

CONSIDERAÇÕES SOBRE VÍNCULO DE EMPREGO, O INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO E AS FRAUDES RECORRENTES

Considerations on employment relationship, the outsourcing framework, and recurring frauds

Francis Marília Pádua¹
Marcel de Ávila Soares Marques²

ÁREA: Direito do Trabalho

RESUMO: Tem-se recentemente deparado com a retomada intensa das discussões acerca dos contratos de terceirização de mão de obra. Diante de tal situação, faz-se necessário um retorno ao estudo de conceitos básicos que norteiam o direito do trabalho e a configuração de vínculo de emprego. A possibilidade de terceirização apresentada pela legislação novel não tem o condão de invalidar os reconhecimentos de supostas fraudes que ocorrem nas contratações realizadas com a única finalidade de não caracterizar vínculo de emprego, mesmo quando preenchido todos os requisitos objetivos para tanto. Nesse ensaio debater-se-ão os conceitos

¹ Doutora em Educação pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Campus de Marília. Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Professora permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Coordenadora do curso de Graduação em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). E-mail: Email: franmpadua@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6905582737299370>.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR), Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo LFG e Juiz do Trabalho do TRT15. E-mail: marcel.mar84@gmail.com . Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0858305839276626>.

em análise, a necessidade dos vínculos de emprego para aquecimento da economia, os contratos de terceirização que são alvo de fraudes, as consequências do reconhecimento de fraude e invalidação de tal formato de contratação, por fim debruça-se sobre os recentes votos apresentados pelo Ministro Flavio Dino, integrante da Suprema Corte brasileira cotejando-se com as decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, órgão máximo da jurisdição trabalhista, com competência originária para julgamento de tais ações. Durante o caminho, tem-se que cruzar com as equivocadas decisões proferidas pela Suprema Corte, afastando a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de tais pedidos. Por fim, avaliar-se-á as questões apresentadas e a forma possível de melhor compreender os institutos e permitir a coexistência dos diversos formatos de contrato nas relações de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Vínculo. Emprego. Terceirização. Fraude. Decisões Judiciais

ABSTRACT: Recently, there has been an intense resumption of discussions regarding labor outsourcing contracts. In light of this situation, it is necessary to return to the study of basic concepts that guide labor law and the configuration of an employment relationship. The possibility of outsourcing presented by the new legislation does not have the power to invalidate the recognition of alleged frauds that occur in contracts carried out with the sole purpose of not characterizing an employment relationship, even when all the objective requirements for such are met. In this essay, we will discuss the concepts under analysis, the need for employment relationships to stimulate the economy, outsourcing contracts that are the target of fraud, the consequences of the recognition of fraud and invalidation of such a form of contracting, and finally, we will focus on the recent votes presented by Minister Flavio Dino, a member of the Brazilian Supreme Court, comparing them with the decisions rendered by the Superior Labor Court, the highest body of labor jurisdiction that has original jurisdiction for the judgment of such actions. Along the way, we have to deal with the erroneous decisions rendered by the Supreme Court, which have removed the jurisdiction of the Labor Court to judge such requests. Finally, we will evaluate the issues presented and the possible way to better understand the institutes and allow the coexistence of the various contract formats in labor relations.

KEYWORDS: Employment relationship - Outsourcing - Fraud — Judgement

SUMÁRIO: Introdução. 1. O vínculo de emprego. 1.1 A importância do contrato de emprego para o desenvolvimento da sociedade. 1.2 Dos requisitos para o reconhecimento do vínculo de emprego. 1.3 O empregador. 1.4 O empregado. 2. Terceirização x pejetização. 2.1 Terceirização. 2.2 As hipóteses de fraudes reconhecidas pela Justiça do Trabalho. 3. As decisões da Suprema Corte. 4. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A relação de emprego no Brasil sempre foi alvo de extenso debate, desde a sua conceituação com a definição dos critérios e das figuras de empregado e empregador constantes nos artigos segundo e terceiro da Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, até a definição da competência da Justiça do Trabalho, prevista no art. 114 de nossa Carta Magna que estabelece a competência para julgar as ações decorrentes das relações de trabalho.

Vagando pela história econômica de nosso país pode-se captar que as relações de trabalho existentes em determinados períodos também servem como excelente indicador do quão aquecida nossa economia se encontra, por isso da importância de se compreender e estabelecer os critérios definidores dessa modalidade de prestação de serviços.

Inegável a evolução ocorrida em tais relações desde a entrada em vigor da legislação que ainda rege tais contratos, nosso país deixou de ser somente rural, desenvolvendo uma indústria consolidada e estabelecendo a moradia da maioria da sua população nas cidades e áreas urbanas. Somado a tais mudanças, temos a inegável evolução e revolução tecnológica e todas as novas formas de relação de trabalho existentes.

Levando tais aspectos em consideração depara-se com a figura da terceirização de mão de obra, com uma legislação específica prevendo a sua possibilidade e regulação, porém tal possibilidade não extinguiu nem fez sucumbir as relações de trabalho fundadas em vínculos de emprego, inclusive não deve ser a forma preponderante

de relação de trabalho, haja visto as proteções trabalhistas legais de tal relação, bem como as proteções previdenciárias e sociais, fundamento presente na Constituição Federal de 1988.

Diante das incontáveis divergências existentes quanto ao reconhecimento da licitude dos contratos de terceirização de mão de obra, somados às decisões judiciais que estão sendo proferidas pelo Supremo Tribunal Federal cassando decisões consolidadas no âmbito da Justiça Especializada o tema em debate nesse ensaio se coloca em voga nas discussões acadêmicas e jurisdicionais.

Por fim, resta necessário destacar que a própria legislação trabalhista, desde o seu nascedouro já previu os casos de fraude que poderiam ser enfrentados nas relações por ela reguladas, prevenindo expressamente suas consequências e a necessidade de proteção, pois, em regra, tais relações expõe profunda desigualdade entre empregados e empregadores, não podendo ser tratados igualmente sob o risco de incorrer em consolidação de desigualdade e exploração do hipossuficiente.

1. O VÍNCULO DE EMPREGO

1.1 — A importância do contrato de emprego para o desenvolvimento da sociedade

Antes de adentrar-se nos requisitos e conceitos dos contratos de emprego, bem como dos efeitos deles decorrentes, cabem breves considerações sobre o papel de tais institutos na evolução social dos países.

Um dos índices oficiais utilizados para medir o desenvolvimento social de um país é a percentagem da população desempregada. Segundo o IBGE, o desemprego, de forma simplificada, se refere às pessoas com idade para trabalhar (acima de 14 anos), mas que não estão trabalhando, mas estão disponíveis e tentam encontrar trabalho. Sendo assim, conforme a metodologia usada pelo Instituto

Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua — PNAD, o estudante e a dona de casa são pessoas que estão fora da força de trabalho, já o empreendedor é considerado ocupado.

O último resultado de tal pesquisa apontou como taxa de desemprego no Brasil o percentual de 6,1%, no trimestre encerrado em novembro de 2024, atingindo a menor taxa da história desde a implantação da metodologia atualmente utilizada (2002).

Inegável que um índice de desemprego baixo corresponde a uma economia ativada, crescente e aquecida. Em setembro de 2024, o país já tinha apresentado um crescimento de seu PIB de 3,3%. Ainda que se tenha amplo debate sobre a sustentabilidade de tal crescimento somado ao baixo índice de desemprego, não se pode negar que na realidade, a existência de empregos formais disponíveis estimula o empregador a cumprir a legislação trabalhista, ao saber que caso seus empregados venham a se demitir terão facilidade em encontrar recolocação no mercado de trabalho, ademais, existe um custo embutido em cada nova contratação com a capacitação e adaptação do novo empregado.

O índice de desemprego também permite uma análise sobre a desigualdade social existente em um país. O desemprego em altos índices traz como consequência o aumento da pobreza e, consequentemente, da desigualdade social. O desemprego leva à perda de renda, o que, por sua vez, aumenta os índices ora em comento.

Cabe destacar, ainda em uma análise social do índice de desemprego, que a população mais afetada por tal situação são as mulheres, pessoas pretas e pardas e aquelas com ensino médio incompleto. Tais grupos permaneceram acima da média nacional no primeiro trimestre de 2024, enquanto para homens o índice foi de 6,5%, para as mulheres foi de 9,8%, os que se declaram brancos tiveram índice de 6,2%, já os pretos alcançaram 9,7% e os pardos 9,1%. Faz-se necessário a análise de todos esses indicadores, inclusive para construção de políticas públicas direcionadas para a solução do desemprego junto aos mais afetados.

Por fim, é necessário destacar que o desemprego gera efeitos diretos nos direitos sociais a serem implementados, como saúde, previdência e seguridade social. A previdência social, conforme previsão legal, estabelece quem são os segurados obrigatórios e facultativos. O empregado com vínculo estabelecido e “carteira assinada” está no rol de segurados obrigatórios, sendo responsabilidade do empregador o recolhimento das contribuições previdenciárias.

Pertencer ao grupo dos segurados obrigatórios, ainda que mediante uma contribuição compulsória e que frequentemente é alvo de comparações inverídicas, garante uma proteção durante todo o vínculo de emprego e até mesmo posterior, quando ainda no “período de graça”. As comparações afirmam que, caso depositasse toda essa contribuição em uma aplicação financeira, os empregados teriam um rendimento muito mais e um acúmulo financeiro expressivo, porém, os adeptos desta tese, se esquecem de enfatizar que a seguridade social não se trata somente de uma provável aposentadoria, mas sim de um complexo de proteções que incluem eventuais acidentes de trabalho, invalidez precoce, licença maternidade, etc.

Por fim, destaca-se que em recente decisão, quando da apresentação de seu voto nos autos da Reclamação 67348/STF, o Ministro Flavio Dino, relator do processo, destacou tais situações quando do reconhecimento do vínculo de emprego e encerrou afirmando ser de interesse do Estado tais situações, pois ao fim e ao cabo, muitas vezes acontece de pessoas que não contribuírem com a previdência social durante uma vida produtiva acabam sendo beneficiários de valores decorrentes do sistema da Seguridade Social causando um desequilíbrio atuarial nas contas do Estado.

1.2 Dos requisitos para o reconhecimento do vínculo de emprego

O eventual reconhecimento de um vínculo de emprego decorre, inicialmente, de alguma relação de trabalho havida. A Constituição

Federal prevê essa relação e o art. 114 da CF/88 atribui à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações oriundas desta relação. A atual redação constitucional foi definida pela EC 45 de 2004, que ampliou o rol de ações de competência da justiça especializada. Anteriormente, a previsão se limitava às ações de empregados contra o empregador (relação de emprego).

Nossa Carta Magna prevê, desde a sua promulgação, em seu capítulo segundo, art. 6, a definição dos direitos que integram o rol dos direitos sociais, entre eles o trabalho, a moradia, educação, saúde, etc. Nesse mesmo capítulo o legislador constituinte também decidiu listar um extenso rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, caracterizando e dando força constitucional para direitos trabalhistas como irredutibilidade salarial, salário-mínimo, 13º salário, adicional noturno, jornada de 8 horas e 44 horas semanais, remuneração de horas extras superior em, no mínimo 50%, igualdade salarial, proibindo diferenciação decorrente de sexo (gênero), idade, cor ou estado civil, etc.

Nesse ponto, merece destacar o pioneirismo do legislador originário em reconhecer a necessidade de proteção constitucional para tais direitos, já prevendo, ainda no ano de 1988, a necessidade de relações de trabalho justas e homogêneas para o desenvolvimento do país.

Reconhecendo a existência de uma relação de trabalho que pode ser alvo de discussão, o seu processamento e julgamento deverá ser feito pela Justiça do Trabalho. Assim, analisam-se os aspectos legais e os requisitos para o reconhecimento do vínculo de emprego, que demanda um relacionamento jurídico entre um empregado, pessoa física que disponibiliza a sua força de trabalho, com um empregador que demanda tal força de trabalho e é proprietário dos meios de produção.

A legislação infraconstitucional traz a definição dessas personagens, quais sejam, empregado e empregador. No Brasil, a principal legislação aplicável às relações de emprego é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que data de 1º de maio de 1943.

1.3 O empregador

O artigo segundo dessa legislação define o conceito de empregador como a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Lembrando que essa redação data de 1943, a jurisprudência, evolução social e legislativa já previa a possibilidade de o empregador ser pessoa física, como, por exemplo, nos trabalhos domésticos. A própria CLT, em sua redação original também prevê que os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados se equiparam a empregador para os efeitos exclusivos da relação de emprego.

O primeiro ponto apresentado na legislação para a definição de empregador é a assunção dos riscos da atividade econômica e não poderia ser diferente, o empregado não é sócio de seu empregador, ele não participa da administração da empresa, ele não é destinatário dos lucros obtidos (salvo a situação específica da Participação em Lucros e Resultados — PLR), sendo assim, qualquer risco de insucesso da atividade empresarial também não pode recair sobre o empregado, ou seja, o pagamento de qualquer verba salarial destinada aos empregados não pode ser condicionado ao bem caminhar da atividade.

Tamãha é a responsabilidade do empregador por tais riscos que não são cabíveis eventuais exceções, como a onerosidade excessiva ou a força maior. Qualquer impedimento de continuidade da atividade, mesmo que com culpa de terceiros, como interdição de rua, matéria-prima escassa, importação ou exportação suspensas, ou até desastres naturais, nada será suficiente para autorizar o não pagamento dos direitos trabalhistas devidos e salários.

Os dois critérios seguintes é a admissão e pagamento de salário. Neste aspecto, o empregador tem a prerrogativa da escolha das pessoas que serão contratadas, administrando seu processo seletivo, sem necessidade de justificativa pela escolha definida. A admissão de um empregado é um direito potestativo do empregador, po-

dendo ser exercido livremente desde que respeitadas as definições legais. Ressalta-se que a legislação reduziu ou limitou esse exercício livre ao definir alguns critérios objetivos que devem ser cumpridos pelos empregadores. Entre tais critérios pode-se listar o preenchimento de cotas para deficientes físicos ou para menores aprendizes. Como já listado, o empregador também não pode estabelecer critérios de gênero, etnia, idade e estado civil, nem mesmo exigir comprovação de experiência de mais de seis meses na atividade, sendo essa uma das formas encontradas pelo legislador para incentivar e estimular a política da qualificação profissional e do primeiro emprego (art. 442-A, da CLT, inserido pela lei n.º 11644/2008).

Destaca-se que tais critérios e orientações legais devem ser cumpridos, porém, diante de qualquer ausência de manifestação do empregador, seja por atos, comportamentos ou palavras exteriorizando que a definição da contratação se deu considerando qualquer um desses critérios proibidos, a mera desconfiança não gerará nenhum efeito.

Sendo assim, pode-se afirmar que a autonomia da contratação dos empregados não restou eliminada, mas pelo menos reduzida e limitada.

Remunerar o trabalho prestado também é condição para o reconhecimento do vínculo empregatício, caracterizando-se o critério da onerosidade no contrato de emprego. Pergunta-se: é possível alguma relação de trabalho não remunerada? A resposta é sim, mas trata-se de trabalho voluntário que não tem a proteção nem a garantia dos direitos previstos aos empregados, salvo eventual ressarcimento de despesas.

Receber salário e remuneração é uma característica preponderante na relação de emprego. O empregado remunera a sua força de trabalho dispensada em prol da atividade econômica do empregador, força essa que não tem como ser retomada caso não haja pagamento, inclusive, essa é uma das características da relação de emprego, o tempo disponibilizado e a força de trabalho dispensada pelo empregado não podem ser restituídos, cabendo somente a sua remuneração, por isso da importância dada às verbas nomeadas como re-

muneratórias. A energia humana, uma vez empreendida em prol do empregador, é irrecuperável, não retornável e inexorável.

Por fim, a última característica prevista é a direção da prestação pessoal do serviço. Trata-se do conceito nomeado como *jus variandi*. Cabe ao empregador definir como o trabalho será prestado, é ele quem define as metas que quer ver alcançada, as práticas envolvidas no desenvolvimento da atividade empresarial. Ao assumir os riscos da atividade econômica, escolher os empregados admitidos e pagar os salários, o empregador atrai para si o direito/dever de dirigir, coordenar e orientar as atividades dos seus empregados. Destaca-se que os contratos de emprego atuais estão cada vez mais multifacetados, possibilitando afirmar que existem multiplicidades de graus de direção, inclusive dentro da mesma empresa e estabelecimento, podendo ter empregados que serão mais dirigidos do que outros e empregados que não serão dirigidos e dotados de maior autonomia na sua atuação, sem descaracterizar o contrato de emprego. Esse tema será mais bem-apresentado e debatido quando da análise da caracterização da figura do empregado.

Ainda, tratando-se das responsabilidades do empregador, faz-se necessário esclarecer que a legislação previdenciária estabelece o recolhimento de contribuições previdenciárias daqueles que figuram como seus empregados. Reafirma-se que o empregado contratado é reconhecido como segurado obrigatório (art. 12, Lei 8212/91), ou seja, a partir do momento que se encontra com carteira de trabalho assinada é compulsório o recolhimento da contribuição, tanto da parte do empregador, quanto da parte que cabe ao próprio empregado. Essa contribuição é calculada com base na remuneração do empregado, com alíquotas variáveis e crescentes.

Ainda que parte da contribuição previdenciária devida seja suportada pelo próprio empregado, mediante desconto em seu holerite, o responsável pelo recolhimento da integralidade dos valores tributários (parte do empregado e parte da empresa) é o empregador, conforme previsto no art. 30, inciso I, letra a), da lei 8212/91.

Imperioso destacar que a inscrição obrigatória dos empregados

como segurados é o que permite a fruição dos benefícios previstos na lei 8213/91, listando exemplificativamente, auxílio-maternidade, auxílio-doença acidentário em caso de afastamentos decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional, além de todas as previsões de aposentadoria, inclusive por invalidez.

Além dos benefícios supracitado, somente os empregados registrados podem ser beneficiários do programa de auxílio-desemprego, permitindo certa tranquilidade na busca por outro emprego quando surpreendido pela rescisão unilateral do contrato de trabalho, bem como fazendo jus ao saque dos valores depositados na conta vinculada do FGTS, somados à multa de 40%.

1.4 O empregado:

Vale destacar que a ordem de apresentação e conceituação seguida nesse ensaio percorre o mesmo caminho que a legislação definiu (CLT), por isso da apresentação inicialmente do empregador, que está no art. 2, e posteriormente do empregado, que se localiza no art. 3, ambos da CLT.

Sendo assim, o art. 3, da CLT reconhece como empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário. O parágrafo único do art. 2 traz um destaque importante, sendo a proibição de distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

A lei 12.551/11 trouxe uma redação ao art. 6 da CLT que, com a pandemia, foi muito utilizado e bem-vindo, ao prever a ausência de qualquer distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador daquele realizado em casa, o *home office*, ou realizado a distância. Resumindo, os requisitos para ser caracterizado como empregado são: subordinação, habitualidade, pessoalidade e onerosidade.

A análise de tais requisitos merece ser realizada interligadamente, pois eventual enfraquecimento de algum dos requisitos aca-

ba por esvaziar os demais. Explica-se: caso a atividade produtiva permita que o trabalho seja prestado por qualquer pessoa enviada pelo agente local, tem-se um enfraquecimento do requisito da pessoalidade, por não se tratar de um empregado em particular. Ao mesmo tempo, tem-se uma queda no grau de importância da subordinação, pois não haverá ordens e determinações impostas a este ou àquele trabalhador e, assim, haverá um esvaziamento no quesito da habitualidade, ao poder ser um trabalhador diferente a cada dia a prestar serviços.

A doutrina reconhece amplamente que o requisito mais importante e destacado é o da subordinação. O contrário ao trabalho subordinado seria o autônomo e, com frequência, crescente essa tem sido a alegação nas defesas em processos que visam reconhecer o vínculo empregatício. Mesmo quando se trata de prestação de serviço de forma autônoma também está se tratando de um trabalhador, sendo possível afirmar que nem todo trabalhador é empregado, mas todo empregado certamente é um trabalhador.

A análise da subordinação pode ser dar pelo menos em três aspectos, econômico, técnico e jurídico. Quanto à análise econômica e técnica a evolução social nos permite afirmar que ficou mais rarefeita, pois quantas vezes depara-se com situações em que o empregado recebe um salário mais alto do que lucra o empregador e, muitas vezes, isso decorre do conhecimento técnico que o empregado tem e o empregador depende.

A subordinação jurídica está intrinsecamente conectada ao exercício do poder diretivo, sendo de exclusividade do empregador. O conceito de subordinação jurídica pode ser reconhecido como as ordens emitidas pelo empregador que digam respeito à organização, e aos métodos a serem adotados no ambiente de trabalho, e devem ser respeitadas, acolhidas e cumpridas por seus empregados, quer se trate de uma atividade econômica, quer se trate de um lar ou de uma casa de caridade.

Superada a análise do requisito da subordinação, trata-se da habitualidade, que tem como pano de fundo a expectativa do em-

pregado em seu desenvolvimento profissional e de uma boa organização empresarial, somada à prosperidade no empreendimento por parte do empregador. Destaca-se que a habitualidade ou não eventualidade caracteriza-se muito mais na repetição esperada do que necessariamente no número de dias da semana ou de horas laboradas. Sendo assim, alguém que trabalha em todas as segundas-feiras, ou a cada 15 dias, porém com regularidade, pode ser caracterizado como preenchido o requisito da habitualidade, enquanto alguém que tenha trabalhado por duas semanas seguidas pode não ter cumprido tal requisito. O que orienta a análise desse requisito é a expectativa na continuidade da prestação dos serviços. Ainda que se tenha conhecimento sobre as novas modalidades de contrato de trabalho, como o intermitente, inserido pela Lei da Reforma Trabalhista, ou de tempo parcial, destaca-se que não é esse o foco do presente ensaio, cabendo somente a análise da condição para formação do vínculo de emprego.

O terceiro critério para configuração do contrato de emprego é a onerosidade. Como já analisada na avaliação da figura do empregador, ela caracteriza-se como a contraprestação devida pelo empregador ao empregado pela sua força de trabalho dispensada. A onerosidade é condição, pois, do contrário, estar-se-ia tratando de trabalho voluntário.

Necessário esclarecer que salário é uma espécie de remuneração. Além dessa figura, pode-se listar um rol de formas de remuneração, como os adicionais condicionais — adicional insalubridade, noturno, horas extras, além das bonificações como décimo terceiro salário e 1/3 de férias.

Por fim, tem-se que tratar de parcelas recebidas pelos empregados diretamente dos clientes, como as gorjetas ofertadas aos empregados pela sua boa atuação na função.

O último requisito para chegar-se ao esperado contrato de emprego e reconhecimento do vínculo é a pessoalidade. O empregado é aquela pessoa específica e determinada, escolhida e contratada pelo empregador para uma prestação de serviço pessoal. Caso a

contratação seja para alguma prestação de serviço, como, por exemplo, pintar uma parede ou construir um muro, a tendência, por se tratar de uma prestação de serviço impessoal, refoge ao âmbito do direito do trabalho.

Entre as diversas possibilidades já enfrentadas na justiça do trabalho, o requisito da personalidade encontra papel importante no reconhecimento do vínculo de emprego, principalmente ao deparar com as falsas impessoalidades, por exemplo, cooperativas fraudulentas e terceirização falsa.

Ultrapassada a conceituação da figura do empregador e do empregado, personagens principais no contrato de trabalho que permite o reconhecimento do vínculo de emprego, avaliam-se as possibilidades de terceirização e suas hipóteses fraudulentas.

2. TERCEIRIZAÇÃO x PEJOTIZAÇÃO

2.1 Terceirização

Primeiro ponto que merece abrir o capítulo para tratar de terceirização é esclarecer que qualquer terceirização pressupõe a participação de três atores, quais sejam, a empresa tomadora, a empresa prestadora e o empregado. Não é possível reconhecer qualquer legalidade em uma terceirização em que figuram somente dois atores, em especial, a empresa tomadora e a empresa prestadora de serviços. Frequentemente, diante dessa situação, estar-se-á diante de outro fenômeno, chamado de pejotização.

Quando se está tratando de uma terceirização legal, tem-se a figura da empresa tomadora, sendo aquela que contrata outra empresa para prestar algum serviço específico dentro da sua linha de produção, podendo, inclusive, ser na atividade fim, conforme previsto na Lei 13.429/2017, ratificado pela decisão do STF nos autos de diversas ações que reconheceram a constitucionalidade de tal instrumento legal (ADPF 324, RE 958.252 e ADIs 5685, 5686, 5687,

5695 e 5735). Por esta lei e pela decisão da Corte Maior, restou permitido que um hospital terceirize a contratação de médicos e enfermeiros, assim como uma escola pode terceirizar a contratação de seus professores.

Nesse contexto, a empresa tomadora firma um contrato civil com a empresa prestadora estabelecendo os serviços que serão prestados e os valores que serão pagos. A empresa tomadora que terceiriza algum setor de sua linha produtiva somente com o intuito de redução de custos já deixa claro que chegou ali pelos motivos errados. A ideia de terceirizar algum serviço é ter acesso a algo mais qualificado, que demande capacitação constante e específica e a empresa tomadora não tem condições de manter empregados contratados para tais situações. Caso essa transferência de atribuição tenha como objetivo o barateamento, provavelmente algo não se encaixará nessa equação.

Entre a empresa prestadora, aquela que fornece o “serviço” para a empresa tomadora, e a pessoa que irá atender a esse serviço deve ter um contrato de emprego. Existe vínculo empregatício, direitos garantidos na legislação trabalhistas e carteira de trabalho assinada com a empresa terceirizada.

A empresa tomadora pode fixar a forma de organização e os métodos de desenvolvimento da função. Em regra, ela cede as instalações físicas para a realização dos serviços, assim como os bens móveis e as ferramentas de trabalho, banco de dados, endereços, telefones dos clientes, etc. Exige ainda um controle de qualidade, podendo requerer a exclusividade de algum prestador, bem como a sua substituição, entre outros aspectos.

A lei 13.429/2017 regulamentou a terceirização no Brasil, abrindo novas possibilidades para a contratação de prestação de serviços por meio de empresas interpostas, impactando as relações trabalhistas.

A lei em comento conceitua empresa prestadora de serviços a terceiros como a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar os serviços determinados e específicos. Prevê expressamente que a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e

dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para a realização desses serviços.

Outro ponto de destaque nessa legislação é a previsão de responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas referentes ao período que ocorrer a prestação de serviços. Prever a responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas já deixa claro que a relação entre a empresa prestadora e os trabalhadores é de vínculo de emprego e tal responsabilidade será apurada em eventual reclamatória trabalhista junto à justiça especializada.

Um ponto curioso previsto em tal legislação é a determinação de não configuração de vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, e a empresa contratante. A necessidade de prever na lei a impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício já presume que tal discussão chegará ao Poder Judiciário. Quando o contrato de terceirização de mão de obra seguir as determinações legais e cumprir com os requisitos estabelecidos, não se terá risco de ver reconhecido tal vínculo, mas diante de alguma possibilidade de fraude, não será a legislação que impedirá tal reconhecimento.

2.2 As hipóteses de fraudes reconhecidas pela Justiça do Trabalho

Cumprir apresentar um histórico jurisprudencial acerca do tema. Primeiro destaque que merece ser considerado é que a Justiça do Trabalho sempre foi reconhecida como o órgão competente para processar e julgar as demandas oriundas das relações de trabalho, conforme previsão no art. 114 da CF/88, inclusive quando era questionada a validade do contrato de terceirização, bem como o descumprimento das obrigações legais por parte da empresa prestadora de serviços.

Entre as lides apresentadas na Justiça Especializada encontram-se aquelas que perseguem o pagamento dos direitos negligenciados pe-

las empregadoras, ou seja, as empresas prestadoras e a conseqüente responsabilidade subsidiária da tomadora ou tomadoras, destacando que o empregado pode ter se ativado em diversas empresas tomadoras. Essas ações ainda persistem na Justiça do Trabalho e são constantemente instruídas e julgadas, por exemplo, os contratos de terceirização firmados pelos órgãos públicos para serviço de vigilância, limpeza, asseio e manutenção, bem como empresas privadas, associações, etc., que entendem ser mais interessante terceirizar tais serviços.

Antes da regulamentação legal acerca da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, o Tribunal Superior do Trabalho — TST, diante do alto número de demandas apontando o descumprimento das regras trabalhistas nos contratos de terceirização já havia consolidado, por meio da edição da Súmula 331, a possibilidade de reconhecer tal subsidiariedade.

Porém, não são essas ações que geram alguma controvérsia e sim aquelas que apresentam uma forma de terceirização que acaba infringindo o art. 9 da CLT. Tal artigo prevê que “serão nulos de pleno direito os atos praticados para desvirtuar ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

É nesse ponto que todos os problemas e divergências começam a existir. Enquanto a terceirização era utilizada corretamente, com os três atores cumprindo seus papéis, as controvérsias persistiam somente no cumprimento da legislação. Porém, criativamente, alguns empregadores passaram a terceirizar contratando empresas “individuais”, pessoas físicas que se tornavam pessoa jurídica.

Analisando o histórico das hipóteses em que isso ocorreu, primeiramente surgiram casos em que, ainda que existissem os três atores, a empresa prestadora era somente uma mera intermediária e o empregado trabalhava diretamente para a empresa tomadora, recebendo ordens diretas, com subordinação intensa, e todos os requisitos do vínculo empregatício preenchido. Diante dessa situação e com ausência de previsão legislativa, a Justiça do Trabalho passou a aplicar o previsto no art. 9º da CLT, reconhecendo a fraude ocorrida e aplicando integralmente o previsto na legislação consolida-

da, ou seja, passou a reconhecer o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, condenando-o de forma solidária pelas verbas trabalhistas devidas.

Essa situação foi consolidada na Súmula 331 do C. TST, prevendo que a terceirização só seria válida nas atividades meio, não podendo terceirizar a atividade fim. Com a introdução da lei das terceirizações já citada, a terceirização da atividade fim passou a gerar profunda divergência entre as decisões judiciais proferidas pela Justiça Especializada e pela Suprema Corte brasileira.

Resumindo, é imperioso destacar que a pejetização, ou seja, quando o empregador precisa de um empregado, trabalhando habitualmente com exclusividade, sendo sempre a mesma pessoa, remunerando onerosamente e seguindo todas as regras e procedimentos determinados pelo contratante, ainda que tenha se tentado evitar o vínculo de emprego criando uma pessoa jurídica e, muitas vezes, custeando sua criação e o pagamento das despesas dali decorrentes, está-se, na verdade, diante de um vínculo de emprego e qualquer posicionamento em sentido contrário irá confrontar o quanto previsto na legislação.

3. AS DECISÕES DA SUPREMA CORTE

Por fim, chega-se atualmente à jurisprudência e seus desdobramentos. O ponto principal da virada de chave da jurisprudência que reconhecia a fraude nas contratações por pessoa interposta, também reconhecida como pejetização, se deu na definição do TEMA 725 da repercussão geral do STF. Prevê tal tema:

Tema 725 — Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa.

Relator(a):

MIN. LUIZ FUX

Leading Case:

[RE 958252](#)

Descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º, 5º, II, XXXVI, LIV e LV e 97 da Constituição federal, a licitude da contratação de mão-de-obra terceirizada, para prestação de serviços relacionados com a atividade-fim da empresa tomadora de serviços, haja vista o que dispõe a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e o alcance da liberdade de contratar na esfera trabalhista.

Tese:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

A partir do momento que o STF consolidou pela possibilidade irrestrita de terceirização da atividade fim, as empresas contratantes passaram a entender que a pejetização foi regulamentada. Isso decorre porque na construção do TEMA não foi considerado a forma de empresa que pode ser considerada prestadora e diante disso, passou-se a “estimular” e condicionar a contratação de qualquer prestador de serviços a abertura de uma pessoa jurídica, com uma única pessoa no quadro societário e firmado um contrato entre pessoas jurídicas.

Não bastasse tal situação, o STF também passou a entender que a competência para processar e julgar qualquer lide relativa a essa relação não é da Justiça do Trabalho e sim da Justiça Comum.

O que causa espanto nos defensores da competência da Justiça do Trabalho é que o art. 114 é explícito ao definir a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho e, em casos de pejetização, o principal foco da demanda é a relação de trabalho havida entre empresa contratante e o empregado pejetizado. Os pedidos constantes em tais reclamações decorrem da aplicação da legislação trabalhista, não se discute verbas oriundas de eventual descumprimento contratual.

As decisões do STF têm se mantido e a Justiça do Trabalho não

seria mais competente para julgar tais ações e tem encerrado a lide, remetendo a discussão para a Justiça Comum para analisar se houve ou não fraude na contratação.

Examinado tal situação, o “empregado” titular de uma pessoa jurídica unipessoal ajuizaria uma ação na Justiça Comum afirmando que o contrato foi fraudulento e que, na verdade, se trata de contrato de emprego. Pelo posicionamento jurisprudencial, caberá à Justiça Cível avaliar e julgar se aquele caso é de reconhecimento de vínculo de emprego e, caso assim entenda, deverá remeter o processo para a Justiça do Trabalho, sendo a Justiça Especializada, portadora da “*expertise*” para tal análise.

A Suprema Corte não traçou nenhuma diferenciação entre terceirização lícita e pejetização fraudulenta, permitindo assim um aumento no índice de tais situações. Tem-se deparado frequentemente com situações em que o empregador rescinde o contrato de trabalho, paga as verbas rescisórias e *pari passu*, contrata o mesmo empregado via pessoa jurídica unipessoal.

Inegável que tal situação caracteriza-se como uma fraude à aplicação da legislação trabalhista, gerando efeitos nefastos na sociedade diante de toda a precarização e privação de direitos básicos trabalhistas, permitindo uma exploração dantes inimaginável.

As decisões consolidadas pela Suprema Corte passaram a ser a maior forma de precarização e flexibilização das leis trabalhistas. Entretanto, tal precarização não decorreu da legislação e sim da interpretação ampla e elástica promovida pelo STF.

O Ministro Flávio Dino, nos últimos julgamentos sobre a matéria proferidos pela 1ª Turma do STF, apresenta uma luz no fim do túnel, afirmando em seu voto que a prática que envolve a contratação de trabalhadores como pessoas jurídicas traz riscos à proteção social e trabalhista.

Além de tal afirmação, o Ministro apresentou falas contundentes e enfáticas, que passam a ser listadas:

“O pejetizado vai envelhecer e ele não terá aposentadoria. Esse pejetizado vai sofrer um acidente de trabalho e não terá benefício

previdenciário. Se for uma mulher, ela vai engravidar e não terá licença gestante”;

“Acho que nós tínhamos que revisitar o tema, não para rever a jurisprudência, mas para delimitar até onde ela vai, porque hoje nós vamos virar uma nação de pejetização”;

“Sou a favor do que o Supremo decidiu, de que a terceirização da atividade fim é legítima. Sou contra a Súmula 331 do TST, mas isso está sendo usado indevidamente no mundo dos fatos”;

“Isso tem a ver com fraudes que estão se generalizando, pela má interpretação dos precedentes do tribunal, vejam que na terceirização o terceirizado é empregado de alguém, o Supremo não decidiu que ele deixava de ser empregado”;

Tais manifestações surgiram no julgamento de uma reclamação constitucional em que uma empresa de produção audiovisual questionava uma decisão de reconhecimento de vínculo trabalhista entre ela e um ex assistente de iluminação proferida pela Justiça do Trabalho em sede de acórdão do Tribunal Regional do Trabalho — TRT.

Para o Ministro Dino a decisão do TRT deveria ser mantida por não contrariar entendimento do STF e tratar-se de pejetização e não de terceirização lícita, porém, o Ministro Alexandre de Moraes abriu divergência votando pela cassação do vínculo reconhecido sendo acompanhado pela ministra Carmen Lúcia.

O presidente da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso, argumenta que profissionais hiper suficientes (aqueles com diploma superior e renda elevada) podem optar pelo regime da terceirização buscando menor carga tributária e maior flexibilidade.

Importante destacar que a maioria das situações de pejetização fraudulenta não se tratará de empregados hiper suficientes, mas sim de empregados hipossuficientes que, caso não aceitem as condições impostas pelo empregador, ou seja, abrir uma pessoa jurídica e ser contratado como pejetizado, não serão contratados e permanecerão desempregados. Essa é a realidade que se vive no nosso país.

O Ministro Edson Fachin segue a linha apresentada pelo Ministro Dino e afirma que as decisões do STF sobre terceirização e ati-

vidade-fim não foram projetadas para cobrir casos de fraude por pejetização. Destaca a importância de interpretar a terceirização e pejetização com base na boa-fé objetiva e na legitimidade dos contratos firmados, defendendo que, na presença de elementos de fraude, a Justiça do Trabalho deve requalificar tais contratos como de emprego formal.

Esse ponto merece destaque, pois a finalidade que se observa quando da formação de tais contratos terceirizando a mão de obra, principalmente de empregados hipossuficientes é única e exclusivamente a de afastar a legislação trabalhista e a competência da Justiça do Trabalho, demonstrando tratar-se de fraude sem qualquer boa-fé.

Os Ministros Gilmar Mendes e Nunes Marques têm defendido a legalidade irrestrita de tais contratos de terceirização e pejetização, com base nos princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual.

Por fim, o Ministro Flávio Dino também argumenta que a pejetização não viola somente direitos individuais do trabalhador, mas também produz fraude ao sistema tributário. Como já explicitado acima, quando o vínculo de emprego é formado, têm-se contribuições ao INSS e encargos à Previdência Social, órgão que frequentemente encontra-se em desequilíbrio fiscal.

4. CONCLUSÕES:

Diante de todo o arrazoado permite-se formular algumas conclusões. A definição do conceito de empregado e de empregador estão elencados na CLT. A mesma legislação prevê que a formação do vínculo de emprego decorre da prestação de serviço com pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação.

A atual legislação permite a terceirização da mão de obra, até mesmo da atividade fim, inclusive com reconhecimento de sua constitucionalidade pelo STF por meio do tema de repercussão geral 725.

Tal terceirização é lícita ao ter a presença dos três atores, ou seja, a empresa tomadora, a empresa prestadora de serviços — que firmam contrato entre si — e o trabalhador, que tem seu vínculo de emprego firmado com a empresa prestadora de serviços.

A figura da pejetização não pode ser defendida por meio do posicionamento reconhecido pelo STF no Tema 725, pois se trata de fraude na tentativa de ludibriar a aplicação da legislação trabalhista, incidindo, no caso, o previsto no art. 9º da CLT.

Atualmente o STF tem se mostrado dividido, com maioria reconhecendo a possibilidade da terceirização ampla e irrestrita, inclusive nas situações flagrantes de pejetização.

Os Ministros Flavio Dino e Edson Fachin tem se posicionado para afirmar que as terceirizações ilícitas por meio da pejetização não podem ser validadas pela Suprema Corte, sendo necessário re-visitado o tema.

Tais decisões além de ferir direitos individuais do trabalhador também causam impactos fiscais e sociais, diante do não recolhimento de contribuições previdenciárias e sociais, bem como a não proteção do trabalhador nos casos de acidente, gravidez, aposentadoria, etc., limitando o acesso aos benefícios previdenciários.

Por fim, o debate está aberto e acontecendo na mais alta corte do país, devendo ser acompanhado por toda a sociedade e o governo brasileiro, pois causará efeitos nefastos em nossa sociedade caso prevaleça o atual posicionamento do STF de dar ares de legalidade ao tema da pejetização, ainda que fraudulenta.

REFERÊNCIAS

DALLEGRAVE NETO, José Afonso; KAJOTA, Ernani, coordenadores. *Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther*. São Paulo: Editora LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

PEREIRA, João Lister. *Flavio Dino: terceirização, pejetização e fraudes trabalhistas e tributária*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-out-28/flavio-dino-terceirizacao-pejetizacao-e-fraudes-trabalhista-e-tributaria/>. Acesso em: 29 jan. 2025.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho aplicado*. Vol. 1: Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Direito do Trabalho Aplicado: Direito Individual do trabalho*. Vol. 2. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2021.

Submissão: 31.março.2025

Aprovação: 12.abril.2025