



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

JOÃO FREIRE SOLANO FILHO

**O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO: UM ESTUDO À LUZ DA LEGISLAÇÃO
TRABALHISTA BRASILEIRA**

SOUSA-PB

2016

JOÃO FREIRE SOLANO FILHO

O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO: UM ESTUDO À LUZ DA LEGISLAÇÃO
TRABALHISTA BRASILEIRA

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como instrumento de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Esp. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA-PB

2016

JOÃO FREIRE SOLANO FILHO

O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO: UM ESTUDO À LUZ DA LEGISLAÇÃO
TRABALHISTA BRASILEIRA

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como instrumento de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Esp. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: ____ / ____ / 2016.

Orientadora: Prof.^a Esp. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

**Aos meus pais que, apesar de todos os revezes,
sempre me apoiaram.**

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado plenas condições de superar todos os obstáculos que surgiram em eu caminho.

Aos meus pais, Solano e Marta, por todo o apoio que me deram, mesmo quando eu não o merecia.

Aos meus irmãos, Gustavo e Gabriela, que sempre me apoiaram apesar de nossas diferenças.

A minha família, sempre presente nos momentos de alegria e de dificuldades.

A minha orientadora, Professora Géorgia Graziela, pela dedicação e paciência durante produção deste trabalho.

Aos amigos, que estando perto ou longe, percorreram junto a mim esta tortuosa jornada.

A todos que de alguma forma me influenciaram neste caminho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise do fenômeno juslaboral da pejetização, que consiste no ato de obrigar pessoa física a constituir pessoa jurídica com o intuito de mascarar uma relação de emprego. A pesquisa justifica-se pela necessidade de investigar algumas condutas que constituem infringência à legislação social trabalhista, ao tempo em que busca-se identificar as consequências que a prática da pejetização acarreta. Com este intuito foi realizada a análise dos Direitos Fundamentais, destacando sua classificação e a eficácia de suas normas; bem como foi abordada a diferenciação conceitual entre os institutos trabalhistas da relação de trabalho, enquanto gênero, com a relação de emprego, enquanto espécie. Assim, analisa-se as nuances do fenômeno da pejetização, e suas implicações no âmbito das relações de emprego, abordando a temática da flexibilização e desregulamentação trabalhistas, bem como, destacando-se a atuação do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego no combate a prática da pejetização, e o posicionamento da Justiça do Trabalho no que se refere à prática, e sua atuação como protetora dos direitos dos empregados. Trata-se de uma pesquisa descritiva, pois procurará descrever os fatos e fenômenos da realidade em torno do fenômeno estudado, qual seja, da pejetização, levantando sua origem, justificativa e o impacto que a prática tem sobre os direitos dos trabalhadores. Para tanto fez-se uso da técnica de pesquisa documental, com pesquisa realizada em doutrinas, periódicos científicos e também na jurisprudência dos tribunais brasileiros, com o intuito de fazer uma análise adequada desta prática. Concluiu-se que os males ocasionados pela prática da pejetização são desproporcionalmente maiores que os benefícios alegados. Assim sendo, tal prática deve ser rechaçada, com o intuito de garantir a aplicação dos direitos fundamentais, bem como os direitos elencados por todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Pessoa Jurídica. Relação de Emprego. Direitos Fundamentais. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT

This study aims to analyze the phenomenon of “pejotização”, which is the act of forcing individuals to form a legal entity in order to disguise an employment relationship. The research is justified by the need to investigate certain behaviors that constitute infringement to labor social legislation, the time when we seek to identify the consequences that entails the practice of “pejotização”. To this end the analysis of Fundamental Rights was held, highlighting its classification and the effectiveness of its rules; as well as the conceptual differentiation between labor institutes of the employment relationship has been addressed, as a genre, with the employment relationship, as a species. Thus, we analyze the nuances of the “pejotização” phenomenon and its implications in the context of employment relationships, addressing the issue of labor flexibility and deregulation as well, highlighting the role of the Ministry of Labor and the Ministry of Labor and Employment to combat the practice of “pejotização”, and the positioning of the labor courts in relation to practice, and its role as protector of the rights of employees. This is a descriptive research because seek to describe the facts and phenomena of reality around the studied phenomenon, namely the “pejotização”, raising its origin, rationale and impact the practice has on workers' rights. For this work, was made use of documentary research technique to research in doctrines, scientific journals and also in the case law of the Brazilian courts, in order to make a proper analysis of this practice. It is concluded that the problems caused by the practice of “pejotização” are disproportionately greater than the alleged benefits. Therefore, this practice must be rejected, in order to ensure the implementation of fundamental rights and the rights listed throughout the Brazilian legal system.

Keywords: Legal Person. Employment Relationship. Fundamental Rights. Work Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1.1 Direitos fundamentais da primeira geração	14
2.1.2 Direitos fundamentais da segunda geração	15
2.1.3 Direitos fundamentais da terceira geração.....	18
2.1.4 Direitos fundamentais da quarta geração.....	19
2.1.5 Direitos fundamentais da quinta geração.....	21
2.2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
2.2.1 Eficácia vertical dos direitos fundamentais	24
2.2.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais	26
3 RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO	29
3.1 RELAÇÃO DE TRABALHO	30
3.1.1 Tipos de relação de trabalho	31
3.1.1.1 O trabalho avulso	32
3.1.1.2 trabalho eventual	33
3.1.1.3 trabalho autônomo	35
3.2 RELAÇÃO DE EMPREGO	37
3.2.1 Natureza jurídica da relação de emprego	37
3.2.1.1 Teoria contratualista	38
3.2.1.2 Teoria anticontratualista	39
3.2.2 Elementos fático-jurídicos da relação de emprego.....	40
3.2.2.1 Pessoaalidade	41
3.2.2.2 Não eventualidade	42
3.2.2.3 Onerosidade	42
3.2.2.4 Subordinação	43
3.2.2.5 Pessoa física	44
4 ANÁLISE DA PEJOTIZAÇÃO	46
4.1 FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS	48

4.2 RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO – PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE	50
4.3 EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA FRAUDE RELATIVA A PEJOTIZAÇÃO ..	53
4.4 ATUAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO	54
4.5 A PEJOTIZAÇÃO À LUZ DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS	55
4.6 CONSEQUÊNCIAS	58
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

O trabalho é inerente ao homem, e como tal, tem evoluído com o passar dos séculos. Com a evolução do homem e das tecnologias, foram surgindo novas formas e relações de trabalho, e com estas novas formas foram eclodindo conflitos entre os trabalhadores e os empregadores.

Estes conflitos tiveram seu apogeu no período da Revolução Industrial. Neste período surgiram diversos problemas de ordem social e econômica, frutos principalmente das desigualdades sociais entre empregados e empregadores. Nasce então, com o intuito de solucionar estes conflitos, o Direito do Trabalho, pois as normas de Direito Civil, já não estavam aptas à tarefa.

Foram então elaboradas normas com o intuito de regulamentar as relações de trabalho, visando proteger o trabalhador, baseados em princípios como o princípio da proteção, que focava em garantir as mínimas condições para o trabalho digno. Desde então muito foi conquistado, e hoje os direitos dos trabalhadores encontram guarida, até mesmo entre dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Atualmente, a crise econômica mundial tem causado o encerramento das atividades de muitas empresas, e o fechamento de inúmeras vagas de emprego e, conseqüentemente, aumentando a taxa de desemprego. Diante da falta de perspectivas, os trabalhadores muitas vezes são obrigados a deixar de lado o trabalho formal, e a abrirem mãos de seus direitos, conquistados a duras penas, com o intuito de garantir os meios de seu sustento.

Muitos empregadores, visando manter as empresas em funcionamento e também diminuir os custos de produção, aumentando assim a chance de lucro, vem se aproveitando desta situação de incerteza, obrigam os empregados a assinarem contratos de prestação de serviços, e com isso deixam de pagar inúmeros encargos trabalhistas. Os trabalhadores perdem o acesso a direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, como o direito a férias remuneradas, décimo terceiro salário, seguro desemprego, o fundo de garantia por tempo de serviço e etc. Está prática tem sido chamada de pejetização.

A pejetização é a expressão utilizada quando uma pessoa física vê-se obrigada a constituir pessoa jurídica – cuja sigla “PJ” dá origem a expressão – para exercer seu trabalho sob a forma de prestação de serviços intelectuais. Infelizmente, tal prática vem sendo utilizada por alguns empregadores como forma de mascarar uma verdadeira relação de emprego,

deixando assim de arcar com vários encargos garantidos na legislação pátria, diminuindo assim, os custos de produção e conseqüentemente elevando os lucros das empresas, ao custo dos direitos dos trabalhadores.

O presente trabalho trata-se de uma pesquisa descritiva se utilizando do método histórico evolutivo, pois procurará descrever os fatos e fenômenos da realidade em torno do fenômeno estudado, qual seja, da pejetização, levantando sua origem, justificativa e o impacto que a prática tem sobre os direitos dos trabalhadores. Para tanto utilizar-se-á da técnica de pesquisa documental, com pesquisa a ser realizada em doutrinas, periódicos científicos e também na jurisprudência dos tribunais brasileiros, com o intuito de fazer uma análise adequada desta prática. O objetivo é fazer uma análise do fenômeno da pejetização, levantando sua origem, justificativa e o impacto que a prática tem sobre os direitos dos trabalhadores.

Para atingir os objetivos esperados, o presente trabalho será estruturado em três capítulos. O capítulo primeiro tratará do tema dos Direitos Fundamentais, abordando seu conceito e sua classificação, enfatizando as características destas. Será realizado também um breve estudo quanto a eficácia e aplicação das normas de Direitos Fundamentais.

O segundo capítulo enfocará a diferença entre relação de trabalho e relação de emprego, como sendo gênero e espécie respectivamente. Procurar-se-á definir as duas relações, fazendo ainda um breve levantamento de outros tipos de relação de trabalho, esboçando suas principais características. Por derradeiro será feito um estudo da relação de emprego, enfatizando sua natureza jurídica e fazendo um levantamento dos elementos caracterizadores da relação de emprego, conceituando-os.

No terceiro capítulo abordar-se-á o tema da pejetização, trazendo seu conceito e origem. Falar-se-á a respeito da chamada flexibilização e da desregulamentação dos Direitos Trabalhistas. Será enfocado também a aplicação do princípio justrabalhista da primazia da realidade sobre a forma, como modo de descaracterizar a relação de trabalho pejetizada, trazendo os efeitos que o reconhecimento da relação de emprego traz, bem como um breve levantamento da atuação do Ministério Públicos do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego no intuito de combater esta prática. Finalizar-se-á o capítulo fazendo um levantamento das conseqüências que a prática da pejetização traz aos direitos dos trabalhadores.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de um Estado é a pedra fundamental da democracia. É nela que serão inscritas as normas supremas de um povo, bem como os rumos que o Estado deve seguir. Na Carta Magna estão determinados também, os direitos e garantias essenciais à chamada dignidade da pessoa humana. Tais direitos são intitulados de Direitos Fundamentais.

Os direitos fundamentais são frutos de uma lenta evolução que começou ainda na antiguidade em culturas como a grega e a romana, que já se mostravam propensos ao reconhecimento de direitos individuais. Na idade média, pode-se citar como exemplos de declarações, que foram, de certa forma, precursoras das atuais constituições que reconhecem os direitos fundamentais, a Magna Carta *Libertatum* de 1215, originária da Inglaterra, conforme ensinamento de Canotilho (2001).

Ainda de origem inglesa, destacam-se o *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, documentos estes que, apesar de não reconhecerem diretamente os direitos aos indivíduos, estabeleceram uma série de obrigações e certas limitações para os detentores do poder.(Uadi, 2010)

As primeiras declarações com força jurídica a tratarem sobre os direitos, hoje ditos, fundamentais, foram a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como a Constituição Francesa e a Constituição dos Estados Unidos, que além de outros, tratavam principalmente dos direitos de liberdade e igualdade dos homens, conhecidos hoje como os direitos fundamentais de primeira geração, de acordo com a lição de Paulo Bonavides(2012).

Muitas são as definições do que seriam os direitos fundamentais. Assim, a definição que o respeitável Uadi Lammêgo Bulos traz:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça origem, cor, condição econômica ou *status* social.(BULOS, 2010, p. 512)

Muitos são os termos pelos quais são conhecidos os direitos fundamentais, entre os principais pode-se citar: direitos humanos fundamentais; direitos humanos; direitos do homem; direitos públicos subjetivos; liberdades fundamentais e várias outras. Embora utilizadas como termos sinônimos, direitos humanos ou do homem não se confundem com direitos

fundamentais, pelo fato dos direitos fundamentais serem aqueles presentes no ordenamento jurídico-constitucional, como assevera Gomes Canotilho:

As expressões *direitos do homem* e *direitos fundamentais* são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.(CANOTILHO, 2001, p. 387)(Grifos do Autor)

Entende-se então, que os direitos humanos são atemporais e universais, independentemente de estarem ou não estabelecido no ordenamento jurídico vigente. Já os direitos fundamentais, são os direitos humanos transcritos nas legislações, ou constituições e perduram enquanto as mesmas estiverem em vigor.

No mesmo sentido José Afonso da Silva diferencia diferencia:

*“Direitos humanos é a 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 direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção aos 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. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se realiza, não convive e as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentos do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no artigo 17.(SILVA, 2001, p. 180 a 182)*

Pode-se definir então, os direitos fundamentais como sendo os direitos do homem, garantidores da convivência pacífica, digna, livre e igualitária, que sejam normatizados e elencados nas constituições. Os direitos fundamentais ainda possuem as características de serem históricos, universais, cumuláveis, irrenunciáveis, inalienáveis, imprescritíveis e o fato de serem relativos. Esta última característica, a relatividade, é aferida em posicionamento do Supremo Tribunal Federal, embasado no princípio da convivência entre liberdades, foi concluído pela corte, que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo a gerar danos a

ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, sofrendo limitações ético-jurídicas.

É preciso ainda, diferenciar os direitos fundamentais das garantias fundamentais, pois enquanto os direitos fundamentais são bens e vantagens expressas na constituição, as garantias fundamentais são as ferramentas jurídicas pelas quais os direitos são exercidos. Assim ensina Uadi(2010).

Ruy Barbosa(1978, *apud*, BULOS, 2010, p. 518), leciona que os direitos fundamentais consagram disposições meramente declaratórias (imprimem existência legal aos direitos reconhecidos). Já as garantias fundamentais contém disposições assecuratórias (defendem direitos, evitando o arbítrio dos Poderes Públicos).

Com isso, é possível perceber que os direitos fundamentais são os direitos já reconhecidos como fundamentais e garantidos constitucionalmente, e quando um destes direitos, não está sendo respeitado ou corre perigo de ser deixado de lado, pode-se recorrer as garantias fundamentais, que tem o condão de garantir a aplicação dos direitos.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As liberdades individuais podem ser classificadas de acordo com as etapas pelas quais atravessaram. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Enquanto os *direitos de primeira geração*(direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração*(direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos da terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota e uma essencial inexauribilidades. (STF, Pleno, MS 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 17-11-1995,p. 39206)

Haverá divergências terminológicas em relação a classificação dos direitos fundamentais, a depender da doutrina a qual se estuda. Os termos mais utilizados são gerações, dimensões e famílias dos direitos fundamentais. Optou-se por utilizar o termo geração por ser o mais difundido na doutrina, e por concordar-se com Bulos (2010) quando este afirma que gerações é a melhor terminologia pelo fato de demarcar bem os períodos de evolução dos direitos fundamentais, bem como pelo fato de o termo geração mostrar conexão entre uma e

outra, sendo que a geração mais nova não elimina a(s) anterior(es).

As liberdades individuais podem ser classificadas em cinco gerações: sendo os direitos fundamentais da primeira geração os direitos individuais; os direitos da segunda geração os direitos sociais, econômicos e culturais; os direitos fundamentais da terceira geração os direitos da solidariedade; os direitos da quarta geração sendo o direito dos povos; e os direitos da quinta geração sendo o direito a paz.

2.1.1 Direitos fundamentais da primeira geração

Os direitos fundamentais da primeira geração, começaram a surgir no final do século XVII, sendo os primeiros a constar nas constituições, e referem-se principalmente aos direitos civis e políticos, ou seja, os direitos de liberdade. Tendo surgido no início do constitucionalismo ocidental, os direitos de primeira geração são frutos das revoluções francesa e norte-americana, nas quais se buscava a limitação dos poderes do Estado em prol do respeito as liberdades individuais.

Neste sentido Bulos (2010, p.515) nos ensina que “nessa fase, prestigiavam-se as cognominadas prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc.”.

Paulo Bonavides (2012, p. 581) alerta para o fato de que apesar de parecer corriqueiros, os direitos de liberdade se consolidaram de formas dinâmicas e ascendente nos países constitucionais, mas, a depender dos modelos da sociedade a que se dirigiram, sofriam recuos. Alega ainda que é possível visualizar a trajetória que frequentemente se iniciava no reconhecimento formal dos direitos, para parcial e progressivamente se concretizar até “ganhar máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder”.

Pode-se identificar na Constituição Federal de 1988, direitos fundamentais de primeira geração, como por exemplo o artigo 5º, *caput* e incisos I, II, IV entre outros:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]
 VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
 IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Infere-se então, que os direitos fundamentais de primeira geração, são os relacionados a liberdade e a igualdade entre as pessoas e os povos, sem fazer distinção de nenhuma natureza, e aplicáveis a todos, inclusive aos estrangeiros.

Importante ainda, transcrever o que diz Bonavides a respeito dos direitos fundamentais de primeira geração:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. [...]
 São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual. (BONAVIDES, 2012, p. 582)

Percebe-se que os direitos fundamentais da primeira geração, são aqueles que garantem a liberdade de escolha dos cidadãos no que diz respeito a crenças subjetivas, como a ideologia política ou religiosa, e com as quais o Estado não pode interferir.

2.1.2 Direitos fundamentais da segunda geração

Os direitos fundamentais da segunda geração, começaram a surgir no século XIX, frutos da luta do proletariado em busca de direitos praticamente inexistentes durante o período da Revolução Industrial. Os direitos reivindicados eram os chamados direitos sociais, econômicos e culturais, que em princípio se resumiam aos mais básicos tais como alimentação, saúde e educação. Necessário destacar o que diz Ingo Wolfgang Sarlet:

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., relevando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. (SARLET, 2010, p. 47)

Embora tenha surgido no século XIX, foi a partir do fim das grandes guerras, que os direitos da segunda geração começaram a ganhar mais ênfase nas constituições e tratados, a exemplo da Constituição de Weimar e do Tratado de Versalhes, ambos de 1919.

Interessante destacar o que fala Uadi a respeito dos direitos de segunda geração:

“A segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem.

Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, a subsistência digna do homem, aí amparo a doença e à velhice. (BULOS, 2010, p. 515)

Como dito, enquanto os direitos fundamentais da primeira geração se resumem a uma prestação negativa por parte do Estado, os direitos da segunda geração exigem uma prestação positiva, o que implica dizer, que agora o Estado deverá agir no sentido de garantir a execução dos direitos, o que causou, de início, uma falta de eficácia dos direitos da segunda geração. Esta é a lição de Paulo Bonavides (2012, p. 582):

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

E continua:

Não se pode deixar de reconhecer aqui o surgimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser “criados”, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração.

Faz-se necessário ainda, atentar para o fato de que nem todos os direitos da segunda geração são prestações positivas por parte do Estado. Neste sentido Ingo Sarlet explica:

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também, as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos de liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na

evolução dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 48)

Implica-se daí, que além dos direitos positivos estabelecidos em lei, também são direitos de segunda geração, as liberdades sociais, como o direito de poder ou não se sindicalizar, ou entrar em greve. As liberdades sociais mostram-se como direitos fundamentais que podem ou não ser exercidos, a depender do cidadão.

Um importante exemplo de direitos de segunda geração na Constituição de 1988, é o artigo 7º que trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Nos seguintes termos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; [...]

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

A respeito do artigo 7º, Bulos (2010, p. 789) alerta para o fato que o rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a exemplo dos direitos sociais elencados no artigo 6 da Constituição, seguem o sistema de enumeração taxativa, caso contrário, “abriríamos uma gama infindável de direitos, estimulando o casuísmo”. Isto significa, que é necessário elencar os direitos sociais, pois não o fazendo, se abrirá brecha para a aplicação de um leque infindável de direitos.

2.1.3 Direitos fundamentais da terceira geração

Os direitos da terceira geração surgiram já no final do século XX, e tem por principal objeto os chamados direitos da solidariedade ou fraternidade, tendo como destinatário não mais o homem como indivíduo, mais a humanidade como um todo. São em sua maioria os chamados direitos difusos, como o direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento e progresso, direito à comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum etc.

Destaque-se o que explana Paulo Bonavides:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeraram como familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2012, p. 587 a 588)

Infere-se então, que os direitos fundamentais da terceira geração são os direitos transindividuais, ou direitos coletivos em sentido amplo, que englobam os direitos coletivos

em sentido estrito, os direitos individuais homogêneos e os chamados direitos difusos. É possível encontrar a distinção destes direitos no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe e pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Cita-se o artigo 225 da Constituição Federal como sendo um exemplo de direito da terceira geração: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”, elencando ainda uma série de deveres do Poder Público visando assegurar a efetividade do mesmo, como por exemplo o inciso I que diz que se deve “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”, e o inciso VI pelo qual se deve “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”, entre outros.

Percebe-se a preocupação que está gama de direitos tem para com o futuro de toda a sociedade e não apenas do indivíduo. O que se busca é garantir o bem-estar desta e das próximas gerações.

2.1.4 Direitos fundamentais da quarta geração

A respeito dos direitos fundamentais da quarta geração, não há unanimidade doutrinária quanto à sua existência. Ingo Sarlet (2012, p. 50) explica que apesar de haver uma tendência ao reconhecimento da existência dos direitos de quarta geração, esta “ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas”.

Entre os que defendem a existência a quarta geração dos direitos fundamentais, existe divergência quanto a gama de direitos que fazem parte da quarta geração. Pode-se citar como

fazendo parte destes direitos, os direitos relacionados a engenharia genética, à democracia, à informação e ao pluralismo.

Observa-se a lição de Paulo Bonavides:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 2012, p. 590)

Na quarta geração, quando falamos em direito à democracia, à informação e ao pluralismo, está-se levando em consideração a aplicação destes direitos de maneira globalizada, são direitos que afetam não só a sociedade em si, mas sim, o conjunto de sociedades.

O mesmo autor alerta ainda para o fato de que existência da quarta geração não importa na “caducidade dos direitos das gerações antecedentes”. Para ele os direitos da primeira, segunda e terceira gerações continuam eficazes, sendo os alicerces de uma “pirâmide cujo ápice é o direito a democracia”. Bonavides ainda destaca:

Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, concretizam-se. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporada de seus valores de libertação. (BONAVIDES, 2012, p. 590)

Como dito por Bonavides, o surgimento de uma nova geração de direitos fundamentais, de maneira alguma implica no desaparecimento dos direitos de gerações anteriores, muito pelo contrário. Os direitos da quarta geração surgiram da aplicação objetiva dos direitos das gerações anteriores.

Para Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 516) os direitos de quarta geração, são relativos “à saúde, informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética”. Uadi afirma ainda que os direitos de quarta geração encontram guarida

na Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) que proíbe a clonagem humana.

Percebe-se que, para o referido autor, os direitos da quarta geração estão intimamente ligados aos avanços tecnológicos ocorridos não só no território nacional, mas no mundo como um todo. Para ele deve-se proteger contra abusos que possam acontecer nestas áreas, como por exemplo a clonagem humana, tema polêmico e que gera grandes discussões.

2.1.5 Direitos fundamentais da quinta geração

Assim como os direitos fundamentais da quarta geração, a existências dos direitos da quinta geração também não é unanimidade entre os doutrinadores. Entre os que defendem a existência da quinta geração dos direitos fundamentais estão, por exemplo, Paulo Bonavides e Uadi Lammêgo Bulos. Para os que defendem sua existência, os direitos fundamentais da quinta geração estão relacionados ao direito a paz.

Uadi (2010, p. 517) explica que, a priori, o direito a paz foi citado, a título exemplificativo, por Karel Vasek como sendo um “viés do direito à fraternidade, e não como um direito autônomo e fundamental no mundo contemporâneo”.

O mesmo autor, explica ainda que apesar de o direito a paz, em um primeiro momento, não ser considerado um direito fundamental, sua presença normativa está sedimentada em preceitos legais e fundamentais, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966). Deve-se citar ainda a proclamação da Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina (OPANAL) de 1979 na qual consta a resolução 128(VI) o direito a paz como direito do homem.

O direito a paz pode ser encontrado na Constituição Federal no artigo 4º, quando diz que o Brasil tem como princípios que regem suas relações internacionais, a defesa da paz (inciso VI) e a solução pacífica dos conflitos (VII). Uadi (2010, p. 517) afirma, ainda, que o direito a paz condiciona a exegese de diversos “princípios e preceitos jurídicos”, começando pelo princípio do Estado Democrático de Direito, presente no artigo 1º da Constituição de 1988, “pois onde inexistir a paz, a democracia estará, no mínimo, abalada.”.

Paulo Bonavides completa:

Em suma: dantes, a paz tida por direito fundamental nas regiões teóricas; doravante, porém, a paz erguida a categoria de direito positivo. Ontem um conceito filosófico; hoje um conceito jurídico. E tanto mais jurídico quanto a maior força principiológica de sua acolhida nas constituições. [...]

A lição conclusiva destas reflexões resume-se, desse modo, em fazer da paz axioma da democracia, [...] já inscritos por direito positivo pelos legisladores constituintes que promulgaram no Brasil, em 1988, a Carta republicana em vigor.[...]

Sem a memória e a percepção dessa verdade, gravadas na consciência dos povos e na razão dos governantes nunca se concretizará a mais solene, a mais importante, a mais inderrogável cláusula do contrato social: o direito a paz como supremo direito da humanidade. (BONAVIDES, 2012, p. 592)

A paz se mostra como o supremo direito da humanidade, pois onde não há paz, os direitos fundamentais não são respeitados. Os direitos de liberdade não serra respeitados. Não haverá de ser falar em direitos sociais, pois sem a paz o cidadão não poderá nem ao menos sair de casa para trabalhar sem colocar a própria integridade física em risco, o meio ambiente protegido pelos direitos de terceira geração será afetado diretamente pelos conflitos. Sem a paz, não existem direitos.

2.2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eficácia de uma norma jurídica, nada mais é do que a capacidade que a mesma tem de gerar efeitos, que, em se tratando de normas constitucionais, podem variar em grau e profundidade. São duas as espécies de eficácia das normas jurídicas: a eficácia normativa ou jurídica e a eficácia social ou efetividade.

A eficácia normativa, conforme Uadi (2010, p. 464) nos ensina, é, pura e simplesmente, a capacidade ou possibilidade que uma norma constitucional tem de ser aplicada, não importando o sucesso da carta magna, “mas a sua aptidão técnica para produzir efeitos”.

Toda norma constitucional, tem como atributo intrínseco o fato de ter eficácia jurídica, sendo assim imperativas, taxativas, cogentes ou mandamentais, podendo a eficácia jurídica ser vinculatórias ou de aplicação. Possuem eficácia de aplicação, as normas que podem ser aplicadas de pronto, como por exemplo o princípio da separação dos poderes, presente no artigo 2º da Constituição Federal. Normas com eficácia vinculatória, são as normas que obrigam o legislador a regulamentá-lo. (BULOS, 2010)

Para o mesmo autor a efetividade, ou eficácia social, é a incidência que a norma tem

no âmbito concreto, é a efetiva adesão da norma por parte de seus destinatários, é a concretização da norma na sociedade. Uma norma que não é aplicada na vida concreta, não possuindo efetividade, não pode ser considerada como válida, mesmo que possua eficácia normativa. Da mesma forma, uma norma que não puder ser aplicada, por não possuir eficácia normativa, não pode ser considerada efetiva.

As normas constitucionais com eficácia jurídica podem ser classificadas quanto a seus efeitos em mediatos e imediatos. As normas com efeito imediato são aquelas que produzem efeito desde que a entrada em vigor da Constituição, não sendo necessária a elaboração de nenhuma norma complementar. Já as normas constitucionais de eficácia mediata, não produzem todos os efeitos desejados logo da entrada em vigor da Constituição, necessitando da elaboração de normas para tal. (BULOS, 2010)

No que diz respeito aos direitos fundamentais, existe certa divergência quanto à sua eficácia e sua aplicação em virtude do disposto no § 1º do artigo 5º da Carta Magna, que diz “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”. Infere-se daí que todos os direitos fundamentais presentes no ordenamento, deveriam ter efetiva e imediata aplicação, mas, como Uadi Lammego Bulos nos ensina, existem certos direitos fundamentais que necessitam da elaboração de leis que o tornem exequíveis, tais como os incisos VIII, XIII, XXVII, XXVIII, XXIX do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o

interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País

Ao analisar tais dispositivos, percebe-se que a própria norma determina a necessidade de criação de nova lei que a regule. Necessário faz-se, mais uma vez, recorrer aos ensinamentos de Bulos (2010, p. 469) quando este diz que o §1º do artigo 5º deve ser interpretado “*cum grannun salis*, porque as liberdades públicas têm aplicação imediata se, e somente se, a Carta Suprema não exigir a feitura de leis para implementá-las.”.

Este posicionamento, não é único. No mesmo sentido, observa-se o que fala Ingo Sarlet a este respeito:

Se até o presente momento não se registram maiores dificuldades, o mesmo não ocorre quando nos deparamos com o problema do significado e alcance do art. 5º, § 1º, da CF para as diversas categorias de direitos fundamentais, especialmente no que tange ao problema de sua eficácia e aplicabilidade. Já quanto a este ponto, a controvérsia que se trava no seio da literatura jurídico-constitucional conduz a tudo, menos a um juízo seguro sobre a matéria. As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente da concretização legislativa. (SARLET, 2012, p. 263 a 264)

Uma forma de classificar a eficácia dos direitos constitucionais, é quanto “a verificação dos sujeitos que estão vinculados ou obrigados por essa categoria de direitos.” (PEREIRA, 2013, p. 20). Ao analisar desta forma, podemos classificar a eficácia dos direitos fundamentais em eficácia vertical, pela qual os poderes públicos se vinculam a esta categoria de direitos, e em eficácia horizontal ou privada, que é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

2.2.1 Eficácia vertical dos direitos fundamentais

Fala-se em eficácia vertical dos direitos fundamentais quando um dos sujeitos da relação é um dos poderes públicos, daí o termo vertical, pois na referida relação, existe um poder superior ao outro, no caso o do Poder Público é superior ao do cidadão. Deve-se ressaltar o que diz Uadi:

dizemos, pois, que as relações entre os indivíduos e o Estado apresenta eficácia vertical, porque a satisfação dos direitos de crédito ocorre no *plano interno* entre dois protagonistas bem defendido: o Poder Público, destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais(sujeito passivo), e o indivíduo, titular de tais direitos(sujeito ativo).(BULOS, 2010, p. 527)

O que ocorre é a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, o que significa dizer que os agentes públicos, como legisladores, juízes e entes estatais em geral devem respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais, cujos titulares são os cidadãos, salvaguardando assim os direitos e liberdades individuais. Não obstante, apesar dos limites impostos aos poderes estatais, os mesmos têm o dever de fomentar a aplicação, de maneira imediata, dos direitos em questão, devendo ainda tutelá-los quando necessário.

Ingo Sarlet (2012, p. 268) sustenta que a norma contida no art.5º, § 1º da Constituição impõe aos poderes estatais, a obrigação de “maximizar a eficácia dos direitos fundamentais”, ressaltando que além do caráter vinculante e dirigente, esta norma tem o condão de tornar os direitos fundamentais prerrogativas diretamente aplicáveis pelos três poderes.

Sarlet, conclui que é:

possível falar de uma dupla significação de eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também em um sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais também o são (...) Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, decorre que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa concepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 374 a 375)

Entende-se então que o Poder Público dois papéis em relação a aplicação dos direitos fundamentais: pelo critério formal, existe a obrigação por parte dos entes detentores do poder estatal de aplicarem as normas de direitos fundamentais em seus atos e relações; pelo critério negativo, entende-se que os direitos fundamentais não estão disponíveis às vontades das partes, quando uma delas for parte integrante do Poder Público.

2.2.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Como dito anteriormente, a depender dos sujeitos das relações de direitos fundamentais, a eficácia pode ser vertical, nos casos em que uma das partes da relação é o poder público, ou horizontal quando a relação é privada.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu na Alemanha, sendo chamada de *Drittwirkung*, se difundindo pelo restante da Europa, chegando aos Estados Unidos e ao Brasil. Assevera Leone Pereira(2013), que atualmente, poucos são os doutrinadores que se posicionam contra a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas o fazem baseados em supostas ameaças presentes nos campos dos direitos civil e penal, e não no constitucional.

Uadi enumera 4(quatro) princípios como sendo responsáveis pela concretização da teoria da eficácia horizontal, vejamos:

Princípio da eficácia direta ou imediata das liberdades públicas – existem direitos e garantias fundamentais que podem ser aplicados diretamente pelo Judiciário nas relações entre particulares, pois não precisam de lei para se tornar plenamente exequíveis. Exemplo: direito à privacidade (CF, art. 5º, X);

Princípio da eficácia irradiante das liberdades públicas – existem direitos e garantias fundamentais que irradiam sua eficácia a todos os escaninhos da ordem jurídica, espargindo efeitos até mesmo nas relações entre particulares. Exemplo: devido processo legal (CF, art. 5º, LIV);

Princípio da eficácia indireta ou mediata positiva das liberdades públicas – existem direitos e garantias fundamentais que, para serem aplicados pelo Judiciário nas relações entre particulares, precisam de lei para se concretizar. Exemplo: liberdade de trabalho (CF, art. 5º, XIII); e

Princípio da eficácia indireta ou mediata negativa das liberdades públicas – existem direitos e garantias fundamentais que não podem ser obstaculizadas pela lei, sob pena de deixarem de ser aplicadas pelo Judiciário às relações entre particulares. Exemplo: proibição do tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III). (BULOS, 2010, p. 527 a 528)

Percebe-se então, que existem direitos que são autoaplicáveis nas relações da esfera privada, e o são por não necessitarem de lei que os regulamente. Outros são derivados diretamente da ordem jurídica e aplicam-se as relações particulares. Alguns necessitam da elaboração de leis para serem plenamente aplicados e por último existem os direitos que não podem ser afetados ou contrariados por lei, como por exemplo a proibição da tortura.

Embora Bulos tenha apontado tais princípios que efetivam a aplicação dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet nos chama a atenção para o fato de que, apesar de indiscutível a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a forma desta vinculação não é clara, já

que o Constituinte pátrio, não previu de maneira expressa a vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais.

Entre as teorias que falam a respeito da forma de vinculação dos direitos fundamentais no ramo das relações jurídico-privadas, pode-se citar a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, segundo a qual a incidência dos direitos fundamentais deve-se dar pela intervenção do legislador, que irá “transladar para o direito privado as normas de direitos fundamentais” (PEREIRA, 2013, p. 22).

Ressalte-se ainda a teoria da eficácia direta ou imediata, pela qual não se faz necessária a intervenção do legislador para a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, o que gera aos cidadãos oponíveis direitos *erga omnes*. Já pela teoria dos deveres de proteção, que em certa medida se aproxima da teoria da eficácia mediata ou indireta, o Estado, apesar de ter o dever de evitar intervenção de forma indevida, deve proteger o cidadão contra possíveis violações de seus direitos fundamentais por outros particulares. Há também a teoria da convergência estadista, pela qual o Estado seria responsável pelas afrontas aos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares.

Ingo Sarlet faz ressalvas ainda, quanto à aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares dispare, onde um dos sujeitos tem poder bem mais amplo que o outro:

“No âmbito da literatura jurídica destacam-se duas constelações distintas, no que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, quais sejam, as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social, bem como as relações entre particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade, já que situadas fora das relações de poder. Precisamente no que diz com a primeira alternativa, constata-se a existência de relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, já que se cuida indubitavelmente de relações desiguais de poder, similares às que se estabelecem entre os particulares e os Poderes públicos. Relativamente à intensidade, sustenta a doutrina majoritária que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – em se tratando de detentores de poder social – será também equivalente à que se verifica no caso dos órgãos estatais. (SARLET, 2012, p. 289)

Ao analisar-se a lição de Sarlet, a respeito das relações da esfera privada, entre particulares com poderes desiguais, que caracterizam praticamente todas as relações de trabalho existentes, percebe-se que a incidência dos direitos fundamentais ocorrerá de forma equivalente ao que ocorre nas relações entre particulares e o Poder Público. Tal entendimento implica dizer que os empregadores, definidos no artigo. 2º da Consolidação das Leis do

Trabalho¹, tem obrigações ou deveres fundamentais para com seus empregados, devendo, portanto, zelar pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações com seus empregados.

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

§ 1º – Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

3 RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Considera-se trabalho, qualquer atividade física ou intelectual, realizada pelo homem com o objetivo de fazer, transformar ou obter algo. Assim pode-se definir a relação de trabalho e a relação de emprego como sendo a relação jurídica, entre duas ou mais pessoas, gerando um vínculo jurídico entre as partes, o que resulta em direitos e obrigações recíprocos. (Leone Pereira, 2013).

Apesar de parecerem semelhantes, as expressões relação de trabalho e relação de emprego tem significados diferentes. Pode-se dizer que relação de trabalho é a expressão mais abrangente, que corresponde ao gênero do qual fazem parte as diversas formas de prestação de serviço, incluída entre elas a relação de emprego, que também pode ser chamada de contrato de trabalho(encontrada na legislação) ou contrato de emprego. Leone Pereira(2013, p. 35) aduz ainda que as formas de prestação de serviço, englobadas na relação de trabalho, são de “uma pessoa física em favor de outra pessoa física ou jurídica.”.

A respeito da relação de emprego, Sérgio Pinto Martins explica o seguinte:

O termo mais correto a ser utilizado deveria ser contrato de emprego (Catharino, 1982:218) e relação de emprego, porque não será tratada da relação de qualquer trabalhador, mas do pacto entre empregador e o empregado, do trabalho subordinado. Para a relação entre empregado e empregador, deve-se falar em contrato de emprego. Não se usa a expressão empregado autônomo ou empregado eventual. Se o indivíduo é empregado, não é autônomo ou eventual, pois tem subordinação e presta serviços com continuidade. A legislação brasileira não faz distinção entre empregado e operário, no sentido de que o contrato de trabalho compreenderia o trabalho manual e o de emprego, o trabalho intelectual. (MARTINS, 2014, p. 94)

Percebe-se que a expressão contrato de emprego deveria ser a utilizada, por se tratar de uma relação de subordinação entre empregado e empregador. Também não se deve falar em empregado autônomo e empregado eventual, e sim em trabalhador autônomo e trabalhador eventual, pois empregado é subordinado e presta serviços com habitualidade.

Importante ainda a lição de Délio Maranhão:

A distinção entre trabalho autônomo e trabalho subordinado prendem-se as duas categorias de locação de serviço, vindas do Direito Romano: locatio operis e locatio operarum. Na primeira, é o resultado que importa; na segunda, a própria força de trabalho. Enquanto na locatio operis o risco do resultado permanece a cargo de quem se obriga a realizar certa obra (empreiteiro), na locatio operarum recai sobre aquele que adquire o direito de dispor do trabalho alheio (empregador). O contrato de trabalho, porém, como iremos ver, é um contrato com individualidade especial, distinta de todos os demais contratos de direito privado, não se ajustando, assim, aos

moldes do Direito Romano. Daí não apresentarem tais categorias, para o Direito do Trabalho, a mesma importância que lhes emprestava a doutrina clássica no Direito Civil. Dentro do sistema geral da produção industrial – escreve Gallart Folch - ‘não existe diferença maior entre o que presta um serviço ou executa uma obra, sempre que o façam para um empregador e sob a dependência deste’. (2000, *apud*, PEREIRA, 2013, p. 36)

Para o referido autor, a diferença principal entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado é o fato de que o trabalho autônomo tem como objetivo a realização de uma obra determinada, enquanto no trabalho subordinado o objetivo é dispor da própria força de trabalho, o que o diferencia das demais formas de trabalho existentes no ordenamento jurídico.

Infere-se daí, que um dos fatores que caracterizam a relação de emprego, ou contrato de trabalho, é a subordinação, que será melhor explicada mais a frente, e nada mais é do que o fato de o empregado se submeter a direção do empregador na hora de executar suas tarefas.

Sérgio Martins(2014) aduz ainda que contrato de trabalho seria o gênero do qual faz parte o contrato de emprego, pois, contrato de trabalho compreenderia qualquer trabalho, como o autônomo, o avulso ou o eventual por exemplo, enquanto o contrato de emprego seria apenas em relação a empregado e empregador. Para ele, o contrato de trabalho é o gênero e o contrato de emprego a espécie.

Leone Pereira, atenta ainda para o fato de que considerar relação de trabalho gênero e relação de emprego espécie é simplista:

No entanto, a tradicional definição de que relação de trabalho é gênero; e relação de emprego, espécie, parte de uma premissa extremamente simplista, desconsiderando as novas formas de organização de trabalho e de prestação de serviços, como terceirização e intermediação de mão de obra, quarterização, grupos econômicos multinacionais, subordinação estrutural, integrativa e a distância etc. (PEREIRA, 2013, p. 36)

Entende-se então que, devido a evolução das relações de trabalho, com o surgimento de novas e variadas formas e organizações de trabalho, ficar atrelado a ideia de relação de trabalho como gênero e de relação de emprego como espécie, pode atrapalhar o entendimento destas novas relações de prestação de serviços.

3.1 RELAÇÃO DE TRABALHO

Ao tratar de relação de trabalho, considera-se a qualquer relação jurídica em que uma

pessoa natural presta serviços a outrem, recebendo como contraprestação um pagamento. Se o serviço prestado, em favor de outra pessoa, for uma atividade de meio (quando o prestador não se obriga a apresentar um resultado determinado), ou se for uma atividade de resultado (quando o prestador do serviço, tem que atingir resultado certo e determinado), estaremos diante de uma relação de trabalho *lato sensu*. (PEREIRA, 2013).

Maurício Godinho Delgado ensina que a expressão relação de trabalho tem caráter genérico:

refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de trabalho existente no mundo jurídico atual. (DELGADO, 2009, p. 265)

Para o referido autor, a relação de trabalho tem caráter genérico pelo fato de se referenciar a toda forma de trabalho, ou toda obrigação de fazer baseada no labor humano, o que engloba todas as formas de trabalho presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Mauro Schiavi ensina:

Relação de trabalho” pressupõe “trabalho prestado por conta alheia, em que o trabalhador (pessoa física) coloca sua força de trabalho em prol de outra pessoa (física ou jurídica), podendo o trabalhador correr ou não os riscos da atividade. Desse modo, estão excluídas as modalidades de relação de trabalho em que o trabalho for prestado por pessoa jurídica, porquanto, nessas modalidades, embora haja relação de trabalho, o trabalho humano não é o objeto dessas relações jurídicas e sim um contrato de natureza cível ou comercial(2006, *apud*, PEREIRA, 2013, p. 37)

Importante ainda lembrar que sempre que houver um acordo para prestação de um serviço por parte de uma pessoa física, mesmo que não seja firmado nenhum contrato de trabalho, estar-se-á diante de uma relação de trabalho, mas não será obrigatória a existência de uma relação de emprego ou mesmo de contrato de trabalho.

3.1.1 Tipos de relação de trabalho

A relação de trabalho é o gênero que engloba várias relações de trabalho entre elas a

relação de trabalho avulso, a relação de trabalho eventual, a relação de trabalho autônomo, o estágio, o trabalho voluntário, o contrato de trabalho ou relação de emprego, entre outros. Importante destacar agora algumas destas relações.

3.1.1.1 O trabalho avulso

Entende-se por trabalho avulso, aquele prestado por pessoa física, sindicalizada ou não, a diversas empresas, de natureza urbana ou rural, sem vínculo empregatício, intermediado obrigatoriamente pelo sindicato profissional da categoria ou pelo órgão gestor de mão de obra. Este é o entendimento que extrai-se ao fazer análise do art. 12, VI da Lei de Custeio da Seguridade Social² (Lei nº 8.212/91) e o art. 9º, VI do Decreto nº 3.048/99³ que regulamenta a Previdência Social.

O exemplo mais conhecido de trabalhadores avulsos, são aqueles que prestam serviços nos portos, como os estivadores, os que exercem atividade de capatazia nos portos e os vigias portuários. Pode-se citar ainda, como pertencentes a categoria de trabalhadores avulsos os conferentes de carga e descarga; arrumadores; ensacadores de café, cacau, sal e similares; os classificadores de frutas; os que trabalham na extração do sal; os carregadores de bagagem nos portos; os práticos de barra em porto, entre outros.

A respeito dos trabalhadores portuários, ressalte-se a lição de Amauri Mascaro Nascimento:

o trabalhador avulso que exerce sua atividade no porto também aliena o poder de direção sobre o próprio trabalho em troca de remuneração. Mas não tem vínculo empregatício. Sua atividade é exercida com a intermediação do seu sindicato, às vezes até mesmo com uma certa dose de direção do seu próprio órgão representativo, mas não é o sindicato que remunera o trabalho ou que se beneficia com os resultados, sendo-o as empresas para as quais o serviço portuário é realizado. O sindicato não é mais o intermediário, e mais nada, do recrutamento do trabalho e da remuneração provinda de terceiros. Na atividade portuária, o sindicato não mais contrata mão de obra, o que compete, agora, a um órgão criado por lei para esse fim e que não é órgão sindical. O avulso não portuário pela praxe é contratado por meio de seu sindicato. Desse modo, há dois tipos de trabalhador avulso: o portuário e o não portuário. (NASCIMENTO, 2009, p. 870)

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

3 “VI - como trabalhador avulso - aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra, nos termos da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, ou do sindicato da categoria, assim considerados;”

Infere-se daí, que no trabalho avulso, haverá a subordinação do trabalho, mas como o labor é realizado em favor de várias empresas, e com intermediação do sindicato, não haverá vínculo empregatício com o tomador dos serviços. Existe também uma distinção entre o trabalhador avulso que presta serviço nos portos, que é contratado por meio de um órgão gestor da mão de obra, e o trabalhador avulso não portuário, que deverá obrigatoriamente ser contratado através do sindicato.

Sérgio Pinto Martins cita como características do trabalho avulso:

(a) a liberdade na prestação serviços, pois não tem vínculo nem com o sindicato, muito menos com as empresas tomadoras de serviço; (b) há possibilidade de prestação de serviços a mais de uma empresa, como na prática ocorre; (c) o sindicato ou o órgão gestor de mão de obra fazem a intermediação da mão de obra, colocando os trabalhadores onde é necessário o serviço, cobrando posteriormente um valor pelos serviços prestados, já incluindo os direitos trabalhistas e os encargos previdenciários e fiscais, e fazendo o rateio entre as pessoas que participaram da prestação de serviços; (d) o curto período em que o serviço é prestado ao beneficiário. (MARTINS, 2014, p. 181)

É preciso ainda mencionar que para alguns doutrinadores, o trabalho avulso seria um tipo de trabalho eventual, diferenciando-se apenas, pelo fato de o trabalhador avulso ter todos os direitos garantidos pela legislação trabalhista, enquanto o trabalhador eventual teria direito apenas ao que for firmado em contrato. (MARTINS, 2014)

3.1.1.2 O trabalho eventual

O trabalho eventual é aquele exercido por pessoa física, de maneira esporádica, para uma ou mais empresas, sem vínculo empregatício. Martins aduz ainda que o trabalhador eventual é contratado para realizar uma tarefa específica em ocasião determinada, citando como exemplo um eletricitista que é contratado para refazer uma instalação elétrica. (MARTINS, 2014)

A relação de trabalho eventual é a que mais se aproxima da relação de emprego (contrato de trabalho), pois nela estão presentes os pressupostos da subordinação, onerosidade e pessoalidade, se distinguindo da relação de emprego no que diz respeito a continuidade ou não eventualidade. (PEREIRA, 2013)

Destaque-se a lição de Amauri Mascaro Nascimento, para quem o trabalhador eventual é:

aquele que presta a sua atividade para alguém, ocasionalmente. As características da relação jurídica que o vincula a terceiros podem ser assim resumidas: a) a descontinuidade, entendida como a não permanência em uma organização de trabalho com ânimo definitivo; b) a impossibilidade de fixação jurídica a uma fonte de trabalho, conseqüentemente dessa mesma descontinuidade e inconstância e da pluralidade de tomadores de serviços; c) a curta duração de cada trabalho prestado. (NASCIMENTO, 2009, p. 858)

O trabalho eventual tem como principal característica a curta duração do trabalho prestado, sempre sem o interesse de dar continuidade a relação, o que resulta na não permanência do trabalhador em uma empresa, impossibilitando a fixação de um vínculo empregatício.

Sergio Pinto Martins alerta para o fato de que, quando se falar em eventualidade ou ausência de continuidade, inexistirá a relação de emprego, pois uma de suas principais características é a continuidade, e conclui:

“O eventual vai ser aquela pessoa que trabalha de vez em quando para o mesmo tomador de serviços, ao contrário do empregado que trabalha habitualmente. Há uma descontinuidade na prestação de serviços. É o que ocorre com os chapas que trabalham para várias empresas, carregando e descarregando mercadorias. O mesmo acontece com o boia-fria que um dia trabalha para uma fazenda, noutro dia presta serviços a outra, e assim por diante. (MARTINS, 2014, p. 179)

Para o referido autor, o fato de o trabalho ser realizado de vez em quando, impede que se caracterize a relação de emprego, pela falta da habitualidade. O trabalho é realizado para mais de um tomador de serviços, um a cada momento.

Ainda em relação a eventualidade, Maurício Godinho Delgado ensina que as principais teorias quanto a existência de eventualidade: a teoria do evento, a teoria da descontinuidade, a teoria dos fins da empresa e a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços, e explica:

A primeira dessas teorias considera que eventual será o trabalhador contratado para atender a um serviço esporádico, decorrente de um evento episódico verificado na empresa. A teoria da descontinuidade considera que eventual será o trabalhador que se vincula, do ponto de vista temporal, de modo fracionado ao tomador, em períodos entrecortados, de curta duração. A ideia de segmentação na prestação de serviços ao longo do tempo é que se torna relevante para tal enfoque teórico. A teoria dos fins da empresa identifica no eventual o trabalhador contratado para realizar tarefas estranhas aos fins do empreendimento, as quais, por isso mesmo, tenderiam a ser episódicas e curtas. A teoria da fixação jurídica, por sua vez, enxerga no eventual aquele trabalhador que, pela dinâmica de relacionamento com o mercado de trabalho, não se fixa especialmente a um ou outro tomador de serviços, ofertando-se indistintamente no mercado e relacionando-se, de modo simultâneo e indistinto, com diversos tomadores. (DELGADO, 2009, p. 324)

Importante ressaltar ainda que o trabalho eventual é regido pelo Código Civil, pois, a ele são inaplicáveis os regramentos da Consolidação das Leis do Trabalho. Isto ocorre, em virtude de a Consolidação das Leis do Trabalho, dar ênfase a proteção do trabalho subordinado, caracterizado pela presença de alguns pressupostos, definidos na própria lei. Entre estes pressupostos está o da habitualidade, o que vai de encontro a característica principal da eventualidade, impedindo assim, que esta forma de trabalho seja regida pela Consolidação das Leis do Trabalho.

3.1.1.3 O trabalho autônomo

O trabalho autônomo é aquele realizado por pessoa física, por conta própria assumindo os riscos de sua atividade, em favor de uma ou mais pessoas e sem subordinação. A atividade jurídica do trabalhador autônomo não é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, mais sim pelo Código Civil na parte que trata da prestação de serviços.

Na legislação brasileira o conceito de trabalhador autônomo encontra-se na Lei 8.112 (Lei Orgânica da Seguridade Social), na alínea *h*, do inciso V, do artigo 12, em virtude do mesmo ser segurado pela previdência, que diz que o trabalhador autônomo é “a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não”.

Sérgio Pinto Martins (2014, p.171) define: “O trabalhador autônomo é, portanto, a pessoa física que presta serviços habitualmente por conta própria a uma ou mais pessoas, assumindo os riscos de sua atividade econômica.”. E complementa afirmando que o trabalho autônomo deve ser exercido necessariamente por pessoa física, não podendo, portanto, ser exercido por pessoa jurídica. Martins alerta ainda que:

“É incorreta a definição da Lei nº 8.112 quando menciona que o autônomo é apenas quem exerce atividade de natureza urbana, pois o engenheiro agrônomo ou o veterinário podem exercer suas atividades no âmbito rural, como geralmente ocorre, e nem por isso deixam de ser autônomos. Parece que a Lei 8.112 quis diferenciar o autônomo do eventual com especificação de que o primeiro exerce atividade urbana e o segundo desempenha tanto atividade urbana como rural. O autônomo, entretanto, também exerce atividade rural, como foi mencionado nos exemplos indicados. O significado almejado pela Lei nº 8.112 talvez tenha sido de que o autônomo é um profissional que tem certa formação escolar, ao contrário do eventual, que não possui. Por isso, teria indicado que o autônomo é quem exerce uma atividade urbana, quando, na verdade, pode exercer qualquer atividade, inclusive rural. (MARTINS,

2014, p. 171).

De acordo com o autor, a definição trazida na Lei é falha ao apontar como autônomo apenas o trabalhador que presta serviços urbanos. Ao fazer isto, o legislador esqueceu de uma variada gama de trabalhadores autônomos, com mais ou menos grau de formação, que prestam serviços na zona rural, entre os quais pode-se destacar os veterinários, engenheiros agrônomos, ou mesmo os mecânicos de máquinas agrícolas, que prestam serviços só quando necessário.

O trabalho autônomo despertou maior interesse nos juristas a partir dos anos 1990, em virtude da precarização desta atividade em relação ao empregado normal. No Brasil é normal ver o crescimento do trabalho autônomo em tempos de crise, quando as vagas para o trabalho formal se tornam escassas, e os profissionais se veem obrigados a se tornarem autônomos para prover o sustento próprio. Em virtude deste crescimento do trabalho autônomo, tem crescido também o número de irregularidades e simulações na contratação. (PEREIRA, 2013).

A Justiça do Trabalho ao analisar tais casos de irregularidades e simulações, tem encontrado muitas dificuldades em descaracterizar o trabalho autônomo, caracterizando assim a relação de emprego. Uma das principais diferenças entre o trabalho autônomo e a relação de emprego, é quanto à subordinação, entretanto, tem-se mostrado difícil fazer esta diferenciação em casos concretos. Observa-se a lição de Sérgio Pinto Martins:

Há entretanto, dificuldades, em certos casos, em se verificar ou não esse elemento para a definição da relação de emprego. Em outras oportunidades, é preciso analisar a quantidade de ordens a que está sujeito o trabalhador, para se notar se pode desenvolver normalmente seu mister sem qualquer ingerência do empregador. A questão, geralmente, é de fato. É preciso o estudo dos fatos inerentes à relação das partes para constatar se o trabalhador é empregado ou autônomo; daí porque dizer que o contrato de trabalho é um contrato-realidade. (MARTINS, 2014, p. 173)

A subordinação é o principal diferenciador entre o trabalho autônomo e a relação de emprego, entretanto, existem dificuldades na hora de determinar se o trabalho é realmente subordinado, ou se o trabalhador autônomo está recebendo as instruções necessárias a realização da tarefa, sem que o empregador diga qual o método pelo qual o autônomo deva realizar o serviço.

Leone Pereira conclui:

“A subordinação ou a sua falta é o requisito mais importante para determinar a controvérsia entre ser trabalhador autônomo ou empregado. Quanto maior a sua incidência, maior será a possibilidade da existência da subordinação, caracterizando,

assim, o contrato de trabalho. (PEREIRA, 2013)

O autor afirma com isso, que a quantidade de ordens, ou a forma como o empregador determina que o serviço seja realizado é que vão determinar a existência ou não da subordinação.

3.2 RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação de emprego, também chamada de contrato de trabalho em nossa legislação, é a espécie de relação de trabalho, que trata do trabalho subordinado do empregado em relação ao empregador.

Parte da doutrina latino-americana e europeia vê o contrato de trabalho como mera fonte formal da relação trabalho, já que a relação de emprego estaria ligada ao fato do trabalho e seria uma verdadeira relação institucional. Tal teoria não encontrou guarida em nosso ordenamento jurídico, sendo o contrato de trabalho visto como elemento definidor da relação de emprego. (PEREIRA, 2013)

Octavio Bueno Magano (1993, *apud*, MARTINS, 2014, p. 95), leciona que contrato de trabalho é “o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços, não eventuais, a outra pessoa ou entidade, sob a direção de qualquer das últimas”.

Sérgio Pinto Martins define a relação de emprego como sendo:

é o negócio jurídico entre uma pessoa física (empregado) e uma pessoa física ou jurídica (empregador) sobre condições de trabalho. No conceito é indicado o gênero próximo, que é o negócio jurídico, como espécie de ato jurídico. A relação se forma entre empregado e empregador. O que se discute são condições de trabalho a serem aplicadas à relação entre empregado e empregador. (MARTINS, 2014, p. 96)

Importante salientar que, em virtude de as leis trabalhistas serem de ordem pública, cogentes e imperativas, não é possível que as partes deixem de aplicá-las no contrato de trabalho, o que gera divergências quanto a natureza jurídica destes contratos.

3.2.1 Natureza jurídica da relação de emprego

Tendo surgido na Revolução Industrial, a relação de emprego teve grande crescimento

no século XVIII, em virtude do aumento do trabalho assalariado e subordinado, o que gerou a necessidade de criação de leis que definissem sua natureza jurídica. Carlos Henrique Zangrando (2008, *apud*, PEREIRA, 2013, p. 44), explica que a relação de emprego é uma relação jurídica, bilateral, complexa, obrigacional e duradoura.

Há autores que entendem que o contrato de trabalho é o fato gerador da relação de trabalho. Outros entendem que o contrato é apenas um ajuste de vontades, e que a relação de emprego nasce a partir da prestação dos serviços, com ou sem o estabelecimento do contrato de trabalho.

O contrato de trabalho compreende uma obrigação de fazer por parte do empregado. As teorias mais modernas que pretendem explicar a natureza jurídica da relação de emprego, são a teoria contratualista e a teoria anticontratualista. (MARTINS, 2014)

3.2.1.1 Teoria contratualista

Segundo a teoria contratualista, a relação entre empregado e empregador é um contrato. Na primeira fase desta teoria, o contrato de trabalho seria semelhante a contratos previstos no Direito Civil, como o contrato de arrendamento onde o trabalhador arrendava sua força de trabalho para o empregador mediante um valor previamente ajustado, ou como um contrato de compra e venda, onde o trabalhador vendia o seu trabalho em troca de um valor, que seria o salário. Vejamos o que Délio Maranhão, diz a respeito do contrato de trabalho:

é um contrato de direito privado. Não é de acolher a tese, defendida, principalmente, pela doutrina alemã, de que a forte limitação sofrida pela autonomia de vontade na estipulação do conteúdo do contrato de trabalho faça deste negócio jurídico um contrato de direito público ou do direito social. Não há confundir direito público com disposições de 'ordem pública'. Estas existem, também, no direito privado. Os contratantes, no contrato de trabalho, colocam-se no mesmo pé de igualdade jurídica. E é o quanto basta para que se não possa negar sua natureza de contrato de direito privado. (2000, *apud*, PEREIRA, 2013, p. 46)

Na segunda fase desta teoria, pode-se dizer que o contrato de trabalho é um contrato com características próprias do direito do trabalho. Neste sentido assevera Sérgio Pinto Martins em relação as duas fazes desta teoria:

“Na primeira fase dessa teoria, procurava-se explicar o contrato de trabalho com base nos contratos do Direito Civil, sendo chamada de fase clássica, compreendendo os contratos de: arrendamento, pois o empregado arrendava seu trabalho ao empregador; venda e compra, porque o empregado vende seu trabalho ao

empregador, mediante o pagamento de um preço, que é o salário; sociedade, porque o empregado e o empregador combinam esforços em comum para a produção de bens e serviços para o mercado; mandato, em que o empregado é o mandatário do empregador. Essas teorias, porém, não mais prevalecem, estando, assim, superadas, pois hoje se considera que a relação entre empregado e empregador é contratual, com forte intervenção do Estado, pois as leis trabalhistas se aplicam automaticamente aos contratos de trabalho, vindo a restringir a autonomia da vontade das partes. (MARTINS, 2014, p. 101)

O mesmo autor complementa dizendo a teoria predominante é a que considera que o contrato de trabalho tem natureza contratual, por depender exclusivamente da vontade das partes, e havendo vontade das partes estar-se-á diante de um ajuste de vontade entre as partes, e este é ajuste de vontades é a definição de contrato.

3.2.1.2 Teoria anticontratalista

A teoria anticontratalista defende a inexistência de uma relação contratual entre empregado e empregador, e pode ser dividida em dois ramos: a teoria da instituição e a teoria da relação de trabalho ou da incorporação.

A teoria da instituição ou institucionalista, é defendida por autores franceses, e segundo ela o trabalhador tem a função social de produzir bens e serviços para a coletividade, e o empregador seria uma instituição que se beneficia no trabalho realizado pelo trabalhador, e estaria submetido a determinado estatuto.

Maurício Godinho Delgado explica:

A partir do conceito de instituição – uma realidade estrutural e dinâmica que teria prevalência e autonomia em face de seus próprios integrantes (conceito buscado dos autores civilistas Maurice Hauriou e Georges Renard), os institucionalistas do Direito do Trabalho constroem sua teorização. Nessa linha, compreendem a empresa como uma instituição, um corpo social que se impõe objetivamente a um certo conjunto de pessoas e cuja permanência e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus membros componentes. (DELGADO, 2009, p. 294)

Conforme o autor, para a teoria institucionalista, a empresa é, na verdade, uma instituição dinâmica, dotada de autonomia em relação aos seus integrantes, e transformando estes em um corpo social que se impõe em relação a vontade dos mesmos.

A teoria da relação do trabalho ou incorporação, defendida por doutrinadores alemães, é a teoria pela qual o trabalhador não pode expressar livremente sua vontade, na relação de emprego, pelo fato de ter como única forma de se sustentar, submeter-se passivamente a

relação.

Sérgio Pinto Martins, neste aspecto aduz:

A natureza jurídica do contrato de trabalho seria estatutária. É a chamada teoria da relação de trabalho (*Arbeitsverhältnis*), que nega a existência da vontade na constituição e desenvolvimento da relação de trabalho. Há um fato objetivo independente de qualquer manifestação subjetiva quanto à relação jurídica trabalhista. O trabalhador teria de se submeter a um verdadeiro estatuto, que compreenderia a previsão legal, os regulamentos da empresa, o contrato de trabalho e a negociação coletiva. O estatuto é que vai estabelecer as condições de trabalho, como ocorre em relação ao funcionário público. O empregador tem o poder disciplinar, dirigindo a prestação de serviços do empregado. Não são discutidas as condições de trabalho. (MARTINS, 2014, p. 100)

Para o mesmo autor, a teoria da relação de trabalho difere da teoria institucional, pelo fato de a primeira desprezar o ajuste de vontades para o estabelecimento da relação de emprego, enquanto na teoria institucional o elemento vontade não é desprezado.

É preciso ainda mencionar duas teorias tidas como mistas: a teoria do trabalho como fato, segundo a qual o trabalho seria o objeto e a relação de trabalho o fato. O objeto do contrato seria a prestação de serviços subordinados e o fato seria a execução do trabalho e não decorrente do contrato.

A segunda teoria mista é a teoria da concepção tripartida do contrato de trabalho. Para esta teoria o contrato de trabalho possuiria três elementos: um contrato preliminar pelo qual o trabalhador deve se apresentar em uma data determinada e o empregador permitir o trabalho, destinado, assim, a futura constituição da relação de emprego; a relação de inserção na empresa, onde o trabalhador se inseriria na empresa, efetuando o contrato de trabalho; e o acordo de vontades, em que seriam estabelecidas as condições pelo contrato.

É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial, quanto a natureza contratual da relação de emprego, em virtude de a mesma ser gerada por um contrato de trabalho, que contenha os elementos caracterizadores da relação. Permite-se também o ajuste de vontades em relação a direitos ou deveres não constantes de lei. (PEREIRA, 2013).

3.2.2 Elementos fático-jurídicos da relação de emprego

Os elementos fático-jurídicos da relação de emprego estão determinados nos artigos 2º

e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho⁴ ⁵. Estes elementos ou requisitos caracterizadores da relação de emprego são: a pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação, que o trabalho deve ser realizado por pessoa física.

Importante destacar que a relação de emprego só existirá se estiverem presentes os cinco elementos caracterizadores. A ausência de qualquer dos elementos descaracteriza o trabalhador como empregado.

3.2.2.1 Pessoalidade

O contrato de trabalho é *intuitu personae* em relação ao empregado, o que significa dizer que o trabalho deverá ser realizado por pessoa certa e determinada, no caso o empregado. Se outra pessoa realizar o trabalho que seria do empregado, este outro é que assumirá o vínculo na relação de emprego.

Maurício Godinho Delgado explica:

“É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática de substituição intermitente – circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador enfocado – descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico. (DELGADO, 2009, p. 272)

Portanto, para que a relação de emprego seja caracterizada, é necessário que o trabalho seja realizado pela pessoa contratada para fazê-lo. Se o trabalhador é substituído constantemente por outro, durante a realização da tarefa que é de sua responsabilidade, o elemento caracterizador da pessoalidade deixará de existir, extinguindo assim a relação de trabalho.

Sérgio Pinto Martins (2014, p. 208) conclui dizendo que “o empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica, podendo ocorrer, no caso, prestação de serviços, empreitada etc.

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

5 CLT: “art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

3.2.2.2 Não eventualidade

A depender do autor, a expressão não eventualidade é substituída por continuidade ou habitualidade. O trabalho não eventual é aquele, prestado de forma contínua com o intuito de realizar serviços necessários a atividade do empregador. O trabalho deve ser prestado de forma contínua, pois, aquele que presta serviços eventuais não é empregado, e que não relação de emprego existe um trato sucessivo entre as partes que perdura no tempo. (MARTINS, 2014)

Homero Batista Mateus da Silva utiliza a expressão “habitualidade” e diz:

A noção de habitualidade, palavra que preferimos às expressões ineventualidade ou não eventualidade, viceja muito mais na repetição razoavelmente esperada do que propriamente no número de dias da semana ou no número de horas laboradas. Se fosse assim, não haveria contrato de trabalho por tempo parcial nem se poderia falar em trabalho do médico plantonista, pois esses e outros casos teriam carga horária muito baixa quando comparados aos empregados do sistema integral de jornada. O que prevalece, num ou noutro caso, é a noção de trato sucessivo, no sentido de que aquelas mesmas condições de trabalho e de contraprestação se repitam sucessivamente, sem maior alarde ou necessidade de repactuação a todo instante. Expectativa é a palavra-chave. (2009, *apud*, PEREIRA, 2013, p. 53)

Segundo o autor, a habitualidade ser caracteriza pela recorrência da prestação de serviços, sem que seja necessário a realização de um novo ajuste de vontades, e sem levar em consideração o número de horas ou dias trabalhados, já que algumas categorias de trabalhadores ou de serviços, são prestados em menos dias que outras, como por exemplo os médicos e enfermeiros plantonistas, que prestam serviços habitualmente em determinados dias do mês ou da semana.

3.2.2.3 Onerosidade

Onerosidade significa que deve haver uma contraprestação pelos serviços realizados. O empregado realiza o trabalho para o empregador, que em contrapartida paga um salário ao empregado.

Maurício Godinho Delgado leciona:

O contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis. A onerosidade, como elemento fático-jurídico componente da relação de emprego, não deve, contudo, ser enfocada sob a ótica do trabalho realizado ou mesmo sob a ótica do tomador de serviços. É que, considerado sob qualquer dessas duas perspectivas, o elemento fático-jurídico da onerosidade estaria sempre presente, desde que houvesse prestação de trabalho por alguém a outrem: afinal, todo trabalho – mesmo simples – é passível de mensuração econômica no contemporâneo sistema de mercado, sempre tendo determinado valor econômico para seu tomador, para quem recebe o serviço prestado. Deve a onerosidade, portanto, ser enfocada sob a ótica do prestador de serviços: apenas nessa perspectiva é que ela constitui elemento fático-jurídico da relação de emprego. (DELGADO, 2009, p. 277)

Importante lembrar que existem tipos de trabalho nos quais existe a prestação do serviço, mas não há contraprestação onerosa. É o que ocorre no trabalho voluntário, filantrópico, político, religioso ou comunitário. Em virtude da ausência de onerosidade, não há que se falar em relação de emprego nestes casos, tendo em vista que o contrato de trabalho é oneroso.

3.2.2.4 Subordinação

Por subordinação entende-se que o empregado presta o serviço sob dependência do empregador e dirigido por este. Como já foi dito, é necessária a presença dos 5 elementos fático-jurídicos para se caracterizar a relação de emprego, entretanto a subordinação tem destaque entre eles.

A doutrina apresenta o conceito de subordinação como sendo: técnica, na qual o empregador comanda tecnicamente o trabalho dos subordinados; econômica, onde o empregado depende economicamente do trabalho; a social, que resulta da subordinação técnica e da econômica, mas deixa de lado a subordinação jurídica; e por último a subordinação jurídica ou hierárquica, critério adotado pela legislação brasileira, e pela qual o empregado deve acatar as determinações do empregador. Destaque-se a lição de Homero Batista da Silva:

“Entende-se por subordinação jurídica, assim, sendo, o conjunto de ordens emitidas, pelo empregador e que devem ser respeitadas pelo empregado, mantidos os padrões civilizatórios da dignidade e da decência e supondo-se que as ordens digam respeito à organização e aos métodos a serem adotados naquele ambiente de trabalho, que se

trate de uma atividade econômica, que se trate de um lar ou de uma casa de caridade, por exemplo. (...) A subordinação jurídica, destarte, não corresponde apenas à execução das ordens diretas, mas também à submissão aos períodos de interrupção e de suspensão contratuais, durante os quais os trabalhos não são prestados fisicamente, mas os deveres de obediência e zelo são preservados. (2009, *apud*, PEREIRA, 2013, p. 58)

É possível diferenciar a subordinação direta da indireta, ao verificar a jurisprudência. Na subordinação direta, o empregado recebe ordens diretamente do patrão, dos donos ou diretores da empresa, enquanto na indireta existem intermediários entre eles.

A subordinação classifica-se também em objetiva e subjetiva. A subordinação subjetiva dá-se quando o comando atinge a pessoa do empregado, e na subordinação objetiva, modelo adotado no Brasil, as ordens do empregador são sobre a forma como o serviço é executado pelo empregado.

Existe também a chamada parassubordinação, modelo intermediário entre a relação de emprego e o trabalho autônomo e que tem como alvo os trabalhadores intelectuais. Neste tipo de relação e trabalhador não estaria subordinado, mas prestaria uma colaboração coordenada e contínua a empresa, em condições de inferioridade nos moldes de contratos civis ou mercantis.

3.2.2.5 Pessoa física

Segundo este elemento caracterizador, o trabalho deverá ser sempre realizado por pessoa física. Se o trabalho for realizado por pessoa jurídica estará descartada a relação de emprego.

Maurício Godinho Delgado 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. (DELGADO, 2009, p. 270)

Entende-se então, que pelo fato de o Direito do Trabalho tutelar bens jurídicos inerentes a pessoa física, como vida, saúde e bem-estar, por exemplo, a relação de emprego deverá se dar entre um empregado que seja pessoa física.

No mesmo sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia ensina que o empregado deve ser sempre pessoa física pois, “O Direito do Trabalho estabelece normas jurídicas em proteção da

pessoa humana do trabalhador, garantindo o preceito maior de dignidade nas relações de trabalho. ” (GARCIA, 2013, p. 143)

Necessário ainda lembrar que a realidade dos fatos pode evidenciar a simulação da relação de prestação de serviços de uma pessoa jurídica, para encobrir uma relação de emprego de pessoa física. Tal simulação pode ser descaracterizada, ao se provar, através dos fatos concretos a prestação dos serviços sem a indeterminação do caráter individual que caracteriza a atuação da pessoa jurídica. (DELGADO, 2009).

4 ANALISE DA PEJOTIZAÇÃO

O Direito do Trabalho foi estabelecido com o escopo de proteger as relações de trabalho, com ênfase na defesa dos direitos dos trabalhadores. Não obstante, não é raro encontrar casos em que os empregadores fraudam as relações de trabalho, com o intuito de diminuir os custos, em detrimento dos direitos dos trabalhadores. Uma destas fraudes é a chamada “Pejotização”.

A expressão “pejotização” surgiu a partir da abreviação “PJ”, que se refere à pessoa jurídica, e é a prática de contratar um trabalhador, na condição de pessoa jurídica, para prestar serviços de natureza intelectual.

Tal prática, ganhou respaldo na legislação brasileira com a promulgação da Lei n. 11.196/2005, que em seu art. 129 diz:

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 n. 10.406, de 10 de janeiro de 2012 – Código Civil.

O dispositivo contido na Lei 11.196/2005 é fruto da chamada flexibilização das relações laborais e foi criado com o intuito de diminuir os custos e encargos que recaiam sobre as empresas de tecnologia, tendo como objetivo a fomentação e o desenvolvimento do emprego formal. Entretanto, vários empresários viram no dispositivo, uma chance de mascarar relações de emprego como prestações de serviço, como o intuito de deixar de recolher vários encargos e direitos dos trabalhadores.

Tal prática deu um novo sentido a expressão “pejotização”. Necessário destacar a definição dada pela advogada e especialista em direito empresarial, Vanessa Richardelli Rodrigues:

“A pejotização compreende a constituição de uma pessoa jurídica, por exigência do empregador, para prestação de serviços no lugar de uma pessoa física, estando presentes os elementos da pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, objetivando, portanto, transparecer formalmente uma relação de natureza civil, quando, na verdade, o que existe na prática é uma relação de emprego. Dessa forma, temos que a pejotização tem como escopo a descaracterização do vínculo empregatício, atuando em fraude ao contrato de trabalho. (RODRIGUES, 2015)

A pejotização configura uma verdadeira mutilação dos direitos dos trabalhadores que, por causa da crise econômica que tem se alastrado, bem como pelo alto índice de desemprego, se veem obrigados a constituir pessoa jurídica devido à necessidade de manter seu meio, muitas vezes único, de sustento.

Neste aspecto, Leone Pereira assevera ainda que:

Em meio à atual crise financeira mundial, causada, principalmente, pela globalização, houve um retrocesso acerca dos direitos trabalhistas, pois os referidos ‘trabalhadores intelectuais’, contratados sob a forma de pessoa jurídica, deixam de contar com certas garantias, como salário mínimo, férias, gratificações natalinas, segurança e medicina do trabalho, limitação da jornada de trabalho etc. (PEREIRA, 2013, p. 77)

Percebe-se daí um verdadeiro afronte aos direitos fundamentais de segunda geração, também chamados de direitos sociais, pois o salário mínimo, as férias, a limitação da jornada de trabalho e mais são direitos elencados no artigo 7º da Constituição Federal.

Por outro lado, os empregadores dizem que os trabalhadores que aceitam constituírem pessoa jurídica, o fazem de livre e espontânea vontade, e portanto não estariam eles fraudando as relações de trabalho, mas como o que se percebe é quando a relação jurídica é exercida de maneira pessoal, subordinada, onerosa e habitual, esta relação será de natureza empregatícia, declarando-se a nulidade do contrato de prestação de serviço em prol do reconhecimento da relação de emprego.(PERES, 2008, *apud*, PEREIRA, 2013, p. 78)/

Percebe-se então, que, estando presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, que são a pessoalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade, tratar-se-á de uma relação de emprego, estando o empregador obrigado a cumprir todos os deveres dispostos na Consolidação das Leis do Trabalho, e estando garantidos também os direitos dos trabalhadores.

A competência para julgar casos de pejotização, bem como outras fraudes aos direitos dos trabalhadores é da Justiça do Trabalho, que em razão do disposto no art. 114, I e IX⁶ da Carta Magna, é a Justiça competente para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, bem como outras controvérsias decorrentes dela. Portanto, tanto as ações para reconhecimento da relação de emprego, quanto as que pretendem provar uma pejotização

6 “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (...).IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. “

lícita são de competência da Justiça do Trabalho. (PEREIRA, 2013)

Necessário faz-se salientar que nem toda contratação de pessoa jurídica é lícita. A constituição da pessoa jurídica, é um direito garantido constitucionalmente. Se alguém acha por bem constituir pessoa jurídica com o intuito de prestar serviços a empresas, nas formas previstas no ordenamento jurídico, este é um direito que lhe cabe. O que se deve combater é imposição do empregador, para que o trabalhador constitua pessoa jurídica como forma de mascarar a realidade, que é a relação de emprego.

4.1 FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Entende-se por flexibilização dos direitos trabalhistas, com uma forma de amenizar o rigor e a rigidez de alguns dispositivos jurídicos trabalhistas, com o intuito de fomentar o emprego formal. Desregulamentação é o fenômeno pelo qual, algumas normas jurídicas trabalhistas são deixadas de lado, para que passe a vigorar o que for acordado entre empregados e empregadores.

Enquanto na desregulamentação as normas jurídicas são ignoradas, para que passe a valer o que for acordado entre as partes, na flexibilização, as normas são amenizadas, através de acordos coletivos, e com o intuito de preservar e fomentar o emprego formal.

A este respeito, diz Sérgio Pinto Martins:

Antes de se analisar o conceito de flexibilização, é possível dizer que se trata de uma reação aos padrões até então vigentes das legislações que estão em desacordo com a realidade, das legislações extremamente rígidas que não resolvem todos os problemas trabalhistas, principalmente diante das crises econômicas ou outras. (MARTINS, 2009)

Inferre-se daí que a flexibilização é fruto da conjunção de legislações extremamente rígidas, e que não resolvem os problemas trabalhistas, com crises econômicas que acabam por minar a competitividade das empresas.

Outro conceito é o que diz que a flexibilização do Direito do Trabalho consista em medidas ou procedimentos de natureza jurídica, com finalidade econômica e social de possibilitar o ajuste de produção, emprego e condições de trabalho a contingências contínuas e rápidas do direito econômico (BARROS, *apud*, PEREIRA, 2013, p. 87).

Já Mario Pasco Cosmpolis (2009, *apud*, PEREIRA, 2013, p. 88) informa “que flexibilização é a ‘modificação atual e potencial das normas laborais que se traduz na

atenuação dos níveis de proteção dos trabalhadores e que frequentemente vai acompanhada de uma aplicação da faculdade patronal de direção’.

Entende-se que a não existe flexibilização do Direito do Trabalho, mas sim das condições de trabalho, e isto dá-se pelo fato de o Direito do Trabalho ter como objetivo melhorar as condições do trabalhador e não ser flexível. Flexibilização não é a revogação ou exclusão dos direitos trabalhistas, e sim a modificação, mediante negociação coletiva, de alguns destes direitos. (MARTINS, 2009)

Sérgio Pinto Martins conclui que:

Não se confunde flexibilização com desregulamentação. Desregulamentação significa desprover de normas heterônimas as relações de trabalho. Na desregulamentação, o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficam a cargo da negociação individual ou coletiva. Na desregulamentação, a lei simplesmente deixa de existir, pois é retirada a proteção do Estado em relação ao trabalhador. Na flexibilização, são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária. A flexibilização é feita com a participação do sindicato. Em certos casos, porém, é permitida a negociação coletiva para modificar alguns direitos, como reduzir salários, reduzir e compensar jornada de trabalho, como ocorre nas crises econômicas. (...) na flexibilização, há a adaptação a um novo contexto econômico. (MARTINS, 2009)

A flexibilização justifica-se para a manutenção da saúde da empresa, que é a fonte de emprego, estabelecendo assim um equilíbrio entre interesses empresariais e necessidades profissionais. O mesmo alerta ainda para a necessidade de se harmonizar os princípios de proteção ao trabalhador e aos direitos fundamentais com a manutenção empresa. (Pereira, 2013)

Quanto ao contrato de trabalho, em virtude da desigualdade existente entre as partes (empregado e empregador), o mesmo é regulamentado por lei, o que limita a liberdade de flexibilização. Tal limitação é fruto de um dos princípios basilares do Direito do Trabalho, que é o princípio protetor, que incentiva o sindicato a representar os empregados com intuito de proteger a classe operária.

A flexibilização é um direito constitucional do empregador que só deve ser usado cautelosamente e em casos de necessidade real, e sempre com a participação dos sindicatos, que devem zelar pelos direitos dos trabalhadores.

Quanto a disponibilidade das normas, Maurício Godinho Delgado entende existirem dois tipos de direitos, os de indisponibilidade relativa e os de indisponibilidade absoluta:

“Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. (...) Relativa será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. (...) As parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação (não de renúncia, obviamente), desde que a transação não resulte em efetivo prejuízo ao empregado. (DELGADO, 2009, p. 201)

Esta indisponibilidade dos direitos trabalhistas, é fruto do princípio da indisponibilidade/irredutibilidade dos direitos trabalhistas. Segundo os mandamentos deste princípio, o empregado não pode dispor das vantagens e proteções asseguradas no ordenamento jurídico. Neste sentido, Alice Monteiro de Barros leciona:

“Embora atenuado pela negociação coletiva (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal vigente), está vinculado à ideia de imperatividade, isto é, de indisponibilidade de direitos. Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia. (...)

A irrenunciabilidade manifesta-se também por meio da declaração de nulidade de todo ato cujo objetivo é estabelecer solução diferente da estipulada pelo legislador, como, aliás, ressalta Plá Rodriguez. Em consonância com esse entendimento, o Direito do Trabalho brasileiro, no art. 9º da CLT, torna irrenunciáveis explicitamente as normas consolidadas, ao prever a nulidade “de pleno direito dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação. (BARROS, 2010, p. 186 a 187)

Como explicado pelo autor, o caráter imperativo das normas trabalhistas, visa impedir que o trabalhador disponha deles, pressionado pelo medo de perder o emprego. Já o caráter da irrenunciabilidade, torna nulos todos os atos que desvirtuem ou fraudem a aplicação dos direitos trabalhistas.

4.2 RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO – PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.

Como dito anteriormente, a relação de emprego tem como elementos caracterizadores a pessoalidade, a onerosidade, a subordinação, a habitualidade ou não eventualidade, e o trabalho prestado por pessoa física. Segundo o princípio da primazia da realidade, o que caracterizará a relação de emprego é a realidade dos fatos e não a realidade formal.

Neste sentido, no aspecto probatório, Sérgio Pinto Martins ensina:

No Direito do Trabalho os fatos são muito mais importantes que os documentos. Por exemplo, se um empregado é rotulado de autônomo pelo empregador, possuindo contrato escrito de representação comercial com o último, o que deve ser observado realmente são as condições fáticas que demonstrem a existência do contrato de trabalho. Muitas vezes, o empregado assina documentos sem saber o que está assinando. Em sua admissão, pode assinar todos os papéis possíveis, desde o contrato de trabalho até seu pedido de demissão, daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados, que irão evidenciar realmente os fatos ocorridos na relação entre as partes.

São privilegiados, portanto, os fatos, a realidade, sobre a forma ou a estrutura empregada. (MARTINS, 2014, p. 75)

Observa-se que o importante será a realidade fática da relação de trabalho, em detrimento até mesmo dos documentos apresentados. Tal fato dá-se em virtude da facilidade com que empregadores obrigam empregados a simular outras relações trabalhistas com intuítos fraudulentos.

Necessário destacar a definição de Mauricio Godinho Delgado:

“O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja da essência do ato (ilustrativamente, documento escrito para a quitação ou instrumento escrito para contrato temporário), o intérprete e aplicador do Direito deve investigar a aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação. (DELGADO, 2009, p. 192)

Observa-se que embora o princípio da primazia da realidade determine que a verdade dos fatos se sobreponha à forma, o operador jurídico deve agir com cautela, e analisar todas as provas apresentadas, tendo por objetivo identificar a verdadeira relação efetivada pelas partes.

Importante ainda trazer a lição de Américo Plá Rodriguez, para quem, os motivos dos desajustes entre a forma e a realidade são quatro:

1) resultar de uma intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real. É o que se costuma chamar de simulação. É muito difícil conceber casos de simulação absoluta na qual se pretenda apresentar um contrato de trabalho, quando na realidade não exista nada. Ao contrário, o mais frequente é o caso das simulações relativas, nas quais se dissimula o contrato real, substituindo-o ficticiamente por um contrato diverso. As diferenças entre o contrato simulado e o efetivo podem versar sobre todos os aspectos: as partes, as tarefas, os horários, as retribuições, etc. Nesta categoria se pode fazer outra grande distinção entre as simulações acordadas bilateralmente e as impostas ou dispostas unilateralmente por uma parte, com toda a variadíssima gama de matizes intermediários; (2000, *apud*, PEREIRA, 2013, p. 96)

Para o autor, os desajustes podem provir de um erro, geralmente da qualificação do trabalhador, podendo ou não ser intencional e imputável a ambas as partes ou a só uma delas, derivado da falta de consulta adequada. O terceiro motivo seria a falta de atualização dos dados, tendo em vista a dinamicidade das mudanças das condições de prestação dos serviços. Por derradeiro, Américo Plá Rodriguez ensina que o desajuste entre forma e realidade pode:

4) originar-se da falta de cumprimento de requisitos formais. Algumas vezes, para ingressar ou ter acesso a um estabelecimento, requer-se a formalidade da nomeação por parte de determinado órgão da empresa ou o cumprimento de qualquer outro requisito que se haja omitido. Em tais casos, também o que ocorre na prática importa mais do que a formalidade. (2000, *apud*, PEREIRA, 2013, 97)

O autor citado conclui afirmando que o mais importante não é analisar a intencionalidade ou responsabilidade das partes, mas sim determinar o que pode ser provado pelos fatos e o que poderia ser provado pela forma, salientando que o que os fatos demonstrarem, os documentos não poderão contrapesar nem neutralizar.

É farta a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, quanto a aplicação do princípio da primazia da realidade, no intuito de caracterizar a relação de emprego e rechaçar a prática da pejetização, com o propósito de reduzir custos e obrigações trabalhistas.

“FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO. RELAÇÃO DE EMPREGO PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS FÁTICO-JURÍDICOS - INDÍCIOS E ÔNUS DA PROVA - RECOMENDAÇÃO Nº 198 DA OIT. ”PEJOTIZAÇÃO” - VÍNCULO EMPREGATÍCIO CONFIGURADO. 01. Na contratação de pessoa física na qualidade de prestador de serviços autônomo, para laborar em serviços enquadrados na atividade essencial da tomadora, com pessoalidade e subordinação, presume-se a fraude, formando-se o vínculo direto com a reclamada. As normas que versam sobre a relação de emprego e sua correspondência obrigatória com o contrato de trabalho têm natureza cogente e se impõem independentemente da vontade das partes. 02. **O princípio da primazia da realidade que informa o Direito do Trabalho prestigia a realidade dos fatos em detrimento das formas contratuais. Por outro lado, são nulos de pleno direito todos os atos tendentes a fraudar ou impedir a aplicação dos preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho. Diante do princípio da primazia da realidade e do que dispõe o artigo 9º da CLT, a celebração de contrato de natureza civil é nula quando a realidade da prestação demonstra o exercício subordinado de atividades e de disponibilidade da força de trabalho e da energia humana do contratado. A relação fática de emprego corresponde à forma jurídica do contrato de trabalho, consoante regra expressa no artigo 442 da CLT, que precede a todas as outras e afasta as demais formas contratuais civis e societárias. 03. Ao reconhecer a prestação de serviços realizada pelo demandante, afirmando-a eventual, autônoma e impessoal, a empresa atraiu para si o ônus da prova acerca da ausência dos pressupostos fático-jurídicos da relação empregatícia, do qual não se desincumbiu, nada produzindo no particular. Ao contrário, as provas produzidas nos autos ratificam a existência do vínculo, nos moldes do que dispõe a Consolidação**

das Leis do Trabalho. **É fácil concluir que, na realidade, não se tratava de prestação de serviços de forma autônoma e na condição de sócio de empresa, sendo, em realidade, a hipótese fraudulenta conhecida como "pejotização".**”(TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO : RO 00114153220135010014 RJ)(Negritamos)

“RECURSO ORDINÁRIO. VÍNCULO DE EMPREGO MANTIDO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO PREENCHIDOS. PRIMAZIA DO CONTRATO REALIDADE. PEJOTIZAÇÃO. FRAUDE CONFIGURADA. **À luz do princípio do contrato realidade, o contrato de trabalho configura-se independentemente da vontade das partes. Por força desse princípio, ainda que uma das partes recuse as posições de empregado e/ou empregador, estarão elas inarredavelmente ligadas por contrato de trabalho, uma vez verificados os requisitos de sua conceituação legal, mostrando-se irrelevante,** ipso facto, a intenção que animou qualquer delas desde o início, não se revestindo de força vinculativa para a determinação da natureza jurídica da relação estabelecida. Assim, mesmo que as partes tenham dado - formalmente - a roupagem da relação jurídica como sendo diversa da de emprego, os fatos devem sempre prevalecer sobre as formas, havendo de ser reconhecida a relação de emprego sempre que uma pessoa de forma pessoal e subordinada presta serviço de natureza não eventual a outrem que assume os riscos da atividade econômica. **Portanto, justamente pelo primado da realidade sobre a forma é que se impõe, no caso concreto, a manutenção da sentença de origem que reconheceu o vínculo empregatício entre as partes, vez que configurados todos os seus elementos constantes do art. 3º da CLT,** responsabilizando a reclamada de forma solidária pelo adimplemento de eventuais verbas trabalhistas devidas ao laborista. Recurso patronal improvido.” (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO : RO 16623620125020 SP 00016623620125020086 A28)(Negritamos).

No primeiro julgado além do princípio da primazia da realidade para reconhecer a relação de emprego, foi dado ênfase também ao princípio da irrenunciabilidade, pelo qual o ato jurídico será nulo em caso de fraude aos direitos trabalhistas. Na segunda decisão, o princípio da primazia da realidade prevaleceu sobre a forma, mantendo assim a sentença de origem.

4.3 EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA FRAUDE RELATIVA A PEJOTIZAÇÃO

Após a constatação da fraude da pejotização, em decisão judicial, a primeira providência a ser tomada, deve ser a declaração da nulidade do contrato de prestação de serviços alvo do litígio. Após a declaração de nulidade do contrato de prestação de serviços, será preciso reconhecer a relação de emprego, efetuando-se as anotações na Carteira de Trabalho (CTPS) do empregado, e dando prosseguimento ao pagamento dos direitos trabalhistas devidos.

É preciso salientar que o contrato de trabalho terá como termo inicial, a data da

constituição da pessoa jurídica e da configuração da relação de emprego, e não a data da sentença. Tal fato ocorre em virtude do caráter declaratório da sentença. É isto que leciona Jéssica Marcela Schneider:

“o empregador, no momento da condenação, já estará em mora para com o empregado, uma vez que, conforme a teoria defendida no presente trabalho, não se trata de decisão de eficácia constitutiva, mas sim meramente declaratória. Diz-se isso porque a relação de emprego não passa a existir somente no momento da condenação; pelo contrário, sempre esteve presente – uma vez que existe não no aspecto físico do contrato de trabalho, mas na realidade da prestação de serviços – e, em consequência, terá o magistrado a função de tão-somente declarar o conjunto de direitos ao qual fazia jus o trabalhador. (SCHNEIDER, 2010, p. 61)

Outro efeito que pode surgir com o reconhecimento da pejetização, aparece na área criminal. O artigo 203 do Código Penal, tipifica a conduta de frustração de direito trabalhista. Observa-se o que diz o artigo: “Artigo. 203 – Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena – detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”. Importante frisar que é necessária a propositura de ação na seara criminal para que se configure o tipo penal.

4.4 ATUAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

As funções do Ministério Público do Trabalho estão dispostas na Constituição Federal de 1988, e incluem, por exemplo, a promoção das ações públicas (civil e penal) em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e do patrimônio público.

Com a intenção de operacionalizar as muitas funções do Ministério Público do Trabalho, foi necessária a criação de várias Coordenadorias temáticas, entre elas a Conafret – Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho – em setembro de 2003. Sobre a Conafret, Leone Pereira explica:

A Conafret surgiu com o objetivo de estudar, combater e inibir as práticas fraudulentas que objetivam afastar a relação de emprego e desvirtuar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, na CLT e em demais normas de proteção ao trabalhador. (PEREIRA, 2013, p. 101)

O Ministério do Trabalho e Emprego é responsável pela fiscalização da pejetização no

ambiente de trabalho. Esta fiscalização deve ser feita pelos auditores fiscais do trabalho, que podem reconhecer a presença da relação de emprego desconsiderando a pessoa jurídica, ainda que não definitivamente, por força de dois enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, ocorrida em 2007, que dizem:

“56. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. Os auditores do trabalho têm por missão funcional a análise dos fatos apurados em diligências de fiscalização, o que não pode excluir o reconhecimento fático da relação de emprego, garantindo-se ao empregador o acesso às vias judicial e/ou administrativa, para fins de reversão da autuação ou multa imposta.

57. FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DE VINCULO EMPREGATÍCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E DOS CONTRATOS CIVIS. Constatando a ocorrência de contratos civis com o objetivo de afastar ou impedir a aplicação da legislação trabalhista, o auditor fiscal do trabalho desconsidera o pacto nulo e reconhece a relação de emprego. Nesse caso, o auditor fiscal não declara, com definitividade, a existência da relação, mas sim constata e aponta a irregularidade administrativa, tendo como consequência a autuação e posterior multa à empresa infringente. (PEREIRA, 2013, p. 105)

Infere-se que os auditores fiscais do trabalho terão a função e de analisar os dados apurados na fiscalização, podendo reconhecer a relação de emprego, e quando for caso declarar a nulidade do contrato de prestação de serviços, impondo a multa equivalente, garantindo ao empregador o direito de recorrer tanto da multa quanto da anulação do pacto laboral.

4.5 A PEJOTIZAÇÃO À LUZ DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS.

Como dito, a pejotização teve origem no ato de contratar trabalhadores intelectuais, como prestadores de serviços, com o intuito de desonerar os encargos trabalhistas das empresas de tecnologias e fomentar o trabalho formal. Não obstante, muitos empregadores viram neste dispositivo a chance de camuflar verdadeiras relações de emprego, em contratos de prestação de serviço, se esquivando assim do pagamento dos vários encargos e direitos trabalhistas inerentes ao contrato de trabalho.

Agora, far-se-á um breve levantamento da incidência da prática da pejotização nas mais variadas classes de trabalhadores. Leone Pereira traz dados esclarecedores disponibilizados pela Conafret:

A terceirização do serviço de *call center* das companhias de telefonia celular e a contratação de trabalhadores por meio de pessoa jurídica (processo já chamado de

pejotização) estiveram entre os principais itens da pauta da reunião ordinária da Coordenadoria de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (Conafret), concluída hoje (03), em Brasília (DF).

Procuradores do Trabalho de todas as Regiões do País relataram os setores que mais concentram a fraude, que consiste na demissão de um empregado subordinado e sua recontração, dias depois, como pessoa jurídica (ou PJ), em prejuízo de direitos trabalhistas legalmente assegurados. Em grandes centros, como Rio de Janeiro e São Paulo, a irregularidade concentra-se em empresas jornalísticas.

Já no Distrito Federal e em Minas Gerais, a irregularidade ocorre no setor de saúde, principalmente na especialidade médica de radiologia. Segundo relato dos procuradores, embora a pejotização alcance primordialmente a classe médica, há hospitais e clínicas em que o mecanismo já afeta auxiliares e técnicos de enfermagem e enfermeiros que, para não perderem o emprego, aceitam a nova forma de trabalho. (PEREIRA, 2013, p. 110 a 111)

Percebe-se que a prática da pejotização acontece por todo o país, diversificando as classes mais atingidas a depender da região, como no caso das empresas de jornalismo de São Paulo e Rio de Janeiro e dos médicos em Minas Gerais e no Distrito Federal.

Pode-se citar também casos de pejotização no jornalismo, como o caso de uma jornalista contratada como pessoa jurídica pela TV Globo, que prestava serviços como empregada:

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 salário de R\$10.250,00. Ao avaliar prova pericial e depoimentos, o TRT constatou a presença dos elementos do artigo 3º da CLT – onerosidade, pessoalidade, habitualidade e subordinação –, que caracterizam o vínculo entre as partes. (...)

Na ação trabalhista, além do vínculo de emprego, ela pleiteou, entre outros itens, o ressarcimento das despesas e indenização por danos morais, indeferidos pela 51ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro. A jornalista recorreu e o TRT da 1ª Região alterou a sentença quanto ao vínculo. (PEREIRA, 2013, p. 112 a 113)

No caso em tela, evidencia-se que prática da pejotização é utilizada, até mesmo por empresas de grande notoriedade como é o caso da TV Globo. Ao se analisar os fatos, foram evidenciados os elementos formadores da relação de emprego, dando o mérito da causa à jornalista.

Em 2013, a 3ª Turma do TRT do Ceará, reconheceu a relação de emprego de um técnico em informática que prestava serviços para a Unysis Brasil, condenando-a a reconhecer

o vínculo empregatício que durou 15 anos:

“Tal artifício, chamado de ‘pejotização’, deve ser combatido pela Justiça do Trabalho, pois representa um meio de o empregador maximizar seus lucros em sacrifício dos direitos de seus empregados”, afirmou o desembargador José Antonio Parente. Ele também classificou, em sua decisão, a “pejotização” com uma afronta aos princípios do direito trabalhista.

O técnico de informática foi contratado em dezembro de 1979. Trabalhou até setembro de 1995 com carteira de trabalho assinada. Nessa data, de acordo com o trabalhador, a empresa exigiu que ele e outros dois técnicos criassem uma firma para prestar serviços. Ainda de acordo com o técnico, a empresa teria prometido que, caso voltasse a crescer, ele seria recontratado com a carteira de trabalho assinada.

Já a Unysis Brasil defendia que o técnico de informática era um empresário e não poderia ser confundido com um simples empregado. Para a empresa, não havia entre ela e o técnico qualquer vínculo empregatício e o profissional estaria tentando se apropriar indevidamente de direitos assegurados pela legislação trabalhista.

Ao analisar as provas do processo, tanto o juiz titular da 3ª Vara do Trabalho de Fortaleza, Sinézio Oliveira, quanto os magistrados da 3ª Turma do TRT/CE consideram que havia sim relação de emprego entre o técnico e a Unysis. Testemunhas e provas documentais comprovaram que não houve interrupção de serviço entre a rescisão e o início do novo contrato de trabalho com a firma comercial.

Outros fatores considerados nas decisões de primeira e de segunda instância foi que o técnico continuou trabalhando na mesma sala de quando tinha carteira assinada, que ele seguia recebendo ordens do gerente geral da empresa e prestava serviços exclusivamente à Unysis Brasil.

Condenação: A decisão da 3ª Turma do TRT/CE condenou a empresa a pagar ao trabalhador aviso prévio, 13º salário e férias vencidas do período entre os anos de 2006 e 2010. A empresa também terá que retificar a data de demissão anotada na carteira de trabalho do empregado e pagar os depósitos referentes a 15 anos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), acrescidos de multa de 40%. Processo relacionado: 0000637-39.201.5.07.0003”.(Divisão de Comunicação Social. Disponível

em :<http://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1805:trt-ce-condena-empresa-que-utilizava-pejotizacao-para-burlar-lei-trabalhista&catid=143&Itemid=302>. Visitado em 27/04/2016)

No caso do técnico em informática, pode-se evidenciar dois elementos caracterizadores da relação de trabalho, a subordinação, já que o trabalhador recebia ordens do gerente geral da empresa, e o da habitualidade, já que ele continuou a ocupar a mesma sala que ocupava na época em que ainda era funcionário formal.

Outro caso que merece destaque são os acordos realizados na Justiça do Trabalho de Uruaçu, entre 19 mineiros e um grupo econômico que atua na área de mineração na região norte do estado de Goiás. Os acordos, somados chegam ao montante de R\$ 8,5 milhões:

“O juiz titular da Vara do Trabalho de Uruaçu, Juliano Braga, explicou que os casos analisados pela Vara de Uruaçu envolvem as empresas Yamana Desenvolvimento Mineral S/A, Serra da Borda Mineração e Metalurgia S/A, Mineração Maraca Indústria e Comércio S/A, Companhia Goiana de Ouro e Jacobina Mineração e Comércio Ltda.

De acordo com o magistrado, muitos dos 19 trabalhadores são profissionais

graduados e desempenhavam atividades até de supervisão nas empresas. Eles não tinham suas carteiras de trabalho assinadas, já que eram formalmente “pessoas jurídicas”. Os trabalhadores entraram com as ações para cobrar na Justiça direitos como reconhecimento do vínculo empregatício, verbas rescisórias, FGTS, horas extras, adicional de periculosidade, além de indenização por danos morais.

O juiz Juliano Braga frisou que a negociação foi intensa para chegar aos acordos entre os trabalhadores e as empresas ainda no primeiro grau, evitando que a solução final para os casos demorasse ainda mais tempo. Segundo o magistrado, foram cerca de seis meses de negociação, envolvendo esforços de todos os servidores da Vara de Uruaçu, que conta com um Núcleo de Conciliação, e também da juíza substituta Dânia Soares. Ele também destacou a atuação “lúcida, leal e competente” dos advogados de ambos os lados no encaminhamento das tratativas, que resultaram na satisfação de todas as partes envolvidas.

Os valores individuais dos 19 acordos homologados variam de R\$ 80 mil a R\$ 885 mil. Os trabalhadores vão receber os créditos de forma parcelada. Após a quitação dos pagamentos e cumpridas as demais obrigações pactuadas, os processos serão arquivados. Fonte: *Âmbito Jurídico*” (Marcelo Villela, Disponível em: <http://noticiasmineracao.mining.com/2015/10/15/vara-do-trabalho-de-uruacu-fecha-acordo-milionario-envolvendo-pejotizacao-de-trabalhadores/>. Visitado em 27/04/2016)

No caso dos trabalhadores das minas do norte de Goiás, foram realizados acordos entre os empregados pejotizados e o grupo de empresas de mineração pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Percebe-se que a Justiça do Trabalho tem agido no sentido de reconhecer a relação de trabalho, sempre que presentes os elementos caracterizadores da relação, agindo assim de forma a proteger os direitos do trabalhador.

4.6 CONSEQUÊNCIAS

A prática da pejotização traz inúmeras consequências às partes envolvidas e também a sociedade. De um lado temos os empregadores, que veem as consequências de forma positiva, pois findam por diminuir seus custos, aumentando assim o lucro. Do outro temos os empregados que vêm boa parte de seus direitos serem deixados de lado em prol da “vitalidade da empresa”.

As consequências para os empregadores que fazem uso da pejotização, as consequências são positivas, e decorrem da diminuição dos encargos trabalhistas que deveriam ser pagos, a exemplo da contribuição previdenciária, da alíquota de 8% referente ao fundo de garantia por tempo de serviço e do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, contando ainda com a prestação dos serviços durante todos os meses do ano, pois o trabalhador não tem direito a férias remuneradas. Os empregadores alegam ainda que a

pejotização é benéfica aos trabalhadores, pois estes passam a ser uma figura mista de empregado e empregador.

Os empregadores observam na pejotização a chance de maximizar seus lucros a partir da diminuição dos custos, o que, em tese, faz com que a empresa seja mais competitiva no mercado cada vez mais globalizado.

Do outro lado, têm-se os trabalhadores, que ao serem obrigados a constituir pessoa jurídica para manterem sua fonte de renda, perdem o acesso a uma série de direitos, inclusive direitos fundamentais sociais ou de segunda geração, elencados no art. 7º da Constituição Federal brasileira, entre os quais exemplificam-se: a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, o seguro-desemprego, o FGTS, salário mínimo, 13º salário, férias e descanso semanal remunerado, licença maternidade/paternidade, seguro contra acidentes de trabalho, jornada de trabalho de 44 horas semanais, etc.

A busca cada vez maior por lucros faz com que o empregador descumpra com alguns deveres para com o trabalhador, como o pagamento do fundo de garantia, do décimo terceiro, das férias, entre outros. Fato este que leva o trabalhador a passar a passar por uma série de tensões e frustrações que podem culminar com o aparecimento de problemas sociais e morais, o que pode gerar inúmeros problemas não só para o próprio empregado, como também para a sociedade como um todo.

Luiz Marcelo Barros complementa:

“Na verdade, existem uma série de benefícios que o trabalhador atuando como prestador de serviços deixará de ganhar. Não será assegurado pela lei o direito ao décimo terceiro salário, às horas extras, às verbas rescisórias, os direitos previdenciários, ao salário mínimo, ao labor extraordinário, descanso semanal remunerado e férias com adicional constitucional de um terço, aos direitos concernentes na ocorrência do acidente de trabalho, entre outros direitos garantidos pela Lei ou em acordos e convenções coletivas, além de trazer muita insegurança ao empregado que labora em tais condições, sem nenhuma garantia. E não é apenas esses direitos que lhe serão suprimidos, o empregado ainda terá que arcar com as despesas provenientes de uma pessoa jurídica, como o contador, o pagamento de impostos e contribuições de abertura, manutenção e encerramento da firma, além de assumir os riscos de um negócio que não tem razão de existir.” (Disponível em: <http://luizmarcelobarrosadv.jusbrasil.com.br/artigos/174076278/pejotizacao>. Visitado em 27/04/2016)

Ao tratar-se da pejotização no âmbito dos professores de cursos preparatórios para concursos e exames de ordem, é possível elencar aspectos negativos e positivos. Os aspectos negativos são: a ofensa aos direitos fundamentais dos trabalhadores; a precarização das relações de trabalho; o desrespeito a princípio do Direito do Trabalho, como o princípio da

proteção, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, etc; a flexibilização e a desregulamentação dos direitos trabalhistas; a descaracterização da relação de trabalho, como fraudada a legislação trabalhista, previdenciária e tributária; aumento da exploração da energia de trabalho e o aumento substancial de obras de caráter duvidoso no mercado editorial, prejudicando a formação jurídica dos alunos⁷.

Entre as consequências positivas cita-se: o maior poder de barganha dos professores perante os Cursos Preparatórios; o aumento do valor da hora-aula, em detrimento das proteções trabalhistas; a maior facilidade de trânsito entre os Cursos Preparatórios, que levou alguns a exigirem a assinatura de um contrato de exclusividade; a valorização da prestação dos serviços; a melhor qualidade das aulas ministradas; o aumento da oferta de trabalho; o lançamento de diversificadas obras no mercado editorial.

Será sempre possível apresentar aspectos positivos e negativos, a depender do ponto de vista de quem os elenca, mas ai levar-se em conta o gigantesco número de trabalhadores, que podem perder o acesso a direitos trabalhistas conquistados a duras penas, ficando assim sem garantias com a proibição de demissão arbitrária ou por justa causa, sem férias ou um salário-mínimo necessário ao sustento digno. Sem acesso à previdência social, ao seguro desemprego ou a aposentadoria, poder-se-ia muito em breve enfrentar o caos do desemprego em massa devido a demissões inesperadas, ou trabalhadores que não poderão nem ficar doentes e nem se aposentar, pois não poderão sustentar-se.

Estes motivos tornam fácil perceber que a prática da pejotização traz muito mais males do que benefício, e conseqüentemente devem ser combatidos e se possível eliminados da realidade trabalhista pátria.

7 Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica, 1ª ed, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 121-122.

5 CONCLUSÃO

A pejetização é a prática pela qual os empregadores obrigam os trabalhadores a constituírem pessoa jurídica, para a formalização de um contrato de prestação de serviços, com o intuito de mascarar uma verdadeira relação de emprego e assim desobrigar o empregador do adimplemento de uma série de encargos trabalhistas que são direitos dos trabalhadores.

Entre os direitos dos trabalhadores deixados de lado, estão direitos fundamentais da segunda geração, ou direitos sociais, que surgiram no século XIX, na época da Revolução Industrial, mas que só começaram a ganhar destaque nas constituições após as grandes guerras. Estão os direitos elencados no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, entre os quais pode-se citar a proteção contra: a despedida sem justa causa; o seguro-desemprego; o fundo de garantia por tempo de serviço; salário mínimo; férias remuneradas; aposentadoria; etc.

A relação de emprego é caracterizada por cinco elementos que são: a onerosidade, a pessoalidade, a subordinação, a habitualidade ou não eventualidade e o fato de que o trabalho deve ser realizado por pessoa física. Percebeu-se que a subordinação é o principal indicador para o reconhecimento da relação de emprego nos tribunais.

Para combater esta prática, observou-se que o Ministério Público do Trabalho, criou a Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho, com o intuito de estudar, combater e inibir as práticas que visam fraudar as relações de trabalho com o intuito de desvirtuar a aplicação dos direitos trabalhistas. O Ministério do Trabalho e Emprego tem agido através dos auditores fiscais do trabalho que podem reconhecer a presença da relação de emprego, desconfigurando o contrato de prestação de serviços.

A Justiça do Trabalho tem agido no sentido de reconhecer as relações de emprego, desfigurando assim a relação de prestação de serviços, quando presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego. Este reconhecimento dá-se principalmente pela aplicação do princípio justralhista da primazia da realidade sobre a forma. Segundo o referido princípio, a realidade dos fatos é mais importante que os documentos, logo, ao perceber-se que a prestação de serviço é realizada com onerosidade, pessoalidade, habitualidade e principalmente subordinação, caracterizando assim a relação de emprego, o documento, que é o contrato de prestação de serviços, será desconsiderado em favor dos fatos.

Notou-se que os efeitos resultantes do reconhecimento da relação de emprego, e consequente descaracterização da relação pejetizada, são a declaração da nulidade do contrato de prestação de serviços, o reconhecimento do vínculo empregatício, com as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social, a contar do início da prestação dos serviços.

Observou-se que embora a prática da pejetização tenha respaldo legal no artigo 129 da Lei 11.196/2005, que trata da contratação de trabalhadores intelectuais, os trabalhadores afetados por esta prática, pertencem as mais variadas áreas profissionais, desde jornalistas, a médicos, a funcionários de *call center*, e, até mesmo a funcionários de mineradoras.

As consequências da prática da pejetização, são benéficas ou maléficas a depender do sujeito da relação. Os que argumentam a favor, falam que haverá maior poder de barganha no valor da prestação dos serviços, bem como uma valorização do profissional, a diminuição dos encargos trabalhistas, gerando mais competitividade e lucratividade da empresa, o que acarretaria num aumento no número de vagas de trabalho oferecidas.

Em contrapartida, haverá desrespeito aos direitos fundamentais trabalhistas, bem como a legislação trabalhista e social, a precarização dos direitos, a desregulamentação e flexibilização da proteção trabalhista, e tudo isto acarretará num maior número de horas trabalhadas, sem controle da jornada de trabalho, sem férias e descanso remunerados, sem direito a seguro-desemprego, sem fundo garantia, sem aposentadoria nos dias vindouros, podendo ser demitido a qualquer momento.

Concluiu-se que os males ocasionados pela prática da pejetização são desproporcionalmente maiores que os benefícios alegados. Assim sendo, tal prática deve ser rechaçada, com o intuito de garantir a aplicação dos direitos fundamentais, bem como os direitos elencados por todo o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr 2016.
- _____. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 abr 2016.
- _____. **Decreto-Lei 5.452, de 1 de maio de 1943**. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 abr 2016.
- _____. **Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm>. Acesso em: 20 abr 2016.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- BARROS, Luiz Marcelo. A pejetização como fraude na relação trabalhista. **In: JusBrasil**. Disponível em: <<http://luizmarcelobarrosadv.jusbrasil.com.br/artigos/174076278/pejetizacao.>> Acesso em: 27 de abril de 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo. Malheiros, 2012.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GOMES CANOTILLO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra. Almedina, 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PEREIRA, Leone. **Pejetização: o trabalhador como pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

RODRIGUES, Vanessa Richardelli. O instituto da pejotização como fraude ao direito do trabalho. **In: Jurisway**. Disponível em:
<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14463> Acesso: em 26 de abril de 2016.

SCHNEIDER, Jéssica Marcela. **O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em:
<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 jan 2015.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO CEARÁ. **TRT/CE condena empresa que utilizava “pejotização” para burlar lei trabalhista**. Disponível em:
<http://http://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1805:trt-ce-condena-empresa-que-utilizava-pejotizacao-para-burlar-lei-trabalhista&catid=143&Itemid=302>. Acesso em: 27 de abril de 2016.

VILLELA, Marcelo. Vara do Trabalho de Uruaçu fecha acordo milionário envolvendo “pejotização” de trabalhadores. **In Mining.com**. Disponível em:
<<http://noticiasmineracao.mining.com/2015/10/15/vara-do-trabalho-de-uruacu-fecha-acordo-milionario-envolvendo-pejotizacao-de-trabalhadores/>> Acesso em: 27 de abril de 2016.