



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ARMANDO FERNANDES DO NASCIMENTO

O FENÔMENO JUS LABORAL DA PEJOTIZAÇÃO ENQUANTO FORMA DE  
PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO INTELECTUAL

SOUSA-PB

2014

ARMANDO FERNANDES DO NASCIMENTO

O FENÔMENO JUS LABORAL DA PEJOTIZAÇÃO ENQUANTO FORMA DE  
PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO INTELECTUAL

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Esp. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

ARMANDO FERNANDES DO NASCIMENTO

O FENÔMENO JUS LABORAL DA PEJOTIZAÇÃO ENQUANTO FORMA DE  
PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO INTELECTUAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2014.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.<sup>a</sup> Esp. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes  
Orientadora

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

SOUSA-PB

2014

Dedico este trabalho aos meus pais por toda a confiança e auxílio em todas as fases e momentos que vivi em sua companhia ou distante. Eles me ensinaram bons valores, e a ter força diante das adversidades da vida. Este estudo é fruto de todo o seu trabalho em me fazer, da melhor forma possível, o que sou enquanto pessoa.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Senhor Jesus pelo dom da vida e do entendimento, e por seu imenso amor pela humanidade. Como a luz do mundo concedeu e garantiu a todos os que nele creem a oportunidade de se reconciliarem com o Deus Pai, por meio de sua Graça e Expição (Jo 3:16). A Ele toda honra e glória, para todo o sempre.

Bem como aos meus pais por toda a força e confiança em mim depositadas, pois não me faltaram em momento algum. Graças a eles pude ser formado em bons valores, e ter a força suficiente para lidar com as adversidades da vida, inclusive nas circunstâncias em que não os tive ao meu lado. Este trabalho é um reflexo de todo o esforço que a mim direcionaram.

Aos amigos de residência, que tive a oportunidade de conviver durante o período que estudo durante minha formação, pois alguns foram, em muitos momentos, verdadeiros irmãos.

E em especial a minha orientadora, Geórgia Graziela Aragão de Abrantes, pelos bons préstimos em ter atendido tão solícitamente ao pedido para orientar-me neste trabalho. Sua paciência e consideração as limitações e dificuldade na elaboração deste estudo contribuiu inexoravelmente para sua conclusão; e por fim, mas não menos importante, aos demais docentes que contribuíram fidedignamente para a conclusão deste trabalho; bem como aos demais servidores e funcionários desta academia pelo empenho dedicado a esse Curso de Graduação.

“O Direito, na sua interpretação e aplicação, exige o pensar, mas não se pode pensar nem praticar o direito sem antes estudá-lo e sem conhecê-lo.”

Benedito Calheiros Bomfim

## RESUMO

O trabalho monográfico em tela teve como escopo a análise do fenômeno juslaboral da pejetização - que consiste na contratação de pessoas físicas através de pessoas jurídicas por estas criadas para a prestação de determinados serviços - nas relações de emprego com trabalhadores intelectuais. Foi dada ênfase ao intuito de se ilidir uma relação de emprego, por meio dessa prática, tornando-a, formalmente, uma relação de prestação de serviços, configurando um notória fraude a aplicação das normas juslaborais. Para esse fim foi realizada uma breve análise da aplicação das normas do Direito do Trabalho enquanto direitos fundamentais de segunda dimensão, ou seja, como espécies de direitos sociais; bem como foi abordada a diferenciação conceitual entre os institutos trabalhistas da relação de trabalho e da relação de emprego, apresentando-os, respectivamente, como gênero e espécie. Além do que, foram perscrutadas as razões e implicações jurídicas da pejetização, sobre as relações de emprego intelectual, dando-se ênfase a precarização dela resultante sobre essas relações de trabalho e apresentado o posicionamento da Justiça do Trabalho quanto a essa prática, e a sua atuação como protetora dos direitos dos empregados.

**Palavras-chave.** “Pejetização”. Trabalhadores intelectuais. Fraude. Direitos fundamentais. Justiça do Trabalho.

## ABSTRACT

This monographic work was built around the juslaboral phenomenon called pejotization – which consists in the engagement of workers through legal entities created by them for the provision of certain services - in employment relations with intellectual workers. It was emphasized the intuition of covering up this kind of employment relationship, by the practice of pejotization, making it, formally, a services' provision relationship, becoming a notorious fraud to the usual application of the laboral law. In the aim of making it possible, a briefly analysis of the application of Employment Law was perpetrated, considering them as second dimension fundamental rights, in other words, social rights; as well as it was treated the conceptual differentiation between the juslaboral institutes of labor relationship and employment relationship, presenting them as gender and species, respectively. Besides, we examined the reasons and implications of the pejotization phenomenon over the intellectual employment relationships, giving much emphasis on the casualization that results from them, and presenting the opinions from the Laboral Justice System about it, and its operation as a protector of the employees' rights.

**Keywords:** "Pejotization". Intellectual workers. Fraud. Fundamental rights. Laboral Justice System.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO DO TRABALHO.....</b>	<b>13</b>
2.1 DIFERENÇA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL.....	21
2.4 RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO .....	28
<b>3 CONCEITO DE RELAÇÃO DE TRABALHO .....</b>	<b>32</b>
3.1 DIFERENÇA ENTRE RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO .....	33
3.2 MODALIDADES DE RELAÇÃO DE TRABALHO .....	35
3.2.1 Trabalho autônomo .....	35
3.2.2 Trabalho avulso.....	38
3.2.3 Trabalho eventual .....	40
3.3 RELAÇÃO DE EMPREGO .....	41
3.3.1 Requisitos caracterizadores da relação de emprego .....	42
3.3.1.1 Trabalho prestado por pessoa física .....	43
3.3.1.2 Trabalho prestado com pessoalidade .....	44
3.3.1.3 Trabalho prestado de forma não eventual.....	45
3.3.1.4 Trabalho prestado com onerosidade.....	46
3.3.1.5 Trabalho prestado com subordinação .....	47
3.3.1.6 Trabalho prestado com alteridade.....	49
3.4 PESSOA FÍSICA OU NATURAL .....	50
<b>4 A “PEJOTIZAÇÃO” COMO FENÔMENO JURÍDICO JUSLABORAL.....</b>	<b>51</b>
4.1 O TRABALHADOR INTELECTUAL E OS DIREITOS TRABALHISTAS.....	52
4.2 A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE A LEI NÚMERO 11.196/05 E A “PEJOTIZAÇÃO” .....	54
4.3 O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E A “PEJOTIZAÇÃO” .....	56
4.4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA SUBSTITUIÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO PELO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS .....	59

4.5 A PEJOTIZAÇÃO À LUZ DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS .....	61
4.6 A “PEJOTIZAÇÃO” E OS FENÔMENOS SÓCIO-ECONÔMICOS QUE LHE DÃO CAUSA.....	64
4.7 O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO PELOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS.....	67
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>73</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As relações laborais existentes em todas as sociedades, nem sempre provaram da organização e das prerrogativas bem delineados como se vê hodiernamente. Ainda é comum para a classe trabalhadora vivenciar conflitos com seus empregadores com o intuito de alcançarem a consolidação de direitos de índole fundamental à atividade obreira e a sua condição humana.

No seu processo de contínuas transformações, as quais comumente se associa a terminologia evolução, sem ao menos levar em conta a noção de melhoria qualitativa que esta carrega, o mundo prova das mais diversas controvérsias em suas mais diversificadas áreas sociais. Neste sentido, no auge da Revolução industrial, nos séculos XVIII e XIX, deu-se o surgimento do Direito do Trabalho, como uma legislação que tinha como enfoque a proteção do trabalhador empregado das indústrias, o operário.

Por essa época, em decorrência das contínuas mudanças que ocorriam no processo produtivo, uma gama de problemas de ordem social e econômica assolaram as grandes nações industriais, como: as desigualdade no âmbito social, econômico, político, religioso, dentre outros.

O Direito do Trabalho, figura, então, nesse contexto, como sistema jurídico regulador das relações trabalhistas dos empregados, que serviu como delimitador de premissas a serem galgadas e trilhadas, com os devidos direitos e obrigações reciprocamente bem delineadas entre os entes que participem desse liame jurídico-social.

Partindo dessa perspectiva, um quadro de precarização das relações de trabalho - precipuamente dos empregados, onde o nível de subordinação é maior do que o existente nas demais modalidades de trabalho, tendo em vista ser esse um de seus requisitos constitutivos – sempre teve lugar na história do direito laboral, justificando seu surgimento, comumente, como decorrência de mudanças econômicas e influências nos custos da produção.

Por essa razão o presente trabalho propõe-se a analisar uma prática que vem sendo intensamente recorrente no meio juslaboral, a qual deu lugar ao surgimento de

um novo termo no direito do trabalho, levando os doutrinadores a fazerem uso do neologismo pejotização.

Tal fenômeno caracteriza-se pela utilização de uma pessoa jurídica para realizar a prestação de serviços, como um nítido meio de burlar, ao menos formalmente, uma relação de emprego, diante da rede protetora oriunda dos princípios e regras protetivas do Direito juslaboral. Destarte, este trabalho tem o propósito de abordar suas razões de existência, justificativas e reflexos negativos para as relações de emprego intelectual à luz dos direitos fundamentais e do posicionamento dos Tribunais Trabalhistas quando a sua existência.

Analisar-se-á ainda, a flexuosa interpretação, por parte dos defensores de tal prática, aplicada ao artigo 129 da Lei de número 11.196/05 através da qual se alega uma suposta legitimidade para a efetivação da pejotização na contratação de trabalho intelectual.

Com a globalização, constituída pelo neoliberalismo, aumento de privatizações, multinacionais, dentre vários outros elementos concernentes à estrutura e atribuições próprias do Estado, surgiu o aumento abrupto e intenso da competitividade, além da revolução tecnológica, com contínuas mudanças na própria organização política dos Estados, bem como suas relações internacionais.

Em sua busca por adaptação frente a essas novas realidades insurgentes no mercado irrompe a pejotização como um dos meios utilizados pelos empresários para adaptarem-se as circunstâncias que ensejem dificuldades financeiras e do empreendimento, visando com isso a redução de custos e garantia de maior competitividade.

O uso desse método de contratação de trabalhadores, por meio de sua transformação em pessoas jurídicas, para driblar o ordenamento trabalhista e evitar, dessa forma, a obrigação de arcar com os custos do pagamento dos encargos sociais aos trabalhadores/empregados, configura-se como meio fraudulento de contratação de mão de obra.

A pejotização do trabalhadores intelectuais, lhes subtrai na prática os direitos basilares que teriam acesso se celebrassem contratos individuais de trabalho, ou seja, se também formalmente estabelecessem uma relação de emprego com seus contratantes/empregadores, pois teriam acesso direto a garantias trabalhistas básicas, como: salário mínimo, férias, gratificações natalinas, segurança e medicina do trabalho, limitação da jornada, dentre tantas outras garantias.

Resta-lhes unicamente recorrerem à Justiça do Trabalho, que frequentemente tem reconhecido o vínculo de emprego quando se encontram presentes os requisitos para sua configuração, como está previsto no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas. Como fundamentação, os Tribunais utilizam-se dos princípios do Direito do Trabalho, como o da primazia da realidade, levando-se em conta não apenas os aspectos formais da relação de trabalho celebrada entre trabalhador/empregado intelectual e contratante/empregador, mas também o arcabouço fático que constitui a toda a situação, demonstrado a existência geralmente de um contrato de prestação de serviço no lugar de uma relação empregatícia formal.

Neste trabalho far-se-á uso da pesquisa bibliográfica da qual se extrairá o embasamento teórico, à luz da doutrina pertinente, para que se possa desenvolver uma análise adequada do tema. Seu objetivo, desse modo, consiste na análise da pejotização enquanto forma de precarização das relações de emprego intelectual; frisando suas origens, justificativas e reflexos sobre tais tipos de empregados.

Para se atingir este desiderato, o presente trabalho estruturar-se-á em três capítulos. No primeiro, será apresentado a relação existente entre os Direitos Fundamentais, abordando o seu conceito, desenvolvimento histórico, e sua relação com o Direito do Trabalho, levando-se em consideração tais direitos como faculdades fundamentais de segunda dimensão arrolados sinteticamente como direitos sociais na Carta Magna vigente.

No segundo capítulo, será estabelecida a diferença existente entre relação de trabalho, enquanto gênero, e relação de emprego, como uma de suas espécies. Abordar-se-á ainda, determinados tipos de relações de trabalho, sendo esboçado suas principais características, bem como serão pontuados os requisitos para reconhecimento da existência de uma relação de emprego, e a pertinência lógica entre a pejotização e o requisito pessoa física.

No terceiro capítulo, serão apresentadas as razões para o fenômeno juslaboral da pejotização não ser considerado uma prática trabalhista aceitável, em razão de constituir um instrumento de precarização de tais atividades, bem como suas origens, argumentos favoráveis à sua aplicação apresentados pelos empregadores, e seus reflexos sobre a concessão dos direitos devidos a um empregado.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO DO TRABALHO

Em sua gênese, os direitos fundamentais foram concebidos para atingirem o fim de limitar a atuação do Estado frente aos seus cidadãos, o que comumente denomina-se de eficácia vertical dos direitos fundamentais. Com o transcorrer do tempo passou-se a estudar na doutrina sua aplicação nas relações jurídicas de cunho estritamente privadas, configurando-se, então, a sua eficácia horizontal.

Nas relações juslaborais a aplicação dos direitos fundamentais tem especial importância, em virtude da desigualdade das partes; com a patente vulnerabilidade do empregado. Por essa razão, encontra-se positivado na esfera constitucional, um arcabouço de direitos fundamentais, dentre eles destacam-se os direitos sociais, reservados para a melhoria das condições de vida e de labor dos trabalhadores, precipuamente, dos empregados.

No artigo 7º da Constituição Federal de 1988, encontram-se listados uma significativa série de direitos fundamentais dos trabalhadores. Esta constitui a ossatura institucional que serve de sustentáculo para o corpo legislativo infraconstitucional do ordenamento jurídico pátrio, no que concerne ao âmbito trabalhista nacional.

Segundo Nascimento (2011, p. 320) “a Constituição de 1988 optou por incluir o direito do trabalho entre os direitos sociais como subdivisão das garantias e direitos fundamentais”.

Da análise do conteúdo da Lei Maior, à guisa de exemplo do artigo 6º, constata-se que os direitos trabalhistas referem-se a apenas um tipo específico de direitos sociais, os ligados as relações laborais, pois estes englobam uma gama de outros direitos, como à: “educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância [...]”, nos termos do artigo supra mencionado.

Os direitos sociais, no âmbito do direito do trabalho, apresentam-se, dessa forma, como garantias asseguradas à classe obreira, pelo ordenamento jurídico pátrio, destinadas à proteção dos obreiros nas suas necessidades básicas; para que possa usufruir de uma vida na qual um mínimo de dignidade lhe seja possível.

Neste bojo, encontra-se uma série de direitos, como o salário mínimo em valor digno, que lhe permita ter acesso a bens materiais e morais condizentes com sua

condição de ser humano, bem como, condicionantes de sua realização pessoal enquanto cidadão.

## 2.1 DIFERENÇA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ciência do Direito em sua atuação como estudo doutrinário das normas jurídicas, quanto a melhor construção e aplicação destas, debruça-se continuamente sobre a melhor compreensão conceitual dos termos técnicos que lhe são peculiares, visando alcançar maior consistência teórica dos seus institutos.

Nesse contínuo estudo, e discussão, encontra-se inserida a temática relativa ao conceito e distinção do que vem a denominar-se “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Conforme assevera Pereira (2013) a contínua transformação e ampliação dos direitos fundamentais do homem dificulta acentuadamente a definição de um conceito preciso destes.

Complementa ainda o supra citado autor (p.13) que a utilização de expressões distintas para se referirem a um mesmo fenômeno, como: direitos humanos, direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem, dificultam ainda mais o estabelecimento de uma distinção mais acurada desses institutos jurídicos.

É de inegável relevância a temática relativa aos direitos e liberdades públicas, principalmente, no que concerne aos cidadãos trabalhadores da categoria empregados. Mesmo ainda existindo distinções conceituais sobre esses institutos, torna-se possível traçar um liame lógico que sirva como paradigma para defini-los adequadamente, como institutos distintos; para melhor alocá-los no universo jurídico.

Canotilho (2001), a seu tempo, esboça a ideia de que as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizados como sinônimas; no entanto, segundo a sua origem e significado poder-se-ia tecer como distinção entre ambos a circunstância de que os direitos do homem devem ser compreendidos como sendo válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista).

Em continuidade, enfatiza ainda o mencionado autor (p. 391) que os direitos fundamentais, por sua vez, são considerados os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem seriam, conseqüentemente, inerentes a própria natureza humana, por isso a concepção do seu caráter como sendo inviolável, intemporal e universal. Os direitos fundamentais seriam os direitos positivamente estabelecidos e objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Silva (2008, p. 176/178), constitucionalista brasileiro, por sua vez, em respeitável entendimento, assevera, como diferença entre esses conceitos, que:

*Direitos humanos* é expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia *direitos do homem*, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direito. Talvez já não mais assim, porque, ao poucos, se vai formando um direito especial de proteção dos animais. *Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Como se vê, para o autor supra mencionado a distinção entre os institutos em questão residiria mais na forma de sua manifestação ou formalização, do que na abrangência do público ao qual incide, ou na sua ligação com os direitos naturais. Desse modo, as normas que tratem de direitos fundamentais estariam previstas em documentos legais internos a um país, os direitos humanos por sua vez, nos documentos de cunho internacional.

Assevera Lunõ (apud SILVA, 2008, p.178/179), quanto aos direitos fundamentais do homem, que:

[...] não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas *limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*. Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve pôr em consonância com as realidades econômicas e sociais de cada momento histórico. A constituição, ao adotá-los na abrangência com

que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: *Estado Democrático de Direito*. O fato de o direito positivo não lhes reconhecer toda a dimensão e amplitude popular em dado ordenamento (restou dar, na Constituição, consequências coerentes na ordem econômica) não lhes retira aquela perspectiva, porquanto, como dissemos acima, na expressão também se contêm princípios que resumem uma concepção do mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva de efetividade desses direitos.

Segundo Mazzuoli (2011, p. 804), por sua vez, as terminologias “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos” não devem ter seus conceitos confundidos. Para este doutrinador da seara internacional pública, aqueles direitos, denominados direitos dos homens, constitui expressão de cunho mais naturalista do que jurídico-positivo; conotativos de uma série de direitos naturais.

Assim, são direitos aptos à proteção global do homem e válidos em todos os tempos de sua história. Essa garantia está, ainda, sendo reservada àqueles direitos que se sabe ter, mas não por que razão os têm, cuja existência se fundamenta apenas no plano jusnaturalista.

Assevera ainda o mencionado autor (p. 804), a seu turno, que a expressão direitos fundamentais é mais afeta à proteção constitucional dos indivíduos, tratando-se de faculdades garantidas no tempo e no espaço; positivamente e objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta de um dado Estado.

A expressão direitos humanos, por outro lado, referir-se-ia, por sua vez, a direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Tratar-se-ia de direitos que já alçaram a categoria do Direito Internacional Público. No mesmo diapasão assevera Sarlet (2012, p. 29):

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Como se pode verificar, a conceituação e distinção, de tais institutos jurídicos ainda está envolto em discussões. No entanto, isso não macula tal temática jurídica com a marca do indiferentismo ou da obscuridade intransponível, pois, das ideias até então abordadas pode-se extrair-se, que, a expressão Direitos Humanos refere-se ao ramo do Direito Internacional Público, tendo por supedâneo o direito natural.

A expressão Direitos Fundamentais, a seu turno, coaduna-se com a proteção do direito interno de um Estado. Existiria como sendo a positivação de garantias inerentes ao homem, e que passam a se encontrar positivas em um texto constitucional, objetivando garantir as liberdades clássicas, levando-se em conta a dignidade humana.

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, para uma adequada compreensão de seu conteúdo e escopo, exigem uma abordagem do processo histórico no qual se deu seu reconhecimento pela positivação nos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países. Sem tal abordagem histórica é possível surgirem dúvidas quanto a sua forma atual de ser compreendida pela doutrina jurídica.

Segundo Pereira (2013) os primórdios dos direitos em tela já são encontrados nas culturas grega e romana, porém seu reconhecimento claro como direitos humanos veio se dar apenas em momento histórico recente. Considera-se que esse processo histórico teve seu início no mundo Ocidental, precipuamente na Inglaterra, que iniciou-se o processo de fundamentalização, positivação e constitucionalização dos direitos humanos tipificados como direitos e liberdades dos cidadãos.

Segundo Queiroz (apud PEREIRA, 2013), têm-se como precursores das modernas declarações reconhecedoras de direitos ao povo: na idade média, em 1215, a outorgada *Magna Carta Libertatum* do Rei João I (“João Sem Terra”), que definia uma série de direitos ao povo Inglês; o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act* de 1679; e o *Bill of Rights* de 1689.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos, conforme Silva (2008), em 4 de Julho do ano 1776, a seu tempo, foi um dos marcos para o reconhecimento

histórico desses direitos, culminando com o surgimento da Constituição Norte Americana de 1787, pois teve como conteúdo precípuo a limitação do poder estatal.

Complementa ainda o autor supra mencionado que mais adiante surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no dia 26 de agosto de 1789, a qual sofreu forte influência da Revolução Americana, em período no qual manifestava-se acentuadamente os direitos de liberdade e dignidade da pessoa humana, como faculdades inerentes a tal condição, devidos a esta qualidade.

Conforme assevera Pereira (2013), em 3 de setembro de 1791, surgiu a Constituição Francesa, trazendo consigo a abolição de diversas instituições que inegavelmente eram agressoras em potencial da liberdade e igualdade de direitos entre os homens.

Afirma ainda que em 24 de junho de 1793, irrompeu uma nova Constituição na França, a qual vem a tratar de forma clara a existência dos direitos fundamentais, garantindo aos indivíduos, seus legítimos titulares, o direito à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Segundo Silva (2008), após a eclosão de todos esses movimentos de luta pelo reconhecimento dos direitos individuais, que ocorreram na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França, vários outros países começaram a reconhecê-los. Na Espanha, a Constituição de Cádiz, de 18 de março de 1812, foi marcante pelo reconhecimento do objeto do Governo como sendo a felicidade da nação, apesar da limitação quanto a vedação da liberdade religiosa.

Salienta ainda o acima citado autor que em Portugal, sua constituição, precisamente no ano de 1822, reconhecia o direito individual a liberdade de pensamento, apresentando, no entanto, um realidade na qual ainda havia censura à liberdade religiosa.

As constituições no início do século XX, a seu tempo, foram marcadas pela dedicação aos direitos sociais dos indivíduos. Uma das que mais se destacaram nesse aspecto foi a do México, a Constituição Querétaro de 1917, a qual reconheceu, além de diversos direitos fundamentais, o acesso à educação, à liberdade de trabalho e a jornada de trabalho de 8 horas diárias, bem como, outros direitos trabalhistas.

Complementa Silva (2008), ainda, que a Constituição de Weimar, de 11 agosto de 1919, foi outro texto constitucional que deixou suas marcas na história, a qual produziu uma mudança no marco ideológico de então, tendo por resultado a transição do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social.

Dessa forma, onde havia uma liberdade negativa, marcada pela abstenção por parte do Estado em intervir na vida individual de seu povo (constitucionalismo liberal), passou para uma realidade no qual há uma atuação positiva do Estado (o constitucionalismo social), por meio da disponibilização ao seu povo de direitos de cunho solidários e fomentadores de justiça social; como saúde, previdência, dentre outros.

Segundo Pereira (2013) como decorrência do desenvolvimento industrial, nos séculos XVIII e XIX, e a formação de um acentuado número de cidadãos da classe operária, houve uma mudança nos paradigmas dos direitos fundamentais. Havia na época, péssimas condições de trabalho, em decorrência da eclosão da Revolução Industrial europeia.

Conforme acentua o autor supra, como decorrência insurgem movimentos como o cartista, por exemplo na Inglaterra e na Comuna de Paris (1848), na busca de alcançar as reivindicações trabalhistas que eram feitas, bem como, surgiram normas de assistência social. O início do século XX marcou-se pelo alvorecer da Primeira Grande Guerra e fixação de direitos sociais.

Desse modo, assevera Pereira (2013), até então os direitos buscados pela classe burguesa, como o de igualdade e liberdade, envolvia apenas uma atuação negativa do Estado, assim, o reconhecimento desses direitos tinha reflexos apenas para a elite burguesa, a única que dispunha de condições econômicas para fazer um uso eficaz dessas faculdades.

Assim, a partir dessa realidade problemática pela qual passavam os direitos fundamentais até então reconhecidos, com o fato de que estes não supriam eficientemente os reais interesses e necessidades de muitos, como era o caso da classe trabalhadora, houve a necessidade de uma mudança no seu paradigma.

Sobre essas circunstâncias afirma o Badía (apud SILVA, 2008, p. 159):

A burguesia liberal aparenta conceder a todos a liberdade de imprensa, a liberdade de associação, os direitos políticos, as possibilidades de oposição política: mas, de *fato*, tais direitos e liberdades não podem ser exercidos realmente senão pelos capitalistas, que são os que têm os meios econômicos indispensáveis para que tais liberdades sejam reais. E assim, no caso do direito do sufrágio, este serve para camuflar diante dos olhos dos proletários uma *papeleta de voto*, mas a propaganda eleitoral se encontra nas mãos das forças do dinheiro. Simula-se conceder-lhes o direito de formar sindicatos e partidos políticos, mas as oligarquias capitalistas conservam, direta ou indiretamente, o controle.

Conforme se extrai da citação em comento, a concessão de uma gama de direitos por parte da burguesia liberal foi inócua, pois de *fato*, a categoria de direitos mencionados acima não podiam realmente ser exercidos pela maioria do povo, a não ser pelos capitalistas, os quais são os detentores dos meios econômicos e políticos indispensáveis para que tais direitos sejam efetivos.

Silva (2008, p.159) complementa que:

O indivíduo era uma abstração. O homem era considerado sem levar em conta sua inserção em grupos, família ou vida econômica. Surgia, assim, o cidadão como um ente desvinculado da realidade da vida. Estabelecia-se igualdade abstrata entre os homens, visto que deles se despojavam as circunstâncias que marcam suas diferenças no plano social e vital. Por isso, o Estado teria que abster-se. Apenas deveria vigiar, ser simples gendarme.

Conforme Pereira (2013) tendo essa como uma de suas principais razões criou-se a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Como fulcro, tinha o objetivo de suprimir toda forma de exploração do homem pelo homem, promovendo a abolição completa da divisão da sociedade em classes, bem como, esmagar definitivamente todos os exploradores e fazer triunfar o sistema socialista nas sociedades de todos os países.

Em 10 de dezembro de 1948, conforme complementa o autor supra, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, um documento de inegável valor para o reconhecimento dos direitos fundamentais, sendo ainda hoje o texto mais mencionado acerca de tais direitos.

Esse documento foi fruto de um contexto histórico universalizante, comum as declarações de direitos da época, como a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Essas declarações, que originaram-se inicialmente do Estado, passaram a ter um caráter universalista supra estatal.

No que concerne a previsão dos direitos fundamentais no Brasil é de salientar que suas constituições sempre inscreveram em seu teor uma declaração de direitos fundamentais, tanto do brasileiro quanto do estrangeiro residente no país. Além de confirmar tal fato, Silva (2008, p. 170) afirma que “[...] a primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831[.]”.

Segundo o constitucionalista supra, as constituições brasileiras caracterizaram-se, no que concerne a tais direitos, do seguinte modo: A Constituição de 1824 (Constituição do Império), pelo menos no que se refere aos direitos individuais, já os consignava quase que integralmente em relação aos que se reconhece atualmente; a Constituição de 1891, caracterizava-se por conter só os direitos e garantias individuais.

Assevera ainda Silva (2008) que com as constituições posteriores essa metodologia na qual havia apenas a previsão de direitos individuais veio a mudar, com a inserção em seus textos legais, também, de direitos de nacionalidade, políticos e sociais. A constituição 1988, se sobreleva as suas antecessoras levando-se em conta sua técnica mais moderna, permitindo a positivação de uma maior gama de direitos fundamentais, como os direitos econômicos e financeiros.

Vale salientar ainda que na contemporaneidade, de um modo geral, as constituições tiveram um diferencial técnico no que concerne à evolução das declarações de direitos, por meio de um conjunto de recursos jurídicos, que genericamente foram chamados de garantias, para a efetivação de tais direitos.

A partir do afastamento do constitucionalismo liberal, surgiu também, no texto das constituições um capítulo referente aos direitos econômicos e sociais do homem, com a finalidade de conferir nova dimensão e sentido aos direitos fundamentais tradicionais.

### 2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL

Muitas classificações podem ser estabelecidas quanto aos direitos fundamentais. A abordagem teórica mais conhecida e difundida, na doutrina, leva em consideração as fases em que esses direitos passaram a ser reconhecidos positivamente nos ordenamentos jurídicos, primariamente por meio dos textos constitucionais.

Como não é da finalidade precípua deste trabalho debruçar-se com profundidade sobre este tema, caber-lhe-á apenas traçar uma apertada síntese analítica sobre os fundamentos da classificação apresentada de forma mais

recorrente nos compêndios jurídicos, bem como, traçar as ideias de seu doutrinador mais expoente acerca desta temática. É de entendimento do doutrinador italiano Bobbio (2004, p.5), que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de gradual, não todos de uma só vez e nem uma vez por todas. O problema – sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer – do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inesquecível, dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentares contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.

Pode-se extrair de suas ideias, que, por mais naturais e fundamentais que sejam os direitos em análise, seu reconhecimento se deu em um processo histórico-cultural condicionante, o qual permanece, em contínuo processo de expansão, a depender das necessidades humanas emergentes do seio social.

Os direitos fundamentais teriam sido reconhecidos paulatinamente, em determinados períodos do tempo, os quais Bobbio (2004) distinguia por meio da nomenclatura gerações. Em cada uma dessas gerações um determinado grupo de direitos fundamentais teria seu reconhecimento estabelecido.

A doutrina mais moderna, por outro lado, sem desconsiderar o entendimento do jurista italiano quanto ao reconhecimento paulatino dos direitos fundamentais, discorda apenas de sua abordagem desta perspectiva por meio da aplicação da expressão gerações, considerando mais adequado referir-se a essas fases pelo termo dimensões.

Isso se dá em virtude do efeito denotativo que a expressão geração carrega, o qual, poderia ser compreendido a partir da falsa impressão de que os direitos fundamentais anteriores seriam suplantados pelos posteriores que supervenientemente viessem a ser reconhecidos.

Como exemplo desse posicionamento mais moderno, quanto à nomenclatura mais adequada destinada às fases dos direitos fundamentais, tem-se o magistério do doutrinador Sarlet (2012, p. 45):

[...] é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termos “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.

O termo gerações, dessa forma, poderia levar a falsa impressão de que os direitos fundamentais anteriores seriam suplantados pelos posteriores que viessem a se estabelecer, o que não é o caso, pois o que há, na verdade, é um contínuo progresso no reconhecimento desses, à medida que uma nova dimensão (geração) de direitos é alcançada.

Entendia o professor Bobbio (2004) que os direitos fundamentais, ou direitos humanos, da primeira dimensão, ou geração, corresponderiam a faculdades de liberdade.

Tal fase marcaria a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, em um contexto de respeito às liberdades individuais, no qual predominava um não-agir por parte daquele, ou seja, diz respeito às uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal.

No que concerne aos direitos de segunda dimensão/geração, tinha por perspectiva a fomentação dos direitos sociais por parte do Estado. Seu surgimento se dá em decorrência das situações e condições de trabalho, que à partir do século XIX, foi estabelecido nas fábricas em decorrência da Revolução Industrial europeia.

Eclodem movimentos como o cartista, por exemplo na Inglaterra e na Comuna de Paris (1848), na busca de alcançar as reivindicações trabalhistas que eram feitas, bem como normas de assistência social. O início do século XX marcou-se pelo surgimento da Primeira Grande Guerra e fixação de direitos sociais.

Nessa circunstância, prevaleceria não mais o distanciamento estatal, mas uma ação positiva por parte daquele.

Quanto aos direitos de terceira dimensão/geração Bobbio demonstra em sua obra “A era dos Direitos”, uma certa incerteza quanto à quais direitos fundamentais essa fase se referiria precisamente. No transcorrer do texto (2004, p.5), o mencionado constitucionalista italiano afirma:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

A doutrina mais moderna afirma que essa fase referir-se-ia aos direitos transindividuais. Conforme Bonavides (2012), à luz do posicionamento de Vasak, esses seriam, a exemplo, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Tais direitos transpõem os interesses individuais e passam a ocupar-se da proteção do gênero humano. Essa perspectiva está imiscuída em altíssimo caráter humanista e universalista.

No tocante aos direitos de quarta dimensão/geração, Bobbio (2004, p. 5) salienta que esses direitos seriam oriundos dos efeitos continuamente mais traumáticos da pesquisa biológica, a qual permitiria manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo.

Dessa forma, referida dimensão/geração de direitos fundamentais, decorrentes de avanços no campo da engenharia genética, visariam a proteção do gênero humano frente aos riscos à existência humana, por meio da manipulação do seu patrimônio genético.

Para Bonavides (2012), os direitos de quarta dimensão/geração seriam decorrentes do fenômeno da globalização dos direitos fundamentais, significando sua universalização no campo institucional. Apresenta o constitucionalista como exemplos destes, o direito à democracia, à informática e ao pluralismo.

Essas esferas de direitos, denominadas de dimensões/gerações, figuram como plano histórico e teórico para o reconhecimento, e, simultâneo, desenvolvimento dos direitos fundamentais; sua construção doutrinária, transmite de modo eficaz o

contínuo processo de estabelecimento e positivação dos direitos fundamentais, nas constituições e ordenamentos jurídicos de cada Estado.

No que concerne a eficácia dos direitos fundamentais deve-se ter em mente sua íntima relação com os sujeitos que se encontram vinculados ou obrigados por essa categoria de direitos, os quais serão o marco conceitual para determinar seu âmbito regulatório e efeitos.

Inicialmente reconhecidos sob bases liberais, a eficácia dos direitos fundamentais era compreendida limitadamente nas relações públicas, baseando-se na órbita vertical, tendo o Estado como o principal personagem a ter sua atuação limitada, uma vez que determinadas ingerências suas, sobre a vida dos indivíduos, eram tidas como desrespeitosas às liberdades individuais.

Como é de entendimento do professor Pereira (2013), uma vez que a eficácia vertical dos direitos fundamentais faz referência à vinculação estabelecida entre os poderes públicos a essa categoria de direitos, não existe muita controvérsia quanto à sua incidência nas relações de natureza jurídico-públicas, uma vez que constitui o principal meio de defesa dos cidadãos.

Conforme complementa este autor (p. 20), essa razão se confirma, ainda mais, tendo em vista que os direitos fundamentais são a principal garantia do cidadão perante o poder do Estado; sendo este o ente que mais expressivamente serve de ameaça aos direitos e as liberdades dos indivíduos.

A eficácia de tais normas, no entanto, não permaneceu limitada ao aspecto vertical, tão somente, uma vez que atualmente já há a horizontalização de seu efeitos, isso significa, nada mais, que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos fundamentais nas relações estritamente estabelecidas entre particulares.

Nesse sentido, nos termos do artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988, que preceitua: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", pode-se afirmar que as normas constitucionais que garantem tais direitos têm aplicação de plano, ou seja, eficácia horizontal imediata; sem a necessidade de regulamentação em norma infraconstitucional.

Para Sarmiento (apud TARTUCE, 2011), profícuo entusiasta dessa perspectiva, esta aplicação é indispensável no contexto de uma sociedade na qual ainda se perpetua a desigualdade, onde a opressão pode ser proveniente não apenas do Estado, mas também de uma variedade incontável de atores privados, que se

encontram presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.

É de se imaginar que essa eficácia horizontal, por certo, traga uma visualização mais ampla e diversificada da matéria, sendo que as normas de proteção individual, previstas na Constituição Federal, sempre foram encaradas como direcionadas ao legislador e ao Estado, como normas de caráter programático.

A doutrina que não reconhece a incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, limitando seus efeitos ao contexto vertical das relações com os entes públicos, é cada vez mais rara. A eficácia horizontal é vista, então, como mais relevante e interessante na prática, tornando-a uma proteção de maior evidência e concretude a dignidade da pessoa humana, bem como a outros valores constitucionais.

Segundo Lenza (2012), no que concerne a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, duas terias se destacam: a da eficácia indireta ou mediata; e a da eficácia direta ou imediata. Conforme explica, nos termos da teoria da eficácia horizontal indireta (mediata), os direitos fundamentais têm aplicação reflexa, a qual se desdobraria tanto em uma dimensão proibitiva voltada ao legislador, como também positiva.

A dimensão proibitiva limitando-o quanto a sua atividade legislativa, uma vez que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais; a positiva, por outro lado leva o legislador a implementar os direitos fundamentais. No último caso, caberia ao legislador, no momento da implementação de tais direitos, ponderar quais deles devam ser aplicados às relações privadas.

A teoria da eficácia horizontal direta ou imediata, por outro lado, como se percebe pela própria expressão, posiciona-se no sentido de que pelo menos alguns dos direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja, necessariamente, o intermédio do Legislativo para a sua concretização por meio de regulação no ordenamento jurídico.

Desse modo, entende-se que as relações jurídicas privadas estão sujeitas à incidência das disposições constitucionais no que concernem a essa categoria de direitos, de forma direta e imediata, sendo despiciendo a intervenção do legislador; gerando ao cidadão o acesso a oponíveis faculdades *erga omnes*.

Conforme leciona Sarmiento (apud PEREIRA, 2013) os estudiosos do direito que são adeptos à teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, nas

relações de cunho privada, não desconsideram a existência de especificidades neste fenômeno jurídico.

Assevera ainda, que tais juristas também não desmerecem a necessidade de ponderação do direito fundamental em jogo, em relação a autonomia privada dos entes particulares envolvidos no caso, e sobre os quais deva incidir tal posicionamento.

Como um exemplo adequado de aplicação desta tese, pode ser citado o julgado do Supremo Tribunal Federal em que a sua adoção é evidente, ao assegurar direito à ampla defesa a determinado associado que fora, a luz de tais princípios constitucionais fundamentais, indevidamente excluído do quadro de uma pessoa jurídica (Informativo 405 do Supremo Tribunal Federal):

A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores – UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição – v. Informativos ns. 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa (STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005).

Como se vê no julgado acima, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi aplicado a teoria denomina eficácia horizontal direta, ou imediata, dos direitos fundamentais, como se pode verificar no teor do acórdão, quando afirma: “entendeu-

se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais as relações privadas”.

Como se verifica no presente acórdão, não foi reconhecida a necessidade de intervenção do Legislativo para que fosse trasladado o tal categoria de direitos as relações entre particulares, o que demonstra a mudança contrastante entre essa nova perspectiva e a anterior que limitada tão severamente, a moldes liberais, a aplicação dos direitos fundamentais.

Ressalta-se ainda que o Informativo 405 supramencionado reputa-se histórico tendo em vista que foi a primeira vez em que a Suprema Corte se pronunciou discutindo o tema. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já vinha julgando neste sentido embora ser uma discussão mais apurada nas decisões colegiadas.

## 2.4 RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO

Os direitos fundamentais têm íntima relação com a história de reconhecimento dos direitos do homem, pois acompanham sua valorização, e a permitem, por meio do estabelecimento de garantias ao cidadão frente as ingerências do Estado. Como decorrência desse fenômeno têm-se a tutela de direitos reservada tanto ao homem e ao cidadão, como também ao trabalhador.

Com o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais e o reconhecimento da denominada segunda dimensão/geração, a qual fundamentava-se na perspectiva de fomentação dos direitos sociais por parte do Estado - com a prevalência não mais do distanciamento estatal, mas de uma ação positiva por parte daquele -, veio a surgir o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho.

Tratava-se do desdobramento de uma mudança de paradigma. Deixava-se de lado a perspectiva de um Estado absenteísta, para o desenvolvimento de um Estado Social de Direito. Esse momento histórico tem como documentos marcantes as Constituições: mexicana de 1917; a de Weimar, na Alemanha, de 1919; e, no Brasil, a de 1934.

As constituições passaram a conceder mais direitos ao trabalhador-cidadão, promovendo o reconhecimento e a defesa da dignidade da pessoa humana no âmbito de sua relação trabalhista, por meio da tutela de sua vida profissional.

No Brasil, esse fenômeno iniciou-se com a Constituição Federal de 1934, e chegou ao seu ápice na atual Carta Magna. Conforme afirma Nascimento (2011) em seu bojo, a Constituição Federativa de 1988 faz uso de terminologia diversificada quando de sua abordagem dos direitos fundamentais.

Complementa ainda o justrabalhista supra que em certos momentos a Lei Maior refere-se a tais direitos como direitos e garantias fundamentais, como se dá no artigo 5º, I; direitos humanos, como é o caso do art. art. 4º, II; direitos e liberdades constitucionais, no artigo 5º, LXXI; bem como trás o trabalho como um dos direitos sociais, precipuamente no seu artigo 6º.

Direitos humanos, como abordado anteriormente, constitui expressão de cunho *jus* naturalista, ou seja, liga-se ao direito natural. Por essa perspectiva, os direitos do trabalhador, enquanto direitos humanos constitucionalmente positivados, deveriam ser compreendidos como faculdades existentes em todos os momentos e acima do direito positivado nos ordenamentos jurídicos.

No entanto, como assevera Bobbio (2004, p.5) “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias”. Nessa perspectiva, têm-se a construção do direito do trabalho, que nasceu como decorrência da Revolução Industrial do século XVIII, fruto de período mais recente da história.

Como direito humano ligado a ótica jusnaturalista/metafísica, o direito do trabalho deveria ser visto como direito de todos os obreiros, em todos os lugares, e, sem restrição de certo tempo. Por outro lado, conforme supra abordado, enquanto direito humano/fundamental historicamente reconhecido o direito do trabalho passou a ser constitucional quando de sua inclusão nas constituições de cada país. Sendo esse o enquadramento mais adequado.

Na Constituição Federativa do Brasil de 1988, os direitos relativos aos trabalhadores são reconhecidos em duas ordens: como direitos dos trabalhadores decorrentes de suas relações individuais de trabalho, estes se encontram estabelecidos no artigo 7º da Lei Maior; e, como direitos coletivos, de cunho corporativo, localizados entre os artigo 9º e 11 da Lei Maior.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988, entre os direitos sociais elencados em seu bojo, reserva a garantia de direito ao trabalho, mas nem esse dispositivo constitucional, nem o artigo 7º trazem em seu teor norma expressa à conferi-lo. No entanto, assim como nas demais áreas das relações jurídico-privadas, é do entendimento majoritário da doutrina a aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais à relações trabalhistas.

Esse posicionamento doutrinário é o que melhor atende as necessidade que surgem desse tipo de relação jurídica. Somente desse modo será possível a efetivação da proteção dos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores. Segundo Pereira (2013, p. 31):

A intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores e a flagrante desigualdade entre os sujeitos envolvidos nas relações trabalhistas – empregados e empregadores -, em face da grande concentração de poder nas mãos do empresário no seio dessas relações, podem ser consideradas motivos justificadores para aplicação da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho.

Os direitos fundamentais, em nosso ordenamento, apesar de sua reconhecida importância, não são portadores de caráter absoluto. Isso se dá porque, como ocorre em outros casos quanto à aplicação do direito, faz-se necessária o uso do princípio da proporcionalidade.

A aplicação de tal princípio dá-se porque há determinados momentos nos quais poderá haver a colisão de direitos fundamentais entre si - o que se intensifica, comumente, pois tratam-se em sua grande maioria de princípios -, bem como, com outros bens e direitos, igualmente assegurados pelas normas constitucionais, o que mostra ser logicamente inviável um tratamento absoluto ao direitos fundamentais.

Dessa forma, qualquer limitação que venha a ser imposta aos direitos fundamentais, obrigatoriamente deverá constituir-se em uma medida adequada para que haja a garantia de proteção a um outro bem que também encontre-se resguardado pela Lei Maior.

Conforme o princípio da necessidade, toda medida que vise a limitação de algum direito fundamental, serve igualmente ao fim imprescindível de proteger outro valor ou bem jurídico garantido constitucionalmente.

Quanto ao arcabouço dos direitos fundamentais, faz-se necessário mencionar a distinção conceitual existente entre o caráter dos direitos individuais e o dos direitos coletivos, aos quais uma grande maioria dos direitos dos trabalhadores faz parte. Segundo entendimento do professor Pereira (2013, p. 32):

Os direitos individuais e coletivos previstos no texto constitucional correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como: a vida, a dignidade, honra, liberdade. Por sua vez, os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito. Proporcionam a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes e, em consequência, a concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme prevê o art. 1º, IV, da Constituição Federal.

A Carta Magna vigente, por meio do realce aos direitos humanos, de âmbito coletivo e difuso, teve reflexos redimensionantes no próprio Direito Coletivo do Trabalho, o qual passou a ter uma acentuação na valorização da organização sindical, da negociação coletiva de trabalho, bem como, assim como se esperava, a acentuação no exercício do direito de greve, apesar de que, com restrições proporcionais a um ambiente onde vige a democracia.

Observa-se o nítido avanço dos direitos fundamentais em relação ao Direito do Trabalho, ao se analisar a diferença substancial que se deu no bojo dos direitos dos trabalhadores. Atualmente se vê, e como exemplo temos o próprio Brasil, desse fenômeno de ampliação dos direitos juslaborais, como a intensificação das negociações de trabalho e a ampliação no direito de greve, bem como da liberdade sindical.

É indiscutível que a devida aplicação dos direitos fundamentais na seara trabalhista, tem contribuído para a melhoria da condição social do trabalhador, bem como a promoção dos direitos juslaborais.

Tal circunstância obriga o Estado a aperfeiçoar ainda mais seu ordenamento jurídico, em prol do fomento à proteção dos empregados; o que inclui impelir os empregadores a fazerem uso da força de trabalho balizados na dignidade humana da pessoa de seus trabalhadores, porque só com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões, o obreiro terá condições dignas de laborar e de viver.

### 3 CONCEITO DE RELAÇÃO DE TRABALHO

O Direito, por meio de seu processo regulatório, alberga uma série de fatos sociais em seu bojo, constituindo estes a categoria fatos jurídicos. Em decorrência da necessidade de sobrevivência, o homem, ser eminentemente gregário, tem o trabalho, atividade corriqueira e essencial para a subsistência de seus grupos, como um dos fatos jurídicos que lhe é mais relevante.

Esse fenômeno sócio jurídico, denominado trabalho, manifesta-se em uma série de relações que se interligam por um liame lógico, constituindo as denominadas relações de trabalho. Segundo Delgado (2012, p. 279), tal expressão refere-se a "todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano".

Para o renomado autor jus trabalhista supra, essa expressão referir-se-ia a toda forma de contratação de trabalho humano modernamente admissível. Englobaria, desse modo, os demais tipos de trabalho, como a relação de emprego, de trabalho autônomo, eventual, avulso, dentre outras modalidades de pactuação para a fruição do labor humano por meio de contraprestação.

A jurista Barros (2011), por seu turno, entende que a relação de trabalho, assim como a relação de emprego, é modalidade de relação jurídica. Trata-se, dessa forma, de situação da vida social juridicamente disciplinada, por meio da atribuição a uma pessoa (em denotação jurídica) de um direito subjetivo com a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou sujeição.

Conforme pode ser visto, a autora em apreço não traça uma distinção conceitual entre as relações jurídicas em tela levando em conta a especificidade de cada uma delas. Prefere apenas abordar a ligação lógica existente entre elas com base no aspecto genérico que as vincula, uma vez que tratam-se de relações jurídicas de cunho laboral.

Para Cairo (apud PEREIRA, 2013) tal relação seria uma espécie do gênero relações jurídicas obrigacionais, especificamente das que se derivam de um negócio jurídico (contrato e declaração unilateral de vontade), obrigando-se um dos contratantes a fazer (executar) um determinado serviço.

Para o jurista Martins (2010, p. 86), a seu tempo, "relação de trabalho é o gênero, que compreende, o trabalho autônomo, eventual, avulso etc". A relação de

trabalho seria, desse modo, um gênero correspondente a toda e qualquer forma de contratação do dispêndio de energia humana, que seja admissível frente ao regime *juslaboral* vigente.

Vale ressaltar que, entre os particulares - em oposição ao trabalho prestado à Administração Pública -, conforme se depreende do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federativa 1988, considera-se como forma de contratação de trabalho admissível, tanto as que se encontrem expressamente tabuladas em lei, quanto as que não lhes sejam explicitamente vedadas.

Tratam-se das relações de trabalho, dessa forma, de qualquer vínculo jurídico que venha a ser estabelecido entre pessoas naturais - ou natural e jurídica-, no qual haja a prestação de serviços ou obras a outrem por meio do pagamento de um valor em contraprestação.

Deve-se salientar que, quando houver um trabalho de meio, ou de resultado, sendo prestado por uma pessoa em proveito de outra, sempre haverá uma relação de trabalho *lato sensu*.

### 3.1 DIFERENÇA ENTRE RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Como abordado no tópico anterior, diz-se comumente tratar-se a relação de trabalho, de uma expressão genérica que alberga toda modalidade de trabalho humano, sendo a relação de emprego, relação de trabalho subordinado, tão somente uma espécie dentre as modalidades de trabalho inseridas naquela categoria jurídica.

A relação de trabalho, assim como a relação de emprego, são tipos de relações jurídicas. Pressupõem, com base nisso, a existência de no mínimo, duas pessoas e uma norma jurídica qualificadora de uma relação social. Esta, estabelece um vínculo jurídico cujos interesses particulares existentes entre as partes resultam em direitos e obrigações recíprocos.

Conforme constata-se, a relação de trabalho e a de emprego, muito embora mantenham um liame lógico que os une, são categorias jurídicas do direito do trabalho distintas, não sendo possível confundi-las entre si. A expressão *relação de emprego*, por carregar em si um sentido mais restrito, compreende apenas os serviços prestados

sob determinadas condições, as quais justifiquem a aplicação das normas protetivas juslaborais, uma vez que nem todo trabalhador é possuidor de relação de emprego.

Segundo preceitua o jurtrabalhista Delgado (2012, p. 280):

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes. Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também constituir-se, do ponto de vista econômico social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual – o Direito do Trabalho.

Em que pese as distinções até então apresentadas, pode ser verificado na própria Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 442, o qual assevera: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”, que há a utilização quase sinônima das expressões trabalho e emprego no que concerne ao contrato de emprego (contrato individual de trabalho).

Com base nisso alguns autores entendem que a expressão relação de trabalho em seu uso no ramo juslaboral não está correta, uma vez que o objeto da regulação deste ramo do direito é o trabalho subordinado, ou seja, a espécie emprego; e, conforme abordado, aquela tem caráter genérico albergando esta espécie em seu âmbito.

Há alguns autores, como Martins (2010), que sugerem a aplicação dos termos “contrato de emprego” ou “relação de emprego”, os quais defendem que a expressão relação de emprego refere-se tão somente à relação entre empregador e trabalhador assalariado e com vínculo de subordinação, sendo que o termo relação de trabalho abrangeria as demais relações de prestação de trabalho, subordinadas ou não.

Pereira (2013), a seu tempo, afirma que a tradicional definição de relação de trabalho como gênero, e da relação de emprego com uma espécie, parte de uma perspectiva extremamente simplista, a qual desconsidera as novas modalidades de organização de trabalho e prestação de serviços, como é o caso da terceirização e

intermediação de mão-de-obra, da quarteirização, dos grupos econômicos multinacionais, a subordinação estrutural, dentre outras.

Destarte, apesar das críticas que possam ser levantadas, a essas expressões juslaborais e ao seu uso, considera-se, em síntese, que, majoritariamente, a expressão *relação de trabalho* refere-se a realidade jurídica mais abrangente, compreendendo em seu bojo todas as formas de prestação de serviço por uma pessoa. Por essa perspectiva, constata-se que a relação de emprego é apenas uma das modalidades de relação de trabalho.

### 3.2 MODALIDADES DE RELAÇÃO DE TRABALHO

A relação de trabalho comporta uma variedade significativa de formas de seu desempenho, dentro as quais se pode mencionar a relação de trabalho institucional, relação laboral de estágio, de trabalho voluntário, o trabalho efetuado de modo autônomo, de forma avulsa e eventual, onde não se estabelece vínculo com continuidade, a relação de trabalho com subordinação, a exemplo do emprego, etc.

#### 3.2.1 Trabalho autônomo

Na modalidade de trabalho denominado autônomo estabelece-se uma relação jurídica juslaboral em que não existe subordinação jurídica entre o tomador de serviços e o trabalhador, uma vez que o prestador dos serviços atua como o patrão de si mesmo, não havendo transferência à terceiro do poder para organização de sua atividade.

Regra geral, o trabalhador autônomo desempenha seus serviços por contra própria, com profissionalismo e habitualidade, não havendo subordinação jurídica ao tomador dos serviços; além do que, nesta conjuntura o autônomo assume os riscos da atividade por ele desenvolvida.

Segundo Martins (2010, p. 157) “o trabalhador autônomo é, portanto, a pessoa física que presta serviços habitualmente por contra própria a uma ou mais de uma pessoa, assumindo os riscos de sua atividade econômica”.

A habitualidade, no caso do trabalhador autônomo, refere-se à repetição do seu trabalho, e não à frequência com que este desempenha seus serviços a cada um dos tomadores. Em relação a assunção dos riscos do empreendimento, por sua vez, o autônomo pode, a exemplo do consultor de empresas, atuar excepcionalmente com alteridade em sua atividade.

Pode-se afirmar, entretanto, que, além das características então abordadas, o elemento fulcral, o qual serve como traço característico e distintivo, para a identificação do trabalhador autônomo é a ausência de subordinação. Este, distintamente de outras modalidades, não está sujeito ao poder de direção e comando do um empregador, na realidade tomador de seu serviços, podendo, aquele, livremente exercer a sua atividade.

Conforme leciona a jurista Barros (2011, p. 173):

O trabalhador autônomo, por faltar-lhe o pressuposto da subordinação jurídica, está fora da égide do Direito do Trabalho. No trabalho autônomo, o prestador de serviços atua como patrão de si mesmo, sem submissão aos poderes de comando do empregador, e, portanto, não está inserido no círculo diretivo e disciplinar de uma organização empresarial. O trabalhador autônomo conserva a liberdade de iniciativa, competindo-lhe gerir sua própria atividade e, em consequência, suportar os riscos daí advindos.

O fenômeno juslaboral do trabalho autônomo, a partir dos anos 90, despertou maior interesse nos juristas da área trabalhista na Europa, devido à precarização dessa espécie laboral, a qual veio a ser exercida, em diversas situações, em condições muito piores que as dos empregados submetidos à via contratual; tornou-se tão somente uma forma de burlar as exigências legais e o custo existente no trabalho subordinado.

A legislação vigente à época, referente ao contrato de trabalho, passou a ser mais abrangente, compreendendo-se o contrato de trabalho como um gênero com duas grandes áreas, a do trabalho subordinado e a do trabalho autônomo. A doutrina italiana, por sua vez, acrescentou uma terceira, de caráter intermediário, denominado trabalho parassubordinado.

Sobre este último tema, a saber, a parassubordinação, segundo leciona o jurista Nascimento (2011, p. 560):

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado.

O enquadramento de tal modalidade de trabalho (parassubordinado) na categoria subordinado será mais simples quando este apresentar características preponderantes de tal trabalho, para a possibilidade de aplicação da legislação pertinente, a não ser que por ventura venha a ser elaborada uma normatização própria, sem a qual seu reconhecimento não será de grande utilidade no Brasil.

Neste último conceito, no processo histórico de reconhecimento do trabalho autônomo, foram incluídos uma gama de tipos contratuais novos, como foi o caso do trabalho contínuo coordenado e de colaboração, do trabalho a projeto, do trabalho intermitente, dentre outros, ou seja, novas técnicas legais de contratação do trabalho formam adotadas, todas pendendo para o âmbito do trabalho autônomo.

Devido a necessidade de novos meios de subsistência, atualmente profissionais de diversas áreas recorrem a uma grande diversidade de novos tipos de trabalhos autônomos. Em decorrência disso, a medida que esse mercado de trabalho cresce acentuadamente a cada dia, surge com esse crescimento, igualmente, as irregularidades por meio de simulações na contratação.

Essa modalidade de trabalho encontra regulamentação, especificamente, nos artigos 593 a 609 do Código Civil, no qual, seu contrato é denominado contrato de prestação de serviços. Com o advento da Emenda Constitucional número 45/04, houve a mudança de competência para apreciação de conflitos advindos dessa relação de trabalho, competindo agora à Justiça do Trabalho tutelar tal relação.

Como é recorrente na seara justralhista, eventual ocorrência de conduta fraudulenta por parte do empregador, com o fim de obstaculizar a aplicação da norma protetiva devida, deve ser descaracterizada de plano, com fulcro no princípio da primazia da realidade, positivado no artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas,

sendo que tais práticas atentam contra o princípio máximo da Carta Magna vigente, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este reflete seu conteúdo protetivo a todos os demais princípios e áreas do Direito.

Na Justiça do Trabalho, o reconhecimento do vínculo de emprego, com o comprovação mediante prova ou não da existência de subordinação jurídica, e a consequente descaracterização do trabalho autônomo ainda é um questão cercada de discussões judiciais.

Assevera Barros (2011, p. 223) que:

A debilidade do critério da subordinação funcional do empregado em relação ao empregador não supõe a eliminação da relação de emprego, mas mera insuficiência desse critério em certas situações, principalmente quando envolve trabalhos intelectuais.

Conforme aborda a autora supra, a fragilidade da subordinação funcional em determinados casos, por si só, não é motivo ensejador da descaracterização da relação de emprego, uma vez que tal circunstância apenas demonstra o quanto tal critério é insuficiente. Tal situação, segundo a autora, é mais patente na realidade dos trabalhadores intelectuais.

No entanto, a subordinação jurídica ou a sua falta, ainda é, reconhecidamente, o requisito mais importante para a aferição e determinação de controvérsia sobre ser o trabalhador um autônomo ou empregado, pois quanto maior for a sua incidência na situação, mais fácil será a caracterização e reconhecimento da existência de relação de emprego, e o consequente contrato de trabalho.

### 3.2.2 Trabalho avulso

Compreende-se do termo avulso, em um sentido geral, algo que está dissociado de um todo, de uma coleção completa, que encontra-se em estado solto ou isolado. Em um sentido estrito da palavra, entende-se como aquele trabalho, no qual o trabalhador atua de forma eventual, mas com o oferecimento de sua energia de trabalho por intervalos de tempo muito reduzidos, a distintos tomadores de serviço, sem haja a sua fixação específica a nenhum deles.

Sua regulamentação veio a ocorrer com a promulgação da Lei n. 8.630/93, a qual criou a OGMO - Órgão Gestor de Mão de Obra -, que administra o trabalho portuário. O Ministério do Trabalho e Emprego, através da Portaria de n. 3.107/71, apresentou uma relação de várias classes de trabalhadores avulsos: os estivadores; conferentes de carga e descarga; vigias portuários; capatazes; bem como, alguns trabalhadores da extração de sal; do comércio de café e na indústria de pescado.

Martins (2010), no que concerne à sua conceituação desta modalidade de trabalho, afirma que o trabalho avulso define-se como o trabalho exercido por uma pessoa física que presta um serviço, de natureza urbana ou rural, sem que haja vínculo empregatício, a diversas pessoas, sendo sindicalizado ou não, e com a intermediação obrigatória do sindicato, ou categoria profissional, ou do OGMO.

No âmbito do Sistema Geral de Previdência Social, por meio da Lei n. 8.212/91, pode-se extrair a seguinte definição de trabalhador avulso:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

VI - como trabalhador avulso: quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no regulamento.

Há autores que veem o trabalho avulso como uma espécie de trabalho eventual, distinguindo-se apenas, quanto a este, no que concerne aos direitos que lhe são previstos, uma vez que todos encontram-se estabelecidos na legislação trabalhista. Os direitos laborais do eventual, por outro lado, limitam-se aos previamente ajustados em contrato.

O seu reconhecimento como subespécie do trabalho eventual justifica-se pela necessidade de intermediação para sua ocorrência, seja por meio do OGMO (Órgão Gestor de Mão de Obra), ou pelo sindicato. Não se confunde, no entanto, trabalhador avulso com empregado. Não obstante a Lei Maior, em seu artigo 7º, inciso XXXIV, equipare-os quanto aos seus direitos, para fins de proteção trabalhista, o avulso não se tornou um empregado.

O trabalhador avulso pode atuar tanto como portuário como um não portuário. Este, executa seu trabalho a diversos tomadores, sem que se estabeleça vínculo de emprego, sendo obrigatoriamente intermediado pelo sindicato da categoria. Aquele, atua na atividade de movimentação, e armazenagem, das mercadorias destinadas ou

oriundas de transporte aquaviário, sendo necessária, igualmente, intermediação de seus serviços por meio do sindicato ou OGMO.

Apesar da necessidade de intermediação do trabalho avulso pelo sindicato ou pelo OGMO, não há que se confundir tal situação com a necessária sindicalização, pois são situações absolutamente inconfundíveis.

Tal fato é confirmado pelo direito de liberdade sindical, prevista na Constituição Federal de 1988, uma vez que assegura-se a liberdade associativa e sindical, dispondo no texto de seu artigo 5º, inciso V, que “ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato”. Dessa forma, o avulso tem, também, a plena liberdade de não se filiar ao sindicato da respectiva categoria. Ainda assim, o avulso faz jus a intermediação, realizada pelo sindicato ou pelo OGMO, da oferta de seu trabalho, conforme for a situação fática.

### 3.2.3 Trabalho eventual

Em linhas gerais, o trabalho eventual, caracteriza-se como o serviço prestado diretamente ao tomador de serviço, com pessoalidade, subordinação e onerosidade, mas sem habitualidade.

Trata-se da modalidade de trabalho que mais se aproxima da relação de emprego, distinguindo-se apenas pela presença da última característica apresentada.

Para o jurista Nascimento (2011) “o trabalhador eventual define-se como sendo aquele que presta atividade laboral para alguém, ocasionalmente”.

Assevera ainda o autor supra mencionado que tal relação trabalhista tem como características essenciais a existência de descontinuidade - como sendo a não permanência em uma única organização de trabalho definitivamente -; a impossibilidade de se fixar juridicamente em uma única fonte de trabalho; bem como, o curto período de duração na prestação de cada trabalho.

Barros (2011, p.173) por sua vez, destaca quanto a relação de trabalho eventual:

Filiamo-nos à corrente segundo a qual o trabalho eventual é aquele que não se insere no âmbito das atividades normais da empresa, como é o caso de um técnico chamado momentaneamente para reparar o

elevador de um estabelecimento comercial. Os autores afirmam que o trabalho eventual é o ocasional em relação à fonte para a qual o serviço é prestado. Há ainda quem considere trabalhador eventual aquele que não se fixa a uma fonte de trabalho.

Percebe-se assim, que a conceituação do que vem a ser trabalho eventual ainda não está totalmente claro, pois continua sendo uma tarefa difícil para os doutrinadores juslaborais, uma vez que o Direito do Trabalho pátrio faz uso de distintas fontes estrangeiras para este fim.

No entanto, apesar desta dificuldade, é consenso que o exemplo mais específico de trabalho eventual é o da diarista, que trabalha na residência do tomador de serviços, de uma a duas vezes por semana, normalmente. Verifica-se, conseqüentemente, a impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego, uma vez que não há frequência e continuidade suficientes para tal.

Outro exemplo comum é do chapa, trabalhador braçal que se encontra localizado ao longo de estradas e rodovias, o qual labora com a atividade de carga e descarga de mercadorias de caminhões. Recebe por pagamento correspondente no final do dia, diretamente do tomador dos serviços.

À relação de trabalho eventual, assim como no trabalho autônomo, será inaplicável as normas e direitos constantes na Consolidação das Leis Trabalhistas, não sendo regido, destarte, por este diploma legal, mas pelos dispositivos do Código Civil.

### 3.3 RELAÇÃO DE EMPREGO

Preocupado com o fato de que os entes envolvidos na relação de emprego, não possuem igualdade econômica para contratar, ao contrário do que ocorre comumente nos contratos de natureza civil, nos quais qualquer direito pode ser ajustado com base na autonomia de vontade, o legislador justralhista foi rigoroso quando da regulamentação dos direitos dos empregados.

A acentuada possibilidade de abusos do poder econômico por parte do empregador, no momento da contratação constitui o fundamento lógico para o

contrato de trabalho ter suas regras mínimas estabelecidas e impostas por lei, para que a existência de partes patrimonialmente desiguais possa ser compensada.

Diante da limitação quanto a à liberdade de ajustar cláusulas contratuais na relação de emprego, alguns estudiosos chegaram ao ponto de negarem a existência do contrato de trabalho em si, pois faltava-lhe a manifestação de vontade, seguiram, pois, uma linha anticontratalista.

Contudo, esta não é toda a realidade, uma vez que, quando o futuro empregado aceita trabalhar numa empresa, por mais necessitado que ele esteja do trabalho, está sabendo das condições da atividade que irá prestar e vantagens, emitindo, assim, uma declaração de vontade quando assina o contrato, pois não estava obrigado a fazê-lo. Trata-se assim, de um adesão, tendo nítido caráter contratalista.

Conforme afirma o artigo 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas, *in verbis*, “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”, conclui-se que a própria CLT, assim o confirma.

A relação de emprego, notoriamente, tem se perpetuado como a modalidade de relação de trabalho mais específica e relevante. Segundo Delgado (2012, p. 282) “o trabalho empregatício (enquanto trabalho livre mas subordinado) constitui hoje, a relação jurídica mais importante e frequente entre todas as relações de trabalho que se têm formado na sociedade capitalista”.

Exige-se, igualmente, como requisitos desta relação laboral, a prestação de trabalho por pessoa física; de forma que haja pessoalidade; com onerosidade, e, de modo não eventual. Conclui-se que somente será reconhecido como empregado o trabalhador que albergar todos esses requisitos na relação estabelecida com o seu tomador de seus serviços.

### 3.3.1 Requisitos caracterizadores da relação de emprego

Vigora atualmente a previsão legal que apresenta como requisitos caracterizadores da relação de emprego os elencados nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Esses, por sua vez, não restringindo-se apenas aos empregados regidos pelo regime juslaboral da CLT, bem como aos empregados submetidos a leis especiais.

Tais requisitos caracterizadores são reunidos em cinco elementos fático-jurídicos, consolidadores da relação de emprego. Sua ausência, ou a de qualquer um deles, descaracteriza o trabalho como não sendo de vínculo de emprego.

### 3.3.1.1 Trabalho prestado por pessoa física

O primeiro requisito a ser elencado para a caracterização da relação de emprego é a existência de exploração de energia oriunda do labor humano. Em outros termos, só a pessoa física, ou pessoa natural, podem figurar como empregada, do que decorre necessariamente que uma pessoa jurídica não será, em hipótese alguma, uma empregada.

Esta pode até ser contratada para a prestação de serviços à outra empresa, como no caso das empresas de terceirização, ou mesmo a uma pessoa física, no entanto, esse serviço, de qualquer forma, será prestado por humanos que laboram em nome da pessoa jurídica contratada, e que com essa possuem vínculo de emprego estabelecido e reconhecido.

Conforme Delgado (2012, p. 284) complementa:

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

Necessário faz-se destacar a importância de se enfatizar quanto a esse requisito, a prestação de serviço por pessoa natural, não se confunde com determinadas situações de fraude, como a existência de falsas pessoas jurídicas, fenômeno de fraude juslaboral denominado por parcela da doutrina trabalhista pelo nome pejotização.

Esse método de burlar a aplicação das normas do Direito do Trabalho, também denominadas, segundo Ricardo Resende (2011, p. 66), de "*PJ de um único sócio*" ou "*sociedades unipessoais*", configura-se, geralmente, na "constituição", por parte de

profissionais liberais, da roupagem de pessoas jurídicas para sua atuação em determinadas empresas.

Esse é o único meio que muitos encontram de obter trabalho junto a grandes empresas, o que, no entanto, não impede o reconhecimento do vínculo de emprego, desde que se encontrem presentes, igualmente, os demais requisitos da caracterização da relação de emprego.

Vale salientar que prevalece no Direito do Trabalho a aplicação do princípio da primazia da realidade, segundo o qual, mesmo que em uma relação de trabalho subordinado, formalmente a situação indique a inexistência de vínculo empregatício, os fatos se sobrepõem à forma na qual esteja estabelecida a relação juslaboral, de modo que, caso exista fraude aos direitos trabalhistas assegurados no ordenamento jurídico pátrio, esta não prevalecerá.

Cumprе ressaltar que, conforme Resende (2011), nas demais modalidades de relação de trabalho, igualmente ao vínculo de emprego, a execução dos seus serviços à empresas, ou tomadores de serviço pessoas naturais, é obrigatoriamente realizada por pessoas físicas, motivo pelo qual este requisito não exaure, ou limita sua aplicação na relação de emprego.

Destarte, conclui-se que esse requisito, a saber pessoa física, encontra sua razão de ser não apenas nas relações de emprego, mas sim na lógica que emana das demais relações de trabalho. Desse modo, não é possível elidir a aplicação do direito laboral com a fraude mencionada supra, pois esta facilmente se desnatura quando tal requisito é visto à luz da lógica jurídica laboral e de suas normas.

### 3.3.1.2 Trabalho prestado com personalidade

Na relação de emprego é marcante a presença da natureza *intuitu personae* da atuação do empregado em relação ao seu empregador. Essa expressão latina, em tradução livre, significa "*em razão da pessoa*"; em outras palavras, quer dizer que a contratação do empregado, realizada pelo seu empregador, é feita para que este lhe preste serviços pessoalmente, vedando-se ao empregado se fazer substituir por outro.

O empregado não pode, quando bem entender, enviar uma outra pessoa no seu lugar para trabalhar, salvo em caráter esporádico, mas com a aquiescência do seu empregador. Segundo Cassar (2014, p. 291):

Na verdade, o que é pessoal é o contrato efetuado entre aquele empregado e o seu empregador porque este negócio jurídico é intransmissível. Porém, a execução do serviço, o trabalho em si, pode ser transferida a outro trabalhador, a critério do patrão.

A de observar-se que a natureza *intuitu personae* da relação de trabalho subordinado ocorre somente em relação a pessoa do empregado, o mesmo não se configurando em relação ao empregador, como forma de concreção do princípio da despersonalização do empregador.

Tal requisito, alude também ao princípio da continuidade da relação de emprego, sendo que ao empregado interessa a prestação de seus serviços ao empregador por tempo indeterminado, levando-se em conta que, via de regra, ele necessita do salário para garantir sua subsistência.

Dessa forma, é perfeitamente possível que, no decurso do vínculo empregatício, haja a alteração do polo passivo da relação de emprego, ou seja, a mudança do seu empregador, seja tal mudança pela transferência de propriedade da empresa, ou pela alteração do seu quadro societário.

Caso venha a ocorrer a mudança de empregador, será o caso de sucessão de empregadores. Nessa situação manter-se-ão intactos os vínculos de emprego então existentes, conforme prevê os artigos. 10 e 448 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

### 3.3.1.3 Trabalho prestado de forma não eventual

Na doutrina há várias teorias que tentam explicar o requisito da não eventualidade na relação de emprego, sendo que ainda não se estabeleceu um consenso a esse respeito. Pode-se afirmar, no entanto, mesmo em uma perspectiva simples, que o trabalhador não eventual é aquele que labora de forma repetida, nas atividades permanentes do tomador de serviço, e, fixado a este juridicamente.

Garcia (2012, p. 146) assim o define:

Pode-se dizer, entretanto, que a não eventualidade significa a prestação de serviços ligados às atividades normais do empregador, ou seja, realizando serviços permanentemente necessários à atividade do empregador ou ao seu empreendimento.

Alguns doutrinadores preferem fazer uso de outra nomenclatura para se referir a esse requisito, como é o caso de Martins (2010), o qual, em vez da expressão “não eventual”, utiliza-se da nomenclatura “continuidade”. Segundo o seu entendimento, o trabalhador que executa seu serviço de forma eventual não deve ser tido por um empregado.

Como se constata, alguns doutrinadores fazem uso da expressão “continuidade” apenas para garantirem o devido distanciamento conceitual entre a relação de emprego e a de trabalho eventual, como o faz Martins com o seu posicionamento supramencionado.

Segundo afirma Cassar (2014) a expressão “não eventual”, presente no art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, deve ser interpretada à luz do empregador, ou seja, deve-se levar em conta a necessidade daquele tipo de serviço ou mão de obra para a empresa, se trata-se de um serviço permanente ou meramente acidental.

Conforme complementa, não se deve empregar uma interpretação literal do dispositivo legal referido supra, pois tal atitude conduzirá, conseqüentemente, à falsa ilação de que, o que vem a ser episódico e fortuito é o trabalho do empregado em relação ao seu tomador de serviços.

#### 3.3.1.4 Trabalho prestado com onerosidade

O contrato de trabalho apresenta, dentre outras características, caráter bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver em seu bojo um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre os atores envolvidos.

Isso quer dizer, em síntese, que, enquanto de um lado há a obrigação principal do empregado em fornecer sua força de trabalho, por seu turno, do outro, há a

obrigação principal do empregador em remunerar o seu empregado pelos serviços que lhe são prestados por ele.

Conforme assevera Maurício Godinho Delgado (2012, p. 291):

A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Através dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal e conexão do trabalhador ao sistema produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual. Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.

Dessa forma, a onerosidade da prestação obreira, sob a forma de remuneração pelos serviços do empregado, na relação de emprego, é notoriamente pressuposta. É por essa razão que nos serviços não prestados a título gratuito, não se pode falar em relação de emprego, mas antes, em simples relação de trabalho.

Um nítido exemplo dessa situação é a relação de trabalho voluntário, regulamentada pela Lei nº 9.608/1998. Nesse caso, entretanto, o caráter lucrativo ou não do empreendimento do empregador deste, não é, por si só, fator determinante para definir o requisito.

Com efeito, em uma instituição de fins beneficentes, por exemplo, podem coexistir no mesmo ambiente de trabalho tanto empregados, ou seja, trabalhadores que laboram com intenção lucrativa, quanto obreiros voluntários, que prestam os seus serviços de forma graciosa.

### 3.3.1.5 Trabalho prestado com subordinação

A subordinação apresenta-se como o requisito mais relevante na caracterização da relação de emprego. Consubstancia-se como o grande elemento diferenciador entre esta relação de trabalho e as demais, sendo de suma importância na fixação do vínculo jurídico-empregatício.

Do ponto de vista histórico, a definição da natureza jurídica da subordinação passou por um processo árduo de discussões, consolidando-se, atualmente, na doutrina e jurisprudência com a ideia de subordinação jurídica.

Dessa forma, a subordinação que se estabelece entre empregado e empregador é de cunho jurídico, a qual, decorre diretamente do contrato de trabalho estabelecido entre ambos os atores da relação.

Enquanto que de um lado o empregador exerce o seu poder diretivo - decorrendo deste o poder de, objetivamente, direcionar o modo como se dará a aplicação da energia de trabalho do obreiro, disponibilizada em contrato -, caberá ao empregado a submissão a tais ordens, nascendo daí a subordinação jurídica.

O contraposto à subordinação é a autonomia. Compreende-se, desse modo, que quem trabalha em regime de subordinação, não o faz por conta própria, não sendo senhor do destino de sua energia de trabalho.

Interessante mencionar, a lição de Nascimento (2011), no sentido de que o conceito de subordinação jurídica veio a surgir concomitantemente às leis trabalhistas, as quais conferiram ao obreiro subordinado uma série de faculdades para que houvesse a diminuição de sua sujeição pessoal. O mencionado jurista assevera ainda que:

Essa sujeição, com as referidas leis, transformou-se no sentido da sua proteção, condição necessária da sua realização como pessoa. O homem, no trabalho prestado para outro indivíduo, foi considerado um sujeito de direitos. Não mais a sua pessoa subordinou-se, mas a sua energia de trabalho foi posta à disposição do subordinante.

Surgiu no Brasil, recentemente, a ideia de alargamento do sentido que se tem de relação de emprego, a qual se daria por meio da ampliação do conceito de subordinação. Delgado (2012), aflora como um dos maiores defensores desta tese, propondo que o ponto alvo para a identificação da subordinação se dê com a inserção estrutural do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços.

Uma outra perspectiva que se alvora é a da parassubordinação. Este fenômeno conceitua-se como sendo uma categoria intermediária entre a atividade autônoma e a subordinada, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram adequadamente em uma das modalidades mencionadas anteriormente, como é o caso da

representação comercial, do trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas.

Nestas atividades o trabalho é prestado com personalidade, continuidade e coordenação, sendo possível, no máximo, classifica-los como trabalho autônomo com características assimiláveis na categoria de trabalho subordinado. Esse tipo de trabalho proporciona um redirecionamento do Direito do Trabalho.

### 3.3.1.6 Trabalho prestado com alteridade

O termo alteridade, etimologicamente, significa "*natureza ou condição do que é outro, do que é distinto*". Este requisito, no âmbito do Direito do Trabalho, e, mais especificamente na relação de emprego, quer dizer que o empregado trabalha por conta alheia, ou seja, o ente ou pessoa que o remunera, o que implica dizer que ele não corre riscos com o negócio.

Este requisito encontra previsto, ainda que implicitamente, no artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), segundo o qual, empregador é "a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica [...]", verifica-se, nesse sentido, que o trabalhador não auferi o fruto máximo de seu labor, uma vez que ele está trabalhando por conta de outra pessoa, ou seja, tem seu trabalho explorado por outrem.

É comum que haja doutrinas que não mencionem tal requisito, principalmente pelo fato de tal elemento caracterizador da relação de emprego se encontrar, conforme aludido anteriormente, de forma implícita no artigo 2º da CLT, que apresenta os elementos caracterizadores do conceito de empregador, e não no artigo 3º desta consolidação, que conceitua o empregado.

Salienta-se que, apesar da existência de tal discussão a alteridade é um requisito fundamental para a caracterização do vínculo de emprego, pois sua inexistência implica na conclusão da existência de autonomia na relação laboral, isto é, de simples relação de trabalho.

### 3.4 PESSOA FÍSICA OU NATURAL

O requisito “pessoa física” para a configuração da relação de emprego, como elemento fático-jurídico, é, notoriamente, o mais conhecido e de identificação mais corriqueira.

No decorrer do presente trabalho, ficará demonstrado que a prática de empregadores obrigarem seus trabalhadores a constituírem pessoas jurídicas para prestarem serviços a suas empresas, em especial, em trabalhos intelectuais, confronta, sem dúvida, o requisito em tela.

É de se ressaltar que, em vista do Direito Civil Constitucional e das novas ideias de interpretação dos demais ramos jurídicos à luz da Constituição Federal e dos direitos fundamentais, o requisito para aferição da existência de relação de emprego, a saber, “pessoa física”, vem sendo atualizada pela moderna doutrina, a qual vem substituindo-a pela expressão “pessoa natural”.

Esta, é tecnicamente mais adequada e precisa, um vez que encontra-se em conformidade à nova roupagem de estudos e com o princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana. Assim, diante do avanço doutrinário da ciência jurídica, que é contínuo e constante, como o dever ser, essa expressão demonstra-se ser a mais adequada no contexto científico do Direito pátrio atual.

#### 4 A “PEJOTIZAÇÃO” COMO FENÔMENO JURÍDICO JUSLABORAL

Vem sendo corrente, atualmente, no âmbito juslaboral, a prática do fenômeno denominado pejotização - principalmente em meio aos trabalhadores intelectuais, mas não somente com estes - seja forma aberta, sem que o empregador finja a não aplicação de tal prática, sob o argumento da necessidade de redução dos altos custos devidos com a produção e os deveres laborais; ou velada, com o intuito de se encobrir uma verdadeira relação jurídica de emprego.

Esta consiste, segundo leciona o professor Pereira (2013, p.77), “na contratação de um trabalhador, na condição de pessoa jurídica, para prestação de serviço intelectual”. Seu uso visa encobrir uma verdadeira relação de emprego, levando a transparecer, ao menos formalmente, uma situação jurídica de natureza civil, consistente na atividade de prestação de serviços.

Tal nomenclatura, “pejotização”, é oriunda da sigla para a pessoa jurídica, isto é, PJ; referindo-se a “transformação” do empregado, sempre uma pessoa física, pois trata-se este elemento, de um dos requisitos para o reconhecimento da relação de emprego, em PJ, ou seja, em um ente pessoa jurídica.

Configura um dos inúmeros reflexos ocasionados pela precarização das relações do trabalho, prioritariamente da relação de emprego, o qual demonstra a mitigação acentuada, que vem ocorrendo, dos valores não apenas trabalhistas, como também de tantos conceitos perfilhados na Carta Constitucional vigente, como o tão consagrado princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal conduta vem sendo praticada em diversos estabelecimentos, como uma obrigação a ser cumprida na admissão do empregado, o qual será recebido como um prestador de serviços, regulado, desse modo, não pelas normas da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) ou demais legislações trabalhistas, mas pelo Código Civil de 2002, precipuamente pelas previsões dos seus artigos 593 ao 609, com uma contundente redução de direitos laborais.

Mesmo encontrando-se presentes os aspectos necessários à constituição da relação de emprego, como a onerosidade, a subordinação, a não eventualidade (continuidade), a pessoalidade, bem como, o serviço prestado por pessoa natural (física), constata-se que nessa prática a relação de emprego, com seus requisitos devidamente presentes, é burlada, visando a não aplicação do direito do trabalho.

É de conhecimento notório, no âmbito jurídico, que se faz necessário, para a existência real e legítima de uma pessoa jurídica, que haja livre iniciativa em constituí-la, ao invés de uma obrigação impositiva, por parte de um terceiro (neste caso, o empregador), indo além da vontade de se assumir o risco econômico com sua criação, os lucros, bem como, os prejuízos entre seus sócios.

Esse fenômeno associa-se, também, com o cenário atual de flexibilização das normas jurídicas trabalhistas, com a fomentação de um novo tipo de contratação de mão de obra intelectual; afastando-se, com isso, a caracterização da relação de emprego, por meio do encobrimento do elemento pessoa física (natural), com a contratação de pessoa jurídica, e a não aplicação do direito do trabalho.

Além da supressão dos direitos trabalhistas, devidos ao trabalhador, o empregado ainda terá que se deparar com os custos oriundos da manutenção da pessoa jurídica, e arcar com as despesas oriundas da tributação e das contribuições para sua abertura e futuro encerramento, bem como, de assumir os riscos da constituição de um negócio que não tem sentido de existir.

#### 4.1 O TRABALHADOR INTELECTUAL E OS DIREITOS TRABALHISTAS

Diversas são as modalidades de labor que as sociedades fazem uso para garantir sua subsistência. Para a segurança nas relações que se estabelecem entre trabalhador e tomador de serviços surge a previsão em lei de seus direitos, principalmente dos trabalhadores, seja qual for sua atividade, com garantia de que sua atuação será devidamente remunerada.

O Direito do Trabalho tem por escopo a proteção do trabalhador empregado e de outros que a lei assim o determine, como é o caso do trabalhador avulso cuja previsão constitucional, art. 7º, § único, estende as garantias desta legislação a estes também. No entanto, muitos dos trabalhadores não são revestidos por tal amparo legal, fazendo uso apenas da legislação cível existente.

Esse era o caso dos trabalhadores intelectuais, que anteriormente não tinham acesso aos direitos previstos nas normas trabalhistas. O reconhecimento de relação empregatícia, segundo afirma Barros (2004), entre trabalhadores intelectuais e as empresas nas quais atuavam, por meio de um contrato de trabalho devidamente

firmado, foi combatido durante muitos anos, segundo o entendimento de que a subordinação jurídica, elemento indispensável à sua configuração, não estaria presente nesta categoria de relação trabalhista.

No entanto, conforme assevera a autora supra, os adeptos de tal corrente esqueceram-se que a subordinação jurídica não existe em apenas um nível, pois admite matizes e graus distintos. Segundo esses aspectos, segue-se que, quanto mais intensa for a atividade intelectual prestada, menor será a intensidade da subordinação, uma vez que mais intensificada será a iniciativa pessoal do trabalhador intelectual.

Essa perspectiva não deve ser compreendida como se a subordinação jurídica não esteja presente, mas, simplesmente, que exige-se o devido respeito a uma certa medida de autonomia reservada a esse tipo de empregado.

Os trabalhadores intelectuais, que no passado, laboravam unicamente de modo independente, como profissionais liberais (autônomos), deslocaram-se, conforme assevera Cassar (2014), para outros setores, em decorrência da proletarização de sua atividade intelectual, e passaram à atuar também na condição de empregados de grandes empreendimentos. Conforme esta autora, “daí, multiplicaram-se os profissionais”.

Esta categoria de trabalhadores é integrada por aqueles empregados que têm em sua atividade especial cultura científica ou de caráter artístico. Estes trabalhadores distinguem-se dos obreiros que exercem serviços manuais ou de conteúdo meramente técnico, precipuamente por desenvolverem trabalhos intelectuais ou artísticos, e por ter o nível de dependência, e também de subordinação, mais tênue que os demais, uma vez que executam sua atividade com maior autonomia.

Dessa forma, como mencionado anteriormente, a subordinação que incide sobre estes trabalhadores empregados possui teor mais sutil. Eles podem atuar, saliente-se, sendo-lhes concedido um pouco mais de liberdade, sem que seja afetada a existência do requisito subordinação jurídica para a configuração do vínculo empregatício, quando da execução de suas atividades.

A medida que amplia-se a intelectualidade dos serviços prestados, concomitantemente se intensifica a confiança funcional entre o empregado intelectual, ou profissionalista, e o seu empregador.

À guisa de exemplos desse tipo de profissional, pode-se mencionar: advogados, médicos e dentistas, engenheiros, jornalistas, comentaristas esportivos,

artistas em geral, contadores, dentre muitos outros, quando atuarem como empregados de um empreendimento.

#### 4.2 A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE A LEI NÚMERO 11.196/05 E A “PEJOTIZAÇÃO”

A introdução da Lei n. 11.196/05, que Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital, no ordenamento jurídico pátrio, trouxe reflexos significativos no que concerne ao fenômeno jurídico em tela.

O fenômeno da pejotização, entre outras razões, vem sendo intensificado no que tange às profissões eminentemente intelectuais, em razão de tortuoso modo de se interpretar essa lei. Tal fato mostra-se mais marcante na aplicação que se dá ao seu artigo 129, que dispõe sobre a contratação de pessoas jurídicas para a prestação de serviços intelectuais. Dessa forma, assim trata o referido dispositivo legal, *in verbis*:

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

Fazendo uso desta previsão legal, diversos empregadores/contratantes passaram a contratar pessoal como mão-de-obra para a prestação de serviços intelectuais, mascarados sob a forma de pessoas jurídicas. Sem vínculo de emprego formal, desrespeitando-se, dessa forma, os princípios e regras basilares previstos pelo ordenamento trabalhista.

Em meio à crise financeira que assola atualmente a economia mundial, oriunda precipuamente da globalização, houve um nítido retrocesso no que concerne aos direitos trabalhistas.

Os trabalhadores intelectuais, referidos no artigo 129 da Lei n. 11.196/05, que celebram contratos de prestação de serviços, como pessoas jurídicas, com seus empregadores/contrantes, têm rechaçadas suas garantias trabalhistas básicas, tais como: salário mínimo, férias, gratificações natalinas, segurança e medicina do trabalho, limitação da jornada, dentre outros direitos assegurados na legislação laboral.

Os contratantes/ empregadores argumentam que esta relação é estabelecida com os trabalhadores/empregados por sua livre vontade e iniciativa. Esse estado de coisas seria estabelecido por meio da aceitação do prestador de serviços ao constituir sua pessoa jurídica, e assinar o correspondente contrato de prestação de serviços.

Contudo, apesar dos esforços retóricos da classe empregadora, visando justificar essa situação, não se pode deixar de ressaltar que em virtude da nítida necessidade de subsistência do trabalhador, cumulada com a péssima distribuição de renda que se verifica em nossa sociedade, é patente que a aceitação por parte do trabalhador de precárias condições de trabalho não se fundamentam em sua liberdade de decisão.

Segundo esclarece Peres (2008, p. 17):

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 sua 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.

Conforme esboçado pela autora supra, a presença simultânea da gama de requisitos para a configuração da existência de relação de emprego impõe que seu reconhecimento seja feito de imediato; para que seja possível a consequente aplicação ao trabalhador de todos os direitos laborais que lhe são reservados e garantidos constitucionalmente, bem como, por meio da legislação juslaboral que lhe seja própria.

Esse mostra-se ser o posicionamento que melhor se conforma com o escopo protetivo do trabalhador empregado, visado pelo Direito do Trabalho. A supressão de tal modo de compreender o caso em tela geraria, sem dúvida alguma, a legitimação de mitigação crassa dos direitos dos empregados intelectuais. Tal retrocesso mostra-

se uma realidade incompatível com tal ramo da ciência jurídica, pois sua busca contínua visa alcançar sempre melhores condições de labor e de vida para os trabalhadores que por suas normas são resguardados.

#### 4.3 O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E A “PEJOTIZAÇÃO”

A forma de relação contratual denominada contrato de prestação de serviços consiste em um negócio jurídico no qual alguém – o prestador de serviços – compromete-se a realizar uma determinada atividade, de caráter lícito, previamente estipulada, no interesse de outrem – o tomador –, tendo por fim o recebimento de certa e determinada quantia remuneratória.

Em apertada síntese, o professor civilista Pinto (2014, p. 497) define tal negócio jurídico como sendo o contrato que “envolve a prestação de um serviço por uma parte (prestador) que assume uma obrigação de fazer frente ao dono do serviço, mediante o pagamento de uma remuneração”.

Essa modalidade de negócio jurídico encontra amparo legal nos artigos 593 à 609 do Código Civil de 2002. Segundo o professor Tartuce (2014), trata-se de um contrato bilateral, pelo fato de encontrar-se presente o sinalagma obrigacional, uma vez que as partes tornam-se credoras e devedoras umas das outras.

Nesta situação, o tomador é concomitantemente credor do serviço e devedor da remuneração. O prestador, a seu tempo, é credor da remuneração pactuada e devedor do serviço previamente ajustado, ou seja, estabelece-se uma relação onde ambos possuem obrigações e direitos.

Trata-se de contrato oneroso, uma vez que envolve o sacrifício patrimonial de ambos os polos envolvidos, constando a presença de uma remuneração denominada, civilmente, de preço ou salário civil. Trata-se, também, de contrato consensual, aperfeiçoando-se por meio de mera manifestação de vontade das partes.

Constitui-se, também, com um contrato do tipo comutativo, pois o tomador e o prestador, igualmente, sabem previamente quais prestações terão de ser cumpridas, bem como, qual o objeto do negócio firmado. E, por fim, o contrato é informal, ou seja, não se exige nem mesmo a forma escrita para formalização, ou escritura pública.

Conforme assevera o professor Tartuce (2014, p. 615), no que concerne a prescrição contida no artigo 593 do Código Civil de 2002:

O art. 593 do CC/2002 consagra a aplicação da codificação somente em relação à prestação de serviço que não esteja sujeita às leis trabalhistas ou à lei especial. Desse modo, pelos exatos termos do que dispõe a codificação privada, havendo elementos da relação de emprego regida pela lei especial, tais como a continuidade, a dependência e a subordinação, merecerão aplicação as normas trabalhistas, particularmente aquelas previstas na CLT.

Da análise do fenômeno em tela, constata-se que mesmo havendo essa previsão legal, com o intuito de afastar qualquer tipo de fraude à aplicação das normas trabalhistas, os empregadores/contratadores, em comum acordo com empregados/contratados, criam uma aparente prestação de serviços, por meio de uma pessoa jurídica, para burlar tal regramento.

Aplicam, a essas circunstâncias, o fenômeno justrabalhista da pejetização, porque, dessa forma, fica descaracterizado o vínculo de emprego, lembrando-se ser necessário, para seu reconhecimento, que o empregado seja uma pessoa natural (física).

O Direito do trabalho, assim, tutela a aplicação de suas normas à pessoas físicas, não sendo possível que uma pessoa jurídica venha a ser considerada um empregado. Conforme se constata da análise do artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), há a exigência expressa de tal requisito, bem como, de que o contrato seja firmado *intuito personae*, isto é, que o contrato tenha caráter personalíssimo.

O contrato de trabalho, à luz da previsão legal da CLT, não pode ser executado por pessoa diversa da que foi previamente pactuada, ou seja, quando se vislumbra que uma pessoa jurídica encontra-se no polo devido a um empregado, é configurado qualquer outra forma de negócio jurídico.

Nesse momento pode-se configurar uma relação de prestação de serviços, um contrato de empreitada, de trabalho temporário, uma forma dentre as tantas de terceirização, de trabalho autônomo, dentre outros. Em suma, o fenômeno da pejorização é antagônico ao tipo de trabalho protegido pelo direito laboral, ou seja, a relação de emprego.

O professor Pereira (2013, p. 128) leciona que:

[...] os avanços da economia vêm tornando esse fenômeno cada vez mais comum, na medida em que se pretende reduzir a carga trabalhista. Não há como o Direito do Trabalho impedir totalmente o avanço, mas sim conter a evolução desenfreada, com a edição de regramento legal alinhavando as hipóteses lícitas de cabimento.

Este fenômeno jurídico, atualmente muito comum, não tem como ter o seu avanço totalmente contido pelo Direito do Trabalho, como o próprio autor acima fez alusão, pois, atrai a atenção do empregado, à primeira vista, porque o valor remuneratório que lhe é oferecido pelo empregador é maior do que a pecúnia que receberia na situação normal.

O empregador alega que, por meio da redução de custos com o pagamento de tributos, será possível o aumento do valor do salário do empregado/contratado. A perspectiva apresentada pelo contratante, contudo, não tem razão de ser, pois leva o empregado/contratado intelectual a crer, erroneamente ou limitadamente, que sua oferta é a melhor opção, a mais recompensadora.

Na verdade, tal situação configura a mitigação ao trabalhador dos direitos trabalhistas que lhe seriam devidos se porventura fosse realizada a constituição formal de uma relação de emprego entre o contratado e o tomador de seu serviços, e não somente de um contrato de prestação de serviço entre pessoas jurídicas.

Dessa forma, reiterar-se, o empregado intelectual, ou de outra categoria profissional, terá os seus direitos laborais totalmente rechaçados por essa prática, lhe restando, apenas, fazer uso dos meios processuais cabíveis para pleitear a mudança de tal situação.

Para se buscar conter o avanço desenfreado de tal prática, como ressaltou o próprio professor Pereira (2013), se faz necessário “a edição de regramento legal alinhavando as hipóteses lícitas de cabimento”. No entanto, no presente momento, tal opção, ainda não transpôs o mundo das expectativas e ideias.

Conforme abordado pelo autor acima mencionado, essa opção, a saber o regramento da pejetização em norma própria, é sem dúvida, o meio mais eficiente de se atingir os fins da mitigação e supressão de seu avanço contínuo nas relações de trabalho que são estabelecidas continuamente.

No entanto, diante das limitações na produção legislativa patentes no Brasil, o meio mais eficaz tem sido a atividade da Justiça do Trabalho em descaracterizar a atividade de prestação de serviços entre pessoas jurídicas, formalmente existente, e

reconhecer o vínculo de emprego então existente entre o contratado/empregado e o contratante/empregador, elidindo assim a fraude por esse praticada.

#### 4.4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA SUBSTITUIÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO PELO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Ao aceitar constituir uma pessoa jurídica em seu nome e firmar um contrato de prestação de serviço com o empregador/contratante, o trabalhador/empregado intelectual será rechaçado de uma gama de direitos laborais que lhe seriam devidos em situação normal, ou seja, na qual fosse firmado entre ele e o empregador/contratante de seus serviços, um contrato individual de trabalho.

Não se pode deixar de afirmar que existem alguns argumentos favoráveis a prática da pejetização, embora não sejam esses os adotados pelo presente trabalho, e não somente quanto aos empregados intelectuais, conforme expõe o professor Leone Pereira (2013, p.127), onde traz à baila os seguintes exemplos:

Maior poder de barganha no valor da prestação dos serviços; valorização do profissional, tendo em vista a alta competitividade do mercado e a disputa das empresas pelos bons profissionais; com a redução da proteção trabalhistas, as amarras burocráticas são mitigadas, o que resulta em maiores possibilidades de troca de local de prestação de serviços ou a sua prestação simultânea em mais de um lugar; aumento de vagas de trabalho, em face da redução da carga trabalhista.

Apesar dos argumentos a seu favor, que parecem atrativos num primeiro plano, o fenômeno da pejetização traz sérios problemas para o empregado intelectual, uma vez que não lhe será assegurado, pela lei, faculdades laborais básicas.

À guisa de exemplo do que foi mencionado no parágrafo anterior há: a não concessão do décimo terceiro salário, das horas extras, das verbas rescisórias e direitos previdenciários, e, por consequência, direito à licença maternidade, ao auxílio doença, auxílio reclusão, a salário mínimo, dentre outros, ou seja, ficará praticamente sem nenhuma garantia.

Como fora demonstrado no tópico anterior, embora o artigo 593 do Código Civil de 2002 preveja a aplicação das normas trabalhistas, principalmente das previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas, se forem reconhecidos os elementos configuradores da relação de emprego, com a aceitação por parte do empregado intelectual em constituir uma pessoa jurídica, não será preenchido, ao menos formalmente, o requisito da pessoa física.

O professor Pereira (2013, p.126-127) apresenta como argumentos desfavoráveis a “pejotização” os que se seguem:

Inexorável desrespeito aos princípios basilares do Direito do Trabalho, em especial ao princípio da proteção, gênese do estudo da ciência jurídica; ofensa aos direitos fundamentais trabalhistas, em especial à dignidade da pessoa do trabalhador; ofensa à legislação trabalhista e social; precarização dos direitos trabalhistas; aviltamento da condição social do trabalhador; desregulamentação e flexibilização da proteção trabalhista; incremento do número de horas trabalhadas, tendo em vista a ausência de controle de jornada, que resulta em maior número de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, bem como redução das horas dedicadas à família, aos amigos, ao lazer e aos estudos.

É de salientar que, embora não se possa negar as dificuldades existentes no mercado, oriundas de crises econômicas e dificuldade financeiras enfrentadas pelas empresas, bem como não ser possível, até mesmo em virtude desses fatos, alcançar-se um nível de concessão e garantia real de direitos laborais que não fiquem adstritos aos textos legais, não se pode estagnar diante disso.

Apesar de não ser possível, tanto no Brasil quanto no restante do mundo, proporcionar uma realidade onde o trabalhador possa, por exemplo, provar de salários capazes de propiciar um vida digna, para ele e seus familiares, bem como de um meio ambiente de trabalho estritamente adequado a sua atuação, não se deve, em hipótese alguma, por decorrência dessas dificuldades, permitir retrocessos como o que se dá com a prática da “pejotização”.

Não obstante a inaplicabilidade das normas laborais aos trabalhadores intelectuais pejotizados, o empregado/contratado terá que arcar, ainda, com os custos provenientes da constituição de uma pessoa jurídica.

Nesse caso verifica-se a existência dos gastos com o pagamento de impostos e contribuições de sua abertura, manutenção e futuro encerramento da firma; bem

como, a assunção dos riscos de um negócio que não tem motivo real e legítimo para vir a existir.

#### 4.5 A PEJOTIZAÇÃO À LUZ DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS

Embora o presente trabalho tenha por escopo dedicar-se a reflexão das implicações da “pejotização” aos serviços prestados por trabalhadores/empregados intelectuais, faz-se necessário discorrer, ainda que brevemente, sobre as suas implicações, também sobre as demais modalidades de relação de trabalho.

Conforme assevera o professor Pereira (2013, p. 110) “a pejotização atinge não apenas os trabalhadores intelectuais, mas aqueles submetidos a outros contratos de trabalho”.

A Lei n. 11.196/05 prevê, em seu teor, apenas a “suposta” contratação de trabalhadores intelectuais, por meio de pessoas jurídicas, embora que, em diversas situações há trabalhadores não intelectuais, estão operando por este mecanismo, com o intuito de fraudar a legislação trabalhista.

Nessas situações, não se faz necessário grandes discussões quanto à validade dessas contratações. Se nem mesmo a contratação de trabalhadores/empregados intelectuais, por esse meio, faz-se justificável e legítimo, mesmo existindo norma que permite um início de argumentação, não se pode cogitar da possibilidade de legitimação de tal prática com as demais categorias profissionais.

Deve-se, de logo, reconhecer os contratos porventura existentes sob tal perspectiva como contratos com vínculo de emprego. Do contrário, tais contratos ficarão sujeitos a pena de serem considerados nulos, uma vez que seu conteúdo, celebrado sob o manto de pessoa jurídica, busca impedir e fraudar a devida aplicação direitos e garantias trabalhistas.

É o que se pode verificar da análise da jurisprudência trabalhista, a qual tem se posicionado no intuito de, combater ou pelo menos inibir os diversos tipos de pejotização que são recorrentes, conforme o seguinte julgado:

PEJOTIZAÇÃO. FRAUDE. O emprego de uma pseudo contratação de serviços por parte do empregador, com a utilização da -pejotização- -

transmutação da pessoa natural em -PJ- -, com a claro objetivo de fraudar aos direitos, gera a nulidade dos atos praticados, e a aplicação dos preceitos contidos na CLT ao contrato havido entre as partes. (TRT-1 - RO: 4002920085010471 RJ, Relator: Ivan da Costa Alemão Ferreira, Data de Julgamento: 21/05/2013, Quarta Turma, Data de Publicação: 03-06-

Conforme expõe Pereira (2013), à guisa de exemplificação de pejetização intelectual, pode-se citar o caso de uma jornalista, contratada para prestar serviços como empregada, mas que, formalmente, figurava na relação contratual como pessoa jurídica. O Tribunal Superior do Trabalho, a seu tempo, reconheceu a existência de relação de emprego, considerando o caso em tela como fraude ao contrato de trabalho:

Uma jornalista contratada como pessoa jurídica para prestar serviços à TV Globo conseguiu o reconhecimento do vínculo empregatício com a empresa. A Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho rejeitou agravo de instrumento da emissora, entendendo haver evidências de fraude à legislação trabalhista nos contratos de locação de serviços. O ministro Horácio Senna Pires, relator do agravo, concluiu que o esquema “se tratava de típica fraude ao contrato de trabalho, caracterizada pela imposição feita pela Globo para que a jornalista constituísse pessoa jurídica com o objetivo de burlar a relação de emprego”. A Sexta Turma manteve decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ), que condenou a TV Globo à anotação da carteira de trabalho da jornalista, no período de maio de 1989 a março de 2001, com o salário de R\$ 10.250,00. Ao avaliar prova pericial e depoimentos, o TRT constatou a presença dos elementos do art. 3º da CLT – onerosidade, pessoalidade, habitualidade e subordinação -, que caracterizam o vínculo de emprego entre as partes. Assim, segundo o Regional, prevalece o que efetivamente ocorreu na execução prática do contrato, pouco importando a forma como se deu essa pactuação, pois o que interessa é a forma como se deu a prestação dos serviços, ou seja, o princípio da primazia da realidade do Direito do Trabalho. De 1989 a 2001, a jornalista trabalhou como repórter e apresentou telejornais e programas da Globo, como Jornal Nacional, Jornal da Globo, Bom Dia Rio, Jornal Hoje, RJ TV e Fantástico. No entanto, nunca teve sua carteira de trabalho assinada pois, segundo informou, a emissora condicionou a prestação de serviços à formalização de uma empresa pela qual a jornalista forneceria a sua própria mão de obra. Para isso, ela então criou C3 Produções Artísticas e Jornalísticas Ltda., que realizou sucessivos contratos denominados “locação de serviços e outras avenças”. Em julho de 2000, a repórter foi informada que seu contrato não seria renovado. Isso, segundo ela, depois de ter adquirido doença ocupacional: após exames detectarem um pólipo em sua faringe, ela foi submetida a tratamento fonoaudiológico pago pela Globo. No entanto, após a dispensa, teve que arcar com as custas desse tratamento e de cirurgia para a retirada do pólipo. Na ação trabalhista, além de vínculo de emprego, ela pleiteou, entre outros

itens, o ressarcimento das despesas e indenização por danos morais, inferidos pela 51ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro. A jornalista recorreu e o TRT da 1ª Região alterou a sentença quanto ao vínculo. Em um dos depoimentos utilizados pelo Regional para concluir pela existência da relação de emprego, um ex-diretor de jornalismo, a quem a autora foi subordinada, relatou que ela tinha que obedecer às determinações da empresa em relação a maquiagem, tipo de cabelo e roupas usadas durante a apresentação. Afirmou também que suas matérias eram determinadas pela emissora, e que eventualmente ela podia sugerir uma pauta e a ideia ser ou não acatada pela direção. Disse, ainda, ser ele, diretor, quem determinava o horário em que a jornalista tinha que estar diariamente na empresa. Além disso, o TRT da 1ª Região verificou que, nos contratos de prestação de serviços, apesar de haver a previsão de inexistência de vínculo de emprego, algumas parcelas tipicamente trabalhistas foram pactuadas, como o pagamento de “uma quantia adicional correspondente à remuneração que estivesse percebendo” nos meses de dezembro. O Regional entendeu que esse adicional era uma verdadeira gratificação natalina. “Nesse contexto, concluiu que se tratava de típica fraude ao contrato de trabalho”, afirmou o relator do agravo no TST (AIRR 1313/2001-051-01-40.6).

Conforme depreende-se a prática da pejetização é bem comum na realidade trabalhista brasileira, apesar de trazer profundos danos aos trabalhadores, sejam eles intelectuais ou obreiros das demais categorias profissionais. No entanto, apesar de tal circunstância, e do fato de não se vislumbrar a possibilidade de uma mudança radical em sentido contrário, levando a cabo a aniquilação total desta prática, é possível trabalhar, pelo menos, com o seu controle e mitigação.

Nessa tarefa a Justiça do Trabalho tem se mostrado correta em sua atuação como protetora dos direitos dos empregados, pois nas ações intentadas por empregados intelectuais na busca da concessão e garantia dos direitos laborais, como será visto em tópico posterior, ela tem defendido seus direitos por meio do reconhecimento do vínculo de emprego para tais empregado, quando se constatar presente os elementos fáticos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT.

Embora tal atitude por parte do Poder Judiciário trabalhista seja imprescindível, por si só não será suficiente. É necessário que os trabalhadores intelectuais se conscientizem dos seus direitos, não se deixando levar por aparente benefícios, como uma remuneração maior que a de empregado, pois a opção por esse tipo de “benesse” lhe custará muito caro posteriormente.

#### 4.6 A “PEJOTIZAÇÃO” E OS FENÔMENOS SÓCIO-ECONÔMICOS QUE LHE DÃO CAUSA

A origem do direito do trabalho remonta a Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX, como uma resposta política as necessidade dos operários, frente à sua condição de extrema desigualdade em relação aos seus empregadores.

Com o processo de criação de máquinas houve a redução do esforço físico por esta época, e a consequente facilitação da exploração laboral de mulheres e menores. Com isso intensificou-se o número de acidentes mecânicos nos ambientes de trabalho, como também a precarização econômica dos trabalhadores através de baixos salários, e excessivas jornadas de trabalho.

Juntamente com as mudanças que ocorreram no processo produtivo e econômico dessa época, adveio uma série de problemas de ordem social e econômica, tais como: desigualdade política, econômica, social, religiosa, racial, dentre outras.

Vivia-se uma realidade onde existiam nações desnacionalizadas submetidas ao crivo dos países desenvolvidos; bem como países pobres onde havia o crescimento vertiginoso de desemprego, como ainda o há.

Sobre o tema em questão, enfatizando os efeitos da globalização, o professor Pereira (2013) assevera que esta, definitivamente, foi consolidada por meio do avanço tecnológico, e diminuiu a importância dada a matéria-prima e a mão de obra, sendo aumentado sobremaneira o desemprego, a pobreza e a escravidão.

Sussekind (2004, p.52-53), a seu tempo, acrescenta:

Hoje, essa crise, resultante da globalização da economia, sob a égide das leis do mercado, tem características estruturais, já tendo acarretado 180 milhões de desempregados e 750 milhões de subempregados, isto é, 1/3 da população economicamente ativa mundial. [...]

Em consequência, pioram as condições de trabalho, inclusive no que tange a salários. Na América Latina, por exemplo, os salários reais pagos na indústria em 1995 eram 5 % inferiores aos anos 1980.

A Organização Internacional (OIT) tem demonstrado sua preocupação com a face perversa da globalização da economia, que ao invés de transformar o nosso planeta num mundo só, dividiu-o entre países globalizantes e globalizados. Relatório sobre o trabalho no mundo em 2000 registrou que “só em cinco anos, o número de pessoas que vivem numa situação de extrema pobreza em todo o mundo aumentou em

duzentos milhões, sobretudo na África subsaariana, Ásia central, Europa oriental e Sudeste asiático”. E Concluiu que a pobreza é um dos principais fatores que levam 250 milhões de crianças e ingressar prematuramente no mercado de trabalho, pondo em perigo sua frequência à escola. Nas palavras de Emmanuel Mournier, instituiu-se a desordem estabelecida – aquela em que ficam sem trabalho, morrem e se desumanizam, sem barricadas, na mais perfeita ordem, milhões se seres humanos.

O fenômeno da globalização da economia gerou, conseqüentemente, o aumento vertiginoso da competitividade, bem como, da revolução tecnológica, os quais imiscuídos, determinaram um contínuo e intenso processo que envolvia a mudança de paradigmas.

No plano da gestão empresarial a nova política industrial lida com a perspectiva de reestruturação de setores onde há a possibilidade de competitividade, consistindo na possibilidade de se produzir, sempre mais, em uma menor escala de tempo. Para alguns, nesse contexto, faz-se necessário uma postura reflexiva no que concerne a possibilidade de realização dos direitos fundamentais em um regime democrático.

Os neoliberais, a seu tempo, defendem, para esse contexto, a necessidade de se rever a concessão de garantias mínimas, sendo possível para o Estado enxugá-los o máximo possível, para permitir a maximização da competitividade no mercado. O que configura um verdadeiro retrocesso para o âmbito jurídico laboral.

No Brasil, justificam-se, vive-se uma realidade na qual há barreiras monetárias e alfandegárias, bem como alta proteção laboral, oriundas de um Estado baseado na realização de um bem-estar social, que ocasionam a diminuição do potencial competitivo da economia industrial.

Quanto a isso, Cassar (2014, p.63), a seu tempo, escreve que:

A sociedade precisa se conscientizar de seus direitos e exigir a aplicação daquelas regras e princípios estampados expressamente na Constituição, fazendo-se efetivar o bem-estar social e a democracia. Todos nós devemos resistir às manobras aparentemente atrativas da globalização neoliberal, à exploração do homem e, impedir o retrocesso de direitos duramente conquistados

Nesse contexto, a flexibilização da normas trabalhistas surge como uma medida de relativização do direito do trabalho a ser tomada para melhorar as condições de competitividade e lucro nos empreendimentos.

Deve-se levar em conta, contudo, a necessidade de equilíbrio no que tange à aplicação dessa prática. Embora cada vez mais a flexibilização seja recorrente, em virtude das dificuldades enfrentadas pelos empresários, é delicado o assunto em pauta.

Uma análise acurada dessa situação é o melhor a ser feito, uma vez que a diretriz da flexibilização, como solução para os conflitos sociais oriundos do desemprego crescente, deve sempre ser feita de forma responsável, sem abuso por parte da classe empregadora, e desde que a empresa comprove estar em situação que justifique sua aplicação.

Diante de graves crises econômicas se faz justificável a flexibilização, não podendo ela servir como fundamento apenas para o aumento irrestrito dos lucros e consequente enriquecimento dos sócios, uma vez que sua razão funda-se na manutenção da viabilidade econômica da empresa, e, por consequência, da melhoria do nível de emprego.

Dessa forma, a prática da flexibilização das normas trabalhistas não pode ter por fim pôr em risco os direitos já adquiridos pelos trabalhadores, nem muito menos sua utilização como apenas mais um mecanismo jurídico, mas sim, como última solução a ser posta em ação, nas questões práticas de continuidade da empresa.

A essa situação associa-se a realidade do trabalho informal, o qual constitui, com frequência, uma importante fonte de renda para uma gama de trabalhadores. Destarte, um contingente de trabalhadores e empresas informais se aprofunda cada vez mais nessa realidade tendo em vista, sua incapacidade de lidar com as contribuições sociais e os impostos decorrentes da atividade que desenvolvem.

Por essas razões, as dificuldades oriundas da economia globalizada, como os altos custos com a produção, apresentados por parte dos empregadores; e as ideias de flexibilização das normas trabalhistas, associado à informalidade, intensificam a prática do fenômeno juslaboral ora em análise, a saber, a pejotização.

É de se ressaltar, em suma, que a flexibilização das proteções aos trabalhadores ainda é a melhor medida a ser tomada, ao contrário de uma inflexível proteção de seus direitos, com a consequente intensificação da informalidade nas relações de trabalho.

No entanto, apesar da pejotização configurar como uma forma de flexibilização cada vez mais presente, não deve ser encarada como uma maneira adequada de se lidar com as dificuldades e crises econômicas, uma vez que seus reflexos sobre os

direitos do trabalhador transpõem os efeitos desejados e pretendidos com a relativização de direitos laborais.

#### 4.7 O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO PELOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS

Desde os seus primórdios ainda como órgão administrativo vinculado ao Poder Executivo, e mesmo hodiernamente enquanto parcela do Poder Judiciário nacional, após sua inserção e integração a tal poder com a Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho sempre deu preponderante atenção e proteção a relação de emprego, e também a outras poucas relações de trabalho.

Em sua tarefa protetiva dos empregados, especificamente, segundo a análise realizada por essa trabalho, dos empregados intelectuais, ela não tem se furtado de garantir-lhes os direitos devidos, diante das ações de reconhecimento de vínculo de emprego através da alegação de pejetização fraudulenta.

Como foi demonstrado anteriormente, apesar da prática da pejetização ser recorrente, há a possibilidade de se reverter essa situação, de modo que seja possível o trabalhador ter acesso a todos garantidos a um empregado.

Na Justiça do Trabalho, tem sido possível haver a reversão de tal quadro, sendo concedido o reconhecimento do vínculo de emprego uma vez configurados os requisitos necessários à existência da relação de emprego, a saber: o trabalho exercido por uma pessoa natural, trabalho com pessoalidade, de modo não eventual, oneroso e com a presença de subordinação jurídica. Como pode ser constatado pelo seguinte julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. O indeferimento da prova oral não caracteriza necessariamente o cerceamento de defesa. Prevê o Código de Processo Civil Brasileiro o princípio do livre convencimento do juiz; assim, não está o magistrado obrigado a exaurir todos os meios probatórios se, antes disso, já estiver formada a sua convicção por outros elementos constantes dos autos. Preliminar de nulidade rejeitada. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PEJOTIZAÇÃO. A contratação de trabalhadores intelectuais por meio

de pessoa jurídica (fenômeno chamado pejetização) é muito comum no âmbito dos profissionais de TI - Tecnologia da Informação. Por certo que os empregados aderem a tal situação visando a salários melhores, mas a Justiça do Trabalho não pode chancelar o mascaramento da relação jurídica, ainda que, indiretamente, tenha acarretado algum benefício para as partes. Não se pode deixar de invocar o princípio da irrenunciabilidade, o qual tem por efeito a inafastabilidade de sua aplicação pela vontade dos interessados. Por conseguinte, não estava ao alvedrio das partes afastar a existência do contrato de trabalho por sua mera vontade. Configurados todos os elementos dos arts. 2º e 3º da CLT, devido é o reconhecimento do vínculo empregatício entre os litigantes. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TRT-10 - RO: 625201000510009 DF 00625-2010-005-10-00-9 RO, Relator: Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron, Data de Julgamento: 07/03/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 30/03/2012 no DEJT)

Com a aplicação de princípios, como o da irrenunciabilidade, como mencionado no julgado supra, bem como da primazia da realidade, regre-se a situação não pelo aspecto formal mas pela realidade fática que dela pode-se extrair. A descaracterização da relação civil preexistente, geralmente um contrato de prestação de serviços é desfeito, dando-se lugar a relação de emprego então existente.

Outro julgado, em igual sentido, do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, afirma:

PEJOTIZAÇÃO. FRAUDE. ATOR DE NOVELA. Não é possível imaginar que um ator que trabalhou numa novela ou minissérie não esteja subordinado aos comandos do produtor. Portanto, sobressai no caso destes autos o emprego de uma pseudo contratação de serviços por parte da reclamada, com a utilização da -pejetização- -transmutação da pessoa natural em -PJ- -, perpetrando a fraude aos direitos trabalhista, não havendo como afastar o reconhecimento de vínculo de emprego.

(TRT-1 - RO: 4181620125010049 RJ, Relator: Ivan da Costa Alemão Ferreira, Data de Julgamento: 26/08/2013, Nona Turma, Data de Publicação: 11-09-2013)

Na análise das relações de emprego intelectual, realizadas pela Justiça do Trabalho, à luz dos princípios juslaborais, conclui-se que o entendimento mais acertado a se ter é no sentido da caracterização da pejetização como fraude na aplicação das normas do Direito do Trabalho.

O objetivo dos contratantes/empregadores, desse modo, consiste na tentativa de desonerarem-se do pagamento de uma gama de encargos laborais decorrentes da

relação de emprego, o que se mostra patente. O reconhecimento do vínculo de emprego nestas situações se torna o entendimento e posição mais justa a ser tomada.

Conforme abordado anteriormente, com a “proletarização” dos trabalhadores intelectuais, as normas trabalhistas foram estendidas a esfera normativa dessa categoria profissional, concluindo-se que o fato da atividade executada ser intelectual, não descaracteriza o vínculo empregatício, uma vez estando presentes os requisitos fáticos elencados nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas. Bem como, não haver incompatibilidade jurídica ou moral entre seu exercício como empregado.

Desse modo, demonstra ser um retrocesso permitir a aplicação da pejetização, ou torna-la aceitável sob o argumento de tratar-se de uma forma de flexibilização das relações trabalhistas, uma vez significa a extirpação de uma condição benéfica alcançada por essa classe obreira.

Apesar dos avanços na economia repercutirem sobre tal fenômeno tornando-o mais comum, em virtude da pretensão do empregadores em reduzir gastos com a carga trabalhista, e o Direito do Trabalho não ser capaz de impedi-lo totalmente, o ordenamento jurídico laboral, bem como a Justiça do trabalho não devem permitir seu o avanço desenfreado.

Em que pese seus efeitos nefastos como fator de intensa redução da aplicação dos direitos laborais a tais trabalhadores, é ainda um reconhecimento de retrocesso as condições de trabalho adquiridas por uma categoria profissional, os trabalhadores intelectuais, que tiveram um grande avanço em seu direitos a partir do reconhecimento da possibilidade de atuarem como empregados.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vulnerabilidade é um fator patente nas relações sociais de qualquer país, sua existência, que não ocorre apenas em poucos casos, é motivo comum de exploração de um agente social por outro. O Direito, enquanto ordenamento jurídico, tem como um dos seus escopos evitar quaisquer tipos de abuso entre agentes sociais nas relações que venham a tutelar em seu ordenamento jurídico.

Como o principal meio que o Direito faz uso para garantir a proteção de seus tutelados se dá através dos direitos fundamentais a proteção assegurada as relações trabalhistas se deu a esse tipo de relação social por meio da aplicação de uma de suas espécies de faculdades jurídicas, os denominados direitos sociais.

Estes tiveram seu reconhecimento efetivado em época na qual o Estado transpôs a sua posição absenteísta (primeira dimensão dos direitos fundamentais), onde limitava-se a não intervir na esfera privada e visava apenas garantir o acesso as liberdades públicas; e passou a condição de fomentador dos direitos sociais (segunda dimensão daqueles direitos).

Tendo como alvo de sua proteção os trabalhadores empregados, devido a sua condição de trabalhador subordinado, O legislador constituindo originário elencou os direitos laborais na Carta Magna entre a espécie direitos sociais, como se pode ver, precisamente, da análise do artigo 7º da Lei Maior.

Uma vez que o Direito do Trabalho tem como finalidade a proteção dos trabalhadores empregados, e de outras categorias trabalhistas previstas em lei, em virtude da patente desigualdade existente entre os atores envolvidos na relação de emprego, nada mais adequado do que reconhece-los como direitos fundamentais.

A vulnerabilidade do entre empregado frente ao seu empregador, desse modo, lhe legitima esse amparo legal. Por essa razão, no texto constitucional encontra-se positivado uma gama de direitos fundamentais, dentre os direitos sociais, reservados a aqueles para a melhoria de suas condições de vida e de labor na sua função e no seu ambiente de trabalho.

Na sua relação com o empregador várias são as formas de exploração que podem assolar o empregado, ensejando a sua devida tutela. Como foi abordado, o fenômeno analisado no presente trabalho, denominado por parcela da doutrina e em decisões dos tribunais trabalhista de pejotização, constitui-se em uma das formas

encontradas pelos empregadores para reduzir custos com as verbas trabalhistas devidas a seus empregados, por meio de contratações que apenas formalmente não podem ser especificadas como relação de emprego.

Como se sabe, é necessário para a configuração da existência de relação de emprego, a presença dos requisitos: atividade prestada por pessoa física, executada com pessoalidade, de modo não eventual, com onerosidade (por meio de remuneração), com subordinação e alteridade (risco econômico da atividade provado pelo empregador), conforme previsto no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

O fenômeno juslaboral denominado pejetização visa descaracterizar o vínculo de emprego através da exigência ao trabalhador intelectual que este constitua uma pessoa jurídica, para que assim seja contratado. Os empregadores levam em conta a necessidade de preenchimento do requisito pessoa física para o reconhecimento desta relação trabalhista.

O Direito do trabalho, por sua vez, conforme se constata da análise do artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, tutela a aplicação de suas normas à pessoas físicas, não sendo possível, desse modo, que uma pessoa jurídica venha a ser considerada um empregado. Os empregadores fazem uso dessa circunstância para desconfigurar a existência de uma relação de emprego.

Há também, empregadores abertamente defendem tal prática fundamentados em tortuosa interpretação do artigo 129 da Lei número 11.196/05, por meio da qual argumentam favoravelmente a prática da contratação de trabalho intelectual por meio da pejetização, alegando sua legitimidade legal, bem como ser ela uma forma adequada de lidar com dificuldade advindas dos custos na produção e de crises econômicas.

No entanto, na análise das ações que lhe são propostas por trabalhadores intelectuais, a Justiça do Trabalho, à luz dos princípios juslaborais, como o da indisponibilidade e o da primazia da realidade, tem decidido pelo reconhecimento da existência de relação de emprego quando presentes os elementos previstos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Assim, a relação de prestação de serviço, formalmente estabelecida por meio da pejetização, é descaracterizada diante do reconhecimento daquela prática como sendo uma fraude na aplicação das normas do Direito do Trabalho.

O objetivo dos contratantes/empregadores em desonerarem-se do pagamento de vários encargos laborais decorrentes da relação de emprego, é frustrado. O reconhecimento do vínculo de emprego, assim, torna-se imprescindível como forma de garantir os direitos dos empregados intelectuais que estejam subjugados, ainda que voluntariamente, a tais circunstâncias.

Desse modo, a partir da extensão das normas trabalhistas aos trabalhadores intelectuais, que se deu após árduas discussões doutrinárias, inicialmente em sentido contrário devido a alegada falta de subordinação, mas com a posterior admissão de tais trabalhadores como empregados, mesmo que a subordinação que provem seja mais sutil, tornou-se uma afronta ao próprio escopo do Direito do Trabalho, proteger os empregados, permitir a prática da pejotização.

A aprovação desta conduta trata-se do reconhecimento de um evidente retrocesso nos direitos dessa categoria de trabalhadores. A admissão da pejotização como forma plausível e legítima de flexibilização dos direitos trabalhistas, com o fim de garantir a manutenção da empresa frente a dificuldades pelas quais venha a passar em decorrência de problemas econômicos é uma verdadeira afronta a lógica jurídica laboral na qual o Direito do Trabalho se fundamenta.

Na pejotização não há a mitigação dos efeitos dos direitos laborais apenas momentaneamente, com é pensado pela maioria da doutrina em relação a flexibilização das normas trabalhistas, mas um verdadeira solapamento de sua aplicação a uma determinada categoria trabalhista os trabalhadores intelectuais, que serão totalmente privados de tais direitos, uma vez que não haverá seu reconhecimento como empregados, mas como pessoas jurídicas prestadoras de serviços.

Os trabalhadores intelectuais, após conquistarem a possibilidade de atuar não apenas como autônomos (profissionais liberais) mas também como empregados veriam, com a aceitação da prática da pejotização, a legitimação, de um incontestável retrocesso como um grande avanço em seu direitos.

Destarte, no estudo em questão, foi defendido que a pejotização entre o trabalhador intelectual deve ser rechaçada, para que seja garantido a tais trabalhadores, na sua condição de empregados, o acesso a todos os direitos laborais previstos constitucionalmente, aos trabalhadores subordinados (empregados), bem como, aos demais que se encontram assegurados pela legislação infraconstitucional.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.39, n.69, p.147-165, jan./jun.2004

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro: Eusevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral de direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Leone. **Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito civil sistematizado**. 5ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

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 esquematizado**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

(CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988)

(BRASIL, Lei nº 10.406, 2002)

(BRASIL. Lei nº 8.212, 1991, 12, VI)

(BRASIL. Lei nº 11196, 2005, 129)