

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO
TRABALHO

ANA LUÍSA SILVA AZAMBUJA

**O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO E A ENTRADA EM VIGOR DO ARTIGO 442-B
DA LEI 13.467/17**

PORTO ALEGRE
2019

ANA LUÍSA SILVA AZAMBUJA

**O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO E A ENTRADA EM VIGOR DO ARTIGO 442-B
DA LEI 13.467/17**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

PORTO ALEGRE
2019

ANA LUÍSA SILVA AZAMBUJA

**O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO E A ENTRADA EM VIGOR DO ARTIGO 442-B
DA LEI 13.467/17**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 12 de dezembro de 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles (orientador)

Prof^a. Doutoranda Renata Duval Martins

Prof^a. Dra. Sonilde Kugel Lazzarin

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo principal o estudo do artigo 442-B da Consolidação das Leis do Trabalho, inserido por meio da Lei 13.467/17, conhecida como reforma trabalhista. Busca-se analisar as possíveis implicações desse artigo em relação à prática de fraude à relação de emprego, em especial a simulação de contrato autônomo celebrado por pessoa jurídica criada para desvirtuar a aplicação da legislação trabalhista, prática conhecida como “pejotização”. Para isso, foi utilizado o método dedutivo, iniciando pela conceituação dos elementos da relação de emprego e pelo exame diferenças entre trabalho autônomo e subordinado, seguidos da análise de dois importantes princípios do direito do trabalho: o princípio da proteção e o princípio da primazia da realidade. Ainda, foi feita a comparação entre o artigo 442-B em vigor e o editado pela Medida Provisória 808 de 2017, bem como as implicações de suas redações a um eventual agravamento do fenômeno da “pejotização”. Por fim, foi examinada a jurisprudência brasileira quanto ao tema, buscando prever as possíveis consequências da aplicação do artigo que entrou em vigor.

Palavras-chave: Relação de emprego. Subordinação. Trabalho autônomo. Princípio da primazia da realidade. Fraude à relação de emprego.

ABSTRACT

The present paper has as its main objective the study of article 442-B of the Consolidation of Labor Laws, inserted through Law 13.467/17, known as labor reform, and its possible implications in relation to the practice of employment relationship fraud, in particular the autonomous contractual agreement with a legal entity created to divert the application of labor legislation, practice known as “pejotização”. For this, the deductive method was used, starting with the conception of elements of the employment relationship and differences between self-employment and subordinate work, followed by the analysis of two important principles of labour law: the protection principle and the primacy of reality principle. Also, a comparison was made between the current article 442-B and the one published by Provisional Measure 808 of 2017 and the implications of its wording in an eventual aggravation of the phenomenon of “pejotização”. Finally, the Brazilian jurisprudence on the subject was examined, seeking to predict the possible consequences of the implementation of the article that entered into force.

Key-words: Employment relationship. Subordination. Self-employment. Principle of primacy of reality. Employment relationship fraud.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|--|
| Art. | Artigo |
| CC | Código Civil |
| CLT | Consolidação das Leis do Trabalho |
| CNPJ | Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica |
| FGTS | Fundo de Garantia por Tempo de Serviço |
| MP | Medida Provisória |
| MPT | Ministério Público do Trabalho |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho |
| TST | Tribunal Superior do Trabalho |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 7 |
| 2. A RELAÇÃO DE EMPREGO | 9 |
| 2.1 OS ELEMENTOS QUE CONFIGURAM A RELAÇÃO DE EMPREGO | 10 |
| 2.2 A SUBORDINAÇÃO | 16 |
| 2.3 A ALTERIDADE E A ASSUNÇÃO DOS RISCOS DA ATIVIDADE PELO EMPREGADOR | 19 |
| 2.4 O TRABALHO SUBORDINADO X TRABALHO AUTÔNOMO | 21 |
| 3. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO | 26 |
| 3.1 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO | 27 |
| 3.2 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE | 34 |
| 4. O ARTIGO 442-B DA LEI 13.467/17 E AS FRAUDES À RELAÇÃO DE EMPREGO | 40 |
| 4.1 O ART. 442-B E A REFORMA TRABALHISTA | 41 |
| 4.2 O FENÔMENO DA “PEJOTIZAÇÃO” | 46 |
| 4.3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA FRENTE ÀS FRAUDES À RELAÇÃO DE EMPREGO E O POSICIONAMENTO DOS OPERADORES DO DIREITO EM RELAÇÃO AO ARTIGO 442-B DA CLT | 52 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 59 |
| REFERÊNCIAS..... | 62 |

1. INTRODUÇÃO

Em 2017, foi aprovada no Congresso brasileiro a Lei 13.467 de 2017¹, chamada de reforma trabalhista, que modificou e incluiu diversos artigos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O seu advento, para grande parte da doutrina trabalhista, representou um retrocesso nos avanços conquistados pela classe trabalhadora ao longo de muito tempo. As mudanças da lei buscaram trazer maior liberdade de contratação entre patrão e empregado; contudo, essa flexibilização não levou em conta a existência da enorme disparidade entre as partes da relação de emprego, em razão da clara desvantagem do trabalhador ao contratar com o empregador².

Frente a esse cenário de flexibilização das relações de trabalho, agravado com a entrada em vigor da reforma trabalhista em 2017, esta pesquisa busca analisar o artigo 442-B da CLT, incluído pela Lei 13.467, que dispõe sobre a contratação de trabalhador autônomo, sem vínculo de emprego, e a possibilidade de inclusão de cláusula de exclusividade nesse tipo de contrato. A dúvida relacionada à entrada em vigor desse artigo é se ele poderá criar um ambiente mais favorável à prática de fraudes à relação de emprego, principalmente por meio da simulação de relação de trabalho autônoma através da criação de pessoa jurídica para substituir de forma figurada o empregado, fenômeno conhecido como “pejotização”.

O tema abordado possui extrema relevância, na medida em que as fraudes às relações empregatícias, muito recorrentes no Brasil, geram inúmeros prejuízos aos trabalhadores que, mesmo trabalhando mediante subordinação, não terão a proteção do direito do trabalho. Além disso, normalmente terão de arcar com custos para abrir e fechar empresas e não estarão segurados pela previdência social caso não contribuam diretamente.

Este trabalho tem como método científico o método dedutivo, partindo-se de conceitos gerais, da teoria da relação de emprego e seus pressupostos e dos princípios do direito do trabalho, visando propiciar o contexto para abordagem das mudanças e possibilidades trazidas com a entrada em vigor do artigo 442-B, da CLT

¹ BRASIL. **Lei 13.467 de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 171-173.

no cenário da reforma trabalhista. Para isso, são trazidas informações advindas da doutrina, de artigos científicos, da legislação e da jurisprudência.

Para o exame do tema, primeiramente busca-se conceituar a relação de emprego e os pressupostos de sua existência: obrigatoriedade do empregado ser pessoa física, personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. O requisito subordinação, todavia, ganha destaque, em razão de ser o elemento principal que diferencia o trabalho com vínculo de emprego do trabalho realizado por trabalhador autônomo. A partir daí, será possível identificar quando há um contrato verdadeiramente autônomo ou apenas uma simulação visando burlar a legislação trabalhista.

Diante disso, parte-se para o estudo dos princípios do direito do trabalho, institutos de grande importância para a área estudada, além de serem muitos utilizados para balizar a aplicação da legislação trabalhista. Sobre o art. 442-B a ser examinado, os princípios que mais se conectam ao tema são o princípio da proteção ao trabalhador e o princípio da primazia da realidade.

Em seguida, será feita a análise aprofundada do art. 442-B da CLT e sua relação com o fenômeno da “pejotização”. Importante destacar que o artigo em questão foi modificado por uma medida provisória, que não foi, contudo, convertida em lei, tendo permanecido em vigor apenas por alguns meses. Com a perda de eficácia da medida, o artigo 442-B foi mantido com sua redação original, gerando polêmicas sobre a possibilidade de suportar fraudes. A partir desse cenário, se buscará definir o instituto da “pejotização”, com a posterior a análise de casos da jurisprudência pátria sobre o tema.

Dessa forma, busca-se esclarecer as dúvidas suscitadas, na tentativa de prever as consequências que virão em razão da implementação desse dispositivo de lei em um momento tão conturbado para o direito do trabalho. Espera-se, com isso, trazer à tona questão grave no mundo do trabalho que é a tentativa de fraude à relação de emprego, prática muito prejudicial aos trabalhadores e que deve ser evitada por meio da prevenção e também da punição.

2. A RELAÇÃO DE EMPREGO

A proteção ao trabalhador e, conseqüentemente, o direito do trabalho, teve início a partir da “organização econômica da contraposição *trabalhador x grande empresa do século XIX*”³. No contexto da Revolução Industrial, surgiu a necessidade de o Estado impor limites aos empregadores, pois as condições de trabalho nas grandes indústrias eram extremamente precárias.

No Brasil, foram criadas leis sociais sobre o trabalho já no tempo do Império, todavia, o direito do trabalho realmente despontou com Getúlio Vargas, na Revolução de 1930. Já em 1943, no período do Estado Novo, foi criado o Decreto-lei 5.452/1943, chamado de Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Considerada um divisor de águas para o direito do trabalho no Brasil, a CLT sistematizou as normas trabalhistas espalhadas pelo ordenamento jurídico do país ⁴.

A partir do surgimento dessa Consolidação, o direito do trabalho pôde deslançar, evoluindo gradativamente até os dias atuais. Entretanto, importante destacar que esse ramo do direito não abrange todas as formas de trabalho, se restringindo a regular as relações de emprego. A CLT, em seu artigo 442, conceitua o contrato individual de trabalho como sendo “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego⁵”. Esse tipo de trabalho se diferencia de outros, como o dos servidores públicos ou dos profissionais liberais, que não são regidos pela CLT.

A relação de emprego possui algumas particularidades, pois é caracterizada, pela maior parte da doutrina, como sendo a relação entre um empregador e um empregado pessoa física, em que existe pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. As demais relações de trabalho podem até possuir algumas dessas características; porém, para que haja vínculo de emprego, todos os requisitos devem estar presentes. Nesse capítulo, serão analisados os cinco elementos que configuram a relação empregatícia, com destaque para a subordinação.

³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 23.

⁴ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 31-33.

⁵ Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

2.1 OS ELEMENTOS QUE CONFIGURAM A RELAÇÃO DE EMPREGO

Para Délio Maranhão, o contrato individual de trabalho é:

[...] o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga à prestação pessoal, subordinada e não eventual de serviço, colocando sua força de trabalho à disposição de outra pessoa, física ou jurídica, que assume os riscos de um empreendimento econômico (empregador) ou de quem é a este, legalmente, equiparado, e que se obriga a uma contraprestação (salário)⁶.

Portanto, o autor demonstra que, cumpridos certos requisitos entre um empregado que preste serviço a um empregador, haverá relação empregatícia.

Inicialmente, para que seja possível entender como se dá o vínculo de emprego, é preciso caracterizar a figura do empregado e do empregador. Segundo o artigo 2º, da CLT, “empregador é a empresa, individual ou coletiva, que contrata trabalhadores, os assalariando e coordenando pessoalmente seus serviços⁷”. Sendo assim, segundo Paulo Emílio R. Vilhena, pode-se aferir que o empregador poderá ser tanto pessoa física quanto jurídica que, levando em conta os riscos da atividade, contrata empregado para trabalhar em seu benefício. Inclui-se como empregador, também, o empregador doméstico, o qual, entretanto, só poderá ser pessoa física, sob pena de descaracterizar o trabalho doméstico caso a contratação seja feita por pessoa jurídica⁸.

Já o empregado, conceituado no artigo 3º da CLT⁹, deve ser necessariamente pessoa física e prestar serviços de forma não eventual ao empregador, mediante remuneração. Fundamental apontar que o termo “empregado”, no Brasil, não se confunde com o termo “trabalhador” e não se comunica com outras categorias de prestadores de serviço¹⁰.

⁶ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1993. p. 46.

⁷ 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. BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 143.

⁹ Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

¹⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 383.

A partir disso, pode-se cotejar os pressupostos que caracterizam um empregado e são requisitos para a relação de emprego, são eles: a exigência do empregado ser pessoa física, a pessoalidade, a não eventualidade, a onerosidade e a subordinação. Abaixo, esses elementos serão analisados individualmente.

O primeiro requisito, como demonstrado, faz parte da caracterização do empregado que, para ser parte de uma relação de emprego, regida pela CLT, deve ser pessoa física. Esse pressuposto tem origem no fato de que o direito do trabalho surgiu para proteger a figura do trabalhador, que, na relação empregatícia, ocupa um polo de hipossuficiência. Portanto, caso o empregado seja pessoa jurídica constituída, o que é comum no trabalho autônomo, não há hipossuficiência e, portanto, não há necessidade de atuação do direito do trabalho¹¹.

Todavia, essa impossibilidade de o empregado ser pessoa jurídica acaba sendo muito utilizada por empresários para fraudar vínculos de emprego. Isso ocorre porque, no momento em que se contrata uma pessoa jurídica, não há relação empregatícia e, conseqüentemente, o empregador não estará obrigado a pagar os encargos trabalhistas, como férias, 13º salário e FGTS¹².

Outro elemento da relação de emprego diretamente relacionado à pessoa do empregado é a pessoalidade. A pessoalidade trata da necessidade de uma pessoa certa e determinada disponibilizar sua força de trabalho a um empregador¹³. Como visto acima, o empregado deve ser pessoa física e, com isso, diferente do empregador, não pode se fazer substituir por outrem, pois integra relação obrigacional que só pode ser cumprida pela pessoa contratada. Trata-se, segundo Manuel Afonso Olea, de obrigação personalíssima¹⁴.

Sendo assim, o empregado não pode simplesmente apresentar uma pessoa para substituí-lo em caso de não poder comparecer ao serviço ou de não conseguir realizar determinada tarefa. Se imprescindível a substituição, pode o empregador rescindir o contrato com o empregado, tomando as devidas providências, e formar vínculo com o substituto. O que não pode ocorrer é o empregado enviar pessoa

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 340-342.

¹² SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 353. nov. 2018. p. 24-27.

¹³ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 241.

¹⁴ OLEA, Manuel Alonso. CASAS BAAMONDE, Maria Emília. **Derecho del trabajo**. 26. ed. Madrid: S. L. Civitas Ediciones, 2009. p. 92.

diversa para realizar suas atribuições, implicando, em caso de ocorrer tal substituição, na celebração de contrato novo¹⁵.

Ainda, fundamental salientar que a personalidade acaba por delimitar a fidúcia que faz parte do contrato de trabalho, supondo diligência, boa-fé e lealdade das partes na execução do contrato. Tal aspecto não se limita apenas aos contratos com fidúcia especial, como nos casos de trabalho em cargos de chefia e funções de confiança, mas está presente também nos contratos com fidúcia geral, ou seja, os contratos como um todo¹⁶.

Há casos, entretanto, em que o pressuposto da personalidade acaba se tornando menos evidente, fazendo parte da relação empregatícia de forma reduzida. Quando não se contrata um empregado diretamente ou o trabalho é executado em local distinto de onde se encontra o empregador, verificar a existência da personalidade se torna mais difícil. Isso ocorre, por exemplo, no trabalho em domicílio e no trabalho temporário¹⁷.

No trabalho em domicílio, o empregador não tem como controlar a realização pessoal do trabalho, pois ele é realizado fora de sua visão e, por isso, não é possível ter plena certeza de quem realizou efetivamente a tarefa. Todavia, nesse caso, serão avaliados outros elementos vinculados à personalidade, como a produtividade e a perfeição técnica¹⁸.

Já no caso da contratação de trabalhador temporário, intermediado pelas agências de trabalho temporário, a celebração do contrato de trabalho e criação de vínculo não ocorre entre o trabalhador e o tomador de serviços, mas apenas entre o trabalhador e a intermediadora. Por mais que o trabalho seja realizado nas dependências da tomadora, esta é apenas subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas do período da contratação, conforme disposto no artigo 35 do Decreto 10.060/19, que regulamenta o trabalho temporário atualmente no Brasil¹⁹. De acordo com autores como Mozart Russomano, não há personalidade

¹⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 398-399.

¹⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2000. p. 68-69.

¹⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 245-246.

¹⁸ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Contrato de trabalho doméstico e trabalho a domicílio**. Curitiba: Juruá, 1995. p. 29-56.

¹⁹ Art. 35. A empresa tomadora de serviços ou cliente responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que for realizado o trabalho temporário. BRASIL. **Decreto**

entre empregado e tomadora nesse tipo de prestação de serviços e, por esse motivo, não há relação empregatícia²⁰.

O próximo requisito essencial para a existência do vínculo de emprego é a não eventualidade. Esse pressuposto nada mais é que necessidade de que o trabalho não seja prestado de forma esporádica, em que há a contratação, por exemplo, para a realização de uma tarefa, o que poderia caracterizar um contrato de empreitada, regulado pelo direito civil.

Segundo Francisco Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra, “o contrato de trabalho é tipicamente de execução continuada²¹”. Isso porque a sua execução se prolonga no tempo (de maneira indefinida ou já fixada, dependendo do tipo de contrato, a prazo determinado ou não), mesmo que as obrigações principais, o trabalho e o salário, já estejam fixados no momento da contratação²².

Por outro lado, o trabalho eventual, que descaracterizaria a relação de emprego, seria um trabalho prestado de forma ocasional, que não está ligado à atividade fim da empresa, nem é essencial de forma permanente para seu funcionamento. Importante ressaltar que o critério para verificar a existência da não eventualidade é bastante subjetivo, pois não está definido na lei ou na doutrina limite claro do que seja trabalho eventual e não eventual. Inclusive, Paulo E. R. Vilhena afirma que a eventualidade é um pressuposto da relação de emprego que deveria ser revisto, pois tem contornos extremamente precários e varia muito de caso em caso²³.

Em contrariedade a esses contornos precários, na Lei Complementar 150/2015, que regula o trabalho doméstico, em seu artigo 1^o²⁴, encontramos um critério objetivo para a não eventualidade e a formação da relação de emprego: caso o trabalho doméstico seja prestado ao empregador até duas vezes na semana, não

10.060 de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10060.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

²⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2000. p. 71.

²¹ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 247.

²² ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 247.

²³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 414-415.

²⁴ Art. 1^o. Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei. **BRASIL. Lei Complementar 150/2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp150.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

há vínculo; caso ocorra três vezes na semana ou mais, há vínculo de emprego. Todavia, essa não passa de uma exceção, pois na maioria das vezes, o critério da não eventualidade é extremamente difícil de ser avaliado.

Em suma, a maior parte da doutrina e da jurisprudência brasileira concorda que, para se considerar que um trabalhador labora de maneira não eventual, deve-se levar em conta o critério da não eventualidade objetiva, analisando se o trabalho prestado faz parte das necessidades normais da empresa. Ainda, existe a dimensão subjetiva da não eventualidade, na qual se analisa uma consciência das partes da relação de emprego, com expectativas bilaterais quanto ao contrato de trabalho, sendo, nesse espectro, necessário o aviso-prévio para que uma parte se prepare para os efeitos do fim do contrato. Em ambos os casos, objetivo e subjetivo, considera-se que há o elemento da não eventualidade na relação²⁵.

Outro pressuposto que configura a relação de emprego é a onerosidade. Aqui, se pode observar, diferentemente do que ocorre na análise da não eventualidade, um elemento que pode ser verificado de forma muito simples. Para que a relação de trabalho seja onerosa, deve haver esforços de ambas as partes no cumprimento do contrato: de um lado o trabalhador emprega sua força de trabalho e, do outro, o empregador o remunera pelo serviço prestado²⁶.

Segundo José Martins Catharino, o contrato de trabalho seria caracterizado por possuir essas duas prestações distintas, sucessivas e cruzadas, que retratam a comutatividade presente nessa espécie contratual. Diferente do que ocorre nos contratos aleatórios, em que não se sabe ao certo quais são as obrigações de cada parte, no contrato comutativo elas estão bem claras, há uma certeza quanto às prestações a serem cumpridas por ambas as partes²⁷.

Além disso, conforme a doutrina, o contrato de trabalho é um contrato bilateral, oneroso e sinalagmático. Ou seja, está pautado na existência de remuneração. Desta forma, não se presume a prestação de trabalho gratuito. Inclusive, eventual trabalho realizado gratuitamente deve ter interpretação restrita do

²⁵ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 252.

²⁶ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2013. p. 47.

²⁷ CATHARINO, José Martins. **Tratado Jurídico do Salário**. São Paulo: LTr, 1994. p. 71-72.

Poder Judiciário, pois se trata de situação completamente diferente do que ocorre no contrato de trabalho clássico, que possui obrigações recíprocas²⁸.

Sendo assim, a gratuidade no contrato de trabalho é uma exceção, e não é presumida. Ainda, nas raras relações de emprego em que ela parece se revelar, na verdade não existirá gratuidade propriamente dita, mas uma onerosidade mascarada, difusa ou indireta²⁹. Os casos em que não há, de fato, o elemento da onerosidade e, conseqüentemente, não há relação de emprego, são aqueles em que a gratuidade se dá em razão de um vínculo de outra natureza que não a trabalhista, como benemerência, voto religioso ou trabalho voluntário³⁰.

Destaca-se que não é o efetivo recebimento do salário pelo trabalhador que caracterizará o contrato de trabalho como oneroso. A expectativa de recebimento, ligada principalmente à noção de que a prestação de serviços serve para a sobrevivência do trabalhador enquanto gera proveito econômico ao tomador, já será o bastante para que se verifique a onerosidade, sendo que a falta de pagamento apenas gera o descumprimento do contrato³¹.

Ainda, outro aspecto característico da onerosidade, é que ela está ligada à economia e à noção de preço. Isso ocorre em razão de que, para que valor seja agregado a um produto ou serviço, serão necessários diversos recursos, mão de obra e meios de produção. Com isso, o trabalho é um dentre vários elementos que se ligam ao preço. Sendo o trabalho um dos importantes fatores de produção, seu custo está embutido em tudo que é consumido mundo afora³².

Finalmente, frente a tal análise, foi possível delimitar as principais características de quatro elementos da relação empregatícia: a necessidade de o empregado ser pessoa física, a pessoalidade, a não eventualidade e a onerosidade. Após, tendo em vista a importância de desvendarmos as diferenças entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo, buscaremos esclarecer todos os fatores que rodeiam o quinto requisito dessa relação: a subordinação.

²⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 740-741.

²⁹ CATHARINO, José Martins. **Tratado Jurídico do Salário**. São Paulo: LTr, 1994. p. 77.

³⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 265.

³¹ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2013. p. 47-48.

³² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 345-347.

2.2 A SUBORDINAÇÃO

Segundo Maurício Godinho Delgado, a subordinação, dentre todos os elementos que constituem a relação de emprego, ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia. Tal requisito perpassou diversos modelos de produção do mundo ocidental, sendo característica primordial da relação de emprego, e por isso é tão importante. Outrossim, a subordinação é o principal diferenciador entre a relação de emprego e outra forma significativa de prestação de serviços: o trabalho autônomo³³.

Em resumo, a palavra subordinação significa submeter-se a uma hierarquia, aceitar submissão, sujeitar-se³⁴. Portanto, inserido no cenário do direito do trabalho, esse elemento significa que, para que haja vínculo empregatício, deve existir um empregado que se subordine a um empregador, submetendo-se a um poder disciplinar, derivado do contrato de trabalho, cumprindo ordens e realizando tarefas coordenadas pelo patrão. Todavia, essa subordinação nem sempre é simples de ser detectada para que se defina se uma relação de trabalho é, ou não, uma relação de emprego.

A subordinação, atualmente, não é mais vista da mesma forma que há algumas décadas. A evolução do direito do trabalho, que tem de se adaptar ao mundo globalizado cada vez mais cercado de tecnologia, faz com que a subordinação possa se dar de outras formas que não existiam antigamente, como ocorre no teletrabalho, por exemplo, em que empregador e empregado possuem contato, muitas vezes, apenas por meios de comunicação. Apesar desse cenário, que dificulta a verificação da existência de trabalho subordinado, ainda existem padrões básicos de conduta enraizados na doutrina para indicar que há subordinação³⁵.

De acordo com Vilhena, para que se verifique a existência da subordinação, pode ser aplicada a seguinte pergunta: quando e onde o trabalhador laborou? Caso algum desses elementos seja decidido pelo empregado, não havendo controle do

³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 348.

³⁴ SUBORDINAÇÃO. **Dicionário online da Michaelis**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/subordina%C3%A7%C3%A3o/>>. Acesso em: 06 set. 2019.

³⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 509-510.

empregador, estará caracterizado o trabalho autônomo. Disso, extrai-se uma característica essencial da subordinação: a limitação da vontade do trabalhador³⁶.

Essa limitação de vontade deriva do fato de o empregado possuir relação de dependência com o empregador. Essa dependência, expressa no artigo 3º, da CLT³⁷, contudo, não pode ser analisada de forma a acentuar o vínculo pessoal entre as partes da relação de emprego, pois, atualmente, a subordinação é considerada um elemento objetivo da relação de emprego, desvinculado da pessoa do empregado e empregador e sua conexão subjetiva. Em face da utilização pelo legislador da expressão “dependência”, no artigo 3º da CLT, Delgado afirma que o operador do direito deve, ao ler, na CLT, “... sob a dependência deste...”, interpretar como sendo “mediante subordinação”³⁸.

Quanto à natureza jurídica da subordinação, a doutrina trabalhista possui entendimento já pacificado, o de que esse elemento do contrato de trabalho tem caráter jurídico e objetivo. Todavia, a subordinação possui como fundamento originário a assimetria social derivada da sociedade capitalista contemporânea. Anteriormente, portanto, era vista como um dado econômico ou até social, baseada na necessidade de subsistência do trabalhador, que tem o salário como única fonte de renda para sobreviver³⁹.

No entanto, tal entendimento econômico da subordinação não abarcaria todos os trabalhadores que fazem parte de uma relação de emprego, como, por exemplo, ocupantes de altos cargos de uma empresa que poderiam até mesmo, em determinada situação, emprestar dinheiro ao empregador em caso de necessidade. Ademais, essa análise econômica da subordinação apresenta uma perspectiva que não se insere, necessariamente, no estudo do Direito, pois ela só é analisada no momento em que os indivíduos passam a fazer parte de um contrato regido pela lei, que presume que o empregado é economicamente mais fraco em comparação com o empregador⁴⁰.

³⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 523-524.

³⁷ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 350.

³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 349- 350.

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 350.

A subordinação jurídica, por outro lado, era considerada como uma vinculação entre as partes do contrato de trabalho, em que este vínculo permitia ao empregador, dentro dos limites do contrato, exercer o poder jurídico de intervir na esfera jurídica do empregado a qualquer tempo. Segundo esse pensamento, a subordinação seria uma relação intersubjetiva, exteriorizada entre dois sujeitos⁴¹.

Apesar disso, a ideia que liga a subordinação a um elemento pessoal, ao longo dos anos, foi se esvaindo, pois o entendimento, no atual cenário, é de que a subordinação é uma exigência técnica e funcional, voltada para o processo de produção⁴². Conforme Delgado, é incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão subjetiva da subordinação, pois não se deve compreender a subordinação como atuante na pessoa do trabalhador⁴³.

Em resumo, a subordinação clássica, subjetiva, seria aquela situação jurídica decorrente do contrato de trabalho em que o trabalhador se compromete a se submeter ao poder de direção da empresa quanto ao modo de realizar sua atividade. A subordinação se manifestaria, em consequência disso, pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o trabalhador. Esta é a primeira concepção deste elemento da relação empregatícia, que surgiu em substituição às demais formas de trabalho humano utilizadas anteriormente: a escravidão e a servidão⁴⁴.

Já a subordinação objetiva, resultante do entendimento atual dos estudiosos do direito do trabalho, desvincula este elemento da pessoa do trabalhador, focando na atividade. A intervenção patronal se verifica diretamente no trabalho prestado pelo empregado, com a correção da prestação do trabalhador. Objetivamente, Vilhena resume a subordinação como: “a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor do trabalho⁴⁵”.

⁴¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 517-518.

⁴² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 517-518.

⁴³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 349.

⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 350.

⁴⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 518.

Sendo assim, tem-se que a subordinação, na concepção atual, representa a integração da atividade exercida pelo trabalhador na atividade da empresa⁴⁶. Esse elemento, como dito anteriormente, tem grande importância, pois se relaciona diretamente com os demais requisitos da relação de emprego, sendo até mesmo considerado, por alguns autores, como o elemento essencial dessa relação. Na análise econômica da subordinação, por exemplo, se aborda indiretamente o elemento da onerosidade. Já a diferenciação entre a subordinação subjetiva e objetiva tem total ligação com o elemento pessoalidade⁴⁷.

Conseqüentemente, possível aferir que tal requisito complementa e é complementado pelos demais pressupostos da relação empregatícia, sendo todos eles indispensáveis para que exista vínculo de emprego. Dessa forma, a subordinação representa a principal forma de diferenciação entre o trabalho com vínculo de emprego e o trabalho autônomo, que não possui tal elemento.

Todavia, além do elemento essencial da subordinação, a doutrina traz, ainda, outra característica da relação de emprego que a diferencia do trabalho autônomo: a alteridade⁴⁸. Esse instituto é até mesmo considerado, para alguns autores, como mais um elemento da relação de emprego; contudo, normalmente, a alteridade é considerada parte da caracterização do empregador, estando fortemente conectada ao conceito de subordinação.

2.3 A ALTERIDADE E A ASSUNÇÃO DOS RISCOS DA ATIVIDADE PELO EMPREGADOR

Para Manuel Alonso Olea, a relação de emprego, diferentemente do que ocorre no trabalho autônomo, tem por característica a alteridade (“ajenidad”), ou seja, o trabalhador não terá para si os riscos da atividade econômica, ao mesmo tempo em que não será titular, nem mesmo inicialmente, dos frutos de seu trabalho.

⁴⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 526.

⁴⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 260.

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 490.

Tal definição reconhece, portanto, que o trabalhador com vínculo de emprego presta serviços por conta alheia, nunca por conta própria⁴⁹.

Na visão de Maurício Godinho Delgado, a alteridade representa a assunção, pelo empregador, dos riscos da atividade econômica. Será o empregador, e somente ele, que terá como ônus “os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução⁵⁰”. Essa figura faz parte, para Delgado e muitos autores, do conceito de empregador, enquanto para outros, como Sergio Pinto Martins⁵¹, ele seria mais um elemento essencial do vínculo de emprego.

Em todo o caso, a existência de alteridade quer dizer que um possível prejuízo que advenha da atividade sempre será do patrão, ficando o empregado “blindado”, fazendo jus ao seu salário independentemente do andamento da atividade do empregador. Mesmo que a empresa vá mal e passe por problemas financeiros, não poderá o empregado ser prejudicado, salvo exceções previstas em lei. O trabalhador poderá, apenas, participar do lucro da empresa, nunca dos prejuízos⁵².

A alteridade se faz presente claramente no artigo 2^o⁵³ da CLT, junto da definição de empregador, pois este “assumiria os riscos da atividade econômica”. Todavia, importante destacar que tais “riscos”, como disposto no artigo, não seriam apenas os decorrentes de atividade econômica, mas também decorrentes do próprio contrato de trabalho, pois há a possibilidade de se ter empregador que não exerce atividade econômica, como o empregador doméstico⁵⁴.

Atualmente, contudo, a análise da presença da alteridade em um contrato de trabalho vem se tornando mais complicada e nebulosa, em razão da ascensão de formas mais flexíveis de labor, além da entrada em vigor da Lei 13.467/17. Com a reforma trabalhista, foram inseridas na CLT disposições que certamente atenuam o risco do empregador diante da relação de emprego. Um exemplo disso é o art. 611-

⁴⁹ OLEA, Manuel Alonso. CASAS BAAMONDE, Maria Emília. **Derecho del trabajo**. 26. ed. Madrid: S. L. Civitas Ediciones, 2009. p. 78-79.

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 490.

⁵¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 101-102.

⁵² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 101-102.

⁵³ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 491.

A, que ampliou vastamente as possibilidades de realização de negociação coletiva, flexibilizando os direitos trabalhistas⁵⁵.

De qualquer forma, fica evidente que, em uma verdadeira relação de emprego, não poderá o patrão simplesmente descontar valores, por exemplo, do salário do empregado em razão de um endividamento ou de um declínio nos negócios da empresa. Temos aqui, uma importante diferença entre autonomia e subordinação, pois, no trabalho autônomo, o próprio trabalhador terá de arcar com eventuais prejuízos, o que não ocorrerá na relação empregatícia, em que os riscos se concentram na figura do empregador. Em seguida, analisaremos detalhadamente o trabalho autônomo em comparação com o trabalho subordinado.

2.4 O TRABALHO SUBORDINADO X TRABALHO AUTÔNOMO

Para Vilhena,

[...] o encontro de energias, a do trabalhador e a dos demais componentes da empresa em sua dinâmica, assim como a garantia desse encontro é que formam o ponto de intersecção entre o mundo livre, da atividade incondicionada, autônoma, e o mundo da subordinação, da atividade vinculada e/ou expectada, que garante o regular e contínuo funcionamento de uma empresa⁵⁶.

Sendo assim, é lógico presumir que quando não há subordinação na relação de trabalho, haverá autonomia. Esse pensamento é correto, de certa forma, porém, há casos em que essa distinção é complexa. Normalmente, o trabalho autônomo se caracteriza por possuir vínculo jurídico sobre o resultado do trabalho e não sobre a atividade em si. Não importa onde e como o trabalho foi feito, contanto que se chegue ao resultado esperado⁵⁷.

Da mesma maneira que ocorre na subordinação, a autonomia também possui duas faces: uma econômica e outra jurídica. A face econômica da autonomia vem da possibilidade de uma pessoa dispor livremente de seu trabalho e se apropriar totalmente do resultado deste. Em contrapartida, na subordinação essa face advém da desigualdade social, que levou o trabalhador a se vincular ao empregador,

⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 493.

⁵⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 521.

⁵⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 531-532.

possuidor dos meios de produção, para, usando sua força de trabalho, se apropriar apenas de parte da riqueza gerada com seu esforço.

Já a face jurídica da autonomia aparece na regulação do trabalho realizado pelo autônomo, pois a autonomia pode caracterizar diversos tipos de contratos, como o de prestação de serviços, empreitada, representação comercial, entre outros. O direito, portanto, irá disciplinar esses tipos de atividade no Código Civil (CC) e em leis esparsas⁵⁸.

Segundo Patrícia Cristina Ribeiro, o trabalhador autônomo “é aquele que realiza os serviços como bem entender, importando apenas o resultado, não a forma como foi realizado⁵⁹”. Além disso, o autônomo, diferente do empregado, não está submetido a ordens ou jornada de trabalho e, em alguns casos, pode até mesmo ser substituído por outra pessoa.

Tendo em vista que esse tipo de trabalho é realizado por conta do trabalhador sem inferência do patrão, importando para o contratante apenas o resultado advindo da atividade, o autônomo, como ocorre no polo do empregador na relação de emprego, tem o ônus de suportar os riscos da atividade econômica (alteridade). No caso da prestação de serviços, por exemplo, se o serviço não for prestado e gerar o resultado esperado, o trabalhador não será remunerado. Diferentemente do que ocorre no trabalho subordinado, em que o mero comparecimento e realização das tarefas propostas, mesmo sem obtenção do resultado esperado, irá importar no recebimento do salário.

Logo, percebe-se que esse tipo de relação de trabalho se diferencia da relação de emprego em razão da subordinação, na qual também se insere a figura da alteridade. Um trabalhador autônomo poderá contratar com pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, todavia, nunca terá subordinação⁶⁰. Nesses casos, é o requisito subordinação que irá caracterizar um contrato de trabalho como empregatício ou não, enquadrando-o na legislação trabalhista caso a subordinação esteja presente, levando à existência de vínculo de emprego.

⁵⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 272.

⁵⁹ RIBEIRO, Patrícia Cristina. Pejotização e a caracterização da fraude no contrato de trabalho. **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 354. dez, 2018. p. 67.

⁶⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 273.

Há também a possibilidade de existirem relações de trabalho autônomo em que não esteja presente, além da subordinação, o elemento pessoalidade. Isso ocorre, por exemplo, quando há a contratação de pessoas jurídicas, o que é muito comum em serviços de consultoria e contabilidade, em que não é importante que um profissional específico realize o serviço. Aqui, há um distanciamento ainda maior da relação de emprego em relação ao trabalho autônomo⁶¹.

Dessa forma, percebemos que essas atividades autônomas, em que não há subordinação, podem se concretizar através de diferentes roupagens no cenário atual, como é o caso, como já citado, da prestação de serviços. Esse tipo de relação de trabalho tem por objeto obrigação de fazer, mas, diferente do que ocorre na relação de emprego, é uma obrigação de resultado, em que o processo não tem importância⁶². Todavia, não podemos confundir a prestação de serviços com a empreitada, pois na primeira não há a contratação de uma obra, mas sim de um serviço, como transporte, contabilidade, etc. Importante destacar que a prestação de serviços será um contrato autônomo quando não existir, de fato, o elemento subordinação.

Já o contrato de empreitada é outra espécie de trabalho autônomo, que tem semelhança com a prestação de serviços. Previsto no CC, essa espécie de contrato de trabalho visa a realização, pelo trabalhador, de uma obra em benefício do tomador. Tem por objeto, portanto, um resultado específico e já determinado previamente. Diferente do que ocorre no trabalho subordinado, muitas vezes o próprio trabalhador irá trazer o material de seu trabalho, tendo que concluir a obra em um prazo estipulado. Sendo assim, caracterizando a ausência de subordinação, tal atividade não é coordenada pelo tomador, e é o trabalhador quem decide de que maneira realizará a tarefa⁶³.

Ainda, mais um desdobramento da autonomia muito recorrente no cotidiano e estudado pelo direito é a representação comercial. O representante comercial é aquele profissional que realiza intermediação entre empresas e possíveis compradores de um determinado produto ou serviço, uma espécie de vendedor que

⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 398.

⁶² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 531-532.

⁶³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 400.

representa a empresa e sua imagem para terceiros. Essa forma de trabalho gerou e ainda gera muitos conflitos no mundo jurídico, pois o representante comercial pode ser tanto autônomo quanto empregado, a depender da existência da subordinação⁶⁴.

Vilhena, em análise aos contratos de representação comercial, regidos pela Lei 4.886/65, diz que não devemos nos ater à designação do sujeito que pratica a representação, como empregado ou representante, mas sim com a forma em que se desenvolve a relação entre contratante e contratado⁶⁵. Esse é um tema bastante discutido na doutrina e jurisprudência brasileira, pois há uma zona cinzenta que permeia a representação autônoma e a subordinada, em razão da atividade ligar uma pessoa à imagem de uma empresa e à possibilidade, mesmo na forma autônoma, do trabalho ser realizado com exclusividade.

Além disso, vale citar mais uma espécie de trabalho autônomo previsto na CLT, o realizado pelo associado de cooperativa. Essa modalidade de serviço, tratada no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho⁶⁶, é vista como não subordinada pela lei. No entanto, na maioria dos casos, a jurisprudência vem entendendo que a cooperativa seria uma maneira de fraudar a relação empregatícia, sendo poucos os casos em que os tribunais consideram que o trabalhador associado à cooperativa é verdadeiramente autônomo.

Logo após o artigo 442, que trata das cooperativas em seu parágrafo único, que a autonomia aparece na CLT como modalidade de contratação que não gera vínculo de emprego, através da inclusão do artigo 442-B⁶⁷, pela reforma trabalhista aprovada em 2017. Esse artigo, que será analisado a fundo mais adiante, destaca que a contratação de autônomo, desde que cumpridas as formalidades legais, não gera vínculo de emprego, possibilitando, ainda, a existência de cláusula de exclusividade no contrato autônomo.

⁶⁴ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 548-549.

⁶⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 557.

⁶⁶ Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

⁶⁷ Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

Percebe-se, portanto, que existem variadas modalidades de trabalho autônomo, em que o elemento subordinação não pode estar presente. Quanto a isso, Vilhena esclarece que o fato de existirem diversos contratos de trabalho elencados no Código Civil Brasileiro de 2002 não impede que se considere a existência de vínculo de emprego em qualquer uma dessas modalidades de trabalho, desde que os pressupostos da relação empregatícia, previstos nos artigos 2^o⁶⁸ e 3^o⁶⁹ da CLT estejam provados. Para que se faça tal análise da existência da relação de emprego em contratos tipicamente relacionados ao trabalho autônomo, é muito importante que o operador do direito realize a aplicação dos princípios do direito do trabalho quando necessário, em especial o da primazia da realidade e o da proteção ao trabalhador, que serão examinados adiante⁷⁰.

⁶⁸ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁶⁹ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁷⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 547-548.

3. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho, como ramo do direito dotado de autonomia, possui diversos princípios que auxiliam na resolução dos conflitos que ocorrem no mundo das relações de emprego, pois a lei, por si só, não é sempre capaz de resolvê-los. Em sua obra, “Princípios do Direito do Trabalho⁷¹”, Américo Plá Rodriguez descreve os princípios, para o direito do trabalho, como possuidores de três importantes funções: a informativa, a interpretativa e a normativa.

Conforme o autor, a função informativa dos princípios é dirigida ao legislador, pois no momento de criação das normas é importante que se tenha os princípios em mente para que as leis estejam de acordo os ideais do direito do trabalho. Já a função interpretativa serve para auxiliar o julgador no momento da aplicação das normas, pois há muitos dispositivos de lei que possuem mais de uma interpretação possível, sendo o uso dos princípios essencial na decisão de qual delas aplicar. Por último, a função normativa está voltada para a supressão de lacunas na legislação, pois nem todas as situações que envolvem o direito do trabalho possuem normas que as regulem e, quando isso ocorre, os princípios podem ser acionados para resolver o impasse⁷².

A função normativa dos princípios, em especial, está contida expressamente na CLT, em seu artigo 8º:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público⁷³.

Nesse artigo, vemos a possibilidade de utilização dos princípios como fonte do direito do trabalho, caso faltem disposições em lei sobre determinado assunto.

⁷¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad. Walter Giglio. São Paulo: LTr, 1979. p. 40-50.

⁷² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad. Walter Giglio. São Paulo: LTr, 1979. p. 40-50.

⁷³ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

Esses princípios, que integram essa importante fonte do direito do trabalho, foram surgindo ao longo da história, como o princípio da promoção da melhoria da condição social do trabalhador e o da liberdade sindical, entre outros. Os mais importantes para a análise proposta pelo presente trabalho são o princípio da proteção ao trabalhador, considerado um princípio geral, pois possui diversos subprincípios decorrentes dele, e o princípio da primazia da realidade. Adiante, buscar-se-á examinar esses dois princípios, que tem intensa ligação com o elemento subordinação na relação empregatícia e também com a ocorrência de fraudes na relação de emprego.

3.1 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção trata da estrutura do direito do trabalho e sua finalidade: proteger o polo hipossuficiente da relação de emprego, o trabalhador. Sendo assim, de acordo com tal princípio, as leis, regras e princípios em geral estão voltados para proteger a figura mais vulnerável no mundo do trabalho, na tentativa de obter uma maior igualdade entre patrão e empregado. Por possuir tais características, abrangendo a finalidade do ordenamento trabalhista, esse princípio é considerado por muitos como o princípio central do direito do trabalho⁷⁴.

Diferente do que normalmente ocorre no direito comum, em que há igualdade entre as partes contratantes, no direito do trabalho o trabalhador ocupa posição desfavorável em relação ao patrão. Essa desigualdade, que torna o empregado vulnerável, pode advir do fator econômico superior do patrão, mas também pode ter cunho negocial, intelectual, hierárquico, entre outros. Conseqüentemente, o princípio protetivo tem o objetivo de buscar corrigir tal desigualdade entre as partes do contrato de trabalho, promovendo a atenuação das vulnerabilidades do trabalhador⁷⁵.

Para Vólia Bomfim Cassar, “o princípio da proteção é caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações entre empregado e

⁷⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 231-232.

⁷⁵ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2013. p. 27-28.

empregador⁷⁶". Com isso, no contrato de trabalho não há a mesma autonomia da vontade que ocorre em contratações comuns. Há, no contrato de trabalho, uma série de garantias "mínimas", decorrentes do princípio da proteção que busca fazer com que a diferença econômica entre empregador e empregado, ao menos, não aumente⁷⁷.

Sem a existência do direito do trabalho, fica claro que o desnível entre as partes da relação de emprego seria enorme, principalmente no momento da contratação. Tal situação se dá em razão do trabalhador, na grande maioria dos casos, trabalhar para seu sustento e de sua família, sendo o salário sua única fonte de renda para sobreviver. Com isso, não há poder de barganha por parte do empregado na contratação, podendo o empregador, caso não existissem regras, simplesmente decidir livremente a melhor forma de explorar o empregado e ter mais lucro⁷⁸.

Em razão disso é que o direito do trabalho, tendo como um de seus pilares o princípio da proteção ao trabalhador, é tão importante para garantir certa equiparação entre as partes do contrato de trabalho, tanto na contratação como durante a execução das obrigações. Para Leandro Dorneles, inclusive, tal princípio, pautado na vulnerabilidade, faz com que o direito do trabalho preveja uma espécie de "padrão básico" de proteção para os empregados, que pode, em determinados casos, ser somado a proteções maiores e mais especializadas para os mais vulneráveis, como as destinadas aos menores e às mulheres⁷⁹.

Ainda, de acordo com parte da doutrina, há o entendimento de que tal princípio possui subprincípios que emanam dele. Plá Rodriguez, por exemplo, entende que o princípio protetivo possui três princípios derivados: o princípio da norma mais favorável, o do *in dubio pro operário* e o da condição mais benéfica⁸⁰.

⁷⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 171.

⁷⁷ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002. p. 64-65.

⁷⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 231-236.

⁷⁹ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na contemporânea teoria geral do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho**, nº 348. Porto Alegre: HS, 2012. p. 28.

⁸⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad. Walter Giglio. São Paulo: LTr, 1979. p. 80-84.

Em primeiro lugar, o princípio da norma mais favorável, citado pelo autor, prega que o julgador, em casos concretos em que haja conflito de normas, aplique a norma mais favorável ao trabalhador. Tal princípio visa, tal como busca o princípio da proteção, compensar, de certa forma, as disparidades existentes entre empregado e empregador, sustentando pela aplicação da norma mais benéfica ao empregado quando houver dúvida em relação à norma a ser aplicada⁸¹.

Diante desse princípio, adotam-se diferentes teorias para definir qual norma seria a mais favorável. Uma delas é a teoria do conglobamento, segundo a qual os instrumentos normativos devem ser analisados como um todo, optando-se pela lei que, em seu conjunto, seja mais favorável ao trabalhador. Já a teoria da acumulação defende que diferentes disposições de diferentes instrumentos normativos podem e devem ser comparadas de forma individual, havendo a possibilidade de se utilizar um artigo, ou parte de um artigo, de uma lei e outro de outra lei distinta, aproveitando-se do que houver de mais favorável em cada uma delas⁸².

Além dessas duas teorias, foi criada uma terceira, intermediária, que sustenta que a norma mais benéfica deve surgir a partir da comparação entre diferentes regras sobre cada instituto ou matéria analisada. Tal critério é considerado como o mais acertado entre os três, e essa teoria é chamada de teoria do conglobamento mitigado. De acordo com a jurisprudência brasileira, todavia, prevalece a teoria do conglobamento, devendo a análise ocorrer em conjunto⁸³.

Por outro lado, o princípio do *in dubio pro operário*, também conhecido como *in dubio pro misero*, determina que, em caso de existir dúvida na interpretação de determinada norma, deverá ser utilizada a interpretação que mais beneficiar o empregado. Isso ocorre tendo em vista que é o trabalhador que ocupa a parte mais fraca do contrato. Além da interpretação mais favorável da lei, há autores, como Jouberto Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto, que defendem que esse princípio decorre do princípio do direito penal do “*in dubio pro reo*”, o que faria

⁸¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 65.

⁸² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 65-67.

⁸³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 67.

com que o juiz, em caso de dúvida sobre o que ocorreu de fato, devesse beneficiar o trabalhador⁸⁴.

Sobre a aplicação desse princípio na interpretação das normas aplicáveis ao caso concreto, entretanto, existem controvérsias, havendo diferentes correntes na doutrina quanto ao seu uso no processo do trabalho. Determinados autores compreendem que, por se tratar de princípio ligado ao direito material, ele serviria apenas para conduzir o legislador na criação de normas⁸⁵. Já outros, como Sergio Pinto Martins, sustentam que o princípio pode ser usado no processo do trabalho, quando existir dúvida na interpretação de lei processual; todavia, não pode ser aplicado integralmente, pois não se pode deixar de verificar qual parte possui o ônus da prova⁸⁶.

Há, ainda, uma terceira corrente, defendida por Plá Rodriguez, que entende que o princípio do *in dubio pro operário* pode ser usado de forma ampla na fase processual, inclusive no que tange à valoração de provas e fatos. Tal corrente, porém, não é amplamente aceita pela doutrina, pois não leva em conta a verificação do ônus da prova. Frente a essas diferentes concepções, o que se faz, atualmente, é utilizar o princípio do *in dubio* para optar pela interpretação mais favorável ao trabalhador em caso de dúvida razoável na aplicação de uma norma, chegando mais perto, portanto, da teoria intermediária⁸⁷.

Por último, o princípio da condição mais benéfica tem como objetivo garantir ao trabalhador a posição mais benéfica em determinada situação que venha a fazê-lo ocupar posição menos favorável, em razão, por exemplo, da criação de um regulamento empresarial. Cabe ressaltar a diferença entre esse princípio e o da aplicação da norma mais favorável, visto que o primeiro trata de situações concretas e determinadas, enquanto o segundo é abstrato, levando em conta as leis⁸⁸.

Segundo o princípio da condição mais benéfica, o empregado adquire espécie de direito adquirido, não podendo ter sua condição piorada se já estava trabalhando

⁸⁴ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 191.

⁸⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15 ed. São Paulo: Método, 2018. p. 184-185.

⁸⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

⁸⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15 ed. São Paulo: Método, 2018. p. 185-186.

⁸⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 67-68.

na empresa no momento que entrou em vigor novo regulamento prejudicial. Quando há a criação desses novos regulamentos de empresas que retiram direitos dos empregados, estes só podem ser aplicados aos empregados contratados após a vigência do regulamento⁸⁹.

O princípio da condição mais benéfica se encontra evidenciado no artigo 468 da CLT:

Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia⁹⁰.

Segundo esse dispositivo, a situação do empregado só pode ser alterada caso ele próprio concorde e, mesmo assim, não pode mudar para pior. A condição do empregado apenas será alterada para pior em casos muito específicos, como no retorno do empregado para o cargo efetivo, quando ocupava anteriormente função de confiança, etc.

Godinho Delgado, por outro lado, conclui que o princípio protetivo não teria apenas essas três derivações, mas sim outras, pois quase todos os princípios individuais do trabalho provêm da noção socioeconômica de que o trabalhador é a parte mais fraca da relação empregatícia. Portanto, segundo essa concepção, o princípio da proteção é o ponto de partida que inspira todo o complexo de regras e institutos do direito do trabalho⁹¹.

De qualquer forma, é evidente que o princípio da proteção é fundamental para o entendimento de que a relação de emprego está baseada em uma relação de hipossuficiência, em que o empregador tem vantagens em relação ao empregado, pois é ele que detém os meios de produção e tem maior poder socioeconômico. Já em outros tipos de relações de trabalho, não irá existir tal discrepância entre os contratantes, como na prestação de serviço autônomo, por exemplo. O autônomo, diferente de um empregado, trabalha livremente por sua conta e risco, estando

⁸⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 67.

⁹⁰ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 27 set. 2019.

⁹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 232.

ligado aos preços praticados no mercado e possuindo maior poder de barganha ao contratar⁹².

Por esses motivos, é que a configuração do vínculo empregatício é tão importante para o empregado, pois a relação de emprego o assegura diversos direitos previstos na legislação trabalhista, como férias, 13º salário, FGTS, direito a adicional de hora extra, etc. Já nas relações de trabalho que não se enquadram na relação de emprego, presume-se que há maior paridade entre as partes do contrato e, por isso, elas serão reguladas de forma diferente, por normas previstas, por exemplo, no CC, pois não se faz necessária tamanha proteção.

É por essa razão que as fraudes à relação de emprego são tão graves e resultam em enormes prejuízos ao trabalhador. Tais prejuízos se dão pelo fato de que, no momento em que um trabalhador que trabalha mediante subordinação é contratado como se autônomo fosse, ele terá os ônus que são inerentes ao trabalhador autônomo, como a não existência de limite de jornada, pagamento de tributos e muitas vezes encargos para constituição de pessoa jurídica. Todavia, não estará usufruindo dos benefícios dessa espécie de trabalho.

Em face desse tipo de comportamento por parte de empregadores, percebemos a importância do princípio da proteção, pois as partes nessa relação jurídica são muito distintas e, sem medidas protetivas, o empregado passaria a ter ainda menos direitos respeitados e voz ativa. Não obstante, vem também à tona o fato de que, não fosse a existência do direito do trabalho, possivelmente existiriam até hoje jornadas extenuantes, quase como ocorria na época da revolução industrial⁹³.

Em meio a isso, também é relevante analisar o princípio da proteção no plano econômico. Pelo viés da economia, distingue-se dois tipos de transações econômicas: as benéficas ou as parcialmente negativas. As benéficas se dão quando há benefícios para os dois polos de uma relação contratual, que até mesmo abrem mão de certos pontos de forma equilibrada. Nessas relações, considera-se que a vontade integra a relação livremente, e o mercado as seguiria. Já as transações parcialmente negativas, onde estão inseridas a relação de emprego e a relação de consumo, se caracterizam pela existência de uma parte que se apropria

⁹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: Obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MP 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 232.

⁹³ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 138-144.

do benefício econômico advindo do contrato enquanto a outra tem de assumir as desvantagens⁹⁴.

Tais transações parcialmente negativas normalmente decorrem das diferentes condições financeiras iniciais de cada contratante. Portanto, tais relações necessitam de intervenção do Estado, por meio, por exemplo, do direito do trabalho e do direito do consumidor. Importante esclarecer, entretanto, que, no caso da relação de emprego, tal intervenção do Estado para corrigir as desigualdades se dará no plano normativo e, infelizmente, nunca ocorre plenamente, sendo sempre parcial⁹⁵.

Tal correção incompleta das desigualdades entre patrão e empregado ocorre em razão do objetivo principal que se busca através do exercício de atividade econômica, o lucro. Sendo assim, impossível que o Estado influa de forma tão ostensiva em relação aos empregadores, já que o lucro sempre será a principal finalidade do polo empregador, não podendo a legislação trabalhista impossibilitá-lo. Sendo assim, nunca haverá a total eliminação da apropriação, pelo patrão, da riqueza gerada pelo empregado, pois isso sequer teria sentido no sistema em que vivemos⁹⁶.

Mesmo não sendo possível trazer total igualdade à relação entre patrão e empregado, o princípio protetivo é essencial, pois gera enorme diminuição da vulnerabilidade do trabalhador, garantindo a chamada igualdade substancial na relação de emprego⁹⁷. Esse princípio está fortemente inserido na estrutura do direito trabalhista, que surge, de início, visando impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, depois passando a buscar melhores condições de vida aos trabalhadores e, finalmente, dando aos trabalhadores a possibilidade de adquirir *status social*, o que reflete diretamente na noção de cidadania⁹⁸.

⁹⁴ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 138-139.

⁹⁵ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 139.

⁹⁶ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 139.

⁹⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad. Walter Giglio. São Paulo: LTr, 1979. p. 83.

⁹⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 64.

O princípio da proteção, contudo, vem enfrentando momentos de crise frente à aprovação, em 2017, da Lei 13.467/2017⁹⁹, conhecida como reforma trabalhista, que fez diversas alterações na CLT. Percebe-se, após a reforma, uma maior abertura para que o trabalhador exerça sua autonomia da vontade, ignorando, todavia, o fato de que ele é vulnerável. Além disso, a maior possibilidade de contratação de terceirizados também possibilita maior precarização das relações de trabalho¹⁰⁰. Todavia, é essencial que o princípio protetivo seja sempre utilizado, ao menos, no momento da aplicação da lei, caso ela não seja pensada levando-o em consideração.

Frente a isso, destaca-se que a existência de vínculo de emprego gera ao empregado a garantia de diversos direitos e a presunção de hipossuficiência, que fará com que se busque proteger esse trabalhador por meio de todo o ordenamento trabalhista e da aplicação dos princípios. Porém, como já referido, não é raro ocorrerem tentativas de fraudar essa relação, visando esconder a existência de vínculo de emprego, deixando o trabalhador, que é vulnerável, desprotegido. Para que seja possível reconhecer a existência de tais relações mesmo frente às fraudes, como a contratação por meio de pessoa jurídica, é que o direito do trabalho possui outro princípio extremamente importante, que leva em conta não o que está definido em contrato, mas o que ocorre na prática, chamado de princípio da primazia da realidade.

3.2 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

O princípio da primazia da realidade, para o direito do trabalho, sustenta que, nesse ramo do direito, prevalecem os fatos sobre as formas. Não importa, portanto, o que está registrado em contrato escrito, mas sim o que ocorre na “vida real”¹⁰¹. Dessa forma, caso um empregado seja contratado para trabalhar como vendedor, constando tal atividade no contrato de trabalho, mas exerça a função de atendente

⁹⁹ BRASIL. **Lei 13.467 de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 03 out. 2019.

¹⁰⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 171-173.

¹⁰¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 189.

de caixa, ele será considerado como contratado para a profissão de caixa e terá direito ao salário correspondente às suas atribuições, etc.

Esse princípio possui clara relação com a teoria do contrato realidade, elaborada por Mario de La Cueva¹⁰². Essa teoria sustenta que a relação de emprego se consuma ou pela vontade das partes ou pelo fato do trabalho, mesmo que não haja contrato formalizado. Consequentemente, a relação de emprego só passa a existir a partir da prestação do trabalho, e não antes, podendo, mesmo que formalizada, não ser efetivada por haver, por exemplo, um termo suspensivo¹⁰³.

Portanto, para De La Cueva, o contrato de trabalho nada mais é que um “contrato realidade”, sendo caracterizado pelo que ocorre na prática da prestação de serviço e não necessariamente pelo que foi formalizado em contrato, sendo possível que não haja sequer contrato escrito. Será a prestação do serviço, e não o acordo formal, que fará com que o trabalhador se encontre amparado pelo direito do trabalho. Sendo assim, a efetiva prestação de serviços irá gerar a existência do contrato de trabalho, mesmo que pactuado como se outra espécie de contrato fosse: o que importa é o que ocorre na prática¹⁰⁴.

Resumidamente, o princípio em questão existe tendo em vista a facilidade que o empregador teria de forçar, em razão da subordinação existente e da hierarquia entre patrão e empregado, o trabalhador a assinar documentos visando comprovar a ocorrência de fatos inexistentes, que o prejudicariam. Sem a existência do princípio da primazia, o trabalhador ficaria à mercê das ordens do patrão, assinando tudo o que fosse pedido e validando documentos que não demonstram a verdade. Isso ocorre tendo em vista que o empregado poderia, ao recusar a assinatura, correr o risco de perder o emprego¹⁰⁵.

Segundo essa visão, o princípio da primazia existe em decorrência do princípio da proteção, pois seria mais uma forma de proteger o empregado e sua vulnerabilidade¹⁰⁶. Todavia, há autores que consideram que o princípio da primazia

¹⁰² DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano del Trabajo**. vol. I. 11. ed. México: Porruá, 1969.

¹⁰³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 244-245.

¹⁰⁴ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano del Trabajo**. vol. I. 11. ed. México: Porruá, 1969. p. 517-518.

¹⁰⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 189-190.

¹⁰⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 191-192.

da realidade não decorre do princípio da proteção, pois o que se trata aqui é a preferência pelo que ocorre de fato, o que pode também desfavorecer o empregado. Isso ocorreria em caso, por exemplo, de o trabalhador pretender que se cumpra o convencionado no contrato quando, na verdade, os fatos não ocorrem conforme o estipulado¹⁰⁷.

Há divergência, portanto, na doutrina quanto à possibilidade de aplicação do princípio da primazia em detrimento do empregado. Caso se entenda que esse princípio é um “subprincípio” do princípio da proteção, ele não poderia ser aplicado para prejudicar o trabalhador¹⁰⁸.

A jurisprudência brasileira possui decisões que tendem a concordar com essa visão, como é possível observar em caso emblemático julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 20ª Região, em que uma empregada doméstica teve a carteira assinada pela pessoa jurídica da qual seu patrão era sócio, não tendo, todavia, sido enquadrada na lei das domésticas em razão da impossibilidade de aplicação do princípio da primazia para desfavorecer o trabalhador:

CONTRATO DE EMPREGO. EMPREGADA REGISTRADA POR PESSOA JURÍDICA, PRESTANDO SERVIÇO DOMÉSTICO EM RESIDÊNCIA DE REPRESENTANTE LEGAL. Não há como aplicar o princípio da primazia da realidade quando isso acarretar prejuízo ao empregado. Sendo o empregador pessoa jurídica, impossível o reconhecimento de empregada doméstica. Manutenção da sentença¹⁰⁹.

Frente a isso, contudo, há, por parte da doutrina, o receio de que a reforma trabalhista tenha vindo modificar, de certa forma, a situação favorável aos empregados que ocorria com a aplicação do princípio da primazia da realidade. Para Vólia BomFim Cassar, determinadas mudanças na CLT, como a previsão, nos artigos 444, caput e parágrafo único¹¹⁰, e 611-A¹¹¹, da prevalência do contratado

¹⁰⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad. Walter Giglio. São Paulo: LTr, 1979. p. 230-233.

¹⁰⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 189-191.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Recurso Ordinário 00001456120145200009-SE. Relator: João Bosco Santana de Moraes, 30 de março de 2015. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/EasySearchFrontEnd/AcordaosUnificados.jsp>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹¹⁰ Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Parágrafo único: A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os

sobre o legislado quando o empregado tiver curso superior e receber mais que o dobro do limite máximo dos benefícios da previdência social, poderia representar um afastamento do princípio da primazia em relação a esses trabalhadores¹¹².

Porém, mesmo com modificações na CLT que podem não levar em conta o princípio da primazia da realidade, ele certamente ainda é e será muito utilizado, pois, como dito anteriormente, esse princípio é basilar no direito do trabalho, derivando da noção de contrato realidade. Para ilustrar a utilização do princípio, Vólia Bomfim Cassar fornece dois clássicos exemplos em que ele deve ser aplicado:

[...]Ex 1: Cartões ponto não noticiam labor extra, apesar de assinados pelo empregado. Entretanto, o trabalhador sempre trabalhou duas horas extras por dia. Se comprovar o fato, este prevalecerá sobre os controles de ponto.
Ex 2: Empregado recebe 2.300,00 mensais. Todavia, de seus contracheques consta apenas o valor do salário mínimo, sendo a diferença paga “por fora”. Se comprovar o valor do real salário pago, esse fato prevalecerá sobre os recibos salariais¹¹³.

Através desses exemplos, fica clara a importância da existência do princípio da primazia da realidade, já que é extremamente comum nas relações de emprego que se documente fatos irreais. Caso apenas os documentos fossem considerados, se causaria enormes injustiças, pois é evidente que, durante a vigência do contrato de trabalho, o empregado provavelmente assinará, se requisitado pelo patrão, documentos “fraudulentos”. Porém através da Justiça do Trabalho e da aplicação do princípio da primazia da realidade, ele poderá provar o que ocorria de fato e garantir seus direitos.

Além disso, pode-se perceber a relação do princípio estudado com a boa-fé, pois ele busca sempre considerar a verdade, que pode tentar ser simulada de diversas formas em busca, por exemplo, de se obter vantagens econômicas

instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹¹¹ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)(...). BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

¹¹² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 192-193.

¹¹³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 189.

ilícitas¹¹⁴. Logicamente, nem todos os casos de aplicação do princípio da primazia derivam de má-fé; porém, esse princípio busca extrair a verdade de todos os casos, tanto os causados por simples erros ou falta de atualização de dados como os que visam efetivamente realizar fraudes. Não há como negar, entretanto, como afirmou Plá Rodriguez, que o princípio da primazia “de qualquer modo, preserva o triunfo da verdade sobre qualquer intento ou tentativa de se apartar dela”¹¹⁵.

Também, vale ressaltar a existência de determinados limites em relação à aplicação desse princípio, que não pode desrespeitar as leis. Por exemplo, caso um trabalhador viesse executando, diferentemente do estipulado em contrato, a função de enfermeiro, mas não possuísse habilitação profissional para isso, não seria razoável que tivesse direito ao piso da categoria. Mesmo que exercendo a profissão de fato, tal conduta caracteriza ato ilícito, e o contrato, caso existente, seria nulo¹¹⁶.

Essencial destacar, ainda, que, à luz do princípio da primazia, não se pode considerar que as estipulações contratuais não possuem nenhum valor. Elas apenas podem ser confrontadas com outras provas que demonstrem que não há relação entre o contratado e a realidade. Porém, a princípio, o que está em contrato existe e é correto e, não havendo provas em contrário, considerar-se-á o que está em contrato como válido. Há a presunção de que o texto do contrato de trabalho é verdadeiro, até que se prove o contrário¹¹⁷.

Dessa forma, o que é imprescindível quando nos deparamos com conflitos envolvendo relações trabalhistas é a análise do fato de que, muitas vezes, o vínculo empregatício pode estar mascarado. “Pode ocorrer que mesmo no ajuste de vontades, pertinente à prestação de trabalho, as partes indiquem não se tratar de relação de emprego¹¹⁸”. Entretanto, através do princípio da primazia e da noção de contrato realidade, caso estejam presentes os requisitos da relação de emprego, tal

¹¹⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad. Walter Giglio. São Paulo: LTr, 1979. p. 221-227.

¹¹⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad. Walter Giglio. São Paulo: LTr, 1979. p. 221-227.

¹¹⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. Lei 13.467/2017. 15. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 190.

¹¹⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad. Walter Giglio. São Paulo: LTr, 1979. p. 224-226.

¹¹⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 70.

contrato deverá ser considerado como de emprego, gerando vínculo empregatício¹¹⁹.

Nesse sentido, é extremamente comum a constituição, por empregados, a pedido do empregador, de pessoas jurídicas fictícias, que servem para contratar com a empresa e evitar a criação de vínculos trabalhistas, barateando o custo do trabalho para as empresas¹²⁰. Diante desse cenário, o princípio da primazia da realidade tem importante papel, levando ao reconhecimento da relação de emprego mascarada de forma fraudulenta. Tal fenômeno, conhecido como “pejotização”, será analisado em seguida.

¹¹⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 70.

¹²⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 161.

4. O ARTIGO 442-B DA LEI 13.467/17 E AS FRAUDES À RELAÇÃO DE EMPREGO

Em 2017, como já referido, foi aprovada no Brasil a Lei 13.467/17, também conhecida como reforma trabalhista, que alterou profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho. A reforma promoveu diversas mudanças no direito do trabalho do país, extinguindo a contribuição sindical obrigatória dos empregados, inserindo na justiça do trabalho a figura dos honorários de sucumbência, possibilitando a prevalência de acordo e convenção coletiva sobre a lei em diversos temas, etc¹²¹.

Essa lei foi aprovada pelo Congresso em 11/11/2017, porém, em 14/11/2017, foi editada uma medida provisória que modificou determinados pontos da reforma, a MP 808 de 2017¹²², que vigorou até 22/04/2018, não tendo sido convertida em lei posteriormente pelo Congresso Nacional. Tais mudanças em dispositivos da CLT alteradas pela MP foram, em alguns casos, extremamente relevantes.

Em meio à reforma, foi inserido na CLT um novo artigo, entre o art. 442-A e o art. 443, que dispôs sobre a possibilidade de contratação, já conhecida, de autônomos, que não teriam vínculo de emprego reconhecido. Esse artigo foi, inclusive, um dos alterados pela MP 808, que o modificou substancialmente. No artigo trazido pela MP, por exemplo, é vedada a previsão de exclusividade nos contratos autônomos, enquanto o artigo em vigor possibilita tal cláusula¹²³.

Outrossim, o artigo atual traz à tona a discussão sobre as fraudes na relação de emprego, pois a contratação de autônomos, principalmente por meio de “empresas de fachada”, é prática muito comum no universo do trabalho, visando esconder vínculos de emprego existentes¹²⁴. As novidades trazidas pelo art. 442-B, em comparação ao disposto na MP, e as suas possíveis consequências, principalmente em relação a eventuais simulações de contratos autônomos, serão analisadas nesse capítulo.

¹²¹ BRASIL. **Lei 13.467 de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

¹²² BRASIL. **Medida Provisória 808 de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 17 out. 2019.

¹²³ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma Trabalhista: Análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017 e da Med. Prov. Nº 808/2017**. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 181-182.

¹²⁴ CARMO, Joel Sousa do. Estudo da permissão de contratação do autônomo com exclusividade prevista na Lei n. 13.467/17 e seus reflexos no fenômeno da pejetização. **Revista trabalhista: direito e processo**, v. 17, n. 59, jan./jun. 2018. p. 274-275.

4.1 O ART. 442-B E A REFORMA TRABALHISTA

O artigo 442-B da Lei 13.467/17 possui a seguinte redação:

A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação¹²⁵.

Em um primeiro momento, ao analisá-lo, o artigo parece ter uma redação infantil, pois apenas expõe algo que pode ser aferido através da leitura do art. 3º da CLT¹²⁶, que descreve quem é empregado. Como visto anteriormente, para que haja vínculo de emprego é necessário que o empregado seja pessoa física e haja pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação na relação de trabalho. Portanto, caso não estejam presentes tais requisitos em uma relação autônoma, não deveria haver, logicamente a qualidade de empregado¹²⁷.

Todavia, o art. 442-B menciona que, cumpridas todas as formalidades legais - não especifica quais seriam-, para a configuração do contrato autônomo, não haverá vínculo empregatício. Entretanto, como já demonstrado, o contrato de trabalho é um contrato realidade¹²⁸, não bastando apenas o cumprimento de formalidades, que não são sequer apresentadas, para que se afaste a qualidade de empregado caso ela exista. Mesmo que haja um contrato assinado por um contratante e um “autônomo” em que estejam presentes todos os requisitos previstos na lei, caso essa contratação apresente os pressupostos da relação de emprego ao ser executada, o vínculo deveria ser reconhecido em razão da prevalência da realidade sobre a forma.

Ainda, o artigo traz a possibilidade de a contratação de autônomo incluir cláusula de exclusividade, sendo indiferente tal fato para que haja vínculo de emprego, o que enfatiza que a existência ou não de exclusividade não é requisito

¹²⁵ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 17 out. 2019.

¹²⁶ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹²⁷ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma Trabalhista: Análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017 e da Med. Prov. N° 808/2017**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 181-182.

¹²⁸ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano del Trabajo**. vol. I. 11. ed. México: Porrúa, 1969. p. 349.

para caracterizar uma relação de emprego, existindo a possibilidade, por exemplo, de um empregado ter mais de um emprego e um autônomo prestar serviços a uma única empresa¹²⁹. Tal fato, entretanto, vem sendo objeto de discussões entre estudiosos do direito do trabalho, tendo em vista que a exclusividade poderia ser, somada à continuidade da relação, um indício da existência da subordinação¹³⁰.

Já na MP 808 de 2017, entretanto, o artigo 442-B foi alterado, afastando a possibilidade de contratação de autônomo com cláusula de exclusividade e incluindo diversos parágrafos ao dispositivo, como se observa em sua redação:

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

§ 1º É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no caput.

§ 2º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços.

§ 3º O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo.

§ 4º Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula de penalidade prevista em contrato.

§ 5º Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do caput, não possuirão a qualidade de empregado prevista o art. 3º.

§ 6º Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício.

§ 7º O disposto no caput se aplica ao autônomo, ainda que exerça atividade relacionada ao negócio da empresa contratante¹³¹.

Verifica-se, na redação dada pela MP, uma maior ênfase na questão de que, havendo subordinação, mesmo que o contrato trate de contratação de autônomo,

¹²⁹ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma Trabalhista: Análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017 e da Med. Prov. Nº 808/2017**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 181-183.

¹³⁰ SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 353, nov. 2018. p. 35.

¹³¹ BRASIL. **Medida Provisória 808 de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

haverá vínculo. Vemos, aqui, que se trata da aplicação do princípio da primazia da realidade, pois será considerado o que ocorre na prática¹³². Esse princípio, muito provavelmente, não deixará de ser aplicado em razão de não haver tal disposição no artigo 442-B que vigora atualmente, entretanto, essa menção é muito relevante, pois deixa claro, na lei, que fraudes buscando mascarar relações que possuem subordinação por meio de um contrato autônomo não são toleradas.

Havia, claramente, a tentativa pelo poder executivo de ressaltar, nesse artigo, que o trabalhador autônomo, quando for verdadeiramente autônomo, não terá o vínculo reconhecido. O parágrafo 7º, por exemplo, dispõe sobre a possibilidade de um autônomo exercer a atividade principal da empresa, o que, na realidade, sempre foi possível, visto que outros elementos devem ser analisados para que se verifique a existência de trabalho subordinado¹³³.

Além disso, a retirada da possibilidade de existir cláusula de exclusividade nesse tipo contratual traz a ideia de que tal fato poderia desconstituir a existência de trabalho autônomo. Fica autorizado, na MP, apenas que o autônomo realize trabalhos para um só contratante, mas sem que seja estabelecida cláusula de exclusividade.

Tal noção de que a exclusividade poderia levar a uma maior incidência de fraudes e, portanto, o contido na MP 808 seria mais adequado, vem sendo bastante discutida atualmente. Para Antonio Umberto de Souza Junior e outros¹³⁴, a proibição desse tipo de cláusula no contrato autônomo não faz nenhum sentido. O autor destaca, inclusive, a existência de modalidades de trabalho autônomo, como os representantes comerciais, que são corriqueiramente contratados com cláusula de exclusividade, o que é autorizado expressamente pela Lei 4.886 de 1965¹³⁵.

Já Joel Sousa do Carmo, em artigo publicado na Revista Trabalhista em 2018, conclui que a vedação à cláusula de exclusividade tem papel importantíssimo

¹³² SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma Trabalhista: Análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017 e da Med. Prov. Nº 808/2017**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 181-183.

¹³³ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma Trabalhista: Análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017 e da Med. Prov. Nº 808/2017**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 181-186.

¹³⁴ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma Trabalhista: Análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017 e da Med. Prov. Nº 808/2017**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 183.

¹³⁵ BRASIL. **Lei 4.886 de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4886.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

no combate às fraudes à relação de emprego. Para ele, a inclusão de tal possibilidade pela Lei 13.467/17 significa um enorme retrocesso aos direitos do trabalhador, uma vez que modifica a possibilidade de se provar, por meio da exclusividade, a existência de vínculo de emprego¹³⁶.

Ainda, segundo Vinícius Pinagé Alves de Lima e Jaílton Macena de Araújo, o artigo 442-B, da CLT veio para suprimir os direitos do trabalhador que, mesmo que se declare autônomo e cumpra as formalidades exigidas para sua contratação, caso esteja em condição de exclusividade, terá a essência de tal autonomia obstaculizada. Percebe-se, aqui, que a exclusividade é considerada como um forte indício da existência de trabalho subordinado, mesmo que ela não seja um verdadeiro pressuposto da relação¹³⁷.

É claro que a contratação do trabalhador autônomo é sempre possível, desde que não estejam presentes os elementos da relação de emprego, nesse caso em especial, a subordinação. Todavia, a exclusividade e a continuidade podem ser caracterizadas como indícios da existência de vínculo empregatício, pois “se aproximam da pessoalidade e da não eventualidade e sinalizam a dependência econômica e inserção do trabalhador/prestador de serviços na dinâmica empresarial do tomador”¹³⁸. Segundo essa concepção, portanto, a contratação de autônomo com cláusula de exclusividade poderia servir para simular uma relação empregatícia, visando fraudar o art. 3º¹³⁹ da CLT, facilitando contratações mascaradas.

Quanto a isso, também é essencial lembrar o princípio da proteção ao trabalhador já analisado, pois um detalhe crucial na diferenciação entre autônomo e empregado é a existência da hipossuficiência deste. Na relação autônoma, trazida pelo artigo 442-B, cumpridas as formalidades da lei, considera-se que os dois contratantes são semelhantes. Com isso, não será considerada necessária a proteção promovida pela CLT, o que fará com que o contrato seja regulado pelo CC.

¹³⁶ CARMO, Joel Sousa do. Estudo da permissão de contratação do autônomo com exclusividade prevista na Lei n. 13.467/17 e seus reflexos no fenômeno da pejetização. **Revista trabalhista: direito e processo**, v. 17, n. 59. 2018. p. 271-280.

¹³⁷ LIMA, Vinícius Pinagé Alves de; ARAÚJO, Jaílton Macena de. Reforma trabalhista e desenvolvimento humano: uma análise legislativa à luz do fenômeno da "pejetização". **Revista trabalhista: direito e processo**. Vol. 16, n. 57. São Paulo: LTr, 2017. p. 134-154.

¹³⁸ SANTOS, Andréa Dantas. Pejetização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 353, nov. 2018. p. 33-34.

¹³⁹ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

Por essa razão, fica evidente a gravidade da realização de fraudes às relações de emprego, pois desamparam totalmente o trabalhador.

Ademais, há, ainda, outra possível modificação trazida pelo art. 442-B, dessa vez em relação ao processo do trabalho. Isso se dá pois, segundo a redação do artigo, existindo contrato que cumpra as formalidades para contratação de autônomo, presume-se, desde já, que não haverá vínculo de emprego. Com isso, a obrigação de demonstrar a existência de relação empregatícia dotada de subordinação será do empregado, diferentemente de como sempre ocorreu, em que, reconhecida a prestação de serviços, o contratante teria que provar o fato modificativo de seu direito. Tal hipótese dificulta a situação do trabalhador, invertendo o ônus da prova¹⁴⁰.

Frente a todas as interpretações das possíveis consequências geradas pelo artigo 442-B, pode-se, ao menos, chegar a conclusão de que o legislador reformista, quando editou tal dispositivo de forma tão aberta, se utilizando de conceitos indefinidos e vagos, trouxe um enorme campo a ser explorado pelos profissionais do direito do trabalho, não sendo capaz de pacificar ou reduzir dúvidas e controvérsias sobre essa matéria. É evidente, porém, que, de acordo com os princípios trabalhistas e a posição da jurisprudência até o momento, não basta apenas o cumprimento de formalidades para que se caracterize uma relação de trabalho como autônoma ou não, sendo necessário, como visto anteriormente, que não estejam presentes, de fato, os requisitos da relação empregatícia para que não haja vínculo¹⁴¹.

Em suma, o art. 442 B, principalmente na sua redação final, trazida pela Lei 13.467, em que não estão presentes os parágrafos trazidos pela MP 808, gera mais dúvidas do que certezas em relação à contratação de autônomo e a não existência de vínculo empregatício. Isso se dá em razão de o dispositivo sequer explicitar quais seriam as “formalidades legais” a serem cumpridas para que se afaste a qualidade de empregado, além da polêmica envolvendo a cláusula de exclusividade.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário 1000714-70.2018.5.02.0473-SP. Relator: Mércia Tomazinho, 11 de março de 2019. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/EasySearchFrontEnd/AcordaosUnificados.jsp>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁴¹ LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcia (Org.). Reforma trabalhista comentada por juizes do trabalho: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018. Vários colaboradores. In: SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese**: trabalhista e previdenciária, v. 29, n. 353, nov. 2018. p. 34-35.

A utilização da palavra “formalidade”, aliás, colabora para uma possível interpretação do artigo prejudicial ao trabalhador, pois pode levar a crer que um contrato autônomo celebrado da forma correta, conforme dita o CC, poderia ser o bastante para afastar o reconhecimento de uma verdadeira relação de emprego. A dúvida que vem cerceando a entrada em vigor do artigo, portanto, é se sua redação pode ou não dar abertura, como defendido por alguns autores, para a configuração de fraudes na relação empregatícia, como é o caso da utilização de pessoa jurídica para mascarar relação de emprego subordinada, também conhecida como “pejotização”. Se o artigo poderá, ou não, abrir espaço para esse tipo de prática, apenas a posição da doutrina e uniformização da jurisprudência poderão definir¹⁴².

4.2 O FENÔMENO DA “PEJOTIZAÇÃO”

A “pejotização”, como já citado brevemente, nada mais é que o fenômeno fraudulento em que há a contratação de um trabalhador subordinado para prestar serviços como se fosse sócio ou titular de uma pessoa jurídica, o que caracterizaria, a princípio, uma relação autônoma, que é formalizada em contrato. Com isso, apelidou-se tal prática de “pejotização” em razão de se buscar, através dela, transformar o empregado artificialmente em uma pessoa jurídica ¹⁴³.

Esse fenômeno já não é novidade no mundo do trabalho, tendo surgido no final do século passado, e decorre da onda de flexibilização das relações de trabalho, que é resultado da globalização e do mercado com cada vez mais concorrência. Nesse contexto, se tem a ideia de que as leis trabalhistas seriam arcaicas e engessadas, quando na verdade os empresários gostariam de poder negociar diretamente com o trabalhador, negociar condições de trabalho, etc¹⁴⁴. Todavia, como já visto, tais intenções não geram uma negociação justa, tendo em

¹⁴² CARMO, Joel Sousa do. Estudo da permissão de contratação do autônomo com exclusividade prevista na Lei n. 13.467/17 e seus reflexos no fenômeno da pejotização. **Revista trabalhista**: direito e processo, v. 17, n. 59. 2018. p. 271-280.

¹⁴³ PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A “pejotização” na Reforma Trabalhista e a Violação às Normas Internacionais de Proteção ao Trabalho. In: PORTO, Lorena Vasconcelos; ROCHA, Cláudio Janotti da. **Trabalho**: diálogos e críticas. Homenagem ao Prof Dr. Marco Túlio Viana, v. I. São Paulo: LTr, 2018. p. 90-91.

¹⁴⁴ BATISTA, Isabel de Oliveira; SILVA, Patrick Luiz Martins Freitas. A pejotização sob o prisma dos princípios do direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 2, abr./jun. 2017. p. 171-173.

vista a disparidade entre patrão e empregado, em razão da hipossuficiência do trabalhador.

Nesse cenário de flexibilização e precarização do trabalho, inclusive, que nasceu a reforma trabalhista de 2017, com o advento da Lei 13.467, que claramente retirou certos direitos dos trabalhadores, em busca de “tornar menos rígidas” as relações trabalhistas. Em meio a isso, a prática de fraudes por meio da “pejotização” busca a não aplicação dos direitos trabalhistas ao contrato de trabalho, pois tem o objetivo de mascarar a relação de emprego, para que haja aplicação do direito comum, do CC¹⁴⁵.

A “pejotização”, em sua gênese, é incentivada pelo empregador, que mostra ao empregado a possibilidade de pagar menor carga tributária sobre a remuneração recebida durante a prestação de serviços. Com isso, o patrão propõe a criação de uma empresa de “fachada”, por meio da qual o trabalhador prestará serviços. Assim, sob a promessa de receber pelo trabalho com menos descontos, o trabalhador aceita a proposta, beneficiando o empregador, que não terá de arcar com encargos trabalhistas¹⁴⁶.

Para efetivar a contratação, a criação da empresa será feita pelo empregado, que, agora por meio de um CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), será contratado para prestar serviços ao empregador, normalmente com a inclusão de cláusula de exclusividade. Essa contratação, todavia, causará uma precarização do trabalho, pois o empregado não terá seus direitos garantidos, como jornada de trabalho e férias, em razão de não estar protegido pela CLT¹⁴⁷.

O empregado poderá constituir, por exemplo, cadastro de microempreendedor individual¹⁴⁸ (MEI), empresa individual de responsabilidade

¹⁴⁵ BATISTA, Isabel de Oliveira; SILVA, Patrick Luiz Martins Freitas. A pejotização sob o prisma dos princípios do direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 2, abr./jun. 2017. p. 172.

¹⁴⁶ SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 353, nov. 2018. p. 24-26.

¹⁴⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 272.

¹⁴⁸ Segundo o Portal do Empreendedor, o microempreendedor individual, conhecido pela sigla “MEI”, é uma “forma organizacional” caracterizada por um sujeito que trabalha por conta própria e se cadastra legalmente como pequeno empresário, obtendo um CNPJ. A partir desse enquadramento, passa a gozar de benefícios, como facilitação na obtenção de empréstimos e cobertura previdenciária, além de precisar cumprir determinadas obrigações. (BRASIL. **Portal do Empreendedor**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/>> Acesso em: 25 nov. 2019).

limitada¹⁴⁹ (EIRELI), entre outras espécies de pessoa jurídica¹⁵⁰, sempre formadas com capital social mínimo e tributáveis pelo Simples Nacional, regime mais vantajoso. Além disso, a criação da pessoa jurídica costuma ocorrer de duas formas: desde o início da relação de trabalho, quando o trabalhador é forçado a constituir empresa para ser contratado, ou mais tarde, quando o trabalhador já é empregado da empresa e é induzido a criar uma pessoa jurídica para que seja “recontratado” para prestar serviços por meio dela, sob pena de perder o trabalho caso não o faça¹⁵¹.

Após a contratação por meio de pessoa jurídica, mesmo que estejam presentes todos os requisitos do vínculo de emprego, o contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas será regido, caso não seja objeto de discussão no judiciário, pelo CC. Caso se ajuíze, porém, ação visando reconhecimento de vínculo nesse caso, ele muito provavelmente será reconhecido, tendo em vista a violação do art. 9º da CLT¹⁵². Para isso, deve ser utilizado o princípio da primazia da realidade, reconhecendo o verdadeiro contrato que existe de fato¹⁵³.

Essencial destacar que, quando se fala em reconhecimento de vínculo de emprego, sempre se estará falando na existência de algum tipo de fraude à legislação trabalhista. Isso é evidente, como demonstra Jorge Luiz Souto Maior:

¹⁴⁹ De acordo com Marlon Tomazette, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, instituto introduzido no Brasil em 2011, é constituída por um empresário individual que cria empresa visando se beneficiar da limitação da responsabilidade empresarial, respondendo, com isso, pelas dívidas da empresa apenas com o que foi aportado no capital social. Essa criação veio para incentivar a os negócios no país, pois diminui os riscos da atividade econômica sem a necessidade de criação de sociedade. (TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. Vol. 1. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48-51).

¹⁵⁰ Segundo Marlon Tomazette, a pessoa jurídica é uma entidade constituída por uma pessoa ou um grupo de pessoas, a qual será dotada de personalidade jurídica e, conseqüentemente, possuirá direitos e obrigações. Exemplos clássicos de pessoas jurídicas de direito privado são as sociedades (formadas por mais de um sócio), associações, fundações e empresas individuais de responsabilidade limitada (formadas por apenas um “sócio”). (TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. Vol. 1. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 37-38).

¹⁵¹ SUIJKERBUIJK, Bruno Santos; BENTES, Dorinethe dos Santos. O fenômeno da pejetização como forma de burlar as leis trabalhistas: a ocultação dos elementos empregatícios para simulação de contratos civis. In: BENTES, Dorinethe dos Santos; SEIXAS, Bernardo Silva de; GOMES, Sebastião Marcelice (Org). **Temas contemporâneos de direito: uma contribuição à pesquisa da Universidade Federal do Amazonas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1. p. 205-206.

¹⁵² Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁵³ SANTOS, Andréa Dantas. Pejetização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 353, nov. 2018. p. 25-26.

[...] se houvesse algum modo juridicamente válido para que, de forma generalizada, um autêntico empregado não fosse considerado empregado, essa fórmula serviria a todas as pessoas, o que implicaria dizer que não existiria a relação de emprego¹⁵⁴.

Ressalta-se que o caso específico da “pejotização”, muito enraizado no mundo do trabalho, tem sua razão de ser fundada na ideia de que é impossível qualificar uma pessoa jurídica como empregada. Quanto a isso, Sergio Pinto Martins afirma que uma pessoa jurídica nunca poderá ser empregada, e os contratos de prestação de serviços entre pessoas jurídicas devem ser regulados pelo direito civil, pois o artigo 3º da CLT¹⁵⁵ expõe expressamente o requisito de o empregado ser pessoa física. Por esse motivo, a criação da empresa pelo empregado é uma maneira, ao menos à primeira vista, eficaz para mascarar fraudes¹⁵⁶.

A contratação por meio de pessoa jurídica, portanto, seria uma maneira interessante de contratação no ponto de vista do empregador, e por isso é vista de forma recorrente nos tribunais do trabalho pelo Brasil. Inclusive, pode-se perceber que essa prática não se restringe a uma gama de trabalhadores, estando presente em diversos tipos de atividades, tanto nas de menor remuneração quanto nas mais bem remuneradas, em grandes empresas. No caso de profissões de maior intelectualidade, o fenômeno é mais recorrente, pois é mais facilmente disfarçado, em razão de normalmente existir maior autonomia desses trabalhadores¹⁵⁷.

Porém, mesmo nesses casos, pode-se perceber a inserção do trabalhador na atividade da empresa, caracterizando a subordinação objetiva¹⁵⁸. Aqui, mesmo havendo maior dificuldade em se reconhecer a existência da subordinação sob a ótica subjetiva, a jurisprudência vem reconhecendo a existência de vínculo, em razão da presença dos pressupostos da relação de emprego: pessoalidade, não

¹⁵⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho**: a relação de emprego. v. 2. São Paulo: LTr, 2008. p. 47-48.

¹⁵⁵ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹⁵⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 101.

¹⁵⁷ SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese**: trabalhista e previdenciária, v. 29, n. 353, nov. 2018. p. 29-30.

¹⁵⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 526.

eventualidade, onerosidade, subordinação e trabalhador pessoa física, visto que o CNPJ criado visa realizar fraude¹⁵⁹.

Além disso, a figura da alteridade é um elemento importante na distinção entre uma verdadeira relação de emprego e uma relação de trabalho autônoma, mesmo que nos casos de “pejotização” ela se encontre mais atenuada. No caso de um trabalhador ser contratado para fazer vendas utilizando-se de veículo próprio, arcando com as despesas de combustível, seguro e IPVA, pedágios, denota que essa relação não é empregatícia. Diferentemente, trata-se de empregado, o trabalhador contratado para a mesma atividade em que as despesas mencionadas são suportadas pelo contratante. Nesta situação, o aspecto alteridade serve a diferenciar o empregado do autônomo, pois um verdadeiro autônomo deveria suportar os custos e riscos da atividade.

É extremamente relevante a posição da jurisprudência para definir a ocorrência de fraude, que gera prejuízos incalculáveis ao trabalhador, que acaba sendo privado de diversos direitos em razão dessa prática. No contrato em forma de “prestação de serviços”, o trabalhador não pode, por exemplo, tirar férias e pode ser até mesmo privado do descanso semanal remunerado. Ademais, caso seja despedido, o trabalhador “pejotizado” não terá direito às verbas indenizatórias decorrentes do fim do contrato, nem ao saque do FGTS -não são feitos depósitos no curso do contrato, pois ele é de prestação de serviços-, muito menos receberá seguro-desemprego. Ainda, mesmo sem receber nada, o trabalhador terá de arcar com despesas contábeis relativas ao fechamento da empresa em seu nome¹⁶⁰.

Sendo assim, fica claro o enorme prejuízo para o empregado ao se submeter a esse tipo de prática, pois, mesmo pagando menos tributos em razão de receber salário através de uma pessoa jurídica, terá de arcar com as despesas da empresa criada, não receberá gratificação natalina, férias e adicional, além de não receber nenhuma indenização ao ser despedido. Além da parte financeira, existe também o prejuízo à saúde do trabalhador, que cumprirá jornadas mais longas, e não poderá usufruir de períodos de descanso como repouso e férias.

¹⁵⁹ SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 353, nov. 2018. p. 30.

¹⁶⁰ BATISTA, Isabel de Oliveira; SILVA, Patrick Luiz Martins Freitas. A pejotização sob o prisma dos princípios do direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 2. abr./jun. 2017. p. 177-181.

Vislumbrando esse fenômeno e suas consequências, surge a dúvida quanto à possibilidade de o artigo 442-B da CLT, trazido pela Lei 13.467/17, abrir caminho para as tentativas de mascarar relações de emprego, como ocorre na “pejotização”. Isso se dá, pois se pode perceber que a autorização, na lei, da inclusão de cláusula de exclusividade em contratos autônomos, aliada à criação de pessoa jurídica para contornar a previsão do artigo 3º da CLT, poderá dar espaço para um crescimento das fraudes trabalhistas¹⁶¹.

Ademais, destaca-se que o parágrafo 6º do artigo 442-B¹⁶², que vigorou apenas com a MP 808, mesmo que possa ser considerado óbvio de certa forma, contribuía para deixar claro na lei que não basta a contratação de autônomo estar formalizada em contrato caso presente a subordinação, que configura vínculo de emprego. Tal dispositivo lembrava a necessidade de aplicação do princípio da primazia da realidade para que seja possível reconhecer a relação que ocorre na prática.

Quanto ao artigo em vigor atualmente, o receio de que ele possa vir a abrir caminho para a prática de fraudes à relação de emprego se dá, segundo Andréa Dantas Santos, pois o artigo em questão:

[...]poderá ser uma porta escancarada para a demissão em massa de trabalhadores, que, hoje, estão com CTPS assinada, para serem contratados por meio de pessoas jurídicas (MEI ou ME), pois o empregador, ao "pejotizar" o ex-empregado, recontratando-o como empresário-autônomo, estará afastando, artificialmente, a relação de emprego¹⁶³.

Portanto, simulado o contrato autônomo (que levaria à não existência de subordinação) e não presente o requisito pessoa física da relação de emprego, tal contrato não seria considerado como empregatício segundo o dispositivo da Lei 13.467/17. Contudo, a jurisprudência, que será analisada adiante, deverá ficar

¹⁶¹ SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 353, nov. 2018. p. 33.

¹⁶² Art. 442-B, § 6º. Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício. BRASIL. **Medida Provisória 808 de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹⁶³ SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 353, nov. 2018. p. 33.

encarregada de interpretar o artigo 442-B de acordo com os princípios do direito do trabalho.

4.3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA FRENTE ÀS FRAUDES À RELAÇÃO DE EMPREGO E O POSICIONAMENTO DOS OPERADORES DO DIREITO EM RELAÇÃO AO ARTIGO 442-B DA CLT

Para que seja possível analisar a provável posição da jurisprudência frente ao artigo 442-B, faz-se necessário o estudo de alguns casos julgados nos Tribunais do Trabalho do país em relação às fraudes na relação de emprego e o reconhecimento de vínculo. Já existem julgados que tratam do próprio artigo 442-B, porém ainda são escassos em razão da lei ter entrado em vigor no fim do ano de 2017, sendo que o dispositivo só pode ser aplicado em relações mantidas e ajuizadas após a entrada em vigor da lei.

Primeiramente, analisar-se-á julgado do TRT da 2ª Região, que desvenda as mudanças trazidas pelo artigo 442-B, dando destaque para o fato da redação do artigo trazer que, caso a forma do contrato esteja correta, não será considerado vínculo, o que abriria espaço para uma contratação desenfreada de autônomos:

CONTRATO DE TRABALHO AUTÔNOMO. ARTIGO 442-B DA CLT. VÍNCULO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA. Muito embora, de uma leitura apressada, possa-se concluir que o texto legal vigente, à época, ou até mesmo o atual, tenha fixado a possibilidade de contratação desenfreada de trabalhadores, como autônomos fossem, relegando, por completo, a possibilidade de se ter o vínculo de emprego declarado em Juízo, não é o que acontece. Isto é, como é cediço, o direito do trabalho é orientado pelo princípio da primazia da realidade sobre a forma. Logo, estando presentes na relação de trabalho os elementos fáticos-jurídicos caracterizadores do vínculo de emprego, certo é que o trabalhador foi contratado como empregado, mas não como autônomo, à dicção do disposto no artigo 9º da CLT. Nesse aspecto a redação do artigo 442-B, quer seja quando da vigência da MP ou não, em nada alterou os elementos consistentes de um contrato de emprego. Em outras palavras, havendo a prestação de trabalho por pessoa natural, com pessoalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade, de forma cumulativa, é certo que há um contrato de emprego. No entanto, o novo texto legal, ao disciplinar que a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação, instituiu que, preenchido os requisitos formais, a presunção é de que o contrato de trabalho celebrado não é de emprego, de modo que passa a ser do empregado o ônus de comprovar que, muito embora tenha sido contratado como autônomo, em verdade, tratava-se de empregado, na forma do artigo 818, inciso I, da CLT, e desse ônus o

reclamante se desvencilhou de forma satisfatória. Recurso ordinário da reclamada a que se nega provimento¹⁶⁴.

Mesmo diante do disposto no artigo, porém, a decisão é acertada, pois os desembargadores reconhecem que o direito do trabalho é regido pelo princípio da primazia da realidade sobre a forma. Sendo assim, foi mantida a decisão de primeiro grau, pois foi reconhecido, no caso concreto, que havia subordinação e pessoalidade na relação de trabalho, gerando reconhecimento do vínculo, com base no artigo 9º da CLT¹⁶⁵.

Além disso, essa decisão versa também sobre a modificação em relação ao direito processual do trabalho trazida pelo artigo 442-B. Em seu voto, a relatora aduz que talvez a principal consequência do artigo seja a inversão do ônus da prova para o reclamante, pois ao presumir que o contrato celebrado de acordo com os requisitos formais é autônomo, será o trabalhador o encarregado de provar que realizava trabalho subordinado, incumbência que, antes, seria da ré que, reconhecendo a prestação de serviços, teria de provar que a relação não era empregatícia.

Já no TRT da 4ª Região, ainda não há casos envolvendo a aplicação do artigo em questão, todavia, existem inúmeros casos que abrangem o fenômeno da “pejotização” e o reconhecimento de vínculos de emprego, como o exemplo a seguir, que se repete de forma similar pelos tribunais do país e também no TST, publicado em agosto de 2019:

VÍNCULO DE EMPREGO. FRAUDE ATRAVÉS DE "PEJOTIZAÇÃO". 1. A "pejotização" é uma fraude mediante a qual o empregador obriga seus trabalhadores a constituir empresas (pessoas jurídicas) em caráter pro forma, para burla do vínculo empregatício, com vistas a uma ilegal redução dos custos da mão de obra, em total desrespeito da legislação trabalhista, especialmente arts. 2º e 3º, 29 e 41 da CLT, atraindo, pois, a aplicação do disposto no art. 9º da CLT: "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação." 2. A constituição de pessoa jurídica, nestes casos, funciona como máscara da relação de emprego existente, assim como para frustrar a aplicação dos preceitos consolidados, furtando-se o real empregador a arcar com ônus de seu negócio na medida em que busca, fraudulentamente, fugir à conceituação do art. 2º da CLT, assim como tenta descaracterizar seus empregados do tipo do art. 3º do mesmo

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário 1000714-70.2018.5.02.0473-SP. Relator: Mércia Tomazinho, 11 de março de 2019. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/EasySearchFrontEnd/AcordaosUnificados.jsp>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁶⁵ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 06 nov. 2019.

diploma. 3. A existência de empresa constituída em seu nome não indica, por si só, que a empregada tenha interesse em prestar serviços na condição de empreendedora, mas sim a modalidade de labor imposta para manter a atividade remunerada pela parte ré, transmutada de vínculo para a "pejotização", que é fórmula de fraude aos direitos sociais, mediante a qual transformam-se os trabalhadores em "sócios" meramente formais de empresas terceirizadas, implicando a sonegação da paga de FGTS, gratificação natalina, férias, vale-transporte, etc. 4. Restando comprovada não só a prestação de serviços permanentes e sem solução de continuidade à ré em caráter habitual, oneroso e subordinado como, também, a prática da demandada de exigir de seus empregados a constituição de empresas (pejotização) para viabilizar o exercício da atividade remunerada e subordinada, impõe-se reconhecer o vínculo de emprego entre as partes¹⁶⁶.

Na decisão em questão, os desembargadores decidiram pelo reconhecimento da relação de emprego entre jornalista e empresa, em que a empregada foi contratada através de pessoa jurídica para prestar serviços à empregadora. Todavia, a relação de trabalho, supostamente autônoma, era dotada de todos os requisitos da relação de emprego, tendo em vista que a reclamante possuía jornada de trabalho definida, cumpria ordens, horários, deixando clara a existência de subordinação.

Diante disso, se valendo do princípio da primazia da realidade, foi constatada a prática da "pejotização", que, segundo o relator, "é a nova fórmula de fraude aos direitos sociais, mediante a qual transformam-se os trabalhadores em "sócios-empresários" pro forma de empresas terceirizadas, implicando a sonegação da paga de FGTS, gratificação natalina, férias, vale-transporte etc.¹⁶⁷".

Ademais, destaca-se que, verificada a prática de simulação de contrato autônomo com pessoa jurídica criada para efetivar fraude, foi determinada expedição de ofício, como normalmente ocorre nesses casos, ao Ministério Público do trabalho (MPT), pois tal simulação se trata também de crime de frustração de direito trabalhista mediante fraude, devendo ser averiguada pelo MPT.

Através desse caso, tem se um exemplo da posição da jurisprudência diante de casos de "pejotização" antes da entrada em vigor do artigo 442-B. Verificada a

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 0020559-37.2017.5.04.0004-RS. Relator: Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/7IWWg15EqrzEBpuBj5GpQ?&tp=pejotiza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 0020559-37.2017.5.04.0004-RS. Relator: Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/7IWWg15EqrzEBpuBj5GpQ?&tp=pejotiza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

existência dos requisitos da relação de emprego do artigo 3º da CLT¹⁶⁸ na prestação de serviços entre pessoas jurídicas, tendo a empresa sido criada apenas por essa razão, com claro intuito de afastar a legislação trabalhista, será reconhecido o vínculo, visto que o direito do trabalho é regido pelo princípio da primazia da realidade.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST), como demonstrado no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1000967-89.2015.5.02.0432, de relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PELO RECLAMANTE. PEJOTIZAÇÃO. FRAUDE TRABALHISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. A relação de emprego é a principal fórmula de conexão de trabalhadores ao sistema socioeconômico existente, sendo, desse modo, presumida sua existência, desde que seja incontroversa a prestação de serviços. A Constituição da República, a propósito, elogia e estimula a relação empregatícia ao reportar a ela, direta ou indiretamente, várias dezenas de princípios, regras e institutos jurídicos. Em consequência, possuem caráter manifestamente excetivo fórmulas alternativas de prestação de serviços a alguém, por pessoas naturais, como, ilustrativamente, contratos de estágio, vínculos autônomos ou eventuais, relações cooperativadas e a fórmula intitulada de "pejotização". Em qualquer desses casos - além de outros -, estando presentes os elementos da relação de emprego, esta prepondera, impõe-se e deve ser reconhecida, uma vez que a verificação desses pressupostos, muitas vezes, demonstra que a adoção de tais práticas se dá apenas como meio de precarizar as relações empregatícias. Somente não se enquadrará como empregado o efetivo trabalhador autônomo ou eventual. Contudo, a inserção do real empregado na condição de pessoa jurídica se revela como mero simulacro ou artifício para impedir a aplicação da Constituição da República, do Direito do Trabalho e dos direitos sociais e individuais fundamentais trabalhistas. Trabalhando o obreiro cotidianamente no estabelecimento empresarial, com todos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia, deve o vínculo de emprego ser reconhecido (art. 2º, caput, e 3º, caput, CLT), com todos os seus consectários pertinentes. Na hipótese, o TRT, com alicerce no conjunto fático-probatório produzido nos autos e em respeito ao princípio da primazia da realidade, constatou que a prestação de serviços do Autor à Reclamada, por intermédio da empresa constituída pelo Reclamante, visava a mascarar o vínculo empregatício existente entre as partes, evidenciando-se nítida fraude trabalhista (denominada na comunidade trabalhista de "pejotização"). Diante de tal constatação, e considerando presentes os elementos configuradores da relação de emprego, o TRT manteve a sentença que deferiu o pleito autoral de reconhecimento de vínculo direto com a Reclamada. Tais assertivas não são passíveis de reanálise, diante do que dispõe a Súmula 126/TST. Por tais razões, não há como enquadrar o vínculo existente entre o Reclamante e a Recorrente sob outra modalidade que não a do padrão empregatício. Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, caput, do CPC/1973; arts. 14 e 932, IV, "a",

¹⁶⁸ BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 08 nov. 2019.

do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido¹⁶⁹.

Diante da posição do TST, resta esperar que ela não mude em relação aos processos julgados sob à égide da Lei 13.467, tendo em vista que a existência de relação de emprego se dá quando houver empregado pessoa física, pessoalidade, onerosidade, subordinação e não eventualidade, não bastando a constituição de uma empresa para indicar que o trabalhador não é pessoa física e que não há trabalho subordinado. A inserção de um artigo não é, ou ao menos não deveria ser, capaz de modificar a essência da relação de emprego trazida pela CLT e a prevalência do contrato realidade¹⁷⁰.

Ainda, visando prever a posição a ser adotada pelos juízes do trabalho quanto ao tema, não se pode deixar de realizar uma comparação entre o artigo 442-B e o parágrafo único do artigo 442 da CLT¹⁷¹, já mencionado anteriormente, que trata das cooperativas. Tal dispositivo dispõe que nunca haverá vínculo de emprego entre cooperativas e seus associados, não importando a atividade exercida. No entanto, tal disposição deu espaço a inúmeras fraudes nas relações de emprego em que trabalhadores se tornavam associados de cooperativas e, mesmo diante de uma relação subordinada, não poderiam ter seu vínculo de emprego reconhecido.

Com isso, o judiciário acabou agindo e, atualmente, são poucas as cooperativas que não tem reconhecidos seus associados como empregados, em razão de, na maior parte dos casos, estarem presentes os requisitos da relação de emprego. Podemos ver exemplos de vínculos reconhecidos de trabalhadores de cooperativas em diversos julgados do TRT da 4ª Região, como esse, por exemplo:

VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. A despeito da contratação sob a forma de cooperativado e trabalhador autônomo, a prestação de serviços,

¹⁶⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1000967-89.2015.5.02.0432. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado, 29 de março/agosto de 2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2a29c03b3c803e734fd9b64bde053a98>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁷⁰ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano del Trabajo**. vol. I. 11. ed. México: Porrúa, 1969. p. 517-518.

¹⁷¹ Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. BRASIL. **Decreto-lei 5.452/43. Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

quando executada nos moldes em que prevista nos arts. 2º e 3º da CLT, reclama o reconhecimento da relação jurídica de emprego¹⁷².

Frente a isso, vislumbra-se a possibilidade de uma situação muito similar vir a ocorrer com a entrada em vigor do artigo 442-B. Mesmo frente à previsão de que o contrato formal poderia se sobrepor à relação de fato, muito provavelmente se considere como sempre se fez: diante de uma verdadeira relação de emprego, será reconhecido o vínculo, mesmo diante de uma pessoa jurídica, pois ela só é usada como mais um artifício para contribuir na tentativa de simular contrato autônomo.

Isso se dá, pois, em análise à jurisprudência pátria como um todo, percebe-se que os tribunais vêm aplicando, corretamente, o princípio da primazia da realidade e da proteção em processos que visam o reconhecimento de vínculo empregatício. O princípio da primazia é utilizado para garantir que o que ocorre na prática será considerado; portanto, existente a subordinação em um contrato celebrado como autônomo, a relação de emprego será confirmada. Já o princípio da proteção é utilizado principalmente através do *in dubio pro operário*, possibilitando a interpretação da lei da forma mais favorável ao trabalhador. Com isso, uma possível interpretação desfavorável do artigo 442-B não deveria ser utilizada para prejudicar o empregado¹⁷³.

Dessa forma, busca-se garantir que, quando estiverem presentes os requisitos da relação de emprego de fato em situações que buscam fraudá-la, o vínculo empregatício deverá ser reconhecido. Sendo assim, muito provavelmente o artigo 442-B não será capaz de sustentar tais máscaras caso o judiciário seja acionado quando existirem contratos autônomos simulados. Porém, percebe-se também a desnecessidade da inclusão desse dispositivo, pois, além de informar o óbvio – possibilidade de um trabalhador autônomo ser contratado sem vínculo de emprego-, causa dúvidas e possíveis interpretações em detrimento do empregado que podem levar o empregador a realizar uma contratação autônoma simulada.

¹⁷² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 0020161-61.2016.5.04.0801-RS. Relator: Marcos Fagundes Salomao, 02 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/_mFhLBk5pLGVdy53FmkEMg?&tp=cooperativa+reconhecimento+de+v%C3%ADnculo>. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹⁷³ SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese**: trabalhista e previdenciária, v. 29, n. 353, nov. 2018.

Destaca-se, ainda, que foram criados, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, os Enunciados 51 a 54¹⁷⁴, que preveem que o artigo 442-B da CLT não impede o reconhecimento da relação de emprego quando presentes seus requisitos e a verificação, através da utilização do princípio da primazia da realidade, de que o contrato autônomo foi simulado no intuito de desvirtuar a aplicação da CLT. Sendo assim, espera-se que a jurisprudência não mude a posição que vem tomando em razão da inclusão desse artigo.

Conseqüentemente, muito provavelmente a contratação de um empregado mascarada por uma suposta autonomia seja reparada e considerada como empregatícia na justiça do trabalho. Contudo, o fato de ela existir já representa um enorme problema para a sociedade brasileira e para os trabalhadores que acabam, muitas vezes, se submetendo a anos de contratos com jornadas superiores à legal, sem férias, recebimento de 13º salário, e sem nenhum amparo, o que claramente desrespeita a dignidade da relação de trabalho ¹⁷⁵.

¹⁷⁴ ENUNCIADOS Aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, 09-10.10.2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

¹⁷⁵ LIMA, Vinícius Pinagé Alves de; ARAÚJO, Jaílton Macena de. Reforma trabalhista e desenvolvimento humano: uma análise legislativa à luz do fenômeno da "pejotização". **Revista trabalhista: direito e processo**. Vol. 16, n. 57. São Paulo: LTr, 2017. p. 151-152.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tinha como objetivo a análise do artigo 442-B da CLT, que entrou em vigor com o advento da Lei 13.467, conhecida como reforma trabalhista, e o fenômeno da “pejotização”, que poderia se difundir com a chegada do novo dispositivo da CLT. Para isso, foi necessário entender como se dá a relação de emprego e quais seus requisitos, previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, e também os princípios que regem o direito do trabalho, em especial o princípio da proteção ao trabalhador e o princípio da primazia da realidade. Dessa forma, foi possível perceber o que está por trás de da relação empregatícia e as consequências de se considerar uma relação de trabalho como autônoma ou subordinada.

Diante disso, conclui-se que o trabalho subordinado se distingue completamente do autônomo, principalmente em razão de haver, na relação de emprego, a hipossuficiência do trabalhador frente ao patrão e a existência da inserção do empregado na atividade da empresa, cumprindo jornada de trabalho, ordens diretas e pertencendo a uma hierarquia no caso da relação de emprego. Em decorrência dessas diferenças, o empregado é protegido pelo direito do trabalho, possuindo diversos direitos e princípios que regem essa relação visando trazer igualdade entre patrão e empregado. Já o autônomo fará parte de um contrato, por exemplo, de prestação de serviços, em pé de igualdade com seu contratante, e tal relação será regulada pelo direito civil.

Sendo assim, possível aduzir que considerar um empregado que labora de forma subordinada como sendo autônomo certamente trará muitos danos a ele. Portanto, a justiça do trabalho deve garantir que eventuais fraudes à relação de emprego, como ocorre na “pejotização”, não serão toleradas e que o vínculo de emprego será reconhecido, com o pagamento de todas as verbas que o trabalhador tinha direito caso presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT.

Contudo, percebe-se que o artigo 442-B da CLT traz uma redação que vai totalmente de encontro a essa ideia, ignorando o princípio da primazia da realidade sobre a forma, pois valoriza a forma do contrato de trabalho em detrimento do que ocorre de fato. Com isso, caso o artigo seja interpretado rigorosamente, corre-se o risco de infringir os artigos 2º, 3º e 9º da CLT, pois se ignorará a existência de verdadeira relação empregatícia e o intuito, pelo empregador, de desvirtuá-la.

Além disso, a possibilidade de se inserir cláusula de exclusividade nos

contratos autônomos deve ser analisada com cautela, pois, mesmo que autorizada nessa espécie contratual, pode ser, quando utilizada em contrato que busca fraudar relação de emprego, mais um artifício para mascarar a relação. Isso se dá em razão de a exclusividade se aproximar, muitas vezes, dos conceitos de pessoalidade e não eventualidade, pois um autônomo que realiza trabalho diariamente para uma mesma empresa, comparecendo em sua sede, nunca sendo substituído, pode, potencialmente, se tratar de um verdadeiro empregado. Não é regra, porém, é necessário avaliar, no caso concreto, essa possibilidade.

Enquanto isso, o artigo 442-B editado pela Medida Provisória 808 de 2017 autorizava apenas que houvesse a prestação de serviço autônoma a um empregador, proibindo a adoção da exclusividade. Ainda destacou, em seu parágrafo 6º, que, quando presentes os requisitos do artigo 3º da CLT em contrato dito autônomo, haverá vínculo de emprego. Quanto a isso, percebe-se uma maior cautela do legislador para que não se abra espaço para eventuais fraudes. Esse parágrafo, mesmo que represente uma obviedade já prevista no artigo 3º da CLT, poderia ter sido mantido, a fim de trazer mais clareza ao objetivo do artigo, que, ao que se crê, não era permitir a simulação de contratos autônomos.

De qualquer forma, pode-se considerar o artigo 442-B, em qualquer uma de suas redações, como um artigo completamente dispensável ao ordenamento trabalhista brasileiro, pois ao dar ênfase à figura do autônomo, que já é conhecida e regulamentada em suas diferentes formas no CC e em leis esparsas, acaba trazendo dúvida quanto à figura do contrato-realidade existente no direito do trabalho.

Todavia, em análise à jurisprudência existente sobre a prática de “pejotização” e os poucos julgados sobre o artigo 442-B, podemos ser otimistas e esperar que a posição adotada não mude, sendo o princípio da primazia amplamente utilizado em benefício do trabalhador para desmascarar qualquer possível contrato que tenha por objetivo fraudar relações tipicamente empregatícias por meio de prestações de serviços realizadas por pessoas jurídicas “de fachada”.

Da mesma forma que vem ocorrendo com o artigo 442, parágrafo 1º, da CLT, espera-se que o determinado pelo artigo 442-B não seja capaz de desvirtuar o conceito de relação de emprego e princípios basilares do direito do trabalho como o da primazia da realidade. Certo receio se concentra, porém, na hipótese de, em razão do disposto no artigo, haver a inversão do ônus da prova em detrimento do

empregado tendo em vista a presunção da veracidade de contrato autônomo formalizado, ficando o trabalhador encarregado de demonstrar que trabalhava mediante subordinação. Essa dúvida, contudo, só poderá ser sanada com a sedimentação da jurisprudência quanto ao tema.

Ante o exposto, percebe-se a necessidade de se promover um maior combate às fraudes à relação de emprego, que, infelizmente, ainda ocorrem muito no Brasil. A existência de um número cada vez maior de casos na jurisprudência reconhecendo vínculos de emprego, quando existentes, diante de casos de “pejotização”, mesmo com a entrada em vigor do artigo 442-B, é um importante passo nessa luta. Quanto mais consolidada essa posição, mais claro ficará aos empregadores e advogados que os assessoram o risco de se realizar a simulação de relações empregatícias por meio de contratos com pessoas jurídicas, pois essa prática pode vir a gerar enorme passivo trabalhista à empresa em caso de reconhecimento do vínculo, desestimulando a prática.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014.

BATISTA, Isabel de Oliveira; SILVA, Patrick Luiz Martins Freitas. A pejetização sob o prisma dos princípios do direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, v. 83, n. 2, p. 171-194, abr./jun. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei 5.452 de 1943**. Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto 10.060 de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10060.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar 150 de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp150.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

BRASIL. **Lei 13.467 de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 4.886 de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4886.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória 808 de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Portal do Empreendedor**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário 1000714-70.2018.5.02.0473-SP. Relator: Mércia Tomazinho, 11 de março de 2019. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/EasySearchFrontEnd/AcordaosUnificados.jsp>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Recurso Ordinário 00001456120145200009-SE. Relator: João Bosco Santana de Moraes, 30 de março de 2015. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/EasySearchFrontEnd/AcordaosUnificados.jsp>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 0020559-37.2017.5.04.0004-RS. Relator: Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/7IWWg15EqrgzEBpuBj5GpQ?&tp=pejotiza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 0020161-61.2016.5.04.0801-RS. Relator: Marcos Fagundes Salomao, 02 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/_mFhLBk5pLGVdy53FmkEMg?&tp=cooperativa+reconhecimento+de+v%C3%ADnculo>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1000967-89.2015.5.02.0432. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado, 29 de março agosto de 2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2a29c03b3c803e734fd9b64bde053a98>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

CARMO, Joel Sousa do. Estudo da permissão de contratação do autônomo com exclusividade prevista na Lei n. 13.467/17 e seus reflexos no fenômeno da pejotização. **Revista trabalhista: direito e processo**, v. 17, n. 59, p. 271-280, jan./jun. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista. Lei 13.467/2017**. 15. ed. São Paulo: Método, 2018.

CATHARINO, José Martins. **Tratado Jurídico do Salário**. São Paulo: LTr, 1994.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano del Trabajo**. vol. I. 11. ed. México: Porrúa, 1969.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MPr. n. 808/17**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na contemporânea teoria geral do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho, nº 348**. Porto Alegre: HS, 2012.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2013.

ENUNCIADOS Aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, 09-10.10.2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 13. d. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LIMA, Vinícius Pinagé Alves de; ARAÚJO, Jaílton Macena de. Reforma trabalhista e desenvolvimento humano: uma análise legislativa à luz do fenômeno da "pejotização". **Revista trabalhista: direito e processo**, v. 16, n. 57, p. 134-154, jan./jun. 2017.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLEA, Manuel Alonso. CASAS BAAMONDE, Maria Emília. **Derecho del trabajo**. 26. ed. Madrid: S. L. Civitas Ediciones, 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1979.

PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A "pejotização" na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. In: PORTO, Lorena Vasconcelos; ROCHA, Cláudio Janotti da. **Trabalho: diálogos e críticas: homenagem ao professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2018. PRUNES, José Luiz Ferreira. **Contrato de trabalho doméstico e trabalho a domicílio**. Curitiba: Juruá, 1995.

RIBEIRO, Patrícia Cristina. Pejotização e a caracterização da fraude no contrato de trabalho. **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 354, p. 65-68, dez. 2018.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscal-tributários (o caso dos salões de beleza). **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, n. 353, p. 9-49, nov. 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego**. v. 2. São Paulo: Ltr, 2008.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma Trabalhista: Análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017 e da Med. Prov. N° 808/2017**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

SUBORDINAÇÃO. **Dicionário online da Michaelis**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/subordina%C3%A7%C3%A3o/>>. Acesso em: 06 set. 2019.

SUIJKERBUIJK, Bruno Santos; BENTES, Dorinethe dos Santos. O fenômeno da

pejotização como forma de burlar as leis trabalhistas: a ocultação dos elementos empregatícios para simulação de contratos civis. In: BENTES, Dorinethe dos Santos; SEIXAS, Bernardo Silva de; GOMES, Sebastião Marcelice (Org). **Temas contemporâneos de direito**: uma contribuição à pesquisa da Universidade Federal do Amazonas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1, p. 197-211.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.