I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO

AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO E DO PROCESSO DO TRABALHO PELAS TECNOLOGIAS

A797
As transformações do direito do trabalho e do processo do trabalho pelas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito – Belo Horizonte;

Coordenadores: Raquel Betty de Castro Pimenta, Thiago Loures Machado Moura Monteiro, Pabliani Cristina Santos Gontijo Matina – Belo Horizonte, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-656-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: O problema do acesso à justiça e a tecnologia no século XXI

1. Direito. 2. Tecnologia. 3. Direito do trabalho. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO

AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO E DO PROCESSO DO TRABALHO PELAS TECNOLOGIAS

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos os trabalhos científicos incluídos nesta publicação, que foram apresentados durante o I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito nos dias 14 e 15 de junho de 2018. As atividades ocorreram nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, e tiveram inspiração no tema geral "O problema do acesso à justiça e a tecnologia no século XXI".

O evento foi uma realização do Programa RECAJ-UFMG – Solução de Conflitos e Acesso à Justiça da Faculdade de Direito da UFMG em parceria com o Direito Integral da Escola Superior Dom Helder Câmara. Foram apoiadores: o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, EMGE – Escola de Engenharia, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI e o Projeto Startup Dom.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito, oriundos de dez Estados diferentes da Federação, puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Foram debatidos os desafios que as linhas de pesquisa enfrentam no tocante ao estudo do Direito e sua relação com a tecnologia nas mais diversas searas jurídicas.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, e, principalmente, pesquisas oriundas dos programas de iniciação científica, isto é, trabalhos realizados por graduandos em Direito e seus orientadores. Os trabalhos foram rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares no sistema eletrônico desenvolvido pelo CONPEDI. Desta forma, estão inseridos no universo das 350 (trezentas e cinquenta) pesquisas do evento ora publicadas, que guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

PEJOTIZAÇÃO: O USO DA TECNOLOGIA PARA FRAUDAR CONTRATOS DE TRABALHO DAS MINORIAS

PEJOTIZACIÓN: EL USO DE LA TECNOLOGÍA PARA FRAUDAR CONTRATOS DE TABAJO DE MINORÍAS

Thiago Loures Machado Moura Monteiro [1]

Resumo

O resumo propõe uma análise do fenômeno da pejotização de trabalhadores, a fim de refletir se tal prática representa uma fraude ao contrato de trabalho, por meio da tecnologia, ou se é uma opção lícita para o empresariado. Como objetivos específicos destacam-se: Compreender quais são os requisitos do vínculo de emprego; Apresentar o conceito de pejotização; Analisar os princípios do direito do trabalho que são aplicáveis ao caso; Expor o que a jurisprudência tem decidido sobre o tema. A metodologia aplicada é pelo método dedutivo, com a técnica bibliográfica de cunho qualitativo.

Palavras-chave: Direitos sociais, Pejotização, Tecnologia

Abstract/Resumen/Résumé

El resumen propone un análisis del fenómeno de la pejotización de trabajadores, a fin de reflejar si tal práctica representa un fraude al contrato de trabajo, por medio de la tecnología, o si es una opción lícita para el empresariado. Como objetivos específicos se destacan: Comprender cuáles son los requisitos del vínculo de empleo; Presentar el concepto de pejotización; Analizar los principios del derecho laboral que se aplican al caso; Exponer lo que la jurisprudencia ha decidido sobre el tema. La metodología aplicada es por el método deductivo, con la técnica bibliográfica de cuño cualitativo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos sociales, Pejotizacíon, Tecnología

[1] Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante vários direitos sociais aos trabalhadores, tanto de natureza pecuniária como ao salário mínimo, 13º, férias, como de natureza metafísica como o direito ao lazer, a saúde e a segurança do trabalho. Neste compasso constitucional, a Justiça do Trabalho é o local competente para solucionar conflitos da relação de trabalho, provenientes da natureza tensão entre a relação capital e trabalho.

De modo que a organização dos princípios do Direito do Trabalho, enquanto ramo autônomo do Direito se dá em torno da necessidade de proteção da parte mais fraca na relação de trabalho, que é por excelência o trabalhador, que além de depender economicamente de seu emprego, está sob a direção do seu empregador, durante a prestação dos serviços.

Hodiernamente a prática da pejotização, nome dado ao fenômeno de se transformar um empregado em pessoa jurídica para evitar o vínculo de emprego, vem colocando em risco tais garantias sociais, mesmo tendo previsão Constitucional. Isto ocorre em razão dos requisitos do vínculo de emprego, serem cumulativos, de modo que o serviço ser prestado por pessoa física representa um dos referidos requisitos legais do vínculo de emprego. Todavia a própria Consolidação das Leis Trabalhistas- CLT dispõe que os atos praticados para fraudar direitos dos trabalhadores, são nulos de pleno direito, em razão de o trabalhador ser uma espécie de minoria de força, na relação de emprego.

Assim, o problema ora abordado reflete-se na seguinte pergunta: Ao transformar um empregado em pessoa jurídica, emitindo nota fiscal pela prestação dos serviços, o empregador pratica fraude trabalhista? Assim, como objetivo geral da pesquisa pretende-se Analisar se o fenômeno da pejotização de trabalhadores constitui fraude ao contrato de trabalho, por meio da tecnologia, ao lhe fazer constituir uma empresa, e ainda emitir notas fiscais.

Dentre os objetivos específicos destacam-se: Compreender quais são os requisitos do vínculo de emprego; Apresentar o conceito de pejotização; Analisar os princípios do direito do trabalho que são aplicáveis ao caso; Expor o que a jurisprudência tem decidido sobre o tema.

A importância do tema justifica-se uma vez que em contexto de crise econômica, geralmente o peso maior recaí sobre a parcela mais fraca, que na relação de emprego é o próprio empregado, o que torna imperiosa a formulação de estudos científicos na área do Direito, a fim de perquirir se as garantias sociais previstas na Constituição estão sendo respeitadas. E caso não estejam, para conscientizar operadores do Direito e a população em geral, de como buscar juridicamente a efetivação de Direitos que são direitos humanos fundamentais.

Como marco teórico utiliza-se a teoria da proteção, de Maurício Godinho Delgado. Já quanto à metodologia, aplica-se o método dedutivo, com a técnica bibliográfica de cunho qualitativo.

2 OS REQUISITOS DO VÍNCULO DE EMPREGO

Primeiramente importante distinguir que relação de trabalho é gênero, que compreende, por exemplo, tanto o trabalhador autônomo, que não tem vínculo de emprego por não ser subordinado, como o empregado clássico, com vínculo de emprego. Sendo que para ter direitos como: 13º salário, férias com acréscimo de 1/3 e salário mínimo, é necessário que se configure o vínculo de emprego.

Os requisitos para a configuração do vínculo de emprego estão dispostos no art. 3º da CLT, e são requisitos cumulativos, ou seja, para que se reconheça relação de emprego, em princípio é imprescindível a presença dos quatro requisitos decorrentes do art. 3º da CLT. Tais requisitos são: subordinação; onerosidade; não eventualidade e pessoalidade, que será abordado por último, em razão de recorte metodológico para o tema em estudo.

O requisito da subordinação existe em razão da CLT prever que o empregado precisa estar sob dependência do empregador, para que exista relação de trabalho. Pela teoria clássica da subordinação, chamada de subordinação direta, seria preciso que o empregador desse ordens diretas ao empregado, para se caracterizar a subordinação. Ocorre que tal teoria de fato representa uma interpretação extensiva do texto legal, que só disse que o empregado precisa estar sob dependência do empregador.

Já pela teoria da subordinação estrutural, desenvolvida por Delgado (2017), basta que o indivíduo esteja inserido na dinâmica operacional da empresa, para que se configure a subordinação, já que não é necessária ordem direta do patrão, mas basta que dentro de tal dinâmica estrutural do negócio, o trabalhador esteja sujeito a regramento da empresa, com normas de conduta e de execução do serviço.

Importante ressaltar que aceitar a teoria da subordinação estrutural, não é o mesmo que reconhecer vínculo de emprego para qualquer prestador de serviço, posto que a subordinação representa apenas um, dos quatro requisitos para o vínculo de emprego.

Já o requisito da onerosidade, exige uma contraprestação pecuniária pela prestação de serviço, o que, por exemplo, evita vínculo de emprego para o trabalho voluntário. A não eventualidade, ou habitualidade, em verdade reflete uma previsibilidade de quando o trabalho será realizado, pois se um trabalhador, presta serviços para uma determinada empresa, uma

vez por semana, nos últimos 35 anos, certamente não se trata de um serviço eventual. Todavia, cumpre frisar que se tratar de trabalhador doméstico, para reconhecer o vínculo é preciso o trabalho em mais de duas vezes por semana, por previsão expressa na lei dos domésticos, precisamente no art. 1º da Lei Complementar 150/2015.

Por pessoalidade implica que o serviço seja prestado por pessoa física, ou seja, a pessoa jurídica não poderia ser empregado, sendo que é justamente neste contexto que surge a ideia da pejotização, como uma forma de evitar a configuração do vínculo de emprego, como segue exposto no capítulo seguinte.

2- O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO

Como já abordado, os requisitos do vínculo de emprego (subordinação; onerosidade; não eventualidade e pessoalidade) são cumulativos, ou seja, exige-se a presença de todos para o reconhecimento da relação de emprego. Desse modo, a ideia é que se o empregador conseguir afastar um dos requisitos do vínculo, este será obstado, o que resultaria em considerar uma relação jurídica de trabalho autônomo, ou ainda de uma mera relação comercial entre empresas.

De fato, se uma empresa contrata outra empresa para realizar um serviço em suas dependências, em princípio não há que se falar em relação de emprego. Mas com o surgimento da figura jurídica do Microempreendedor Individual-MEI, pela Lei Complementar 128/2008, que alterou a Lei Complementar da Micro e Pequena Empresa (Lei 123/2006), passou a ser viável o registro da empresa em nome apenas de uma pessoa, sem uma responsabilidade ilimitada, e ainda com algumas benesses tributárias.

De modo que vários empregadores passaram a dispensar seus funcionários, pagando-lhes o respectivo acerto rescisório, para depois recontratar na qualidade de prestador de serviço, exigindo inclusive a emissão de notas fiscais. Tal prática é comum para os mais diversos níveis de profissionais, com as mais variadas remunerações.

A ideia é de que como o empregado necessariamente precisa ser pessoa física na medida em que ele passa a ser pessoa jurídica, impossibilitaria o reconhecimento do vínculo de emprego, representando uma economia substancial para os empregadores que além de não pagar mais 13º salários, férias, FGTS, horas extras e demais adicionais legais, também economizaria em vale transporte, vale alimentação, INSS, dentre outras verbas.

Resta discutir se tal formalidade com o aparato tecnológico da emissão das notas fiscais seria suficiente para afastar o vínculo de emprego, mesmo diante da presença dos demais requisitos (onerosidade, subordinação, não eventualidade).

Em uma resposta preliminar, de fato impediria o vínculo, já que os requisitos são cumulativos. Contudo, para uma analise sistêmica da questão, se faz necessário uma imersão nos princípios do direito do trabalho, para em sequencia analisar alguns julgados sobre o tema.

3- OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Dentre os Princípios do Direito Material do Trabalho destacam-se para fins de recorte metodológico do presente trabalho: O Princípio da Proteção; O Princípio da Continuidade da Relação de Emprego; O Princípio da Primazia da Realidade dos Fatos sobre a Forma, e ainda sobre a questão constitucional do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Pelo Princípio da Proteção, o trabalhador enquanto parte mais fraca da relação jurídica patrão e empregado, deve ser protegido, não para ter mais direitos do que o empregador, mas sim por uma questão de equidade, a fim de nivelar por igual uma relação desigual por natureza.

A relação entre um trabalhador que vende sua força de trabalho pelo salário pago pelo empregador se mostra tensa por natureza. Uma vez que o trabalhador pode pensar que não ganha o suficiente, e o patrão pode pensar que o trabalho não está sendo desenvolvido com a disposição acordada.

De modo que o Princípio da Proteção serve como uma diretriz geral para a aplicação do direito do trabalho, que tem como uma de suas funções elementares a proteção do trabalhador tido como hipossuficiente. Logo, em um cenário de retirada de direitos, como a retirada do direito de 13º salário em razão da pejotização, pelo princípio da proteção, deve-se tutelar o obreiro, evitando-se retrocessos sociais contra os menos favorecidos. (DELGADO, 2011).

Inclusive, para Leite (2018), o princípio da proteção tem importância tamanha no Direito do Trabalho, que se apresenta como um princípio de direito material e processual, a fim de deixar as partes em uma paridade de armas, tanto no âmbito material, quanto processual.

Já o Princípio da Continuidade da Relação de Trabalho, dispõe que tudo que puder ser feito para manter a relação de emprego deve ser feito, já que a relação salarial possui

caráter alimentar, e permite uma vida digna ao trabalhador. Neste compasso, temos a multa sobre o saldo de FGTS, bem como o instituto do aviso prévio, como mecanismos legais, para desestimular o fim do contrato de trabalho. (BARROS, 2013).

Enquanto que o Princípio da Primazia da Realidade dos Fatos sobre a Forma, é um fio condutor do Direito do Trabalho, essencial para a temática, uma vez que prevê a prevalência da realidade fática, uma vez comprovada, por exemplo, por prova testemunhal, em detrimento de provas documentais, por mais robustas que sejam. O que permite ao aplicador do Direito, desconsiderar documentos da pejotização, como o contrato entre duas empresas, e as notas fiscais emitidas, se o requisito da pessoalidade, na realidade existir.

Em outras palavras, se o serviço é prestado de forma pessoal, por pessoa física, que não pode se substituir por terceiro, a pessoalidade está presente, não obstante a prova documental indicar que se trata de mera relação comercial entre duas pessoas jurídicas, seguindo a lógica do Princípio da Primazia da Realidade dos Fatos sobre a forma.

Por fim, quanto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este assume uma dimensão de filtro de validade constitucional, já que a dignidade da pessoa humana é um objetivo estabelecido no art. 1º da Constituição brasileira. Esse princípio de acordo com Staffen e Santos "força o reconhecimento de uma qualidade intrínseca e distintiva, em cada ser humano, que o coloca em igual condição de respeito por parte do Estado e da comunidade [...]". (STAFFEN; DOS SANTOS, 2016, p. 269).

Desse modo por uma interpretação dos princípios do Direito do Trabalho, evidencia-se que quando utiliza-se da pejotização no intuito de economia empresarial, mantendo-se o serviço prestado por pessoa física, sob subordinação do empregador, de forma não eventual e mediante pagamento pelo trabalho, configura-se o vínculo de emprego, independente dos documentos apresentados como nota fiscal eletrônica ou contrato de prestação de serviços entre duas empresas.

4- JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

O entendimento jurisprudencial comporta o raciocínio exposto no capítulo anterior, como seguira demostrado em julgados do Tribunal Regional do Trabalho- TRT da 24ª Região (Mato Grosso do Sul); da 11ª Região (Amazonas e Roraima) e da 1ª Região (Rio de Janeiro).

No TRT da 24º Região, encontra-se o seguinte julgado, no qual o Tribunal entende que provas indiretas como o uso de crachá nominal ao funcionário podem denotar a intenção

de fraudar o contrato de trabalho, evidenciando a pessoalidade, como se verifica em trecho da ementa:

> [...] O reclamante, embora contratado por meio de pessoa jurídica, prestava serviços pessoalmente, auferia valores mensais fixos, possuía acesso ao local de trabalho por meio de crachá fornecido aos demais empregados, era transportado de ônibus da reclamada juntamente com os demais empregados e realizou exame demissional para deixar o trabalho. Além disso, a simulação do contrato de prestação de serviço é evidenciada pelos fatos de que não havia especificação dos serviços, nem cláusula penal, os pagamentos eram realizados sem prova de efetivos cronograma e relatório de execução dos serviços supostamente contratados e houve prorrogação do contrato sem indicação de motivos e pelos mesmos valores. Tudo a indicar o vínculo de emprego. [...] (MATO GROSSO DO SUL, 2017)- grifo do autor.

Ao passo que em julgado do TRT da 11ª Região, o efeito processual de anular o contrato de prestação de serviço por meio da fraudulenta pejotização, o que coaduna com o art. 9º da CLT, foi destacado, como verifica-se em trecho do julgado:

> RELAÇÃO DE EMPREGO. "PEJOTIZAÇÃO". Verificado que a relação de trabalho pactuada entre o reclamante e a reclamada preenche os requisitos insculpidos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis de trabalho, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício, sem prejuízo do recebimento de todas as verbas daí decorrentes. Anula-se, por consequência, o fenômeno da "pejotização", pelo qual se constitui uma empresa em nome do trabalhador com o escopo de desvirtuar a relação de emprego e se eximir dos encargos trabalhistas. Recurso ordinário interposto pelo reclamante conhecido e provido parcialmente. (AMAZONAS E RORAIMA, 2016)- grifo do autor.

O TRT da 1ª Região ressalta em julgado que os mais diversos empregados estão sujeitos a pejotização, o que evidencia a hipossuficiência tratada alhures, ao abordar a necessidade do Princípio da Proteção no Direito do Trabalho, indicando no julgado, um ator de novela que fora pejotizado:

> PEJOTIZAÇÃO. FRAUDE. ATOR DE NOVELA Não é possível imaginar que um ator que trabalhou numa novela ou minissérie não esteja subordinado aos comandos do produtor. Portanto, sobressai no caso destes autos o emprego de uma pseudo contratação de serviços por parte da reclamada, com a utilização da -pejotização- - transmutação da pessoa natural em -PJ- -, perpetrando a fraude aos direitos trabalhista, não havendo como afastar o reconhecimento de vínculo de emprego. (RIO DE JANEIRO, 2013)- grifo do autor.

Tais abordagens corroboram a necessidade de impedir a fraude por meio da pejotização, já que apesar de já vir sendo combatido pela Justiça há anos, como foi exposto, a

pejotização vem ganhando cada vez mais força, na realidade do mercado de trabalho brasileiro.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no referencial teórico escolhido, da teoria da proteção desenvolvida por Maurício Godinho Delgado, verifica-se que o simples fato da pejotização, não pode afastar o vínculo de emprego. Posto que se na realidade fática, o serviço for prestado por pessoa física, o requisito da pessoalidade estará presente, independentemente da documentação que a empresa deter, como contratos e notas fiscais.

Para fins de progressão da pesquisa sobre o tema, pretende-se desenvolver artigo científico abordando as consequências extrapatrimoniais para o trabalhador vítima da fraude em questão, ou seja, se teria direito de ser indenizado por danos morais pela pejotização fraudulenta, e ainda como provar tal dano, e como mensurar o valor da possível indenização.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS E RORAIMA. **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região**. Autos de nº: 00012524020155110015; Relator: Jorge Alvaro Marques Guedes, 3ª Turma, **Diário do Judiciário eletrônico**: 19 set. 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed.. São Paulo: Ltr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed.. São Paulo: Ltr, 2011.

LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2018.

MATO GROSSO DO SUL. **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**. Autos de nº: 00248802120155240072; Relator: Ricardo Geraldo Monteiro Zandona, 2ª Turma, **Diário do Judiciário eletrônico**: 21 set. 2017.

RIO DE JANEIRO. Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Autos de nº: 4181620125010049; Relator: Ivan da Costa Alemão Ferreira, 9ª Turma, **Diário do Judiciário eletrônico**, 26 ago. 2013.

STAFFEN, Márcio Ricardo; DOS SANTOS, Rafael Padilha. O Fundamento Cultural da Dignidade da Pessoa Humana e sua Convergência para o Paradigma da Sustentabilidade. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, [S.l.], v. 13, n. 26, p. 263-288, out. 2016. ISSN 21798699. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/814>. Acesso em: 27 Abr. 2018.