



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

FRAUDES ÀS RELAÇÕES DE EMPREGO – “PEJOTIZAÇÃO”

LARISSA PEREIRA MONÇÃO

RIO DE JANEIRO
2017

LARISSA PEREIRA MONÇÃO

FRAUDES ÀS RELAÇÕES DE EMPREGO – “PEJOTIZAÇÃO”

Monografia apresentada à Faculdade Nacional de Direito como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Palmisciano

RIO DE JANEIRO
2017

RESUMO

MONÇÃO, L. P., *Fraudes às Relações Trabalhistas – “pejotização”*. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O objeto de estudo da presente monografia são as fraudes às relações de emprego. Inicialmente, destaca-se as dimensões objetivas e subjetivas do trabalho, a fim de identificar a importância do trabalho na vida do ser humano. Nesse sentido, busca-se analisar a regularidade de algumas espécies de contratos de trabalho para que estes não sejam desvirtuados de seu objetivo, ensejando, assim, a precarização do trabalho. Ressalta-se que, *in casu*, para se caracterizar fraude às relações de emprego, utiliza-se a figura da fraude objetiva, nos termos do art. 9º da CLT. Isso porque, ao contrário do que ocorre no direito civil, para sua aferição, o requisito subjetivo, isto é, a vontade de fraudar a lei, é dispensável. Dessa forma, basta a presença dos elementos determinantes da relação de emprego para que se estabeleça o vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador. São eles: subordinação, pessoalidade, onerosidade e não eventualidade.

Palavras-chave: fraudes às relações de emprego; fraude objetiva; reconhecimento de vínculo; precarização

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO - PANORAMA HISTÓRICO	07
1.1. Fases Históricas do Direito do Trabalho	08
1.2. Origem e evolução do Direito do trabalho no Brasil	09
1.3. Natureza ambivalente do Direito do Trabalho	14
2. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONSIDERAÇÕES GERAIS	17
2.1. Requisitos para caracterização da relação de emprego	22
2.2. Empregador e empregado. Conceitos.	26
2.2.1. Conceito de empregado	26
2.2.2. Conceito de empregador:	27
2.2.2.1. Empregador por equiparação	28
2.2.2.2. Grupo econômico trabalhista	28
2.2.2.3. Consórcio de empregadores	28
2.2.2.4. Sucessão de empregadores	29
2.2.2.5. Desconsideração da personalidade jurídica.	30
3. FRAUDES ÀS RELAÇÕES DE EMPREGO - CONSIDERAÇÕES INICIAIS	31
3.1. Fraude objetiva nas relações de trabalho.	32
3.2. Morfologia das fraudes as relações de emprego	34
3.2.1. Contrato de estágio	34
3.2.2. Cooperativas intermediadoras de mão de obra	35
3.2.3. “Socialização dos empregados”	39
3.2.3.1. Como identificar a prática da socialização e configurar a relação de emprego	41
3.2.4. Consequência das fraudes: danos sociais e concorrência desleal	43
4. A FIGURA DA “PEJOTIZAÇÃO”	45
4.1. Conceito	45
4.2. Pejotização e os princípios do Direito de Trabalho	48
4.2.1. Princípio da primazia da realidade sobre a forma	49
4.2.2. Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas	49
4.2.3. Princípio da imperatividade das normas justralhistas	50

4.3. Como identificar prática da pejetização e configurar a relação de emprego	52
4.4. Reforma trabalhista e pejetização:	53
5. CONCLUSÃO	55
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

A escolha das Fraudes às Relações de Emprego – Ênfase em Pejotização, como objeto de análise deste trabalho decorreu da visível necessidade de se garantir os direitos mínimos conquistados historicamente pelos trabalhadores, tendo em vista a crescente onda de discursos permeados dos ideais neoliberais, no sentido de se flexibilizar as relações de emprego. Desse modo, maximiza-se os lucros auferidos pelos empregadores às custas da precarização das relações de emprego e mercantilização do labor.

Assim sendo, ao me aprofundar no tema escolhido, pude notar que, no Brasil, às fraudes às relações trabalhistas decorrem muito mais de uma herança escravista que gerou uma cultura de superexploração da força de trabalho alheia, que de uma necessidade que as empresas têm de diminuir os custos do valor trabalho.

O primeiro ponto a ser destacado é no sentido de que as fraudes à relação de emprego constituem utilização de mecanismos ou instrumentos contratuais escritos que têm por objetivo disfarçar uma relação empregatícia que acontece na realidade. Nas palavras de Carelli:

Quando ocorre uma situação em que um contrato civil qualquer é utilizado com o objetivo de que todas as regras trabalhistas não prevaleçam, ou melhor, que os direitos dos trabalhadores não sejam aplicados, ocorre o que chamamos de ‘fraudes na relação de emprego’, que é justamente a utilização de artifícios ou contratos vários que tentam mascarar uma relação empregatícia existente na vida real” (CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *As fraudes nas relações de emprego*. Disponível em: <http://www.soc.puc-rio.br/Link/cedes/PDF/cidadaniaetrabalho/fraude.pdf>. Acesso em 20/09/2017.)

Destarte, salienta-se que no Direito do Trabalho, aplica-se o conceito da fraude objetiva, nos termos do art. 9º da CLT. Isso quer dizer que, para que se configure fraude à relação de emprego é dispensável comprovar o elemento subjetivo, qual seja, a intenção do empregador de fraudar a lei. O dispositivo mencionado determina que qualquer disposição contratual que tenha por finalidade descaracterizar a relação de emprego, afastando, assim, a aplicação da legislação trabalhista, é nula de pleno direito, ainda que esta possua a anuência do trabalhador.

Diante deste prelúdio, o segundo capítulo deste trabalho abordará a origem e evolução do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo. Destaca-se o surgimento do trabalho subordinado com o advento da Revolução Industrial e a necessidade de um ramo do direito apto a regulá-lo, tendo em vista a legislação civilista não ter respostas adequadas aos conflitos decorrentes dessa nova relação emergente.

Ressalta-se a dupla função do Direito do Trabalho, na medida em que este protege a figura do trabalhador, com vistas a impedir sua coisificação, preservando sua condição humana na relação de emprego e, por outro lado, torna possível a própria manutenção do sistema capitalista de produção, uma vez que este vê-se limitado a superexploração da força de trabalho.

O terceiro capítulo trata da relação de emprego, inicialmente diferenciado-a da relação de trabalho. Dispõe sobre algumas modalidades de trabalho sobre as quais, em regra, não incidem a legislação trabalhista. Posteriormente, aborda-se os requisitos da relação de emprego, presentes nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam, a pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação. Este capítulo ainda trará o conceito de empregado e empregador, com o objetivo de se aprofundar no reconhecimento de uma relação de emprego, para que isso facilite o reconhecimento de fraudes.

O quarto capítulo versa sobre a as fraudes à relação de emprego propriamente ditas. Conceitua-se o instituto da fraude à luz do art. 9º da CLT, bem como os requisitos caracterizadores de algumas formas de trabalho para que se estabeleça diferenças substanciais entre tais relações de trabalho e as relações de emprego, e se concluir se há ou não desvirtuamento de finalidade nas contratações. Nessa toada, estuda-se a respeito da morfologia das fraudes, explicitando alguns tipos de contratos comumente utilizados para mascarar a relação de emprego, quais sejam, o contrato de estágio, a contratação de cooperativas intermediadoras da mão de obra e também o fenômeno da socialização dos empregados.

O último capítulo tratará do instituto da pejetização como forma de fraudar à legislação trabalhista retirando dos trabalhadores seus direitos proteção prevista nesta. A pejetização ocorre no momento da contratação, ou no decorrer do contrato de trabalho. Dessa forma, o empregador exige que o empregado constitua uma pessoa jurídica (empresa individual) para sua admissão ou permanência no emprego. Assim sendo, firma-se um contrato de natureza comercial ou civil, embora, na realidade, a prestação de serviço corresponda a uma típica relação de emprego.

Demais disso, trazemos à baila a recente alteração normativa ocasionado pela Lei n. 13.467 de 13/07/2017, intitulada de Reforma Trabalhista, que insere o art. 442-B na CLT, instituindo a figura do “autônomo exclusivo”. Veremos se tal dispositivo legaliza a pejetização e quais são as possíveis divergências decorrentes disso.

Uma vez traçado o arcabouço introdutório, cabe analisar e discutir os aspectos relacionados às fraudes à relação de emprego, o impacto para os trabalhadores e os mecanismos de proteção a estes nos capítulos que se seguem.

CAPÍTULO 1 - Origem e Evolução do Direito do Trabalho - Panorama histórico.

O Direito do Trabalho é o ramo do direito que regula as relações individuais (ou seja, aquele trabalhador com que realiza atividade econômica) e coletivas (entre sindicatos e sindicatos e empresas) do trabalho em busca do equilíbrio e proteção do trabalhador estabelecendo limites na exploração do trabalho humano. Seu objetivo é o de proteção e equilíbrio e ele o realiza estabelecendo limites dentro das relações de trabalho.

Entretanto, não são todos os tipos de trabalho em que incidem as normas justralhistas. O Direito do Trabalho regula as relações de emprego, isto é, as relações nas quais o empregado presta seus serviços ao empregador com personalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação.

A relação de emprego, como categoria socioeconômica e jurídica, surge durante o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, somente passou a ser a forma predominante de trabalho com o advento da Revolução Industrial, no emergente sistema capitalista de produção.

A doutrina liberalista, em ascensão à época, revelava-se hesitante às intervenções do Estado no âmbito privado. Tal doutrina trazia em seu bojo o enaltecimento dos direitos individuais, da soberania estatal e da separação de poderes. No âmbito jurídico, os dogmas liberais revelaram-se por meio dos princípios da igualdade formal e da liberdade contratual sujeita à lei da oferta e da procura.

A ideia do Liberalismo é que todos os que tinham capacidade podiam negociar. Isso era considerado o trabalho livre. Assim, negociavam-se salários baixíssimos e jornadas de trabalho enormes, em condições desumanas. Além de serem utilizadas crianças para trabalhar.

Entretanto, ao longo do tempo, percebeu-se que o Direito vigente à época, consistente no Direito Civil, de formação liberal-individualista, não tinha resposta adequada aos conflitos decorrentes das relações empregatícias. Isso porque, o Direito Civil tratava de forma paritária empregado e empregador. Entretanto, tal tratamento já nasce equivocado, tendo em vista ser o empregador o detentor dos meios de produção (detentor do capital, em última análise) e o empregado retirar do trabalho sua subsistência.

Não há que se falar, portanto, em autonomia plena da vontade nas relações de trabalho. Logo, a legislação civil mostrou-se incongruente para a regulamentação dessa nova categoria de relação jurídica, advinda do sistema de produção capitalista: a relação de emprego, ou seja, o trabalho subordinado, pessoal, habitual e assalariado, relação essa marcada por sua natureza desigual e autocrática, o que fomentou a formação de novas categorias dogmáticas para regulamentação dos conflitos entre trabalhadores e empregadores – o Direito do Trabalho.

Dessa forma, tem-se que o Direito do Trabalho nasceu do embate entre o capital e a classe trabalhadora. Tem por objetivo, portanto, regular a exploração da força de trabalho.

1.1. Fases Históricas do Direito do Trabalho:

O autor Mauricio Godinho Delgado divide a evolução deste ramo do Direito em quatro fases principais, senão vejamos:

I) Manifestações incipientes ou esparsas: Em 1891 foi publicada a Encíclica *Rerum Novarum*, que acima de tudo consistia em um conselho papal. Seu conteúdo anunciava o desastre da exploração do trabalho humano na época. Afirmava que a situação humanitária estava deplorável e que cabia aos Estados intervirem para reverter essa situação. Por fim, dizia que, se nenhuma atitude fosse tomada o Comunismo tomaria o mundo,

O *Peel's Act* (1802), foi publicado na Inglaterra e é a primeira norma de Direito do Trabalho do mundo. Limitava a jornada de trabalho para criança a onze horas diárias. Além disso, determinava que as fábricas fossem arejadas, constantemente limpas e iluminadas. O fato que impulsionou a criação dessa lei foram as mortes de crianças e adultos por causa de epidemias que se disseminavam em razão das péssimas condições das fábricas. Peel era um grande industrial da época e fomentou a criação dessa lei para regular a concorrência relacionada à exploração do trabalho.

Como se percebe, essa fase é marcada pela existência de leis que visam apenas minimizar a violência resultado da superexploração empresarial de mulheres e menores. Não há aqui nenhum conjunto sistemático de leis trabalhistas.

II) Sistematização e Consolidação: Inicialmente, destaca-se aqui a Revolução de 1848, na França. Trata-se da primeira grande ação dos trabalhadores agindo como sujeito coletivo. Da série de reivindicações, resultou o reconhecimento do direito à

associação e greve e fixação da jornada de trabalho em dez horas (na Inglaterra, somente fixou-se a jornada em dez hora em 1989, um ano mais tarde).

Ademais, em 1848, há publicação do Manifesto Comunista de Marx e Engels, o que traz verdadeira revolução ao pensamento socialista. Tem-se uma reorganização da classe trabalhadora que passam a pressionar coletivamente o empresariado.

III) Institucionalização do Direito do Trabalho: A terceira fase inicia-se com o fim da Primeira Guerra Mundial. Seus marcos são a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT (1919), Constituição Alemã de Weimar (1919) e a Constituição Mexicana (1917).

O primeiro princípio da OIT é que o trabalho não é uma mercadoria. O trabalho não pode ser juridicamente tratado como uma mercadoria. O direito do trabalho surge então para reconhecer que o trabalho não é livre e sim subordinado, mas por outro lado vai estar procedendo direitos sociais que garantissem o trabalho com dignidade. O direito do trabalho surge como forma de manutenção do capitalismo. Ainda é a técnica que predominantemente domina o cenário mundial do trabalho: a subordinada.

Aqui, o Direito do Trabalho é absorvido pelos ordenamentos jurídicos dos países de economia central. Tal fase vai até o momento posterior a Segunda Guerra, com o surgimento do “Estado de Bem-Estar Social”. As Constituições pós-45 da França, Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, incorporaram as diretrizes gerais de valorização do trabalho e do trabalhador.

IV) Crise e transição do Direito do Trabalho: Abrange o final do século XX. No contexto de crise econômica, tecnológica e organizacional verificou-se movimentos em prol da desregulação das políticas sociais e das regras jurídicas limitadoras de mercado econômica. Isso refletiu no Direito do Trabalho, havendo uma acentuada desregulação, informalização e desorganização do mercado de trabalho. Hoje, há discursos de flexibilização da legislação trabalhista. Cabe às instituições, desse modo, lutar para que não haja retrocesso no que tange aos direitos dos trabalhadores.

1.2. Origem e evolução do Direito do trabalho no Brasil:

Godinho também divide a evolução do Direito do Trabalho no Brasil em 4 períodos principais:

I) Manifestações esparsas ou incipientes: Compreende o período entre 1888 e 1930, porque não há como falar de Direito do Trabalho antes da abolição da escravatura,

tendo em vista a existência do trabalho livre ser pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho subordinado. Durante o supramencionado período não se verifica a o surgimento de uma legislação federal trabalhista significativa. Há presença de um movimento operário ainda sem profunda e constante capacidade de organização e pressa. Nesse quadro, destaca-se alguns diplomas ou normas justralhistas. Como exemplo, cita-se: Decreto n. 439, de 31 de maio de 1980, estabelecendo as “bases para organização da assistência à infância desvalida”; Decreto n. 843, de 11 de outubro de 1890, concedendo vantagens ao “Banco dos Operários”; Decreto n. 1313 de 1891, regulamentando o trabalho do menor (este, embora publicado no Diário Oficial, jamais entrou em vigor); Decreto n. 1162 de 1980, que descriminaliza a greve, mantendo como crime apenas os atos de violência decorrentes do movimento; Decreto n. 565 de 1890, que concede férias de 15 dias aos ferroviários.

Após a virada do século, surge o Decreto Legislativo n. 1150 de 1904, concedendo facilidades para o pagamento de dívidas de trabalhadores rurais, benefício posteriormente estendido aos trabalhadores urbanos (Decreto Legislativo n. 1607 de 1906); Em 1905 há o primeiro congresso operário no Brasil e, nesse mesmo ano, surge no Brasil, o primeiro livro de Direito do Trabalho. A partir daí, há uma intenção movimentação dos trabalhadores na luta pelo reconhecimento de seus direitos; Decreto Legislativo n. 1637 de 1907, facultava a criação de sindicatos profissionais e sociedades cooperativas; Greve geral em 1917, pois aqui a sociedade brasileira começa a receber os europeus que trazem com eles seus ideais; 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); Em 1929, há uma alteração da Lei das Falências, conferindo-se status de privilegiados aos créditos de prepostos, empregados e operários (Decreto n. 5746).

II) Compreende o período entre 1930 e 1988, pois, pode-se dizer que a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista inaugurada por Getúlio

Vargas, teve o condão de manter seus efeitos até a promulgação da Constituição da República de 1988.

Essa fase é marcada por um Estado altamente intervencionista que, por um lado executa rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário e, por outro lado, implementam rigorosa legislação instaurando um novo e abrangente modelo de Direito do Trabalho, restritivamente controlado pelo Estado.

Trata-se da Era Vargas. Surge com mudança de perspectiva ideológica: corporativista. É contrária ao liberalismo e ao socialismo. É uma intervenção e fortalecimento do estado para impedir que haja o conflito social. Se faz da seguinte forma: nega-se o conflito e é trazida a possibilidade que esse conflito ocorra sobre o controle do estado. Assim emula-se qualquer possibilidade de luta social. Nesse contexto as classes só teriam um interesse: o desenvolvimento social da nação, assim o deseja e a vontade de todos são os mesmos.

O referido modelo justrabalista é formado a partir de políticas integradas, dirigidas em pelo menos seis direções:

a) administração federal, com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto n. 19.443/1930) e do Departamento Nacional do Trabalho (Decreto n. 19.671-A);

b) área sindical, por meio do Decreto n. 19.770 de 1931, que cria uma estrutura sindical oficial, baseada no sindicato único, submetido ao reconhecimento pelo Estado e compreendido como órgão colaborador deste. Após isso, é promulgada a Constituição de 1934, a qual prevê a liberdade sindical. Entretanto, o presidente revoga a referida previsão por meio do Decreto 24.649, do mesmo ano.

Após a decretação do estado de sítio por parte de Vargas, no ano de 1937 foi promulgada nova Constituição no Brasil, que significou a recomposição do modelo anterior a 1934, aprofundando o corporativismo – unicidade sindical, reconhecimento estatal dos sindicatos, divisão em categorias profissionais, colaboração entre as classes e o estado, greve recurso antissocial. A greve foi considerada ilegal. Aqui o Estado é totalitário: ele é tudo e resolve tudo.

c) área de desenvolvimento da política trabalhista oficial, com a criação de um sistema de solução judicial dos conflitos trabalhistas. Inicialmente, cria-se Comissões Mistas de Conciliação e Julgamento (Decreto n. 21.393 de 1932), em que só poderiam demandar os empregados integrantes do sindicalismo oficial (Decreto n. 22.132 de 1932).

d) o sistema previdenciário, de formação corporativa, vinculado às respectivas áreas profissionais e aos correspondentes sindicatos oficiais, começou a ser estruturado após 1930 (Decreto n. 20.465 de 1931; Decreto n. 22.872, de 1933).

e) a legislação profissional e protetiva. Cita-se alguns diplomas justralhistas: Decreto 21.471 de 1932, regulamentando o trabalho da mulher; Decreto n. 21.186 de 1932, fixando jornada de oito horas para os comerciários, benefício estendido, em seguida aos industriários, conforme Decreto n. 21.364; Decreto 21.175 de 1932, criando carteira de trabalho profissional, dentre muitos outros.

f) por fim, destacam-se as políticas públicas criadas com a finalidade de sufocar quaisquer manifestações operárias autônomas e/ou contrárias às diretrizes estabelecidas pelo governo, tal como a Lei de Nacionalização do Trabalho, reduzindo a participação dos imigrantes no segmento obreiro do país (Decreto n.19.482 de 1930). É a lei chamada de lei de dois terços. Toda empresa deve contratar $\frac{2}{3}$ de seus trabalhadores sendo brasileiros e $\frac{1}{3}$ estrangeiros. Sendo que, em São Paulo, nesse período 80% da população era de estrangeiros. E como esses estrangeiros eram muito pobres vieram para o Brasil em busca de melhores condições trouxeram suas ideologias comunistas e socialistas. Assim, o Estado passou a não deixar essas ideologias ingressarem ou revertê-las e também a baratear a mão de obra. Começaram a utilizar os negros através de uma busca de uma integração pelo trabalho já que estavam a margem da sociedade.

Tal como essa, foram instauradas diversas outras medidas de incentivo ao sindicalismo oficial.

Após anos, o modelo de Direito do Trabalho então estruturado, reuniu-se em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1943). Não se trata de um Código, mas de uma consolidação, na medida em que um Código surge sistematicamente a partir de um projeto e regula todo um ramo do Direito. Uma consolidação é a organização sistemática daquilo que já existe. Apesar disso, é notável que CLT alterou e ampliou a legislação trabalhista ora vigente.

III) A promulgação da Constituição da República inaugura uma nova fase no Direito do Trabalho brasileiro. Trata-se de uma fase de superação democrático do modelo tradicional, autoritário-corporativo, instaurado por Vargas, há décadas atrás. Há uma nítida constitucionalização do Direito do Trabalho, que sai da ordem econômica e vai para ordem dos direitos fundamentais.

É bem verdade que se trata de uma fase de transição, tendo em vista não estarem instauradas e consolidadas práticas e instituições estritamente democráticas no sistema

justralhista incorporado pela Constituição. O direito coletivo continuou como semi-autoritário.

Entre os pontos de avanço está o rompimento com um dos principais pilares do modelo varguista, qual seja, o controle político do Estado sobre a estrutura sindical. Ademais, a nova Constituição fixa reconhecimento e incentivos jurídicos efetivos ao processo negocial coletivo autônomo.

IV) Logo após o surgimento da Carta Magna de 1988, há o surgimento de discursos no sentido de desarticular as normas estatais trabalhistas, com direta ou indireta redução dos direitos e garantias laborais. Fala-se em flexibilização dos direitos trabalhistas, o que, muitas vezes, significa a verdadeira retirada desses direitos.

Na década de 1990, então, inicia-se um movimento de flexibilização das relações laborais. Essas modificações tendem a sustentar a ideia de redução da intervenção do Estado na relação entre o capital e o trabalho, reduzindo o protecionismo oferecido pela legislação justralhista. A ideia de flexibilização geralmente é utilizada como um eufemismo para a desregulamentação parcial ou total do Direito do Trabalho. É a diminuição da rigidez no âmbito do Direito do trabalho, na tentativa de quebrar a própria natureza do Direito do Trabalho. A flexibilização possui duas vertentes, a interna e a externa. A interna está relacionada a possibilidade de as partes afastarem a incidência das normas de Direito do Trabalho em relação conteúdo do contrato de trabalho/prestação de trabalho. Já a externa tem a ver com a possibilidade de contratações de forma alternativa ao Direito do Trabalho.

Nesse contexto, no intuito de se reduzir os custos de produção, surgem as fraudes às relações trabalhistas, travestidas de novas formas de prestação de serviço. Dessa forma, contratação formal busca esquivar-se do vínculo de emprego (esquivando-se da aplicação das normas protetivas de Direito do Trabalho, portanto). Uma dessas modalidades fraudulentas, a pejotização, que será abordada de forma mais aprofundado no presente estudo, deesscaracteriza o contrato individual de trabalho, uma vez que impõe ao trabalhador a constituição de uma pessoa jurídica como requisito essencial à sua contratação.

Ainda que se reconheça a relevância da negociação coletiva (inaugurada, inclusive, pela Constituição), esta não deve versar acerca de direitos revestidos de indisponibilidade absoluta. Tais direitos são tutelados de interesse público e representam um patamar civilizatório mínimo, inerente à sociedade democrática. Como exemplo estão

a anotação de CTPS, o pagamento de salário-mínimo, as normas de saúde e segurança do trabalho.

No Brasil, o patamar civilizatório mínimo está relacionado a três grupos de normas trabalhistas: as normas constitucionais em geral; as normas de tratado ou convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro e as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora.

Em 2017, foi promulgada a Lei 13.467 de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista. Essa reforma tende a valorizar a livre negociação entre empregados e empregadores em detrimento da aplicação direta da Lei. À primeira vista, verifica-se a presença de princípios norteadores do Liberalismo e, para muitos estudiosos do Direito do Trabalho a referida reforma representa flagrante retrocesso nos direitos dos trabalhadores, tais como, possibilidade de gestantes e lactantes trabalharem em ambiente insalubre, uma série de restrições à gratuidade de justiça concedidas aos trabalhadores, possibilidade de demissão em comum acordo, a figura do “autônomo exclusivo” dentre outros.

Os defensores da Reforma afirmam que o Direito do Trabalho brasileiro é por deveras protetivo e desestimula o crescimento profissional dos trabalhadores. Entretanto, diversos estudos apontam que o número crescente de ações trabalhistas é referente ao descumprimento por parte das empresas de suas obrigações básicas em relação aos trabalhadores, como pagamento de horas extraordinárias, salários, décimo terceiro salário e concessão de férias.

Isso é reflexo dessa tendência flexibilizadora do Direito do Trabalho, que tende a retirar os direitos dos trabalhadores, deixando-os em uma situação de maior vulnerabilidade. Cabem às instituições, à Justiça do Trabalho e aos operadores do Direito, a luta pela proteção dos trabalhadores em face da superexploração da força de trabalho.

1.3. Natureza ambivalente do Direito do Trabalho

Após detida análise histórica, conclui-se que o surgimento do Direito do Trabalho ocorreu com o advento da Revolução Industrial na Inglaterra, quando a prestação do trabalho livre, assalariado e subordinado passou a ser a forma de trabalho predominante, no emergente sistema capitalista de produção.

No campo jurídico, a doutrina liberalista, emergente à época, propagava preceitos relacionados à liberdade contratual, autonomia de vontade e igualdade formal. Tais

preceitos norteavam as relações civis e logo se mostraram insuficientes à regulamentação dessa nova categoria jurídica: o trabalho subordinado, pessoal, habitual e assalariado – a relação de emprego. Tal categoria jurídica já nasce tensionada, tendo em vista sua natureza assimétrica e autocrática.

Assim, urge a necessária formação de novas categorias dogmáticas para regulamentação dos conflitos entre trabalhadores e empregadores. Dessa forma, o corpo legislativo regulamentador tem por um dos objetivos principais a proteção da figura do empregado, consistindo na relativização dos princípios da autonomia da vontade e da igualdade formal entre as partes, com finalidade de impedir a reificação do trabalhador e a preservar sua condição humana na relação de emprego, consagrando-se, dessa forma, os direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores.

O Direito do Trabalho vem para regular uma relação que é naturalmente desequilibrada e díspare.

A legislação civil nunca foi apta a atender as demandas oriundas da relação de emprego. Isso porque, o direito do trabalho não regula bens, mas as relações humanas, em que o trabalhador não representa apenas uma mão-de-obra, mas um sujeito de direito, uma pessoa humana. Logo, o Direito do Trabalho consiste num instrumento de promoção dos Direitos Humanos de segunda dimensão – os direitos sociais ou direitos de igualdade.

Entretanto, há de se observar que o Direito do Trabalho também surge de uma necessidade política, ideológica e normativa do próprio sistema capitalista. Como explicita Manoel Carlos Palomeque Lopez (2001, p. 33):

Ao mesmo tempo que é o instrumento protector das relações capitalistas, cuja dominação legaliza e reproduz, através do contrato de trabalho, o Direito do Trabalho limita certamente a exploração da força do trabalho e garante importantes meios de luta dos trabalhadores. É, igualmente, o resultado tanto da acção dos trabalhadores e das suas organizações contra a ordem capitalista (direito conquistado), como o combate do empresário e do poder político contra a acção dos trabalhadores (direito concedido, funcional às relações de produção capitalistas) (LOPEZ, 2001, p.33).

É nesse ponto em que se observa, dentre outras, a dupla função do Direito do Trabalho: por um lado é instrumento garantidor de justiça social e dos direitos fundamentais e, por outro, um marco limitador pelo próprio regime capitalista, necessário à manutenção deste. Logo, trata-se de um corpo normativo que a um só tempo é anticapitalista e capitalista, pois se fortaleceu em decorrência da luta dos integrantes de movimentos anticapitalistas, mas também encontrou defesa naqueles que temiam o fim do próprio sistema.

Dessa forma, o sistema de produção capitalista vê-se obrigado a limitar a superexploração e coisificação da pessoa para a manutenção/subsistência do próprio sistema.

Ademais, é notável que a regulação do trabalho é vantajosa para os trabalhadores e para os empregadores, já que a referida regulação tem função principal de melhorar as condições de pactuação da força de trabalho, além de regular a concorrência entre as empresas, pois estabelece um patamar mínimo de contratação a qual todas elas estão submetidas.

Na visão marxista, a regulação do trabalho é interessante para os empregadores, como instrumento de pacificação social, na medida em que, sem ele, haveria uma superexploração cada vez maior da classe trabalhadora, o que resultaria em uma rebelião por parte desta, no sentido de derrubar o sistema vigente.

Outrossim, diz-se ambivalente o Direito justralhista, pois se trata de um equilíbrio entre concessões e conquistas. Ao mesmo tempo que é uma conquista dos trabalhadores por meio de suas lutas por seus direitos, também é uma concessão do poder econômico e político. Trata-se, entretanto, de um equilíbrio precário, na medida em que direitos podem ser retirados a qualquer tempo.

O trabalho possui dimensão objetiva e subjetiva. É subjetiva na medida em que individualiza a pessoa no contexto social, identificando-o perante os demais indivíduos. Para João Lobo (2004, p. 4):

[...] a fronteira que delimita o conceito de trabalho enquanto fator de realização humana daquele outro em que o trabalho conte em si a carga negativa opressora do *tripalium* (instrumento composto por três paus ou varas cruzadas, usado para prender animais e também como instrumento de tortura – que exprime, na sua origem semântica, a noção de trabalho e o sacrifício que a realização do mesmo implica) nem sempre é clara e necessita de diferenciação legal em homenagem à proteção dos valores fundamentais da pessoa humana (LOBO, 2004, p.4)

Isso posto, explicita o trabalho como meio de realização humana (dimensão subjetiva) e como meio necessário para prover sua subsistência (dimensão objetiva).

Insta salientar que, não há que se falar em cometimento de fraudes às relações de emprego em decorrência da necessidade de diminuição do custo do valor do trabalho como forma de conceder competitividade às empresas. Isso porque, os países com

economias mais sólidas e competitivas, são aqueles em que os trabalhadores possuem amplas garantias sociais e trabalhistas.

O cometimento de fraudes está muito mais ligado à ganância dos empregadores, que desejam auferir mais e mais lucro por meio do aumento da mais-valia, à custa da superexploração dos trabalhadores, resultando em mercantilização da mão-de-obra dos trabalhadores e enriquecimento ilícito por parte dos empresários.

É notável que preservação da humanização da relação de emprego (principal forma de trabalho do sistema capitalista de produção), por meio de uma série de garantias e direitos sociais que são assegurados ao trabalhador está relacionada a satisfação de um interesse econômico-social que transcendem os interesses individuais do trabalhador, atingindo toda sociedade e a manutenção do próprio sistema econômico (não obstante, a preservação da dignidade da pessoa humana ser, em análise última, o núcleo central de proteção do Direito do trabalho).

CAPÍTULO 2 - Relação de emprego: Considerações gerais.

Inicialmente, cabe destacar a diferença entre relação de trabalho e relação de emprego, na medida em que a primeira seria um gênero da qual a segunda seria espécie.

A relação de trabalho possui caráter genérico e seria uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. De acordo com Maurício Godinho Delgado (2005, p. 285), seria “toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível”. Englobaria o trabalho autônomo, trabalho eventual, trabalho avulso, trabalho voluntário, estágio (a despeito de a lei do estágio prevê-lo como ato educativo, na prática, tem sido levado como primeiro trabalho que não é reconhecido).

Já a relação de emprego é o objeto principal do Direito do Trabalho. Trata-se a modalidade de trabalho mais relevante do sistema capitalista, o trabalho subordinado.

Não são todas as formas de trabalho que são subordinadas e o Direito do Trabalho não regula todas as elas. O Direito do Trabalho é a regulação específica do trabalho subordinado, pois, reconhece-se que o trabalhador está sujeito à atividade econômica, necessitando, assim, de uma proteção, isto é, da concessão de patamares mínimos que lhe concedam uma vida digna.

São exemplos de modalidades de relação de trabalho, às quais, em regra, não incidem a proteção das normas justralhistas:

1) trabalho autônomo: É a antítese do trabalho subordinado, pois aqui há a realização do labor por conta própria do obreiro. Não está vinculado a uma relação de trabalho estruturada por outra pessoa. Atualmente, discute-se a hipótese de que haja proteção ao trabalhador economicamente dependente de uma só empresa;

2) Trabalho eventual: O trabalho é do tipo subordinado, entretanto, não há relação de emprego, pois o trabalhador é contratado para um evento episódico. Ilustrativamente, tem-se o garçom, que não é autônomo, mas é contratado para um prestar labor em um evento pontual.

3) Trabalho avulso: O trabalho é oferecido e o trabalhador se engaja. É comum na área portuária. Aqui, incide aplicação das normas justralhistas, trata-se de uma conquista e é um reflexo da tendência expansionista do Direito do Trabalho.

4) Trabalho voluntário: regido pela Lei n. 9608//98, possui natureza de contratação civil e se trata de atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada dede fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científico, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade. Os requisitos para caracterização deste tipo de trabalho são: o trabalhador deve ser pessoa física; o trabalho deve ser prestado à entidade pública ou instituição sem fins lucrativos com objetivos cívicos, culturais, educacionais científicos, recreativos ou de assistência social; deve haver celebração de termo de adesão entre o trabalhador e a entidade, devendo ser nele discriminados o objeto e condições do exercício do trabalho (art. 2º da lei supramencionada); a prestação do labor deve possuir natureza não onerosa. O trabalhador só poder remunerado a título de ressarcimento por eventual gasto para realização do trabalho (art. 3º da lei).

5) Estágio: regido pela Lei n. 11.788 de 2008, possui natureza jurídica de complementação de ensino e se trata de ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos

finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos (art. 1º, da Lei).

Tem por objetivo fornecer conhecimento prático agregando ao teórico, bem como aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para vida cidadã e para o trabalho.

Os sujeitos do estágio são: o estudante, a instituição concedente, a instituição de ensino e os agentes de integração públicos e privados, esse último sujeito não é obrigatório.

O estágio pode ser obrigatório, quando definido no programa do curso, carga horária como requisito para a aprovação e obtenção de diploma. Nesse estágio não é obrigatória a concessão de bolsa. Além disso, pode ser não-obrigatório, quando se trata de atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória. Nessa modalidade há obrigatoriedade de pagamento de bolsa.

Os requisitos para caracterização do estágio são: matrícula e frequência regular do educando em curso de graduação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino. É permitido realizar estágio sem frequência a faculdade quando a pessoa já concluiu todos os créditos dela; celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino; compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

O § 2º do art. 3º, da Lei do Estágio, dispõe sobre o contrato de estágio como fraude à relação de emprego (a qual veremos pormenorizadamente), vejamos:

Art. 3º.: O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

(...)

§2º. O descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária

Diz a lei que os benefícios relacionados à alimentação e transporte não caracterizam vínculo empregatício, entretanto a imposição de metas e participação nos lucros, caracterizaria.

A parte concedente devem ser pessoas jurídicas de direito privado; órgãos da administração direta, autárquica e funcional de qualquer dos poderes da União, dos estados e do DF e dos Municípios; profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional.

São obrigações da parte concedente: celebrar termo de compromisso com a instituição de ensino e o educando, zelando por seu cumprimento; ofertar instalações que tenham condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural; indicar empregado de seu quadro pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso do estagiário, para orientar e supervisionar até 10 estagiários simultaneamente; contratar em favor de estagiário seguro contra acidentes pessoais, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso; por ocasião do desligamento do estagiário, entregar termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas, dos períodos e da avaliação de desempenho; manter a disposição da fiscalização documentos que comprovem a relação de estágio; enviar à instituição de ensino, com periodicidade mínima de 6 meses, relatório de atividades, com vista obrigatória ao estagiário.

Os limites de jornada do estágio são de 4 horas diárias e 20 horas semanais, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos ou 6 horas diárias e 30 semanais no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular. Destaca-se que o estágio relativo a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, poderá ter jornada de até 40 horas. Durante os períodos de avaliação deve haver redução pela metade da carga horária sem compensação. Por fim, a duração do contrato de estágio é de, no máximo, 2 anos, exceto quando se tratar de portador de deficiência.

6) Trabalho rural: Regido pela Lei 5889 de 1973. Os trabalhadores rurais não foram incluídos na CLT (Decreto-Lei 5452 de 1943). Essa modalidade de trabalho somente foi regulamentada em 1963, com a promulgação do Estatuto do Trabalhador Rural (4214 de 1963), até que em 1973 os trabalhadores rurais têm seus direitos ampliados, por meio da Lei vigente e, por fim, a Constituição da República traz em seu bojo completa isonomia entre trabalhadores rurais e urbanos.

O trabalho rural é aquele realizado em área rural ou em área urbana aquele realizado em prédio rústico. Também o a matéria prima não pode ser modificada. Área rural é conceituada por exclusão, isto é, área não urbana. Prédio rústico é o bem imóvel situado em área urbana em que sedia exploração de atividade agro econômica). Aqui dentro da área urbana é realizada atividade agro econômica em prédio rústico. A atividade não pode ser industrial, não pode ter as mesmas condições de trabalho no âmbito urbano.

Não é considerada atividade rural a primeira transformação do produto agrário que lhe altere a natureza retirando a condição de matéria-prima. Deve ser somente a extração da matéria-prima, qualquer transformação deste produto já é considerado trabalho urbano. Ilustrativamente tem-se o vinho. O trabalho realizado na propriedade rural em que retira uva é considerado rural. Já o trabalho em que se pega a uva e coloca para fermentar para retirar o vinho é considerado trabalho urbano com trabalhadores urbanos, mesmo situado em área rural. A matéria tem que ser somente extraída e não modificada.

7) Trabalho doméstico: regido pela Lei complementar 150 de 2015, a qual revogou a Lei 5859 de 1972. Ressalta-se que até 1972 os trabalhadores domésticos não possuíam lei alguma que os amparasse, isso é reflexo da cultura escravocrata vigente no Brasil.

Inicialmente, ressalta-se que o termo trabalho doméstico está relacionado a trabalho realizado em ou para o ambiente familiar. O trabalhador doméstico é qualquer pessoa engajada no trabalho doméstico. Uma pessoa que realize trabalho doméstico ocasionalmente ou esporadicamente, não é um trabalhador doméstico. A prestação de serviço tem que ser de natureza contínua, para pessoa ou família (pessoas físicas) e em âmbito residencial.

Âmbito familiar quer dizer a casa, o carro, o helicóptero, a casa de campo ou de praia. Qualquer lugar onde houver a troca das relações familiares será considerado por extensão a residência. Por exemplo, o motorista, o piloto do helicóptero, o médico, o advogado é considerado empregado doméstico. É qualquer pessoa que preste serviço no âmbito residencial. Não se considera a atividade realizada pelo trabalhador e sim a finalidade.

A Lei Complementar 150 de 2015, trouxe em seu art. 1º, a definição de empregado doméstico, *in verbis*:

Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à

família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei

A Lei n. 5859/72 não estipulava o número de dias que o trabalhador deveria prestar seus serviços para ser alçado à categoria de trabalhador doméstico. Entretanto, havia entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que a pessoa que realiza a atividade doméstica em ambiente familiar por mais de duas vezes na semana, é considerada trabalhadora doméstica. Tal entendimento foi incorporado pela nova lei.

Segundo os artigos 2º e 3º da CLT, para que configure relação de emprego deverá haver a presença de quatro elementos essenciais, quais sejam, a pessoalidade, não eventualidade/habitualidade, onerosidade e subordinação.

Ressalta-se que, à luz do princípio da primazia da realidade sobre a forma, tem-se que o contrato de trabalho é o contrato-realidade, isto é, presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, há vínculo empregatício, ainda que haja contrato escrito com disposição em contrário. Isso porque, o art. 9º da CLT informa que são nulos de pelo direito quaisquer atos que visem impedir a devida aplicação do Direito do Trabalho.

2.1. Requisitos para caracterização da relação de emprego.

Para se caracterizar o vínculo empregatício, conforme se extrai da leitura dos arts. 2º e 3º da CLT, é necessário a presença concomitante dos quatros elementos principais, quais sejam, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Se houver a ausência de um deles, resta descaracterizada a relação de emprego. Ressalta-se que são os quatro elementos mais comuns utilizados pela jurisprudência para verificar a existência ou não de vínculo empregatício.

Entretanto, há também mais três requisitos controversos presentes na doutrina, são eles: 1) trabalho realizado por pessoa física. Os doutrinadores retiram esse requisito da leitura do art. 3º da CLT que diz: “considera-se empregado toda *pessoa física*...”, no entanto, entende-se que isso quer dizer que o trabalho deverá ser realizado de maneira pessoal (*intuito personae*), logo, já estaria abarcado no requisito da pessoalidade, não fazendo sentido ser um elemento autônomo; 2) alteridade ou alheabilidade. Seria a realização de um trabalho próprio por conta alheia. O labor é realizado pelo obreiro para proveito econômico de outra pessoa e à custa de outra pessoa. Uma pessoa (empregador)

arca com os custos e riscos de produção e a outra vende sua mão-de-obra em troca de salário. Cuida-se de um elemento da relação de trabalho, mas não um elemento autônomo, pois seria pertencente ao requisito da subordinação; 3) exclusividade. Não se trata de um requisito da relação de emprego, tendo em vista o fato de o trabalhador poder ter quantas relações de emprego ele quiser, como exemplo do médico que trabalha em mais de um hospital ou o professor que leciona em mais de uma escola.

Passa-se a uma análise mais aprofundada dos elementos essenciais à caracterização da relação de emprego:

1) **Pessoalidade:** Segundo Godinho (2005, p. 291 e 292) “é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação de trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. 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”.

Entretanto, há situações em que se é permitido a substituição do trabalhador sem que seja suprimido o requisito da pessoalidade. São permitidas eventualmente consentidas, como, por exemplo, professor que convida colega especialista em determinado tema para dar uma aula turma da qual é o titular.

Além disso, há as substituições previstas em lei, como, por exemplo, nos casos em que o trabalhador requer licença-gestante, férias ou afastamento por motivo de doença. Nesses casos, o contrato de trabalho é apenas suspenso ou interrompido, e não há que se falar descaracterização da pessoalidade.

Insta salientar que a condição do empregado substituto gera uma situação jurídica nova. Se este for empregado da mesma empresa e, não sendo a substituição meramente eventual, fará jus, temporariamente, as vantagens inerentes ao cargo ocupado, nos termos do art. 450, CLT. Se o substituído não for da mesma empresa, poderá ser contratado na modalidade de contrato a prazo certo (art. 443, da CLT) ou, se configurado os requisitos, por contrato de trabalho temporário, nos termos da Lei n. 6.019, de 1974.

Por fim, cumpre destacar que o requisito da pessoalidade incide somente sobre o empregado, pois em relação ao empregador vigora a diretriz da despersonalização da figura do empregador. Desse modo, eventual alteração na estrutura da empresa empregadora não possui cunho de prejudicar os contratos de trabalho em vigor, conforme prevê os arts. 10 e 448 da CLT. Vejamos o entendimento do TST acerca do assunto:

Legitimidade passiva. Comunicada no processo a extinção da empregadora demandada, e restando caracterizada a sucessão trabalhista, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT, não há como negar legitimidade à empresa sucessora – CDHU -, para ingressar no feito, reconhecendo-se, no entanto, à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, acionista majoritária de ambas as empresas, a condição de responsável solidária, em face de disposição contida na Ata da Assembleia Geral Extraordinária que aprovou o encerramento da liquidação. TST, SDI, ROAR-E-EXOF-008858/90.3, *in* DJU 17.2.95, p. 3.916.

A única exceção a essa regra é no caso de falecimento do empregador constituído em empresa individual, em que lhe é facultado rescindir o contrato de trabalho, nos termos do art. 482, parágrafo 2º, da CLT.

2) Habitualidade/não-eventualidade: para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência, não se qualificando como trabalho esporádico. A legislação trabalhista não incidiria sobre o trabalhador eventual, pois, embora este possa ser um trabalhador subordinado, trata-se um subordinado de curta duração (GODINHO, p. 294 e 295).

Trata-se de um dos elementos mais controvertidos do Direito do Trabalho. Tais divergências apresentam-se tanto na doutrina, como na jurisprudência. O critério da habitualidade consistiria naquilo que não é eventual. Desse modo, o que é eventual? Para se caracterizar o trabalho eventual, é necessário observar os seguintes requisitos: a) descontinuidade. Aqui, trata-se do sentido de não permanência. Tal permanência deve ser identificada por meio do trabalho realizado com certa frequência e expectativa ao longo do tempo. A frequência não precisa ser, necessariamente, diária. Tem-se como exemplo, o garçom que trabalha em um restaurante duas vezes por semana, nos dias de maior movimento. Logo, ele seria empregado desta empresa; b) não fixação a uma só fonte de trabalho. Seria no caso de o empregado ter mais de um trabalho como fonte de subsistência. Este critério não é tão relevante, pois é possível um indivíduo ter mais de uma relação de emprego; c) curta duração deste trabalho. Trata-se de critério subjetivo, deve ser analisado caso a caso, em consonância com os demais critérios; d) evento certo, determinado e episódico. O serviço deve acontecer num curto espaço de tempo. É o que ocorre, por exemplo, no serviço de manutenção de ar-condicionado de uma empresa. Pode ser que o serviço dure dois dias, entretanto, o obreiro não é empregado da empresa, pois consiste em serviço pontual, não é algo rotineiro; e) não estar vinculado à própria dinâmica da empresa. Isso quer dizer que, se um cantor é contratado para se apresentar em todas as festas de final de ano da empresa, apesar de esta apresentação estar vinculada

à dinâmica da empresa, afinal, ocorre todo ano, o serviço prestado ocorre em um curto espaço de tempo e é em um evento episódico. Dessa forma, tratar-se-ia de trabalho eventual. Entretanto, se este mesmo cantor é contratado para se apresentar todas às sextas-feiras, a forma de prestação de serviços já é diferente.

3) Onerosidade: sabe-se que a relação de emprego é uma relação de essencial fundo econômico. O empregado, ao realizar o trabalho, busca uma contraprestação de cunho econômico. Essa contraprestação é a finalidade última da relação de emprego, sob a ótica do trabalhador.

O trabalho voluntário, não configura relação de emprego, em decorrência da ausência deste requisito.

4) Subordinação: é o elemento mais importante, pois é definidor da relação de emprego, pois a subordinação que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de trabalhos que já foram hegemônicas ao longo da história ocidental (escravidão e servidão).

Antigamente era determinado de dependência (está assim na lei), mas foi substituído por subordinação pela doutrina. O conceito de subordinação está relacionado à sujeição a direção da outra empresa/empregador. A lei diz “estar sob a direção do empregador”

Essa submissão deve ser observada sobre o prisma objetivo, isto é, sobre o modo de realização do trabalho, e não sobre o trabalhador. Isso significa que não é a própria pessoa que está sujeita. No trabalho, a força de trabalho tem que ser direcionada para realizar determinada atividade. A força de trabalho não é separável da pessoa que trabalha. É sobre o modo que o trabalhador vai se portar durante a realização do trabalho.

Qualquer proibição imposta pelo empregador com fulcro na subordinação deve guardar estrita relação da liberdade com a com a atividade econômica. Assim, pode-se impedir o uso de brincos, por exemplos, se a atividade exercida é a de radiologista. Pode-se proibir o uso de celulares para controladores de voo. Um colégio adventista só contrata professores adventistas. A restrição deve ser inerente à realização da atividade.

Hoje, entende-se que o fenômeno da subordinação possui natureza de relação jurídica, decorrente do contrato estabelecido entre o trabalhador e o tomador de serviços. Trata-se, então, de uma subordinação jurídica, do poder legitimado pelo direito do empregador de direcionar a atividade do trabalhador. Desse modo, o trabalhador é direcionado pelo empregador para a atividade econômica de que este precisa, desde que esteja dentro das funções do trabalhador.

Entretanto, haviam antigas posições doutrinárias que não entendiam a ideia de subordinação jurídica, mas ressaltavam a ideia de dependência, do ponto de vista pessoal e não objetivo. Considerava-se, então, subordinação como dependência econômica ou dependência técnica.

A ideia de dependência econômica estava relacionada a assimetria econômica que separa empregado de empregador. Entretanto, nem sempre essa ideia corresponde à realidade, pois nem todo empregado depende economicamente do empregador.

A ideia de dependência técnica também possui notória fragilidade, tendo em vista, por exemplo, os profissionais intelectuais poderem inserir-se em uma atividade econômica sendo considerados empregados, pois, ainda que mantenham autonomia técnica, o produto do seu trabalho é alienado.

A subordinação possui três dimensões. Tais dimensões são complementares, quais sejam: a) clássica, que se trata do poder de dar ordens. Esse poder é latente, ou seja, pode ser exercido ou não; b) objetiva, cuida-se da integração do trabalhador nos fins objetivos do empreendimento do tomador de serviços. Complementa a anterior, na medida em que, quando o trabalhador encontra-se inserido nos fins e objetivos da empresa, é pressuposto que este receberá ordens; c) estrutural ou reticular, em que há a inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber ou não ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

Desta feita, se o obreiro realiza atividade que está na dinâmica da empresa, mesmo que não receba ordens diretas de ninguém, ainda assim, estará subordinado estruturalmente.

2.2 Empregador e empregado. Conceitos.

2.2.1. Conceito de empregado

O art. 3º da CLT traz o seguinte conceito:

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

Godinho (2005, p.347), a ideia de empregado como sendo toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação.

Ressalta-se que, tendo em vista os artigos 442 e 443 da CLT, o contrato de trabalho pode ser tácito, na medida em que a formalização não obsta o reconhecimento de vínculo

empregatício entre o obreiro e o tomador de serviços, desde que presentes os quatro requisitos acima elencados.

Insta salientar que o empregado não se distingue dos outros trabalhadores em virtude do conteúdo da prestação realizada, haja vista o tipo de trabalho ser irrelevante para caracterização do vínculo. O que distingue a relação de emprego das outras relações jurídicas, é a forma em que ocorrerá essa prestação laborativa. Assim, a prestação laborativa se dará pessoalmente, subordinadamente, habitualmente e sob intuito oneroso.

2.2.2. Conceito de empregador:

Godinho (2005, p.389), traz em sua obra o seguinte conceito de empregador: pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata uma pessoa física para prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e sob sua subordinação. Observemos o art. 2º da CLT, in verbis:

Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Assim, tem-se que o empregador é a própria atividade econômica. Desse modo, O trabalhador está atrelado a uma atividade econômica e ele não está vinculado a uma pessoa física ou jurídica. Trata-se da teoria da despersonalização do empregador, então, não é a pessoa, e sim a atividade econômica. Quem está exercendo a atividade econômica é responsável pelo vínculo empregatício, mas o vínculo é com a atividade econômica.

O conceito de empresa está relacionado com os meios de produção próprios para a realização de uma atividade econômica. Atividade econômica organizada, presentes a coordenação e a organização dos fatores de produção, destinada à produção ou à circulação de bens ou se serviços no mercado.

O conceito de empresário está presente no art. 966 do Código Civil, senão vejamos:

Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviço.

Logo, o empresário é ente despersonalizado. A pessoa titular da empresa não emprega ninguém, quem emprega é atividade econômica que a pessoal exerce profissionalmente.

2.2.2.1. Empregador por equiparação:

O §1º do art. 2º da CLT traz a figura do empregador por equiparação. Trata-se dos casos em que o empregador exerce atividade não-econômica, senão vejamos:

Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados

2.2.2.2. Grupo econômico trabalhista:

O §2º do art. 2º da CLT trata-se do caso em que há um grupo econômico de empresas. Todas as empresas conglomeradas serão responsáveis pelos débitos trabalhistas uma das outras, *in verbis*:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Sobre o tema, ressalta-se a Súmula 129 do TST, *in verbis*:

A prestação de serviço a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário

Isso significa que, quando as empresas estão coligadas, há um empregador único ou um contrato único. Se, ilustrativamente, as empresas A e B são coligadas e o obreiro presta serviços para empresa A e também para B, não serão considerados dois contratos de trabalho.

2.2.2.3. Consórcio de empregadores:

Cuida-se de diversas pessoas físicas, realizando atividade econômica em separado, em consórcio empregam a mesma pessoa. Sua regulamentação encontra-se no art. 25-A da Lei n. 8.212 de 1991, vejamos:

Equipara-se a empregador rural pessoa física o consórcio simplificado de produtores rurais, formado pela união de produtores rurais pessoas físicas, que outorgar a um deles poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores para prestação de serviços, exclusivamente, aos seus integrantes, mediante documento registrado em cartório de títulos e documentos.

Esse instituto surgiu em âmbito rural, pois os produtores rurais não conseguiam arcar com todos os custos decorrentes da legislação trabalhista. Dessa forma, diversos produtores rurais se unem, registram o consórcio em cartório e um dos produtores, munido de procuração outorgando-lhe poderes para isso, registra o contrato com os trabalhadores. Os participantes do consórcio serão considerados solidariamente responsáveis pelos empregadores.

2.2.2.4. Sucessão de empregadores

A figura da sucessão de empregadores está regulada pelos arts. 10 e 448 da CLT, *in verbis*:

Art. 10. Qualquer alteração da estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Godinho (2005, p. 406), informa ser a sucessão de empregadores um instituto trabalhista em virtude do qual se opera, no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos. Decorre da ideia de a empresa ser ente despersonalizado.

Há sucessão de empregadores ou de empresas, quando há transferência de uma unidade econômico-jurídica, parte significativa do estabelecimento ou da empresa. A nova empresa assume todos os direitos trabalhistas do empregado, inclusive os anteriores à alteração. A empresa sucedida só responderia no caso de fraude. Em regra, quem assume a atividade econômica é responsável pelos empregadores.

Segundo a Orientação Jurisprudencial n. 411, se determinada empresa deixa de fazer parte do grupo econômico, só será responsável pela atividade econômica que exerce, perdendo a solidariedade, salvo em caso de má-fé ou se o grupo era insolvente na época da saída da determinada empresa do grupo econômico.

O art. 141, II, da Lei de Falências (nº 11.101/2005), trata da exceção à regra, pois aqui haveria a formação de um novo contrato de trabalho e a empresa nova não seria responsável pelos créditos trabalhistas da falida, vejamos:

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

(...)

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Dessa forma, firmou-se na jurisprudência e o entendimento que se na recuperação judicial, forem adquiridos ativos, não haverá sucessão trabalhista também na recuperação judicial. Vejamos recente decisão do TST acerca do tema:

RECURSO DE REVISTA DA VRG LINHAS AÉREAS S.A. 1 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SUCESSÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, a teor do artigo 114, I, da Constituição Federal, ainda que se trate de demanda envolvendo empresa em recuperação judicial, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação cuja controvérsia decorra da relação de trabalho. Recurso de revista não conhecido. 2 - SUCESSÃO TRABALHISTA. GRUPO ECONÔMICO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SOLIDARIEDADE. ARREMATACÃO JUDICIAL. LEI 11.101/2005. O Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, declarou constitucionais as disposições contidas nos arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei 11.101/05, firmando o entendimento de que os licitantes que arremataram a unidade produtiva da antiga Varig não respondem, na condição de sucessores, pelas obrigações trabalhistas da antiga empregadora. De acordo com o disposto nos arts. 60, parágrafo único, e 141, II e § 1.º, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, não haverá sucessão do arrematante com respeito às obrigações do devedor, inclusive as derivadas da legislação do trabalho. Ressalva de entendimento pessoal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA DA TAP MANUTENÇÃO S/A. SUCESSÃO TRABALHISTA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SOLIDARIEDADE. ARREMATACÃO JUDICIAL. LEI 11.101/2005. O Tribunal Pleno do TST, por maioria, no julgamento do IRR-69700-28.2008.5.04.0008, definiu que nos termos dos artigos 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/2005, a TAP Manutenção e Engenharia Brasil S.A. não poderá ser responsabilizada por obrigações de natureza trabalhista da Varig S.A. pelo fato de haver adquirido a Vem S.A., empresa que compunha grupo econômico com a segunda. Recurso de revista conhecido e provido. 2 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O entendimento desta relatora é no sentido de que os honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, devem ser deferidos tanto pela mera sucumbência quanto a título de perdas e danos, seja na relação de emprego, amparada pela CLT, seja na relação de trabalho, protegida pela legislação ordinária, posição que melhor se coaduna com o princípio constitucional da igualdade, regendo uniformemente o assunto para todos os jurisdicionados da seara laboral. Entretanto, a Súmula 219 desta Corte, à qual me curvo em nome da uniformização da jurisprudência, exige a observância dos requisitos previstos na Lei 5.584/70. No caso dos autos, está ausente um dos requisitos previstos na Lei 5.584/70, consistente na assistência sindical, não sendo possível, pois, nos termos do entendimento sumulado, a condenação da reclamada ao pagamento dos honorários advocatícios. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-27400-25.2007.5.04.0028; Ministra Relatora: Delaíde Miranda Arantes; Data de julgamento: 30/08/2008; 2º Turma; Data da publicação: 29/09/2017 (Disponível em <http://www.trtsp.jus.br>. Acesso em 02/11/2017)

2.2.2.5. Desconsideração da personalidade jurídica.

Tal instituto está regulamentado no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 50 do Código Civil:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

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

Vejamos entendimento jurisprudencial acerca do tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Decisão, em agravo de petição, mantendo a penhora efetivada, porquanto comprovado o abuso da personalidade jurídica, com a sua conseqüente desconsideração. Controvérsia dirimida à luz da interpretação de dispositivos da legislação infraconstitucional, não sendo possível, assim, aferir ofensa direta e literal de dispositivo da Constituição Federal de 1988 de modo a admitir o processamento de recurso de revista em processo de execução, nos termos do § 2º do artigo 896 da CLT e do Enunciado nº 266 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 199100-76.2002.5.08.0014, Relator Juiz Convocado: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 04/05/2005, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 27/05/2005)

Logo, conclui-se que, a despeito de o empresário não ser o empregador, caso haja alguma confusão ou ato ilícito, o empresário poderá ser responsabilizado pelos créditos trabalhistas.

CAPÍTULO 3. Fraudes às relações de emprego - Considerações iniciais.

Observa-se que na década de 1990, ganha força no Brasil o discurso neoliberal no sentido de se flexibilizar as normas de Direito do Trabalho. Conforme suscitado por Fernando Basto Ferraz (2006, p. 18), tal discurso é baseado na ideia de que a flexibilização do trabalho trata-se de “a adequação das normas trabalhistas às exigências econômicas do mundo globalizado, que culmina com a precarização da relação formal de emprego”.

Dessa forma, a conceito seria que, em um cenário de crise econômica, diminui-se a proteção dos trabalhadores, para que se aumente o lucro auferido do empresário em decorrência da atividade econômica por ele explorada, valorizando, assim, outras formas

de contratação, diversas da relação de emprego, como terceirização, trabalho temporário, teletrabalho, etc.

Entretanto, tais modalidades de contratação nem sempre podem ser consideradas lícitas. Ao contrário, muitas delas revelam-se verdadeiras tentativas do empregador de afastar o vínculo empregatício para com o empregado.

Destaca-se que o art. 9º da CLT institui importante norma geral que rege todo o Direito do Trabalho brasileiro, vejamos:

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

Assim, não basta uma disposição contratual prevendo o afastamento do vínculo empregatício, se esse contrato tiver por objetivo o afastamento da incidência das normas justralhistas, será nulo de pleno direito, isto é, será como se não existisse. O Direito do Trabalho valoriza o contrato-realidade, ou seja, se na prática a relação entre empregado e empregador observou todos os requisitos da relação de emprego, então restou caracterizado o vínculo empregatício, pouco importando o instrumento formal em que se baseou essa relação. Nas palavras de Carelli:

Quando ocorre uma situação em que um contrato civil qualquer é utilizado com o objetivo de que todas as regras trabalhistas não prevaleçam, ou melhor, que os direitos dos trabalhadores não sejam aplicados, ocorre o que chamamos de “fraude na relação de emprego”, que é justamente a utilização de artifícios ou contratos vários que tentam mascarar uma relação empregatícia existente na vida real. Com isso, uma versão da realidade observada em um contrato formal assinado sempre pode ser afastada pela prova do que existiu na vida real. Se na vida real o trabalhador se comportou como um empregado, o direito assegura que ele tenha todos os direitos relativos a essa condição (CARELLI, Rodrigo. *As fraudes às relações de emprego*. Disponível em: [cedes/PDF/cidadaniaetrabalho/fraude.pdf](#). Acesso em: 31/10/2017).

Isso posto, faz-se necessário conhecer o instituto da fraude objetiva, bem como os requisitos caracterizadores de algumas formas de trabalho para que se estabeleça diferenças substanciais entre tais relações de trabalho e as relações de emprego, para se concluir se há ou não desvirtuamento de finalidade nas contratações.

3.1. Fraude objetiva nas relações de trabalho.

Insta destacar que, conforme já explanado, a natureza dos contratos de prestação de serviço no âmbito do Direito Civil em muito difere da natureza dos contratos regidos

pelas normas justralhistas. Do mesmo modo ocorre com os institutos utilizados para se determinar a nulidade de tais contratos.

No Direito Civil, para se caracterizar o vício no ato jurídico é necessário se comprovar o *consilium fraudis*, ou seja, a intenção do agente de cometer fraude. Já no Direito do Trabalho, utiliza-se o instituto da fraude objetiva, com base no art. 9º da CLT. De acordo com Ronaldo de Lima (2008, p. 57):

[...] o instituto da fraude nas relações de trabalho sempre foi regida por princípios diversos do direito civil, pois enquanto neste faz-se normalmente necessária a prova do *consilium fraudis* para o reconhecimento do vício do ato jurídico no direito do trabalho, em razão do estado de hipossuficiência jurídica do empregado (e, na predominância das relações de trabalho, hipossuficiência também econômica), adotou-se o instituto da fraude objetiva, cristalizada no art. 9º da CLT [...]

Destarte, a figura da fraude objetiva no Direito do Trabalho é decorrente do contrato-realidade, pois, uma vez que presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego (pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação – arts. 2º e 3º da CLT) numa relação de trabalho, é indiferente a intenção do empregador de cometer a fraude, mas há de ser reconhecido o vínculo empregatício, com a consequente declaração de nulidade de todos os atos fraudulentos praticados. Nesse sentido, Ronaldo de Lima:

Diz-se objetiva a fraude nas relações de trabalho porque, ao contrário do que ocorre no direito civil, para a sua aferição basta a presença material dos requisitos da relação de emprego, independentemente da roupagem jurídica conferida à prestação de serviços (parceria, arrendamento, prestação de serviços autônomos, cooperado, contrato de sociedade, estagiário, representação comercial autônoma etc.), sendo irrelevante o aspecto subjetivo consubstanciado no animus fraudandi do empregador, bem como eventual ciência ou consentimento do empregado com a contratação irregular, citando-se, v.g., nesta última hipótese, a irrelevância dos termos de adesão às falsas cooperativas pelos trabalhadores, com vistas em alcançar um posto de trabalho dentro de determinada empresa; a inscrição e consequente prestação de serviços como autônomo ou representante comercial, apesar da existência de um vínculo empregatício; a exigência de constituição de pessoa jurídica (“pejotização”) pelo trabalhador para ingressar no emprego etc., uma vez que constituem instrumentos jurídicos insuficientes para afastar o contrato-realidade entre as partes. (DOS SANTOS, Ronaldo Lima. Fraudes nas relações de trabalho: morfologia transcendência. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/fraudes-nas-relacoes-de-trabalho-morfologia-e-transcendencia>. Data de acesso: 15/11/2017)

Desta feita, é irrelevante para o Direito do Trabalho o instrumento contratual que rege a relação de trabalho, pois o que vai caracterizar o vínculo de emprego é o modo pelo qual o serviço é prestado.

3.2. Morfologia das fraudes as relações de emprego:

Após detida análise do conceito de fraude no âmbito do Direito do Trabalho, veremos que alguns tipos de contrato são comumente utilizados com o objetivo de afastar a aplicação da legislação justrabalhista. Veremos adiante como são utilizados o contrato de estágio, a contratação de cooperativas intermediadoras de mão de obra, bem como a socialização dos empregados.

3.2.1. Contrato de estágio:

O contrato de estágio é regido pela Lei 11.788/2008 e possui natureza jurídica de ato educativo complementar ao ensino. Constitui uma relação pessoal, subordinada, habitual e, por vezes, onerosa, semelhante a uma relação de emprego e, por isso, é habitualmente utilizado de modo a fraudá-la.

Entretanto, diferentemente da relação de emprego, o estágio deve ter por objetivo primordial fornecer conhecimento prático-profissional ao estudante, agregando-o ao teórico. Trata-se, portanto, de uma relação de trabalho subordinado especial com ênfase no desenvolvimento pedagógico e profissional do trabalhador.

Assim, o estágio deve ser concedido primordialmente em benefício do estudando, não podendo ser utilizado como instrumento de substituição de mão-de-obra essenciais e da empresa. Apesar disso, é comum a contratação de estudantes pelas empresas para este fim, com o objetivo de baratear os custos com o trabalho para o empregador, em flagrante fraude. Logo, a incompatibilidade justifica a nulidade da contratação e o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes. Vejamos acórdão proferido pelo TRT de São Paulo:

Descaracterização do estágio. Reconhecimento de vínculo empregatício. Exercício na função de Assistente Jurídico. Alega o reclamado que a atividade jurídica exercida pelo autor era inerente ao curso universitário, desta forma, o estágio cumpria a sua função. Sustenta, além disso, que ele não produziu nenhuma prova acerca do desvirtuamento do labor mediante estágio. Razão não assiste ao recorrente. A figura do estudante estagiário, caso haja remuneração, apresenta todas as características tradicionais de um empregado, embora legalmente não lhe seja conferida essa condição. Aliás, a única diferença entre um empregado e o estagiário é justamente a finalidade dos contratos. O empregado visa ao seu sustento e à realização profissional, ao passo que o aluno estagiário pretende desenvolver a experiência prática relacionada

à formação profissional. De fato, a Lei 11.788/08, conforme se depreende da leitura de seus artigos 1º e 3º, a exemplo do que ocorria com a Lei 6.494/77, hoje revogada, mas que regia o contrato em exame, e o seu Decreto 87.497/84, traz as condições impeditivas da relação de emprego. Os dispositivos citados apresentavam uma série de requisitos, que podem ser classificados em formais e materiais.

(...)

Portanto, não restou demonstrado nos autos o atendimento ao requisito essencial do estágio, qual seja, o acompanhamento efetivo por meio de professor da instituição de ensino e o supervisionamento por parte da concedente, fato que restou confessado nos autos no depoimento prestado pelo próprio preposto do recorrente: "que não havia emissão de nenhum tipo de relatório para a faculdade (...)" (fl. 96). Assim, correta a r. decisão recorrida ao reconhecer a nulidade do contrato de estágio e a configuração da existência de relação empregatícia entre o recorrente e o autor. Nada a modificar, também, quanto aos reflexos deferidos, em razão da manutenção da condenação no principal (diferenças salariais). Mantenho. (Processo n. 0170800- 52.2009.5.02.0006, Relator Desembargador Sidnei Alves Teixeira. Data de julgamento: 10/02/2012. Data da publicação: 14/02/2012. 8ª Turma. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/>)

A Lei do Estágio traz uma série de que requisitos para concessão de estágio, bem como uma série de benefícios e garantias aos estagiários. Verificando-se a ausência dos requisitos formais ou materiais previstos na lei para a concessão do estágio, o vínculo de emprego forma-se automaticamente com a parte concedente, que deverá arcar com todos os direitos trabalhistas do trabalhador, com responsabilidade solidária de eventual agente de integração.

3.2.2. Cooperativas intermediadoras de mão de obra

O conceito de sociedade cooperativa está disposto no art. 4º da Lei n. 5764/71, *in verbis*:

Art. 4º As cooperativas são sociedades 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.

Logo, tem-se que a sociedade cooperativa é um tipo de sociedade de pessoas, sem fins lucrativos, sem receita própria, regulada por lei especial e que se destina unicamente à prestação direta de serviços aos associados, em cujo âmbito, o cooperado é ao mesmo tempo dono e usuário do “empreendimento”.

Ocorre que, no atual contexto de relações de trabalho e sob o falso argumento relacionado à flexibilização das relações trabalhistas para o combate ao desemprego, passou-se a utilizar a contratação de cooperativas intermediadoras de mão de obra, a partir da contratação de trabalhadores travestidos de cooperados, para o labor nas empresas tomadoras de serviço, em regime de pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação.

Além disso, a Lei n. 8949/94 acrescentou o parágrafo único do art. 442 da CLT que diz que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”

Por causa desse dispositivo, disseminaram as cooperativas intermediadoras de mão de obra, cuja única função é a inserção da força de trabalho dos obreiros dentro da estrutura das empresas tomadoras, para a realização das atividades-fim destas, com a flagrante descaracterização do cooperativismo.

Entende-se que a inserção deste parágrafo gerou a falsa impressão e o consequente abuso no sentido de que os cooperativados podem prestar serviços ao tomador, com a presença de todos os requisitos da relação de emprego, sem que esta reste configurada.

Entretanto, na realidade, somente não se forma o vínculo empregatício com o tomador, se os cooperados trabalharem na cooperativa e para cooperativa a qual são associados. Assim, o tomador de serviços da cooperativa deve estabelecer uma relação fática e jurídica com os cooperativados. Se os cooperativados trabalharem para a empresa tomadora como se empregados fossem, restará caracterizada a relação de emprego, em observância ao art. 9º da CLT. Vejamos decisão do TST acerca do tema:

RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. Arguição de violação dos artigos 126 e 460 do Código de Processo Civil. Não há como conhecer do recurso de revista pela alínea "c" do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando não demonstrada violação literal dos dispositivos de lei federal invocados pelo recorrente. Recurso de revista não conhecido. COOPERATIVA - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Não se vislumbra afronta à literalidade do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Saliente-se que o princípio da legalidade insculpido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, mostra-se como norma constitucional correspondente a princípio geral do nosso ordenamento jurídico, pelo que a violação ao preceito invocado não será direta e literal, em face da subjetividade que cerca o seu conceito. Por fim, não demonstrada a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, não há como se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento na letra "a" do art. 896 da Consolidação da Leis do Trabalho. Aplicação do Enunciado/TST nº 296. Recurso de revista não conhecido. FRAUDE. Não se vislumbra afronta à literalidade do art. 442, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho. **O Tribunal Regional verificou que restou demonstrado o intuito de fraudar possíveis direitos trabalhistas existentes, de que trata o art. 9º da Consolidação das Leis de Trabalho, não havendo, portanto, que se falar em violação ao dispositivo**

consolidado supracitado. Saliente-se que o princípio da legalidade insculpido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, mostra-se como norma constitucional correspondente a princípio geral do nosso ordenamento jurídico, pelo que a violação ao preceito invocado não será direta e literal, em face da subjetividade que cerca o seu conceito. Por outro lado, não se vislumbro afronta à literalidade do art. 333, I, do Código de Processo Civil. O Tribunal Regional não discutiu a questão acerca da distribuição do ônus probatório, limitando-se, apenas, a reconhecer o direito do autor ao vínculo empregatício, com apoio no art. 9º da Consolidação das Leis de Trabalho. Por fim, não configurada a hipótese da alínea "a" do art. 896 da Consolidação das Leis de Trabalho. Recurso de revista não conhecido. COLHEITA DE LARANJAS. ATIVIDADE FIM/MEIO. Não se vislumbra afronta à literalidade do art. 442, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho. O Tribunal Regional verificou que restou demonstrado o intuito de fraudar possíveis direitos trabalhistas existentes, de que trata o art. 9º da Consolidação das Leis de Trabalho, não havendo, portanto, que se falar em violação ao dispositivo consolidado supracitado. Saliente-se que o princípio da legalidade insculpido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal mostra-se como norma constitucional correspondente a princípio geral do nosso ordenamento jurídico, pelo que a violação ao preceito invocado não será direta e literal, em face da subjetividade que cerca o seu conceito. Por outro lado, não configurada a hipótese da alínea "a" do art. 896 da Consolidação das Leis de Trabalho. Recurso de revista não conhecido. APLICABILIDADE DA LEI Nº 5.889/73. "Diz-se prequestionada a matéria quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito..." (Enunciado/TST nº 297). Recurso de revista não conhecido. (RR - 669765-89.2000.5.15.5555 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 09/03/2005, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 08/04/2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/>)

Nessa toada, entende-se que uma empresa intermediadora de mão de obra, independentemente de sua caracterização formal como cooperativa, não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, há notória ausência dos princípios norteadores do cooperativismo, tratando apenas de empresas locadoras de mão de obra em proveito de seus proprietários e de empresas contratantes, com o desvirtuamento das relações de emprego que se forma entre os trabalhadores (ditos cooperados) e as empresas tomadoras.

Assim, não há a presença do *affectio societatis* (requisito presente no art. 1º da Lei n. 5764/71), pois a força de trabalho do trabalhador é utilizada simplesmente em proveito das empresas contratantes, para substituição de mão de obra intrínseco às suas atividades.

Além disso, não se observa o princípio da dupla qualidade do associado, segundo o qual, este seria a um só tempo cooperado e beneficiário da entidade cooperativa, pois, *in casu*, os únicos beneficiários são os dirigentes da associação, os quais auferem lucro com a venda da força de trabalho alheia.

É notável que a adesão a essas cooperativas ocorre em razão da necessidade de emprego do trabalhador e não do *affectio societatis*. Assim, esses trabalhadores não possuem consciência cooperativa, o que desvirtua diametralmente a finalidade da instituição.

Destaca-se que a terceirização de serviços (admitida no ordenamento jurídico brasileiro com fulcro na Súmula 331, do TST), não se confunde com a mera intermediação de mão de obra. Na terceirização o fator predominante é a prestação de serviços especializados (tais serviços não devem constituir em atividade-fim da empresa tomadora) e já na intermediação da mão de obra, o predominante é o labor humano como objeto de troca na relação entre empresa tomadora e prestadora. Vejamos o disposto na Súmula 331 do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

É comum observar algumas cooperativas aparentemente especializadas que oferecem serviços que constituem a atividade-fim da empresa tomadora. Ilustrativamente, há a prestação de serviços de garçom a restaurantes, salões de festas, bares. Uma cooperativa especializada em costura, oferece serviço à loja de roupas, em desacordo com a mencionada súmula.

Para reconhecer a prática de intermediação de mão de obra, elucida Carelli (2002, p. 39-40):

Outro elemento forte indicador de intermediação de mão-de-obra é a prevalência do elemento humano na prestação de serviços. No caso concreto, deve verificar se o objeto contratual se satisfaz com o mero emprego de mão-de-obra, ou se há a necessidade de um conhecimento técnico específico e uma estrutura de apoio operacional com a utilização de meios materiais próprios para a execução do contrato. Se, por outro lado, o objeto contratual se encerra na prestação de trabalho pelos empregados do contratante, estaremos provavelmente frente a uma intermediação de

mão-de-obra. Da mesma forma, quando contratualmente se observa que o objeto contratual é, por exemplo, a cessão de 5 (cinco) marceneiros, 3 (três) motoristas, 10 (dez) soldados, com evidência deverá ser entendida como intermediação de mão-de-obra, ilícita, portanto (CARELLI, 2002, p.39-40).

Assim, é nítido que as cooperativas intermediadoras de mão de obra não correspondem às sociedades cooperativas regulamentadas pela Lei n. 5764/71. Trata-se, pois de mera alienação do trabalho alheio por parte dos proprietários da cooperativa às empresas tomadoras do serviço, submetendo, desse modo, o trabalhador a uma dupla exploração.

3.2.3. “Socialização dos empregados”

A socialização dos empregados consiste em mais uma técnica usada por empregador com o intuito de burlar a legislação trabalhista, simulando um contrato de sociedade para mascarar uma relação de emprego. Conforme dispõe Ronaldo Lima (2008, p. 74):

[...] a denominada “socialização” de trabalhadores, isto é, a contratação dos trabalhadores como sócio da própria empresa empregadora, não obstante o suposto sócio realizar materialmente suas atividades com todas as características da relação de emprego. Por meio da socialização, o trabalhador é materialmente inserido na estrutura orgânica da empresa com todos os requisitos relação de emprego e formalmente inserido no contrato social do empreendimento na condição de sócio minoritário.

Sabe-se que o contrato de sociedade, disposto no art. 981 do Código Civil, trata-se de um instituto jurídico pelo qual as pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica e a partilhar entre si o resultado.

A principal característica que difere este contrato do contrato de trabalho é a *affectio societatis*, que consiste na intenção dos sócios de constituir uma sociedade, isto é, a declaração de vontade expressa e manifestada livremente pelos sócios de desejarem, estarem e permanecerem juntos na sociedade. Este elemento subjetivo não se encontra no contrato de trabalho, eis que, neste o empregado não assume os riscos do empreendimento, sendo que sua participação figura no campo da contraprestação e não da associação.

Ademais, o elemento subordinação é típico da relação de emprego, pois decorre do poder diretivo do empregador, o que não se observa no contrato de sociedade, no qual o poder de decisão é distribuído conforme participação social de cada membro ou de acordo com o disposto no contrato social da sociedade.

Assim, tal instituto revela uma evolução da fraude às relações de emprego, uma vez que o empregador insere materialmente o trabalhador numa relação de emprego, e, a um só tempo, concede-lhe a posição de sócio, com a inclusão no contrato social da empresa.

Usualmente, ao sócio trabalhador é cedida apenas uma cota irrisória da sociedade, normalmente de 1%, pois o real objetivo não é tornar este trabalhador sócio de fato, mas mascarar a relação de emprego. Desta feita, este é o primeiro indicativo a se observar no intuito de apurar se há a presença desta fraude. Vejamos decisão do TST acerca do tema:

VÍNCULO DE EMPREGO E EMPREGADO SÓCIO COTISTA MINORITÁRIO DE SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. A participação minoritária do empregado no quadro societário de uma das empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico para qual presta serviços não descaracteriza a relação de emprego quando há trabalho subordinado mediante paga de salário. Isso porque tal situação não se coaduna com figura do sócio que recebe apenas pró-labore e desenvolve o labor em igual patamar hierárquico ao de seus sócios, com poder deliberativo na condução ou destino da empresa. Nas circunstâncias dos autos, se o Regional não vislumbrou fraude à legislação trabalhista, não se evidencia incorreto o entendimento de poder existir, concomitante à participação minoritária de cotas no quadro societário da empresa de responsabilidade limitada, vínculo de emprego, desde que não detentor o empregado de atos na atividade empresária. Portanto, existindo contrato de trabalho livremente pactuado entre o autor e as demandadas (art. 442 da CLT), tendo o Regional concluído pela presença dos elementos caracterizadores da relação empregatícia (subordinação, habitualidade, pessoalidade e onerosidade), ainda que o autor tenha adquirido um percentual mínimo de cotas (1%), prevalece o vínculo de emprego. Nesse contexto factual, não se processa o apelo, pois inevitável a aplicação das Súmulas ns. 23, 126 e 296, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST, RR 28600-50.2004.5.02.0021, Relato Ministro: Augusto César Leite de Carvalho; Data de Julgamento: 15.8.2012, 6ª Turma; Data de Publicação: 14.9.2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>.)

Outro indício para apuração desta fraude é o conteúdo do contrato social das entidades empregadoras. Em geral, nestes há cláusulas leoninas que retiram qualquer possibilidade de ingerência na administração da sociedade ou do exercício do poder decisório pelos sócios trabalhadores. Tais cláusulas, entre outros elementos, relegam a deliberação final de qualquer medida administrativa ou empresarial à aprovação dos sócios majoritários, como o ingresso de novos sócios, a preferência (e/ou exclusividade) na compra das cotas dos sócios majoritários que queiram retirar-se da sociedade, a tomada de medidas disciplinares e a adoção de sanções contra os demais sócios etc. As próprias disposições contratuais demonstram a pessoalidade e a subordinação da prestação de serviços dos sócios trabalhadores.

Esta pretensa hierarquia societária reflete formalmente o elemento da subordinação pertencente aos contratos de emprego, conforme se verifica em decisão do TRT de Minas Gerais:

Vínculo de emprego. Sócio cotista minoritário – Fraude – Não pode ser considerado sócio, mas autêntico empregado, aquele que detém participação mínima no capital da sociedade, especialmente quando não restou demonstrado nos autos qualquer tipo de gestão na atividade empresarial, revelando, ainda, os autos o labor como empregado antes e após o período consignado no contrato social (TRT 3ª Região, Recurso Ordinário, Processo n. 211.2007.001.03.00-7, 1ª Turma, rel. juíza Maria Laura Franco Lima de Faria, DJMG de 20 jun. 2008).

Entretanto há casos em que os sócios trabalhadores possuem certo grau de autonomia na execução de seus serviços. Tais casos, encontram-se em zonas cinzentas, cabendo ao julgador enfrentar minuciosamente se há a presença de cada requisito da relação de emprego, para, desse modo, saber se há ou não o vínculo empregatício entre o sócio minoritário e a sociedade. Vejamos julgado o TRT de Minas Gerais acerca do tema:

Relação de emprego – Sócio minoritário – Confissão do preposto acerca da ausência da integralização das cotas – Participação ínfima – Fraude – **A distinção entre a figura do sócio e do empregado nem sempre é tarefa fácil ao julgador, havendo casos que se situam na chamada ‘zona gris’**. Assim, cabe perquirir acerca dos aspectos fáticos que tornam peculiar o caso concreto, extraindo-se a conclusão que mais adequadamente o enquadre em face das normas legais. No caso em exame, vários são os elementos que levam ao convencimento de que a qualidade de sócio do reclamante não passava de máscara para o vínculo empregatício, que já existia previamente e permaneceu, na realidade, mesmo com a dispensa perpetrada pela reclamada. O reclamante detinha apenas 1% das cotas de uma sociedade componente do grupo econômico, em relação às quais não teve qualquer dispêndio financeiro, segundo o depoimento do próprio preposto da reclamada. Portanto, não arcava com os riscos do empreendimento econômico, não se equiparando ao outro sócio, a quem era atribuída a gerência da sociedade, revelando a inexistência da *affectio societatis*. O fato de deter certo grau de autonomia, com poderes para realizar negócios em nome da sociedade, não é causa excludente da relação de emprego, pois a legislação prevê a hipótese do empregado com poderes de mando e gestão (art. 62, II, da CLT). Enfim, resta configurada a fraude à legislação trabalhista (art. 9º da CLT), ensejando o reconhecimento da continuidade da relação empregatícia por todo o período” (TRT 3ª Região, Recurso Ordinário, Processo n. 00225.2003.017.03.00-2, 3ª Turma, rel. juíza Maria Cristina Diniz Caixeta, DJMG de 7 fev. 2004).

Para a remuneração dos sócios trabalhadores, *in casu*, estes tiram o pró-labore (que corresponde à contraprestação dos sócios em razão de seu trabalho na empresa), apenas para formalizar a fraude. Esses trabalhadores não auferem parte dos lucros obtidos pela sociedade, sendo limitados ao recebimento do pró-labore que é apenas uma remuneração pelo trabalho realizado. Em geral, o valor do trabalho é calculado pelas horas trabalhadas.

3.2.3.1. Como identificar a prática da socialização e configurar a relação de emprego:

Rosana Aparecida Rodrigues (2015, p. 72-76), em resumo, elenca alguns indícios de fraudes que, quando observados, podem desconstituir os contratos de sociedade simulados e configurar a relação de emprego. São eles:

- I. Remuneração/onerosidade: conforme visto alhures, em contratos de sociedade, a remuneração dos sócios é por meio da retirada de pró-labore e participação dos lucros. Se há, para esses sócios trabalhadores apenas a o pagamento do pró labora, há um indício de fraude. Entretanto, se há a previsão de participação de lucros, em percentual irrisório, isso também o será. Insta analisar se a remuneração do trabalhador é calculada com base na quantidade de trabalho produzido, o que demonstra que o *status* de sócio é somente um meio de se encobrir a relação de emprego.
- II. Subordinação: trata-se de um dos principais elementos para se caracterizar uma relação de emprego. Na socialização de empregados, verifica-se que o trabalhador realiza o labor sob supervisão do dos sócios majoritários e não detém a autonomia característica dos contratos de sociedade. Além disso, os sócios trabalhadores em geral não possuem nenhuma influência na gestão da atividade econômica, podendo haver, inclusive, cláusulas contratuais que disponham sobre a ausência de ingerência dos sócios minoritários na administração da empresa. Por outro lado, ainda que seja dado certo grau de autonomia ao sócio minoritário, isso não descaracteriza a existência de uma relação de emprego, pois alguns empregados detêm este poder, nos termos do art. 62, II, da CLT.
- III. Pessoalidade: usualmente nos contratos de sociedade os sócios podem fazer-se substituir no desempenho de alguma tarefa. O sócio trabalhador não dispõe dessa prerrogativa, o que pode constituir fraude. Vejamos trecho de decisão do TST que identificou a presença de fraude em razão deste requisito:

[...] visto que o reclamante “não poderia passar para terceiros a subscrição de peças processuais do reclamado” (fl. 697), bem como “o autor era impedido de advogar para clientes fora do escritório do réu, sendo que todos os clientes por ele angariados, deveriam, necessariamente, ser indicados àquele escritório [...]” (TST, AIRR n. 54800-55.2004.5.03.0025, Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann; Data de Julgamento: 19.9.2012, 1ª Turma; Data de Publicação no DEJT: 28.9.2012) (Disponível em: <http://www.tst.jus.br/>)

- IV. Onerosidade: Cabe ao julgador analisar, no caso concreto, se a remuneração percebida pelo sócio trabalhador tem natureza de salário ou se se trata de retirada de pró-labore e participação efetiva nos lucros da empresa.
- V. Risco do negócio: Se o risco do negócio não recair sob o sócio minoritário, há o indício de que ele não é sócio, mas sim, empregado. Sabe-se que, na relação de emprego, o risco do negócio é somente do empregador, mas no contrato de sociedade este recai sob todos os sócios.

Pelo exposto, conclui-se que para se comprovar a condição de sócio do sócio trabalhador é necessário se comprovar de que este, por sua livre manifestação de vontade, inseriu-se na composição societária da entidade empresarial, com participação nos lucros auferidos pela empresa, bem como em sua gestão, com a assunção dos riscos pela atividade econômica exercida.

3.2.4. Consequência das fraudes: danos sociais e concorrência desleal

Conforme visto anteriormente, o Direito do Trabalho possui natureza ambivalente, na medida em que, a um só tempo, protege os direitos dos trabalhadores e mantém a própria manutenção do sistema capitalista de produção.

As fraudes às relações de emprego mercantilizam o labor humano, além de precarizar tais relações, já que deixam de garantir aos trabalhadores os direitos historicamente conquistados. Quando se deixa de garantir a qualidade mínima imposta em lei para a execução do labor, aumentam-se os índices de acidentes de trabalho, doenças ocupacionais, que por sua vez aumentam os gastos com a previdência social, em razão de aumento da concessão de auxílios-doença, por exemplo, e até mesmo pensões por morte.

As fraudes constituem numa flagrante retirada de direitos mínimos e necessários à subsistência do trabalhador, inferiorizando sua força de trabalho. Nesse sentido, Souto Maior (200, p. 102):

O trabalho é a essência humana, no sentido de dever de valorização pessoal e de integração social, e será ao mesmo tempo um dever e um direito, na relação do indivíduo com a sociedade e o Estado. O direito do trabalho, que regula o trabalho prestado por uma pessoa a outra, deve ter por base, portanto, o respeito à essência do trabalho, enquanto dever e direito. Nisso consiste a ética do direito do trabalho, e sua existência só terá sentido na medida em que se respeita isso.

Além de prejudicar os direitos dos trabalhadores explorados, ao se optar pelos mecanismos jurídicos fraudulentos de contratação, prejudica-se toda ordem jurídica social, pois, reduz-se a capacidade financeira do sistema de seguridade social, diminuem-se os recolhimentos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, impossibilitando a utilização dos recursos em obras de habitação e de infraestrutura, por exemplo.

Ademais, sabe-se que a ordem social e econômica da qual dispõe a Constituição da República é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa. As práticas fraudulentas prejudicam também as empresas que observam a legislação trabalhista. Desse modo, as empresas fraudadoras praticam *dumping* social, o que resulta em concorrência desleal, que desequilibra as regras de competição de mercado, ferindo o princípio da isonomia, uma vez que essas empresas se utilizam de subterfúgios fraudulentos para diminuir o valor do trabalho e conseguir inserir seus produtos com um preço diferenciado, aumentando, assim, seu lucro. Vejamos o disposto no Enunciado n. 4 do TST:

DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “*dumping* social”, motivando a necessária reação do Judiciário Trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927, do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código.

Destarte, entende-se que as empresas que praticam *dumping* social cometem ato ilícito por exercício abusivo do direito, devendo, então, ser responsabilizadas civilmente por esses atos. Vejamos decisão proferida pelo TRT da 15ª Região, a qual condenou usina de açúcar em razão da referida prática, conforme divulgado em 28.8.2014 no site da biblioteca do MPT/RN:

A 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (TRT-15) condenou uma usina de açúcar a pagar R\$20 mil de indenização por dano moral ao reclamante, por práticas reiteradas de desrespeito à legislação trabalhista, configurando assim *dumping* social. O reclamante afirmou em seu recurso que a empresa “visando a maximização de seus lucros em detrimento da ordem social, teria atingido sua dignidade e sua honra”. O relator do acórdão, desembargador Luiz José Dezena da Silva, deu razão ao reclamante, e confirmou que “o *dumping* é instituto de direito comercial, caracterizado pela prática de preços inferiores ao custo de mercado, com vistas ao alijamento da concorrência (art. 2º, item 1, do GATT – Decreto n.93.941, de 16 de janeiro de 1987)”. O colegiado afirmou também que é de conhecimento geral que “o custo da mão de obra insere-se, de forma determinante, no cálculo do preço final do produto ou do serviço oferecidos” e por isso “o produtor ou fornecedor de

serviços, ao descumprir reiteradamente a legislação trabalhista, pratica *dumping*, pois reduz sobremaneira o custo de seu produto ou serviço, de modo a oferecê-los com manifesta vantagem sobre a concorrência, vantagem esta obtida de forma ilícita”. A Câmara destacou que, sob a perspectiva trabalhista, “essa modalidade de *dumping* social atinge reflexamente o trabalhador em sua dignidade e honra, pois o malbaratamento de sua mão de obra tem por único escopo a maximização do lucro”. E acrescentou que o maior proveito econômico da atividade empresarial se dá em decorrência do vilipêndio da dignidade do trabalhador, que, sem o respeito a seus direitos trabalhistas básicos, tais como o pagamento de horas extras e a concessão dos intervalos de repouso e descanso, passa a ser manifestamente explorado. (Disponível em: <https://bibliotecaprt21.wordpress.com/tag/dumping-social/>. Acesso em: 20/11/2017).

As fraudes às relações de emprego constituem prática de *dumping* social, já que os empregadores fraudadores descumprem a legislação trabalhistas com vistas a diminuir seu custo de produção e se colocar de maneira mais competitiva no mercado, por meio da precarização da mão de obra e da mercantilização da força de trabalho.

Mais uma razão, portanto, para se combater tais fraudes: além de se proteger os direitos individuais dos trabalhadores, insta necessário que as empresas possam concorrer em igualdade de condições no mercado, em observância ao princípio da isonomia.

CAPÍTULO 4. A figura da “pejotização”

4.1. Conceito

A expressão “pejotização” constitui um neologismo decorrente da sigla “PJ”, a qual é utilizada para designar o termo “pessoa jurídica”. Trata-se de um mecanismo aplicado pelos empregadores, com vistas a mascarar a relação de emprego, retirando, assim, desses trabalhadores a proteção da legislação trabalhista. No momento da contratação, ou no decorrer do contrato de trabalho, o empregador exige que o empregado constitua uma pessoa jurídica (empresa individual) para sua admissão ou permanência no emprego. Desta feita, firma-se um contrato de natureza comercial ou civil, embora, na realidade, a prestação de serviço corresponda a uma típica relação de emprego.

É nítida a ilegalidade desta conduta, pois ela traz prejuízos não só aos trabalhadores, como também ao Estado, na medida em que este empregador pagará menos imposto de renda e contribuição previdenciária.

Não obstante o fenômeno da pejotização estar presentes em diversos setores econômicos, há alguns ramos de atividade nos quais pode-se observar sua maior recorrência, quais sejam, empresas que prestam serviços relativos à tecnologia da informação, escritórios de advocacias, hospitais, empresas de comunicação, entre outros.

Com o claro objetivo de conferir ares de legalidade à referida prática, foi promulgada Lei n. 11.196/2005, cujo art.129, dispõe:

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

Ao que parece, a finalidade deste dispositivo legal seria dotar de legalidade a prática da pejetização. Desse modo, Célia Regina Camachi Stander, declarou em matéria do jornal Folha de São Paulo, publicada em 23 de novembro de 2005, que o referido dispositivo legal seria “obra de um lobby liderado por empresas de comunicação”, com o objetivo de “evitar questionamentos à contratação de profissionais liberais na condição de pessoa jurídica, em especial as chamadas ‘empresas de uma pessoa só’”. Ademais, na mesma matéria, há pronunciamento da Receita Federal posicionando-se contrariamente ao texto legal, por acreditar que o dispositivo abriria “caminho para disfarçar vínculos empregatícios e driblar o fisco”.

Logo, instaurou-se na doutrina amplo debate acerca do dispositivo legal em tela. A discussão basicamente estava relacionada a existência ou não de hipossuficiência no trabalho intelectual. A primeira corrente afirmava que tal hipossuficiência era inexistente referido labor. Então, o trabalhador intelectual, nesse caso, teria plenas condições de escolher a modalidade que melhor se adequa a sua prestação de serviço. Desta feita, seria possível o trabalhador abdicar das normas protetivas presentes na CLT e se utilizar dos benefícios fiscais e previdenciários que decorrem da contratação por pessoa jurídica.

A segunda corrente sustentava que independente da condição econômica, social ou intelectual no trabalhador, há hipossuficiência na relação de emprego. Logo, não poderia este dispor da aplicação da legislação trabalhista, já que a CLT não fez distinção entre trabalho técnico, manual ou intelectual.

Isso posto, tem-se que o sistema justralhista brasileiro, concede a proteção ao trabalho, por meio do contrato-realidade, isto é, presentes todos os elementos caracterizadores da relação de emprego (pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação), independentemente da roupagem jurídica dada a relação, não há que se falar em afastamento da aplicação das leis trabalhistas, conforme observa-se nestas decisões do TRT-2ª Região:

Fraude. PJ. Serviços pessoais e subordinados, sob a roupagem de pessoa jurídica. Vínculo empregatício reconhecido. Restou evidenciado nos autos que, para as atividades nas quais atuou o reclamante, necessitava a reclamada de um empregado típico, ou seja, não eventual, subordinado a horário, e que prestasse serviços habituais e pessoais. E foi isto exatamente o que fez a ré: contratou um autêntico empregado, ainda que sob a roupagem de ‘PJ’ (pessoa jurídica). Ocorre que o pacto de trabalho é um contrato realidade, configurando-se do desdobramento da realidade fática que envolve toda a prestação de serviços, independentemente do rótulo contratual formal. Prestigia-se assim, a decisão de origem que, em face da presença dos elementos tipificadores dos artigos 2º e 3º da CLT, reconheceu o vínculo empregatício. Recurso patronal a que se nega provimento” (TRT 2ª Região, Recurso Ordinário, Processo n. 01588.2006.070.02.00.2, 4ª Turma, rel. juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros, j. em 12.2.2008, publicado em 22.2.2008).

“Vínculo de emprego. Atuação de empregado por intermédio de pessoa jurídica. Fraude caracterizada. Num contexto em que o empregado atua em serviço inerente à atividade normal da contratante, com pessoalidade, subordinação, não eventualidade, ainda que por intermédio de ‘pessoa jurídica’ – condição imposta para a continuidade da prestação do serviço – fica estampada a fraude. Incidência da regra de proteção contida no art. 9º do mesmo Estatuto. Vínculo de emprego configurado. Recurso a que se dá provimento” (TRT 2ª Região, Recurso Ordinário, Processo n. 02014.2005.067.02.00.8, Acórdão 20080868538, 10ª Turma, rel. juíza Marta Casadei Mornezzo, j. em 30.9.2008, publicado em 14.10.2008)

Além disso, o entendimento de Rodrigo Carelli (2010, p.143) é no sentido de que o mencionado dispositivo legal deve ser aplicado apenas para fins tributários, sendo possível até mesmo desconsiderar a personalidade jurídica, nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, como reza o art. 50 do Código Civil, senão vejamos:

Com aplicação do art. 50, CC combinado com o art.9º da CLT, sempre que tiver uma utilização de pessoa jurídica para mascarar uma relação de emprego, desconsiderada será a personalidade jurídica e caracterizado o vínculo de emprego.

Destarte, entende-se que o art. 129 da Lei n. 11.196/2005, deve ser interpretado em conjunto com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro e não possui o condão de afastar o reconhecimento do vínculo do emprego. Conforme informa Alice Monteiro de Barros (2012, p.148):

O fato de o trabalho executado ser intelectual não descaracteriza o liame empregatício, pois ele consistirá sempre na exteriorização e no desenvolvimento da atividade de uma pessoa em favor de outrem. Por outro lado, inexistente incompatibilidade jurídica, tampouco moral, entre o exercício dessa profissão e a condição de empregado. Isso porque a subordinação é jurídica, e não econômica, intelectual ou social; ela traduz

critério disciplinador da organização do trabalho, sendo indispensável à produção econômica”

Logo, conclui-se que a condição de intelectual do empregado não afasta sua hipossuficiência em relação ao empregador. Na pejetização, o empregado encontra-se subordinado, pois, embora este detenha conhecimento técnico, a forma pela qual se desenvolverão as atividades é determinada pelo empregador, que detém todo controle da prestação de serviço. Ademais, em regra, o empregado contratado por meio de pessoa jurídica presta serviços de forma exclusiva para o empregador, gerando uma dependência econômica, na medida em que todos os seus ganhos são auferidos em razão da remuneração deste trabalho, tendo, pois, natureza salarial, além de o empregador ser o detentor dos meios de produção.

4.2. Pejetização e os princípios do Direito de Trabalho

É possível afirmar que os princípios são as verdades fundantes de um sistema, são pressupostos, pontos de partida, verdades fundantes. São os princípios que dão sentido as regras. Nas palavras de Celso de Mello, os princípios consistem no “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 compreensão e inteligência”.

Dessa forma, as regras seriam preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, enquanto os princípios seriam ordenações de que se irradiam e imantam os sistemas de normas.

Miguel Reale, informa que normas são gênero do qual regras e princípios são espécies. Logo, os princípios também são normas e possuem observação obrigatória e aplicação direta. Assim sendo, possuem caráter coercitivo. A diferença entre regras e princípios residem no grau de generalização, isto é, enquanto em um conflito de regras apenas uma deve prevalecer em detrimento da outra, no conflito entre princípios deve-se realizar um juízo de ponderação, em que um princípio é privilegiado, sem que o outro perca a vigência.

O sentido do Direito do Trabalho é dado por seus princípios. A pejetização como fraude às relações de emprego é informada, primordialmente, pelos princípios da primazia da realidade sobre a forma, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e da imperatividade das normas trabalhistas, os quais abordaremos pormenorizadamente a seguir.

4.2.1. Princípio da primazia da realidade sobre a forma:

Segundo o art. 9º da CLT, qualquer contrato, acordo ou convenção estabelecidos entre empregado e empregador que constituam fraude à relação de emprego, isto é, que tenha por objetivo afastar a incidência da aplicação trabalhista, serão nulos de pleno direito. Vejamos:

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

O doutrinador Américo Plá Rodriguez (1997, p.217), informa que “o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”. No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros (2008, p.185):

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. É sabido que muitas vezes a prestação de trabalho subordinado está encoberta por meio de contratos de Direito Civil ou Comercial. Compete ao intérprete, quando chamado a se pronunciar sobre o caso concreto, retirar essa roupagem e atribuir-lhe o enquadramento adequado, nos moldes traçados pelos art. 2º e 3º da CLT.

Logo, o ensinamento dos doutrinadores informa que o operador do direito deve preterir o aspecto formal/instrumento contratual que rege a relação e que venha a omitir a verdadeira relação jurídica que se desenvolve na prática. Por conseguinte, princípio da realidade sobre a forma importa-se com a realidade dos fatos – contrato realidade.

Desse modo, quando aplicado na pejetização, o princípio da primazia da realidade faz desconsiderar o contrato de natureza civil firmado para se reconhecer a situação de fato. Assim, preenchidos os elementos caracterizadores da relação de emprego, estabelece-se o reconhecimento do vínculo empregatício, bem como as garantias dos direitos dele decorrentes.

4.2.2. Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas:

O doutrinador Américo Plá Rodriguez (1997, p. 66) discorre sobre o princípio da irrenunciabilidade como “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.

Tem-se que as normas justrabalhistas possuem caráter cogente, de ordem públicas. Logo, estas não estão disponíveis à livre pactuação entre as partes, portanto não há como afastar sua aplicabilidade por meio de eventual renúncia. Sabe-se que o Direito do Trabalho regula a concorrência em três níveis, quais sejam, entre os Estados, entre as empresas e entre os próprios trabalhadores.

Nesse mesmo sentido, Mauricio Godinho 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”

Assim sendo, é incabível que, para sustentar a legalidade da pejetização, a utilização do argumento de que o empregado anuiu com a essa forma de contratação, pois lhe trouxe benefícios. Nesse sentido, vejamos o disposto na decisão do TST:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PEJOTIZAÇÃO. A criação de ‘empresa de fachada’, apenas para que fosse concretizada a contratação (fenômeno chamado pejetização é muito comum no âmbito dos profissionais de TI – Tecnologia da Informação). **Por certo que os empregadores aderem a tal situação visando a salários melhores, mas a Justiça do Trabalho não pode cancelar o mascaramento da relação jurídica, ainda que, indiretamente, tenha acarretado algum benefício para as partes. Não se pode deixar de invocar o princípio da irrenunciabilidade, o qual tem por efeito a inafastabilidade de sua aplicação pela vontade dos interessados. Por conseguinte, não estava ao alvedrio das partes afastar a existência do contrato de trabalho por sua mera vontade.** Configurados todos os elementos dos arts. 2º e 3º da CLT, devido é o reconhecimento do vínculo empregatício entre os litigantes. Recurso conhecido e parcialmente provido. Processo: 00793-2010-020-10-00-7 RO (Acórdão 2ª Turma); Relator: Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron; Publicado em: 17.6.2011 no DEJT. (*grifo nosso*) (Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 20/08/2017).

Assim sendo, em observância ao referido princípio, não há como afastar a incidência da legislação trabalhista por expressa vontade do trabalhador. Isso porque, trata-se de matéria de ordem pública, sendo direitos indisponíveis. Ademais, verifica-se que, na prática, a pejetização não ocorre por vontade do empregado, mas lhe é imposta pelo empregador como condição indispensável à contratação ou à manutenção do contrato de trabalho. Sabe-se que o princípio da autonomia da vontade é mitigado nas relações trabalhistas, haja vista se tratar de uma relação naturalmente díspar.

4.2.3. Princípio da imperatividade das normas justrabalhistas:

Intrinsicamente ligado ao princípio anterior, o princípio da imperatividade informa que as regras trabalhistas são, por sua natureza, cogentes, de ordem pública. Como dito anteriormente, a autonomia da vontade, no Direito do Trabalho, é mitigada, pois não é possível afastar sua incidência por vontade das partes.

No que tange à pejetização, este princípio invalida qualquer opção do trabalhador pela inaplicabilidade da legislação trabalhista. Assim, um contrato de natureza civil não pode impedir a incidência dos diplomas trabalhistas, desde que presentes os requisitos para sua aplicabilidade. Nesse sentido, vejamos decisão do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1) PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. 2) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À RECLAMADA, PELO RECLAMANTE, NA QUALIDADE DE SÓCIO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO EVIDENCIADOS. PREVALÊNCIA DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPERATIVIDADE DAS NORMAS TRABALHISTAS E INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS. 3) HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. ART.62, I, CLT. 4) INTERVALO INTRAJORNADA. SÚMULA N. 437/TST. 5) ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. OJ N. 347/SBDI-I/TST. 6) INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM MANUTENÇÃO DE VEÍCULO E GASTOS COM COMBUSTÍVEL. SÚMULA N. 126/TST. 7) INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROPAGANDA OBRIGATÓRIA DA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS EM VEÍCULO PESSOAL DO TRABALHADOR. DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. MANUTENÇÃO. A relação de emprego é a principal fórmula de conexão de trabalhadores ao sistema socioeconômico existente, sendo, desse modo, presumida sua existência, desde que seja incontroversa a prestação de serviço (Súmula n. 212, TST). A Constituição da República, a propósito, elogia e estimula a relação empregatícia ao reportar a ela, direta ou indiretamente, várias dezenas de princípios, regras e institutos jurídicos. Em consequência, possuem caráter manifestamente excetivo fórmulas alternativas de prestação de serviços a alguém, por pessoas naturais, como, ilustrativamente, contratos de estágio, vínculos autônomos ou eventuais, relações cooperativadas e a fórmula apelida de “pejetização”. Em qualquer desses casos – além de outros -, estando presentes os elementos da relação de emprego, esta prepondera, impõe-se e deve ser cumprida. No caso da fórmula do art. 129, da Lei n. 11.196, de 2005, somente prevalecerá se o profissional pejetizado tratar-se de efetivo trabalhador autônomo ou eventual, não predominando como mero simulacro ou artifício para impedir a aplicação da Constituição da República, do Direito do Trabalho e dos direitos sociais e individuais fundamentais trabalhistas. Tratando o obreiro cotidianamente no estabelecimento empresarial, com todos os elementos fáticos-jurídicos da relação empregatícia, deve o vínculo de emprego ser reconhecido. (art. 2º, *caput* e 3º, *caput* da CLT), com todos os seus consectários pertinentes. Na hipótese em análise, o TRT deixou clara a circunstância de que o Reclamante, mesmo figurando como sócio da empresa Tecbroad Ltda. Me, integrou, ao longo da prestação de serviço, dinâmica empresarial, sendo sempre a ré destinatária principal e única do labor prestado. Por essas razões, deve ser mantido o reconhecimento da relação de emprego, nos moldes fixados pelo TRT. Vale destacar que o ramo trabalhista é norteado por princípios especiais que orientam toda compreensão e aplicação das normas jurídicas na seara laboral. **Para o caso concreto em análise, importante**

destacar o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, sendo o qual as normas trabalhistas são essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes. Para esse princípio prevalece a restrição à autonomia da vontade no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais. Essa restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerentes ao contrato de emprego. Ademais incide na hipótese dos direitos trabalhistas, que 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. A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se, talvez, no veículo principal utilizado no Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição da vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista, uma vez que o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR 1509-54.2011.5.03.0136, Relato Ministro: Maurício Goldinho Delgado; Data de julgamento: 27.8.2014, 3ª Turma; Data de Publicação: DEJT 29.8.2014) (*grifo nosso*). Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 15.09.2017)

Isso posto, em decorrência do princípio da imperatividade das normas trabalhistas conclui-se que o Direito do Trabalho não é opcional, não sendo possível as partes pactuarem acerca de sua aplicação.

4.3. Como identificar prática da pejetização e configurar a relação de emprego

Conforme amplamente exposto, a relação de emprego é constituída quando presentes os quatro requisitos essenciais à sua caracterização, são eles: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Para identificar a fraude à relação de emprego ou se o contrato apenas cumpre sua finalidade, nos termos do Código Civil, há algumas circunstâncias que devem ser analisadas. Rodrigo Carelli (2010, p.144 e 145), no livro *Formas Atípicas de Trabalho*, enumera algumas situações práticas que podem indicar a ilegalidade de tais contratos. São elas:

- I) Colocação à disposição da empresa de energia de trabalho durante certo lapso de tempo, seja ele diário, semanal ou mensal, com o correspondente controle.
- II) Obrigação de comparecimento pessoal à empresa, seja ele diário, semanal ou mensal.
- III) Obrigação de utilizar métodos ou técnicas de trabalho;

- IV) Fixação do período para viagem ou qualquer deslocamento;
- V) Obediência ao regulamento da empresa;
- VI) Recebimento de instruções técnicas;
- VII) Recebimento de quantia mensal fixa, a título de retribuição;
- VIII) Exigência por parte da empresa contratante da constituição de pessoa jurídica;
- IX) Pagamento de impostos e gastos pela empresa contratante;
- X) Utilização de endereço de contador ou inexistentes como sede da empresa;
- XI) Utilização de material de trabalho da empresa, e a não utilização de instrumentos próprios de trabalho;
- XII) Imposição de mínimo de produção ou metas de trabalho;
- XIII) Recebimento de ajuda de custo;
- XIV) Trabalho realizado em grupo conjuntamente com empregados;
- XV) Remuneração calculada por tempo de trabalho, e não por resultado;
- XVI) Inexistência de independência financeira do contratado;

Tais indicativos demonstram uma forma eficiente de se verificar a prática de “pejotização” e devem ser analisados no caso concreto. A presença dos referidos indícios revela que o constituidor da Pessoa Jurídica, na realidade, é um empregado. Apenas há a aparência de uma prestação de serviços entre pessoas jurídicas, pois o trabalho é realizado por pessoa física e há a presença de todos os requisitos caracterizadores da relação de emprego.

Convém informar que a Recomendação n. 198 da OIT também recomenda a proteção dos trabalhadores em uma relação de emprego. Isso porque, os empregadores utilizam-se dessa fraude para reduzir o custo do trabalho, aumentando, assim, a competitividade, pois reduzindo o referido custo, diminui-se o preço do produto. Entretanto tal prática é abominável na medida em que, além de retirar direitos dos trabalhadores, gera concorrência desleal, prejudicando toda ordem social.

4.4. Reforma trabalhista e pejotização:

A reforma trabalhista de 2017 (Lei 13.467), incluiu na CLT no art. 442-B, que traz a figura do “trabalhador autônomo exclusivo”, *in verbis*:

A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

Esse dispositivo trouxe polêmicas na doutrina, pois a “exclusividade” é tradicionalmente utilizada como uma das evidências utilizadas pela Justiça do Trabalho para a comprovação de vínculo empregatício, conforme se verifica em decisão prolatada pelo TRT-2ª Região:

RELAÇÃO DE EMPREGO. AUTÔNOMO. ATIVIDADE-FIM. ATIVAÇÃO DIÁRIA. TRABALHADOR CONTRATADO PARA DESENVOLVER ATIVIDADE LIGADA AOS FIM DA EMPRESA, SEM JUSTIFICATIVA EM AUMENTO INESPERADO DE SERVIÇO OU OUTRA CAUSA EXCEPCIONAL, ATIVANDO-SE DIARIAMENTE, SOB CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DA EMPRESA, É EMPREGADO E NÃO AUTONOMO, MESMO QUE SE VERIFIQUE A TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADES, COMO A UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO PRÓPRIO E FORNECIMENTO DE NOTA FISCAL. A “PEJOTIZAÇÃO” DAS RELAÇÕES DE EMPREGO ENCONTRA ÓBICE NO ART. 9º DA CLT E DEVE SER COMBATIDA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO PARA RECONHECER O VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONHEÇO DO RECURSO, POR PREENCHIDOS OS PRESSUPOSTOS LEGAIS DE ADMISSIBILIDADE. O juízo *a quo* indeferiu o pedido de reconhecimento do vínculo empregatício sob o fundamento de que o depoimento do próprio reclamante evidencia a característica de trabalho autônomo (fls. 27), pois o reclamante arcava com os custos para o trabalho, caminhão mais ajudante, e emitia nota fiscal. O reclamante insiste em vínculo empregatício alegando que a reclamada pagava seu ajudante, definia o itinerário e o serviço era fiscalizado pela chefia. Acresce que, pelo depoimento pessoal da reclamada, o recorrente comparecia diariamente no local de trabalho. Insiste o reclamante que levou a juízo testemunhas uníssonas que corroboram os fatos de subordinação, pessoalidade e **exclusividade**. Assiste-lhe razão. Com efeito, a reclamada utilizava-se dos serviços do reclamante em confessada base diária, mediante fiscalização, transferindo-lhe despesas e responsabilidades. Obrigava-o a ter ajudante, mas fornecia numerário para seu pagamento. Demais disso, empregava o reclamante como autônomo em atividade-fim da empresa, para a qual também utilizava empregados. Ao que tudo indica, a diferença entre o reclamante e os motoristas empregados era apenas o registro em carteira. Evidencia-se a pessoalidade, a continuidade, a onerosidade e a subordinação, esta nas modalidades econômica, hierárquica e jurídica. O fato do reclamante fornecer nota fiscal pode ser relativizado, pois é público e notório que as empresas promovem à larga aquilo que o Exmo. Juiz Marcos Fava já qualificou como “pejotização” das relações de trabalho, de modo que o juízo deve estar atento para duas realidades: a existência dos requisitos do vínculo e as artimanhas praticadas pelas empresas para contornar o vínculo. Merece consideração o art. 9º da CLT. Assim sendo, reconheço o vínculo de emprego, devendo os autos retornarem à origem para enfrentamento das demais matérias de mérito, cuja análise resta por ora prejudicada. Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário do reclamante para, reconhecendo a existência de relação de emprego, determinar o retorno dos autos à origem para solução das demais questões de mérito. (RO 01741200502002004; Magistrado Relator: Davi Furtado Meirelles; Data do julgamento: 18/09/2008; 12ª Turma de São Paulo; Data da publicação: 26/09/2008) (grifo nosso). Disponível em <http://www.trtsp.jus.br>. Acesso em 02/11/2017)

Logo, ainda que o requisito da exclusividade não esteja disposto nos art. 2º e 3º, da CLT, trata-se elemento relevante a ser levado em consideração para se caracterizar a relação de emprego.

Assim sendo, os críticos à reforma afirmam que o supramencionado dispositivo acaba por facilitar/viabilizar a pejetização. Segundo o posicionamento da Associação Nacional dos Magistrados na Justiça do Trabalho – Anamatra, o termo “autônomo exclusivo” já é uma contradição em si mesmo, uma vez que com a exclusividade o indivíduo perde a autonomia. O dispositivo autorizaria a contratação de um indivíduo para o labor exclusivo à determinada empresa, sem lhe garantir os direitos trabalhistas decorrentes do vínculo empregatício.

Por outro lado, há quem diga que o referido dispositivo não autoriza a pejetização, mas vem no sentido de conferir maior segurança jurídica às relações que podem ser de prestação de serviço, mas que ficavam numa zona cinzenta. Afirma-se que a expressão contida no dispositivo “cumpridas por este todas as formalidades legais”, significa que a burla não será aceita.

Alega-se que antes da reforma, ao verificar habitualidade e continuidade de uma relação, o juiz declarava o reconhecimento do vínculo empregatício. Pós reforma, teriam os juízes que analisar detidamente os demais requisitos da relação de emprego.

As mudanças trazidas pela reforma à legislação trabalhista vigente, passarão a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro em 11/11/2017. Deverão os aplicadores do Direito do Trabalho, posicionarem-se no sentido de fazer com que essa mudança (dentre todas as outras), não represente um retrocesso e uma retirada de direitos historicamente conquistados pelos trabalhadores.

CAPÍTULO 5. Conclusão

O Direito do Trabalho se transforma de acordo com as mudanças sociais, econômicas e políticas que ocorrem na sociedade, entretanto, tem por escopo principal dar aos indivíduos condições de uma vida digna. Sabe-se que, na medida em que a maioria da sociedade retira do trabalho sua subsistência, o Direito do Trabalho, em última análise, regula a vida das pessoas.

É patente a existência de algumas relações de trabalho além das relações de emprego. Sobre estas, usualmente, não incidem as regras da CLT, sendo elas reguladas por Lei especial. Entretanto, o que se observa, sob a influência crescente dos discursos

neoliberais de flexibilização das relações de emprego, é a utilização desses institutos com o fito de mascarar a relação de emprego.

Assim, urge a necessidade de se conceituar os institutos da relação de emprego, do empregado, do empregador, para que seja notável a presença das fraudes nessas relações.

Insta salientar que para apuração do cometimento de fraudes às relações de emprego, utiliza-se o instituto da fraude objetiva, nos termos do art. 9º da CLT, diferentemente do direito civil, que normalmente se pauta no regime da *consilium fraudis*. Na seara trabalhista, para se configure a relação de emprego, basta a presença dos quatro elementos fáticos-jurídicos dispostos nos arts. 2º e 3º da CLT, são eles: personalidade, habitualidade, não onerosidade e subordinação. Assim, não é necessária a comprovação da intenção do empregador de cometer fraude.

O estudo analisou os contratos de estágio, a contratação de cooperativas intermediadoras de mão de obra, bem como a socialização de empregados e sua utilização para mascarar a relação de emprego. Foram colacionados aos autos diversos julgados de Tribunais Regionais e do Tribunal Superior do Trabalho, reconhecendo o cometimento de fraudes e configurando os vínculos empregatícios.

Demonstrou-se que o cometimento de fraudes por parte dos empregadores gera consequência negativas não só para os trabalhadores que têm seu trabalho precarizado e sua força de trabalho mercantilizada, mas também para toda sociedade, na medida em que tais práticas podem constituir *dumping* social, com conseqüente concorrência desleal. Isso porque, as empresas reduzem o custo com o valor trabalho, podendo, assim, reduzir o custo de seu produto e/ou serviço, concorrendo de forma desigual no mercado.

No capítulo da pejetização, conceituou-se o instituto, dirimindo a controvérsia trazida pelo art.129 da Lei n. 11.196/2005, cujo o conteúdo parecia dar ares de legalidade à referida prática. Entretanto, concluiu-se que o referido dispositivo deve ser interpretado em conjunto com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro e não possui o condão de afastar o reconhecimento do vínculo do emprego, no caso de estarem presentes todos os requisitos da relação.

Analisou-se pormenorizadamente os princípios basilares justralhistas que condenam a prática da pejetização. Enfatizou-se o princípio da primazia da realidade sobre a forma (contrato realidade. Art. 9º da CLT), princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, bem como o princípio da imperatividade do Direito do Trabalho.

Colacionou-se aos autos alguns julgados que reconheceram a prática da pejotização, com base nesses princípios.

Por fim, ponderou-se acerca da figura do “autônomo exclusivo” trazida pela Lei 13.467/2017, que inseriu o art. 442-B na CLT. Conclui-se que este dispositivo possui o condão de legalizar a prática da pejotização, pois se o trabalhador realiza o seu labor com pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, resta caracterizado o vínculo de emprego.

Conclui-se, então, que a justiça laboral deve continuar a garantir a aplicação dos direitos trabalhistas e a defesa dos direitos fundamentais a todos, respeitando principalmente o da proteção, que relaciona o trabalho e à prática da cidadania, fazendo com que a coletividade não corra o risco de sofrer a aplicação meramente formal do Direito, prevalecendo o interesse econômico, em contraposição ao conquistado ao longo da história.

A atuação conjunta da Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego deve visar a proteção da relação de emprego, corrigindo quaisquer irregularidades, bem como impedito sua perpetuação. Tais instituições devem se fortalecer frente à disseminação cada vez maior dos discursos neoliberais de flexibilização da relação de emprego, com vistas a evitar prejuízos aos indivíduos e à toda sociedade.

6. Referências:

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr: 2012.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *As fraudes nas relações de emprego*. Disponível em: <http://www.soc.puc-rio.br.Link:/cedes/PDF/cidadaniaetrabalho/fraude.pdf>. Acesso em 20/09/2017.
- _____. *Cooperativas de mão de obra: manual contra fraude*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. *Formas atípicas de trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2002.
- DELGADO, Mauricio Goldinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo. LTr, 2004.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.
- RODRIGUES, Rosana Aparecida. *Fraudes às Relações de Emprego*. São Paulo. LTr, 2015.
- SEVERO, Valdete Souto. *Análise do Projeto de Reforma Trabalhista*. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista#_edn1. Acesso em 31/10/2018.
- SANTOS, Ronaldo Lima. *Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência*. Boletim Científico, Brasília: Ministério Público da União, ano 7, n. 28/29, jul./dez. 2008.
- SANTANDER, Célia Regina Camachi. *Fraude por meio de cooperativa e constituição de pessoa jurídica por trabalhadores*. Revista da Escola de Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, ano 1, n.1, set. 2006.