

A PEJOTIZAÇÃO COMO FORMA DE BURLAR A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Fernanda Colomby Ortiz*

feortiz@ibest.com.br

RESUMO

Esse artigo foi desenvolvido no intuito de analisar através de pesquisa jurisprudencial e doutrinária, a questão da Pejotização no campo do Direito Trabalhista, bem como os principais motivos para a utilização desse instituto e disseminação de sua prática. Primeiramente foi realizada a conceituação do Contrato de Trabalho, dos principais princípios aplicáveis à espécie, bem como do termo “Pejotização”.

Palavras-chave: Pejotização; Direito do Trabalho; Fraude à relação de emprego.

1 INTRODUÇÃO

Esse artigo tem por objetivo avaliar as principais questões relativas ao desvirtuamento do contrato de trabalho através do instituto da Pejotização, que consiste em obrigar o trabalhador a constituir uma Pessoa Jurídica para executar trabalhos próprios de Pessoa Física, no intuito de mascarar a real relação existente, que é de emprego.

Primeiramente, cumpre esclarecer sobre os principais conceitos e princípios envolvidos diretamente na questão, além de aspectos envolvidos na flexibilização das leis trabalhistas. Posteriormente, busca-se esclarecer em quais momentos é admitido o uso do neologismo “pejotização”, bem como em que ela consiste.

2 CONCEITOS DE PESSOA FÍSICA E JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

No Direito Trabalhista a pessoa física é normalmente compreendida como o trabalhador, que empreende a mão de obra, presta serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário, nos termos do artigo 3º da CLT.

* Graduada em Direito pela PUCRS, em 2010, Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, Advogada atuante na área Trabalhista e Previdenciária.

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

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

Já a pessoa jurídica é o tomador dessa mão de obra, é a empresa, a força maior, que contrata, dirige e assalaria essa prestação de serviços, nos termos da definição estabelecida pela Constituição das Leis Trabalhistas:

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

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

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

É através do contrato de trabalho que se estabelecem os parâmetros da relação empregado/empregador, e de acordo com os artigos 442 e 443 o contrato de trabalho pode ser firmado de forma tácita ou expressa.

No entanto, quando se instaura o fenômeno da Pejotização, o que ocorre é a transformação do trabalhador – pessoa física em pessoa jurídica.

2.1 O CONTRATO DE TRABALHO

A CLT tem a definição de contrato de trabalho em seu artigo 442, que dispõe “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Em verdade, o contrato de trabalho é um “acordo de vontades”, expressamente manifestado (verbal ou escrito) ou manifestado tacitamente, no qual o empregador se compromete ao pagamento e o empregado se compromete a prestar pessoalmente e de forma subordinada, serviços contínuos.

O contrato de trabalho insere-se no âmbito do Direito Privado, tendo em vista a natureza essencialmente privada de seus sujeitos, dos interesses envolvidos e da liberdade de pactuação que as partes exercem. É um contrato de natureza bilateral que gera obrigações recíprocas às partes contratantes e dele resulta um equilíbrio entre as prestações ajustadas.

É um contrato consensual, isso quer dizer que pode ser ajustado livremente entre as partes contratantes, sem necessidade de cumprimento de formalidades, sendo suficiente para sua validação o consentimento.

O contrato de trabalho é celebrado “intuitu personae” e gera para o trabalhador uma obrigação infungível; o empregador somente pode exigir a prestação de serviços daquele que contratou como empregado, e a escolha do empregado é fundada em uma série de fatores que o distinguem dos outros candidatos.

Esses contratos podem ser classificados quanto ao prazo de duração o qual, via de regra, é indeterminado. No entanto, o prazo determinado é admitido quando acordado no momento de sua celebração, para atividades de caráter transitório; o prazo máximo desses contratos é de 2 (dois) anos e só é admitida uma prorrogação. Caso seja prorrogado mais de uma vez, o contrato passa automaticamente a valer por prazo indeterminado.

Há também o contrato de experiência, cujo prazo máximo de duração é de 90 (noventa) dias. Nesse caso, também deve existir cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão. O TST entende que não é válido o contrato de experiência quando celebrado após findo o período de estágio em uma mesma empresa¹.

Os contratos podem ser classificados quanto ao local de prestação de serviços, sendo esses: Trabalho no estabelecimento do empregador, para serviços externos e trabalho no domicílio do empregado. Podem ser classificados, ainda, quanto ao número de empregados, sendo contrato individual – um único empregado ou plúrimo – quando há mais de um empregado.

¹ TST – RODC 8700-27.2003.5.04.000, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJ 29/04/2011

O contrato de trabalho pode sofrer alterações ou suspensão e interrupção. Essas alterações são exercidas pelo poder de comando por parte do empregador; no entanto, quando forem prejudiciais ao empregado ou impostas unilateralmente pelo empregador, a alteração será nula e dará direito ao trabalhador de pedir a rescisão indireta (CLT, art. 468).

A suspensão do contrato de trabalho enseja a paralisação total das atividades, sem que, no entanto, haja o rompimento da relação de emprego. Durante a suspensão, o empregador não paga salários, o empregado não presta serviços e esse período não é computado como tempo de serviço.

A interrupção do contrato é o período em que o contrato não se opera em sua plenitude; nesse caso, há pagamento de salário por parte do empregador, mas o empregado não presta o serviço, são os casos de férias, repouso semanal remunerado, licença gestante, paralisação da empresa (fato do príncipe ou força maior) dentre outros casos.

De todo o exposto, extraímos que os requisitos essenciais exigidos pela Lei e dos quais as partes não podem abrir mão em um contrato de trabalho são os seguintes: a) a pessoalidade da prestação, por pessoa física; b) a não eventualidade dos serviços prestados; c) a subordinação jurídica; d) a retribuição dos serviços por parte de quem os contrata (onerosidade).

Estando presentes os requisitos supra, mesmo que não haja um contrato formal, ou, ainda, que havendo, esteja revestido de alguma forma a esconder a real relação, a hipótese a ser considerada será a de uma relação de emprego.

2.2 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

O Princípio da Primazia da Realidade é um dos norteadores das relações e decisões trabalhistas. Esse princípio estabelece que a realidade dos fatos é a que deve imperar, não sendo relevante aquilo que está escrito no contrato, se não traduz a real situação fática.

No tocante à pejetização, verifica-se a importância do princípio da primazia da realidade, considerado um dos pilares do direito laboral, segundo o qual, o que irá ter valor é a situação que se apresenta no mundo dos fatos e não como disposto formalmente nos documentos.

Conforme Mario de La Cueva:

A existência de uma relação de trabalho depende, em consequência, não do que as partes tiverem pactuado, mas

da situação real em que o trabalhador se ache colocado, porque [...] a aplicação do Direito do Trabalho depende cada vez menos de uma relação jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Donde resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor².

Em razão do exposto, é que o contrato de trabalho foi denominado contrato-realidade, posto que existe não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, e que é esta que determina sua existência.

A distorção da realidade, embora aplicada no contrato quando constituída uma Pessoa Jurídica no intuito de realizar um trabalho próprio de Pessoa Física, não é considerada válida na grande maioria dos casos pelo judiciário.

Sendo assim, quando a realidade que emana dos fatos e a formalidade dos documentos forem dissonantes, a realidade fática prevalecerá sobre a sua concepção jurídica.

2.3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR – “IN DÚBIO PRÓ-MÍSERO”

Esse princípio consiste em o julgador, no caso de dúvida razoável, deduzir a prova favoravelmente ao trabalhador. Situações existem em que o juiz se depara com a chamada prova dividida, ou “empatada”, que não possibilita ao julgador saber qual versão está realmente verossímil. (SCHIAVI, 2011, p. 81)

Mauro Schiavi afirma ainda que:

...quando a norma propiciar vários sentidos de interpretações possíveis, deve-se prestigiar a interpretação mais favorável ao empregado. Segundo a doutrina dominante, esse critério não se aplica no terreno processual, devendo o juiz, em caso de dúvida, julgar

² CUEVA, Mario de La apud RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr. 1996, p. 218.

contra o litigante que detinha o ônus probatório. A doutrina alinha outros princípios fundamentais do Direito do Trabalho, como os princípios da primazia da realidade, da continuidade da relação de emprego, da irrenunciabilidade de direitos, da irredutibilidade de salários, da boa-fé, da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da equidade³.

Podemos concluir que o princípio “in dúbio pró misero” é um meio de garantir ao empregado (que é a parte mais frágil na demanda trabalhista), seu direito nos casos em que existam dúvidas com relação aquilo que se apresenta nos autos ao juiz.

A decisão também será favorável ao hipossuficiente, nos casos em que a legislação seja conflitante. No entanto, quando faltarem elementos na lei trabalhista, antes de realizar a aplicação do princípio, o juiz deverá se socorrer do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente à legislação trabalhista e, somente após certificar-se de que a legislação não é capaz de lhe trazer elementos suficientes a embasar o seu convencimento, aplicar o princípio “in dúbio pró misero”.

A regra da norma mais favorável também se aplica aos casos em que, havendo mais de uma norma aplicável a um caso concreto, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, ainda que não seja essa a que se encaixe nos critérios clássicos de hierarquia de normas.

2.4 O QUE É PEJOTIZAÇÃO

O termo refere-se a uma prática comum e bastante atual na esfera trabalhista, que trata-se de advento utilizado por empresas no intuito de potencializar lucros e resultados financeiros, livrando-se de encargos decorrentes das relações trabalhistas, e consiste em contratar funcionários (pessoas físicas) através da constituição de Pessoa Jurídica. Nesses casos, o empregador orienta o fornecedor da mão de obra a constituir uma empresa, resultando artifício na descaracterização da relação de emprego, sendo a PJ usada em substituição ao contrato de trabalho.

Esse fenômeno é mais relevante com relação a profissões eminentemente intelectuais, tendo em vista que a Lei 11.196/2005, em seu artigo 129, prevê o seguinte:

³ SCHIAVI, Mauro. **Provas no Processo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2011, p. 81.

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

Dessa forma, muitos empregadores se sentiram legitimados a contratar trabalhadores intelectuais, através de pessoa jurídica. A licitude dessa relação é defendida pelos empregadores, com fundamento no dispositivo legal supra.

Segundo a concepção dos empregadores, o serviço intelectual seria capaz de elidir a hipossuficiência dos trabalhadores, cabendo-lhes a escolha da Lei que irá reger o seu trabalho. Muitos ainda defendem que os incentivos fiscais e previdenciários, compensariam a ausência de benefícios trabalhistas.

É sob esse argumento que a prática da pejetização tem se difundido entre as relações trabalhistas no Brasil. É uma prática bastante usual no serviço bancário, no serviço de seguros, bem como em empresas de comunicação e marketing: as empresas impõem que o funcionário crie uma pessoa jurídica e com esta celebram os contratos de prestação de serviços, com cláusula de exclusividade. Desse modo, o trabalhador presta serviços na própria sede da empresa e cumpre jornada de trabalho que, caso excedida, não enseja o pagamento de horas-extras, sendo-lhe negados também os demais direitos trabalhistas.

Entretanto, a pejetização não se restringe aos setores citados, igualmente, os profissionais de Tecnologia da Informação são freqüentemente alvo da prática, firmando contratos de prestação de serviços por meio da pessoa jurídica constituída por imposição patronal.

Esse desvirtuamento atinge diversas categorias profissionais, ocorrendo até mesmo em casos em que advogados são compelidos a se tornar sócios de uma sociedade de advogados e emitir nota fiscal de prestação de serviços.

A prática que tem se tornando corriqueira dentro do direito do trabalho consiste no uso da pessoa jurídica para encobrir uma verdadeira relação de emprego, fazendo transparecer formalmente uma situação jurídica de natureza civil. A denominação é fruto da sigla da pessoa jurídica, isto é, PJ, daí advém o termo pejetização, a “transformação” do empregado (sempre pessoa física) em PJ (pessoa jurídica).

O Direito do Trabalho tutela o empregado - pessoa física, não havendo a possibilidade de uma pessoa jurídica ser trabalhador. O conceito de empregado extraído do artigo 3º da CLT é claro quanto a essa exigência, além do fato de o contrato ser “intuito personae”, o que quer dizer que é personalíssimo, não podendo ser executado por parte diversa daquela que o pactuou.

Dos dados levantados pode-se concluir que a pejotização ocorre de duas formas:

Na primeira, é no ato da contratação que o empregador impõe a constituição de uma pessoa jurídica como condição para admissão do empregado.

Na segunda forma, a empresa exige do trabalhador, geralmente sob constrangimento e ameaça de demissão, que crie uma empresa e após esse procedimento, procede à baixa na carteira de trabalho e celebra um contrato de prestação de serviços.

A segunda situação é ainda mais gravosa ao trabalhador, tendo em vista que, quando ocorre, o empregado continua em condições idênticas a quando era de fato empregado, permanece exercendo as mesmas atividades, sob a gerência do mesmo empregador e no mesmo local de trabalho.

No momento em que se considera a possibilidade da presença de uma pessoa jurídica no pólo que deveria ser do empregado, é configurada uma locação de serviços ou um contrato de empreitada, temporário, terceirização, trabalhador autônomo, etc.

Em suma, a pejotização é um instituto antagônico à típica relação de emprego do direito laboral, pois é uma prática que retira direitos do trabalhador que é o elo mais fraco na relação de emprego normal.

O neologismo Pejotização tem sido amplamente utilizado tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, sempre que essa forma é utilizada para descaracterizar a realidade de uma relação de trabalho e se dá em decorrência da reincidência dessa prática.

É importante frisar que essa prática constitui uma espécie de fraude à relação de emprego, na qual o empregador acaba se aproveitando da necessidade do trabalhador, para impingir-lhe condições extremamente desfavoráveis, conforme se verifica através de análise do artigo 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.

Dessa forma, temos a nulidade do contrato de constituição de uma empresa, quando firmado com o claro intuito de desvirtuar a relação real que existe, sendo essa na verdade uma relação de emprego.

A prática é considerada, ainda, crime contra a organização do trabalho, estando incurso no artigo 203 do Código Penal, que disciplina o seguinte:

Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena: detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

No entanto, é necessário que o trabalhador entre com a queixa especificamente no juízo criminal para restar configurado o crime.

Se por um lado, as empresas individuais surgem incentivadas pela ideologia do empreendedorismo, que sustenta a liberdade da empresa em se desobrigar dos compromissos de gestão do trabalho, de encargos sociais e direitos trabalhistas, pois forçam o trabalhador a alterar sua personalidade jurídica, registrando uma empresa em seu nome e transformando o trabalhador em empresário e perdendo seus direitos trabalhistas.

O trabalhador, por sua vez, se transforma em um instrumento desse artifício e objetivando não perder o seu posto de trabalho e de empregado, transforma-se em empresa, muito embora continue trabalhando sob as mesmas condições de um empregado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Trabalho e o Direito do Trabalho estão em constante modificação e, acompanhando a evolução da sociedade, as relações trabalhistas são dinâmicas e as interações ocorrem a todo momento, também com relação aos campos da Ciência e da Política.

O principal objetivo desse trabalho foi abordar uma questão específica do Direito Trabalhista, denominada de Pejotização, o qual fenômeno tem ganhado atenção especial do judiciário.

Foi analisado o contexto em que ocorre a Pejotização: em um ambiente de precarização das relações trabalhistas, é que são criadas as condições ideais para surgimento do fenômeno, no qual o empregador induz o trabalhador a instituir uma empresa, Pessoa Jurídica, permanecendo o trabalhador nas mesmas atividades que realizava antes, como Pessoa Física.

Essa situação demanda a atuação do judiciário, no intuito de coibir a prática e proteger o trabalhador que é o hipossuficiente dentro da relação trabalhista, mesmo quando se trata de trabalhador qualificado intelectualmente, tendo em vista que, financeiramente, não há o afastamento da condição de hipossuficiência.

THE “PEJOTIZAÇÃO” AS A MEANS OF TEASING LABOR LAW

ABSTRACT

This article was developed in order to examine, through jurisprudential and doctrinal research, the issue of “Pejotização” in the field of labor law, as well as the main reasons for using this instrument and the dissemination of their practice. First, the conceptualization of the Employment Contract, the main principles applicable to species was performed as well as the term “Pejotização”.

Keywords: “Pejotização”; Labor Law; Evasion of the employment relationship.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, Nilson Paim de (organizador). *Vade Mecum*. 8. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Capítulo II – Dos Direitos Sociais.

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Institui a Consolidação das Leis Trabalhistas. **Diário Oficial da República**, Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 03 de outubro, 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro Amaral. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 4. ed. 1996.

ROMAR, Carla Tereza Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHIAVI, Mauro. **Provas no Processo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

VASAPOLLO, Luciano O. **Trabalho Atípico e a Precariedade**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

TST – RODC 8700-27.2003.5.04.000, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJ 29/04/2011.

