

O FENÔMENO PEJOTIZAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS NO ATUAL CONTEXTO DA FLEXIBILIZAÇÃO

Fabiana Custodio Sales¹
Marcelo Rodrigues da Silva²
Artigo³

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é entender o fenômeno da pejotização e, verificar suas implicações no ordenamento jurídico. A chamada pejotização não é tema novo, mas pelo contrário, já vem sendo usado por empregadores há muito tempo como forma de burlar a legislação trabalhista, por meio da imposição dada pelo empregador para a constituição de uma pessoa jurídica com a finalidade de fugir de encargos trabalhistas, colocando em prejuízo os trabalhadores. Este tema é muito polemizado nos debates atuais e agora está mais afluído pela reforma trabalhista, portanto, se faz necessário entender os motivos para a utilização e disseminação desse fenômeno e as consequências de sua prática. Para isso a pesquisa será desenvolvida com análise doutrinária e com o uso do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Pejotização. Direito do trabalho. Fraude trabalhista. Violação de princípios

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 Breves considerações sobre a pessoa física e a pessoa jurídica no direito do trabalho. 2 Relação de trabalho e relação de emprego. 2.1 Requisitos que caracterizam a relação de emprego. 3 O atual contexto da flexibilização. 4 O fenômeno da pejotização. 5 Aplicação dos princípios trabalhistas em combate a pejotização. 5.1 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. 5.2 Princípio da primazia da realidade sobre a forma. 5.3 Princípio da proteção ao trabalhador. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Esse artigo tem por objetivo estudar o fenômeno da pejotização, bem como fazer uma análise de como esse fenômeno é usado e as consequências que ele traz ao trabalhador.

¹Aluna do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

²Professor Ms/Dr. do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

³ Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

A “pejotização” possui o neologismo com a sigla PJ, usada para a expressão pessoa jurídica (STANDER apud SANTOS. 2008 p. 98).

O fenômeno da “pejotização” surgiu como uma nova modalidade de contratação que consiste em o empregador determinar que o trabalhador constitua uma pessoa jurídica e assim ser tratado como uma empresa para prestação de serviço e não como empregado, a finalidade disto é o empregador burlar a legislação trabalhista para não ter encargos com o empregado, como resultado o empregado tem seus direitos lesados.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2012, p. 136) “o direito do trabalho não se ocupa de todas as formas de trabalho, mas apenas daquela que apresenta especificidades e das relações coletivas que nele se instauram”. Ainda, no mesmo sentido, o autor afirma que o trabalho sempre deve ser realizado por pessoa física - “não se destina a disciplinar a atividade ou prestação de serviços de pessoas jurídicas, a menos que no desenho desta haja fraude para encobrir, na verdade, o trabalho de uma pessoa física”.

Porém, essa forma de contratação pode ser afastada no caso concreto pelos aplicadores do direito, observando assim os princípios trabalhistas, um dos princípios que podem ser usados é o princípio da primazia da realidade.

Américo Plá Rodriguez (1997, p. 217), esclarece 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”.

Porém com a evolução da sociedade, há também a evolução do Direito, onde ganha espaço a corrente da flexibilização, portanto, é importante analisar até que ponto os contratos de trabalho podem ser flexibilizados, bem como a pejotização frente a flexibilização.

Para tanto será feita a análise do fenômeno pejotização, as suas características, as consequências do uso dessa modalidade fraudatória, bem como o estudo dos princípios trabalhistas neste contexto.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PESSOA FÍSICA E JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO

Para melhor entender o tema, se faz necessário compreender os conceitos pessoa física e jurídica no âmbito trabalhista.

Observa-se que a pessoa física no âmbito do direito do trabalho normalmente é compreendida como o trabalhador, que presta serviços ao empregador, de maneira não eventual, sob dependência deste e mediante salário, conforme o artigo 3º da CLT:

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

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

Por outro lado, a pessoa jurídica é a empresa na figura do empregador, tomador da mão da obra, que contrata dirige e assalaria a prestação de serviços, conforme a definição dada pela CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - 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.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Portanto é através do contrato de trabalho que fica definido esta relação, porém nos últimos tempos esta ocorrendo o desvirtuamento do estabelecido pela CLT, passando a transformar o trabalhador pessoa física, em pessoa jurídica.

2 RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Inicialmente, cumpre esclarecer que há a necessidade de se compreender primeiro a diferenciação das expressões relação de trabalho e relação de emprego. A relação de trabalho é mais abrangente, por isso é tratada como gênero e relação de emprego é uma espécie deste. Se compreende como trabalho todas as relações jurídicas onde se tem uma obrigação de fazer, realizadas com trabalho humano por meio de recebimento de uma contraprestação. Já a relação de emprego segue a mesma linha de raciocínio, porém é necessário alguns requisitos para que esteja caracterizado esta relação.

Delgado conceitua relação de trabalho como:

Todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, e etc). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de trabalho existente no mundo jurídico atual. (DELGADO, 2011, p.275)

Podemos observar portanto, que a relação de trabalho, sendo mais abrangente, pode se compreender como toda relação de trabalho humano. Por outro lado a relação de emprego engloba apenas as relações que cumpram com os requisitos exigidos e elencados na CLT.

De acordo com a CLT, para que esteja configurado a relação de emprego, é necessário que o trabalho seja prestado por pessoa física, com personalidade, ou seja, desenvolvido pela mesma pessoa, que não seja eventual, mas sim com caráter continuado, de maneira onerosa e de maneira subordinada, conforme descrito no texto da CLT.

Portanto as relações de emprego são regidas pela CLT, enquanto as relações de trabalho veremos que são regidas pelo Código Civil conforme artigos 593 e 594:

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

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

A grande diferença portanto entre as duas expressões, além de serem tratadas em leis diferentes, podemos observar que no que se refere a relação de emprego, esta foi delineada pelo Direito de Trabalho com o fim de garantir direitos mínimos aos trabalhadores que geram renda de forma subordinada e continuada.

2.1 Requisitos que Caracterizam a Relação de Emprego

Assim, como já mencionado o contrato de trabalho figura como gênero, abrangendo, portanto, o contrato de emprego. Esse “diz respeito à relação entre empregado e empregador e não a outro tipo de trabalhador” (MARTINS, 2011, p. 88). Portanto, a definição de empregado pode ser conceituado como a “pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica” (BARROS 2011, p. 207).

Para que reste configurado a relação de emprego, temos portanto que se evidencie todos os requisitos elencados na CLT conforme artigo 3º: “Considera-se empregado toda

pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Maurício Godinho Delgado bem resume os pressupostos necessários para o reconhecimento do vínculo empregatício:

- a) prestação do trabalho por pessoa física a um tomador qualquer;
- b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador;
- c) também efetuada com não eventualidade;
- d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços;
- e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade. (DELGADO, 2011, p. 279)

O primeiro requisito portanto, para configurar-se empregado em uma relação de emprego, é necessário que seja realizado por pessoa física. Assegura Maurício Godinho que “Os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.) importam a pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoa jurídica.”(DELGADO, 2011, p.280)

No mesmo entendimento Martins afirma que “não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica, podendo ocorrer, no caso, prestação de serviço, empreitada, etc.” (MARTINS,2011, p.101), assim sendo, os serviços quando realizados por pessoas jurídicas serão regidos pelo Código Civil.

Importante esclarecer que, mesmo quando houver prestação de serviço por pessoa jurídica, porém contendo todos os requisitos para se configurar a relação de emprego, no caso concreto a roupagem de pessoa jurídica não impede o reconhecimento do vínculo empregatício. Conforme também assegura Ricardo Resende:

(...) a existência das falsas pessoas jurídicas, também chamadas “PJ de um único sócio” ou “sociedades unipessoais”, as quais são geralmente “constituídas” por profissionais liberais que assumem a roupagem de pessoa jurídica como único meio de obter trabalho junto a grandes empresas, não impede o reconhecimento da relação de emprego, desde que presentes os demais requisitos. (RESENDE,2016, p.68)

Assim sendo, no caso de pejetização, o empregado é tratado como prestador de serviço, sendo regulado pelo Direito Civil, não impedido portanto de no caso concreto se analisar a verdades dos fatos, ou possível fraude na relação.

O segundo requisito necessário para configurar-se empregado em uma relação de emprego é a pessoalidade. Para Gomes e Gottschalk “esta obrigação não é fungível, isto é, não pode ser satisfeita por outrem, mas tão somente por quem a contraiu.” (GOMES;

GOTTSCHALK, 2005, P.81). Entende-se portanto, que o empregado não pode se fazer substituir por outrem, sem a anuência do empregador. No mesmo sentido Alice Monteiro de Barros Completa:

O pressuposto da pessoalidade exige que o empregado execute suas atividades pessoalmente, sem se fazer substituir, a não ser em caráter esporádico, com a aquiescência do empregador. É exatamente o fato de a atividade humana ser inseparável da pessoa do empregado que provoca a intervenção do Estado na edição de normas imperativas destinadas a proteger sua liberdade e personalidade. Resulta daí que empregado é sempre pessoa física. (BARROS, 2011, p. 207)

Ainda há outro requisito a ser suportado a fim de ter reconhecimento da relação de emprego, esse requisito é a habitualidade, ou seja, o trabalho deve ser prestado de maneira habitual, de forma continuada.

Nessa perspectiva, a CLT- prevê no seu artigo 3º que para ser considerado empregado precisa estar presentes os requisitos de ser pessoa física, prestar serviços com habitualidade, sob dependência do empregador, mediante contraprestação, ou seja, salário.

No mesmo raciocínio do referido dispositivo, as palavras de Maurício Godinho Delgado:

Nesse sentido, para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico. A continuidade da prestação (antítese à eventualidade) é, inclusive, expressão acolhida pela Lei n. 5.859/72 (Lei do Trabalho Doméstico), que se refere a “serviços de natureza contínua. (2011, p.283)

Portanto, a prestação de serviço não pode se dar de maneira ocasional, mas sim de forma continuada, de maneira que, faltando este requisito então não haverá o reconhecimento da relação de emprego. Porém vale ressaltar que há várias situações em que o empregado desempenha o serviço em determinados dias da semana, com horários previamente estipulados, como é o caso dos garçons.

Assim sendo, temos que o trabalho não necessariamente deve ser desempenhado diariamente, bastando que seja realizado com regularidade.

Outro requisito é a onerosidade, ou seja, a relação entre empregado e empregador está firmada em uma relação financeira, uma contraprestação pelo serviço prestado. Vólia Bomfim Cassar explica esse requisito, dizendo: “Não há contrato de emprego gratuito, isto é, efetuado apenas em virtude da fé, do altruísmo, da caridade, ideologia, reabilitação, finalidade social, sem qualquer vantagem para o trabalhador”. (2010, p.258)

Neste sentido, podemos observar que sem o requisito da onerosidade não há a relação de emprego, pois esta contraprestação é a finalidade que o empregado busca a fim de manter sua subsistência. De modo que também por este motivo o trabalho voluntário não configura relação de emprego por falta deste requisito.

O último requisito para se configurar a relação de emprego é a subordinação, classificado pela doutrina como sendo o requisito mais importante na relação de emprego, conforme as palavras de Ricardo Resende:

A subordinação é o requisito mais importante para a caracterização da relação de emprego. Constitui o grande elemento diferenciador entre a relação de emprego e as demais relações de trabalho, apresentando inquestionavelmente a importância na fixação do vínculo jurídico empregatício. (RESENDE, 2016, p. 74).

Conforme Martins (2011, p.140), subordinação significa que o trabalhador empregado é dirigido pelo empregador, de modo que se o trabalhador é dirigido por ele próprio, não se pode falar em empregado, mas sim em autônomo ou outra espécie de trabalho. A subordinação pressupõe o estado de sujeição que o empregado tem para o empregador, obedecendo este e executando suas ordens.

Temos que para a presente pesquisa este requisito é de extrema importância, pois no fenômeno da pejotização a pessoa jurídica presta serviço de forma subordinada, sendo este requisito esclarecedor no momento de se pleitear o reconhecimento do vínculo empregatício.

3 O ATUAL CONTEXTO DA FLEXIBILIZAÇÃO

Segundo Oscar Ermida Uriarte o termo flexibilização em linhas gerais pode ser definido “[...] como a eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego, ou a competitividade da empresa.” (2002, p. 09)

No mesmo sentido Cassio Mesquita Barros Jr. diz que “flexibilidade do direito do trabalho consiste na medida ou nos procedimentos de natureza jurídica que tem por finalidade social e econômica de conferir a possibilidade de ajustar a sua produção, emprego e condições de trabalho às contingências rápidas ou contínuas do sistema econômico.” (BARROS, 1994).

Nos últimos tempos, a sociedade vem percebendo o surgimento de novas formas de trabalho, diferentes daquelas já existentes e asseguradas por lei, a exemplo são as previstas no artigo 3º da CLT, onde são apresentados os requisitos da relação de emprego, contudo o

Direito do Trabalho é conhecido como o ramo que se ajusta ao local de sua aplicação, junto com suas realidades fáticas, principalmente quando é possibilitado acordo e convenções coletivas de trabalho para assegurar melhores ou também piores condições de trabalho, sobretudo perante a crise econômica.

A flexibilização tem seu surgimento nas crises de desemprego, que se deu com o início da mecanização das fábricas, sendo desnecessário a partir desse momento ter a mesma quantidade de empregados, sendo a maioria substituídos por máquinas. Com base neste cenário, criou-se a ideia de se flexibilizar algumas normas trabalhistas, mesmo até que em prejuízo dos trabalhadores, porém visando a manutenção desses empregos.

Nesse mesmo raciocínio Murilo Oliveira leciona que:

[...] a flexibilização preconiza a redução de vantagens e direitos, permitindo que o empregador, diminuindo custos, obtenha sucesso no cenário competitivo. A luz de seus defensores, a flexibilização tem um propósito extremamente benéfico para a sociedade, uma vez que representa uma alternativa para a preservação dos empregos, ainda que com alterações in pejus no contrato de trabalho, em face da crise econômica, da intensa competitividade interna e externa. (Oliveira, 2005, p.8)

A ideia de flexibilização surgiu portanto, como uma saída para a crise financeira, conservando as normas trabalhistas, porém flexibilizando alguns de seus pontos a fim de proteger os trabalhadores, de forma a não desencadear uma crise empregatícia, com enorme número de desempregados.

Sérgio Pinto Martins apresenta diferentes opiniões sobre o tema em seu livro Flexibilização das Condições do Trabalho.

Para uns, a flexibilização é o anjo, para outros, o demônio. Para certas pessoas é a forma de salvar a pátria dos males do desemprego, para outras, é uma forma de destruir tudo aquilo que o trabalhador conquistou em séculos de reivindicações, que apenas privilegiam os interesses do capital sendo uma forma de fazer com que o empregado pague a conta da crise econômica. Seria, assim, uma poção maléfica. (MARTINS, 2004, p.13).

Salienta-se portanto, nesta linha de pensamento que a saída que a flexibilização traz só pode ser usada em último recurso, quando houver a convergência de pensamentos entre empregadores e empregados, sendo necessário a análise de cada caso, combinado aos princípios da legalidade e da razoabilidade.

Importante esclarecer, que as formas de flexibilização se origina da Constituição Federal em seu artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV, que tratam sobre a vedação da irredutibilidade salarial, duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e

quarenta e quatro semanais e jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, todos esses comportam exceção, pois prevê salvo acordo ou convenção coletiva de trabalho, desta forma, a flexibilização às normas trabalhistas procede dos acordos e convenções coletivas autorizadas pela Constituição Federal.

Entretanto, somente nessas hipóteses que a Constituição Federal prevê a flexibilização, criando a discussão sobre o tema perante os limites da flexibilização, se pode flexibilizar somente nestes casos previstos em lei, ou também em demais casos não abrangidos pela lei.

A Súmula nº 437, II do TST-Tribunal Superior do Trabalho representa um limite à flexibilização, afirmando que as normas referentes à higiene, saúde e segurança do trabalhador permanecem indisponíveis e irrenunciáveis não estando, deste modo, sujeitos à negociação coletiva:

É inválida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada, porque este se constitui medida de higiene, saúde e segurança no trabalho, garantido por normas de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII da CF/1988) infenso à negociação coletiva.

Deste modo, observa-se que há limites a flexibilização das normas, não podendo portanto a flexibilização ser usada por qualquer motivo. Assim sendo, tendo em vista a atual tendência de flexibilização das normas trabalhistas, se faz necessário a proteção dos trabalhadores para que se garanta conteúdos mínimos conquistados por eles.

Nesse sentido, Schneider (2010, p. 24) afirma:

É premente a necessidade de retomada de uma postura mais protetiva em relação ao trabalhador, que imponha limites claros à flexibilização, sob pena de se alcançar um *status* de liberdade contratual que, segundo demonstram os registros históricos, não rende bons frutos no campo do direito do trabalho, se consideradas as peculiaridades da relação entre empregado e empregador.

Perante esse contexto de adaptação e flexibilização do Direito do Trabalho, devido à mudanças de ordem econômica e novas realidades de contratação, surgiu o pretexto de formas atípicas de contrato de trabalho, dando espaço as fraudes no âmbito trabalhista, sobretudo a fraude de pejetização ao trabalhador, consistindo em uma modalidade irregular de contratação da mão de obra que acaba desconfigurando a típica relação de emprego colocando em prejuízo o trabalhador.

4 O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO

O fenômeno da pejetização consiste em o empregador contratar uma pessoa física, porém com a imposição de que esta constitua uma pessoa jurídica para prestar serviços, caracterizando assim fraude, pois o empregado “camuflado” como prestador de serviços, exerce todas as características de empregado, especialmente a característica da subordinação.

A finalidade desta fraude é descaracterizar a relação de emprego para aumentar os lucros e diminuir despesas, deixando de lado as obrigações trabalhistas e garantias asseguradas pela CLT, sendo que não havendo relação de emprego, então a relação será regida pelo Código Civil.

É cristalino que essa prática ilegal venha causar prejuízos para a parte hipossuficiente da relação, ou seja, o trabalhador, que tem seus direitos lesados.

A prática fraudulenta da pejetização surgiu com a inserção da Lei nº 11.196/2005 no ordenamento jurídico brasileiro, cujo art. 129 dispõe:

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

Foi a partir dessa lei, que várias empresas começaram a contratar trabalhadores intelectuais como prestadores de serviços, impondo a criação de pessoa jurídica, alegando a legalidade com base no artigo acima transcrito.

Os empregadores se defendem, alegando que não há nenhuma ilegalidade nessa forma de contratação, pois o empregado anuiu com a condição de prestador de serviço no momento que constitui uma pessoa jurídica e assina o contrato de prestação de serviço por “livre e espontânea vontade”

Diante desse comportamento, Alice Monteiro de Barros, citada por Ronaldo Lima dos Santos (2008, p. 256), afirma que:

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 doutrem. 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.

O problema dessa forma de contratação é que fere os princípios trabalhistas e retira garantias que são asseguradas aos trabalhadores, pois a empresa contratante não assumi os encargos trabalhistas, sendo o trabalhador prejudicado em seus direitos como férias, décimo terceiro salário, dentre outros direitos que lhe são assegurados por lei.

Nesse sentido, Camila Carpez segue na mesma linha de pensamento, preconizando:

Nota-se que os trabalhadores que são contratados como pessoas jurídicas estão despidos de seus direitos mais fundamentais. Estes trabalhadores não estão protegidos pelas normas que regulamentam a jornada de trabalho, as férias, o salário mínimo, a segurança do trabalho etc. (CARPEZ. 2011. p 13).

Assegura Fernanda Colomby Ortiz que a pejetização pode ocorrer em duas situações específicas. A primeira se dá no momento da contratação, onde o empregador propõe para que a relação se aperfeiçoe que o funcionário constitua uma pessoa jurídica, ou seja, que o contrato de prestação de serviços seja por meio de empresa de “fachada”, criada para este fim. Já a segunda forma de contratação é a mais gravosa pois se dá quando já existe a relação entre empregado e empregador regulada pela CLT, porém em determinado momento da vigência do contrato de trabalho, o empregador visando benefício próprio coage o empregado com a ameaça de demissão caso este não constitua uma empresa de fachada, por sua vez o empregado que é parte hipossuficiente da relação, como precisa da manutenção seu emprego, após a baixa na carteira de trabalho, constitui uma pessoa jurídica criada para este fim e firma o contrato de prestação de serviço. (ORTIZ, 2014).

Nesse sentido, o entendimento da doutrina é de que independente de qual maneira se der a pejetização, ambas são ilegais, pois, afronta princípios trabalhista e mascara a relação de emprego existente.

Ocorre que, esta prática fraudulenta, pode e vem sendo afastada pela jurisprudência pelo fato de o empregado camuflado como “prestador de serviço”, deter todos os requisitos da relação de emprego, sobretudo o requisito da subordinação.

Nesse entendimento, importante atentar para o que esclarece Célia Mara Peres, ao discorrer sobre prestação de serviços por pessoa jurídica:

A prestação de serviços por meio de pessoa jurídica é tema importante nas relações de trabalho e ganha destaque, principalmente, quando a discussão repousa sobre a nulidade, para se reconhecer como legítima a relação de emprego. Sob a ótica trabalhista, toda relação jurídica que se realize de maneira pessoal, subordinada, onerosa e habitual é, por presunção, de natureza empregatícia. (PERES, 2008, p.17).

Para combater a fraude da pejetização é necessário aplicar os princípios trabalhistas em cada caso concreto, a fim de descaracterizar o contrato de prestação de serviço, quando o “prestador” realizar o trabalho com todos elementos caracterizadores da relação de emprego.

5 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS EM COMBATE A PEJOTIZAÇÃO

Os princípios na esfera trabalhista são usados para a melhor e mais correta aplicação do Direito do Trabalho. A autorização para o uso desses princípios estão inseridos no caput do art. 8º da CLT:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, 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.

Os princípios portanto, servem como fundamento para a correta aplicação do direito, amparando e estruturando também as normas jurídicas. Neste sentido, Sérgio Pinto Martins leciona que:

Sustentam os princípios os sistemas jurídicos, dando-lhes unidade e solidez. São, portanto, vigas mestras do ordenamento jurídico. Princípio é a bússola que norteia a elaboração da regra, embasando-a e servindo de forma para a sua interpretação. Os princípios inspiram, orientam, guiam, fundamentam a construção do ordenamento jurídico. (2011, p.63)

Diante da inexistência de leis que tratam sobre o tema, os princípios ganham força, pois é com base neles que se verifica a caracterização desse fenômeno na relação de emprego. A pejetização se destoa de todos os princípios do direito do trabalho, como o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, princípio da primazia da realidade e o princípio da proteção ao trabalhador.

Portanto, é necessário a análise da aplicabilidade desses princípios no combate a fraude da pejetização, dando destaque ao princípio da primazia da realidade sobre a forma, que é o principal instrumento usado pelo julgador para o reconhecimento do vínculo empregatício.

5.1 Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas.

O princípio da irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas é inabdicável por parte do trabalhador, caso em que se ocorrer a renúncia essa será inválida.

Maurício Godinho Delgado define esse princípio da seguinte forma:

O presente princípio é proteção do anterior, referente a imperatividade das regras trabalhistas. Ele traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despoja-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteção que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato. (2011.p.195)

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

Esse princípio, portanto, consiste na impossibilidade de o empregado abrir mão de seus direitos garantidos, sendo incabível que para sustentar a legalidade da pejetização argumentar que o empregado concordou com essa forma de contratação.

5.2 Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma.

Esse princípio é o mais importante a ser usado pelo julgador do direito do trabalho no combate a fraude da pejetização. Esse princípio consiste em buscar a verdade real dos fatos, independente do que estiver nos documentos.

Sobre esse princípio, Alice Monteiro de Barros ensina que:

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica. 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.(2011, p. 186).

Rodriguez (1997, p. 217), esclarece que o princípio da primazia da realidade, busca o que acontece na verdade dos fatos, mesmo que esteja em discordância com acordos ou contratos, dando sempre preferência ao primeiro, ou seja, o que ocorre na prática.

Vóila Bomfim Cassar ensina sobre a proteção do princípio em estudo:

O princípio da primazia da realidade destina-se a proteger o trabalhador, já que seu empregador poderia, com relativa facilidade, obrigá-lo a assinar documentos contrário aos fatos e aos seus interesses, Ante o estado de sujeição permanente que o empregado se encontra durante o contrato de

trabalho, algumas vezes submete-se às ordens do empregador, mesmo que contra sua vontade.(2010, p. 180).

Se pode observar portanto, que o princípio em análise se destina a proteger o trabalhador, e é aplicável independente de haver intenção de fraude ou não, ou mesmo se houve a anuência do trabalhador com as condições ou termos no momento da contratação.

A CLT está em consonância com o princípio da primazia da realidade, ao prever em seu art. 9º 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.”

Desse modo, a aplicação desse princípio pelo aplicador do direito é de suma importância para o combate à fraude da pejetização, pois possui a capacidade de descaracterizar uma relação de contrato civil ou comercial, para a caracterização e reconhecimento do vínculo empregatício.

5.3 Princípio da Proteção ao Trabalhador

O fundamento desse princípio é dar proteção ao empregado (geralmente a parte mais fraca da relação).

Esse princípio “tem por objeto criar uma norma mais favorável ao trabalhador, procurando assim compensar as desigualdades econômicas e sua fraqueza diante do empregador (RUPRECHT. 1995. p. 9)”.

No mesmo sentido Mauro Schiavi (2011, p. 81), afirma que

[...] quando a norma propiciar vários sentidos de interpretações possíveis, deve-se prestigiar a interpretação mais favorável ao empregado. Segundo a doutrina dominante, esse critério não se aplica no terreno processual, devendo o juiz, em caso de dúvida, julgar contra o litigante que detinha o ônus probatório. A doutrina alinha outros princípios fundamentais do Direito do Trabalho, como os princípios da primazia da realidade, da continuidade da relação de emprego, da irrenunciabilidade de direitos, da irredutibilidade de salários, da boa-fé, da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da equidade.

Desse modo, quando há mais de uma regra cabível ao caso, ou dúvida de qual norma a ser aplicada, deve se observar o princípio da proteção, optando pela norma mais benéfica ao trabalhador.

Por este motivo, esse princípio também é utilizado para fundamentar o reconhecimento do vínculo empregatício no cenário de pejetização.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, buscou-se com esse trabalho fazer uma reflexão sobre o fenômeno da “pejotização”, mostrando como se deu a sua origem e como ele vem se disseminando no mercado de trabalho brasileiro no atual contexto da flexibilização.

Foi possível analisar que esse fenômeno é usado por empregadores, de forma que contratam pessoas físicas por meio de pessoa jurídica, para prestar serviços como empregado, pois possui todas as características da relação de emprego como pessoalidade e subordinação, porém camuflado de prestador de serviços, com o fim de fugir de encargos trabalhista e aumentar os lucros.

Constatou-se que a pejotização ganhou espaço no atual contexto de flexibilização das leis trabalhistas, onde a flexibilização dá menos rigor as normas, deixando-as mais brandas, podendo se afastar determinada norma se houver um acordo, sendo possível a utilização de outras formas de trabalho.

Por outro lado, restou evidenciado que o trabalhador é o prejudicado nesta relação, pois tem seus direitos suprimidos em razão de ser tratado como um prestador de serviço, não estando protegido pela CLT.

Portanto, resta claro que a pejotização é uma fraude, onde há o desvirtuamento na relação de emprego, para fugir das obrigações trabalhistas, impondo condições desfavoráveis ao trabalhador.

Foi demonstrado que essa fraude fere vários princípios trabalhistas como o princípio da primazia da realidade e o princípio da proteção ao trabalhador, sendo esses princípios a base de fundamentação para a caracterização da relação de emprego.

Diante disso, tem-se que essa fraude não pode prosperar no ordenamento jurídico, cabendo ao Direito do Trabalho e aos operadores do direito fiscalizar essas relações, a fim de proteger o trabalhador, garantindo-lhe a aplicação dos valores constitucionais e a dignidade a qual deve nortear o trabalho.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Lr, 2011.
- BARROS, Cássio M. J. Trabalho e Processo. **Flexibilização no Direito do Trabalho**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm, Acessado em 20 de agosto de 2019.
- BRASIL. Lei 5.452/43. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessado em 20 de agosto de 2019.
- CARPEZ, Camila Luz. **A contratação de pessoa física como pessoa jurídica em fraude ao Direito do Trabalho: o fenômeno da Pejotização**. Belo Horizonte. Universidade Católica de Minas Gerais. 2011. Disponível em <<http://www.esamcuberlandia.com.br/revistaidea/index.php/idea/article/download/144/140>>.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. LTr: São Paulo, 2011.
- GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17.ª Edição. Atualizada até 31/07/2005. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005.
- Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm>. Acesso em: 09 outubro 2019.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação do direito do trabalho**. 37ª ed. São Paulo: LTr, 2012.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Pós-fordismo e reflexos nos contratos de trabalho**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, v. 43, 2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7038/5014> >. Acesso em: 15 out. 2019.
- ORTIZ, Fernanda Colomby. **A Pejotização como forma de burlar a legislação trabalhista**. Araxá: Revista Jurídica Uniaraxá, 2014. Disponível em:<<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/437/417>>. Acesso em: 09 out 2019.

PERES, Célia Mara. **A contratação de pessoa jurídica e a caracterização de vínculo empregatício**. In: Temas em Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquemático**. 6ª ed. São Paulo: Forense, 2016.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do trabalho**. Única Ed. São Paulo: LTr, 1995.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 5ª tiragem. São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e Transcendência** 2008. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/78799>>.

Acesso em: 09 de out. 2018

SCHIAVI, Mauro. Provas no processo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SCHNEIDER, Jéssica Marcela. **O Princípio da Primazia da Realidade e sua Aplicação enquanto Instrumento de Combate à Fraude à Relação de Emprego**. 2010. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/27354>>. Acesso em: 14 out. 2019.

Súmula nº 437-TST de 27 de setembro de 2012. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em: 14 out. 2019.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: Ed. LTr, 2002.