

**PRISCILA MARIA RIBEIRO**

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM RELAÇÃO AO  
EMPREGADO**

**CURITIBA  
2005**

**PRISCILA MARIA RIBEIRO**

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM RELAÇÃO AO  
EMPREGADO**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial à conclusão do Curso de Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade  
Federal do Paraná.**

**Orientadora: Professora Doutora Aldacy  
Rachid Coutinho.**

**CURITIBA  
2005**

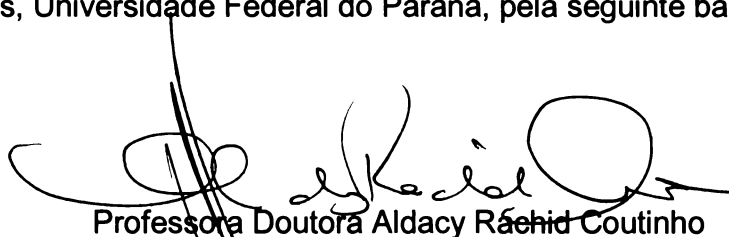
## TERMO DE APROVAÇÃO

PRISCILA MARIA RIBEIRO

### DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM RELAÇÃO AO EMPREGADO

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:



Professora Doutora Aldacy Ráehid Coutinho



Professor Doutor Wilson Ramos Filho



Professora Thaís Poliana de Andrade

Curitiba, 26 de outubro de 2005

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO</b> .....	3
1.1 TEORIAS CONTRATUALISTAS .....	3
1.2 TEORIAS ACONTRATUALISTAS .....	5
1.3 TEORIA CONTRATUALISTA MODERNA .....	6
<b>2 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO</b> .....	8
2.1 SUJEITOS .....	8
2.2 PESSOALIDADE, ONEROSIDADE, NÃO EVENTUALIDADE E SUBORDINAÇÃO .....	10
2.3 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA .....	12
<b>3 GASTOS DO EMPREGADOR DECORRENTES DO VÍNCULO DE EMPREGO</b> ..	16
3.1 SALÁRIO E REMUNERAÇÃO .....	16
3.2 ENCARGOS SOCIAIS .....	18
<b>4 FRAUDE À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA</b> .....	23
4.1 CARACTERIZAÇÃO .....	23
4.2 A SOCIEDADE COMO SIMULAÇÃO .....	25
4.3 INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS E PRIMAZIA DA REALIDADE .....	27
<b>5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA</b> .....	30
5.1 NO DIREITO CIVIL/COMERCIAL EM COMPARAÇÃO COM O DIREITO DO TRABALHO .....	30
5.2 COM RELAÇÃO À FIGURA DO EMPREGADO .....	33
<b>6 ESTUDO DE CASO</b> .....	36
<b>CONCLUSÃO</b> .....	42
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	44

## Introdução

O tema em questão trata de uma situação cada vez mais comum no mundo contemporâneo, com reflexo na subtração de direitos. As empresas, em lugar de contratar trabalhadores com vínculo de emprego e todas as conseqüências daí decorrentes (anotação em Carteira de Trabalho, pagamento de gratificação natalina, férias, horas extraordinárias, entre outras obrigações trabalhistas e previdenciárias), exigem que os trabalhadores constituam pessoas jurídicas, prestadoras de serviços, para não precisarem arcar com os custos decorrentes dos direitos garantidos àqueles contratados com vínculo empregatício, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.<sup>1</sup>

Dessa forma, verifica-se a importância do tema, pois ele trata de um fato real que traz prejuízos a milhares de pessoas que trabalham com pessoalidade, onerosidade, subordinação e não eventualidade, mas que não têm as garantias atribuídas pela Constituição Federal e pela CLT aos empregados.

Além de preencherem os requisitos da relação empregatícia, nas situações em questão é a empresa contratante quem suporta os riscos da atividade desenvolvida, e a empresa contratada responde sobre seus atos perante a primeira, não tendo autonomia para atuar de maneira independente, agindo, assim, com subordinação, elemento considerado por muitos como essencial à distinção entre contrato de prestação de serviços e contrato de emprego.

Assim sendo, esses empregados “pessoas jurídicas”, os chamados “PJs”, muitas vezes não têm férias nem feriados (pois via de regra recebem por dia trabalhado e a remuneração é fixada pelo “empregador”), não têm direito às licenças maternidade e paternidade, não possuem depósitos referentes ao fundo de garantia por tempo de serviço, não recebem pelas horas trabalhadas além da jornada diária, além de terem que suportar os custos da empresa que constituíram.

---

<sup>1</sup> “‘Temos total interesse no seu serviço, mas, para trabalhar aqui, você precisa ter registro de pessoa jurídica.’ A frase nunca foi tão utilizada pelo mercado de trabalho como nos dias atuais. Tradicionalmente feita pela área de tecnologia, a exigência está se popularizando por outros setores e tem pego muitos profissionais de surpresa. Depois de ‘terceirizado’ e ‘free-lance’, ‘PJ’ – pessoa jurídica – é o termo da vez entre os empregadores.” (DINIZ, Tatiana. *Pessoa Jurídica – Aceitar proposta da empresa e virar prestador de serviço requer análise prévia*. In: *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, domingo, 12 de setembro de 2004. p. F1).

Tal fenômeno ocorre não apenas em relação às pessoas que buscam um espaço no mercado de trabalho, mas também com as que já estão empregadas e devem constituir pessoas jurídicas se assim quiserem permanecer:

*Com a diminuição das vagas de emprego formal, muitos trabalhadores estão se vendo diante da proposta de virar pessoa jurídica para poder trabalhar. Tem acontecido tanto para quem está à procura de uma posição no mercado – e recebe a solicitação como premissa – quanto para quem já colaborava com uma empresa – e o antigo empregador exige o registro de pessoa jurídica como alternativa à demissão.<sup>2</sup>*

Torna-se evidente, desse modo, existência de fraude à legislação trabalhista, tendo em vista que, presentes os requisitos conformadores do vínculo empregatício, não se trata de prestação de serviços, mas sim de relação de emprego.

Destarte, a importância do tema verificar-se-ia simplesmente pela fraude à legislação trabalhista, porém devem ser levados em conta ainda o desrespeito a direitos constitucionais dos trabalhadores e a possibilidade de, com o reconhecimento do vínculo empregatício, fazer com que esses cidadãos tenham seus direitos efetivados.

Assim, tem o presente trabalho o escopo de, diante da análise dos elementos da relação de emprego e aplicando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica com relação à figura do empregado, caracterizar o vínculo empregatício existente entre as pessoas jurídicas contratantes, evidenciando, assim, a fraude à legislação trabalhista aí existente.

---

<sup>2</sup> (id.) Ainda no mesmo artigo, o relato de uma empregada que se vê oprimida pela contratação dos PJs: “Sem saída. P.C., 29, trabalha como produtora numa empresa de comunicação. ‘Nos últimos anos, os funcionários foram gradativamente substituídos por PJs. Sou uma das últimas que tem contrato baseado na CLT’, conta ela. Para P.C., a adoção do modelo trouxe uma ameaça ao seu emprego e um empecilho à carreira que considera insuperável. ‘Sinto que não sou interessante para a empresa porque há pessoas lá que podem trabalhar mais sem ganhar hora extra, que não recebem 13º salário nem folgam nos feriados. Não vou crescer, nunca vou ser promovida, estou estagnada. Só me resta ir para outro lugar e virar PJ também’, observa.” (DINIZ, op. cit., p. F1.)

## 1 Natureza jurídica da relação de emprego

Quando se trata de estabelecer a natureza jurídica das relações de emprego, não há consenso entre os doutrinadores. Diversas são as formas de classificação criadas, sendo que neste trabalho seguiremos os ensinamentos daqueles que classificam as teorias entre contratualistas e acontratualistas<sup>3</sup>.

### 1.1 Teorias contratualistas

Essas teorias utilizam-se de figuras de Direito Civil<sup>4</sup> para tentar explicar a natureza jurídica da relação de emprego. Tal fato pode ser explicado eis que, quando do surgimento das primeiras relações de “trabalho alheio por conta própria”, ainda não havia o Direito do Trabalho como o conhecemos hoje.

Amauri Mascaro Nascimento assim explica o surgimento das teorias contratualistas:

No começo do século XVIII os juristas encontraram dificuldades em classificar a nova figura que surgia no universo jurídico em decorrência do fenômeno sócio-econômico que se expandia, o trabalho por conta alheia sob a forma de emprego. Forçavam a mão e faziam submeter-se a nova espécie contratual aos tipos clássicos, usando para institutos diversos a mesma etiqueta. Daí porque as primeiras tendências dos doutrinadores penderam para soluções fundadas no direito civil. É explicável essa maneira de resolver a questão porque durante séculos, desde o direito romano, as prestações de serviço foram contempladas dentro do marco institucional do contrato. O poder da tradição obrigava escritores e mestres a manter a doutrina. Assim, a doutrina do direito civil e os professores de direito do trabalho em princípio não punham em dúvida que a relação de emprego fosse um contrato semelhante aos demais contratos encontrados no direito civil.<sup>5</sup>

Assim, partindo de institutos de Direito Civil, dividem-se as teorias contratualistas em teoria do arrendamento, da compra e venda, do mandato e da sociedade.

---

<sup>3</sup> Como Maurício Godinho Delgado (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 307 e seguintes) e outros, que seguem em sua esteira, como Eduardo Milléo Baracat (BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 81). Amauri Mascaro Nascimento utiliza essa mesma classificação, porém, com o uso do vocábulo anticontratualista em lugar de acontratualista (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 335 e 350).

<sup>4</sup> “Para as vertentes tradicionais (ou *originárias*), a relação empregatícia teria caráter contratual, sendo naturalmente assimilável a alguma das figuras contratuais existentes no universo do Direito Civil.” (DELGADO, op. cit., p. 309).

<sup>5</sup> NASCIMENTO, op. cit., p. 335-336.

A teoria do arrendamento *“inclui o contrato empregatício entre as espécies de contratos de locação ou de arrendamento. Trata-se de solução teórica inspirada em modelo jurídico oriundo do Direito Romano, que distinguia entre locatio operarum e locatio operis. O contrato empregatício corresponderia ao arrendamento (locação) de serviços, pelo qual uma das partes colocaria seu trabalho à disposição de outra.”*<sup>6</sup>

Esta teoria merece críticas, eis que, conforme leciona Eduardo Milléo Baracat, ela *“concebe o ser humano como objeto de um contrato de locação, já que não se pode distinguir nem separar o trabalho daquele que o presta, de modo que quando se loca um serviço, loca-se a própria pessoa que o presta”*, ressaltando ainda que no Direito Romano existia a escravidão, que tomava possível a locação do prestador de trabalho.<sup>7</sup>

A teoria da compra e venda, conforme se percebe de sua denominação, equipara a relação de trabalho a um contrato de compra e venda, *“uma vez que o obreiro venderia sua força de trabalho ao empregador, em contrapartida a um preço, consubstanciado no salário.”*<sup>8</sup>

Maurício Godinho Delgado critica esta formulação, nos seguintes termos:

Do ponto de vista de um enfoque estritamente jurídico, contudo, a tese não se sustenta. Na relação de emprego não há ruptura entre o elemento alienado (trabalho) e seu prestador (obreiro), ao contrário da separação provocada normalmente pelo contrato de compra e venda (e também arrendamento, é claro). Mais que isso, a relação fático-jurídica estabelecida a partir de um contrato empregatício é contínua, ao contrário daquela inerente à compra e venda, nitidamente concentrada no tempo. Ademais, a prestação de trabalho configura obrigação de fazer, ao passo que a prestação fundamental da compra e venda configura obrigação de dar. Finalmente – se se quiser retornar ao plano filosófico –, o trabalho constrói a mercadoria, não podendo ser reduzido a seu próprio resultado.<sup>9</sup>

A teoria do mandato, a seu turno, equipara a relação de emprego ao contrato de mandato tomando por base a relação de confiança existente entre empregado e empregador, de forma que aquele atuaria como mandatário deste. Estes são os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> DELGADO, op. cit., p. 309-310.

<sup>7</sup> BARACAT, op. cit., p. 82.

<sup>8</sup> DELGADO, op. cit., p. 310.

<sup>9</sup> Ibid., p. 311.

<sup>10</sup> *“O caráter fiduciário existente entre empregado e empregador responderia pela tentativa de se assimilar o contrato empregatício à espécie dos contratos de mandato. A teor dessa construção, o empregado atuaria como mandatário de seu empregador.”* (DELGADO, op. cit., p. 311).



O mesmo autor critica esta construção teórica afirmando que *“afora as situações especiais consubstanciadas nos chamados cargos de confiança e em certos trabalhos altamente qualificados, não há semelhante intensidade de fidúcia na relação empregatícia”*<sup>11</sup>. Entretanto, as críticas não se restringem a esse ponto, repousando também sobre as distinções entre o contrato de mandato e o contrato de trabalho.<sup>12</sup>

Dentre as teorias contratualistas clássicas, há ainda a teoria da sociedade, segundo a qual

a existência de um suposto interesse comum em direção à produção, de uma associação de atos sucessivos, coordenados e simultâneos, dos partícipes da relação de emprego, tudo conduziria à assimilação da figura empregatícia ao contrato de sociedade, ainda que qualificado como um contrato societário *sui generis*. O artificialismo dessa concepção é, porém manifesto. Do ponto de vista estritamente jurídico, sabe-se que *affectio societatis* e subordinação são situações e conceitos que tendem a se excluir, inviabilizando a equiparação das duas figuras cotejadas. Além disso, a comunhão de poderes e responsabilidades que caracteriza a sociedade e a relação entre os sócios distancia largamente a figura societária do contrato empregatício.<sup>13</sup>

## 1.2 Teorias acontratualistas

Apresentadas as quatro teorias contratualistas mais citadas pela doutrina, resta passar à análise das teorias acontratualistas que, segundo Maurício Godinho Delgado, tinham *“a preocupação principal de negar qualquer relevância ao papel da liberdade e da vontade – e assim do contrato – na formação e desenvolvimento dessa relação jurídica especializada.”*<sup>14</sup> As correntes acontratualistas dividem-se em teoria da relação de trabalho e teoria institucionalista.

A primeira, teoria da relação de trabalho, *“parte do princípio de que a vontade – e, desse modo, a liberdade – não cumprem papel significativo e necessário na constituição e desenvolvimento do vínculo de trabalho subordinado. A*

<sup>11</sup> Ibid., p. 311-312.

<sup>12</sup> Nesse sentido, Eduardo Milléo Baracat, utilizando-se dos ensinamentos de Orlando Gomes: *“Mandato é o ‘contrato pelo qual alguém se obriga a praticar atos jurídicos ou administrar interesses por conta de outra pessoa’, podendo ainda, ser gratuito e dele decorrer o poder de o empregado representar o empregador. O contrato de trabalho, ao contrário, é sempre oneroso, e, não acarreta necessariamente a possibilidade de o empregado praticar atos jurídicos ou administrar interesses por conta do empregador. De qualquer forma, é possível a coexistência dos contratos de emprego e de mandato, momento para efeito de representação, o que ocorre normalmente na função de preposto.”* (BARACAT, op. cit., p. 83-84).

<sup>13</sup> DELGADO, op. cit., p. 312.

*prestação material dos serviços, a prática de atos de emprego no mundo físico e social é que seriam a fonte das relações jurídicas de trabalho – e não a vontade das partes, em especial do obreiro.”<sup>15</sup>*

Já a teoria institucionalista parte do conceito de instituição, considerando “a empresa como uma instituição, um corpo social que se impõe objetivamente a um certo conjunto de pessoas e cuja permanência e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus membros componentes.”<sup>16</sup> Dessa forma, “a rigidez hierárquica inerente à noção de instituição acentua a assimetria de poder no âmbito empresarial interno, eclipsando a presença da liberdade e vontade na produção e desenvolvimento da relação empregatícia individualmente considerada.”<sup>17</sup>

As críticas tecidas às teorias acontratualistas consideram que elas acertam ao considerar a ausência de liberdade e de vontade do trabalhador nas relações de trabalho, porém chegam à conclusão, segundo Maurício Godinho Delgado equivocada<sup>18</sup>, de que a liberdade e a vontade dos trabalhadores não têm nenhum papel relevante nas relações empregatícias.

### **1.3 Teoria contratualista moderna**

Introduzidas as teorias clássicas, baseadas em contratos e institutos de Direito Civil, além da teoria relacionista, resta agora refletir sobre a natureza contratual do contrato de trabalho, porém como um tipo próprio de contrato, distinto daqueles previamente explicitados. Maurício Godinho Delgado afirma que “no que concerne aos aspectos comuns da relação empregatícia com figuras jurídicas que lhe sejam correlatas (a busca do gênero próximo), já está hoje assente que a relação de emprego tem, efetivamente, natureza contratual.”<sup>19</sup>

A natureza contratual da relação de emprego, no direito brasileiro, é amplamente aceita pelos doutrinadores, conforme indica Ricardo Marcelo Fonseca:

---

<sup>14</sup> Ibid., p. 316.

<sup>15</sup> Id.

<sup>16</sup> Ibid., p. 319.

<sup>17</sup> Id.

<sup>18</sup> “Já o institucionalismo e a teoria da relação de trabalho apreendem a escassa liberdade e vontade obreiras para concluir que esses dois elementos não são relevantes à configuração da relação empregatícia, propondo, em seguida – em extensão à sua conclusão teórica -, uma concepção de gestão trabalhista sumamente autoritária, em que a liberdade e a vontade dos trabalhadores, de fato, não teriam de cumprir qualquer papel lícito ou ponderável.” (Ibid., p. 320).

Indubitavelmente o nosso Direito do Trabalho é marcado pelo modelo contratual, seguindo assim a estrutura do direito dos países europeus. A relação de emprego é vista como uma relação jurídica entre dois sujeitos de direito que tem por objeto a prestação de serviços de um a outro em troca de uma contraprestação (que é basicamente o salário, mas que envolve também toda uma série de benefícios que necessariamente decorrem do contrato de trabalho). O Direito do Trabalho regulará essa relação jurídica, partindo da premissa de que está presente a autonomia da vontade entre os contratantes e que os contratantes (os dois sujeitos da relação) são capazes de celebrar esse negócio jurídico (são dotados de racionalidade suficiente para tanto). Apesar disso, imporá uma série de obrigações que não poderão ser objeto de negociação no contrato de trabalho; algumas vantagens do empregado (do mesmo modo do empregador) não são disponíveis pelas partes contratantes, sendo como que cláusulas natas desse contrato. Em termos contratuais, diz-se que a esfera da autonomia da vontade das partes é limitada em alguns âmbitos.<sup>20</sup>

Importante ressaltar, assim, que o contrato de emprego difere dos demais contratos, em especial daqueles do direito civil, tendo em vista a hipossuficiência do empregado em comparação com o empregador, e a limitação da autonomia da vontade existente em sua celebração. Além disso,

Trata-se de relação contratual que tem por objeto uma obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) prestada com não eventualidade, onerosamente, de modo subordinado e em caráter de personalidade (*intuitu personae*) no que tange ao prestador de trabalho. Aqui reside a diferença específica da relação contratual empregatícia perante as demais relações jurídicas contratuais correlatas: não exatamente em seu objeto (prestação de trabalho), mas precisamente no *modo* de efetuação dessa prestação – em estado de subordinação (e com personalidade, não eventualidade e onerosidade, acrescente-se).

A circunstância de ser a subordinação, entre os elementos componentes da relação empregatícia, o nuclear e distintivo, faz com que os autores venham até mesmo a enfatizar exclusivamente o modo subordinado da consumação da prestação do trabalho como a diferença específica a distinguir a relação contratual de emprego de outras relações contratuais similares.<sup>21</sup>

Verifica-se que o contrato de emprego tem características e elementos muito próprios, que serão analisados em seguida, a começar pelos indivíduos que celebram o contrato de trabalho, sujeitos da relação empregatícia aí existente, o empregado e o empregador.

---

<sup>19</sup> Ibid., p. 314.

<sup>20</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 130.

## 2 Elementos caracterizadores da relação de emprego

### 2.1 Sujeitos

Em um primeiro momento, para que seja possível a caracterização da relação de emprego de forma mais clara, é necessária uma análise de seus sujeitos, ou seja, dos indivíduos que, interagindo em uma dada relação na vida concreta, constituem, entre si, uma relação de emprego.

Esses indivíduos são o empregador e o empregado. A Consolidação das Leis do Trabalho especifica, em seu art. 2º, aqueles considerados empregadores, nos seguintes termos: “*Considera-se empregador a empresa<sup>22</sup>, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade<sup>23</sup> econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.*” Ainda os parágrafos 1º e 2º de tal artigo agregam ao sujeito “empregador”, enumerando aqueles equiparados<sup>24</sup> e tratando da responsabilidade solidária em situações nas quais as empresas empregadoras constituam grupo industrial, comercial ou de outra atividade econômica.

Maurício Godinho Delgado afirma que

não existem elementos fático-jurídicos específicos à figura do empregador, exceto um único: a apreensão, por um sujeito de direito qualquer, de prestação de serviços (efetuada por pessoa física, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador). Verificados os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego, pesquisa-se apenas pelo sujeito jurídico que tomou os serviços empregatícios – este será, em princípio, o empregador.<sup>25</sup>

Por fim, Maurício Godinho Delgado conclui que, determinado o empregador, surgem efeitos jurídicos (ou características) sobre tal figura: a sua despersonalização e a assunção dos riscos do empreendimento e do trabalho contratado.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> DELGADO, op. cit., p. 315.

<sup>22</sup> “O vocábulo ‘empresa’ é usado como pessoa física ou jurídica que contrata, dirige e assalaria o trabalho subordinado.” (CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 26.) Ainda, Amauri Mascaro Nascimento considera a empresa como a principal figura de empregador. (NASCIMENTO, op. cit., p. 428).

<sup>23</sup> “que não trabalha por conta alheia, que arca com os lucros e perdas do empreendimento.” (CARRION, op. cit., p. 27).

<sup>24</sup> Grande parte dos doutrinadores, entre eles Maurício Godinho Delgado (DELGADO, op. cit., p. 390) e Valentin Carrion (CARRION, op. cit., p. 27) consideram que não existe uma equiparação ao empregador, mas que tais entes são, de fato, empregadores.

<sup>25</sup> DELGADO, op. cit., p. 391.

<sup>26</sup> DELGADO, op. cit., p. 391.

Amauri Mascaro Nascimento, por sua vez, coloca como característico da figura do empregador o poder diretivo, em contrapartida à subordinação do empregado. Assim, poder de direção seria “a *faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida*”, dividindo-se em poder de organização, poder de controle sobre o trabalho e poder disciplinar sobre o empregado.<sup>27</sup>

O empregado, por sua vez, é definido no art. 3º da CLT, *in verbis*: “*Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste, e mediante salário.*”

Diante de tal dispositivo legal, infere-se que

O empregado “comum” é, pois, qualquer pessoa física que venda a sua força de trabalho, nas condições expostas, a uma empresa, a uma instituição, a uma sociedade de fato, a um órgão público, a um profissional liberal ou a outra pessoa física qualquer, mediante a direção do tomador, prestando o trabalho contínuo, periódico ou intermitente, o que lhe dá possibilidade de exigir salário, se estes não lhe forem pagos, ou mesmo de postular um arbitramento se o valor dos mesmos não foi estipulado contratualmente.<sup>28</sup>

Ainda tendo como ponto de partida a legislação, podem ser verificados os elementos fático-jurídicos enunciados por Maurício Godinho Delgado, isto é, a prestação por *pessoa física*, com personalidade, além da não eventualidade (*prestar serviços de natureza não eventual*), da onerosidade (*mediante salário*) e da subordinação (*dependência*<sup>29</sup>).

Assim, para caracterização do empregado, faz-se necessária a análise das características com que ele presta os serviços, que fazem surgir, no caso concreto, a relação empregatícia.

<sup>27</sup> NASCIMENTO, op. cit., p. 433. Tarso Fernando Genro manifesta-se nesse mesmo sentido: “A soberania dos direitos do empregador está expressa de maneira textual na lei: *admite, assalaria e dirige*. A contrapartida de tal soberania, do lado do empregado, é: *é admitido, é assalariado, é dirigido*. Da disposição literal do art. 3º, vê-se que é reservado ao trabalhador ser *dependente* e ser *assalariado*. Desta forma, a dominação de classe dos proprietários dos meios de produção, que existe no plano das relações materiais, expressa-se plenamente no direito positivo.” (GENRO, Tarso Fernando. *Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 118).

<sup>28</sup> GENRO, op. cit., p. 129.

<sup>29</sup> “Quanto à dependência, que é jurídica, esta deve ser tomada como subordinação. (...) A dependência é doutrinariamente, pois, fruto dialético de uma relação necessária, no sentido de que *sem empregador não há empregado* e, mais além, significa, pela identidade estabelecida com a subordinação, a dependência das ordens, da direção na produção, que é direito subjetivo do empregador.” (Ibid., p. 127).

## 2.2 Pessoaalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação

Tomando por base Maurício Godinho Delgado, os elementos que caracterizam a relação de emprego, e, portanto, a existência de vínculo empregatício são considerados “elementos fático-jurídicos”, vez que em um primeiro momento surgiram no mundo dos fatos, para depois serem incorporados pelo direito, perceptíveis na definição de empregado adotada pela lei (art. 3º da CLT).

Por conseguinte, são elementos fático-jurídicos da relação de emprego a prestação de trabalho por pessoa física, efetuada com pessoaalidade, de maneira não eventual, sob subordinação ao tomador de serviços e efetuada com onerosidade.

A prestação de trabalho por pessoa física implica a exclusão da possibilidade de uma pessoa jurídica ser considerada empregada, conforme indica Valentin Carrion: *“o direito social ampara apenas o trabalho humano pessoal; os serviços prestados por pessoa jurídica não podem ser objeto de um contrato de trabalho.”*<sup>30</sup> Tal afirmação deve ser considerada com ressalvas, vez que, nos termos apresentados por Maurício Godinho Delgado:

a realidade concreta pode evidenciar a utilização simulat6ria da roupagem da pessoa jurídica para encobrir presta6o efetiva de servi6os por uma espec6fica pessoa f6sica, celebrando-se uma rela6o jur6dica sem a indetermina6o de car6ter individual que tende a caracterizar a atua6o de qualquer pessoa jur6dica. Demonstrado, pelo exame concreto da situa6o examinada, que o servi6o diz respeito apenas e t6o-somente a uma pessoa f6sica, surge o primeiro elemento f6tico-jur6dico da rela6o empregat6cia.<sup>31</sup>

A pessoaalidade com rela6o 6 figura do empregado, por sua vez, diz respeito ao

car6ter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A rela6o jur6dica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, intuito personae com respeito ao prestador de servi6os, que n6o poder6, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretiza6o dos servi6os pactuados. Verificando-se a pr6tica de substitui6o intermitente – circunst6ncia que torna impessoal e fung6vel a figura espec6fica do trabalhador enfocado -, descaracteriza-se a rela6o de emprego, por aus6ncia de seu segundo elemento f6tico-jur6dico.

H6, contudo, situa6oes ensejadoras de substitui6o do trabalhador sem que seja suprimida a pessoaalidade inerente 6 rela6o empregat6cia.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> CARRION, op. cit., p. 32.

<sup>31</sup> DELGADO, op. cit., p. 291.

<sup>32</sup> Ibid., p. 291-292.

A não eventualidade, também chamada por alguns doutrinadores de continuidade, refere-se ao caráter permanente que deve ter a prestação de trabalho, para que seja considerada uma relação de emprego. Ou seja, *“para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado) não se qualificando como trabalho esporádico.”*<sup>33</sup> Assim, *“mesmo prestando serviços sob dependência e mediante salário, o trabalhador deixará de ser empregado, caso sua prestação de serviços tenha caráter eventual.”*<sup>34</sup>

O elemento fático-jurídico da onerosidade, segundo Maurício Godinho Delgado, deve ser analisado sob duas óticas: uma ótica objetiva e uma outra subjetiva.

No *plano objetivo*, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. Tais parcelas formam o *complexo salarial* (José Martins Catharino), constituído de distintas verbas marcadas pela mesma natureza jurídica. A CLT se refere ao elemento fático-jurídico da onerosidade, através de sua redação singela: *“...mediante salário”*, diz o art. 3º, *caput*, da Consolidação. (...)

No *plano subjetivo*, a onerosidade manifesta-se pela intenção contraprestativa, pela intenção econômica (intenção onerosa, pois) conferida pelas partes – em especial pelo prestador de serviços – ao fato da prestação de trabalho. Existirá o elemento fático-jurídico da onerosidade no vínculo firmado entre as partes *caso a prestação de serviços tenha sido pactuada, pelo trabalhador, com o intuito contraprestativo trabalhista, com o intuito essencial de auferir ganho econômico pelo trabalho ofertado.*<sup>35</sup>

Por fim, há o elemento da subordinação. Muito se discutiu quanto à sua forma, se seria dependência econômica, técnica ou social, sendo que a doutrina concluiu que o que existe na relação de emprego é uma subordinação jurídica,<sup>36</sup> a

<sup>33</sup> Ibid., p. 293

<sup>34</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 359. Também a jurisprudência tem entendido nesse mesmo sentido: “A chamada “diarista” que trabalha em casa de família em dois dias da semana, como faxineira não é empregada doméstica, em face da falta de continuidade, requisito para reconhecimento de vínculo empregatício.” (RR-1152/1999-011-15-00, DJ 24/10/2003, Rel. Juíza Conv. Wilma Nogueira de A. Vaz da Silva); “VÍNCULO DE EMPREGO - DIARISTA. Tendo o Eg. Tribunal Regional consignado que a reclamante se ativava como diarista, realizando faxinas, de forma intermitente e descontínua, não há como se verificar a relação de emprego e a ofensa ao art. 3º da CLT. Este dispositivo legal exige para o reconhecimento do vínculo de emprego, dentre outros requisitos, a continuidade da prestação de serviços, o que foi afastado pela Corte de origem.” (RR-463.658/98, DJ 24/8/2001, Rel. Juiz Conv. Aloysio Correa da Veiga).

<sup>35</sup> DELGADO, op. cit., p. 299-300.

<sup>36</sup> Délio Maranhão explica por que a subordinação existente na relação de emprego deve ser tomada por jurídica: “Mas a subordinação do empregado é jurídica, porque resulta de um contrato: nele encontra seu fundamento e seus limites. O conteúdo desse elemento caracterizador do contrato de trabalho não pode assimilar-se ao sentido predominante na Idade Média: o empregado não é ‘servo’

qual tem sido estudada sob duas óticas: a da subordinação subjetiva e a da subordinação objetiva, a serem analisadas a seguir.

### 2.3 Subordinação jurídica

A subordinação é considerada como elemento essencial para que se caracterize a relação de emprego.<sup>37</sup> Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena define a subordinação como *“um quid, interceptado na conduta das partes em um contrato de atividade e que, como suporte fático, fisionomiza esse contrato como de trabalho.”*<sup>38</sup>

A já superada concepção subjetiva da subordinação jurídica levava em conta o poder do empregador sobre a pessoa do empregado, e não apenas sobre o seu trabalho, imputando ao empregado um dever de obediência com relação ao empregador. Assim, situações como o número de vezes que o empregado vai ao banheiro durante a jornada, comprimento do cabelo, uso de barba, entre outras, poderiam ser controladas pelo empregador, em desrespeito aos princípios constitucionais.

Segundo Eduardo Milléo Baracat, em tal concepção *“há sujeição, dever de obediência da pessoa do empregado em face do empregador”*, sendo que tal sujeição *“impede a aplicação dos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana.”*<sup>39</sup>

Maurício Godinho Delgado, que claramente adota a concepção objetiva de subordinação, critica a vertente subjetiva, afirmando que *“é, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão subjetiva do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (status subjectiones).”*<sup>40</sup>

---

e o empregador não é 'senhor'. Há de se partir do pressuposto da liberdade individual e da dignidade da pessoa do trabalhador.” (SÜSSEKIND, Amaldo et al. Instituições de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 243).

<sup>37</sup> Nesse sentido: “A subordinação jurídica foi eleita pela doutrina e jurisprudência como o elemento diferenciador entre contrato de trabalho e o trabalho autônomo, tanto que se afirmam como antagônicas as expressões ‘trabalho subordinado’ e ‘trabalho autônomo’”. (BARACAT, op. cit., p. 154). Assim, a jurisprudência: “Relação de emprego. O elemento qualificador por excelência da relação de emprego é a subordinação, a qual encontra-se presente no caso em tela face à prestação de labor com exclusividade ao reclamado, com sujeição a horário e submissão a ordens do empregador.[TRT/RS, RO 286/88, José Cordenonsi, Ac. 3ª T.] (in: CARRION, op. cit., p. 37.)

<sup>38</sup> VILHENA, op. cit., p. 471.

<sup>39</sup> BARACAT, op. cit., p. 171 e 172.

<sup>40</sup> DELGADO, op. cit. p. 303.



Assim, “em oposição à corrente subjetiva, e diante do fato de esta não explicar a existência de subordinação jurídica, quando o dever de obediência e a sujeição não existam, ou não sejam exteriorizadas, foi edificada a concepção objetiva da subordinação”<sup>41</sup>. Além disso, outra crítica a ser tecida quanto à subordinação subjetiva concerne ao já mencionado desrespeito que a sua aplicação acarretaria aos princípios constitucionais, em especiais àqueles garantidores da dignidade do trabalhador.

Por mais que a relação empregatícia seja uma relação entre sujeitos, indivíduos, ela surge de um contrato, portanto, objetivamente. Segundo Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena: “a relação de emprego, fundada na subordinação, é uma relação intersubjetiva (no pensamento de Del Vecchio, exteriorizada entre dois sujeitos), mas cujo nexó fundamental é de natureza objetiva. O conceito de subordinação deve extrair-se objetivamente e objetivamente ser fixado.”<sup>42</sup>

Dessa forma, passa-se à análise da subordinação jurídica objetiva, definida por Maurício Godinho Delgado da seguinte maneira: “A subordinação corresponde ao pólo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.”<sup>43</sup>

Ressalte-se que a definição apresentada acima afirma o caráter jurídico da subordinação, além de destacar que a direção do empregador se dá na forma como o empregado prestará serviços, e não sobre a pessoa do empregado, sujeitando este ao empregador.<sup>44</sup>

Eduardo Milléo Baracat considera que “A corrente objetiva não é apenas mais adequada para explicar todas as hipóteses de subordinação jurídica, sobretudo aquelas em que a concepção subjetiva é insatisfatória, mas também para preservar

---

<sup>41</sup> BARACAT, op. cit., p. 157.

<sup>42</sup> VILHENA, op. cit., p. 471.

<sup>43</sup> DELGADO, op. cit., p. 302.

<sup>44</sup> Tal entendimento é compartilhado pela quase totalidade da doutrina, sendo que Amauri Mascaro Nascimento assim define a subordinação: “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.” (NASCIMENTO, apud DELGADO, op. cit., p. 302).

*a pessoa do trabalhador da ingerência do empregador, na medida em que este poderá intervir na atividade do empregado, mas jamais na pessoa deste.*<sup>45</sup>

Assim, pode-se afirmar que a subordinação objetiva representa não apenas a possibilidade de controle que tem o empregador sobre a prestação de serviços de seus empregados, mas representa também um limite ao poder do empregador.<sup>46</sup>

A doutrina e a jurisprudência fixam parâmetros, critérios para servirem à verificação da existência ou não de subordinação jurídica na relação de trabalho que se desenvolve no caso concreto, tais como a existência de controle de horário ou não por parte do empregador, como o local onde se dá a prestação serviços, quem fornece o apoio logístico necessário ao desenvolvimento do trabalho, e, principalmente, quem é o responsável pelo risco da atividade.

Como se verificará a seguir, tais critérios não são absolutos. A realidade do trabalho no mundo contemporâneo faz com que muitos dos critérios preestabelecidos sejam superados, forçando os intérpretes do direito a adaptá-lo às novas formas de prestação de trabalho.

Sidnei Machado critica a visão restritiva do direito do trabalho, que se limita a proteger as relações em que há subordinação jurídica na forma como posta pela doutrina e pela jurisprudência, deixando os trabalhadores que não se encaixam em tal situação sem a devida tutela:

Na verdade, o conceito tradicional de subordinação jurídica já congregava inúmeros paradoxos, que eram minimizados pelo formalismo jurídico. O critério da subordinação, justificado como critério distintivo do contrato de trabalho, de fato, considerando que sua prova reclama a demonstração de vários indícios de controle e direção, a subordinação jurídica representa, em essência, a consequência do contrato de trabalho. De outro lado, o critério da subordinação jurídica como condição para aplicação do direito do trabalho, se revelou um critério extremamente restritivo, pois diante da crescente complexidade das formas novas de execução do trabalho, a moldura da subordinação, em não mais havendo

---

<sup>45</sup> BARACAT, op. cit., p. 155-156.

<sup>46</sup> Assim Sidnei Machado dispõe sobre o tema: "É claro que a sujeição que fundamenta a subordinação jurídica impõe limites ao empregador, sobretudo no que concerne à vida privada e à intimidade do empregado. Por essa linha de argumentação tradicional, diz-se que a subordinação se dá nos limites do contrato e no âmbito da jornada de trabalho, que em regra deveria delimitar o tempo da subordinação. Mesmo durante o estado de subordinação, o empregado poderia resistir às ordens ilegais, injustas e abusivas (direito de resistência), observados os limites espaciais e temporais ao poder diretivo do empregador. Novamente, por um fundamento jurídico do contrato (formal, portanto) se priva o empregado da possibilidade de pleno exercício da liberdade." (MACHADO, Sidnei. *A Subordinação Jurídica na Relação de Trabalho – uma perspectiva reconstrutiva*. Curitiba: 2003. Tese de doutorado. Orientadora: Professora Aldacy Rachid Coutinho. p. 128.)

aderência aos indícios reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, vem, gradativamente, expulsando trabalhadores do campo de incidência do direito do trabalho.<sup>47</sup>

Nesse mesmo sentido, explica o já referido autor:

A questão da subordinação jurídica colocada ao direito do trabalho não é somente de definição dos conteúdos de autonomia e dependência pela técnica da jurisprudência, mas, antes, uma questão de política para o direito do trabalho. É uma opção ao direito do trabalho dizer se pretende regular as formas de trabalho atípicas, se quer promover a segmentação do mercado de trabalho ou valorizar a autonomia e, enfim, possibilitar uma fragmentação das tutelas jurídicas.<sup>48</sup>

Por fim, escorreito o entendimento de Eduardo Milléo Baracat, considerando que

a subordinação jurídica objetiva verifica-se quando o labor do trabalhador é essencial para que o beneficiário do trabalho desenvolva sua atividade fim. (...) Se o serviço prestado se insere na organização produtiva da empresa, não há autonomia, já que o trabalhador não auto-organiza a própria atividade, mas deixa seu trabalho ser utilizado na estrutura da empresa, como essencial à realização da atividade desta. Irrelevante, nesse caso, se o trabalhador possui um escritório próprio em que centraliza suas atividades, pois, em última análise, esse escritório é mantido financeiramente pela tomadora dos serviços, por meio dos pagamentos que efetua ao trabalhador.<sup>49</sup>

A subordinação jurídica objetiva pode ser percebida fundamentalmente sob dois aspectos: a assunção dos riscos da atividade pelo tomador dos serviços e a inserção dos serviços prestados na estrutura da empresa, como essencial à finalidade desta.

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 94.

<sup>48</sup> Ibid., p. 92

<sup>49</sup> BARACAT, op. cit., p. 167-168.

## 4 Gastos do empregador decorrentes do vínculo de emprego

### 4.1 Salário e remuneração

Nas empresas há, segundo Chiavenato, três fatores de produção: recursos naturais, capital e trabalho, sendo que, para todos há recompensas, contraprestações. Nesse sentido:

O capital ou riqueza que se cria é repartido entre as partes envolvidas na sua geração: uma parte, em forma de custo, é passada aos fornecedores (que proporcionaram as matérias-primas ou equipamentos, os proprietários de máquinas, equipamentos ou edifícios alugados etc); a outra, em forma de juros (para aqueles que emprestaram o dinheiro à organização); a outra parte, em forma de dividendos (para aqueles que forneceram o capital de participação ou de risco para o negócio); e, enfim, outra parte, em forma de salário (aos funcionários e encargos sociais decorrentes). Assim, cada recurso produtivo tem seu custo e o seu benefício.<sup>50</sup>

Destarte, tem-se que a recompensa paga pelo empregador aos empregados, em decorrência da existência da relação empregatícia, é o salário.<sup>51</sup>

O art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho assim dispõe: *“Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.”* Percebe-se que o legislador estabelece uma distinção entre os conceitos de salário e de remuneração.

Deve-se esclarecer que

Ao conceituar salário como contraprestação devida e paga pelo empregador ao empregado, pelos *serviços* que lhe são *prestados*, o art. 457 precitado não adotou, entretanto, como já se tem afirmado, a regra absoluta segundo a qual só deve ser entendida como salário a retribuição que corresponde ao pagamento de um *serviço efetivamente prestado* ao empregador (grifo do autor). É que a própria Consolidação, assim como as leis de proteção ao trabalho que lhe sucederam, consagra diversas exceções a essa regra, considerando como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ordens, sem trabalhar (art. 4º da CLT); determinando o pagamento do salário nos dias de repouso compulsório (descanso semanal e em feriados – Lei n. 605, de 1949); impondo o pagamento da remuneração normal durante as férias anuais do empregado (art. 140 da CLT); garantindo ao empregado enfermo, nos primeiros quinze dias de ausência ao

<sup>50</sup> CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de Pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 220.

<sup>51</sup> “... constitui *salário* (grifo do autor) a remuneração devida pelo empregador ao empregado, na execução do contrato de trabalho, qualquer que seja a categoria profissional deste. Desta regra estão apenas excluídas as relações de emprego público, sejam de índole civil ou militar. (SÚSSEKIND, op. cit., p. 339).

serviço, o direito de receber os seus salários, por conta do seu empregador (art. 25 da Lei n. 3.807, de 26.8.80) etc.<sup>52</sup>

Quanto à remuneração, segundo Maurício Godinho Delgado, três são os sentidos a ela conferidos: *“a primeira dessas acepções praticamente identifica, como visto, o conceito de remuneração ao de salário, como se fossem expressões equivalentes, sinônimas.”*<sup>53</sup>

De acordo com a segunda acepção, ainda de acordo com o mesmo autor, *“remuneração seria o gênero; salário, a espécie mais importante das parcelas contraprestativas empregatícias.”*<sup>54</sup>

E, por fim, há a terceira acepção, que *“... está fundada no modelo sugerido pelo texto dos arts. 76<sup>55</sup> e 457, caput, da CLT. (...) Em face desse modelo legal de salário (que está presente, como se viu, também no conceito legal de salário mínimo), valeu-se a CLT da expressão remuneração para incluir, no conjunto do salário contratual, as gorjetas recebidas pelo obreiro (que são pagas, como se sabe, por terceiros).”*<sup>56</sup>

Maurício Godinho Delgado expõe ainda que essa terceira acepção possui duas interpretações, sendo que

*a primeira vertente interpretativa do modelo criado pelos arts. 76 e 457, caput, da CLT – vertente que, tempos atrás, fora dominante no cotidiano justralhista – é a que melhor atinge aos objetivos e à própria função do Direito do Trabalho. Sua linha de interpretação preserva a regra geral de que somente terá natureza salarial/remuneratória, no Direito brasileiro, parcelas retributivas habituais devidas e pagas diretamente pelo empregador ao empregado; admite, contudo, por exceção, que a média das gorjetas habitualmente recebidas integre-se ao salário contratual obreiro para todos os fins (exceto salário mínimo). Com isso, tal vertente viabiliza cumprirem-se dois essenciais objetivos justralhistas: de um lado, não se enrijece o Direito do Trabalho com a tendência pansalarial tantas vezes criticada – e cujos efeitos, como se sabe, ao final voltam-se contrariamente ao próprio trabalhador, pelo recuo de concessões provocado no mercado. De outro lado, assegura-se a renda laboral efetiva de uma ampla categoria de trabalhadores vinculados ao segmento de serviços.*<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Ibid., p. 337.

<sup>53</sup> DELGADO, op. cit., p. 682.

<sup>54</sup> Id.

<sup>55</sup> Dispõe o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.”

<sup>56</sup> DELGADO, op. cit., p. 682-683.

<sup>57</sup> Ibid., p. 686.

## 4.2 Encargos sociais

Dessa forma, em decorrência do vínculo de emprego e da remuneração paga aos trabalhadores, existem outros valores a serem despendidos pelo empregador. Há, v.g., o direito ao décimo terceiro salário, o direito a férias, com pagamento do chamado terço constitucional, direito a descanso semanal remunerado, além da contribuição à Previdência Social, via de regra

vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa

conforme artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, valores que, por vezes, são considerados por demais onerosos pelos empresários.

José Pastore aduz que *“no custo do trabalho entram as despesas com salários, prêmios regulares, bônus periódicos, benefícios, seguridade social, licenças, férias, pagamentos de dias não trabalhados e vários outros. Uma parte do custo total do trabalho refere-se aos os encargos sociais. Os encargos sociais dizem respeito aos benefícios diretos e indiretos que os trabalhadores recebem da empresa.”*<sup>58</sup>

O mesmo autor afirma existirem divergências doutrinárias quanto aos valores incluídos nos chamados encargos sociais, nos seguintes termos:

Para alguns, os encargos se referem apenas aos benefícios recebidos pelos trabalhadores, em especial, às despesas que as empresas têm para sustentar a aposentadoria e os seguros de saúde, acidente e desemprego (DIEESE, 1993; Azeredo, 1993). Para os que defendem essa posição, os encargos sociais se restringem às contribuições aos “fundos” que, no caso brasileiro, atualmente, representam cerca de 30% da folha de salários, incluindo-se aqui os 20% para a previdência, 8% para o FGTS e 2% para acidentes de trabalho.

Os advogados dessa concepção tendem a considerar os demais custos como “obrigações” que as empresas assumem ao contratar seus empregados, incluindo-se aqui os benefícios relacionados aos dias não trabalhados, tais como, férias, repouso semanal remunerado, 13º salário e vários outros.

<sup>58</sup> PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr, 1994. p. 133-134.

Como parte dessa controvérsia, costuma-se argumentar que, os chamados encargos sociais da empresa, na verdade, são encargos sociais dos trabalhadores pois, os custos do trabalho são sistematicamente repassados para os preços sendo, portanto, pagos pelos consumidores. Esta posição chega a ser endossada até mesmo por alguns empresários (Figueiredo, 1993).<sup>59</sup>

e, por fim, considera que incluem-se na definição de encargos sociais os valores despendidos com: previdência social, acidentes de trabalho, FGTS, salário educação, INCRA, SESI, SENAI, SEBRAE, repouso semanal, férias, abono de férias, feriados, auxílio enfermidade, aviso prévio, 13º salário, despesa de rescisão contratual, incidência de FGTS sobre o 13º salário, de maneira que teriam para os empregadores um custo de quase 102% sobre a folha de pagamentos da empresa.<sup>60</sup>

José Pastore afirma ainda que somam-se aos gastos acima *“várias outras despesas com eventos específicos e que atingem apenas uma parte dos trabalhadores, tais como, adicionais de insalubridade, periculosidade, ausências para alistamento militar, alistamento eleitoral, licença-paternidade, licença-maternidade, licenças para casamento, doação de sangue, luto em família e outras.”*<sup>61</sup>

Tal ponto de vista, entretanto, não corresponde à realidade. O pagamento de valores referentes a 13º salário, férias, descanso semanal remunerado, aviso prévio, além do pagamento de outros dias de não trabalho aos empregados representa apenas o respeito às garantias constitucionais e infraconstitucionais atribuídas àqueles, e embora tenham por base o valor das remunerações pagas aos empregados, não são percentuais a serem destinados aos cofres públicos, tais como a contribuição à Previdência Social, esta sim um encargo social.

O problema principal, assim, no tocante ao “custo do trabalho”, ou “custo do emprego”, é justamente o fato de que os trabalhadores, grupo de indivíduos que representa um importante (se não o mais importante) fator de produção, indispensáveis que são à existência e à manutenção da empresa, são considerados como custo, e não como investimento. Nesse sentido indicam Robert Pindick e

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 134.

<sup>60</sup> Conforme tabela em PASTORE, op. cit., p. 135.

<sup>61</sup> Id.

Daniel Rubinfeld, de acordo com os quais “os custos obviamente incluem os salários que a empresa paga a seus funcionários.”<sup>62</sup>

Porém, apesar de tal posicionamento da doutrina, assim como os gastos com publicidade são considerados investimento, eis que servem para promover a marca, fazendo com que haja um aumento de consumo, e, conseqüentemente, do lucro da empresa, também os valores despendidos com contratação de empregados e com os direitos a eles assegurados deveriam ser tidos como investimento.

Trabalhadores que têm assegurados todos os seus direitos e que têm boas condições de exercer sua função dentro da estrutura produtiva produzem mais e melhor, trazendo um maior retorno ao empregador, ou seja, um maior lucro à empresa. Seguindo essa mesma linha, também os programas de melhoria do ambiente e da qualidade do trabalho representam investimentos.

Idalberto Chiavenato aborda o tema da qualidade de vida no trabalho:

O termo Qualidade de Vida no Trabalho (QVT) foi cunhado por Louis Davis na década de 1970, quando desenvolvia um projeto sobre desenho de cargos. Para ele, o conceito de QVT refere-se à preocupação com o bem-estar geral e a saúde dos trabalhadores no desempenho de suas tarefas. (...) O conceito de QVT implica um profundo respeito pelas pessoas. Para alcançar níveis elevados de qualidade e produtividade, as organizações precisam de pessoas motivadas, que participem ativamente nos trabalhos que executam e que sejam adequadamente recompensadas pelas suas contribuições. (...) Para bem atender o cliente externo, a organização não deve esquecer o cliente interno. Isto significa que, para satisfazer o cliente externo, as organizações precisam antes satisfazer os seus funcionários responsáveis pelo produto ou serviço oferecido. Como diz Claus Möller, consultor dinamarquês: coloque os empregados em primeiro lugar e eles irão colocar os consumidores em primeiro lugar. A organização que investe diretamente no funcionário está, na realidade, investindo indiretamente no cliente.<sup>63</sup>

Além disso, não se pode esquecer que, quanto mais dinheiro o empregado recebe, mais ele gasta, aumentando o consumo, e, assim, trazendo um maior retorno à empresa.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> PINDICK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5.ed. trad. e revisão técnica: Eleotério Prado. São Paulo: Prentice Hall, 2002. p. 202.

<sup>63</sup> CHIAVENATO, op. cit., p. 390-391.

<sup>64</sup> Sobre a relação existente entre os níveis de consumo e os salários do empregados: “As famílias, como consumidores, e as empresas, como vendedores, interagem nos mercados. Acontece então um fluxo de bens e serviços das empresas para os consumidores; um fluxo oposto de moeda dos consumidores para as empresas. Os preços dos bens e serviços formam o elo de ligação entre os dois fluxos. O valor do fluxo de bens e serviços será igual ao valor do fluxo oposto da moeda.” (LEFTWICH, Richard H. *O Sistema de Preços e a Alocação de Recursos*. 6.ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1983. p. 114).



Entretanto, apesar da necessidade de valorização dos trabalhadores, tendo em vista que eles são um fator de produção sem o qual a estrutura produtiva não subsiste, há ainda uma grande tendência, no Brasil, contrária à sua valorização, tanto por parte dos empresários, que incorrem em fraude à legislação trabalhista tentando escapar ao pagamento dos direitos assegurados aos trabalhadores, quanto por parte dos governantes.

Exemplo disso é o valor do salário mínimo. De acordo com o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, o salário mínimo deveria ser *“capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.”*

Todavia, tal dispositivo não é atendido. O salário mínimo brasileiro, no mês de julho de 2005, corresponde a R\$300,00. Apenas para efeito de comparação, se for considerado, no mesmo período, em Curitiba, o valor da cesta básica, esta tem um custo de R\$163,21<sup>65</sup>, ou seja, apenas os gastos com alimentação alcançam mais da metade do valor do salário mínimo, fazendo com que seja fácil perceber que este é insuficiente aos fins para os quais havia sido criado.

O DIEESE realiza todos os meses um estudo do custo de vida, para chegar ao valor do salário mínimo necessário, ou seja, o valor mínimo que o trabalhador precisaria receber, por mês, em contraprestação ao seu trabalho, para que fosse efetivado o disposto no art. 7º, inciso IV, da Constituição. Em julho de 2005 o valor do salário mínimo necessário obtido pelo DIEESE é de R\$1.497,23. Para tanto, *“Foi considerado em cada Mês o maior valor da ração essencial das localidades pesquisadas. A família considerada é de dois adultos e duas crianças, sendo que estas consomem o equivalente a um adulto. Ponderando-se o gasto familiar, chegamos ao salário mínimo necessário.”*<sup>66</sup>

Diante dos elementos citados, percebe-se que o empregado, elemento essencial à cadeia produtiva, não recebe, no Brasil, a valorização necessária, sendo que os empresários, em lugar de considerar os lucros que adviriam do pagamento

---

<sup>65</sup> Valor obtido no site do DIEESE: <[www.dieese.org.br/bdcesta/tmp/curitiba17675.html](http://www.dieese.org.br/bdcesta/tmp/curitiba17675.html)>, acesso em 27/08/2005.

<sup>66</sup> Dados obtidos no site do DIEESE: <[www.dieese.org.br/rel/rac/salminago05.xml](http://www.dieese.org.br/rel/rac/salminago05.xml)>, acesso em 27/08/2005.

de uma maior remuneração aos seus empregados, bem como da garantia de seus direitos, consideram tais valores como custos, não como investimento, além de serem levados a crer que os “encargos” decorrentes da contratação de empregados são excessivamente elevados, representando um custo demasiado para a empresa, optando, assim, pela contratação de “PJs”, tentando escapar da incidência da legislação trabalhista, deixando tais trabalhadores desprovidos de seus direitos e garantias.

## 5 Fraude à legislação trabalhista

### 5.1 Caracterização

A fraude à lei visa, certamente, a prejudicar alguma parte, seja um indivíduo, seja uma instituição, e ocorre nas mais diversas relações existentes na ordem jurídica contemporânea, dessa forma, é ato que não pode ser aceito. Arnaldo Lopes Sússekind assim trata do assunto: *“Quem, sem interesse legítimo, procura, intencionalmente, prejudicar a outrem, abusa, certamente, do direito de que é titular. E o exercício anti-social de um direito não pode ter a sanção do mundo jurídico contemporâneo.”*<sup>67</sup>

A fraude à legislação trabalhista está enumerada no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho dentre as causas de nulidade dos atos no direito do trabalho: *“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, percebe-se uma semelhança entre o disposto no art. 9º da CLT e o que estabelece o art. 167 do Código Civil Brasileiro de 2002<sup>68</sup> que trata da simulação no âmbito das relações de direito civil, vez que, de acordo com ambos os dispositivos, o ato simulado deve ser considerado nulo. Diante de tais artigos, portanto, percebe-se a gravidade da simulação e da fraude à lei.

Embora na realização do contrato de trabalho exista uma manifestação de vontade, ainda que limitada, do trabalhador, que decide se adere ou não ao pacto que lhe é proposto, muitas vezes ele, por necessidade, passando por dificuldades financeiras, com medo de perder o emprego e consciente quanto à massa de trabalhadores existente no exército de reserva, age em conformidade com o que determina o empregador. Destarte, segundo Arnaldo Lopes Sússekind,

inúmeros são os atos praticados por alguns empregadores inescrupulosos visando a impedir a aplicação dos preceitos de ordem pública consagrados pelas leis de proteção ao trabalho. E, em alguns casos, os próprios trabalhadores, premidos pela coação econômica ou pelo poder hierárquico do respectivo empregador, ou, ainda, pelo desconhecimento da legislação aplicável, participam do ajuste estipulável em fraude à lei.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> SÚSSEKIND, op. cit., p. 225.

<sup>68</sup> Art. 167 do Código Civil Brasileiro de 2002: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.”

<sup>69</sup> SÚSSEKIND, op. cit., p. 225.

Ainda de acordo com o mesmo autor,

A fraude à lei nas relações de trabalho pode decorrer: a) de *ato unilateral* (grifo do autor) do empregador, ao usar maliciosamente de um direito, com objetivo de impedir ou desvirtuar a aplicação de preceito jurídico de proteção ao empregado; b) de *ato bilateral* (grifo do autor), em virtude do qual empregador e empregado simulam a existência de falsa relação jurídica entre ambos, a fim de ser ocultada a natureza do ato realmente ajustado.<sup>70</sup>

Segundo Délio Maranhão, a fraude à lei havida em decorrência de simulação, no direito civil, “*supõe o intuito doloso de ambas as partes em benefício próprio e a plena autonomia contratual (...) No direito do trabalho, o ato é nulo (art. 9º da Consolidação), presumindo-se tenha sido o empregado, que se prejudica com a simulação, coagido a praticá-lo.*”<sup>71</sup>

Amauri Mascaro Nascimento classifica tais atos como fraude absoluta à legislação trabalhista, vez que existentes para ocultar uma relação empregatícia.

Nesse sentido:

Absoluta ou total é a fraude que visa a impedir o reconhecimento da existência da relação de emprego. Trata-se de fraude que é facilitada porque há uma zona cinzenta entre o modelo jurídico empregatício e outras formas de trabalho previstas pela ordem jurídica, em especial do trabalho autônomo e o trabalho eventual. A fraude absoluta consiste na formalização de negócios jurídicos de tipicidade não empregatícia, com a adoção de declaração de vontade documentando uma situação formal não coincidente com o que as partes na verdade fazem. Mediante a utilização desse expediente imposto ao trabalhador, objetiva-se o seu afastamento do campo da relação de emprego e, por consequência, dos ônus sociais que pesam sobre o empregador.<sup>72</sup>

Por fim, sobreleva destacar que a fraude à lei difere da violação de dispositivo legal. Segundo Arnaldo Lopes Sússekind, na fraude, “*a lei é cumprida pelo prisma objetivo e vulnerada sob o aspecto subjetivo*”, na violação, “*ao contrário, ocorre a infração objetiva do próprio texto legal.*”<sup>73</sup> Assim, na fraude, se a situação for analisada sob o aspecto objetivo, a lei está sendo cumprida, porém o mesmo não

<sup>70</sup> Ibid., p. 226.

<sup>71</sup> MARANHÃO, *apud* DELGADO, op. cit., p. 364. Também Arnaldo Lopes Sússekind trata da coação hierárquica existente entre empregador e empregado: “Como se verifica, o legislador brasileiro, visando a proteger o trabalhador contra os atos, geralmente de má-fé, que tenham em mira evitar a aplicação dos preceitos adotados em seu favor, bem como a alteração de condições ajustadas no contrato de emprego, quando lhe acarretarem prejuízos diretos ou indiretos, declara a *inexistência* (grifo do autor) de tais atos, presumindo que, se praticados com a concordância do empregado, viciado foi o seu consentimento pela coação econômica ou hierárquica advinda da subordinação em que se encontra frente ao respectivo empregador.” (SÚSSEKIND, op. cit., p. 210).

<sup>72</sup> NASCIMENTO, *Teoria da Norma Jurídica Trabalhista*, LTr, 1976, p. 148, *apud* GENRO, op. cit., p. 159.

<sup>73</sup> Sússekind, op. cit., p. 225.

ocorre se for analisado o aspecto subjetivo, há o *animus*, a intenção do agente de agir contrariamente ao escopo da lei.

Em resumo, *“salvo quando diversamente dispuser a prescrição legal específica, a regra que prevalece no Direito do Trabalho é a da nulidade absoluta do ato anormal praticado com o intuito de evitar a aplicação das normas jurídicas de proteção ao trabalho.”*<sup>74</sup>

## 5.2 A sociedade como simulação

Constata-se, no cotidiano das relações de trabalho, que para escapar às obrigações decorrentes do vínculo de emprego, muitos empregadores levam os empregados a constituir sociedade, a qual prestará serviços ao “empregador”. Porém, conforme se verifica na prática, a prestação de serviços realiza-se preenchendo todos os requisitos para que se caracterizasse o vínculo de emprego. Há uma utilização meramente simulatória da pessoa jurídica, situações nas quais deve prevalecer a realidade existente (vínculo de emprego).<sup>75</sup>

Destarte, é comum a *“simulação de um contrato de sociedade, ou de empreitada, para ocultar uma relação de emprego realmente configurada, é igualmente nula de pleno direito, impondo a aplicação das normas jurídicas que regem o contrato de fato existente, que é o de trabalho.”*<sup>76</sup>

Nesse mesmo sentido Luiz de Pinho Pedreira da Silva aduz:

É muito comum que se procure, para fraudar a legislação do trabalho, disfarçar sob a capa de Direito Civil, como locação de serviços, locação de coisas (táxi, cadeira de barbeiro, etc.), sociedade, empreitada, autênticos contratos de trabalho. Desincumbindo-se, entretanto, o empregado do ônus, que sobre ele pesa, de provar a prestação de serviços em regime de subordinação jurídica e de assunção do risco pelo empregador, a presunção *iuris tantum* de serem verazes as disposições do contrato se desvanecerá, prevalecendo, então, a realidade contra a ficção. Pouco importa que a denominação dada seja a de um daqueles contratos de direito comum porque vale não o *nomen iuris* e sim a situação real. A consequência do desmascaramento da simulação, diferente do que acontece no direito comum, não é a anulabilidade do contrato simulado, que depende de arguição do

<sup>74</sup> Ibid., p. 228.

<sup>75</sup> “Não há acordo. Ainda que o profissional aceite desempenhar o papel de funcionário ‘disfarçado’ de pessoa jurídica dentro da empresa, se suas atividades caracterizam a definição de ‘empregado’ prevista no art. 3º da CLT, a situação constitui irregularidade trabalhista e é passível de condenação (...) O fato de a opção ter sido do próprio trabalhador não faz diferença. Para a lei, o funcionário é visto como hipossuficiente num contrato de trabalho, ou seja, é tido como a parte mais fraca do acordo’, diz a advogada trabalhista Márcia Pozelli Hernandez.” (DINIZ, op. cit., p. F1).

<sup>76</sup> Ibid., p. 229.

prejudicado, é sanável e produz efeitos até o reconhecimento judicial, e sim a nulidade absoluta (art. 9º da CLT), que pode ser alegada por qualquer interessado ou decretada de ofício, é insanável e invalida o ato desde a sua formação.<sup>77</sup>

Maurício Godinho Delgado explica a utilização da figura societária com o intuito de encobrir uma relação empregatícia:

A dinâmica judicial trabalhista também registra a ocorrência de uma situação fático-jurídica curiosa: trata-se da utilização do contrato de sociedade (por cotas de responsabilidade limitada ou outra modalidade societária existente) como instrumento simulatório, voltado a transparecer, formalmente, uma situação fático-jurídica de natureza civil/comercial, embora ocultando uma efetiva relação empregatícia. Em tais situações simulatórias, há que prevalecer o contrato que efetivamente rege a relação jurídica real entre as partes, suprimindo-se a simulação evidenciada.

O Direito Civil dispõe, regra geral, que as partes que praticam simulação (art. 104, CCB/1916) ou ato doloso (art. 150, CCB/2002) não podem alegar tal fato, processualmente, em seu favor, em busca da anulação do ato. Tal diretriz não se aplica inteiramente ao plano juslaboral, entretanto.

É que o direito do trabalho tem norma específica (art. 9º, CLT) e, principalmente, *diversos princípios especiais que colidem com a regra civilista tradicional*, tomando-a de rara assimilação neste campo especializado (art. 8º, parágrafo único, CLT). De fato, o ramo juslaboralista compreende existir, no plano da relação empregatícia, uma limitação fática à autonomia da vontade do prestador de serviços, reduzindo sua possibilidade de se opor à celebração de tais instrumentos de supressão de relações e direitos trabalhistas. A par disso, os princípios da indisponibilidade de direitos trabalhistas e da imperatividade das normas laborativas tornam inválida semelhante supressão.<sup>78</sup>

Nessa mesma esteira, Tarso Fernando Genro expõe a hipossuficiência do empregado com relação ao empregador, sendo que aquele aceita as condições que lhe são impostas para que possa sustentar a si mesmo e a seus dependentes:

O que é importante notar é que na relação simulada de trabalho (mascarando o contrato) existem duas posturas subjetivas, no que se refere aos efeitos. É certo que, tanto o empregado como o empregador, sabem que estão ajustando um contrato para aparentar o que não é. O empregador sabe que vai subordinar o empregado (ali apontado como "autônomo") e o empregado sabe que sua atividade laboral vai dar-se de forma subordinada. Neste sentido, está plenamente tipificado ato jurídico simulado, emanado de vontades essencialmente viciadas.

Por outro lado, a intenção do empregador é lesar terceiros (previdência, FGTS etc.) e lesar o empregado, objetivo que acumula, também, no ato simulado, traços dolosos, unilaterais, oriundos do empregador: o empregador quer aparentar uma relação para lesar terceiros e ao empregado. Este, por seu turno, só tem um objetivo, uma intenção, *é a de obter trabalho para defender a sua sobrevivência e a de sua família; não tem por escopo lesar ou ferir interesses do empregador ou do Estado.*<sup>79</sup>

<sup>77</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 214.

<sup>78</sup> DELGADO, op. cit., p. 363-364.

<sup>79</sup> GENRO, op. cit., p. 157.

Assim, verifica-se que os contornos que assume a simulação, no direito do trabalho, estão estreitamente ligados aos princípios que informam a ciência justrabalhista, tanto que se considera válida, em detrimento do pactuado, a relação que se configura na prática (princípio da primazia da realidade), e impede que o trabalhador abra mão dos direitos que lhe são assegurados (princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas), princípios a serem analisados a seguir.

### **5.3 Indisponibilidade dos direitos trabalhistas e primazia da realidade.**

Os princípios em questão estão diretamente ligados a um direito social constitucionalmente garantido, o direito ao trabalho, cuja regulamentação se dá essencialmente por normas imperativas. Arnaldo Lopes Süssekind exprime e sintetiza perfeitamente o que se tenta aqui enunciar: *“Visando ao amparo do trabalhador como ser humano e à prevalência dos princípios da justiça social, mediante limitação da autonomia da vontade, o Direito do Trabalho se constitui, em grande parte, de preceitos de ordem pública.”*<sup>80</sup>

A situação dos cidadãos no mundo contemporâneo é tal que, para conseguir realizar seu direito ao trabalho, muitos se dispõem a trabalhar em desconformidade com a legislação, muitas vezes sem saber que os direitos trabalhistas são indisponíveis, e que uma relação criada para encobrir o que, na realidade dos fatos, seria uma relação de emprego, é nula, devendo prevalecer aquilo que ocorre na realidade.

Assim, uma vez constituída a empresa de prestação de serviços, contratada por outra que seria, em verdade, o empregador, imperativa é a análise dos princípios do Direito do Trabalho, em especial de dois deles, assim nomeados por Maurício Godinho Delgado: o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas diz respeito à *“inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o*

---

<sup>80</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. 1., 16. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 200.

*contrato*.”<sup>81</sup> Entende-se que há uma ligação estreita entre este princípio e o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, segundo o qual

as regras justralhistas são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes. (...) Para este princípio prevalece a *restrição* à autonomia da vontade no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais. Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerente ao contrato de emprego.<sup>82</sup>

Assim, diante de normas cogentes, que não podem ser afastadas pela vontade das partes, parece bastante lógico que também não se possa abrir mão de tais normas, ou melhor, que eventual renúncia ou transação que se faça será ato nulo de pleno direito.<sup>83</sup>

O princípio da primazia da realidade sobre a forma, também chamado por parte da doutrina de primazia da realidade ou de contrato-realidade<sup>84</sup>, trata da prevalência dos fatos observados durante o desenvolvimento da relação de emprego ou de prestação de serviços sobre o que havia sido pactuado entre as partes:

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a *prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços*, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de *uso* – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).

Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. O princípio do *contrato realidade* autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação).<sup>85</sup>

<sup>81</sup> DELGADO, op. cit., p. 201.

<sup>82</sup> Id.

<sup>83</sup> Parte da doutrina, como Alfredo J. Ruprecht, chama a indisponibilidade dos direitos trabalhistas de princípio da irrenunciabilidade de direitos (RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. Trad: Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995. p. 29), porém, segundo Maurício Godinho Delgado, “a expressão irrenunciabilidade não parece adequada a revelar a amplitude do direito enfocado. Renúncia é ato unilateral, como se sabe, Entretanto, o princípio examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos bilaterais de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justralhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador.” (DELGADO, op. cit., p. 202). Por tal motivo, optou-se, no presente trabalho, pela utilização do termo “indisponibilidade”.

<sup>84</sup> Expressão adotada por Mario de la Cueva em *Derecho Mexicano del Trabajo*.

<sup>85</sup> DELGADO, op. cit., p. 208.



Entretanto, o princípio do contrato-realidade não significa que o formalmente pactuado entre as partes não tem validade desde o princípio, mas sim que a situação formal deve ser superada pela discordância entre o contratado e a realidade. Nesse sentido, importante a observação feita por Luiz de Pinho Pedreira da Silva:

A adoção do princípio da primazia da realidade não se traduz em recusa de valor ao estipulado contratualmente. Significa apenas que essas estipulações não gozam de uma presunção absoluta (*jure et de jure*) de validade e sim de uma presunção desta que cede ante prova contrária (portanto *iuris tantum*). O que foi ajustado prevalece enquanto não se demonstre que está em contradição com a real conduta das partes.<sup>86</sup>

Diante de tal princípio, afigura-se possível o reconhecimento do vínculo empregatício mediante desconsideração da personalidade jurídica da empresa contratada para prestar serviços se, na realidade, tais serviços são prestados por pessoa física, com pessoalidade, com subordinação à empresa que contratou a prestação de serviços, com onerosidade, e de forma não eventual.

---

<sup>86</sup> SILVA, op. cit., p. 212. Também a jurisprudência tem esse mesmo entendimento: “CONTRATO DE TRABALHO. SUCESSIVIDADE. PEQUENO LAPSO TEMPORAL ENTRE OS PACTOS. RECONHECIMENTO DE AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO LABORAL DA PRIMAZIA DA REALIDADE. A existência de vários contratos de trabalho sucessivos e o curto espaço de tempo entre eles leva a conclusão de que não houve solução de continuidade da relação de emprego, principalmente quando o pacto se prolonga por mais de 10 (dez) anos. Imperando no Direito do Trabalho o Princípio da Primazia da Realidade não pode o julgador reconhecer situações fáticas esdrúxulas, a não ser que sejam robustamente comprovadas. Relação de emprego que se reconhece sem interrupção. TRT 13ª R - Acórdão num. 22580 - RO 2957/94 - Relator: Juiz Tarcísio de Miranda Monte - DJPB 11.07.95.” (<[www.trt13.gov.br/revista/4juris1.htm](http://www.trt13.gov.br/revista/4juris1.htm)>, acesso em 07/09/2005).

## 6 Desconsideração da personalidade jurídica

### 6.1 No direito civil/comercial em comparação com o direito do trabalho

Em primeiro lugar, antes de analisar a desconsideração da personalidade jurídica, cumpre esclarecer o que a personalidade jurídica representa:

A sociedade regularmente constituída destaca-se da figura dos sócios para ter, perante o direito, uma vida distinta deles, com patrimônio e vontade próprios, capaz de exercer direitos e assumir obrigações como sujeito de direito nas relações jurídicas das quais vier a participar, seja com seus sócios, seja com terceiros. (...) o direito não reconhece a existência de uma pessoa jurídica como realidade fática para regular-lhe a atuação, mas outorga personalidade a certos centros de imputação de interesses para que atuem na prática de certos atos da vida civil à semelhança da pessoa natural (...) A pessoa jurídica não nasce ao acaso; é produto da vontade humana.<sup>87</sup>

A importância da atribuição de personalidade jurídica a algumas espécies societárias (entre elas, por exemplo, às sociedades limitadas e às sociedades anônimas) reside, principalmente, nos efeitos advindos de tal atribuição. Tais efeitos são as *“conseqüências precisas, relacionadas com a atribuição de direitos e obrigações ao sujeito de direito nela encerrado.”*<sup>88</sup>

Dentre tais efeitos, os principais são: a autonomia patrimonial, ou seja, o patrimônio da sociedade não se confunde com os de seus sócios (*“Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial (...) Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade”*<sup>89</sup>); e a autonomia de atuação conferida às sociedades, segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto: *“A administração da pessoa jurídica é outro efeito da personalização. É necessário separar a atuação da pessoa natural, enquanto tal, de sua atuação como gestora da pessoa jurídica.”*<sup>90</sup> Portanto, via de regra, a sociedade, no direito civil e no direito comercial, que é a titular de direitos e obrigações, e não as pessoas de seus sócios.

<sup>87</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil*. 2.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 17-18.

<sup>88</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 13.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>90</sup> GONÇALVES NETO, op. cit., p. 26.

A desconsideração da personalidade jurídica surgiu como solução para situações nas quais determinada pessoa jurídica é criada para uma finalidade diversa daquela que lhe é determinada pelo regime jurídico. Ela tem origem na doutrina do *Disregard of Legal Entity*, surgida nos tribunais ingleses e norte-americanos, e que “*permite que os credores invadam o patrimônio pessoal dos sócios que se utilizam maliciosamente da sociedade com o objetivo de prejudicar terceiros.*”<sup>91</sup> Esta teoria não pretende a anulação da personalidade jurídica, mas sim seu afastamento em situações limite, para geração de efeitos jurídicos.

Assim, “*Se a pessoa jurídica é criação legal destinada a preencher certos fins que o ordenamento jurídico chancela (instrumento destinado a facilitar ou possibilitar a concretização de certas relações jurídicas da vida em sociedade), é intuitivo que, nessa outorga, está implícita sua imprestabilidade para protagonizar função diversa, que o mesmo ordenamento condena.*”<sup>92</sup>

Marçal Justen Filho dá a seguinte definição para a desconsideração: “*É a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica.*”<sup>93</sup>

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu art. 50, dispõe: “*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*”

Do dispositivo acima, pode-se inferir que a desconsideração da personalidade jurídica não implica a inexistência da sociedade, ou seu fim, ou sua

<sup>91</sup> BERTOLDI, Marcelo M. *Curso Avançado de Direito Comercial*, v. 1: Teoria Geral do Direito Comercial e Direito Societário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 169-170.

<sup>92</sup> GONÇALVES NETO, op. cit., p.31.

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 57. O mesmo autor assim considera: “Usualmente, utiliza-se a expressão “desconsideração da pessoa jurídica (ou outra equivalente, como “superação”, “penetração”, “levantamento do véu societário” etc.) para indicar a ignorância, para um caso concreto, da personificação societária. Vale dizer, aprecia-se a situação jurídica tal como se pessoa jurídica não existisse, o que significa que se trata a sociedade e o sócio como se fossem uma mesma pessoa.” (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 55).

anulação, mas apenas da desconsideração dos efeitos gerados por determinadas relações. Nesse sentido explicita Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

A desconsideração deve dar-se, portanto, quando a forma da pessoa jurídica, ou a própria pessoa jurídica, é utilizada com o intuito de fugir às finalidades predefinidas pelo direito. Isso ocorrendo, deve-se desconsiderar – ou seja, não se levar em conta – a existência da pessoa jurídica.

A determinação da **utilização desvirtuada** (grifo do autor), do mau uso da pessoa jurídica, não tem como ser feita senão pela análise de cada caso concreto, pois a utilização é uma ação no mundo dos fatos. Sendo assim, a desconsideração não implica anulação, anulabilidade ou extinção da pessoa jurídica, mas, simplesmente, ineficácia dela relativamente aos atos que, por seu intermédio, foram praticados em desacordo com a função que lhe foi reservada para preencher no ordenamento jurídico e para evitar a aplicação de normas que normalmente incidiriam num determinado caso concreto.<sup>94</sup>

Importante ponderar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação tanto no direito civil quanto no direito comercial. Em relação ao direito do trabalho, a situação é um pouco diferente. Marçal Justen Filho assim explica: *“a proposta ideológica do direito do trabalho é privilegiar, sempre, os valores do empregado, enquanto a proposta ideológica do direito privado é privilegiar, sempre, os valores do proprietário.”*<sup>95</sup>

Dessa forma,

*O direito do trabalho, por sua imposição característica, inadmitte obstáculo jurídico ou “formal” para a tutela do direito do trabalhador. Efetiva uma valoração, reputando a faculdade jurídica outorgada ao trabalhador como insuscetível de qualquer sacrifício. Como a personificação societária é instrumento de sacrifício de faculdades alheias, o direito do trabalho ressalva o campo das relações empregatícias.*<sup>96</sup>

Quando o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho enuncia que empregador é a “empresa”, não se trata, como considerado por alguns doutrinadores, de impropriedade terminológica. O legislador assim estabeleceu para deixar claro que, no direito do trabalho, a eventual personalidade jurídica do empregador não deve ser considerada. Eventual responsabilidade decorrente de uma relação de emprego recai sobre a empresa como um todo, desconsiderando, *ab initio*, a separação entre o patrimônio dos sócios e da sociedade.

<sup>94</sup> GONÇALVES NETO, op. cit., p. 33-34.

<sup>95</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 104.

<sup>96</sup> Ibid., p. 103

Assim, tem-se como desnecessária, e até mesmo indesejável, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho, no que diz respeito ao empregador, vez que sua personalidade jurídica nem chega a ser considerada.<sup>97</sup>

Entretanto, nas situações em que a sociedade é utilizada para fraudar a legislação trabalhista, em, por exemplo, simulação de contrato de prestação de serviços entre duas pessoas jurídicas, em que a empresa prestadora de serviços, é, em verdade, um empregado, é possível aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no direito do trabalho, com relação à pessoa empregada, para possibilitar a caracterização do vínculo empregatício, tendo em vista um de seus requisitos é a prestação de serviços por pessoa física, de forma que apenas esta pode ser empregada.

## **6.2 Com relação à figura do empregado.**

São requisitos necessários à conformação do vínculo de emprego a existência de prestação de serviços por pessoa física, com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação. Presentes tais pressupostos, chamados por Maurício Godinho Delgado de “elementos fático-jurídicos”, possível o reconhecimento da relação empregatícia.

Assim, caso seja verificada a existência de fraude à legislação trabalhista, com a criação de uma sociedade com o intuito de ocultar uma relação empregatícia, em evidente simulação, é possível o reconhecimento do vínculo, com relação à pessoa física que presta serviços preenchendo todos os requisitos necessários à configuração da relação de emprego, em observância ao princípio da primazia da realidade, mediante a desconsideração da pessoa jurídica “empregada”.

---

<sup>97</sup> Apesar disso, muitos doutrinadores e juristas insistem na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica ao empregador, conforme se infere da seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação no Direito do Trabalho sempre que não houver patrimônio da sociedade, quando ocorrer dissolução ou extinção irregular ou quando os bens não forem localizados, respondendo os sócios de forma pessoal e ilimitada, a fim de que não se frustrasse a aplicação da lei e os efeitos do comando judicial executório. Por outro lado, para que o reclamado se beneficiasse do disposto no art. 10 do Decreto 3.708/19, era necessário que comprovasse que o outro sócio excedeu do mandato ou que praticou atos com violação de contrato ou da lei, o que não é o caso. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (TST, 5ª Turma, numeração única proc: AIRR - 22289-2002-900-09-00, Relação. Min. João Batista Brito Pereira, publicado no DJ de 14/11/2003).

Ressalte-se que nada impede, no ordenamento jurídico brasileiro, a desconconsideração da personalidade jurídica do empregado, vez que, conforme dispõe Odete Grasselli,

os dispositivos legais vigentes no território nacional que expressamente versam sobre a matéria em foco [desconconsideração da personalidade jurídica] em hipótese alguma são taxativos na descrição das hipóteses de incidência, mas somente ilustrativos, e muito menos limitam a atuação dos operadores do direito, quando muito lhes prestam auxílio para desvendar os casos passíveis de aplicação da teoria da desconconsideração jurídica, sempre considerando o compartimento jurídico em que o caso está inserto.<sup>98</sup>

É o seguinte o entendimento de Marçal Justen Filho: *“Também é seriada a desconconsideração no caso de pessoa jurídica empregada. Desconsidera-se a eficácia da pessoa jurídica intermediária para, no tocante à relação de trabalho, considerar diretamente a pessoa física do empregado perante a pessoa (física ou jurídica) do beneficiário da atividade. Restringe-se a incidência da desconconsideração a esse ângulo do fenômeno jurídico.”*<sup>99</sup>

No mesmo sentido, Eduardo Milléo Baracat trata da possibilidade da desconconsideração da personalidade jurídica do empregado:

No tocante à existência de pessoa jurídica, constituída pelo trabalhador para prestar serviços de mediação de negócios a uma empresa de representação comercial, por exemplo, onde se denota claramente a subordinação objetiva, cabe a incidência da teoria da desconconsideração da personalidade societária da primeira. Com efeito. Não é possível o reconhecimento de relação de emprego entre duas pessoas jurídicas.<sup>100</sup>

Marçal Justen Filho, ao tratar da intensidade da desconconsideração, assim estatui:

Já no caso de pessoa jurídica “empregada”, a desconconsideração apresenta-se, sob um certo ângulo, como total (máxima). É que o direito do trabalho ignora a pessoa jurídica “empregada” e considera diretamente a pessoa jurídica beneficiária da prestação do serviço. Portanto, os efeitos jurídicos da relação empregatícia recaem sobre o empregado e a pessoa jurídica a quem ele presta seu trabalho, tal como se inexistisse a pessoa jurídica intermediária.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> GRASSELLI, Odete. *Empregado em face do empregador, pessoa jurídica, na contemporaneidade: uma questão de desconconsideração*. Curitiba: 2003. Dissertação de mestrado. Orientadora: Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho. p.118.

<sup>99</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 105.

<sup>100</sup> BARACAT, op. cit., p. 168.

<sup>101</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 105.

Diante do exposto, pode-se concluir que a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no direito do trabalho, está relacionada ao abuso, caracterizado, no caso em análise, pela simulação. Dessa forma, *“Pode-se reconhecer, assim, que o pressuposto da desconsideração da pessoa jurídica, no direito do trabalho, é o abuso. Entende-se abusiva a utilização da pessoa jurídica sempre que o respeito aos efeitos do regime correspondente signifique o sacrifício de um direito ou de uma faculdade assegurada pelo direito do trabalho ao trabalhador.”*<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 106.

## 6. Estudo de Caso

No presente estudo, proceder-se-á à análise de um “contrato de prestação de serviços de gerenciamento, consultoria e projetos” celebrado entre o Condomínio de Shopping Center doravante denominado “X” e a sociedade por cotas de responsabilidade limitada que passará a ser chamada de “Y”, para que, ao longo do estudo do contrato e das condições reais em que se passa a prestação de serviços, seja possível, a partir dos elementos até o momento apresentados neste trabalho, caracterizar a existência de vínculo empregatício entre o Condomínio e DM, sócio da empresa contratada.

O primeiro contrato celebrado era denominado “*contrato de prestação de serviços de gerenciamento e administração de apoio*”, com prazo determinado, de 01/07/1997 a 30/06/1999, tendo por objeto a prestação de serviço de apoio administrativo para o Condomínio de Shopping Center “X”, em que este teria obrigação de “*garantir à CONTRATADA livre acesso aos edifícios, fornecendo área de trabalho e materiais necessários à execução dos serviços, assim como os equipamentos de dados necessários*” (destaquei), sendo que a remuneração pelos serviços prestados foi estabelecida em contrato, no valor de R\$2.120,00, a serem pagos até o dia 05 do mês seguinte ao da prestação dos serviços.

Em 25/06/1999 foi feito um aditivo ao instrumento previamente mencionado, ora denominado “contrato particular de prestação de serviços de administração condominial”, prorrogando o prazo do contrato para 30/06/2001.

Em 01/06/2001 foi assinado um novo contrato, desta vez mais detalhado, com o nome de “contrato de prestação de serviços de gerenciamento, consultoria e projetos”, em que o Condomínio “X”, denominado contratante, estabelece que a empresa “Y”, denominada contratada, “*deverá interagir fortemente com as unidades e setores da CONTRATANTE, diretamente relacionados com suas áreas de atuação*” (destaquei)...”. Em tal disposição contratual, a existência de fraude à legislação trabalhista fica clara, vez que o trabalho do prestador de serviço fica diretamente ligado à atividade fim da empresa.

Mesmo assim, no contrato há cláusulas absolutamente nulas, de renúncia tácita a direitos em verdade irrenunciáveis:



Fica claro, portanto, para as partes que não há e nem haverá qualquer relacionamento trabalhista e suas conseqüências, entre a CONTRATANTE e a CONTRATADA, ou seus terceiros, seja em que circunstâncias forem. Assim, o cumprimento do objeto do presente contrato não caracterizará a relação de trabalho prevista no Art. 1º, 2º, 3º e 4º., da Consolidação das Leis do Trabalho.

*(...) CESSÃO DE DIREITOS Com o pagamento do preço ajustado, a CONTRATADA cede e transfere à CONTRATANTE, em caráter irrevogável e irretroatável, todos os direitos incidentes sobre o objeto do presente contrato, podendo a CONTRATANTE utilizá-lo da forma que melhor lhe convier, não podendo a CONTRATADA reclamar qualquer direito, em tempo algum e a que título for, a isto obrigando-se por si e por seus sucessores.” (destaquei)*

Também a remuneração e a data de seu pagamento foram estabelecidas em contrato, entretanto, conforme foi informado por DM, quem estabeleceu todas as condições de prestação dos serviços foi a empresa contratante:

#### PREÇOS E CONDIÇÕES DE PAGAMENTOS

**ORDEM DE COMPRA:** O preço global de cada ORDEM DE COMPRA é fixo e irajustável sendo a contratação por regime de empreitada global independente de horas e outros unitários, incluindo todos os imprevistos, impostos, taxas, equipamentos, deslocamentos e estadias, etc.

Os valores estabelecidos válidos para jornadas de 9 (nove) horas incluem todos os custos com mão de obra, impostos (federais, estaduais e municipais) aplicáveis, taxas, lucros e quaisquer outros custos que onerem ou venham a onerar os serviços da natureza dos ora contratados. Não estão autorizados trabalhos aos sábados, domingos ou feriados. A realização de serviços nestes dias não sofrerá qualquer acréscimo ou adicional, e só podem ser realizados quando previamente autorizados por escrito por dois Diretores ou por um Diretor e um procurador com poderes para tal.

**CONDIÇÕES DE PAGAMENTO:** Os pagamentos serão efetuados em 5 dias úteis da conclusão de cada evento conforme cronograma FÍSICO FINANCEIRO da ORDEM DE COMPRA com apresentação de Nota Fiscal e respectivas faturas.

*A CONTRATADA poderá utilizar as dependências da CONTRATANTE para executar os serviços aqui contratados podendo para tanto utilizar-se dos equipamentos necessários...*

É vedado à CONTRATADA discutir o conteúdo deste Contrato com os Clientes da CONTRATANTE devendo zelar pela imagem e nome da CONTRATANTE.

Tratando-se de renovação do contrato, já tendo a CONTRATADA prestado serviços por mais de 3 (três) meses à CONTRATANTE, (...) a duração deste contrato é por prazo indeterminado.

De tais disposições pode ser verificado o poder de controle da empresa contratante, de dirigir e regulamentar a prestação de serviços. Há elementos ainda, no contrato, dos quais pode-se perceber o poder do empregador de instituir prêmios: *“PRÊMIO QUALIDADE TOTAL Todos os preços unitários e globais incluirão uma parcela mínima de 20% (vinte por cento) vinculada à qualidade total. A CONTRATADA terá direito a este prêmio caso a CONTRATANTE considere que a qualidade dos serviços atende rigorosamente a todas as especificações*

*estabelecidas” e o poder de fiscalizar: “A CONTRATANTE possuirá amplo poder de fiscalização...”.*

Passar-se-á, agora, à descrição das informações prestadas pelo sócio da sociedade limitada contratada, DM, a respeito das reais condições em que se dá a prestação de serviços de “X” ao Condomínio de Shopping Center “Y”:

A sociedade “X” foi constituída apenas para que ele e sua esposa, PMM, pudessem prestar serviços a um Condomínio de Shopping Center. (Do contrato social da empresa percebe-se que a sede da mesma corresponde ao endereço dos sócios, e a sociedade tem por objeto a prestação de serviços de secretaria).

PMM trabalhava como gerente de três lojas do Shopping, que eram de propriedade do dono do Shopping, entretanto, parou de prestar serviços vez que recebia um “salário” ínfimo, próximo a um salário mínimo, inferior aos salários recebidos pelos vendedores da loja, empregados do proprietário, e tal situação não compensava todo o desgaste do exercício de uma função de confiança.

DM é o chamado “Gerente Administrativo do Condomínio de Shopping Center “Y”, e trabalha na sede da administração do Shopping em Joinville. Todos os materiais e equipamentos utilizados por DM são de propriedade de “Y”. O horário de prestação diária de serviço é das 8:00hs às 18:20h, de segunda a sexta, com intervalo para o almoço de 1h30min. Para os PJs não é necessário o ponto diário, mas, ao final do mês, na emissão da nota fiscal, são enviados relatórios com os horários trabalhados no período. Para comprovar tal afirmação, DM apresentou um relatório de registro de presença, no qual ele assina como empregado.

Como os PJs são os responsáveis diretos pelo Shopping (atividade fim da empresa), é normal que seus préstimos sejam requisitados fora do horário normal de expediente e/ou finais de semana, para resolverem os problemas que surgem (alagamentos ocorridos no Shopping, clientes que ficam com os carros pendurados nas grades do estacionamento, entre outros).

Todos as questões gerenciais do Shopping são resolvidas pelos PJs: Administrativa (DM), operacional (PSG) e comercial (RM). Os comunicados e cartas enviadas a lojistas são assinadas pela pessoa física intitulada “Gerente Administrativo” (DM).

Os serviços de compra são todos centralizados na sede da empresa contratante em Curitiba, e, para se comprar material em valor superior a R\$100,00, é

necessária a aprovação de “Superior” de apoio da Diretoria e de representante da própria Direção, tanto no sistema informatizado quanto manualmente em todas as requisições, ordens de compra e ordens de pagamento.

Qualquer serviço contratado e/ou renovação de valores deve passar pela aprovação antecipada da Direção para posterior contratação. O condomínio estabeleceu procuração com poderes para assinatura de cheques e representação junto ao fórum, cartórios, etc, para as pessoas físicas dos “proprietários das empresas contratadas.” Os cheques assinados pelos procuradores também são relacionados e precisam de liberação da Direção para serem emitidos.

Para contratação e demissão de funcionários, todo o processo precisa ser aprovado pela Direção (na sede, em Curitiba). Não há nenhuma possibilidade das decisões serem tomadas sem a necessidade do parecer da Direção. Inclusive para eventuais aumentos e promoções são feitas solicitações escritas, as quais são submetidas à aprovação.

Com relação aos contratos de locação das lojas no espaço do Shopping, todas as condições negociadas com lojistas são resumidas em correspondências enviadas para a Direção, que analisa e aprova, para posterior emissão do documento formalizando negociação. Os contrato de locação são assinados por um procurador (PJ) e por um representante dos Diretores. Atualmente o processo de aprovação passa por um superior que os envia à Direção e retorna com a aprovação.

É extremamente necessária a presença dos PJs diariamente e em tempo integral no Shopping, para resolução das questões pertinentes a cada área. Não é possível, portanto, a dedicação a outras tarefas ou a prestação de serviços a outras empresas. A contratante inclusive faz constar em contrato que não é possível à empresa e a seus sócios prestar serviços para outra empresa.

Quanto à remuneração, inicialmente havia um contrato onde se previa o reajuste mensal pelo IGPM, o que somente ocorreu no primeiro ano de contrato. Posteriormente, os PJs foram obrigados a assinar novo contrato, no qual não se estipula o valor real a se receber pelos serviços prestados.

Apesar de previsto no contrato um percentual que se atribui a “prêmio”, algumas vezes são descontados valores do pagamento como medida punitiva. Foi

estabelecido que as notas fiscais devem ter sempre o dia 30 de emissão, e os valores são calculados conforme o número de dias úteis do mês (diária).

DM afirmou ainda que tanto ele quanto os demais PJs foram, por inúmeras vezes, prepostos do Condomínio em reclamações trabalhistas. Por fim, comentou que no condomínio em Joinville são três pessoas trabalhando como PJs (ele, DM, PSG e RM), sem contar o PJ que presta serviços para a empresa contratante, em um Shopping Center estabelecido em Blumenau, ER, que nem faz parte do contrato social da empresa prestadora de serviços.

Resta evidente, assim, além de toda a série de abusos envolvida em tal contrato, a total ausência de autonomia na prestação de serviços realizada por DM, o qual deve prestar contas de todos seus atos à Direção da empresa contratante, em Curitiba. Conforme já mencionado neste trabalho, a subordinação é o principal elemento de distinção entre o contrato de prestação de serviços e a relação de emprego. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado aduz:

a diferença essencial a afastar as duas figuras é a dicotomia autonomia *versus* subordinação. **A prestação de serviços abrange, necessariamente, prestações laborais autônomas**, (destaquei) ao passo que o contrato empregatício abrange, necessariamente, prestações laborais subordinadas. As duas figuras, como se sabe, manifestam-se no tocante ao modo de prestação dos serviços e não no tocante à pessoa do trabalhador. *Autonomia laborativa consiste na preservação, pelo trabalhador, da direção cotidiana sobre sua prestação de serviços; subordinação laborativa, ao contrário, consiste na concentração, no tomador de serviços, da direção cotidiana sobre a prestação laboral efetuada pelo trabalhador. (...) Havendo ordens cotidianas, pelo tomador, sobre o modo de concretização do trabalho pelo obreiro, desaparece a noção de autonomia, emergindo, ao revés, a noção e realidade da subordinação* (em itálico no original).<sup>103</sup>

A subordinação jurídica objetiva verifica-se, no caso, principalmente na assunção dos riscos da atividade pela empresa contratante, ou, na hipótese, pelo empregador, e também no controle de horário por parte do empregador, no fornecimento, pelo empregador, dos materiais necessários ao desempenho dos serviços, na instituição de prêmios por metas e objetivos, além da existência de poder disciplinar por parte da empresa contratante, vez que, conforme afirmou DM, *“apesar de previsto no contrato um percentual que se atribui a “prêmio”, algumas vezes são descontados valores do pagamento como medida punitiva.”*

---

<sup>103</sup> DELGADO, op. cit., p. 583-584.

Além do elemento da subordinação, também os demais elementos caracterizadores do vínculo empregatício estão presentes: DM é uma pessoa física, que presta serviços com pessoalidade, onerosidade, eis que recebe uma contraprestação aos seus serviços e não eventualidade, pois trabalha todos os dias úteis, durante 9 horas diárias.

Ademais, DM presta serviços de gerenciamento, essenciais à manutenção do Condomínio, e, portanto, atividade fim da empresa, de forma que tais atividades deveriam ser efetuadas por um empregado. Além disso, conforme já mencionado, atua como preposto em reclamações trabalhistas propostas em face do Condomínio, sendo que há entendimento sumulado de que a atividade de preposto só pode ser exercida por empregados das empresas reclamadas.<sup>104</sup>

Dessa forma, diante da prestação de serviços ocorrida na realidade, verifica-se que há a caracterização de um vínculo empregatício entre DM, sócio da empresa “X” e o Condomínio de Shopping Center “Y”, sendo que a sociedade “X” surgiu apenas como simulação, para ocultar a relação de emprego subjacente, em evidente fraude à legislação trabalhista. Assim, ocorridos o abuso e a supressão de direitos do “empregado”, é possível a desconsideração da personalidade jurídica de “X”, para possibilitar o reconhecimento do vínculo empregatício entre a pessoa física de DM e o Condomínio de Shopping Center “Y”.

---

<sup>104</sup> Súmula nº 377 do TST: “PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 99 da SBDI-1) - Res. 129/2005 – DJ 20.04.2005. Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT.”

## **Conclusão**

Tendo em vista tudo o que foi até aqui explanado, caracterizada a relação de emprego como um vínculo entre o empregador e o empregado, no qual aquele admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho) e este é uma pessoa física que presta serviços àquele com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, pode-se concluir que:

1. O contrato de emprego não é como os demais contratos, vez que caracterizado pela existência de uma hipossuficiência do empregado em relação ao empregador (este dotado do poder diretivo, enquanto que aquele a ele se subordina), e a limitação da autonomia da vontade existente em sua celebração;

2. A subordinação jurídica objetiva deve ser vista principalmente como assunção dos riscos da atividade pelo tomador dos serviços e inserção dos serviços prestados na estrutura da empresa, como essencial à finalidade desta;

3. Existe uma premente necessidade de se perceber os trabalhadores como investimento, uma vez que constituem um fator de produção indispensável ao desenvolvimento da atividade produtiva;

4. A simulação existente na constituição de uma pessoa jurídica prestadora de serviços, para tentar ocultar o vínculo empregatício, configura ato nulo, nos termos do art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho;

5. No direito do trabalho incidem os princípios da primazia da realidade e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, de forma que se considera válida, em detrimento do pactuado, a relação entre empregador e empregado que se materializa durante a consecução do contrato;

6. Há a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica "empregada", tornando possível o reconhecimento do vínculo empregatício, entre pessoa física que presta serviços preenchendo todos os requisitos necessários à configuração da relação de emprego, e a empresa "empregadora".

Portanto, quando for contratada uma empresa para prestar serviços para outra organização produtiva, e se verificar que, em verdade, é a pessoa física do sócio que está desenvolvendo a prestação de serviços de forma pessoal, onerosa,

não eventual e com subordinação, há fraude à legislação trabalhista, na qual a empresa interposta não passa de mera simulação.

Nesse sentido, a reportagem de Tatiana Diniz expressa a prática do mercado de trabalho brasileiro:

Na prática, o que ocorre é a simples substituição do tipo de contrato de trabalho – troca-se a 'papelada' baseada na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) por uma prestação de serviços por pessoa jurídica. Com isso, o candidato [a emprego] perde os benefícios previstos por lei, mas suas atribuições e horários na firma não são alterados. 'Nesses casos, são funcionários 'disfarçados' de empresas. A prática constitui fraude'<sup>105</sup>

Assim, possível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa "empregada", para que se reconheça o vínculo empregatício existente entre a pessoa física do sócio "empregado" e a empresa para a qual ele presta serviços, principalmente em vista do disposto no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Dessa forma, a importância do trabalho desenvolvido reside na possibilidade de se reconhecer aos chamados "PJs" os direitos trabalhistas que lhes foram suprimidos, mediante desconsideração, justamente, de sua personalidade jurídica *ad hoc*, ou seja, criada somente para possibilitar a fraude à legislação trabalhista por parte de empresários que visam apenas ao lucro e a seu próprio bem-estar, sem qualquer preocupação social, e sem se preocupar, tampouco, com os direitos e garantias fundamentais daqueles que com eles mantêm relações profissionais.

---

<sup>105</sup> DINIZ, op. cit., p. F1.

## Referências Bibliográficas

BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BERTOLDI, Marcelo M. *Curso Avançado de Direito Comercial*, v. 1: Teoria Geral do Direito Comercial e Direito Societário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de Pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DINIZ, Tatiana. *Pessoa Jurídica – Aceitar proposta da empresa e virar prestador de serviço requer análise prévia*. In: Jornal Folha de São Paulo. Página F1. São Paulo, domingo, 12 de setembro de 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

GENRO, Tarso Fernando. *Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 2004.



GRASSELLI, Odete. *Empregado em face do empregador, pessoa jurídica, na contemporaneidade: uma questão de desconsideração*. Curitiba: 2003. Dissertação de mestrado. Orientadora: Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

LEFTWICH, Richard H. *O Sistema de Preços e a Alocação de Recursos*. 6.ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1983.

MACHADO, Sidnei. *A Subordinação Jurídica na Relação de Trabalho – uma perspectiva reconstrutiva*. Curitiba: 2003. Tese de doutorado. Orientadora: Professora Aldacy Rachid Coutinho.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr, 1994.

PINDICK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5.ed. trad. e revisão técnica: Eleotério Prado. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. Trad: Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*.  
2. ed. São Paulo: LTr, 1999.