

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE NO COMBATE AO FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO

Samara Moura Valença de Oliveira¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O contrato individual de trabalho. 3. A flexibilização da relação de emprego 4. O fenômeno da pejotização no Direito do Trabalho. 5. Consequências da substituição do contrato de trabalho pelo contrato de prestação de serviço. 6. Aplicação do princípio da primazia da realidade no combate à pejotização. 7. Efeitos do reconhecimento de fraude à relação trabalhista. 8. Considerações Finais.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar o fenômeno da pejotização, que consiste na substituição do contrato individual de trabalho pelo de prestação de serviço por pessoa física, visando fraudar a relação de emprego e a aplicação das normas trabalhistas, bem como demonstrar a sua inviabilidade à luz do princípio da primazia da realidade e os efeitos do seu reconhecimento.

Palavras-Chave: Pejotização. Primazia da realidade. Precarização. Lei 11.196/2005.

1 INTRODUÇÃO

Com a abertura da economia brasileira na década de 1990, num contexto globalização, iniciou-se uma tendência de flexibilização do Direito do Trabalho, que incentivou alterações legislativas em nosso sistema jurídico, sustentando a redução da intervenção do Estado na regulação dos conflitos entre capital e trabalho. Com o intuito de reduzir a proteção garantida pelo Direito do Trabalho e, desse modo, diminuir os custos com a produção, criaram-se novas formas de trabalho. Dentre elas, surge a pejotização, modalidade de contratação em que se busca descaracterizar o vínculo empregatício, ao afastar o elemento “pessoa física”, por meio da substituição do contrato de emprego pela contratação de pessoas jurídicas.

Essa prática se configura como fraude à relação de emprego, fundamentada em tortuosa interpretação da Lei 11.196/2005 e incentivada pelas empresas, com o intuito de

¹ Estudante do curso de graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia e estagiária do Ministério Público Federal na Bahia.

reduzir os custos através do descumprimento das normas trabalhistas, causando efeitos nefastos aos trabalhadores.

Em face da omissão legislativa em apresentar dispositivo expresso que possa ser aplicado nesse sentido, os princípios do Direito do Trabalho se tornam extremamente importantes no combate ao fenômeno da pejetização, mormente o princípio da primazia da realidade, que, combinado com outros princípios e dispositivos legais, viabiliza o reconhecimento da relação de emprego, com consequente anulação do contrato de prestação de serviço e declaração de nulidade da constituição da pessoa jurídica pelo trabalhador coagido.

O presente estudo pretende analisar os aspectos que envolvem o fenômeno da pejetização, bem ainda as suas repercussões na sociedade e os efeitos do reconhecimento desse tipo de fraude à luz dos princípios norteadores do sistema protetivo do trabalhador.

2 O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

A denominação “contrato de trabalho” surgiu em nosso ordenamento com a Lei nº 62, de 05-06-1935, que versava sobre a rescisão laboral. Hoje, essa modalidade de contrato também é chamada em nossa legislação de “relação de emprego”.²

Na lição de Sérgio Pinto Martins, o contrato de trabalho é gênero que compreende o contrato de emprego, bem como de qualquer trabalho, seja o do autônomo, do eventual, do avulso, do empresário etc. Mas o contrato de emprego, especificamente, diz respeito à relação em que há subordinação do empregado em relação ao empregador, não a outro tipo de trabalho.³

A CLT utiliza, em seu art. 442, a denominação “contrato individual de trabalho” para se referir ao acordo correspondente à relação de emprego. É neste sentido que José Martins Catharino afirma que o termo correto a ser usado seria “contrato de emprego” e não “contrato de trabalho”, pois este é gênero do qual aquele é espécie.⁴

² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005. p. 114.

³ Ibidem.

⁴ CATHARINO, José Martins. Compêndio de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1982. v. 1.

Segundo Pinto Martins, o contrato de emprego é um negócio jurídico firmado entre uma pessoa física (empregado) e uma pessoa física ou jurídica (o empregador), em que se discutem, mediante acordo de vontades, condições de trabalho referente à atividade remunerada, não eventual e dirigida por quem obtém a referida prestação.⁵

A relação emprego se configura quando se observa, na realidade fática, determinados elementos extraídos da conjugação dos conceitos de empregador e empregado, descritos na CLT, em seus artigos 2º e 3º, respectivamente. Assim, somente haverá relação de emprego se preenchidos os requisitos de continuidade, subordinação, alteridade, onerosidade e pessoalidade.

Cumprido ressaltar que a configuração da relação empregatícia pela presença de seus elementos não pode ser afastada pela vontade das partes. Uma vez presentes todos os requisitos, ainda que não haja contrato formal, ainda assim existirá relação de emprego.

O trabalhador que presta serviço de forma eventual não se configura como empregado, pois o contrato de emprego é de trato sucessivo, perdura no tempo, não se exaurindo, pois, em uma única prestação. Ademais, esse serviço deve ser remunerado, em face da onerosidade inerente ao contrato de trabalho. O trabalho voluntário, por seu turno, não gera vínculo empregatício, obrigação de natureza trabalhista ou previdenciária, conforme disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.608.⁶

Exige-se, ainda, a presença da subordinação entre o trabalhador e o empregador que irá dirigir a sua atividade. Em razão dessa subordinação, o empregado não poderá assumir os riscos do negócio, cuja responsabilidade é imputada ao empregador.⁷

Gomes e Gottschalk, citadas por Maria Amélia Carvalho, afirmam que o “critério da subordinação jurídica ou da dependência é o que tem logrado maior aceitação na doutrina, na legislação e na jurisprudência, ganhando maior proeminência na conformação do tipo legal na relação empregatícia.” Isso porque a subordinação “é o critério que permite distinguir com êxito a existência da relação de emprego, no contexto das inúmeras formas existentes para a contratação da prestação de trabalho, em situações fático-jurídicas próximas”.⁸

⁵MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005. p.116.

⁶Ibidem. p. 127.

⁷Ibidem. p. 128.

⁸Carvalho, Maria Amélia Lira de. *Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador*. Salvador, 2010. 153f. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Orientação: Profa. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges. Disponível em: <http://tede.ucesal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-1022T124554Z161/Publico/MARIA%20A%20MELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 71.

Maria Amélia de Carvalho explica, ainda, que o que importa é a possibilidade de o empregador poder intervir na atividade do empregado, sem, necessariamente, haver vigilância de forma constante, o que, ressalta a autora, seria impossível de ocorrer em relação aos trabalhadores intelectuais. Estes, por seu turno, apresentam um grau mais reduzido de subordinação quanto mais técnico ou intelectual seja o trabalho. Nem por isso, a relação empregatícia deixaria de se configurar, pois, segundo a autora, “em relação a estes profissionais, essa subordinação apenas se dilui, porquanto a sua iniciativa é maior, o que não significa que não esteja presente.”⁹

Sobre o tema, Alice Barros explica que os trabalhadores intelectuais:

São aqueles cuja atividade pressupõe uma cultura científica ou artística, como o advogado, o médico, o dentista, o engenheiro, o artista, entre outros. Eles podem exercer suas atividades reunindo os pressupostos do art. 3º da CLT, ou seja, na condição de empregados, como também executar suas funções de forma independente, como autônomos. Podem, ainda, figurar como empregadores, quando se situarem no quadro emoldurado no art. 2º, §1º, da CLT.¹⁰

Por fim, para a existência de relação de emprego, exige-se a pessoalidade. O trabalho deverá ser *intuito personae* e realizado com certa e determinada pessoa física. Conforme o entendimento de Maria Amélia Carvalho, exige-se a presença de infungibilidade, que o empregado realize suas atividades pessoalmente, sem se fazer substituir, a não ser nas hipóteses legais. Ademais, ressalta que o fato do trabalho ser prestado por pessoa física não implica, necessariamente, que haja pessoalidade.¹¹

Nesse contexto, Maurício Godinho Delgado alerta sobre a ocorrência de utilização da pessoa jurídica com o intuito de fraudar a relação de emprego, na medida em que se tenta excluir a presença do elemento pessoa física:

[...] a realidade concreta pode evidenciar a utilização da roupagem da pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma específica pessoa física, celebrando-se uma relação jurídica sem a indeterminação de caráter individual que tende a caracterizar a atuação de qualquer pessoa jurídica. Demonstrado, pelo exame concreto da situação examinada, que o serviço diz respeito apenas e tão-somente a uma pessoa física, surge o primeiro elemento fático-jurídico da relação de emprego.¹²

⁹ Ibidem. p. 72

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed., São Paulo LTR, 2006. p. 260.

¹¹ Carvalho, Maria Amélia Lira de. Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador. Salvador, 2010. 153f. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Orientação: Profa. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges. Disponível em: http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-1022T124554Z161/Publico/MARIA%20AMELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 69.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2002. p.. 285.

Esse tipo de contrato se diferencia da prestação de serviços, regida pelo Direito Civil, na medida em que nesta não existe subordinação entre o prestador e o tomador do serviço. Trata-se de contrato em que prepondera a atividade intelectual, autônoma e independente, motivo pelo qual o prestador de serviço torna-se responsável pelos prejuízos decorrentes da atividade.¹³

3 A FLEXIBILIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

No Brasil, a tendência de flexibilização do Direito do Trabalho teve início na década de 1990, com a abertura da economia brasileira num contexto globalização, que incentivou alterações legislativas em nosso sistema jurídico.

Mauricio Godinho Delgado destaca que

De fato, logo após o surgimento da Carta Magna de 1988, fortaleceu-se no país, no âmbito oficial e nos meios privados de formação da opinião pública, um pensamento estratégico direcionado à total desarticulação das normais estatais trabalhistas, com a direta e indireta redução dos direitos e garantias laborais.¹⁴

Segundo Maria Amélia de Carvalho, o discurso utilizado para flexibilizar as relações de trabalho, nos moldes neoliberais, sustenta a redução da intervenção do Estado na regulação dos conflitos entre capital e trabalho e uma maior autonomia dos trabalhadores e das entidades sindicais.¹⁵

Nas palavras de Andréia Galvão “o sistema de relações de trabalho no Brasil, caracterizado por exacerbado intervencionismo estatal, pela rigidez de seu marco regulatório, constitui barreira à competitividade das empresas e desestímulo à geração de empregos formais [...]”. Desse modo, surgiu a necessidade de adoção de um novo sistema de regulação das relações trabalhistas, que contemplasse mais negociação e menos legislação, flexibilizando as formas de contratação e remuneração.¹⁶

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005. p.116.

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 114.

¹⁵ Carvalho, Maria Amélia Lira de. Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: *o caso dos médicos em Salvador*. Salvador, 2010. 153f. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Orientação: Profa. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges. Disponível em: <http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE-20101022T124554Z161/Publico/MARIA%20AMELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 50.

¹⁶ GALVÃO, Andreia. Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil. Rio de Janeiro: Revan Ltda, 2007.p.200.

Conforme Maria Amélia Carvalho, a utilização de contratos mais flexíveis e a redução de encargos sociais tornaram-se essenciais para diminuir os custos com mão de obra, incentivar a contratação, formalizar o mercado de trabalho e combater o desemprego.¹⁷

Com o intuito de reduzir a proteção garantida pelo Direito do Trabalho, criaram-se novas modalidades de prestação de trabalho, havendo, como consequência, a redução dos custos da produção. Para alcançar esse propósito, Carvalho, citando Hoffmann, explica que o neoliberalismo se vale de uma majoração do alcance da autonomia da vontade das partes, princípio que rege os contratos civis e comerciais e, também da diminuição da heteronomia, típica das relações de trabalho subordinado.¹⁸

Nas palavras de Luciano Versapallo

A fragmentação do trabalho modificou a velha concepção da empresa fordista e reduziu a existência do trabalho assalariado, com surgimento das novas figuras profissionais, que fazem seus trabalhos tanto dentro quanto fora da empresa. O mercado de trabalho, transformando rapidamente o trabalho padrão, traz consigo novos tipos de ocupações que interligam quase todas as características do trabalho autônomo com as do trabalho efetivo.

[...]

Assim nascem os novos tipos de trabalho, caracterizados pela atipicidade e que oferecem uma área de trabalho não mais vinculada às categorias tradicionais de dependência e de autonomia.

[...]

Surgem, assim, as prestações de serviço, com aumento das jornadas atípicas, flexíveis, que configuram não apenas as novas modalidades de trabalho, mas também a precariedade de toda uma forma de vida, em um contexto de domínio social flexível.¹⁹

As relações de trabalho passam a se mostrar muito diversificadas tanto no que se refere às condições de trabalho quanto à natureza da prestação de serviço e, assim, ao regime de proteção dos respectivos direitos.

Dentre essas novas formas de trabalho, há o trabalho temporário, trabalho em tempo parcial, a subcontratação, a empreitada, o estágio, os cooperados, trabalhadores organizados em forma empresarial, engajados contratos civis, falsos autônomos, a denominada

¹⁷ Carvalho, Maria Amélia Lira de. *Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador*. Salvador, 2010. 153f. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Orientação: Profa. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges. Disponível em: <http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-1022T124554Z161/Publico/MARIA%20AMELIA%20LIRA_DE%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 52.

¹⁸ HOFFMANN *apud* Carvalho, Maria Amélia Lira de. *Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador*. Salvador, 2010. 153f. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Orientação: Profa. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges. Disponível em: <http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE20101022T124554Z161/Publico/MARIA%20AMELIA%20LIRA%20E%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 56.

¹⁹ VASAPOLLO, Luciano. *O trabalho atípico e a precariedade*. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2005. p.98.

terceirização, entre tantas outras que surgem como alternativas para melhorar os resultados empresariais.²⁰

O exemplo mais marcante dessa mudança é a terceirização, com destaque para as empresas individuais (PJ) e as cooperativas, que se afiguram como as modalidades mais utilizadas, seja no setor público, seja no privado.²¹

No sistema de terceirização, a empresa contratante é aquela tomadora de serviços, que irá atribuir uma parcela de suas atividades para empresas contratadas, que são as prestadoras de serviços. Assim, elas podem concentrar seus esforços na sua atividade fim. A transferência das tarefas secundárias da empresa tem por finalidade, sobretudo, a diminuição dos custos e o aumento da produtividade, bem como a melhora da qualidade do produto ou serviço.²²

Citando Druck e Thébaud-Mony, Maria Amélia Carvalho afirma que

É nesse contexto, em que o Estado recua do seu papel de regulador do mercado de trabalho e da proteção social, que as empresas lançam mão da substituição do contrato e do emprego formal subordinado, pelos atípicos, adotando assim as formas precárias de trabalho, institucionalizando a insegurança expressa nas formas de organização do trabalho onde a terceirização e a subcontratação ocupam papel central.²³

Contudo, a utilização desregrada dessa modalidade de trabalho provoca a precarização das relações trabalhistas, levando à perda ou redução de direitos, insegurança, intranquilidade, incerteza, instabilidade. A flexibilização, pois, viabiliza a redução salarial, a variação de jornada de trabalho, a possibilidade de despedidas arbitrárias, a contratação por prazo determinado, a subcontratação, bem como outras figuras de trabalho atípico, ou seja, o trabalho irregular, precário e sem garantias.²⁴

O fenômeno da pejetização surge como uma das formas de precarizar a relação de emprego, em que se subverte a relação de emprego, na medida em que o empregador se apresenta como pessoa jurídica para realiza, com o empregado, um contrato de prestação de serviços. Desse modo, afigura-se como fraude trabalhista, prejudicando os trabalhadores e retirando-lhes direitos e garantias inerentes à relação de emprego.²⁵

²⁰ Carvalho, Maria Amélia Lira de. Pejetização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador. Salvador, 2010. 153f. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Orientação: Profa. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges. Disponível em: http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-1022T124554Z161/Publico/MARIA%20A%20MELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf. Acesso em: 4 de março de 2013. p.57.

²¹ Ibidem. p. 58.

²² Ibidem. p.59.

²³ Ibidem. p. 60.

²⁴ Ibidem. p.60.

²⁵ CARPES, Camilla Luz. A contratação de pessoas físicas como pessoas jurídicas em fraude ao Direito do Trabalho: O Fenômeno da Pejetização. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica, 2011. Disponível

4 O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Nesse cenário de flexibilização das normas trabalhistas, surge o fenômeno da pejotização como uma nova modalidade de contratação em que se pretende descaracterizar o vínculo empregatício, ao afastar o elemento “pessoa física”, por meio da substituição do contrato de emprego pela contratação de sociedades.²⁶

Célia Stander, citada por Ronaldo Lima dos Santos, explica que o termo pejotização constitui um neologismo derivado da sigla PJ, que é utilizada para designar a expressão “pessoa jurídica”. O uso desse termo se justifica pela forma como ocorre o fenômeno da pejotização. Isso porque o empregador exige que o trabalhador constitua uma empresa individual para a sua admissão ou permanência no emprego, “formalizando-se um contrato de natureza comercial ou civil, com a consequente emissão de notas fiscais pelo trabalhador, não obstante a prestação de serviços revelar-se como típica relação empregatícia.”²⁷

Na contratação de profissionais por meio de empresas individuais constituídas apenas para a prestação dos determinados serviços, o empregado se encontra subordinado ao empregador, realizando a atividade com todos os requisitos da relação de emprego, nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT.

De acordo com Ronaldo Lima dos Santos, “o trabalhador pode até exercer uma atividade específica, mas a sua especialização confunde-se com as atividades finalísticas do empregador” e acrescenta que “embora o trabalhador detenha conhecimentos técnicos do desenvolvimento das atividades, o empregador detém todo o controle da prestação de serviços”. O trabalhador, revestido pelo manto da pessoa jurídica, não é o detentor do capital e dos meios para a realização dos serviços contratados, pois estes são fornecidos pelo empregador. Dessa atividade, surge uma dependência econômica da pessoa jurídica em

em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/camilla_carpes.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 8.

²⁶ Carvalho, Maria Amélia Lira de. Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador. Salvador, 2010. 153f. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Orientação: Profa. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges. Disponível em: http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-1022T124554Z161/Publico/MARIA%20A%20MELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013. p.62.

²⁷ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. Disponível em: <<http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/bc-28-e-29/fraudes-nas-relacoes-de-trabalho-morfologia-e-transcendencia>>. Acesso em: 4 de março de 2013.

relação ao empregador, haja vista ser o serviço, em regra, prestado de forma exclusiva, tendo os ganhos obtidos natureza salarial, como remuneração em face do labor.²⁸

Essa contratação de pessoas físicas através da constituição de pessoas jurídicas visa encobrir a relação de emprego e vem sendo percebida no Brasil desde a década de 1980. De acordo com Camilla Carpes, esse fenômeno é uma forma deturpada de terceirização, porque, “enquanto na terceirização lícita são admitidas somente quatro situações-tipo pela Súmula 331, do TST, todas executadas sem subordinação direta e pessoalidade, na pejetização a finalidade é ocultar a relação empregatícia, desprezando o tipo de serviço terceirizado.”²⁹

Esse tipo de contratação normalmente ocorre para burlar uma relação de emprego, em que a empresa contratante deveria assumir as expensas e encargos trabalhistas relativos a seu funcionário, mas, em busca de maior produtividade e lucro, utiliza-se de expediente ilícito para não se responsabilizar por despesas decorrentes da relação de emprego.³⁰

Trata-se, pois, de modalidade de fraude à relação de trabalho, que tem se tornado muito frequente em diversos setores econômicos e ramos de atividade, apresentando maior expressividade nas áreas hospitalar, de informática, indústria de entretenimento e de veículos de comunicação.

O trabalhador, nas palavras de Costa e Ternus, apresenta-se como figura hipossuficiente na relação de trabalho, motivo pelo qual muitas vezes se vê obrigado a ceder a tais circunstâncias para se garantir economicamente, ainda que sejam sucumbidos os seus direitos trabalhistas. Em razão da má-distribuição de rendas, da precarização das relações de trabalho e da concorrência no mercado de trabalho, muitos indivíduos se sujeitam a essa situação pelo fato de dependerem desses recursos para sua subsistência, aceitando tal condição para que possam se manter estáveis, ainda que provisoriamente.³¹

Nesse sentido, Couto Filho explicita a precarização da situação atual dos trabalhadores em face da pejetização:

²⁸ Ibidem.

²⁹ CARPES, Camilla Luz. A contratação de pessoas físicas como pessoas jurídicas em fraude ao Direito do Trabalho: O Fenômeno da Pejetização. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica, 2011. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos_2011_2/camilla_carpes.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013.

³⁰ COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejetização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Disponível para download em: <editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 9.

³¹ Ibidem. p. 10-13.

Ora, se o empregado aceita coletivamente a precarização de suas condições de trabalho para preservar o emprego, oportunidade em que possui menor dificuldade para exercer seu direito de resistência, individualmente, sem sombra de dúvidas, aceitará condições bem piores impostas pelos Empregadores.

[...]

No fundo, nem os sindicatos têm resistido às pressões exercidas pelas categorias econômicas, ávidas em flexibilizar ainda mais as relações trabalhistas, conforme se verifica de inúmeros acordos e convenções coletivas de trabalho.

[...] os trabalhadores intelectuais brasileiros não possuem condições reais de exercerem livremente o direito de opção para a contratação de seus serviços através de pessoa jurídica ou pelo vínculo de emprego.³²

Outrossim, muitos trabalhadores são atraídos por supostas vantagens oferecidas com a contratação por meio da constituição da pessoa jurídica, como o não pagamento de imposto de renda como pessoa física, mas como pessoa jurídica, o que, em tese, abriria diversas possibilidades de descontos de despesas. No entanto, ainda que o trabalhador opte por essa modalidade de contratação, a vontade do empregado não poderá ser invocada para exclusão da relação de emprego³³, como adiante será demonstrado.

Cumprido salientar que a pejetização tem sido justificada com base em tortuosa interpretação da Lei 11.196/2005, “lei que regula a instituição de regimes de tributação, compra de capital de empresas exportadoras, incentivos fiscais e outras providências, em especial o art. 129, que dispõe sobre a contratação de pessoas jurídicas para a prestação de serviços intelectuais”.³⁴ O art. 129 dispõe, *in verbis*, que

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.

Supostamente, esta lei teria sido promulgada com o intuito de conferir legalidade à prática da pejetização. Neste contexto, Ronaldo Lima dos Santos relembra matéria publicada em 23.11.2005, no jornal Folha de São Paulo, em que Célia Regina Camachi Stander noticiou

³² COUTO FILHO, Eduardo Soares do e RENAULT, Luiz Otávio. A “pejetização” e a precarização das relações de Trabalho no Brasil. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejetizacao%20Renaul.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 7-8.

³³ CARPES, Camilla Luz. A contratação de pessoas físicas como pessoas jurídicas em fraude ao Direito do Trabalho: O Fenômeno da Pejetização. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica, 2011. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos_2011_2/camilla_carpes.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013. P. 9.

³⁴ COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejetização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Disponível para download em: <editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 9-12.

que o referido dispositivo legal seria “obra de um *lobby* liderado por empresas de comunicação”, com o fito de “evitar questionamentos à contratação de profissionais liberais na condição de pessoa jurídica, em especial as chamadas ‘empresas de uma pessoa só’”. A mesma matéria trouxe pronunciamento da Receita Federal em sentido contrário ao texto legal, em razão de tal dispositivo abrir “caminho para disfarçar vínculos empregatícios e driblar o fisco”.³⁵

Em face do referido dispositivo legal, surgem duas correntes doutrinárias que analisam a possibilidade e a legalidade do fenômeno da pejetização, no que tange à existência ou não de hipossuficiência no trabalho intelectual. Nesse sentido, Eduardo Couto Filho e Luiz Renault afirmam que a dúvida dos intérpretes se refere à viabilidade de “o destinatário da norma trabalhista poder se despojar da proteção que lhe é inerente, principalmente no tocante aos direitos de indisponibilidade absoluta.”³⁶

De um lado, há uma corrente que sustenta não existir hipossuficiência do trabalhador no serviço intelectual, de modo que seria viável a esse indivíduo escolher qual sistema normativo se aplicaria ao contrato firmado, podendo dispor, por sua vontade, das normas protetivas do trabalhador. Caso optasse por abdicar das garantias asseguradas pela CLT, essa falta seria compensada com os incentivos fiscais e previdenciários.³⁷

Esse é o entendimento que fundamenta o discurso em defesa da pejetização. De acordo com essa linha de pensamento, a hipossuficiência do empregado em relação ao empregador seria eliminada na realização de trabalhos intelectuais porque não haveria inferioridade na relação. Assim, restaria ao trabalhador, sob a forma de pessoa jurídica, apenas a contraprestação que lhe fosse devida em razão da prestação de serviços intelectuais.³⁸

Corrente diversa, por seu turno, sustenta que não importam as condições econômicas do trabalhador, nem o prestígio que obtenha; a hipossuficiência do empregado seria o bastante para justificar a aplicação do Direito do Trabalho. Desse modo, a legislação trabalhista será

³⁵ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. Disponível em: <<http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/bc-28-e-29/fraudes-nas-relacoes-de-trabalho-morfologia-e-transcendencia>>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 12.

³⁶ COUTO FILHO, Eduardo Soares do e RENAULT, Luiz Otávio. A “pejetização” e a precarização das relações de Trabalho no Brasil. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejetizacao%20Renaul.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 6.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejetização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Disponível para download em: <editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 11.

sempre aplicável, pois a CLT, conforme se observa do disposto no seu artigo 3º, parágrafo único, não faz distinções entre os trabalhos intelectual, técnico e manual.³⁹

Sobre este posicionamento, Jéssica Schneider enaltece a impossibilidade de se afastar a aplicação das normas de proteção ao trabalhador pela vontade das partes, em razão da vulnerabilidade do empregado em face do empregador:

[...] as normas de direito do trabalho são aplicáveis independentemente da vontade das partes e da aparência que as mesmas quiseram dar à relação jurídica travada. Assim, ainda que não se constate a simples anuência do trabalhador com a adoção do contrato civil de prestação de serviços, isto é, mesmo que haja uma real negociação entre as partes, não é dado às mesmas fugir à aplicação dos preceitos trabalhistas, mesmo porque, como já tratado à exaustão, o empregado jamais estará em uma situação de igualdade tal em relação ao seu empregador que lhe permita discutir os termos do contrato sem abrir mão de determinados direitos, o que, por si só, já reclama a proteção do direito do trabalho.⁴⁰

Segundo Ronaldo Lima, o referido art. 129 da Lei 11.196/2005 deve ser interpretado de forma sistemática, “não possuindo o condão de afastar o reconhecimento do vínculo de emprego entre o trabalhador – contratado sob o manto de pessoa jurídica – e o empregador”, tendo em vista que as normas trabalhistas no Brasil protegem todos os indivíduos que prestem serviços nos moldes dos arts. 2º e 3º da CLT, “imputando o vínculo de emprego diretamente ao tomador dos serviços, independentemente da configuração jurídica dada à relação ou da forma de contratação do empregado”.⁴¹

Ademais, acrescenta o autor que

[...] referido preceito legal é flagrantemente inconstitucional por violação do princípio da igualdade insculpido no artigo 5º, I, e no artigo 7º, XXX e XXXII, ambos da CF/88, e este último dispositivo constitucional é peremptório ao prescrever a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”, pois, presentes os requisitos da relação de emprego, é indiferente para a configuração da relação de emprego o exercício ou não de atividade intelectual.⁴²

Do quanto exposto, percebe-se que a autonomia imputada aos trabalhadores intelectuais não é elemento por si só suficiente para que se permita o afastamento da proteção

³⁹ COUTO FILHO, Eduardo Soares do e RENAULT, Luiz Otávio. A “pejotização” e a precarização das relações de Trabalho no Brasil. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Renaul.pdf> Acesso em: 4 de março de 2013. p. 6.

⁴⁰ SCHNEIDER, Jéssica Marcela. O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de março de 2013. p. 53.

⁴¹ Ibidem. p. 12.

⁴² Ibidem.

conferida pelo ordenamento jurídico trabalhista, sob pena de se aceitar meios formais criados para descaracterizar o vínculo empregatício, configurado no plano fático.⁴³

5 CONSEQUÊNCIAS DA SUBSTITUIÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO PELO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

O discurso em defesa da pejetização, como já analisado anteriormente, prega que a renúncia aos direitos trabalhistas, quando o trabalhador presta serviço como pessoa jurídica, seria recompensadora, tendo em vista o aumento da remuneração, em razão da redução do pagamento de impostos.

No entanto, não é isso que se observa. Em verdade, o trabalhador estaria realizando atividades típicas de empregado, sem, no entanto, ser beneficiado com as garantias que são inerentes à sua atividade. Ocorre uma fraude à relação de emprego, em que o trabalhador possui seus direitos aviltados, em benefício da empresa, que anseia por redução de custos e aumento de produtividade.

No processo de pejetização, são negados ao trabalhador direitos protegidos pelo Direito do trabalho, a exemplo da limitação da carga horária de trabalho, descanso semanal remunerado, férias remuneradas com adicional de um terço, décimo terceiro salário, verbas rescisórias, salário mínimo, horas extras, direitos decorrentes de acidente de trabalho, auxílio doença, auxílio reclusão, licença maternidade, entre outros, somados à falta de segurança quanto ao labor nessas condições.⁴⁴

Além de ter seus próprios direitos trabalhistas suprimidos, ressalta Laura Machado de Oliveira, que “o empregado ainda terá que arcar com as despesas provenientes de uma pessoa jurídica, como o contador, o pagamento de impostos e contribuições de abertura, manutenção e encerramento da firma, além de assumir os riscos de um negócio que não tem razão de existir.”⁴⁵

Nesse sentido, Sandra Turcato e Rosualdo Rodrigues, em matéria publicada na segunda edição do ano de 2008, da revista da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, afirmam que

⁴³ COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejetização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Disponível para download em: <editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 12.

⁴⁴ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23588>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

⁴⁵ Ibidem.

Tem sido prática cada vez mais comum a de empresas que contratam funcionários na forma de pessoa jurídica (PJ). Ou seja, o empregado é levado a constituir empresa e passa a receber mensalmente como prestador de serviço. Há ainda casos em que o empregado compra uma nota fiscal de uma terceira empresa para apresentar ao empregador, mediante o recebimento do salário. Nesse tipo de relação, quem contrata paga menos impostos e se isenta de inúmeras responsabilidades. Quem é contratado abre mão de seus direitos trabalhistas – como FGTS + 40%, férias, 13º salário, horas extras, verbas rescisórias – e assume gastos para manter a pessoa jurídica, como emissão de nota fiscal e administração contábil. Visto que a simulação relaciona-se com o fato de que trabalhadores passam a prestar serviços para uma empresa como empregados, estes se passando por empresários, os encargos previdenciários decorrentes desta relação de emprego estariam sendo eliminados pela pretensa contratação de serviços de pessoas jurídicas.⁴⁶

Ademais, conforme explicita Laura Machado, os trabalhadores enfrentam ainda a dificuldade de sindicalização, e conseqüentemente, são prejudicados pela falta de realização de acordos ou convenções coletivas, instrumentos essenciais para a reivindicação de direitos, com vistas a impedir abusos eventualmente cometidos pelo empregador, acarretando também o enfraquecimento da categoria.⁴⁷

Se não bastasse o prejuízo social para o trabalhador, ainda é possível verificar danos provocados pelo fenômeno da pejetização à Previdência Social e a seus beneficiários em razão de sonegação fiscal, tendo em vista que há uma redução do montante recolhido em face do serviço prestado por pessoa jurídica em comparação ao recolhimento advindo do trabalhador cuja atividade é regida pela CLT.⁴⁸

Prejuízos também podem ocorrer ao erário, tendo em vista que determinadas parcelas a que o empregado faz jus devem ser destinadas ao financiamento de políticas públicas, a exemplo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, como demonstrado por Jéssica Schneider:

À guisa de exemplo, cite-se o caso do FGTS, cujos recursos, além de representarem uma garantia aos empregados, devem ser aplicados no financiamento de programas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana, a teor do disposto no parágrafo segundo do artigo 9º da Lei nº 8.036/9097. Como na ocorrência de pejetização o empregador não efetuará o recolhimento dos depósitos do FGTS do

⁴⁶ TURCATO, Sandra; RODRIGUES, Rosualdo. Pj é artifício para sonegação de direitos. Revista Anamatra, Brasília, n.º 55, p. 11-15, 2º semestre de 2008. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00000743.pdf>>. Acesso em: 13 de março de 2013.

⁴⁷ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23588>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

⁴⁸ CARPES, Camilla Luz. A contratação de pessoas físicas como pessoas jurídicas em fraude ao Direito do Trabalho: O Fenômeno da Pejetização. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica, 2011. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/camilla_carpes.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 11.

trabalhador – pois é um direito próprio dos empregados –, estarão as partes causando prejuízos também ao erário.⁴⁹

O empregador, por sua vez, almejando a redução significativa de custos, aumento de produtividade e, conseqüentemente, de rendimentos, deixa de assegurar direitos trabalhistas inerentes à relação de emprego, maquiada pela pejetização.

Assim, o empregador é beneficiado com a redução da carga tributária, com a prestação de serviços ininterruptos durante todo o ano, com o não pagamento da porcentagem referente ao INSS, da contribuição para o Sistema “S”, bem como da alíquota de 8% referente ao FGTS, da indenização dele decorrente e aviso prévio proporcional.⁵⁰

Para justificar essa abstenção, as empresas afirmam que, diminuindo os encargos sociais, reduzem-se os preços dos produtos e, conseqüentemente, aumenta-se o consumo, o que impulsiona a produtividade, contribuindo, assim, para o crescimento socioeconômico do país.⁵¹

Sobre o tema, Simone Costa e Felipe Ternus se contrapõem à suposta vantagem econômica e social levantada pelas empresas em defesa do fenômeno da pejetização:

As empresas tendo menores despesas, em tese alcançariam o mercado com maior facilidade, aumentando a geração de renda e a acumulação de capitais. Aos mais favorecidos, a redução da carga trabalhista torna a produção menos onerosa, neste contexto, produtos e serviços podem ser gerados e consumidos com valor reduzido, o que na prática não se consolida, já que toda diminuição de despesa, acaba sendo percebida como lucro e não é repassada aos consumidores finais.⁵²

Ronaldo Lima dos Santos, por seu turno, revela a complexidade do fenômeno, demonstrando que seus efeitos transcendem o âmbito individual do trabalhador, para atingir também importância social, econômica e política, repercutindo de forma nefasta sobre a sociedade em seus variados aspectos:

⁴⁹ SCHNEIDER, Jéssica Marcela. O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de março de 2013.

⁵⁰ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23588>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

⁵¹ MARGARIDA, Silvânia Mendonça Almeida. O direito do trabalho e o fenômeno da pejetização em sua origem, contextualização e conseqüências. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8824>. Acesso em : 4 de março de 2013. p. 4.

⁵² COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejetização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Disponível para download em: <editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 18-20.

Ao se contratar empregados por meio de mecanismos jurídicos fraudulentos, além da sonegação de direitos sociais dos trabalhadores, referida prática reflete-se por toda a ordem jurídica social, pois, por meio dela, 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, precarizam-se as relações de trabalho com prejuízos ao meio ambiente de trabalho e, conseqüentemente, à integridade física e à saúde dos trabalhadores, com aumentos de gastos estatais nesse setor; acentuam-se as desigualdades sociais e os problemas delas decorrentes; asoberba-se o Judiciário trabalhista com uma pletera de demandas judiciais. Enfim, referidas condutas causam intensa perturbação ao corpo social, suscitando uma reparação pelos danos sociais e morais coletivos, nos termos das Leis n. 7.347/1985 e 8.078/1990, cuja responsabilização já está amplamente consolidada na doutrina e na jurisprudência.⁵³

Observa-se, pois, que a substituição do contrato individual de trabalho pelo contrato de prestação de serviço por pessoa jurídica se configura como fraude à relação de emprego, praticada e incentivada pelas empresas com o intuito de reduzir os custos através do descumprimento de encargos que a legislação trabalhista lhes impõem em face do trabalhador, sem haver, para estes, qualquer vantagem ou garantia.

6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE NO COMBATE À PEJOTIZAÇÃO

No combate ao fenômeno da pejotização, os princípios tornam-se extremamente importantes, na medida em que a legislação não apresenta qualquer dispositivo expresso que possa ser aplicado nesse sentido. Resta a aplicação do art. 8º da CLT, que autoriza a utilização de princípios para a resolução de controvérsias diante da falta de regra específica para regular a matéria⁵⁴, *in verbis*:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

⁵³ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. Disponível em: <<http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/bc-28-e-29/fraudes-nas-relacoes-de-trabalho-morfologia-e-transcendencia>>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 17.

⁵⁴ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejotização e a precarização das relações de emprego. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23588>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

Nesse contexto, Jéssica Schneider explicita a relevância do princípio da primazia da realidade, um dos pilares do Direito do Trabalho, ao trazer o entendimento de Mario de La Cueva sobre o tema:

A existência de uma relação de trabalho depende, em consequência, não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador se ache colocado, porque [...] a aplicação do Direito do Trabalho depende cada vez menos de uma relação jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Donde resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.⁵⁵

O princípio da primazia da realidade sobre a forma, segundo Jéssica Schneider, tem por objetivo a “busca pela verdade dos fatos e, em última análise, o bem jurídico por ele tutelado é a dignidade da pessoa humana, promovida através da valorização do trabalho”.⁵⁶

Conforme ensinam Costa e Ternus, demonstrados os fatos, estes não poderão ser suprimidos por documentos ou outras formalidades em sentido diverso. Sendo o contrato individual de trabalho um “contrato- realidade”, o que determina a sua existência é a realidade dos fatos, independentemente de como estejam dispostos no contrato escrito. Assim, o que se extrair dos fatos preferirá a qualquer formalidade que não corresponda à verdadeira conotação da relação analisada. Tal princípio se constitui, pois, como importante instrumento para encontrar a verdade real de uma situação trabalhista litigiosa, na medida em que orienta o intérprete a investigar se a essência da norma trabalhista foi efetivada pelas partes.⁵⁷

O princípio da primazia da realidade torna-se, assim, fundamental para combater as tentativas de afastar as normas protetivas aplicáveis à verdadeira relação de emprego

O intérprete, com base no princípio da primazia da realidade sobre a forma e, portanto, consciente de que deverá privilegiar o plano fático, terá o arcabouço necessário para analisar o caso e verificar se na relação estão presentes os elementos caracterizadores do contrato individual de trabalho, nos moldes da CLT. Isso porque, nas palavras de Jéssica Schneider, servindo-se do princípio da primazia da realidade, o magistrado possui os “critérios necessários para selecionar, dentre os fatos que se apresentam no caso concreto, aqueles que

⁵⁵ Mario de la Cueva *apud* SCHNEIDER, Jéssica Marcela. O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de março de 2013.

⁵⁶ SCHNEIDER, Jéssica Marcela. O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de março de 2013. p. 57.

⁵⁷ COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejotização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Disponível para download em: <editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 4 de março de 2013.

se mostram relevantes à solução da controvérsia e que lhe permitem contrastar a realidade fática com os registros documentais, uma vez que o bem jurídico tutelado é a verdade real.”⁵⁸

Não obstante possa o referido princípio ser aplicado isoladamente, não se pode olvidar que se mostra também eficiente a sua utilização combinada com alguns dispositivos legais que a seguir serão analisados.

Inicialmente, o art. 3º da CLT traz os elementos necessários para se qualificar um trabalhador como empregado, configurando a relação de emprego. Por sua vez, o art. 9º, dispõe que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” E, por fim, o art. 442 aduz que o “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego”.

Da análise dos três dispositivos acima à luz do princípio da primazia da realidade, extraem-se algumas consequências: estando presentes os requisitos do art. 3º da CLT, haverá relação de emprego, devendo ser aplicadas as normas trabalhistas. Qualquer ato que vise frustrar essa proteção será configurado como fraude e deverá, por conseguinte, ser anulado. Ademais, mesmo que as partes não pactuem sob a denominação de relação de emprego, isso não será obstáculo para o seu reconhecimento, tendo em vista que o contrato individual de trabalho pode ser pactuado tacitamente, conforme visto em disposição do art. 442.⁵⁹

Pode-se analisar os três dispositivos legais citados de maneira conjunta e aliados ao princípio da primazia da realidade, visando à manutenção da coerência do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, e ainda separadamente, uma vez que a aplicação de qualquer deles conduz às mesmas consequências. Embora não haja nenhuma regra específica a respeito da pejetização e seus efeitos, o princípio em questão permite estabelecer uma relação entre as regras existentes, de tal forma que, por meio de sua aplicação conjunta, é possível atingir a solução da controvérsia.

Outrossim, aliado ao princípio da primazia da realidade sobre a forma, se faz importante a observância de outros princípios vetores do sistema de proteção ao trabalhador, cuja aplicação também pode ser eficiente no combate ao fenômeno da pejetização.

O Direito do Trabalho é um ramo especial, na medida em que apresenta a peculiaridade de reconhecer a desigualdade existente entre os sujeitos da norma. Partindo

⁵⁸ SCHNEIDER, Jéssica Marcela. O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de março de 2013. p. 58.

⁵⁹ Ibidem. p. 59

desse pressuposto, os princípios que o alimentam têm como finalidade a correção dessas disparidades sociais. Surgem, assim, os princípios da primazia da realidade, da proteção e da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas.⁶⁰

Segundo o ensinamento de Alice Monteiro de Barros:

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante de sua condição de hipossuficiente.

[...]

O fundamento do princípio da norma mais favorável é a existência de duas ou mais normas, cuja preferência na aplicação é o objeto de polemica. Esse princípio autoriza a aplicação da norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia.⁶¹

O princípio da proteção, segundo Costa e Ternus, é tido como “o mais importante e fundamental para a construção, interpretação e aplicação do Direito do Trabalho”, pois, ao se inspirar em um propósito de igualdade, visa estabelecer uma proteção preferencial ao trabalhador.⁶²

Enfim, nota-se que o princípio está intimamente ligado ao próprio fundamento do Direito do Trabalho- um direito social que visa garantir uma maior proteção à parte hipossuficiente da relação, qual seja o trabalhador. Contudo, não se trata simplesmente de um método interpretativo, mas de um princípio geral que inspira todo o sistema trabalhista, devendo ser observado também em sua aplicação.⁶³

Quanto ao princípio da norma mais favorável, Costa e Ternus explicam que “independentemente de hierarquia das normas trabalhistas, dá-se preferência àquela que for mais favorável ao trabalhador”, ou seja, prevalece a condição que lhe for mais benéfica.⁶⁴

A pejotização ainda encontra óbice no princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. As partes não podem, por vontade própria, suprimir ou reduzir direitos adquiridos ao longo de tantos anos de lutas e conquistas. Os contratantes apenas podem ampliar a

⁶⁰ COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejotização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Disponível para download em: <editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 14-18.

⁶¹ Barros, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Ed. São Paulo : LTr, 2008. p.180.

⁶² Ibidem.

⁶³ COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejotização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Disponível para download em: <editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 4 de março de 2013. p. 14-18.

⁶⁴ COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejotização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Disponível para download em: <editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 4 de março de 2013.

proteção, mas não reduzir. Laura Machado explica que “as normas trabalhistas, como são de natureza cogente, isto é, vinculada, são de aplicação obrigatória, portanto não cabem às partes do contrato escolher qual será a natureza do contrato celebrado.”⁶⁵

Nesse mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado ensina que “as regras justralhistas são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes.”⁶⁶

Assim, não é permitido ao empregado renunciar aos direitos que lhe foram assegurados através da lei ou de contrato, não lhe sendo legítimo abrir mão da sua condição de empregado. Se eventualmente decidir renunciar a essa proteção, sua manifestação será inválida, em razão da presunção consubstanciada no art. 171, II, do Código Civil, de que o empregador teria se valido da coação para manipular a “vontade” do trabalhador.⁶⁷

7 EFEITOS DO RECONHECIMENTO DE FRAUDE À RELAÇÃO TRABALHISTA

A CLT, em seu art. 442, preceitua que o “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Nesse sentido, como já afirmado anteriormente, a relação de emprego será configurada, ainda que a prestação de serviço ocorra por meio de contrato formalmente intitulado com outra denominação, desde que estejam presentes os elementos caracterizadores do “contrato individual de trabalho”.⁶⁸

A pejotização, nas palavras de Laura Machado de Oliveira, “é uma repressão imposta pelos empregadores com o intuito de não aplicar a legislação trabalhista”. Conforme a autora, esse fenômeno pode ser enquadrado como fraude à relação trabalhista, nos moldes do art. 9º da CLT, que dispõe: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.⁶⁹

Verificada a existência de fraude por meio da pejotização, o magistrado deverá anular o contrato de prestação de serviços e declarar nula a constituição da pessoa jurídica pelo

⁶⁵ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejotização e a precarização das relações de emprego. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23588>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 201.

⁶⁷ SCHNEIDER, Jéssica Marcela. O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de março de 2013.

⁶⁸ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejotização e a precarização das relações de emprego. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23588>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

⁶⁹ Ibidem.

trabalhador. Deverá, ainda, o juiz, reconhecer o vínculo empregatício, procedendo às respectivas consequências, como efetuar as anotações na CTPS do trabalhador e o pagamento de valores que lhes são de direito, em face das normas trabalhistas.⁷⁰

Ressalta Jéssica Schneider que o termo inicial do vínculo empregatício ocorre no momento em que a pessoa jurídica for constituída e se observar a presença das características de uma relação de emprego. Considera-se a relação de emprego existente no momento em que seus requisitos estejam presentes, não por meio de condenação. Neste momento, o empregador já estaria em mora, visto que a decisão judicial é meramente declaratória, não constitutiva.⁷¹

No que se refere à prestação de serviços por trabalhadores intelectuais, é digno de nota que, embora tenha se adotado uma interpretação equivocada do art. 129 da Lei 11.196/2005 para justificar o fenômeno da pejetização, sua aplicação será regular e, portanto, não haverá fraude, quando o uso da pessoa jurídica “ocorrer no momento de prestações de serviços não habituais e/ou sem subordinação, apenas para suprir alguma demanda específica, isto é, de caráter temporário ou esporádico”, como explica Laura Machado. Nesse caso, não se estará burlando a relação de emprego, pois restará configurado um contrato de prestação de serviços verdadeiro. No entanto, se for uma atividade habitual, e presentes os demais requisitos para a configuração da relação de emprego, independentemente do tipo de serviço prestado, a utilização da pessoa jurídica criada pelo trabalhador será considerada fraudulenta e serão aplicados os preceitos empregatícios.⁷²

A pejetização também pode ter repercussão na seara criminal, em caso de restar configurado, em ação penal, o delito tipificado no art. 203 do Código Penal como hipótese de crime contra a organização do trabalho.⁷³ Segundo o referido dispositivo, constitui-se crime de frustração de direito trabalhista: “Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho. Pena: detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

A CLT, em seu art. 8º, parágrafo único, prevê ainda a possibilidade de aplicação do art. 166 do Código Civil, segundo o qual é considerado nulo o negócio jurídico que “tiver por

⁷⁰ SCHNEIDER, Jéssica Marcela. O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de março de 2013. p. 61.

⁷¹ Ibidem.

⁷² OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23588>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

⁷³ Ibidem.

objetivo fraudar lei imperativa”. Também o artigo 167, do mesmo diploma legal, dispõe ser nulo o negócio jurídico simulado, subsistindo o que se dissimulou, caso seja válido em substância e forma. Ou seja, no Código Civil, como enaltece Laura Machado, também se encontra respaldo para anular o contrato simulado de prestação de serviço por pessoa jurídica, considerando-se o contrato de emprego dissimulado.⁷⁴

Enfim, o fenômeno da pejetização se constitui em meio fraudulento que pode ser afastada, com prevalência da relação de emprego e seus efeitos, por determinação de autoridade judicial, com base em conteúdo axiológico ou nos dispositivos legais supracitados.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da pejetização, em consonância com o art. 9º da CLT, configura-se como fraude à relação de emprego e à aplicação do Direito do Trabalho, na medida em que visa desconstituir o vínculo empregatício, por meio da atuação do trabalhador na figura de pessoa jurídica, com o intuito de reduzir os custos de produção ao se eximir, a empresa, de cumprir com os encargos estabelecidos pelas normas protetivas do trabalhador.

Como demonstrado ao longo do presente estudo, tal prática, ao contrário do que o discurso patronal possa aduzir, não confere quaisquer benefícios ao trabalhador, que se vê despidido de direitos que são iminentes à relação de emprego forjada pelo manto da pessoa jurídica por ele constituída por coação do empregador.

Esse artifício, todavia, não tem o condão de afastar a aplicação do Direito do Trabalho, em razão de suas normas terem caráter cogente. Estando presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, nos moldes dos arts. 2º e 3º da CLT, restará configurada, sendo, pois, irrelevante a denominação que as partes utilizarem para intitular o negócio jurídico firmado.

Assim, à luz do princípio da primazia da realidade sobre a forma, afasta-se o contrato de prestação de serviço simulado para encobrir a relação empregatícia verdadeira e legítima, reconhecendo-se, por consequência, todos os direitos que fazem jus ao trabalhador desde a constituição da pessoa jurídica pelo empregado, anulada, por sua vez, em decisão judicial.

⁷⁴ Ibidem

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 17 de março de 2013.

BRASIL. Código Civil: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 de março de 2013.

BRASIL. Consolidação de leis trabalhistas: decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 de março de 2013.

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed., São Paulo LTR, 2006.

CARPES, Camilla Luz. A contratação de pessoas físicas como pessoas jurídicas em fraude ao Direito do Trabalho: O Fenômeno da Pejotização. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica, 2011. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/camilla_carpes.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013.

Carvalho, Maria Amélia Lira de. Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador. Salvador, 2010. 153f. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Orientação: Profa. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges. Disponível em: <[http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-1022T124554Z161/Publico/MARIA%20AM ELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf](http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-1022T124554Z161/Publico/MARIA%20AM%20ELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf)>. Acesso em: 4 de março de 2013.

CATHARINO, José Martins. Compêndio de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1982. v. 1.

COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejotização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Disponível para download em: <editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 4 de março de 2013.

COUTO FILHO, Eduardo Soares do e RENAULT, Luiz Otávio. A "pejotização" e a precarização das relações de Trabalho no Brasil. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Renaul.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2013.

MARGARIDA, Silvânia Mendonça Almeida. O direito do trabalho e o fenômeno da pejetização em sua origem, contextualização e consequências. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8824>. Acesso em : 4 de março de 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

GALVÃO, Andreia. Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil. Rio de Janeiro: Revan Ltda, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23588>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. Disponível em: <<http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/bc-28-e-29/fraudes-nas-relacoes-de-trabalho-morfologia-e-transcendencia>>. Acesso em: 4 de março de 2013.

SCHNEIDER, Jéssica Marcela. O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de março de 2013.

TURCATO, Sandra; RODRIGUES, Rosualdo. Pj é artifício para sonegação de direitos. Revista Anamatra, Brasília, n.º 55, p. 11-15, 2º semestre de 2008. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00000743.pdf>>. Acesso em: 13 de março de 2013.

VASAPOLLO, Luciano. O trabalho atípico e a precariedade. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2005.