

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

PEJOTIÇÃO O DIREITO DO TRABALHO:

UMA ANÁLISE DO ARTIGO 129 DA LEI 11.196/2005

HUDSON ELISIO CÂMARA MENDES SAMPAIO

RIO DE JANEIRO

2022

HUDSON ELISIO CÂMARA MENDES SAMPAIO

PEJOTIÇÃO O DIREITO DO TRABALHO:

UMA ANÁLISE DO ARTIGO 129 DA LEI 11.196/2005

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ivan Simões Garcia.

RIO DE JANEIRO

2022

HUDSON ELISIO CÂMARA MENDES SAMPAIO

PEJOTIÇÃO O DIREITO DO TRABALHO:

UMA ANÁLISE DO ARTIGO 129 DA LEI 11.196/2005

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ivan Simões Garcia.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca Rio de Janeiro

RIO DE JANEIRO

2022

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, eu gostaria de agradecer a Deus por me tornar capaz e convicto de mim. Eu lembro quase que diariamente o esforço – que a época era absurdo pra mim – ser aprovado em um concurso público. Ser o primeiro da família a cursar uma Universidade Federal. Isso me custou muito. Paguei o preço. Pagaria de novo. Isso mudou a minha vida. Obrigado, Deus.

Em segundo, o meu agradecimento vai para as mulheres da minha vida. A começar por Dalva Marli. A minha tia nunca me deu presentes de alto valor economico. Ela me deu algo muito mais valioso. Algo que é unico e se sobrepõe a toda moeda desse planeta, ela me deu um amor indescritível, uma dedicação exclusiva, uma força de só quem ama mesmo. Detalhe: deu sem esperar nada em troca. Amor de mãe. Obrigado por cuidar sempre de mim. Comigo você estava numa cama de solteiro apertadissima, comigo você estará em todo o luxo que eu vou te dar. Te amo.

Minha Mãe, minha melhor amiga. Mãe, é impressionante como a gente se dá bem, como a gente tem assunto, como você me conhece na palma da mão. Eu te amo tanto. Eu adoro o fato de compartilharmos tudo, você sabe tudo de mim, eu sei tudo sobre você, e que seja sempre assim. Minha amiga de copo, cachaça, chopp e tudo o que há de melhor nesse mundo. Eu te amo pra sempre. Você é o meu amor.

Agora, eu vou falar um pouco sobre o homem da minha vida, meu pai. Meu pai é o meu herói, meu exemplo de tudo. Fico sem jeito pra falar deste homem. Acho que um exemplo que me cativa é se orgulhar de parecer contigo sempre. Eu te amo, pai.

Agradeço também a minha companheira de vida, Letícia, amor da minha vida, que trilha o caminho do sucesso comigo, enfrentando inúmeros percalços do judiciário, ensinando-me todo dia.

Por fim, agradeço aos meus amigos, Leo, Marinho, Pinho, Salabert, Gui, Yan, Pedro, André, Grilo, Marcelo, Jamal e Zé. Obrigado por sempre estarem junto comigo e trilharem esse caminho maravilhoso que foi a nossa faculdade.

RESUMO

A presente monografia pretende analisar de um modo generalista o instituto da fraude nas relações de trabalho, sobretudo, a sua pejetização e como a declaração de constitucionalidade do art. 129 da Lei nº 11.196/2005, através da ADC nº 66, lastreou legalmente a prática fraudulenta. A hipótese central da pesquisa é de que a flexibilização normativa da contratação desse profissional, que afastou o vínculo de emprego, mesmo quando presentes os requisitos necessários a configuração empregatícia, seria um estímulo a contratação por cadastro de pessoa jurídica, como estratégia de afastar os encargos patronais e tributários de uma relação regida pela legislação trabalhista. Deste modo, examinou-se a pejetização através de seus conceitos e características, como ainda os motivos do empregado e empregador para utilizá-la.

Palavras chaves: Direitos sociais, princípio da primazia da realidade, fraude, pejetização ADC Nº 66.

ABSTRACT

This monograph intends to analyze in a general way the institute of fraud in labor relations, above all, its pejotization and how the declaration of constitutionality of art. 129 of Law n° 11.196/2005, through ADC n° 66, legally supported the fraudulent practice. The central hypothesis of the research is that the normative flexibilization of the hiring of this professional, who removed the employment relationship, even when the necessary requirements for the employment configuration are present, would encourage the hiring by registration of a legal entity, as a strategy to remove the burdens. employers and tax authorities in a relationship governed by labor legislation. In this way, pejotization was examined through its concepts and characteristics, as well as the reasons of the employee and employer to use it.

Keywords: Social rights, principle of primacy of reality, fraud, pejotization ADC N° 66.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 DAS FASES DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	09
1.1 Era FHC: O boom da flexibilização.....	12
1.2 De 2003 a 2017: A disputa entre proteção e flexibilização do trabalho.....	14
1.3 Desregulamentação, flexibilização e precarização.....	16
2 O DIREITO DO TRABALHO.....	19
2.1 Dos princípios do direito do trabalho.....	19
2.1.1 O princípio da proteção.....	20
2.1.2 O princípio da primazia da realidade	21
2.1.3 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.....	22
2.2 Do contrato de emprego	23
2.3 As clássicas definições de subordinação	25
2.3.1 As novas concepções de subordinação pelas teorias objetiva, estrutural e a parassubordinação.....	27
3 DA FRAUDE	29
3.1 Fraude no direito brasileiro.....	33
3.2 Fraude no direito do trabalho	35
3.2.1 Das formas de fraude no direito do trabalho.....	38
3.2.2 Estágio	39
3.2.3 Da socialização dos empregados	39
3.2.4 Da CLT flex ou CLT cotas	41
3.2.5 Das cooperativas intermediadoras de mão de obra	41
3.3 As consequências das fraudes no direito do trabalho.....	42
4. DA PEJOTIZAÇÃO	43
4.1 Conceito e o contexto sociopolítico e o surgimento do fenômeno da pejotização.....	43
4.2 Dos principais alvos da pejotização.....	46
5. DA LEI COMO INSTRUMENTO DA PEJOTIZAÇÃO	52
5.1 O artigo 129 da Lei 11/196/2005.....	52
5.2 Ação declaratória de constitucionalidade nº 66 e seus efeitos sistêmicos.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho, ao longo de seu processo evolutivo, instituiu patamares básicos civilizatórios ao trabalhador. No entanto, com o avanço da globalização e as recentes modificações no modelo produtivo, foram arquitetadas novas formas de desregular a relação empregatícia e, por muitas das vezes, mascara-la através de pactos civis.

Nesse sentido, é importante relatar que o desmanche do Direito do Trabalho não somente ocorre por ações dos particulares, mas é também incentivado pelo próprio Estado, seja em seu processo legislativo que, em pretexto da atualização do mercado de trabalho provocado pelas inovações tecnológicas, admite novas legislações flexibilizatórias, seja também pelo próprio Judiciário que, na figura do Supremo Tribunal de Federal, abraça a constitucionalização do Art. 129 da Lei 11.196/2005, através da ADC nº 66, a qual praticamente formaliza a pejetização.

Assim, o primeiro parágrafo cuidará de uma análise temporal do direito do trabalho e, sobretudo, como o processo de flexibilização de suas normas e princípios foram incentivados ao longo da década de 90 até a promulgação da Reforma Trabalhista, ocorrida em 2017.

Já o segundo capítulo se debruçará sobre uma análise da própria ciência trabalhista, isto é, seus princípios formadores e, sobretudo, uma análise esmiuçada sobre os componentes fáticos e jurídicos que compõem a relação de emprego.

O terceiro capítulo contará com o exame do instituto da fraude, realizando um primeiro apanhado sobre a formação histórica do conceito, para, posteriormente defini-lo de acordo com o direito brasileiro e, por fim, como o Direito do trabalho entende o instituto da fraude, salpicando a explicação através de exemplos práticos.

O quarto capítulo, por sua vez, estudará o fenômeno da pejetização, o seu contexto social, os profissionais que mais sofrem com tal prática e, por fim, a constatação de seus efeitos deletérios.

O quinto e último capítulo analisa o dispositivo legal para, posteriormente, esmiuçar o julgamento que condicionou a sua compatibilidade com a CRFB de 88.

1. DAS FASES DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

O Direito do Trabalho pode ser definido como um complexo de regras, princípios e institutos jurídicos que regulam as relações empregatícias, quer no plano especificamente contratual, quer no plano mais largo dos vínculos estabelecidos entre os entes coletivos que representam os sujeitos desse contrato (DELGADO, 2013, P.71)¹.

No entanto, a configuração do direito laboral nem sempre foi plenamente reconhecida, sendo sua importância construída paulatinamente com o passar dos anos. Em seu trabalho, Maurício Godinho Delgado descreve as fases trabalhistas em solo brasileiro, o que se passa a fazer.

As primeiras manifestações de relação de trabalho, à nível nacional, somente se verificam, em sua totalidade, após 1888, tendo em vista que a relação escravagista não se dava entre pessoas, mas sim entre um proprietário e a sua propriedade – o escravo, logo não há uma relação de trabalho.

Posteriormente à abolição, não há a presença de um Estado que regule a relação de trabalho, muito em razão da imponente do entendimento liberal, que propunha somente a defesa dos direitos individuais. Nesta seara, esta ideologia prevalecente no Direito prescreve uma ação negativa do Estado, de modo que suas ações servissem apenas para garantir a liberdade de seus governados, sendo os mesmos livres para formalizar quais contratos quisessem, independente da brutalidade de seu conteúdo.

Todavia, isto não significou uma absoluta ausência de regulamentação, havendo diversas leis esparsas que, mesmo de maneira mais superficial, regulamentavam a relação de trabalho.²

¹ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 71.

² Em 1919 surge a legislação acidentária do trabalho (Lei n. 3724, de 1919); Lei Elói Chaves (Lei n. 4.682 de 1923), instituindo caixas de aposentadorias e pensões aos ferroviários. Os benefícios foram estendidos, posteriormente às empresas portuárias e marítimas (Lei n. 5109, de 1926); Em 1923, o Decreto n. 16.027, instituiu o Conselho Nacional do Trabalho; Em 1925, concedem-se 15 dias anuais de férias aos empregados de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários (Lei n. 4982 de 1925); Em 1927 é promulgado o Código de Menores (Decreto n. 17.934-A), estabelecendo em 12 anos a idade mínima para o trabalho, a proibição do trabalho noturno e em minas aos menores, entre outros preceitos; Em 1928 o trabalho dos artistas é objeto de regulamentação (Decreto n. 5492);

Rachando com a tradição liberal, a Era Vargas abraça uma nova realidade, criando o Estado Social Brasileiro, um marco na história republicana. Segundo Sússekind, “depois da Revolução de 1930, todas as constituições brasileiras dispuseram sobre os direitos sociais do trabalhador”³. Nesse sentido, já se via, ainda que numa roupagem mais embrionária, a constitucionalização dos direitos sociais na Constituição de 1934, que, em seu art. 121, no capítulo sobre a ordem econômica e social, dispôs em sentido proibitivo:

[...] diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 anos; e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; férias anuais remuneradas; indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa ⁴

Com isso, entende-se que o Estado não deve somente ausentar-se das relações materiais individuais, mas regulá-las de modo a torná-las justas e, ainda mais, igualitárias. Assim, o Estado, ao contrário do que expõe a corrente liberal, debruça-se nas relações individuais, atuando positivamente, seja em sua esfera legislativa ou jurisdicional, garantindo, portanto, a prevalência da igualdade material. Assim, ganham proeminência os direitos sociais.

Nesta mesma forma de pensar, José Afonso da Silva, conceitua os direitos sociais como:

“são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”⁵

Por sua vez, Paulo Bonavides⁶ enquadra os direitos sociais, culturais e econômicos como de segunda geração, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, sendo fruto das ações ativas do ente estatal. Arremata, ao fim, que “os direitos de segunda geração estão ligados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula”

³ SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direitos sociais na constituinte*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 34.

⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁴ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Todas as constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1971, p. 423-424.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 286-287.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 562.

Como reflexo a emergência destes conceitos, o Direito do Trabalho passa a ser institucionalizado, contendo uma estrutura jurídica própria. Surge a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto n.19443/1930); a criação de uma entidade sindical oficial e única, ainda que sob tutela do Estado; a criação de um sistema de solução judicial dos conflitos trabalhistas, as famosas comissões mistas de conciliação e julgamento (Decreto n. 21.393 de 1932); a regulamentação do trabalho feminino (Decreto 21.471 de 1932) e; por fim, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto nº5.452 de 1943), não se cuidando de um código propriamente dito, mas funcionando, na prática, como a presença estatal em todas as situações de trabalho.

No ambiente político, este movimento legal reflete a superação do modelo liberal pelo modelo corporativista, sendo representado pelo fortalecimento do Estado como agente capaz de evitar o conflito social, sendo, sobretudo, uma ferramenta de controle das classes operárias para afastar o ideário comunista. Assim, ao condicionar bons ambientes de trabalho e padrões mínimos de direito, o Estado afasta do ideário popular a luta de classes e, atrai para si, na figura de Getúlio Vargas, como provedor da nação.

No ambiente externo, o Direito do Trabalho, sobretudo nas décadas de 50 e 60, ganhou elevado destaque no cenário internacional, muito em razão do crescimento da política Keynesiana cujo principal decorrência foi instauração do Estado de Bem Estar Social (Welfare State). Nesta época, observou-se que a acumulação de capital e o galopante crescimento econômico incentivaram a estabilização das relações salariais, pois o mercado de emprego propiciava regras uniformes e previsíveis. É justamente neste contexto que o Direito do Trabalho começou a institucionalizar algumas das suas principais tendências⁷.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, inaugura outro patamar ao Direito do Trabalho, pois foi a única a designar um capítulo inteiro aos direitos sociais, separando-os do capítulo destinado à ordem econômica, destacando o trabalho como direito fundamental.

Na concepção de Maurício Godinho Delgado, “ao constitucionalizar o Direito do Trabalho,

⁷ BELTRAN, Ari Possidonio. Direito do Trabalho: crise econômica, flexibilização e desenvolvimento tecnológico. In Empresa e trabalho – estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida. Saraiva, 2010, p. 153; REDINHA, Maria Regina Gomes. A relação laboral fragmentada – estudo sobre o trabalho temporário. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora, 1995, p. 33-39.

o Texto Máximo de 1988 praticamente impôs ao restante do universo jurídico uma influência e inspiração jus trabalhistas até então desconhecidas na história do País”⁸. A constituição confere a relevância ao aspecto individual sem descuidar também da relevância do nível social e coletivo dos direitos sociais.

No entender de Silvia do Vale⁹, a nota que unifica todos os direitos sociais não é outra senão a busca da dignidade da pessoa do trabalhador. Para a autora:

“[...] o extenso rol de direitos destinados aos trabalhadores urbanos, rurais e avulsos, embora tenha se mostrado avançado, hoje tem como grande desafio o real alcance, passando pela reflexão acerca da fundamentalidade, eficácia, acepção de sentido formal, material, subjetiva e objetiva, e sobretudo, como tais direitos podem e devem ser aplicados no âmbito das relações privadas, já que foram concebidos exatamente com este fim. “

1.1. Era FHC: O boom da flexibilização

No entanto, embora o mundo do Direito do Trabalho prosseguisse pela construção e enrijecimento dos direitos sociais, no campo fático o capital, muito em razão das crises cíclicas - choque do petróleo (1973;1974; 1979 e 1980) - da desregulamentação dos mercados, aprofundamento do processo inflacionário em alguns países, ao desemprego, ao déficit público e avanços tecnológicos, optou por modelos mais flexibilizatórios às relações tradicionais de trabalho, uma vez que o suposto rigorismo das normas trabalhistas representaria o engessamento da relação de trabalho, sendo classificadas como excessivamente protetivas o que, por sua vez, travaria o progresso econômico da nação, tendo seu ápice na década de 90.

Nesta época, segundo Ricardo Antunes, o sistema capitalista passou a apresentar sinais de uma crise estrutural. Segundo Antunes, os sinais eram: A) a queda da taxa de lucro, muito em razão do aumento do valor da força de trabalho; b) o perecimento do padrão de acumulação taylorista/fordista, dado pelo encurtamento do consumo, em decorrência do desemprego estrutural; c) aumento do capital financeiro especulativo que tomava a frente dos capitais produtivos; d) aumento da concentração de renda muito em razão do aumento do capital especulativo; e) flexibilização do processo produtivo e da força de trabalho de trabalho.¹⁰

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 135.

⁹ ALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil. São Paulo: LTr, 2015, p. 48.

¹⁰ *Os sentidos do trabalho, ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 31-33.

Deste modo, no contexto global, o Toyotismo se apresenta como a modificação do modelo produtivo, tendo como uma de suas principais feições a preservação de um contingente mínimo de trabalhadores dentro da empresa, mais qualificados em variadas funções. Em suma, este novo modelo de produção passa a se apresentar pelo trabalho em times ou equipes, pela flexibilidade na produção e por sua verticalização produtiva.

Em solo brasileiro, vê-se que as flexibilizações, em decorrência da imposição desta ideologia neoliberal, o país incorporou uma agenda compatível com a nova onda econômica, trazendo em seu bojo a abertura comercial e privatizações.

Marina Costa e Silva ¹¹Assevera que:

“Tais processos de reestruturação aconteceram concomitantemente a uma conjuntura recessiva, que se aprofundava, e a uma avalanche de medidas liberais concretizadas nos programas de privatização e no abandono das políticas públicas voltadas para a expansão da demanda, com acento no controle da moeda e da inflação, via elevação da taxa de juros, e no avanço de projetos de desregulamentação econômica e flexibilização institucional do mercado de trabalho” (COSTA, 2005, p. 120).

A substituição da política de importações promovida desde Vargas pelo modelo comercial promovido pelo Governo Collor, preencheram o setor industrial. Neste sentido, (Costa e Silva, 2005, p. 111) assevera que duas ramificações políticas interdependentes acompanharam essas modificações, “no que se refere ao mercado de trabalho: a flexibilização dos regimes de trabalho (jornadas, salários, mobilidade funcional) e a flexibilização/desregulamentação do sistema legislativo nacional de proteção ao trabalho, da CLT.

Neste sentir, em interessante artigo, Krein, identifica algumas importantes modificações legislativas ¹².

Segundo o autor, o trabalho por tempo determinado (Lei n. 9601/98), a denúncia da Convenção 158 da OIT, a instauração das Cooperativas profissionais ou de prestação de serviço (Lei n. 8949/94); trabalho em tempo parcial (MP 1709/98); suspensão do contrato de trabalho (MP 1726/98), são todas medidas que, em maior ou menor escala, representam uma

¹¹ COSTA, Maria da Silva. “O sistema de relações de trabalho no Brasil: alguns traços históricos e sua precarização atual”. Revista Brasileira de Ciências Sociais. RBCS Vol. 20 n°. 59, São Paulo, outubro/2005. p. 111-131.

¹² KREIN, José Dari. A reforma trabalhista de FHC: análise de sua efetividade. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 24, p. 270-299, 2004

flexibilização predatória dos direitos trabalhistas.

Aliás, Marina Costa, em convergência ao exarado pelos autores, explicita que tais modificações legislativas “acenavam com a legitimidade institucional para a concretização daquela flexibilização, abrindo caminho para iniciativas de reformas importantes naquele ordenamento jurídico do trabalho” (COSTA, 2005, p. 112).

Diante deste embate, ganhou relevância a proposta de flexibilização/desregulamentação do trabalho. Tal iniciativa proporcionou aos empregadores maior facilidade para dispensar trabalhadores e rebaixar o preço da mão de obra, sob o já anunciado pretexto de que tais flexibilizações ajudariam na criação de postos de empregos.

1.2. De 2003 a 2017: A disputa entre proteção e flexibilização do trabalho

Ainda que o governo FHC seja o responsável por semear o processo flexibilizatório no Brasil, é importante considerar os avanços flexibilizatórios ocorridos dentro do período em que o Partido dos Trabalhadores esteve na chefia do poder executivo, sendo importante ressaltar também os freios impostos neste mesmo período, sendo definido como, no mínimo, oscilante.¹³

Para os autores, leis como a de nº 10.748/2003 e nº 10.490 de 2004, que tratavam da inserção dos jovens no mercado de trabalho, optavam por fragilizar os termos da relação de emprego, como a temporaneidade do contrato de trabalho em períodos mínimos, em um máximo de 20% dos trabalhadores da empresa. Neste mesmo sentido, aprovou-se a Lei nº 11.196/2005 que, em seu art. 129 – objeto do presente estudo – dispõe sobre a utilização de pessoa jurídica na prestação de serviços intelectuais, artísticos e culturais.

Há também neste processo medidas que fortaleceram a formalização do emprego. Os autores relevam a mensagem presidencial 389 de 2004 à Câmara dos Deputados, que freou um projeto que promove a terceirização; em 2003 a redução dos incentivos fiscais de diminuição de contribuições sociais por contratos determinados (Lei nº 9.601 de 1998); a lei 12.506 de 2011 que estabelece que o aviso prévio deve contar com 3 dias complementares por ano de trabalho; A lei 12.511 de 2011 que equipara o trabalho à distância, no estabelecimento de

¹³ DARI KREIN, J. & DE BARROS BIAVASCHI, M. Brasil: os movimentos contraditórios da regulação do trabalho dos anos 2000. Cuadernos del CENDES. Ano 32, n. 89, mai/ago, 2015.

atividades econômicas e no domicílio do trabalhador quando houver relação de trabalho; a Lei nº 12.964 de 2014 com a previsão de multas para os empregadores que não reconheçam a CTPS no trabalho doméstico.

Todavia, tais promoções não significaram o estancamento do processo flexibilizatório, que ainda segue marcha, sendo a Reforma Trabalhista, lei nº 13.467 de 2017, uma de suas principais marcas atuais. Para alguns doutrinadores, esta reforma acentua a corrosão dos direitos trabalhistas, sobretudo, os estabelecidos do art. 7º ao 11º da CRFB. Nesse sentir, Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁴ defende que:

“Esses novos dispositivos (§§ 2o e 3o do art. 8o da CLT) a nosso sentir são claramente inconstitucionais por violarem princípios que asseguram o amplo acesso a Justiça, pois nenhuma lei pode impedir qualquer órgão do Poder judiciário brasileiro de apreciar e julgar ação que veicule lesão ou ameaça de direito, e os princípios de autonomia e independência do Poder Judiciário, na medida em que os juízes no Estado Democrático de Direito e no modelo constitucional de processo, tem a garantia (e o dever) de interpretar a lei e todos os dispositivos que compõem o ordenamento jurídico conforme os valores e normas da Constituição, cabendo-lhes, ainda, nessa perspectiva atender aos fins sociais e as exigências do bem comum (...)

Delgado é contundente ao estabelecer que a Reforma Trabalhista propõe o retorno do Direito como “instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais”¹⁵(pg. 40), destoando completamente dos ensejos constitucionais.

Em suas palavras:

“ A Lei nº 13.467/2017 busca romper com essa lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativos incidentes sobre o contrato trabalhista. Essa é a marca e o sentido rigorosamente dominantes desse diploma no campo laborativo do Direito.”

Ocorre que, para estes doutrinadores, o processo flexibilizatório, sobretudo, o proposto pela Reforma Trabalhista, vai além da flexibilização, chegando ao passo de ser considerada uma forma de desregulamentação. Neste raciocínio, é essencial diferenciar conceitualmente algumas práticas, tais como a desregulamentação, flexibilização e situação de precarização.

¹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 16a ed. Sao Paulo: Saraiva, 2018, p. 68.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p.40

1.3. Desregulamentação, flexibilização e precarização

Enquanto a desregulamentação do Direito do Trabalho indica uma total ausência de regulação estatal e, conseqüentemente, a disposição para que as partes – o patrão - pactuem entre si a regras que comporão aquela relação de trabalho. (Dorneles, 2002. P.139-140) caracteriza a desregulamentação como uma flexibilização extrema, conceituando-a como o processo pelo qual direitos trabalhistas são derogados, perdendo a sua regulamentação. (não entendi)

A flexibilização das normas trabalhistas, por sua vez, consiste em um processo relacionado à adaptação dos preceitos que regulamentam as relações de emprego às grandes modificações que afetam o mundo do trabalho, como as crises econômicas, a globalização e o avanço da tecnologia. Cuida-se, sobretudo, de uma “adaptação” do direito do trabalho às novas realidades da sociedade, com atenuação dos níveis de proteção laboral¹⁶, mantendo ainda uma proteção mínima ao empregado.

Nassar (1991)¹⁷ define a flexibilização das normas trabalhistas como parte integrante do processo maior flexibilizatório do mercado de trabalho, sendo o procedimento capaz de inculcar novas legislações ao direito laboral de modo a compatibilizá-las com as mutações decorrentes de fatos externos como a ordem econômica, novas tecnologias, utilizando para isto estratégias políticas, econômicas e sociais.

Amauri Mascaro Nascimento (2005, p.77) define o como sendo toda a forma de trabalho que não seja a tempo completo e não tenha duração indefinida, o que provoca o afastamento da asperidade de algumas leis para permitir, diante de situações que a exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho.

¹⁶ BELTRAN, Ari Possidonio. Op. cit., p. 158-162. Maria do Rosário Palma Ramalho coloca que o processo de flexibilização do Direito do Trabalho afeta a relação de trabalho típica em duas vertentes: a) diante da diversidade das situações laborais, os sistemas se mostram mais receptivos a formas alternativas de prestação de trabalho subordinado e se voltam à zona cinzenta entre o trabalho subordinado e autônomo, incentivando este último; b) verifica-se um apelo à reestruturação interna da relação de trabalho, notadamente, relacionada ao tempo de trabalho, mobilidade geográfica e funcional de trabalhadores, cessação do contrato de trabalho visando melhor adaptação às novas exigências econômicas e de organização empresarial (Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2001, p. 590-591).

¹⁷ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Flexibilização do direito do trabalho, p. 20

Há também autores que optam por não diferencia-las, pois os seus efeitos ocorrem com o mesmo propósito – o desmantelamento dos direitos trabalhistas, sendo somente uma questão de intensidade, representam, portanto, as duas faces da mesma moeda (Silva, 1998, p 74)

Todavia, manter esta cobertura mínima de amparo pode não ser satisfatório quando se trata da efetiva proteção do trabalhador, como expõe Jorge Reis Novais:

"A invocação do princípio da dignidade da pessoa humana não dispensa o recurso a outros critérios e à valoração das circunstâncias concretas do caso. Se a dignidade da pessoa humana é, também, fundamento do poder de autovinculação, tudo residirá em saber de que medida é que o exercício desta liberdade, por redundar em limitação excessiva, se pode converter em obstáculo que anule ou destrua as condições da autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade."¹⁸

Não obstante, não bastaria haver um mínimo de direitos fundamentais, se sob alegação, o trabalhador perca totalmente sua autonomia e seja obrigado a se submeter a situações que, anunciadas como flexibilização, sejam, na prática, uma completa desregulamentação, deixando os trabalhadores em situação, no mínimo, precária.

A precarização, por sua vez, é utilizada como expressão do agravamento da situação dos trabalhadores no mercado de trabalho, de modo a marginalizá-los, privando-os dos signos laboristas mais básicos. Neste caso, o vínculo de emprego sequer é reconhecido, fazendo com que o trabalhador assuma completamente os riscos do empreendimento. Para Antunes (2020,p.13)¹⁹ cuida-se de um processo no qual a relação de trabalho é crescentemente individualizadas e invisibilizadas, assumindo, assim, a aparência de prestação de serviços.

Deste modo, considerando que as práticas flexibilizantes tensionam a configuração empregatícia tradicional até o ponto de, talvez, suprimi-las integralmente, é necessário expor mais profundamente sobre a relação de emprego e seus requisitos legais.

A prestação de serviços pode ser visualizada de muitas formas, cabendo ao Direito particularizá-las, regulamentá-las e classificá-las, qualificando efeitos jurídicos para cada relação contratual.

¹⁸ NOVAES, Jorge Reis. apud GEDIEL, José Antonio Peres. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.160-161.

¹⁹ ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

A ideia geral desta relação é ampla e engloba todo o contrato de atividade, sendo definido como o vínculo jurídico, pactuado expressa ou tacitamente entre um contratante, que presta o serviço – podendo ser de maneira subordinada ou autônoma – à uma pessoa física ou jurídica que o remunera²⁰. Assim, a construção institucional do Direito do Trabalho bem como o seu campo de incidência repousa tradicionalmente nesta particularização técnica entre trabalho subordinado e não subordinado.

No entanto, antes de explicitarmos os requisitos para a formação empregatícia, é necessário expressar as bases da ciência do trabalho, de modo a demonstrar sua importante influência deste requisito.

²⁰ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 300.

2. O DIREITO DO TRABALHO

2.1. Dos princípios do direito do trabalho

Robert Alexy²¹, anuncia os princípios como “preceitos de otimização, es prescrevem que algo deve ser feito da maneira o mais amplo possível, compatíveis com as possibilidades jurídicas e de fato”.

Neste mesmo sentido, Celso Bandeira de Mello entende que, com a constitucionalização do direito, os princípios ganharam patamares tão importantes que, se forem violados, importam em uma ofensa mais séria do que à uma regra, eis que os princípios são como pontos basilares em que diversas normas se fundam. Neste sentido, o autor expõe que o princípio é:

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”²²

Luciana Cardoso Pontes, apresenta os princípios, através da visão do direito do trabalho:

“[...] a dogmática principiológica, cujos preceitos têm relevância crucial no trato das relações laborais entre particulares, com destaque para o da proteção, irrenunciabilidade de direitos, norma mais favorável e primazia da realidade. Todos estes princípios tidos como específicos do ramo juslaboral estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito.”²³

Neste sentido, o Direito do Trabalho, como ciência autônoma, além de incorporar os princípios gerais do direito, possui princípios específicos desse ramo da enciclopédia jurídica podem ser aferidos, pelo processo de indução, do conjunto de normas adotadas pela Constituição a respeito dos direitos individuais e coletivos do trabalho (Sussekind,2010, p. 72)²⁴. Nesse sentido, é possível citar alguns exemplos: o princípio “in dubio pro operário”; o

²¹ ALEXY, Robert. *Concetto e validità del diritto*. Turim: Biblioteca Einaudi, 1997, p. 73.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. – SP, Rev. Dos Tribunais, 1980, p. 230.

²³ PONTES, Luciana Moura Araújo Cardoso. O direito do trabalho e sua função protetiva na contemporaneidade: da necessidade de (re)definição em face das novas relações de trabalho. – Salvador, 2010. 136f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, p.82.

²⁴ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4. Ed. (ampl. e atual.) – Rio de Janeiro: renovar, 2010, p. 72.

princípio da norma mais favorável; o princípio da condição mais benéfica; o princípio da primazia da realidade e os princípios da integralidade e da intangibilidade do salário.

Já Maurício Godinho Delgado²⁵, define os princípios como “proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico”, denominando-os ainda como “diretrizes centrais que se inferem a um sistema jurídico”. Além disso, o autor ainda classifica os princípios de direito do trabalho em três grupos, sendo o primeiro grupo os princípios constitucionais do trabalho; o segundo é formado pelos princípios constitucionais de aspecto amplo e, ao final, tem-se os princípios clássicos do direito do trabalho, sendo este o mais importante para o autor. Veja-se sua própria exposição:

“formam o núcleo justralhista basilar por, a um só tempo, não apenas incorporarem a essência da função teleológica do Direito do Trabalho, como por possuírem abrangência ampliada e generalizada ao conjunto desse ramo jurídico, tudo isso sem que se confrontem de maneira inconciliável como princípios jurídicos gerais mais fortes externos ao ramo jurídico especializado.”

Destarte, é válido observar os princípios *jus* laboristas que mais influem no presente trabalho.

2.1.1. O princípio da proteção

Este pode ser considerado o princípio que conforma o Direito do Trabalho, de jeito que sua essência influi em todos os seguimentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria estrutura, de modo que dota este ramo do Direito de características próprias. A este propósito, Américo Plá Rodriguez compreende que este princípio se expressa em três dimensões distintas: o princípio *in dubio* pró-operário, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.²⁶ Delgado, por sua vez, entende que ele abrange todos os princípios do Direito do Trabalho, não sendo possível excluir da análise da situação jurídica, ainda que minimamente, a influência deste princípio.

Assim, além de funcionar como a argamassa *jus* laborista, o princípio da proteção tenta equilibrar no campo do Direito, mediante a imposição de normas protetivas editadas pelo poder

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 16a ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 203-204.

²⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993. p. 42-43 e 28. O jurista argentino Alfredo J. Ruprecht também aponta esse desdobramento do princípio tutelar em três regras distintas: *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condições mais vantajosas. In: Os Princípios do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995, p. 14-28.

público, a diferença brutal que ocorre na realidade, em que o empregador, por possuir os meios de produção, figura em posição hiper suficiente ao trabalhador.

Nesta mesma compreensão, Sussekind (2002, p.111) leciona que o princípio da proteção ao trabalhador “resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade”.

2.1.2. O princípio da primazia da realidade

Este princípio ganha destaque para o nosso estudo, na medida em que a fraude – conforme será exposto posteriormente – encontra nele o seu principal inimigo. Isto porque, este princípio defende a real relação jurídica convertida entre as partes, significando, na prática, a garantia do empregado contra os desmandos e da parte empregadora. Conclui-se, portanto, que o teor do princípio prefere os acontecimentos que ocorrem no campo prático a aqueles que são pactuados no campo da formalidade. (Rodriguez, 2000, pg. 341)²⁷.

O propósito deste mandado de otimização consiste a busca pela verdade real, na medida em que a formalidade pode ser facilmente deturpada no âmbito laboral, fraudando a verdade dos fatos e impedindo, sobretudo, a realização da justiça laboral. Nesse sentido, importa mencionar que a prática habitual de uma situação tende a modificar as condições contratuais. Assim, o que é relevante para o direito do trabalho é o que ocorre na prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços.

Em uma corrente minoritária, Raphael Diógenes²⁸ afirma que este princípio enseja uma visão mais crítica da realidade, de modo que o interprete deve estar mais atento à real intenção das partes contratuais do que a situação formal através da qual a vontade transparece. Em suas palavras:

“amplia a noção civilista de que o operador do direito, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art. 112 CC)”. é a realidade que marca a vida das relações de trabalho, realidade esta muitas vezes distantes das abstratas formulações legais ou, em não raros momentos, mascarada pelo manto fugaz da liberdade

²⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

²⁸ VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. Servidor Público Temporário: natureza jurídica, regime, contratação irregular e a (não) incidência do princípio da primazia da realidade de fato sobre as formas. – Viçosa, MG: Ed. UFV, 2007, p. 83.

contratual”

Diz-se que é minoritária, pois a grande maioria dos autores desconsidera a vontade das partes para a configuração de fraude às leis trabalhistas – conforme será explicitado adiante. Isto porque, o exame da realidade também deve considerar a posição em que as partes contratuais se situam. Obviamente, o trabalhador, necessitando do trabalho, não criará empecilhos à confecção do ato fraudulento, ainda que com isto venha a perder direitos. Assim, havendo uma situação formal que não corresponda a real ocorrência dos fatos, o Direito do Trabalho passará a regula-la pelo o que, de fato, ocorre, gerando uma série de novos direitos e novas obrigações.

Luciana Cardoso Pontes²⁹ esclarece que:

“A produção dos efeitos albergados pelo Direito do Trabalho resulta especificamente da existência da relação de emprego, ou seja, o amparo dos direitos trabalhistas depende da prestação efetiva do serviço pelo trabalhador e não do que as partes livremente pactuaram, uma vez que nem sempre o contrato mantém os privilégios contidos na lei, convenção ou contrato coletivo em favor do empregado”

Alice Monteiro de Barros reafirma este entendimento, argumentando que 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 lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica”³⁰.

Destarte, conforme se explanará posteriormente, a princípio demonstra sua principal utilidade na identificação de atos fraudulentos, cujo objetivo é ilidir a aplicação do direito do trabalho. Assim, uma vez identificado a real ocorrência dos fatos, pode o magistrado mediante os preceitos legais que fundamentem o caso, desconsiderar os atos fictícios e aplicar o direito do trabalho à situação.

2.1.3. Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

Plá Rodriguez (1997, p.66)³¹ discorre que sobre o princípio da irrenunciabilidade como

²⁹ PONTES, Luciana Moura Araújo Cardoso. Princípio da primazia da realidade no direito do trabalho: a atuação do juiz-investigador. Disponível em: <<http://www.revistametodologiaufba.xpg.com.br/arquivos/artigo027.pdf>>.

³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 173.

³¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

“a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”. Por sua vez, Delgado (2010, p 186), afirma que o princípio da indisponibilidade “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”.

Isto ocorre em razão das normas trabalhistas possuem caráter cogente, pois são de ordem pública, isto é, não estão disponíveis à livre pactuação entre o empregado e o empregador, sendo impossível a sua renúncia. O princípio possui total aplicação prática na medida em que protege o empregado, parte hipossuficiente da relação, de abrir mão de seus direitos em razão de sua situação de necessidade. Assim sendo, não se pode sustentar, a fim de legitimar a fraude trabalhista, a anuência do empregado e que esta lhe trouxe benefícios.

2.2. Do contrato de emprego

A relação contratual empregatícia se forma pela comunhão das vontades dos contratantes em estabelecer um vínculo de emprego, não significando que o empregado possa ditar o conteúdo daquele acordo, partindo daí a sua condição de hipossuficiente. Assim, é possível considerar como trabalhadores todos aqueles que prestam alguma forma de serviço ou atividade humana, sendo considerados empregados, no entanto, somente a pessoa natural que presta esta atividade de maneira subordinada, habitual, pessoal e mediante contraprestação.

O elemento da pessoa natural se exterioriza na forma de pessoa física, sendo um requisito importantíssimo à configuração da relação empregado, sendo esta *condição sine qua non* haverá vínculo empregatício. Aliás, o requisito da pessoalidade é a continuidade à pessoa natural, de modo que a prestação desta atividade deve ser personalíssima, podendo o funcionário substituir-se por outro.

Isto deriva da própria natureza contratual, eis que a realização das tarefas pactuadas é intransmissível, sendo o trabalhador sujeito insubstituível.

Nesse sentido, Delgado expõe:

“A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, intuito personae com respeito ao prestador de serviços que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática de substituição intermitente – circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador enfocado –, descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico. (2019, p.339)”³²

Importa considerar, no entanto, outras situações em que é permitido a substituição do obreiro sem que haja a elisão deste requisito, como: a eventual substituição consentida do empregador, as substituições do empregado em razão de férias, licença maternidade, afastamento para obrigações legais etc. Nestas conjunturas o contrato de trabalho é suspenso ou interrompido, não havendo a rescisão do mesmo.

Menciona-se também uma questão nebulosa na delimitação da pessoalidade e conseqüente reconhecimento do vínculo empregatício. Ocorre que, se houver dentro do contrato com autônomo, o pacto de cláusula de exclusividade, questão permitida pelo art. 442-B da CLT, a análise deste conceito não será suficiente à configuração de emprego, tornando-se uma questão eminentemente subjetiva, tornando ainda mais insegura a subsunção do caso à seara trabalhista.

Em outra ponta, a habitualidade ou não eventualidade se encontra no caráter de permanência do trabalho prestado, não sendo uma relação típica de emprego a que ocorre esporadicamente. No entanto, ainda se observa uma zona cinzenta sobre este aspecto, na medida em que o exame deve recair sobre a real ocorrência dos fatos.

Assim, deve o intérprete, verificar (i) a necessidade de frequência daquela atividade, por exemplo, da médica que executa as suas atividades em 2 dias da semana, sendo esta frequência o que o seu empregador exige; (ii) estar vinculado à dinâmica da empresa, ou seja, a execução de seu serviço ser essencial ao objetivo social da pessoa jurídica; (iii) Evento certo, determinado e contínuo, isto é, toda certa, determinada e contínua ocasião é possível verificar a presença do obreiro na prestação de serviços.

³² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª. Ed. São Paulo: LTr, 2019.

De igual modo, Amauri Mascaro Nascimento (2014,p. 416)³³ afirma que a continuidade pode estar presente no trabalho autônomo, uma vez que não imputa a ocorrência da subordinação. Encontra-se mais uma vez sobre a área cinzenta em que o prestador de serviço, ao se inserir na rotina da empresa, pode fazer parte de sua estrutura orgânica e de seu funcionamento, nublando ainda mais o entendimento do intérprete que, dentro de seu subjetivismo, tornará a questão ainda mais indecisa.

A onerosidade é a materialização da contraprestação correspondente ao dispêndio da força de trabalho do trabalhador, sendo esta a última finalidade material da relação de emprego, sendo idêntica a sua conceituação no contrato do trabalhador autônomo.

Mais uma vez, Delgado arremata:

“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 econômica 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 e emprego. (DELGADO, 2019, p. 345)”

2.3. As clássicas definições de subordinação

Por fim, a subordinação será a nota diferenciadora que caracterizará a relação de emprego, sendo definida, portanto, como um fenômeno jurídico derivado do contrato constituído entre o trabalhador e o empregador, sendo o trabalhador submetido ao direcionamento objetivo do empregado sobre a forma de efetuação do trabalho, sendo um reflexo do poder diretivo do empregador que atinge, portanto, a forma de realização do trabalho e não a pessoa do trabalhador. Sendo esta, portanto, a subordinação jurídica.

Assim, entende Delgado:

³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 40a ed. Sao Paulo: LTR, 2015.

“a situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na ‘situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”, (DELGADO, 2019, P.350)

Neste raciocínio, mencionam-se as outras expressões do conceito.

A subordinação econômica parte do pressuposto de que o trabalhador, esta em uma condição de hipossuficiência econômica frente ao seu empregador, necessitando, portanto, da percepção do salário para sobreviver. Antônio Monteiro Fernandes³⁴ expõe que a dependência econômica se exprime em dois traços fundamentais: o fato do empregador realizar única e exclusivamente o mesmo labor para o mesmo tomador, faz com que o mesmo mantenha na retribuição o seu único e principal meio de subsistência, além de que a inserção do trabalhador na máquina produtiva faz com que, necessariamente, o mesmo perca todo o lucro de sua própria produção.

Tal teoria não ganhou corpo no direito brasileiro, eis que, além de fundar-se em aspecto extrajurídico, não considera o caso dos trabalhadores hiper suficientes

A subordinação técnica é caracterizada, sobretudo, pelo entendimento de que o empregador é o detentor da técnica de produção de serviço. Tal concepção não encontra mais substrato fático na atualidade, a uma porque o empregador contrata o empregado por justamente não possuir a especialidade de funcionário; a duas, porque cabe ao empresário a organização dos meios de produção, não sendo necessário o conhecimento específico sobre cada tecnologia desenvolvida pela empresa.

Em verdade, Alice Monteiro de Barros classifica este processo como “subordinação técnica invertida”, já que, com elevada frequência, a contratação recai sobre pessoas com elevado *Know-How*.

Homero Batista Mateus da Silva, por sua vez, entende que há, em verdade, graus de subordinação. Segundo o autor, a subordinação na seara trabalhista seria a mais rígida possível;

³⁴ FERNANDES, Antônio Monteiro. *Direito do Trabalho*. Coimbra. 13ª edição. Almedina, 2006. p. 138-139

as relações autônomas são medianas e, por fim, as relações civis possuiriam grau mínimo.

2.3.1. As novas concepções de subordinação pelas teorias objetiva, estrutural e a parassubordinação.

O novo modelo é cunhado por uma releitura do conceito tradicional de subordinação, tendo em vista que conglomeração e intelectualização do serviço, tendem a diluir os atos de comando. Neste sentido, a subordinação objetiva se concretiza quando as atividades exercidas pelo empregado se integram à atividade empresarial, compondo a sua dinâmica geral.

Assim, mesmo não sendo submetido ao poder diretivo, regulamentar ou de fiscalização, se o empregado tiver sua autonomia limitada, estar-se-á diante de uma subordinação objetiva.

Neste sentido, propõe Arion Sayon Romita:

“A subordinação não exige a constante atuação da vontade do empregador na esfera jurídica do empregado. Basta a possibilidade jurídica dessa atuação. Por isso, a subordinação não deve ser confundida com submissão ao horário, controle direto do cumprimento de ordens, etc. O que importa é a possibilidade, que assiste ao empregador, de intervir na atividade do empregado”

No entanto, Segundo Delgado, tal posicionamento não adquiriu a musculatura jurídica necessária, muito em razão de sua elevada plasticidade. Isto significa que, por ser abrangente, não permitia a distinção entre os trabalhos autônomos e os subordinados, sobretudo, quando a oferta do serviço ocorria fora do estabelecimento. Deste jeito, torna-se o campo novamente inseguro, eis que permite a apreciação de situações fáticas eminentemente autônomas fossem qualificadas como subordinadas, o que prejudicou o prestígio da tese.

Neste sentido, o autor apresenta nova concepção, a subordinação estrutural, definindo-a como a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber ou não ordens diretas deste. Em suas palavras:

“Estrutural e, finalmente, a subordinação que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e

funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado a dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.”³⁵

Percebe-se que as modificações ocasionadas, sobretudo, pela globalização e nova forma de produção, transfiguraram o mercado de trabalho, de modo que o Direito do Trabalho se adaptou às novas situações, reconhecendo, portanto, novos modelos de subordinação, tal como a parassubordinação.

Assim, entre a autonomia e a subordinação surgiu doutrinariamente a figura da parassubordinação, apelidada de “co.co.co”, pela razão de ser uma atividade trabalhada de maneira colaborativa, continuativa e coordenada, concluindo dois objetivos: atender os clamores empresariais, flexibilizando as relações contratuais; o segundo é conferir a adequada prestação jurídica a esta nova classe dos trabalhadores globalizados.

Amauri Mascaro Nascimento dispõe que:

“O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa como a representação comercial, o trabalho 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 assimiláveis ao trabalho subordinado. (...) Quando o trabalho parassubordinado tiver características preponderantes de subordinação, mais simples será enquadrá-lo como tal (trabalho subordinado), para o efeito de aplicação da legislação pertinente, salvo se elaborada uma normativa própria, sem o que não será de grande utilidade no Brasil”

A coordenação é identificada como a conexão funcional da prestação, considerando que a inserção desta na cadeia produtiva é relacionada às finalidades perseguidas pelo contratante, de modo que este não exercita completamente os poderes típicos da relação de trabalho. Neste caso, a coordenação assume o sentido de união de projetos, de sorte que as duas partes podem opinar por medidas que visem alcançar o objetivo comum, sendo a colaborativo fator imediato deste aspecto.

Por continuidade entende-se a atividade que atende a uma necessidade do tomador

³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16a ed. Sao Paulo: Ltr, 2017, p. 328.

prolongada no tempo, considerando os interesses das partes contratante, relacionando-se a uma série de resultados que as partes pretendem atingir, mostrando-se incompatível com a realização de uma única obra, ainda que sua execução exija um certo tempo.³⁶

Em contraposição a este entendimento, Delgado (2017, p.71) sustenta que a tese do trabalho subordinado é pauta liberal que, sob o pretexto de otimização da produtividade, concorrência empresarial e ascensão da economia, institucionalizou a teoria que, em prática, levou a concentração de renda e ainda mais a precarização dos trabalhadores.

Assim, tendo em vista todos os requisitos para ocorrência de uma relação empregatícia, faz-se igualmente necessário o estudo do instituto da fraude e como a mesma é vista na seara do trabalho.

3. DA FRAUDE

Certamente, a fraude a lei não é artifício novo ao mundo jurídico, sendo as suas primeiras considerações realizadas já no direito romano, sobretudo, no período em que conhecemos como clássico³⁷. Nesta época, entendia-se que a fraude se originava de uma ruptura entre a letra da lei (*Verba Legis*) e o espírito da lei (*Sententia Legis*), de jeito que a interpretação gramatical – produto da leitura da regra – se distanciava da interpretação lógica, sendo este o principal fator de avaliação.

Ou seja, para os julgadores romanos era essencial que houvesse esta incompatibilidade, sendo o vício, portanto, uma fuga deste sentido lógico legal. Assim, por haver uma predominância do sentido lógico, a fraude a lei não foi delimitada como um instituto, mas fora proposta de maneira genérica, de jeito a pertencer a todo ordenamento jurídico.

Com o passar do tempo, a problemática que afligia estudos mais aprofundados sobre o tema, consistia em uma individualização interpretativa que possibilitasse autonomia e originalidade do conceito dentro do ordenamento jurídico, isto é, catalogar o evento e defini-lo

³⁶ SILVA, Otavio Pinto. Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: Ltr, 2004, p. 104.

³⁷ Marky, Thomas. Curso elementar de direito romano, 8ªEd. São Paulo: Saraiva, 1995.

como instituto que é. Nesse sentido, cabe explicitar como alguns ordenamentos jurídicos enxergam o instituto da fraude, sobretudo, o sistema português dada a sua semelhança com o ordenamento jurídico brasileiro.

Na Itália, o código civil de 1942, adotou uma definição de fraude à lei, em seu art. 1344, disciplinando a teoria contratual, definindo que “Também se considera ilícita a causa quando o contrato constitui o meio para frustrar a aplicação de uma norma imperativa”³⁸. Neste modelo, entende-se que o legislador italiano preferiu especificar a finalidade da fraude, ou seja, a frustração da aplicação de norma.

Aliás, Segundo Umberto Morello³⁹, a fraude ocorre quando os acordos e procedimentos articulados pelos fraudadores, por criar uma falsa percepção de cumprimento formal da lei, tomam conta de frustrá-la em sua essência e, sobretudo, a lógica do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Morello⁴⁰, segundo a tese objetiva, destaca que a fraude se evidencia na prática quando ocorre uma divergência entre os efeitos jurídicos e os efeitos econômicos pretendidos. Assim, se da utilização de um negócio jurídico aparentemente lícito, for originado um valor econômico incompatível com o desejado pelo respectivo tipo legal, sobretudo, proibido por norma cogente, a fraude estaria concretizada.

Por outro lado, na perspectiva subjetiva, o negócio será fraudulento quando verificada duas condições: a primeira é que o negócio deve perseguir uma finalidade vedada ou semelhante àquela vedada; e, por segundo, deve se verificar se os agentes do negócio possuíam a nítida intenção de dobrar ou desvirtuar a lei proibitiva. Nesse sentido, a vontade das partes seria o motivo determinante do ato, ou seja, a razão que os levou a optar por um modelo fraudulento em detrimento do legal.

Por oportuno, é razoável considerar que as teorias apresentam certo ponto de fragilidade em suas aplicações. A teoria objetiva ao retirar completamente a intenção delitiva dos autores,

³⁸ “Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa.”

³⁹ MORELLO, Umberto. *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. Coord. Rodolfo Sacco. Turim: UTET, v. VIII, 1998. p. 501-502

⁴⁰ MORELLO, Umberto. *Op. cit.*, p. 506

assimila a fraude a lei a figura do negócio indireto, de jeito que o negócio fraudulento seria, sobretudo, um negócio atípico ilícito, que infringe diretamente o comando legal. Já na teoria subjetiva, ao focalizar a intenção dos autores, haveria intensa dificuldade na comprovação da culpa dos autores, o que prejudicaria a imputação de responsabilidade.

Desta forma, já se adianta que a melhor forma de análise, segundo o próprio autor, decorre de uma análise conjunta das duas teses a partir do caso prático.

Em outra ponta, o Código Civil Espanhol, com a reforma de 1974 em seu art.6.4 prefere ainda manter a generalidade do instituto, definindo o conceito através de uma perspectiva analítica, ou seja, optou por determinar os seus elementos.⁴¹

No dispositivo legal, restou determinado que:

“Os atos realizados ao amparo do texto de uma norma, mas que persigam um resultado proibido pelo ordenamento jurídico, ou contrário a ele, considerar-se-ão executados em fraude à lei e não impedirão a aplicação da norma que visaram evitar”. (Tradução livre)

Assim, há na especificação legal há a presença de dois fatores essenciais à qualificação da fraude. O primeiro é que o ato em si seja amparado por um texto legal, cunhada norma de cobertura, sendo este o verniz de legalidade em que os fraudadores se apoiam BALLESTEROS (2006, p. 116-117)⁴²

O segundo, por sua vez, é a perseguição de resultado proibido ou contrário ao ordenamento, sendo certo que a perspectiva aqui traçada é calcada em uma interpretação sistêmica que, evidentemente, cobre todo o ordenamento jurídico, isto é, regras gerais, leis específicas, costumes e princípios gerais do direito.

⁴¹ “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

⁴² BALLESTEROS, Antonio Gullón. Comentario del código civil. Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. 2. ed. Barcelona: Bosch, t. 1, 2006. p. 116-117.

Outro ponto que também deve ser privilegiado é o predomínio da corrente objetivista na doutrina espanhola, uma vez que é descartada a intenção do autor para a concretização da fraude bem como a prova de seu desígnio, pois o propósito final do instituto da fraude não é outro senão o cumprimento das leis.⁴³

Em contraposição, não há no direito português uma legislação que conceitue a fraude à lei. Segundo Ana Felipa Morais Antunes⁴⁴, a opção do legislador se deu porque o mesmo entendeu que o instituto consiste numa modalidade de negócio contrário a lei, sendo uma violação ao seu espírito, isto é, ao conjunto de regras. Desta forma, o direito português entendeu que a fraude à lei significava conceitualmente um negócio contrário a lei, não sendo, portanto, uma figura isolada.

Assim, o direito lusitano optou por salpicar a fraude a lei em determinados regramentos. Por exemplo⁴⁵:

ARTIGO 280º (Requisitos do objecto negocial)

1. É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja fí sica ou legamente impossível, contrário à lei ou indeterminável.
2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costume

ARTIGO 281º (Fim contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes)

Se apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes
 ARTIGO 294º (Negócios celebrados contra a lei).
 Os negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei

Segundo a professora Ana Antunes, isto revela uma concepção genérica de contrariedade à lei, no sentido de abarcar tanto a sua noção de ofensa direta, ou seja, atos que afrontam a lei, mas também na contrariedade indireta, que não se observa em um ataque frontal, mas numa ofensa oblíqua.

⁴³ (“que la persona que realice el acto o actos en fraude tengan la intención o conciencia de burlar la ley, ni consiguientemente la prueba de la misma, porque el fin último de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de las leys”) Op.cit, p.115.

⁴⁴ ANTUNES, ANA FELIPA MORAIS, Negócio em fraude à lei, Edição comemorativa do Cinqüentário do Código Civil, Coord. Elsa Vaz de Siqueira e Fernando Oliveira de Sá.1ª ed. Universidade Catolica., p.169-170.

⁴⁵ <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> (Acessado em 08/01/2022)

Aliás, é igualmente importante a consideração de que, diferentemente do sistema espanhol, o legislador português parece levar em conta a intenção dos agentes, cunhando por uma visão subjetivista, como expôs, por exemplo O art. 27 do Decreto-Lei nº 133/2009 de 2 de junho.⁴⁶

Há também interessante posicionamento na legislação laborista portuguesa ao considerar o termo do contrato de trabalho. Em seu art. 147, n.º1, “a”⁴⁷, resta exposto que a estipulação de termo contratual que tenha por fim iludir as disposições daquele código será desconsiderada para fins legais. Neste aspecto, o teor subjetiva resta designado pela construção “tenha por fim iludir”, sendo necessário que o julgador investigue, necessariamente, o intuito das partes em sua confecção.

Por fim, embora cada ordenamento trabalhe de um jeito único o instituto é possível, ainda que superficialmente, determinar que há uma genética comum a todos eles, de jeito a que a fraude à lei deve ser sempre observada em um aspecto geral, eis que o seu ilícito somente é reconhecido quando observados todos os aspectos fáticos que circunscrevem o caso.

Assim, é necessário expor como a fraude é observada no ordenamento brasileiro e suas nuances.

3.1. Fraude no direito brasileiro

Não há no ordenamento jurídico brasileiro uma definição única do instituto da fraude à lei, haja vista que não há uma teoria geral dê conta das variações e modalidades dos expedientes fraudatórios. No entanto, isto não significa que se desconheça a importância do conceito, sendo o mesmo complementado por diversos espectros da ordem jurídica brasileira.

O ponto de partida à análise da fraude não pode ser outro senão o Código Civil de 2002 que, em seu art. 166, Inc. VI, considera nulo o negócio jurídico que tenha por objetivo fraudar

⁴⁶https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1107&tabela=leis&so_miolo= (Acessado em 8/01/2022_)

⁴⁷ http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1360519 (Acessado em 08/01/2022)

a subsunção de lei imperativa. Nesse raciocínio, para o eminente tributarista Marco Aurélio, é a partir desta definição legal que a fraude à lei ganha autonomia suficiente para fundamentar a nulidade de negócios jurídicos, deixando de ser uma mera regra de calibração do sistema jurídico⁴⁸.

Nesse raciocínio, em uma tentativa de catalogar os vícios do negócio jurídico Bevilacqua (1955, p.201)⁴⁹ distingue-os em dois: vícios sociais ou vícios de consentimento. Neste, a declaração da vontade é, de alguma forma, prejudicada; naquele, o atingido é o ato negocial em si, de maneira que a produção de efeitos seja diferente da preconizada pelo legislador.

Assim, realizando o cotejo das definições, é possível desenhar a fraude a lei como um vício social, empregado por meio de negócios ou atos jurídicos aparentemente lícitos, mas que visam obter resultado vedado por uma norma imperativa - isto é, normas que regulam o interesse público⁵⁰, - ou desviar o resultado designado por uma norma preceptiva, a fim de ilidir a sua aplicação⁵¹.

Já no direito tributário, o CTN, em seu art. 116⁵², parágrafo único, incluiu a possibilidade de desconsideração dos atos ou negócios jurídicos praticados, se a Autoridade Administrativa verificar a ocorrência de práticas com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador. Importante esclarecer que, muito embora esteja descrito a dissimulação, o ilustre Jurista Marco Aurélio entende pela ampliação do significado legal de dissimulação, abrangendo, portanto, o conceito de fraude à lei.⁵³

Não obstante, o próprio jurista Marco Aurélio utiliza, inclusive, uma visão do direito penal, para definição do fraude à lei “no sentido de conduta dolosa e ardilosa que corresponda

⁴⁸ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 605.

⁴⁹ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

⁵⁰ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil – Teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 45

⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵² Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."

⁵³ GRECO, Marco Aurélio. Constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *O planejamento tributário e a Lei Complementar n. 104*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 193

a uma agressão à previsão contida na norma jurídica. Neste sentido, o termo é, por exemplo, utilizado no art. 171 do Código Penal ao definir o crime de estelionato como a conduta de obter vantagem ilícita mediante meio fraudulento”⁵⁴.

A partir das qualificações legais, verifica-se que além da análise do arquétipo negocial utilizado – tese objetiva -, deve-se também analisar os anseios dos autores como fator imprescindível a constatação do artifício fraudulento, o também chamado *consilium fraudis*.

Não por coincidência, o negócio fraudulento não é aparente, mas completamente sério, sendo os efeitos jurídicos propugnados pela ilusão, se não igualmente queridos, toleráveis. Prossegue o autor aduzindo que a fraude mudaria o estado do fato regulado pela lei, de modo que a lei proibitiva se tornaria inaplicável.⁵⁵

3.2. Fraude no direito do trabalho

Em linhas gerais, a fraude nas relações trabalhistas consiste em um instrumento de mercantilização do labor, consistente em empregar roupagens fictícias à uma relação de emprego, sobretudo as de costura civil ou comercial, objetivando obstar a incidência completa ou parcialmente da legislação trabalhista e, por conseguinte, a satisfação dos interesses sociais de 2ª geração.

Muito embora a legislação civil seja bastante influente, a fraude a lei, quando transplantada para seara trabalhista, passa por algumas modificações, sobretudo, quanto a forma verificação prática do evento fraudatório. Isto ocorre porque a lente universal que comanda o direito do trabalho – a relação de emprego – exige o primado de valores e princípios próprios que, em muitas ocasiões, não se adequam perfeitamente ao exame civilista.

Em relação a isto, menciona-se o princípio da primazia da realidade, sendo uma poderosa ferramenta para a análise e averiguação da real ocorrência dos fatos no caso de um litígio

⁵⁴ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 249.

⁵⁵ FERRARA, FRANCESCO, Della simulazione dei negozi giuridici, 1922, trad.port.de A. Bossa, A simulação dos negócios jurídicos, São Paulo, Saraiva, 1939.

trabalhista. Nas palavras de Arnaldo Süssekind o define como “ a realidade objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada não correspondente à realidade”⁵⁶

Com isto, o instituto da fraude nas relações trabalhistas é visualizado de maneira diferente na seara civil, pois, enquanto nesta é essencial não somente a investigação do desejo delitivo quanto a sua comprovação, no direito do trabalho, muito por influência da hipossuficiência probatória do trabalhador e, pelo fato de haver um nítido descompasso entre a figura do empregador e do empregado, adotou-se a teoria objetiva da fraude, de jeito que pouco interessa a intenção das partes.

No entanto, apenas a título de conhecimento, é importante colocar que há quem defenda a existência de um plano objetivo tanto quanto subjetivo a ser observado. Nesse sentido, Carlos Alberto Husek⁵⁷, sustenta que, do ponto de vista subjetivo, a fraude consiste na lesão causada à outra parte contratante e, do ponto objetivo, seria a fraude movida pela ideia de enriquecimento ilícito ou proveito injusto, podendo, inclusive, ocorrer a qualquer momento da relação contratual.

Todavia, a doutrina majoritária é firme na preferência pela teoria objetiva, sendo tal percepção cristalizada no art. 9º da CLT em 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”. Cumpre registrar que a escolha desta tese é reflexo direto do princípio da primazia da realidade – princípio norteador do direito do trabalho, de jeito que a real ocorrência dos fatos se sobrepõe à formalidade engendrada pelas partes.

Desse jeito, haverá fraude para o direito trabalhista toda vez que estando presente os requisitos da relação de emprego, isto é, subordinação, habitualidade, onerosidade e pessoalidade, pouco importará para o julgador se há, naquela ocasião, a presença ou não desejo fraudatório ou, até mesmo, se o empregador tem a real consciência.

⁵⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. Da relação de trabalho. In Revista Ltr, vol. 74, n.03, março de 2010, pg 145.

⁵⁷HUSEK, Carlos Roberto. A vontade contratual/vícios do consentimento/fraude. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, n 03,2009,p.81

Aliás, há interessante colocação do jurista Marcio Túlio Viana que sintetiza bem o exposto:

“ Em Direito do Trabalho, “ governa-se o forte para se proteger o fraco”. Daí por que, quase sempre, quem pratica a ilicitude é o empregador. Mas mesmo também quando o empregado dela participa nada o impede de arguí-la. É o que se dá na simulação.

Assim, se o vendedor A celebra com B um contrato que o descreve como autônomo, pode provar o oposto em juízo. A simulação é inocente para um e culposa para outro. Parte-se em duas a regra do direito civil.”⁵⁸

Seguindo esta mesma linha de pensamento, Carlos Pose⁵⁹ expõe que a fraude laboral resta deflagrada quando alguma das partes da relação de trabalho, com ardil ou maquinação, esconde a verdadeira face do negócio jurídico – isto é, um contrato de trabalho. Ou ainda, quando há a colocação de pessoas alheias à relação de trabalho para evitar a aplicação do cumprimento das obrigações legais. Geralmente, o fraudador sabe o que esta realizando e emprega, com elevada astúcia, algum artifício para ilidir a lei trabalhista.

De toda forma, é igualmente irrelevante para a configuração da relação de emprego a forma como aquele empregado ingressou na empresa, uma vez que a configuração desta relação se dará pela forma que os serviços são prestados no cotidiano, e não pelos aspectos formais que revestem o início da contratação.

A fraude à relação de emprego possui aspectos diversos e multifacetados. Não à toa, Arnaldo Süssekind⁶⁰ expõe que o vício pode decorrer: de um ato unilateral do empregador, ao impedir a ocorrência de um direito de seu empregado através da confecção de negócios jurídicos; ou quando, em conjunto com o empregado, o empregador simulam a existência de uma falsa relação jurídica, a fim de ser ocultada a natureza do ato realmente ajustado.

Cumprе reforçar que, por mais rebuscada que seja a fraude nesta seara, alguns indícios da relação de emprego sempre aparecerão. Nesse sentido, inclusive, a professora Rosana

⁵⁸ VIANA, Marcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, V21, n.2, jul/dez 1996, p.63

⁵⁹ POSE, Carlos. Fraude y simulacion em el derecho laboral. 1ªed. Buenos Aires: David Grinberg Libros jurídicos, 2007, p.15.

⁶⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. Op. Cit p. 226-227

Aparecida Rodrigues (2015, p. 72-76)⁶¹ pincela alguns dos muitos indícios que podem desvelar o contrato fraudulento. Por exemplo, na completa ausência de poderes empregatícios por parte dos sócios empregados bem como a supervisão de suas atividades por “sócios-supervisores” (Indícios de subordinação);

Além disso, não se deve deixar de lado a importância dos princípios como pontos norteadores para a verificação da real ocorrência dos fatos. Como expõe Costa e Ternus:

A aplicação destes princípios faz buscar um mecanismo para combaterem-se as fraudes trabalhistas, perpetradas em razão do fenômeno da “pejotização”. A aplicação dos princípios desvenda a verdadeira relação de emprego, que foi ilidida em razão de um contrato de prestação de serviços, em que determinada pessoa jurídica, empresa devidamente constituída vem prestar serviços diretamente à empresa contratante, ocorre que, desta possibilidade surgem às discrepâncias e as irregularidades em que, aproveitadas as chances dadas pelo ordenamento jurídico, acaba por fraudar uma relação de emprego.(...) sob a égide dos princípios do Direito do Trabalho, conclui-se o entendimento no sentido de modalidade de caracterização de fraude direta, relacionada à relação trabalhista, com o objetivo de desobrigar-se ao pagamento de encargos decorrentes da relação de emprego. (COSTA; TERNUS, 2012, p. 213)⁶²

3.2.1. Das formas de fraude no direito do trabalho

Em razão do princípio da primazia da realidade, o contrato de trabalho, em regra, não possui uma forma solene pré-determinada, podendo ser celebrado, portanto, de diversas formas, seja verbal ou escrita. As exceções, por sua vez, existem em tipos contratuais únicos que, em razão da sua especialidade, necessitam ser solenes – isto é, possuir forma prescrita em lei, eis que podem ser regidos em todo o seu teor ou, apenas em parte, por esta lei especial.

Estas solenidades são importantes, na medida em que precisam ser verificadas na real ocorrência dos fatos, sob pena de configurar-se relação de emprego usual e serem regidas pela CLT.

⁶¹ RODRIGUES, Rosana Aparecida. *Fraudes às Relações de Emprego*. São Paulo. LTr, 2015.

⁶² COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejotização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. *Simpósio Internacional de Direito: Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*, 3, 2012, Chapecó. Anais... Joaçaba: Unoesc, 2012, v. 2, n. 2, p. 193-216.

Deste modo, após o exame do conceito de fraude no âmbito do trabalhista, é necessário investigar na prática como alguns tipos de contrato são utilizados na prática para fraudar a aplicação das leis trabalhistas.

3.2.2. Estágio

O contrato de estágio é regido pela Lei 11.788/2008, possuindo todas as características inerentes ao contrato de emprego usual, sendo, portanto, uma relação pessoal, onerosa, habitual e subordinada. No entanto, o seu desenho é diferente dos demais tipos contratuais, de modo que o seu objetivo principal é o “aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho” (Art. 2º, da Lei n. 11.788/2008). Ou seja, o contrato apesar de cumular todos os atributos inerentes à relação de emprego, possui no teor educacional o seu traço distintivo.

Neste sentido, é importante mencionar que a Lei de estágio, em seu art. 3º⁶³, incorporou a tese objetivista, atrelando em seu para este fito inúmeros requisitos materiais e formais, a serem cumpridos, de modo que o seu descumprimento provoca a automática nulidade do contrato de estágio, sendo reconhecida, portanto, a relação de emprego usual. Nesse sentido, é necessário que o educando esteja em matriculado e com frequência regular na instituição de ensino correspondente; existência de infraestrutura e capacidade técnica para ensinar o ofício ao educando realização obrigatória de atividades complementares ao ensino na área de formação do estudante; participação da formalização do contrato da instituição de ensino.

Ou seja, a contratação de estagiários para fins não educativos é uma das formas de fraude, utilizada para baratear o custo da mão de obra, justificando, portanto, a nulidade do contrato de estágio, sendo importante frisar que, no caso de reincidência o contratante ficará impossibilitado de receber estagiários pelo período de 2 anos, conforme enunciado no art. 15 da lei nº 11.788/2008.

3.2.3. Da socialização dos empregados

A socialização dos empregados consiste na “contratação” dos trabalhadores como sócios da própria empresa contratante, não obstante o “sócio” exercer substancialmente todas as atividades normais de um empregado. Nesse sentido, o *modus operandi* da fraude funciona da seguinte forma: “o sócio majoritário” (empregador); agrega ao “sócio minoritário” à própria estrutura negocial da pessoa jurídica, porém com pouquíssimo capital social bem como nenhum poder decisão, cabendo somente aos sócios majoritários os rumos negociais.

O Código Civil no art. 981, determina que o contrato de sociedade é composto, materialmente, pela nítida confluência de vontade, seja na forma de serviços ou bens, para o exercício de uma atividade econômica e partilhar o resultado dos lucros.

Sendo assim, é importante denunciar que nestes tipos de contratação este é o primeiro requisito ausente, isto é, a ausência do *affectio societatis*. Isto porque não se vê tal correspondência ao contrato de trabalho, em que o empregado não deve/pode assumir os riscos do negócio, matéria envolta aos sócios e dirigentes da pessoa jurídica.

Ademais, este tipo de fraude fica mais evidente se analisarmos os meandros que permeiam a sociedade. A título de exemplo, o contrato social destas funciona como uma forma escalonamento hierárquico entre os sócios. demonstrando na prática quem, de fato, exerce o poder diretivo. Em razão disso, vê-se que os sócios majoritários, normalmente, detentores da maioria esmagadora do capital, figuram como principais “orientadores” da pessoa jurídica, possuindo poderes para tomar qualquer medida administrativa ou diretiva e tomada de decisões. Tal hierarquização tenta, por nítido, encobrir a subordinação.

A pessoalidade a habitualidade, por sua vez, resta comprovada na medida em que os sócios minoritários não podem ser substituídos por outras pessoas ou por outros sócios no exercício de suas funções e devem sempre comparecer ao local designado pelos sócios majoritários. Neste mesmo raciocínio, a onerosidade é recebida através do pró-labore, sendo este muitas vezes o somatório das horas trabalhadas do sócio minoritário.

3.2.4. Da CLT flex ou CLT cotas

Neste caso, a fraude consiste em registrar na carteira do empregado apenas parte do salário do empregado, na medida em que a outra parte, geralmente a outra metade ou a parte maior, é paga através das chamadas “cotas-utilidade”, fazendo com o que as verbas trabalhistas reflexas não incidam sobre elas, representando, portanto, evidente desvio às leis trabalhistas.⁶⁴

Neste caso o restante é quitado por fora e descrito no contracheque como algum benefício, tais como: reembolso de despesas, bolsas de estudo, previdência privada, não inculdo, portanto, tributos tampouco os encargos trabalhistas e previdenciários

Neste sentido a CLT Flex surgiu com base numa pretensa interpretação do art. 458 da CLT, que excluía este tipo de vencimentos como salário, em razão de sua natureza indenizatória. Logo, ao pagar tais importâncias, estas empresas viam como legal a diminuição da base salarial e, com isso, auferiam lucros maiores.

Cuida-se de engenhoso artifício utilizado, eis que mediante a esta pequena formalização, o empregador consegue obter todos os benefícios de uma relação empregatícia formal em prejuízo do encurtamento do salário do empregado. Tal fato, embora possa ser vendido como uma forma de atualização ao mercado de trabalho, contribuí, e muito, para a insegurança do trabalhador, pois o mesmo somente tem assegurado a menor parcela de seu salário, sendo a maior quantidade sob plena discricionariedade do empregador.

3.2.5. Das cooperativas intermediadoras de mão de obra

A definição legal de sociedade cooperativa é positivada no art. 4º da Lei nº 5764/71, sendo “sociedade de pessoas com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características”. Aliás, o seu traço mais marcante é o fato do cooperado ser ao mesmo tempo dono e usuário do empreendimento.

Em razão de se confundirem as figuras do prestador de serviço e o usuário do mesmo, a lei nº 8949/94 acrescentou ao art. 442 da CLT, o parágrafo único que afasta a condição de

⁶⁴ VITORINO, Adriana. “CLT flex” – a nova modalidade de fraude. In Revista Ltr, ano 76, nº 04, abril de 2012, p. 463-467.

empregado entre elas e seus associados. Tal fato propiciou a contratação de colaboradores sob a figura formal de cooperados, para o labor em empresas cujo fim é a prestação de serviço fim das empresas contratantes.

Nesse sentido, o Professor Arnaldo Süssekind, observa que:

“Esse acréscimo (do parágrafo único do art. 442 da CLT), porque óbvio e desnecessário, gerou a falsa impressão e o conseqüente abuso no sentido de que os cooperativados podem prestar serviços às empresas contratantes, sob a supervisão ou direção destas, sem a caracterização da relação de emprego. Na verdade, porém, somente não se forma o vínculo empregatício com o tomador de serviços quando os cooperados trabalham na cooperativa e para a cooperativa de que são parte como seus associados. O tomador dos serviços da cooperativa deve estabelecer uma relação jurídica e de fato com a sociedade e não uma relação fática, com efeitos jurídicos, com os cooperativados.”⁶⁵

Todavia, ocorre que a fraude resta nítida pelo descumprimento das formalidades expostas na lei. Por exemplo, dificilmente no caso prático, é possível verificar a existência de da *affectio societatis*, uma vez que o trabalhadores são agrupados simplesmente para servir a empresas terceiras. Não há igualmente, a posição da dupla figura, isto é, o trabalhador que lá opera, não pode figurar como beneficiário da instituição, frustrando, per si, o seu próprio intuito.

3.3. As consequências das fraudes no direito do trabalho

O exame do instituto da fraude é relevante na medida em que seus reflexos repercutem desde efeitos sociais à efeitos econômicos. A fraude trabalhista não acarreta somente o prejuízo da efetividade dos direitos trabalhistas, mas produzem efeitos sistêmicos que impactam toda a economia nacional. A título de exemplo, a sonegação da relação de emprego diminui a capacidade financeira do sistema de seguridade social, impacta no recolhimento de FGTS, corrói a importância do direito do trabalho, aumenta-se a judicialização de casos trabalhistas, precariza-se as relações de trabalho e, por fim, é nociva ao próprio mercado, uma vez que possibilita a prática de concorrência desleal.⁶⁶

A concorrência desleal é digna de nota, uma vez que ela não é um efeito direto da fraude, sobretudo, da pejetização. É que, ao analisar o fenômeno, muito se enfoca nas repercussões

⁶⁵ (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 87-88).

⁶⁶SANTOS, Ronaldo Lima. Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. In *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região*, São Paulo, ano I, n.3, 2009, p.101

provocadas ao trabalhador, não ressaltando, no entanto, as repercussões econômicas que a fraude aplica sobre as outras empresas. Afinal, é forçoso o reconhecimento da natureza ambivalente do Direito do Trabalho, ou seja, da mesma forma que serve para assegurar as garantias ao trabalhador, também funciona como regulador do mercado. É, justamente neste segundo, que a concorrência desleal se projeta.

É que a fraude à aplicação às leis trabalhistas funciona como uma espécie de *dumping social*, conceituado por Marcelo Barroso Kümer⁶⁷ como uma competitividade desleal devido ao desrespeito aos direitos trabalhistas fundamentais. Assim, por reduzir ao patamar ínfimo ao direitos sociais, conseguem diminuir, muitas vezes o valor agregado de seus produtos – ou, as vezes nem o fazem – e, com isso, aumentar o número de vendas, alcançando lucros expressivos, não somente às custas da violação dos direitos trabalhistas bem como do próprio sistema econômico.

Assim, faz-se necessário a análise, ainda mais detalhada, da principal morfologia utilizada para fraudar a aplicação das leis trabalhistas: a Pejotização.

4. DA PEJOTIZAÇÃO

4.1. Conceito e o contexto sociopolítico e o surgimento do fenômeno da pejotização

O fenômeno da pejotização ganha força com a onda neoliberal que passa atingir o Brasil, sobretudo, no início dos anos 90. Formou-se com esta onda uma política de flexibilização dos direitos trabalhistas e reestruturação da cadeia produtiva, a fim de adequar o ordenamento jurídico aos avanços da globalização e, conseqüentemente, diminuir os custos da produção. Desta forma, a palavra que rege este momento histórico trabalhista é flexibilização (BATISTA; SILVA, 2017, p. 171)⁶⁸.

Com este processo, emergem variadas configurações de contratação, sendo exemplos a terceirização, as cooperativas de trabalho, o contrato de estágio, a própria PJ, o trabalhador autônomo. Nestas formas, estão presentes as características do trabalho assalariado, mas a contratação de prestação de serviço é feita sem contemplar os direitos trabalhistas e

⁶⁷ KÜMER, Marcelo Barroso. As convenções da OIT e Mercosul. LTr: São Paulo, 2001. p. 75-76.

⁶⁸ BATISTA, Isabel de Oliveira Batista; SILVA, Patrick Luiz Martins Freitas Silva. A pejotização sob o prisma dos princípios do direito do trabalho. Revista TST, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 171- 194, abril./junho.2017.

previdenciários que regem uma relação típica de emprego⁶⁹.

Para se ter maior exatidão, recorre-se aos estudos de José Darin Krein⁷⁰, que em 2007, realizou interessante exame sobre as transformações no mercado de trabalho ocorridas entre 1990 e 2005 no Brasil. O autor aponta alguns números que auxiliam a compreensão sobre o avanço da pejotização nesta fase.

O primeiro dado trazido pelo autor toma por base o relatório anual de informações sociais (RAIS). Em sua análise, o autor aponta para um crescimento de 40% no número de pessoas jurídicas sem a declaração de quaisquer empregados entre o lapso temporal supracitado, chegando ao incrível número de 4,1 milhões, sendo maioria as empresas cujo seu objeto social é voltado para o comércio são responsáveis com um pouco mais de 2 milhões.⁷¹

Outro dado bastante relevante foi a pesquisa feita com o Associação dos profissionais de informática (APINFO). Segundo dados colhidos do seu próprio site, Krein, ao comparar os anos de 1997 e 2004, interpreta que houve um acréscimo de 19% nas relações que o autor cunhou de “relação de emprego disfarçada”⁷² e um decréscimo também de 19% nas relações de emprego celetistas. Outro ponto que também chama a atenção fora a entrevista realizada com os operadores da área, sendo questionado se os mesmos estariam satisfeitos com a forma de seu vínculo. Em 1997, 80% dos entrevistados estavam insatisfeitos com o seu vínculo celetista e gostariam de “modernizar” o seu vínculo para PJ, contra 20% dos quais eram Pessoa Jurídica e gostariam de passar para o regime da CLT. No entanto, já em 2004, o número sofre uma expressiva modificação, enquanto os celetistas insatisfeitos somavam cerca de 14%, os que possuíam uma relação de emprego disfarçada alcançavam a margem de 86%⁷³

Os argumentos utilizados pelos celetistas que gostariam de modificar o vínculo, são de que “os vencimentos são mais altos, e que este regime proporciona maior flexibilidade e autonomia”⁷⁴, enquanto o discurso dos “autônomos” focava em ter maior acesso aos direitos, maior segurança e estabilidade, verbas indenizatórias, diferença menor na remuneração, custos

⁶⁹ KREIN, José Darin, PRONI, Marcelo Weishaupt. Economia Informal: aspectos conceituais e teóricos. Série Trabalho Decente no Brasil. Documento de trabalho n.4, Escritório da OIT no Brasil – Brasília:OIT,2010,p 23-30

⁷⁰ KREIN, José Darin. Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil: 1990/2005. Tese de Doutorado apresentada no departamento de economia da Unicamp. Unicamp: São Paulo,2007.

⁷¹ Idem. p.163

⁷² Segundo o autor, as relações de emprego disfarçadas podem ser qualificadas como aquelas em que há o trabalho realizado por Pessoa Jurídica, como profissionais autônomos, ou cooperativados (idem. p.165)

⁷³ (idem, Ibidem)

⁷⁴ (idem, Ibidem)

de manutenção da empresa, preocupação com o futuro, valorização da experiência e perspectiva de ascensão profissional.⁷⁵

Portanto, a confecção de pessoa jurídica, quando acoberta uma relação de emprego, pode ser considerada uma expressão desta nova flexibilização, pois se refere à contexto atual de modificações das relações de emprego em detrimento da usual forma de contratação formal empregatícia. Seguindo o raciocínio, o autor expõe que a pejetização tende a ocorrer em serviços que necessitem maior qualificação dos trabalhadores, “tais como a prestação de serviços intelectualizados (de natureza científica, educacional, cultural e artística) e a assistência técnica (consultores, profissionais liberais e profissionais de informática etc)”⁷⁶

Marcus de Oliveira Kaufmann, por sua vez, classifica o processo como “desresponsabilização do capital”. Nele, o pesquisador enxerga que, muitas empresas pequenas, à margem do grande capital, por não conseguirem manter-se competitivas, contratam profissionais, dentro desta informalidade, exigindo que estes trabalhadores, por vezes, formalizem empresas unipessoais.⁷⁷

Em outra perspectiva, Joana Nunes Vicente coloca como “evasão fraudulenta” ao contrato de trabalho, quando formalizado a relação de emprego com o trabalho autônomo com fito de ilidir a aplicação do direito trabalhista. Para a autora, perde-se apenas o vínculo em seu aspecto formal, provocando uma forma de “deslaborização”, visando a desresponsabilização do empregador.

Deste modo, de uma forma geral, pode-se conceituar pejetização como uma forma de mascarar a relação de emprego, retirando um de seus componentes principais, a prestação de serviço por pessoa física ou natural (art.3º *caput*, da CLT). Assim, muito embora a relação ocorra com todas os requisitos materiais da relação de emprego, o que se tem, isto é, a casca da relação é um contrato de natureza civil ou comercial.

Assim, o empregado, que é a parte hipossuficiente da relação, para se ver contratado ou manter-se no emprego, é forçado a constituir uma empresa de fachada, formada por uma única pessoa física. Desta maneira, Rúbia Alvarenga, no mesmo entendimento expõe:

⁷⁵ (idem.ibdem p.163

⁷⁶ (idem,ibdem p163)

⁷⁷ KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Por uma nova dogmática do Direito do Trabalho: Implosão e perspectivas. IN Revista Ltr; vol. 70,nº02, Fevereiro de 2006.

“ A pejetização consiste em prática empresarial na qual o empregador busca os serviços de um trabalhador que possua firma estabelecida ou então exige que ele constitua pessoa jurídica, a fim de descaracterizar a relação de emprego para eximir-se das obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias”⁷⁸

Uma vez delimitado o contexto histórico e a conceituação, cabe relacionar, agora, quais as principais profissões que sofrem com este estigma, sobretudo, os profissionais liberais.

4.2. Dos principais alvos da pejetização

Como antes mencionado, a fraude trabalhista, sobretudo, na modalidade da pejetização, tem como principal alvo, trabalhadores com alto grau de especialização.

Em interessante dissertação confeccionada para área de Comunicação, Claudio da Silva no ano de 2014, realizou interessante estudo, nominado “a precarização da atividade jornalística e o avanço da pejetização”⁷⁹. Para análise de sua pesquisa, o autor separa os jornalistas em três grupos: “O PJ eventual; o PJ Tradicional e, por fim, os grandes PJs.

O PJ eventual é considerado como aquele que faz serviços avulsos ou esporádicos e, para receber pelo trabalho, compra a nota fiscal que será emitida por outra empresa – geralmente de um conhecido seu – e, com isso, presta os seus serviços.⁸⁰

Cabe alguns apontamentos. Neste quesito, em particular, não se vislumbra uma possibilidade de fraude à aplicação das leis trabalhistas. Isto porque a categoria enquadrada pelo autor não possui os requisitos necessários a configuração da relação de trabalho, estando ausente, sobretudo, a habitualidade sob uma análise superficial. Assim, não haveria prejuízo em enquadrar este tipo de trabalhador como autônomo.

O Segundo grupo, dos PJs tradicionais, estão alocados os jornalistas que, “contratados para cargos de maior visibilidade, são obrigados a abrir suas próprias empresas ou se associarem àquelas já existentes para viabilizarem a contratação por grandes veículos”⁸¹. Nota-se que esta

⁷⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. a pejetização como fraude à legislação trabalhista. In Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, nº 291, ano XXIV, setembro de 2013, p.1.

⁷⁹ SILVA, Cláudio Marcos da. A precarização da atividade jornalística e o avanço da pejetização. 2014. 215 f., il. Dissertação (Mestrado em Comunicação) —Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

⁸⁰ Idem. Ibidem.p.75

⁸¹ Idem.ibidem.p.75

categoria se aproxima mais da realidade ilícita da pejetização, configurando verdadeira fraude trabalhista.

Há ainda os que estão na categoria de “Grandes PJs”. Nesta qualificação, o salário é o principal diferenciador, “superando em 20, 30 até 50 vezes ou mais a média mensal do salário de um jornalista brasileiro médio, segundo dados de 2012 utilizados na dissertação, oriundos da pesquisa Perfil do Jornalista Brasileiro.”⁸²

Aliás, é interessante observar que, dentro de suas funções, os jornalistas PJs desempenhavam as mesmas de jornalistas empregados, isto é, com todos os requisitos necessários à configuração de emprego. Há, inclusive, um exemplo emblemático do Jornalista William Bonner, conforme noticiado em diversos meios de comunicação⁸³, que foi notificado pela Receita Federal em razão de suposta pejetização.

Neste exemplo, tem-se que as funções do Ancora poderiam ser facilmente compatibilizadas aos requisitos da relação de emprego. Certamente, a personalidade é característica indistinguível; A subordinação é evidente, o Jornalista somente narrará as matérias escolhidas pela emissora; a Habitualidade é inafastável, o programa jornalístico é transmitido diariamente e, apresentado, quase sempre, por Bonner; A onerosidade é amplamente conhecida, sendo o jornalista um dos profissionais mais bem pagos da emissora de televisão.

Sob outro ponto de vista, a Pesquisadora Maria Amélia Lira de Carvalho⁸⁴, em sua dissertação de mestrado, “pejetização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador – Bahia”, assevera que a motivação entre os médicos, para constituir pessoa jurídica não difere das demais, ou seja, ou foram tomadas por uma exigência do empregador para contratação ou para manter-se laborando em determinado hospital.

⁸² Idem, ibidem

⁸³ <https://www.uol.com.br/splash/noticias/ooops/2021/04/01/exclusivo-bonner-e-mais-20-da-globo-sao-autuados-pela-receita-federal.htm> (Acessado em 15/01/2022); <https://www.istoedinheiro.com.br/receita-federal-notifica-atores-da-globo-por-contratos-pj-diz-site/> (Acessado em 05/01/2022)

⁸⁴ CARVALHO, Maria Amélia Lira de. Processo de pejetização como mecanismo de descaracterização do contrato de assalariamento. 2010. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica do Salvador. Orientador: Angela Maria Carvalho Borges, disponível em : <http://www.desenvolvimentoqs.ufba.br/carvalho-maria-am%C3%A9lia-lira-de-processo-de-pejetiza%C3%A7%C3%A3o-como-mecanismo-de-descaracteriza%C3%A7%C3%A3o-do-contrat> (Acessado em 15/01/2022)

Dos depoimentos dos entrevistados, é possível notar um certo padrão. A grande maioria dos entrevistados trabalha em um hospital público ou privado como empregado de fato e presta serviços em outros estabelecimentos como PJ, sendo o caso de alguns, até mesmo a prestação de serviços em hospitais públicos como empregado publico e como Pessoa Jurídica. Assim, é possível aferir que o discurso da pejetização representa para muitos médicos a aparência de independência financeira tão almejada, ainda que em completo sacrifício de seus direitos sociais.

Veja-se o trecho neste sentido:

“Foi identificada nos entrevistados a condição curiosa de dois médicos que são funcionários públicos (concursados) e na mesma instituição também prestam serviço como pessoa jurídica, além de serem empregados em outra instituição privada de saúde, ou seja, três relações de trabalho, com vínculos de contratação diferentes: empregado, estatutário e pessoa jurídica.”⁸⁵

É igualmente interessante observar que os médicos PJ’s prestam a mesma atividade fim nas referidas instituições, sendo igualmente certo que os seus contratantes possuem a mesma gerência sobre o modo como a atividade fim é realizada, impondo à contratados ou não, o mesmo *modus operandi* para prestação de serviço. Ou seja, se há um modo pré-estabelecido, protocolos que devem ser seguidos, imposição de ordem hierárquica, há indícios da subordinação. Veja-se o depoimento:

“Estou subordinada aos coordenador do programa de quem recebo uma lista dos pacientes que tenho que visitar semanalmente, é o controle de minha atividade se dá através de relatórios que apresento após cada visita. Não posso ser substituída. Eu nem conheço os sócios, e também nunca foi necessário, pois nunca deixei de realizar as visitas programadas, mas acho que se eventualmente isto viesse a ocorrer, eles redistribuíram para outro médico que também é contrato por PJ.”

Em outro ponto, vê-se que os serviços são prestados de forma pessoal e contínua, em períodos fixos e com jornadas pré-determinadas, de jeito que, quando não comparecem ao trabalho, o dia de falta é descontado, sendo usual o uso de ameaças e reprimendas de serem “desligados da empresa”.

Aliás, estes médicos, em função da escala, não podem ser supridos por outros prestadores de serviço indicados pela sociedade contratada ou, até mesmo, seus “sócios”, existindo casos em que os sócios sequer se conhecem. Veja-se o depoimento na íntegra:

“Embora meu plantão seja fixo, todas as sextas-feiras, quando eventualmente não

⁸⁵ Idem.ibifem, p. 101

posso comparecer, o que é muito raro, informo ao coordenador medico que providencia um substituto, que não é de minha pessoa jurídica, mas sim outro medico que já presta serviço no mesmo local e evidentemente não recebo pelo dia não trabalhado.”⁸⁶

Ou seja, assim como os jornalistas, os médicos com a prerrogativa de menor burocratização e maiores ganhos admitem realizar parte de um esquema fraudulento.

Por fim, os profissionais da tecnologia também são bastante afetados pelo ato fraudulento, em especial em sua morfologia CLT flex. Na primorosa dissertação de tese de Doutorado de Barbara Geraldo de Castro, *afogados em contratos: o impacto da flexibilização do trabalho nas trajetórias dos profissionais de TI*⁸⁷, há entrevistas com diversos profissionais da área, sendo um discurso muito comum o a obrigação da fraude.

Dos depoimentos, verifica-se que a CLT flex foi posterior à tentativa de pejetização, sendo considerada uma rota “mais segura” à fiscalização. O depoimento da profissional Andréia, expõe justamente este entendimento.

“Bárbara Castro - O que eu queria te perguntar é se você foi CLT todas as vezes, se foi PJ, se foi Cooperada... Como você foi contratada?

Andréia - Eu fui de tudo. Desses seis anos ou inteiro, todo?

B.C. - Toda a sua trajetória.

Andréia - No início, quando era estagiária na primeira empresa foi CLT.

B.C. - Você foi efetivada, né?

Andréia - Efetivada. No segundo foi CLT também. Quando eu voltei do intercâmbio nos EUA] em 2005, de 2005 à 2006 eu trabalhei como PJ. [Em] 2006 veio aquela lei do Lula que não podia ter quarteirizado, quarteirizado e não sei o que, e aí eles contrataram a gente como CLT Flex.” (Andréia, 24 de agosto de 2011).⁸⁸

Barbara prossegue a investigação a ponto de descobrir que a pejetização não era somente um requisito para a entrada, mas funcionava como condição sem a qual os funcionários não poderiam ser promovidos. Veja-se o trecho:

“Quando eu virei CLT Flex, primeiro que eu não optei, fui obrigada. Eu percebi assim... Eles aumentaram um pouquinho o salário para na verdade a gente ganhar o mesmo, pelo desconto, mas assim, eu achei que foi muito injusto e a gente não teve nenhum benefício. Nenhum. A gente virou CLT Flex, teoricamente, pelo que eles falaram para a gente, nós tínhamos alguns benefícios de você ser CLT, mas não foi o que aconteceu na realidade. Então, assim, se eu tirava férias, eu não recebia. Se eu estivesse doente, eu tinha que compensar as horas depois ou as horas eram descontadas. E não tinha benefícios, você vivia à beira [de um ataque de nervos]... Nervoso, foi uma época que eu não tirei férias, tomava cuidado para não ficar doente, nada, porque você não podia deixar de ir trabalhar. Depois... Tive uma sorte nessa época de ter conseguido um bom projeto, então eles pagavam por hora. Aí eles eram

⁸⁶ Idem, p. 17 (Texto da medica)

⁸⁷ CASTRO, Bárbara Geraldo de. *Afogados em contratos: o impacto da flexibilizaçãodo trabalho nas trajetórias dos profissionais de TI.* Tese de Doutorado em Ciências Sociais. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Unicamp. Campinas, 2013

⁸⁸ Idem.idem p.190 (Texto da barbara)

obrigados a pagar a gente por hora também (...). Isso dependia do cliente. Mas também tinha a questão: você virava uma noite porque aconteceu alguma coisa no cliente, o cliente me obrigou a ficar lá, o cliente pagava adicional noturno para a empresa. Mas eu não recebia esse adicional noturno: ficava na empresa” (Andréia, 24 de agosto de 2011).⁸⁹

Todavia, em razão da fiscalização promovida pelo MPT, a empresa a qual era “associada”, passou a registrá-la como empregada, constando apenas em seu contracheque 60% do salário combinado, enquanto que os 40% somente eram registrados em forma de benefícios não tributáveis.

Veja-se o trecho da entrevista:

[Os benefícios são] Alimentação, reembolso de quilometragem. Alimentação é o VA [Vale Alimentação] e o VR [Vale Refeição], gasolina e plano de saúde. Hoje eu pago meu plano de saúde à parte: o plano de saúde que eles dão é muito ruim, não dá, não rola (...). Eles falaram pra gente que nós teríamos direito à férias, a gente escolheria o período de férias, e a gente receberia esse valor full. Embora a gente ganhasse em carteira menos, a gente receberia esse valor full, como se a gente tivesse trabalhado. Só que na prática isso não acontecia.

B.C. - E 13º também não tem?

Andréia - Não. 13º tinha um tal de bônus, que se a gente ganhasse lucro, 13º teria, mas nunca... Até assim, uma das coisas que entrava na cesta, a cesta de benefícios, era o 13º, que na verdade não existia, era uma parte do seu salário. Eles colocavam lá 13º, mas era uma parte do seu salário. Você, no final das contas, tinha tido 12 salários.

A autora conclui que, dos 60 entrevistados, todos se queixaram em algum aspecto do modelo, sendo necessário ainda destacara a perversidade com que os direitos trabalhistas, como férias remuneradas e 13º salário, quando transformados em benefícios pagos a parte, sofriam a sua diminuição ou, muitas das vezes, pela desculpa do empregador de insucesso mensal, sequer eram pagos.

Nesse sentido, mediante a todas as informações trazidas é razoável considerar que os serviços alvos da pejetização são especialmente, atividades que exigem maior qualificação da força de trabalho, tais como a prestação de serviços intelectuais (artísticos, científica, educacional, cultural) e técnicos.

É importante destacar o avanço dado para a legalização da pejetização com a Lei 11.196/05, sobretudo, com o julgamento da ação direta de constitucionalidade nº 66 que declarou a constitucionalidade do art. 129, principal catalisador da fraude. Aliás, é interessante

⁸⁹ Idem.idem p.192 (Texto da barbara)

a previsão feita por Krein que ao tecer os comentários sobre a lei:

“Em síntese, na melhor das hipóteses, a mudança pode gerar uma controvérsia jurídica que deverá, com o tempo, ser pacificada em uma tendência, o que abre a possibilidade de esta forma de contratação encontrar legalidade. Por isso, trata-se de uma medida que reforça a lógica da flexibilização, ao abrir a possibilidade de legitimação de formas de contratação que mascaram a relação de emprego”⁹⁰

Assim, para se ter uma melhor noção de como a apelidada lei do bem impacta o mundo do trabalho, se faz necessário um exame mais aprofundado do texto legal no capítulo a seguir.

⁹⁰ Texto do Krein. P.162

5. DA LEI COMO INSTRUMENTO DA PEJOTIZAÇÃO

5.1. O artigo 129 da Lei 11.196/2005

A conversão da Medida Provisória 255 de 2005 em lei nº 11.196/2005, apelidada de Lei do bem, dispõe em seu art. 129, *caput*, o seguinte:

“ 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 outras 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. Da lei 10.406, de janeiro 2002 – Código Civil

No texto original, o referido artigo continha uma disposição – parágrafo único – que anunciava: 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”. Todavia, o enunciado normativo foi alvo de veto pelo presidente Lula, cujas as razões estão anunciadas na mensagem 783, de 21 de novembro 2005⁹¹, assentaram que:

"O parágrafo único do dispositivo em comento ressalva da regra estabelecida no *caput* a hipótese de ficar configurada relação de emprego entre o prestador de serviço e a pessoa jurídica contratante, em virtude de sentença judicial definitiva decorrente de reclamação trabalhista. Entretanto, as legislações tributária e previdenciária, para incidirem sobre o fato gerador cominado em lei, independem da existência de relação trabalhista entre o tomador do serviço e o prestador do serviço. Ademais, a condicionante da ocorrência do fato gerador à existência de sentença judicial trabalhista definitiva não atende ao princípio da razoabilidade."

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional

Célia Stander⁹², em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo em 2005, esclareceu que a norma foi literalmente “obra de um lobby liderado por empresas de comunicação”, com o intuito de “evitar questionamentos à contratação de profissionais liberais na condição de pessoa jurídica, em especial as chamadas empresas de uma pessoa só”.

⁹¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0783-05.htm Acessado em 16/01/2022

⁹² STANDER, Célia Regina Camachi. *Fraude por meio de cooperativa e de constituição de pessoa jurídica por trabalhadores*. Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do trabalho da 2ª Região, São Paulo, Ano I, nº 1, set. 2006, p. 106.

Nesta medida, Ronaldo Lima dos Santos reforça que o art. 129 deve ser interpretado “sistematicamente com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, não possuindo o condão de afastar o reconhecimento do vínculo de emprego entre o trabalhador e o empregador”. Todavia, tal posição legislativa incrementa, e muito, a prática da pejetização, de modo a contratar profissionais intelectuais como pessoas jurídicas.

Neste mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros⁹³ salienta que:

O fato de ser executado um trabalho 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.

Para fins do presente estudo, o art. 129 deve ser examinado através das tendências do Direito do Trabalho, cujo obstáculo é garantir o progresso da economia bem como a incentivar a proteção ao trabalhador, devendo, antes ser analisado o preceito normativo.

Depreende-se, portanto, do texto legal que para a subsunção do art. 129 da Lei do bem ao caso concreto, devem ser preenchidos os seguintes elementos: a) a existência de um contrato de prestação de serviços. b) a formalização destes contratos através de pessoas jurídicas; c) que os serviços tenham natureza intelectual, científico, artístico ou cultural; d) que o serviço seja prestado pessoalmente pelo sócio ou por outra pessoa designada por ele e, por fim, a ausência de relação de emprego.

Conforme se observa, os atributos “a”,”b”,”d” “e” necessários a subsunção do art. 129 da lei do bem podem ser muito facilmente manobrados para a encobrir uma real relação de emprego. Nesse sentido, cabe, no entanto, investigar quais seriam os serviços autorizados pela lei, de modo a esmiuçar ainda mais o sentido legal dado a norma à qualificação da prestação de serviço e, sobretudo, ainda

A prestação de serviços, segundo Caio Mario da Silva Pereira, é aquele em que uma das partes se obriga para com a outra a lhe fornecer a prestação de sua atividade, mediante remuneração.⁹⁴ Sua taxonomia pode ser enquadrada da seguinte maneira: cuida-se de um contrato consensual, oneroso e bilateral.

⁹³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. – 10 ed. – São Paulo: LTr, 2016, p. 197.

⁹⁴ PEREIRA. Caio Mario da Silva. *Instituições do direito civil – V. III, 11ªed.* Rio de Janeiro. Forense, 2004, p.375

Para Orlando Gomes, é essencial apartar do direito civil as concepções trabalhistas, uma vez que os nichos são completamente distintos. Nesse sentido, o autor reforça a ausência de subordinação e independência técnica, nos seguintes termos:

“A parte que presta serviço estipulado não o executa sob direção de quem se obriga a remunerá-lo e utiliza os métodos e processos que julga convenientes, traçando, ela própria a orientação técnica a seguir, e assim exercendo sua atividade profissional com liberdade. Na realização do trabalho não está subordinada a critérios estabelecidos pela outra parte. Enfim, é juiz do modo porque o serviço deve ser prestado(...) afastando aquela subordinação jurídica ou hierárquica que caracteriza o contrato de trabalho. Quem promete serviços sob essa forma jurídica não trabalha sob as ordens de empregador integrado num organismo de estrutura hierarquizada, como é a empresa. Não possui a condição de empregado.”⁹⁵

Além disso, exige-se certa qualificação técnica ou habilidade especial para sua confecção, devendo ser a pessoa do prestador de serviço qualificada, obviamente, como profissional. Além disso, por incidência do art. 104 do C.C, a prestação, obviamente, deve perseguir um objeto lícito, possível e determinável ou determinado.

No que concerne à natureza intelectual do serviço tem-se que o profissional, em sua pulsão criativa, pode produzir bens ou serviços, de modo que o esforço criador seja algo direto da própria mente do criador, uma espécie de serviço personalíssimo. Desta maneira, sua atividade intelectual é, sobretudo, criativa que se distingue da função empresarial propriamente dita. Isto porque estas atividades possuem valoração social diversas em que se aplicam parâmetros diversos, tais como: A) o acesso à profissão não é liberado a todos, pois depende de formação intelectual mais rigorosa e, as vezes, de regular inscrição à exames rigorosos; B) existem regras reguladoras do mercado que impedem a livre concorrência, medida bem mais branda nos âmbitos empresariais⁹⁶.

Para Maria Helena Diniz⁹⁷, serviços intelectuais são aqueles que exigem “preparo intelectual do locador de serviço ou empregado”, enquadrando-a ainda como sinônima de serviço imaterial.

⁹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 325-326

⁹⁶ AZEVEDO, Erasmo Valladão e FRANÇA, Novaes. Sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização. In *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 157, janeiro - março/2011, Malheiros Editores, p. 246-245.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico* - v. 4. SSo Paulo: Saraiva, 1998, p. 319.

Plácido e Silva⁹⁸ define que “serviços intelectuais são aqueles que dependem da inteligência ou do preparo acadêmico do trabalhador, contrapondo-se ao serviço físico ou material”

Segundo Edmar Oliveira Andrade Filho, a determinação da natureza científica de algo depende da classificação que se tem por científico. Por exemplo, para a União, serviços científicos “são por definição uma modalidade serviços fixo ou móvel, explorado em regime privado, de interesse restrito, para uso próprio, utilizada para efetuar experiências que possam contribuir para o progresso da ciência e da técnica em geral”⁹⁹. Em outra medida, a prestação de serviço científico pode ser qualificada como aquela que utiliza os métodos científicos, utilizando a experimentação e a coleta de dados, sendo seu objetivo demonstrar racional e logicamente uma solução para determinada questão (TAKEUCHI, Hirotaka, 2008, p. 145-146)¹⁰⁰. Cuida-se, sobretudo, de uma ideia bastante plástica em que pode ser considerada toda e qualquer forma de saber que possa ser sistematizada ou explicada de maneira racional. Já os serviços de natureza artísticas por sua vez pode ser enquadrado como aquele voltado à produção das belas arte, poesia, dança, escultura ou artes plásticas.

Uma vez determinada as hipóteses de incidência em que o presente artigo pode incidir, não se pode deixar de comentar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, disposta na parte final do artigo mencionado.

Naquela partícula legal, a possibilidade de desconsideração dos atos da pessoa jurídica fica atrelada à possibilidade de elisão fiscal, isto é, quando a pessoa jurídica é utilizada indevidamente para desviar a ocorrência de tributos, sendo considerado um planejamento tributário ilícito. Deste modo, a empresa será desconsiderada para efeitos tributário, sendo, no entanto, ainda mantida a sua existência.

No caso jus trabalhista a situação é regida por outro dispositivo legal, o art. 9º da CLT. É que, sendo confirmado a elisão de algum requisito trabalhista, vê-se que tal ato será nulo, por incidência da norma celetista, sendo a Pessoa Jurídica nulificada e, portanto, considerada

⁹⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 2002. p. 752.

⁹⁹<https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-autorizacao-para-servico-especial-para-fins-cientificos-e-experimentais> (Acessado em 16/01/2022)

¹⁰⁰ TAKEUCHI, H.; NONAKA, I. *Gestão do conhecimento*. Bookman Editora, 2008

inexistente a partir de uma sentença declaratória, sendo medida muito mais drástica.

No entanto, em muitos casos, os Tribunais Regionais do Trabalho não distinguem com nitidez a diferença entre a prestação de serviços através da Pessoa Jurídica e a ocorrência de fraude trabalhista, o que ensejou a distribuição da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 66.

5.2. Ação declaratória de constitucionalidade nº 66 e seus efeitos sistêmicos

Ajuizada pela Confederação Nacional da Comunicação Social – CNCOM, a ADC nº 66 teve como seu objeto a análise da compatibilidade constitucional do Art. 129 da Lei nº 11.196/2005, sob o fundamento de que tal disposição federal era sumariamente desrespeitada pelas autoridades fiscais bem como os tribunais, sobretudo, os trabalhistas, o que gera um gravíssimo estado de incerteza.

Sob o signo da insegurança, afirmam os autores que a Justiça do Trabalho é recorrente em desconsiderar a aplicação do dispositivo legal, sob argumento de que tal medida lastreia uma burla ao Fisco e aos encargos sociais e tributários, sendo estrategicamente alegada como pejetização e, em outros casos, rejeitou-se sob o fundamento de que tal medida representaria uma forma de flexibilização das leis trabalhistas. Tais decisões negariam a eficácia da norma, colocando em xeque sua constitucionalidade.

Em seguida, argumenta-se que tal norma funcionaria como “cláusula densificadora da liberdade”, ao possibilitar a escolha aos indivíduos de novas formas e modelos de organização empresarial mais eficazes. Posteriormente, sustentam que as autoridades fiscais bem como as trabalhistas ao não considerar a subsunção da norma aos casos, esvaziam a liberdade de empreender, constitucionalmente assegurada, frustrando, sobretudo, a aplicação da lei em território nacional.

Por fim, defendeu-se que a constitucionalidade do art. 129 da lei nº 11.196/2005 não importaria na constitucionalidade de um sistema fraudatório, capaz de infringir as legislações trabalhistas e fiscais. No entanto, afirmam que esta “norma interpretativa (seria) dirigida eminentemente aos agentes fiscais” de modo que as sociedades constituídas para aquele fim não tenham sua personalidade jurídica desconsiderada e submetidas a regime previdenciário e

fiscal mais gravoso.

Cumpra sublinhar o nítido teor flexibilizatório contido na petição inicial. O que se observa dela é a antiga ideia, já expressada nos anos 90, de que as condições tradicionais de organização e regulação do trabalho sufocam a criação de empreendimentos e, no final, representam uma ofensa ao pilar maior que é a liberdade.

Aliás, para fundamentar tal pretensão flexibilizatória, aportam diversos julgados em que o próprio STF, entre o embate do valor social do trabalho e a liberdade de empreender, decidiu pela prevalência desta, sendo o caso mais emblemático o julgamento da ADPF N° 324 e RE n° 958.252/MG, em que se declarou a constitucionalidade da terceirização da atividade fim.¹⁰¹

Em voto vencedor, a R. Ministra Carmem Lúcia primou pelo entendimento da compatibilidade constitucional, afirmando que a disposição normativa, objeto da lide, harmoniza-se com as diretrizes constitucionais, “sobretudo, com a liberdade econômica, a garantia do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o livre exercício de qualquer atividade econômica, preceitos consagrados ao longo do texto constitucional art. 1º, IV da CRFB, inc. XIII do art. 5º e no parágrafo único do art. 170 da Constituição da República”

Prossegue afirmando que cotejo entre a valorização do trabalho e a livre iniciativa é medida que se impõe, sendo o presente caso uma exigência do mundo moderno, globalização e, sobretudo, flexível. Sendo necessário, portanto, assegurar a ampla liberdade a este tipo empresarial, expondo a harmonia de seu pensamento com os últimos julgamentos exarados pela corte.

Em suas palavras:

“Em 30.8.2018, este Supremo Tribunal julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324/DF para, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Relator, afirmar a licitude da terceirização da atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada (...)Sob essa mesma perspectiva de densificação da liberdade de organização da atividade econômica empresarial, dotando-a da flexibilidade e da adequação atualmente exigidas, e da necessária compatibilização com os valores sociais do trabalho, há de se concluir que a norma objeto desta ação não apresenta vício de inconstitucionalidade. Compatibiliza-se a norma com a

¹⁰¹https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=5794122 (Acessado em 04/02/2022)

normatividade constitucional que abriga a liberdade de iniciativa como fundamento da República”(Pagina 13)

Muito embora em seu voto, a R. Ministra se diga cuidadosa com os efeitos secundários provocados pela constitucionalização do artigo - sendo a pejotização um exemplo claro, não houve sequer uma linha de argumentação para restringir objeto da ação aos expedientes fiscais, tal como propugnado em inicial. Assim, as exposições genéricas de apreço aos direitos trabalhistas andam em sentido contrário ao do propugnado pela R. Ministra, eis que não houve uma ponderação, mas apenas uma mera consideração da existência dos mesmo. Logo, o direito do trabalho é completamente suprimido sem a devida e razoável avaliação de seus interesses.

Aliás, é interessante observar como em outros julgados a R. Ministra mantém o mesmo expediente, isto é, considera a existência dos direitos laborais, mas não os pondera efetivamente com a livre iniciativa, sobrepondo-a em todo o discurso. Veja-se parte de seu voto no Recurso Extraordinário n. 958.252, de Relatoria o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 13.9.2019):

“Também vou iniciar atentando a que (...) não se cuida de uma discussão entre progressistas e reacionários, mas saber qual é a forma mais progressista de se assegurar empregos, os direitos dos empregados, e o desenvolvimento econômico, tidos como princípios constitucionais e, principalmente, os direitos dos trabalhadores (...) Mudou o mundo, mudaram as formas de negócios, mudaram as formas de se dar concretude ao princípio da livre iniciativa; não mudaram os direitos dos trabalhadores, não mudou a valorização do trabalho. (...) Se, ao terceirizar determinada atividade, se deitarem por terra a proteção constitucional dos direitos do trabalhador, tenho que, inegavelmente, haveria uma contrariedade óbvia à Constituição. (...) A escolha de qualquer modelo negocial indutor à livre concorrência não pode, por certo, ser aceito. Mas insisto: todo abuso a direitos, toda a contrariedade ao direito, especialmente quanto aos valores do trabalho, tem formas de ser questionado e haverá de contar com essas formas e instrumentos para que não se mantenha situação contrária ao Direito, portanto, ilícita. (...) Conforme afirmado em alguns dos votos aqui já proferidos, a terceirização não é por si só a causa da precarização do trabalho, nem viola por si a dignidade do trabalho. E, se isso acontecer, como agora mais uma vez enfatizado pelo Ministro Celso de Mello, há para isso mesmo o Poder Judiciário a acudir para esses abusos não prevalecerem” (DJe 13.9.2019).

É importante ressaltar que a aparência exarada pelo voto vencedor entende a pejotização como uma forma de avanço ao mundo do trabalho, condicionando os direitos trabalhistas a uma certa disponibilidade. Ou seja, se o trabalhador, mediante as condições fáticas, optar por este tipo de regime, deverá colher os bônus e sofrer com os ônus de sua escolha. Não suficiente, indicam que, por serem obreiros intelectuais, sua condição de hipossuficiência estaria esvaziada, ensejando o legal afastamento da relação empregatícia.

Muito embora a Justiça do Trabalho conte com previsões normativas combatentes à

confeção da fraude (art.9º, 444º e 468º), ocorre que o julgamento, sobretudo, a exposição de seus argumentos favoráveis à compatibilidade constitucional dão verdadeiro baque à proteção dos direitos trabalhistas, pois abre inúmeras brechas – agora protegidas pelo manto da constitucionalidade – para a pejotização. Resta, portanto nítida que a constitucionalidade de tal norma propiciará, em seu campo prático, a confecção de novas pessoas jurídicas e, sobretudo, com os efeitos deletérios da pejotização, provocando ainda mais o desmanche do Direito do Trabalho

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As flexibilizações das normas trabalhistas ensejaram a necessidade de adequação do direito trabalho, na medida em que a globalização e avanços tecnológicos reinventaram a produção e forma de trabalho, reproduzindo uma forma de precarização das relações de emprego.

Ocorre que, em razão destas flexibilizações, diversas brechas legais foram utilizadas para camuflar e, até mesmo, excluir o vínculo empregatício, a exemplo da pejotização que, ao operacionalizar as atividades, através de pessoa jurídica formaliza relações comerciais, e não trabalhistas, expelindo o Direito do Trabalho daquela relação.

No caso apresentado, restou demonstrado como a pejotização atinge justamente os profissionais liberais, sobretudo, os prestadores de serviços intelectuais que, não possuindo

outra forma de subsistência, inserem-se nesta forma de contratação fraudulenta.

Os motivos do expediente fraudatório se repetem ao longo do tempo, com pouquíssima variação, sendo normalmente uma exigência de competitividade e necessidade de inovação mercadológica, bem como a economia de recursos que seriam destinados ao pagamento dos tributos e direitos sociais exigidos por lei.

A problemática ganha maiores contornos quando o STF, no julgamento da ADC nº 66, cujo objeto é a compatibilidade do art. 129 da lei nº 11.196/2005 com a CRFB, declara a harmonia constitucional sem antes atentar para os efeitos sistêmicos prejudiciais desta decisão. Por certo, tem-se que o dispositivo proporciona uma má inteligência sobre seu conteúdo normativo, sendo utilizado como escusa para a concretização da pejotização, proporcionando sua galopante ascensão.

Portanto, conclui-se que não é saudável ignorar os direitos sociais do trabalhador, cujo conteúdo é cláusula pétrea, bem como os princípios que regem o Direito do Trabalho, sobretudo no atual momento de desmanche das condições trabalhista em solo brasileiro. Deve-se sempre reivindicar e lutar pela regulamentação e consolidação dos direitos trabalhistas, sendo necessário o combate a todo tipo de fraude, seja pelos operadores jurídicos, juristas e órgãos de fiscalização.

REFERÊNCIAS

ALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 48.

ALEXY, Robert. *Concetto e validitá del diritto*. Turim: Biblioteca Einaudi, 1997, p. 73.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **a pejotização como fraude à legislação trabalhista**. In Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, nº 291, ano XXIV, setembro de 2013, p.1.

ANTUNES, ANA FELIPA MORAIS, **Negócio em fraude à lei**, Edição comemorativa do Cinqüentário do Código Civil, Coord. Elsa Vaz de Siqueira e Fernando Oliveira de Sá. 1ª ed. Universidade Católica., p.169-170.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

AZEVEDO, Erasmo Valladão e FRANÇA, Novaes. **Sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização.** In Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, n. 157, janeiro - março/2011, Malheiros Editores, p. 246-245.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BALLESTEROS, Antonio Gullón. **Comentário del código civil.** Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. 2. ed. Barcelona: Bosch, t. 1, 2006. p. 116-117.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do Trabalho: crise econômica, flexibilização e desenvolvimento tecnológico.** In Empresa e trabalho – estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida. Saraiva, 2010, p. 153; REDINHA, Maria Regina Gomes. A relação laboral fragmentada – estudo sobre o trabalho temporário. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora, 1995, p. 33-39.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil.** 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 562.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as constituições do Brasil. São Paulo: Atlas, 1971, p. 423-424.**

CARVALHO, Maria Amélia Lira de. **Processo de pejetização como mecanismo de descaracterização do contrato de assalariamento.** 2010. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica do Salvador. Orientador: Angela Maria Carvalho Borges, disponível em : <http://www.desenvolvimentoqs.ufba.br/carvalho-maria-am%C3%A9lia-lira-de-processo-de-pejetiza%C3%A7%C3%A3o-como-mecanismo-de-descaracteriza%C3%A7%C3%A3o-do-contrat> (Acessado em 15/01/2022)

CASTRO, Bárbara Geraldo de. **Afogados em contratos: o impacto da flexibilização do trabalho nas trajetórias dos profissionais de TI. Tese de Doutorado em Ciências Sociais.** Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Unicamp. Campinas, 2013

COSTA, Maria da Silva. **“O sistema de relações de trabalho no Brasil: alguns traços históricos e sua precarização atual”.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. RBCS Vol. 20 nº. 59, São Paulo, outubro/2005. p. 111-131.

COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. **A pejetização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho.** Simpósio Internacional de Direito: Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, 3, 2012, Chapecó. Anais... Joaçaba: Unoesc, 2012, v. 2, n. 2, p. 193-216.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil – Teoria geral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 45

DARI KREIN, J. & DE BARROS BIAVASCHI, M. **Brasil: os movimentos contraditórios da regulação do trabalho dos anos 2000.** Cuadernos del CENDES. Ano 32, n. 89, mai/ago,

2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 71.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** - v. 4. SSo Paulo: Saraiva, 1998, p. 319.

FERRARA, FRANCESCO, Della simulazione dei negozi giuridici, 1922, trad.port.de **A. Bossa, A simulação dos negócios jurídicos**, São Paulo, Saraiva, 1939.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho. Coimbra**. 13ª edição. Almedina, 2006. p. 138-139

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 325-326

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 605.

HUSEK, Carlos Roberto. **A vontade contratual/vícios do consentimento/fraude**. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, n 03,2009,p.81

http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1360519 (Acessado em 08/01/2022)

<https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-autorizacao-para-servico-especial-para-fins-cientificos-e-experimentais> (Acessado em 16/01/2022)

<https://www.istoedinheiro.com.br/receita-federal-notifica-atores-da-globo-por-contratos-pj-diz-site/>(Acessado em 05/01/2022)

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5794122> (Acessado em 04/02/2022)

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1107&tabela=leis&so_miolo= (Acessado em 8/01/2022_)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0783-05.htm
Acessado em 16/01/2022

<https://www.uol.com.br/splash/noticias/ooops/2021/04/01/exclusivo-bonner-e-mais-20-da-globo-sao-autuados-pela-receita-federal.htm> (Acessado em 15/01/2022);

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. **Por uma nova dogmática do Direito do Trabalho: Implosão e perspectivas**. IN Revista Ltr; vol. 70,nº02, Fevereiro de 2006.

KREIN, José Dari. **A reforma trabalhista de FHC: análise de sua efetividade**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 24, p. 270-299, 2004

KREIN, José Darin. **Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil: 1990/2005**. Tese de Doutorado apresentada no departamento de economia da Unicamp. Unicamp: São Paulo,2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16a ed. Sao Paulo: Saraiva, 2018, p. 68.

- Marky, Thomas. **Curso elementar de direito romano**, 8ªEd. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 300.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. – SP, Rev. Dos Tribunais, 1980, p. 230.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORELLO, Umberto. **Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile**. Coord. Rodolfo Sacco. Turim: UTET, v. VIII, 1998. p. 501-502
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 40a ed. Sao Paulo: LTR, 2015.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do direito do trabalho**, p. 20
- NOVAES, Jorge Reis. apud GEDIEL, José Antonio Peres. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.160-161.
- Os sentidos do trabalho, ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 31-33.
- PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições do direito civil – V. III**, 11ªed. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p.375
- PONTES, Luciana Moura Araújo Cardoso. **O direito do trabalho e sua função protetiva na contemporaneidade: da necessidade de (re)definição em face das novas relações de trabalho**. – Salvador, 2010. 136f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, p.82.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. p. 42-43 e 28. O jurista argentino Alfredo J. **Ruprecht também aponta esse desdobramento do princípio tutelar em três regras distintas: in dubio pro operario, norma mais favorável e condições mais vantajosas**. In: Os Princípios do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995, p. 14-28.
- SILVA, Cláudio Marcos da. **A precarização da atividade jornalística e o avanço da pejetização**. 2014. 215 f., il. Dissertação (Mestrado em Comunicação) —Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 2002. p. 752.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 286-287.
- SILVA, Otavio Pinto. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 104.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direitos sociais na constituinte**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 34.

TAKEUCHI, H.; NONAKA, I. **Gestão do conhecimento**. Bookman Editora, 2008

VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. Servidor Público **Temporário: natureza jurídica, regime, contratação irregular e a (não) incidência do princípio da primazia da realidade de fato sobre as formas**. – Viçosa, MG: Ed. UFV, 2007, p. 83.