idem.

A preservação do emprego, com o objetivo de dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial. Para entender esse princípio, cumpre ressaltar que uma característica do contrato de trabalho é o trato sucessivo, ou seja, ele não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo.²²

Neste mesmo sentido, pode-se destacar os dizeres de Maurício Godinho Delgado, que assevera que:

Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.²³

Pode-se compreender, portanto, que o Direito do Trabalho oferece resistência à dispensa arbitrária, conforme descrito no artigo 7º, I, da Constituição Federal de 1988:

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

I – relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.²⁴

Portanto, a fim de manter o pacto laboral nas hipóteses de sucessão, de suspensão e interrupção do contrato e em face de algumas nulidades por descumprimento de formalidades legais, encontram-se as determinações prescritas no art. 448 da CLT: “Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”²⁵

²² BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 6º ed. São Paulo: LTr, 2010, p.180.

²³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito Do Trabalho, 9º ed., São Paulo:LTr, 2010, p.193

²⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988.

²⁵ BRASIL. Decreto-lei nº5.452/43. Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 08 de outubro de 2015.

Mesmo com os efeitos da flexibilização do direito do trabalho, novas normas de contratação por prazo determinado, o que há de se vislumbrar as condições mais favoráveis ao empregado.

Uma linha de defesa da flexibilização dos direitos trabalhistas com vistas a oferecer garantias e melhores condições aos empregados é com relação à elevação da tendência dos direitos trabalhistas, tanto pelo avanço da tecnologia quanto pela negociação coletiva, ou também através das conquistas contratuais, recebidas pelo empregado na forma de promoções ou qualquer outro tipo de benefício ou vantagem recebida pelo empregado ao longo do curso da relação de emprego.

Uma segunda corrente doutrinária defende no investimento educacional e profissional onde o empregado é levado em favorecimento ao empregador ao longo do contrato. Desta forma, quanto mais elevado o montante pago à força a organização se sentirá estimulada cada vez mais a investir no aperfeiçoamento do profissional, elevando sua produtividade.

Por fim, a terceira corrente se embasa nas necessidades social do indivíduo ao longo contrato de trabalho. Isso quer dizer que como se tem um contrato de longa duração pode ocorrer a estabilidade na sociedade no plano econômico. Já quem vinculado ao contrato precário, ou até mesmo desempregado, onde não há uma firmeza em suas relações econômicas perante a sociedade.

1.6 Princípio da Proteção Salarial

No que diz respeito especificamente às medidas de proteção ao salário, pode-se citar a irredutibilidade salarial, de acordo com o art.7º, inciso VI, da Constituição de República de 1988, onde:

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

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
(...)

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;²⁶

Pelo supracitado, percebe-se que o referido dispositivo tem como objetivo a proteção do salário não somente com relação ao valor nominal do salário, ou redução salarial direta, mas também as reduções indiretas.

A redução salarial só pode ser realizada através de acordo ou por meio de convenção coletiva de trabalho, elaborada através de negociação intermediada pelo sindicato como representante da classe trabalhadora. Mesmo neste caso, são necessários alguns requisitos para sua validação, como por exemplo, sua deliberação em assembleia convocada para tal.

Assim sendo, se não for por convenção coletiva aprovada em assembleia, não haverá valor algum a redução salarial realizada, mesmo que em acordo entre empregador e empregado. Neste caso, vale o art. 444 da CLT:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.²⁷

Desta forma, compreende-se que a redução salarial é algo incomum, e deve ser tratado com muito cuidado, respeitando a lei, e sempre procurando a irredutibilidade.

Outro princípio no ordenamento jurídico brasileiro com relação à proteção salarial é o princípio da suficiência, onde compreende-se que o salário mínimo precisa atender às necessidades básicas do trabalhador, como por exemplo, a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Um princípio de proteção salarial diz respeito ao salário mínimo profissional, ou seja, um valor mínimo, descrito em lei, para certas categorias profissionais, como médicos e engenheiros, de acordo com o art. 7º, inciso V,

²⁶ BRASIL. Lei 5.452/43. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 11 de outubro de 2015.

²⁷ Idem.

da Constituição de 1988, onde se descreve “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”.

Há de se considerar também o princípio da inalterabilidade prejudicial, abordada no art. 468 da CLT:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.²⁸

Conforme o descrito, o empregador não poderá modificar a forma e o modo de pagamento do salário, nem mesmo transformar o salário composto em salário simples.

Destaca-se o princípio da integralidade do salário, onde não podem ser realizados abatimentos nos salários do empregado. Existem algumas exceções, que são descritas no art. 462 da CLT, como adiantamentos ou dispositivo de lei ou de convenção coletiva. Os descontos permitidos por lei são a contribuição previdenciária oficial, Imposto de Renda Retido na Fonte, contribuição sindical, prestação alimentícia por meio de ordem judicial, prestação do Sistema de habitação e empréstimos contraídos pelo empregado, desde que autorizado desconto em folha. Neste caso, a parcela do empréstimo não pode ultrapassar 30% da remuneração disponível.

Em caso de infração do referido princípio, a retenção dolosa de valores provenientes de salários configura-se como crime, conforme consta no art. 7º, inciso X da Constituição de 1988.

²⁸ Idem, ibidem.

2. RELAÇÃO DE EMPREGO E RELAÇÃO DE TRABALHO

Diante da edição da emenda constitucional nº45, do ano de 2004, houve uma ampliação significativa da competência da Justiça do Trabalho, e a partir daí, os debates sobre a relação de trabalho e relação de emprego vieram à baila novamente.

É preciso compreender, no entanto, que a própria Constituição Federal traz em seus princípios fundamentais o trabalho, em seu sentido mais amplo, sendo a relação de emprego uma de suas espécies.

É possível encontrar no texto constitucional, vários dispositivos inerentes à relação de emprego, dentre eles:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos²⁹;

A proteção dada pela Constituição não é somente ao trabalho, mas principalmente aos trabalhadores, conforme se encontra nos dispositivos: art. 1º, inciso IV, art. 5º, inciso XIII, art. 6º, caput, art. 7º, caput, art. 170 e art. 193.

Isso se deve ao fato do trabalho ser considerado um fundamento da ordem econômica e social, levando ao indivíduo dignidade.

Para Alexandre de Moraes³⁰:

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa: é através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5º, XIII; 6º; 7º; 8º, 194-204). Como Salienta Paolo Barile, a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país.

Assim sendo, além de disciplinar alguns direitos relativos à relação empregatícia, conforme consta no art. 7º, a Constituição Federal veio oferecer

²⁹ Idem.

³⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo, Atlas, 2008. p.52

proteção ao trabalho como meio de circulação de riquezas, não deixando de lado até mesmo aquelas destinadas aos cofres públicos, pagos por impostos e taxas.

Foi com a evolução das relações de trabalho é que chegou-se ao que atualmente é entendida como relação empregatícia, como meio de prestação de serviço do indivíduo, evoluindo da escravidão e da servidão, o emprego subordinado da era industrial até se chegar ao Direito do Trabalho como se vê na atualidade.

Percebe-se que tanto a Constituição Federal quanto a Consolidação das Leis de Trabalho, inúmeras vezes, utilizam os dois termos, tanto referindo-se a relação de trabalho (art. 442, CLT), quanto referindo-se a relação de emprego.

2.1 Diferenciação

A diferenciação que deve ser dada às relações de trabalho e as relações de emprego devem ser embasadas na legislação concernente ao tema, principalmente na intenção do legislador em tutelar o trabalho.

A discussão sobre a tutela com relação ao trabalho tem sua relevância no art.114, inciso I, da Constituição Federal de 1988³¹, onde encontra-se:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Anterior a esse dispositivo legal, a Justiça do Trabalho tinha competência em julgar e processar, via de regra, lides onde estivessem envolvidas relações de emprego, sendo elevadas, pela nova redação, das relações de trabalho.

Maurício Delgado Godinho³² vem diferenciar relações de trabalho e relações de emprego, dizendo:

³¹ Idem.

³² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 e.d. São Paulo: LTR, 2007. p.285.

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. 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. [...] A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.

Assim sendo, compreende-se que a relação de trabalho é mais genérica, já que abrange todo e qualquer vínculo que se caracteriza pelo labor do indivíduo, enquanto a relação de emprego é especificamente àqueles que são abrangidos pela relação de trabalho, sendo a primeira gênero e a segunda espécie.

É importante compreender que mesmo havendo relação entre ambas, elas são tratadas pela legislação de maneira diferenciada. Quando se trata das relações de emprego, aplicam-se as normas da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e a legislação complementar.

De acordo com a legislação do ordenamento pátrio, para que haja relação de trabalho, é necessário que seja realizado por pessoa física, desenvolvido pela mesma pessoa (personalidade), que não seja eventual (continuidade), de maneira onerosa (contraprestação econômica) e de maneira subordinada (cumprimento de ordens), conforme descrito no texto da CLT:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Já no que tange às relações de trabalho, estas serão regidas pelas disposições que constam no Código Civil, conforme encontra-se nos arts. 593 e 594 e consequentes:

Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se pelas disposições deste Capítulo.

Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição³³.

O tema tem grande importância, para que se compreenda a diferença entre ambos, já que muitas vezes a relação de emprego é vista como gênero, e não espécie. Foi em torno da relação empregatícia que o Direito do Trabalho se delineou, objetivando maneiras de garantir direitos mínimos àqueles que produzem e geram renda, e para isto permeou normas e princípios próprios, conforme descrito:

Passados duzentos anos do início de sua dominação no contexto socioeconômico do mundo ocidental, pode-se afirmar que a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, quer sob a ótica econômico-social, quer sob a ótica jurídica. No primeiro plano, por generalizar-se ao conjunto do mercado de trabalho, demarcando uma tendência expansionista voltada a submeter às suas regras a vasta maioria de fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea. No segundo plano, por ter dado origem a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípio e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência de expansionismo – o Direito do Trabalho³⁴.

Por isso, mesmo que se acredite na proximidade dos conceitos de relação de trabalho e relação de emprego, são duas situações distintas que possuem características e regras próprias. Como ponto crucial da relação de emprego, abordar-se-á o vínculo empregatício.

2.2 Vínculo Empregatício

³³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 janeiro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 17 de outubro de 2015.

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2004. p.286.

Com vistas ao art.3º da Consolidação das Leis do Trabalho, para que se tenha a figura do empregado, faz-se necessário que alguns pressupostos estejam presentes, conforme destaca Maurício Godinho Delgado³⁵:

- a) Que a prestação do trabalho seja feita por pessoa física;
- b) Que a prestação do trabalho seja efetuada com personalidade;
- c) Que o trabalho não seja eventual;
- d) Que haja onerosidade e;
- e) Que o trabalho seja prestado de forma subordinada.

Estando estes pressupostos presentes, considera-se a caracterização da relação de emprego, conforme proteção legal. Por isso, pode-se conceituar a relação de emprego, pelo citado por Amauri Mascaro Nascimento³⁶, que diz que “... a relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado.”

Como primeiro fator fático-jurídico indispensável para que se configure o vínculo empregatício é que o trabalho seja realizado por pessoa física, e com isso pode-se dizer que o Direito do Trabalho objetiva proteger a vida, a saúde, o lazer, a convivência familiar, a integridade moral, dentre outros bens do empregado, pois somente ele, enquanto pessoa natural, pode usufruí-los.

Importante mencionar que, muitas vezes, como forma de burlar a legislação trabalhista, se pode observar pessoas que por determinação de seus empregadores, constituem pessoas jurídicas e passam a, pessoalmente, prestar serviços, em condições que certamente validariam a existência do vínculo empregatício, o que não se pode permitir. Em casos como este, valendo-se principalmente do princípio da primazia da realidade, a Justiça do Trabalho pode e deve, assim que provocada, verificar a fraude, segundo a teoria que permite a desconfiguração da pessoa jurídica, caracterizando a relação de emprego, e conferindo a este empregado, enquanto pessoa física, os direitos trabalhistas a ele inerentes³⁷.

É um fático-jurídico que se refere tão somente ao empregado. Há de se observar um segundo fator fático-jurídico que é a personalidade. O vínculo que

³⁵ Idem, p.290.

³⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.500.

³⁷ SOBRAL, Carolina de Oliveira. Relação de Trabalho X Relação de Emprego. UNITOLED. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/344/338>. Acessado em 30 de outubro de 2015.

existe entre empregado e empregador é caracterizado como *intuitu personae*, isto é, determinado conforme as características pessoais do empregado.

Somente podemos enquadrar como empregado, o qual faz jus ao reconhecimento do vínculo empregatício, aquele trabalhador que presta seus serviços pessoalmente a terceiros, exercendo de per si uma atividade direta, sem poder delegar para *outrem* essa atividade. Podemos vislumbrar nesse requisito a presença do elemento *intuitu personae* que liga empregador e empregado, ou seja, o vínculo moral e psicológico que se estabelece entre ambos de modo a haver aí uma relação de confiança entre as partes. Fica evidente também a indissociabilidade entre o empregador e o empregado, pois aquele contrata o serviço deste levando em consideração suas qualificações, seus atributos. Podemos concluir disso que a relação de emprego é uma obrigação personalíssima, em que o empregado não se pode fazer substituir por *outrem*³⁸.

O caráter da pessoalidade como requisito para a existência do vínculo empregatício, precisa se fazer presente não somente no momento do aperfeiçoamento do contrato, mas também no momento de sua dissolução.

Como terceiro fator fático-jurídico cita-se o modo pelo qual o trabalho é prestado, que é a sua não eventualidade, que nada mais é do que a permanência do vínculo que une empregado e empregador, reforçando-se pelo princípio da continuidade da relação de emprego. Pode ser compreendido como um contrato sucessivo, prolongado e sem prazo final.

A não eventualidade se evidencia pelo fato de que o trabalho deve ser prestado de forma habitual, ou seja, de maneira contínua. Ressalta-se que a CLT não determina que os serviços sejam prestados todos os dias da semana, podendo ser semanal, quinzenal, mensal, desde que haja uma habitualidade. A título de exemplo, o empregado que trabalha toda segunda, quarta e sexta caracteriza a habitualidade, pois é contínua a prestação de serviços nesses dias, pois a não eventualidade determina que o empregado trabalhe de maneira habitual³⁹.

Para que seja considerado como não eventual pelo Direito do Trabalho, é preciso passear por algumas teorias sobre o assunto, quais sejam: A) teoria

³⁸ FRANCO, João Vitor Sias; TIRONI, Rommero Cometti. O reconhecimento do vínculo empregatício entre supostos "motoristas-auxiliares" e proprietários autônomos de táxis. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2453, 20 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14551>>. Acesso em: 2 nov. 2015

³⁹ FAGUNDES, Amanda. Requisitos Para a Caracterização do Vínculo de Emprego. Disponível em: <http://estudojustrabalhista.blogspot.com.br/2013/01/requisitos-para-caracterizacao-do.html>. Acessado em 28 de outubro de 2015.

da descontinuidade; B) teoria do evento; C) teoria dos fins do empreendimento e; D) teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços⁴⁰.

A fundamentação dessas teorias se dá nas construções teóricas concernentes ao tema, mas necessitam de uma interpretação convergente quando se fala em não eventualidade.

[...] pode-se formular a seguinte caracterização do trabalho de natureza eventual: a) descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo; b) não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviço; c) curta duração do serviço prestado; d) natureza do trabalho tende a ser concernente a evento certo, determinado e episódico no tocante à regular dinâmica do empreendimento tomador dos serviços; e) em consequência, a natureza do trabalho prestado tenderá a não corresponder, também ao padrão dos fins normais do empreendimento⁴¹

O quarto elemento fático-jurídico indispensável à configuração do vínculo empregatício é a onerosidade, compreendida como o recebimento por parte do empregado uma contraprestação pelo trabalho realizado.

Aliás, é essa contraprestação que acaba por impulsionar o empregado a continuar a realizar aquele trabalho, já que dele precisa para sobreviver, mantendo a si próprio, assim como a sua família. O quinto e último pressuposto de existência da relação de empregatícia, isto é, a subordinação, se revela como o mais importante dentre todos os outros pressupostos já citados, já que muitas vezes é inclusive utilizado para definir a própria relação de emprego, quando se menciona a expressão: “contrato de trabalho subordinado”⁴².

Como quinto e último elemento fático-jurídico destaca-se a subordinação. Esse pressuposto trata da relação de subordinação do empregado para com o empregador. O empregado deve se submeter ao comando do empregador.

⁴⁰ SOBRAL. Carolina de Oliveira. Relação de Trabalho X Relação de Emprego. UNITOLEDO. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/344/338>. Acessado em 30 de outubro de 2015.

⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2004. p.297.

⁴² SOBRAL. Carolina de Oliveira. Relação de Trabalho X Relação de Emprego. UNITOLEDO. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/344/338>. Acessado em 30 de outubro de 2015.

A subordinação implica a sujeição do empregado às normas pré-estabelecidas pelo empregador e às coordenadas de comando da atividade a ser exercida. O empregado aceita as condições e as modalidades que o empregador impõe para a realização da atividade laboral. O trabalhador consente, assim, com as normas determinantes do modo como deve prestar os seus serviços delimitadas pelo empregador. Cumpre destacar que não é o trabalhador que é subordinado às normas diretivas do empregador, e sim o *modus operandi* da sua atividade laboral, a maneira como deve ser exercida a atividade na prestação do serviço. Há o que a doutrina convencionou chamar de subordinação jurídica do empregado ao empregador⁴³.

Por fim, de qualquer ângulo que se observe, faz-se necessário que estes cinco pressupostos do Direito do Trabalho caminhem juntos para a adequada caracterização do vínculo empregatício, para que assim, não haja prejuízo para nenhuma das partes envolvidas na relação jurídica.

⁴³ FAGUNDES, Amanda. Requisitos Para a Caracterização do Vínculo de Emprego. Disponível em: <http://estudojustrabalhista.blogspot.com.br/2013/01/requisitos-para-caracterizacao-do.html>. Acessado em 28 de outubro de 2015.

3. O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO

O termo “pejotização” vem sendo utilizado pela jurisprudência para se referir à contratação de serviços pessoais, mas que são realizados por pessoas físicas, com subordinação, de forma não eventual e com onerosidade, de forma que haja constituição de pessoa jurídica especialmente para esse fim, visando assim, burlar a legislação trabalhista e eventuais relações de emprego que poderiam existir, fomentando a ilegalidade:

A Justiça do Trabalho possui corriqueiramente pedidos de reconhecimentos de vínculo de emprego entre um dos sócios de uma pessoa jurídica e seu respectivo empregador (empresa contratante), pois tais contratações, que inicialmente mantinham a aparência de relação de prestação de serviços entre pessoas jurídicas, são na verdade, fraudulentas. Isto porque, os requisitos da relação de emprego foram devidamente preenchidos e por consequência a prestação de serviços pela pessoa jurídica, era na verdade, realizada por uma pessoa física que contém todos os requisitos da relação de emprego⁴⁴.

Compreende-se que o Direito do Trabalho, pautado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e do pleno emprego, que vem fortalecer o ideário de justiça social, vislumbra proteger toda a sociedade. Desta forma, faz-se necessário combater toda e qualquer modalidade de contratação fraudulenta como caminho de efetivar a justiça social.

3.1 Conceito

A pejotização é conhecida como uma prática comum na esfera trabalhista atual, sendo considerado um advento utilizado por empresas com vistas a potencializar lucros e resultados financeiros, diminuindo os encargos oriundos das relações trabalhistas, consistindo no ato de contratação de funcionários (pessoas físicas) por meio de constituição de Pessoa Jurídica. Em casos como esse, o empregador exige que o fornecedor da mão de obra

⁴⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. **Pejotização, Intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões**. São Paulo: Revista LTR, 066/07

constitua uma empresa, descaracterizando a relação de emprego e a Pessoa Jurídica é usada em substituição ao contrato de trabalho.

Percebe-se que o fenômeno da pejetização é mais relevante quando se fala em profissões de caráter intelectual, como descrito na Lei 11.196/2005, em seu artigo 129, que prevê o seguinte:

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 Civil⁴⁵.

Assim sendo, empregadores passaram a se sentir legitimados a contratar trabalhadores intelectuais, por meio de pessoa jurídica. O apoio à licitude dessa relação é encontrado pelos empregadores com base no artigo supracitado.

Pela visão dos empregadores, o serviço intelectual seria capaz de elidir a hipossuficiência dos trabalhadores, ficando a cargo do empregado a escolha da Lei que melhor lhe aprouver. Alguns ainda defendem que os incentivos fiscais e previdenciários são mais compensadores do que os benefícios trabalhistas.

É sob esse argumento que a prática da pejetização tem se difundido entre as relações trabalhistas no Brasil. É uma prática bastante usual no serviço bancário, no serviço de seguros, bem como em empresas de comunicação e marketing: as empresas impõem que o funcionário crie uma pessoa jurídica e com esta celebram os contratos de prestação de serviços, com cláusula de exclusividade. Desse modo, o trabalhador presta serviços na própria sede da empresa e cumpre jornada de trabalho que, caso excedida, não enseja o pagamento de horas extras, sendo-lhe negados também os demais direitos trabalhistas⁴⁶.

⁴⁵ LIMA, Francisco Meton Marques de. **A contratação de trabalho intelectual sem vínculo de emprego - lei n. 11.196/05 – no contexto da política pública de combate à informalidade.** Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1749. Acessado em: 06 de novembro de 2015.

⁴⁶ ORTIZ, Fernanda Colomby. **A Pejetização Como Forma de Burlar a Legislação Trabalhista.** Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13882&revista_caderno=26. Acessado em: 06 de novembro de 2015.

Essa modalidade atinge diversas categorias profissionais. É uma prática que vem se tornando corriqueira, fazendo com que uma pessoa jurídica trabalhe em lugar de uma pessoa física, extinguindo assim a relação de emprego, fazendo parecer uma situação jurídica de natureza civil.

A denominação dada de “pejotização” é proveniente da sigla da pessoa jurídica, ou seja, PJ:

O Direito do trabalho tutela o empregado - pessoa física, não havendo a possibilidade de uma pessoa jurídica ser trabalhador. O conceito de empregado extraído do artigo 3º da CLT, é claro com relação a essa exigência, além do fato de o contrato ser “intuito personae”, o que quer dizer que é personalíssimo, não podendo ser executado por parte diversa daquela que o pactuou⁴⁷.

Essa prática pode ocorrer de duas formas: Na primeira, quando da contratação há por parte do empregador a imposição da constituição de uma pessoa jurídica como condição para acesso ao emprego. Já na segunda forma, a empresa o trabalhador já faz parte do quadro de funcionários, mas sofre constrangimento e ameaça de demissão para a criação de uma empresa e assim, ocorre a baixa na carteira de trabalho e celebrado um contrato de prestação de serviços.

Ainda que utilizando uma estratégia mais moderna, novamente o capital tenta prevalecer sobre a dignidade do trabalhador. Este, figura hipossuficiente na relação de trabalho, se vê coagido a ceder à prática do mercado de trabalho para garantir seu sustento e de sua família, ainda que veja derogados seus direitos trabalhistas. Muitas vezes essa consciência acerca do abandono dos seus próprios direitos é sufocada por eventuais “vantagens” oferecidas pelo mecanismo, a exemplo do pagamento de imposto de renda como pessoa jurídica, o que, em tese, possibilitaria descontos de despesas. Ainda que o trabalhador conscientemente deseje optar por essa modalidade de contratação, ela não poderia se efetivar por ir de encontro a todo o sistema de princípios garantistas do direito do trabalho⁴⁸.

Quando se considera a possibilidade de uma pessoa jurídica desenvolvendo o trabalho que deveria ser do empregado, ocorre a configuração de uma locação de serviços, ou o chamado contrato de

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ DUARTE, Dirceu Galdino Barbosa. O Fenômeno da Pejotização nas Relações Trabalhistas e o Princípio da Primazia da Realidade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=17d6adbfbdb7e94b>. Acessado em 07 de novembro de 2015.

empreitada, que deveria ser realizado por um temporário, por terceirização de uma empresa, ou por trabalhador autônomo, etc.

Busca-se ressaltar que tal prática configura uma fraude à relação de emprego, onde o empregador se aproveita da necessidade do trabalhador, para exigir-lhe condições extremamente desfavoráveis, de acordo com a análise do artigo 9º da CLT⁴⁹: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”,

3.2 Pejotização Como Fraude às Normas Trabalhistas

Quando observados os princípios do Direito do Trabalho à pejotização pode-se observar que sua prática configura em verdadeira fraude à legislação trabalhista, já que a pejotização busca ocultar o vínculo empregatício no intuito de negar os direitos trabalhistas do trabalhador.

O fenômeno, a primeira vista, chama [sua atenção], pois a pecúnia oferecida pelo empregador é maior, alegando que com a redução com o pagamento de impostos possibilitará o aumento do valor do “salário”, contudo, leva o a acreditar que a oferta é recompensadora, mas na verdade ao empregado não será assegurado pela lei o direito ao décimo terceiro salário, às horas extras, às verbas rescisórias, os direitos previdenciários (e conseqüentemente à licença maternidade, auxílio reclusão, auxílio doença, etc), ao salário mínimo, ao labor extraordinário, aos intervalos remunerados (descanso semanal remunerado e férias com adicional constitucional de um terço), aos direitos concernentes na ocorrência do acidente de trabalho, entre outros direitos garantidos pela Lei ou em acordos e convenções coletivas, além de trazer muita insegurança ao empregado que labora em tais condições, sem nenhuma garantia. Se não fossem apenas os direitos trabalhistas suprimidos, o empregado ainda terá que arcar com as despesas provenientes de uma pessoa jurídica, como o contador, o pagamento de impostos e contribuições de abertura, manutenção e encerramento da firma, além de assumir os riscos de um negócio que não tem razão de existir⁵⁰.

A caracterização da fraude da pejotização é reforçada pela realidade vivenciada no mercado de trabalho brasileiro, onde se pode encontrar a

⁴⁹ BRASIL. Decreto-lei nº5.452/43. **Consolidação das Leis do Trabalho – CLT**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 08 de outubro de 2015.

⁵⁰ OLIVEIRA, Laura Machado de. **Pejotização e a precarização das relações de emprego**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23588/pejotizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-de-emprego>. Acessado em: 09 de novembro 2015.

imposição do empregador, não havendo livre vontade na constituição da pessoa jurídica pelo trabalhador.

De acordo com o aplicador do direito, quando amparado nos princípios trabalhistas supracitados, pode-se fazer a desqualificação da ficção criada. Isto pode ser observado no âmbito do Judiciário, conforme citado pelo Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais: “a ‘pejotização’ é modalidade de fraude que já não mais passa despercebida aos olhos da Justiça do Trabalho”⁵¹.

Desta forma, a jurisprudência brasileira se mostra hábil no manejo da principiologia trabalhista de forma a combater a fraude na relação de emprego, de acordo com trecho a seguir:

A pejotização consiste em transformar pessoas físicas em pessoas jurídicas e ao invés de serem trabalhadores de uma empresa, passariam a ser uma empresa prestando serviços para outra empresa, em palavras não tão belas, trabalhadores que passam a usar esta roupagem contratual para não perder o posto de trabalho, mascarando o suposto vínculo de empregatício. Trata-se da busca pelo fim da relação entre capital e trabalho, objetivando a relação, apenas, entre empresas.

(...)

Ademais, vale lembrar que o contrato de trabalho é um contrato-realidade e se configura independentemente da vontade das partes. Por força do princípio da primazia da realidade, a ideia que as partes fazem das circunstâncias e até a intenção que as animou não se revestem de força vinculativa para a determinação da natureza jurídica da relação estabelecida. Ainda que recusem as posições de empregado e empregador, estarão ligadas por contrato de trabalho, uma vez verificados os requisitos de sua conceituação legal.

A lição de Américo Plá Rodriguez, ao apontar como princípio fundamental do ordenamento jurídico do trabalho o da primazia da realidade, que, no caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge dos documentos e acordos, se deve dar preferência ao que ocorre no mundo dos fatos. É o primado da realidade sobre a forma, determinando o reconhecimento do vínculo empregatício, uma vez configurados todos os seus elementos, constantes do art. 3º da CLT⁵².

De acordo com o citado, a pejotização é um instrumento fraudulento utilizado pelos empregadores para não arcar com as obrigações trabalhistas. Por isso, a aplicação dos princípios trabalhistas pelos julgadores supracitados,

⁵¹ TRT 17ª Região, RO 01154.2008.005.17.00.3, Relator: Des. Gerson Fernando da Sylveira Novais, Julgado em: 26/10/2010, Publicado em: 01/12/2010.

⁵² TRT 17ª Região, RO 01391.2007.006.17.00.0, Relator: Juiz Claudio Armando Couce de Menezes, Julgado em: 23/04/2009, Publicado em: 04/06/2009.

visa o reconhecimento do vínculo de emprego quando presentes os seus elementos configuradores.

3.3 Terceirização X Pejotização

Com a flexibilização da legislação trabalhista, tornou-se usual a prática de novas formas de trabalho, com diminuição do rigor e do ônus, visando estimular a contratação formal.

Atualmente, assunto corrente no Direito do Trabalho é a flexibilização das relações laborais, advinda da redução da rigidez da legislação trabalhista, a qual, por sua vez, encontra justificativa em diversos fatores, tais como: a concorrência entre as empresas, a globalização, a informatização dos postos de trabalho e o aumento do desemprego. Com a referida flexibilização tornou-se usual a prática de novas formas de trabalho, menos rigorosas e onerosas, objetivando estimular a contratação formal. São exemplos desses novos contratos: a terceirização, o trabalho a tempo parcial, o trabalho temporário, o estágio, entre outros⁵³.

Contudo, buscando espaço nessas novas modalidades, se originaram instrumentos com a finalidade de burlar as leis trabalhistas, só fazendo precarizar as relações de trabalho e ferindo não somente os dispositivos trabalhistas, mas se chocando também um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme descrito no art. 1º, III, da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana.

Nesta linha, como um mecanismo de fraude à legislação trabalhista cita-se a terceirização. É caracterizado por ser um fenômeno cada vez mais presente no âmbito empresarial, pois propõe uma redução dos custos e a certeza de uma mão de obra especializada.

Terceirização significa a contratação de terceiros, por parte de uma empresa, para realização de atividades gerais, não essenciais, visando à racionalização de custos, à economia de recursos e à desburocratização administrativa. A terceirização constitui um importante elemento que pode indicar a forma pela qual a empresa se estrutura e se organiza. Terceirizar implica necessariamente no envolvimento de um terceiro numa determinada relação empresarial e que inicialmente, como tal, não era conhecido. O sentido de “terceiro”

⁵³ RODRIGUES, Vanessa Richardelli. O Instituto da Pejotização Como Fraude ao Direito do Trabalho. JurisWay. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14463. Acessado em 08 de novembro de 2015.

no fenômeno da terceirização não se subsume a sua conotação jurídica (aquele que é estranho a uma relação jurídica entre duas pessoas), mas ao significado usado no campo da administração de empresas: aquele outrem, para quem é descentralizada as atividades da empresa. Este é, pois, o significado do “terceiro”, do qual surge a palavra terceirização⁵⁴.

O que se percebe é que a terceirização é a contratação de uma empresa, já constituída, para realizar um serviço especializado. Ao contrário, a pejetização é a constituição de uma pessoa jurídica, devido à pressão realizada pelo empregador, para que uma pessoa física realize a prestação de serviços como uma pessoa jurídica, mesmo estando presentes nessa relação os elementos da personalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, objetivando, o que caracteriza a relação de emprego.

Terceirização é a externalização da produção, ou seja, ao invés de uma empresa realizar determinada atividade, contrata-se uma empresa terceirizante (intermediária), que terá como papel efetuar a função que, em princípio, caberia à empresa tomadora dos serviços praticar. É o procedimento adotado pela empresa que transfere a outrem a execução de uma parcela de sua atividade permanente ou esporádica, dentro ou além dos limites do seu estabelecimento, com a intenção de melhorar a sua competitividade, produtividade e capacidade lucrativa⁵⁵.

Assim sendo, o trabalhador, fica em prejuízo em seus direitos trabalhistas, por uma relação fraudulenta em seu contrato de trabalho. Tais fraudes. O objetivo do empregador com essas fraudes é a potencialização do lucro da empresa, conseguindo uma competitividade maior no mercado, com a redução dos custos trabalhistas, sem se importar com o desrespeito às leis e aos princípios que regem a relação de emprego.

3.4 Pejetização como Afronta Aos Direitos Trabalhistas

⁵⁴ SOARES JUNIOR, Alcídio. Terceirização: conceitos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3794, 20 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25901>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

⁵⁵ GOMES, Philippe. LUZ, Victor. A Terceirização no Direito do Trabalho: Causas e Consequências. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2360/1730>. Acessado em: 09 de novembro de 2015.

Diante desse cenário de flexibilização das normas trabalhistas, a pejotização vem aparecendo como nova modalidade de contratação pela qual o empregador obriga ao trabalhador a constituição de pessoa jurídica no intuito de descaracterizar a relação de emprego e, assim, burlar a legislação trabalhista.

O neologismo Pejotização tem sido amplamente utilizado tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, sempre que essa forma é utilizada para descaracterizar a realidade de uma relação de trabalho e se dá em decorrência da reincidência dessa prática. É importante frisar que essa prática constitui uma espécie de fraude à relação de emprego, na qual o empregador acaba se aproveitando da necessidade do trabalhador, para impingir-lhe condições extremamente desfavoráveis⁵⁶.

Assim, a não realização do trabalho por pessoa física implica na descaracterização da relação de emprego já que se ausentam seus elementos fático-jurídicos, não oferecendo ao trabalhador a proteção conferida pela legislação trabalhista.

Neste sentido, Sergio Pinto Martins⁵⁷ explica que:

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.

Com vistas ao exposto, compreende-se que diversas empresas passaram a contratar por meio de pessoas jurídicas, buscando minimizar custos, mas de forma que ofende a licitude dessa relação com fundamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, a prática da pejotização tem crescido muito no mercado de trabalho brasileiro. É muito comum no serviço bancário: o banco exige que o trabalhador crie uma pessoa jurídica e com esta firma um contrato de prestação de serviços, exigindo exclusividade na prestação de serviço.

Com isto, o trabalhador é obrigado a prestar serviços na própria agência bancária cumprindo uma jornada de trabalho, da mesma maneira que os

⁵⁶ ORTIZ, Fernanda Colomby. **A Pejotização Como Forma de Burlar a Legislação Trabalhista.** Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13882&revista_caderno=26.

Acessado em: 06 de novembro de 2015.

⁵⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.128

demais trabalhadores que são empregados, mas no caso de ocorrência de horas extras, estas não serão pagas, a exemplo dos demais direitos trabalhistas, já que não se configura uma relação de emprego, mas um contrato celebrado entre duas pessoas jurídicas.

A realidade concreta pode evidenciar a utilização da roupagem da pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma específica pessoa física, celebrando-se uma relação jurídica sem a indeterminação de caráter individual que tende a caracterizar a atuação de qualquer pessoa jurídica. Demonstrado, pelo exame concreto da situação examinada, que o serviço diz respeito apenas e tão-somente a uma pessoa física, surge o primeiro elemento fático-jurídico da relação de emprego⁵⁸.

Este é somente um exemplo, pois a pejetização atinge diversos setores da economia brasileira. É um fenômeno atinge as mais diversas categorias profissionais, onde podem ser encontrados até mesmo advogados que trabalham dentro de uma sociedade de advogados, mas são forçados a constituir pessoa jurídica e a emitir nota fiscal de prestação de serviços⁵⁹.

3.5 A lei 11.129/2005 como álibi para a prática da pejetização

Muitas empresas justificam a utilização da pessoa jurídica no momento da prestação dos serviços se calcando no artigo 129 da Lei nº 11.196 de 2005⁶⁰, que dispõe:

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.

⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p.285.

⁵⁹ Constata-se exemplo de pejetização na atividade da advocacia no acórdão da 1ª Turma do TRT da 17ª Região (Processo: 01154.2008.005.17.00.3 RO, Rel. Des. Gerson Fernando da Sylveira Novais, Julgado em: 26/10/2010, Publicado em:01/12/2010).

⁶⁰ LIMA, Francisco Meton Marques de. **A contratação de trabalho intelectual sem vínculo de emprego - lei n. 11.196/05 – no contexto da política pública de combate à informalidade**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1749. Acessado em: 06 de novembro de 2015.

Valendo-se do dispositivo legal, os empregadores passaram a contratar mão-de-obra para prestação de serviços intelectuais, através da pessoa jurídica sem relação de emprego.

Em meio à discussão duas correntes se contrapõem. Uma sustenta que o art 3º da CLT⁶¹ garante que não há distinção entre trabalho intelectual, técnico ou manual.

Assim rege o artigo:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

§ único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Dessa forma, não há do que se falar em distinção entre as espécies de trabalho. Já a segunda corrente, defende que o trabalho intelectual elimina a chamada hipossuficiência do trabalhador, cabendo-lhe, inclusive, escolher a lei relativa ao trabalho prestado, mesmo que a lei escolhida o prejudique como no caso da pejetização.

O que é colocado em voga nesta possível escolha é se existe a possibilidade de o destinatário da norma trabalhista poder se desfazer de uma proteção que lhe é inerente balizando-se pelo princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Observa-se que, ao contrário do que se depreende no artigo 129 da lei nº11.196/2005, pelo qual, na teoria, a contratação de trabalhadores intelectuais através de pessoa jurídica serviria para diminuir os encargos sobre o trabalho, justificando que dessa forma seria aumentando o ganho salarial, o que se constata é que não há ganho para o trabalhador e sim a inaplicabilidade dos direitos e proteções trabalhistas, pois são mantidos os valores do salário base.

Independentemente da lei em questão permitir a contratação apenas de trabalhadores intelectuais através de pessoas jurídicas o que se observa é a contratação de diversos trabalhadores que prestam serviços de natureza não

⁶¹ BRASIL. Decreto-lei nº5.452/43. Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 08 de outubro de 2015.

intelectual, com o intuito de fraudar a aplicação da legislação trabalhista caracterizando assim a pejetização.

Ainda, conforme dados apontados na matéria veiculada por Sandra Turcato e Rosualdo Rodrigues⁶²:

De acordo com estudo do IBGE veiculado em 2004, com base no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), havia no país aproximadamente 4,5 milhões de empresas cadastradas naquele ano. Desses, 3,1 milhões (68%) são empresas sem empregados. O próprio IBGE diagnostica que, na maioria desses casos, a empresa é assim constituída com o objetivo de modificar o vínculo do trabalhador com a empresa em que ele realmente trabalha.

3.6 Efeitos do reconhecimento da fraude relativa à pejetização

Após verificada, em processo judicial, a prática da pejetização como fraude a legislação trabalhista, deverá o magistrado, declarar nulo o contrato de prestação de serviços pactuado entre as partes e posteriormente deverá ser reconhecido o vínculo empregatício, efetuando-se as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do empregado, com o conseqüente pagamento de todos os direitos trabalhistas aos quais o trabalhador tem direito.

Deve ser ressaltado que o vínculo empregatício não ocorre no momento da sentença, mas sim no momento em que a pessoa jurídica foi constituída com o intuito de burlar a legislação trabalhista, uma vez que também estiverem presentes os requisitos da relação de emprego.

Isso é o que nos ensina Jéssica Marcela Schneider:

[...] 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 conseqüência, terá o magistrado a função de tão-

⁶² TURCATO, Sandra; RODRIGUES, Rosualdo. PJ é artifício para sonegação de direitos. **Revista ANAMATRA**, Brasil, Ano XVII. n.º 55 p. 11-15, 2º semestre de 2008. 64 p.

somente declarar o conjunto de direitos ao qual fazia jus o trabalhador⁶³. (SCHNEIDER, 2010, p. 61).

Laura Machado de Oliveira⁶⁴ destaca ainda que a pejetização é considerada crime de crime de frustração de direito trabalhista, nos termos do artigo 203 do Código Penal, in verbis: “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 que, para configuração do referido crime, é necessário a propositura de uma ação no juízo criminal.

⁶³ SCHNEIDER, Jéssica Marcela. O Princípio da Primazia da Realidade e Sua Aplicação Enquanto Instrumento de Combate à Fraude à Relação de Emprego. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>. Acessado em: 09 de novembro 2015.

⁶⁴ OLIVEIRA, Laura Machado de. **Pejetização e a precarização das relações de emprego**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23588/pejetizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-de-emprego>. Acessado em: 09 de novembro 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no presente estudo, a flexibilização das relações laborais deu origem à novas formas de trabalho, menos rigorosas e onerosas, objetivando estimular a contratação formal.

No entanto, ao lado desses contratos lícitos surgiram mecanismos com intuito de fraudar a legislação trabalhista, precarizando as relações de trabalho. Nesse contexto insere-se a pejetização, a qual consiste na criação de uma pessoa jurídica, por exigência do empregador, para prestação de serviços no lugar de uma pessoa física, com pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, visando a descaracterização do vínculo empregatício.

A constituição de uma empresa, em si, é ato legítimo, por se tratar de direito constitucionalmente e infraconstitucionalmente garantido. O que se pretende coibir é a criação de sociedades “de fachada”, sem a presença do elemento psicológico essencial da *affectio societatis*, empresas essas instituídas com o único escopo de burlar a legislação em vigor, em busca da potencialização do lucro, a qualquer custo, mesmo que em desrespeito às leis e aos princípios.

O fenômeno da pejetização acarreta consequências tanto para o empregado, quanto para o empregador. Ao empregado não será assegurado o direito ao salário mínimo, ao décimo terceiro salário, às horas extras, às verbas rescisórias, os direitos previdenciários, ao labor extraordinário, aos intervalos remunerados, entre outros direitos garantidos pela Lei ou em acordos e convenções coletivas, ocasionando, ainda, insegurança ao trabalhador, justamente pelo fato de não lhe ser dada nenhuma garantia nessa relação. O empregador, por sua vez, é beneficiado pela diminuição das despesas com mão-de-obra e tributos.

Demonstrou-se também a importância dos Princípios do Direito Individual do Trabalho para o reconhecimento da fraude relativa à pejetização, tendo em vista a ausência de regramento específico.

E finalmente, constatada a fraude em processo judicial, temos que serão considerados nulos os atos praticados com a finalidade de burlar a relação

trabalhista, reconhecendo-se o vínculo empregatício, com a consequente condenação do empregador ao pagamento de todos os encargos daí decorrentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 12^a ed. São Paulo, Editora Jurídica Brasileira, 2004, p.1006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 09 de outubro de 2013.

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm, Acessado em 13 de outubro de 2013.

BRASIL. Lei 5.452/43. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 11 de outubro de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10^a ed. LTr: São Paulo, 2011. p. 125.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros Editores. item 1548.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 5^a edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012. p. 68.

GRECO, Leonardo. **Processo de Execução**. Editora Renovar, 2006. p. 21

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.I, 41^a ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004. p.326.

LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil Esquematizado**. Editora Saraiva, São Paulo, 2011. p. 57.

MATIAS, Alberto Borges. **Inadimplência e Insolvência no Brasil; Análise setorial**; INEPAD – Instituto de Ensino e Pesquisa em Administração; em Financeiro, A revista do crédito; anos 1 a 6, nos 1 a 53. julho 2008 . Disponível <http://www.ibci.com.br/30Credito_entre_2002_2006.pdf> Acesso em 01 de outubro de 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Teoria Geral dos Recursos, Recursos em espécie e Processo de Execução**. Atlas Editora. Vol.2. 2007. p. 43.

OLIVEIRA, Lucas Olandim Spínola Torres de. **Salário e Remuneração**. Revista Eletrônica JurisWay, 2010. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4910

PACHECO, José da Silva. **Tratado das Execuções**, Editora Saraiva, São Paulo, 2000. p. 464

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10660/igualdade-salarial-e-regras-de-protecao-ao-salario/2#ixzz2huq31VVy>. Acessado em 19 de setembro de 2013.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**. 11ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2007. p.264.