

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A “pejotização” do profissional de TI: um estudo pela revalorização do trabalho.

Juliana Machado Atrock

Brasília, fevereiro de 2013

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A “pejotização” do profissional de TI: um estudo pela revalorização do trabalho.

Monografia apresentada como requisito necessário à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, realizada sob a orientação do Professor Doutor Ricardo José Macedo de Britto Pereira.

Brasília, fevereiro de 2013

JULIANA MACHADO ATROCK

A “pejetização” do profissional de TI: um estudo pela revalorização do trabalho.

JULIANA MACHADO ATROCK

BANCA EXAMINADORA

Ricardo José Macedo de Britto Pereira

Prof. Dr. e Orientador

Gabriela Neves Delgado

Profa. Dra. Examinadora

Renata Queiroz Dutra

Mestranda Examinadora

Láís Maranhão Santos Mendonça

Mestranda Suplente

A Eduardo, meu pai amigo e amado, que não só me deu a vida mas também escolheu sempre segurar

minha mão e fazer-se exemplo de confiança e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar e individualmente, a minha mãe, a meu pai e a meu irmão, por me oferecerem uma convivência familiar maravilhosa, que me serve de base para encarar os desafios da vida com coragem e determinação, na certeza de que todos os trabalhos realizados pelo ser humano foram resultado da ajuda que recebeu das pessoas que o cercavam e, além disso, serão aproveitados e compartilhados juntamente com essas pessoas. Obrigada pelo porto seguro.

Agradeço logo em seguida ao meu orientador Dr. Ricardo José Macedo de Britto Pereira pela personalidade imensamente cordial e pelo espaço que me ofereceu na elaboração dessa monografia, sem fazer qualquer tipo de pressão com prazos e estando sempre disponível para sugestões que se tornaram essenciais para os fundamentos da minha pesquisa.

Agradeço ainda à minha Profa. Dra. Gabriela Neves Delgado, pelo entusiasmo sempre demonstrado para participar da minha banca examinadora. Para mim foi uma honra poder compartilhar esse estudo com a professora que, definitivamente, marcou minha graduação como um dos poucos exemplos de excelência no magistério da Universidade de Brasília.

Agradeço à Renata e à Laís pelo pronto atendimento ao pedido de composição da banca examinadora. Tenho certeza de que ambas são promessas de incremento na qualidade do estudo jurídico-universitário desse país.

Agradeço aos queridos amigos que tiveram sempre muita disposição para me socorrer com o livro correto nas horas mais urgentes.

Agradeço, enfim, aos meus amigos de graduação por estarem diretamente ligados ao contexto dessa monografia. Foram verdadeiros companheiros de vida e me transformaram numa pessoa muito diferente da que ingressou na faculdade. Dividindo dúvidas, compartilhando conhecimento, assumindo juntos a maioria dos desafios acadêmicos, todos me mostraram o poder do estudante para mudar a realidade.

Resumo

A contratação de profissionais da Tecnologia da Informação como pessoa jurídica em contrato de prestação de serviços é uma fraude contratual que se popularizou desde o encerramento do século XX. A situação decorre do contexto político e econômico da crise do capital, ínsita ao neoliberalismo, que, por meio de mudanças implantadas na estrutura organizacional das empresas, criou formas de contratação que geraram despojamento de garantias e direitos do trabalhador. Enquanto os economistas se debruçam no estudo do neoliberalismo focando-se na dinâmica de produção, cabe aos juristas analisar as conseqüências que a flexibilização e a desregulamentação do sistema juslaboral impuseram ao sujeito trabalhador. Entendendo que o Direito do Trabalho dirige-se à proteção do trabalhador e a reconhecer o valor da força de trabalho, e defendendo que o ofício é forma de realização pessoal do indivíduo, essa monografia conclui que a “pejotização” dos profissionais da informática não encontra fundamento no ordenamento vigente. O homem deve ser visto como fim em si mesmo e, como tal, não pode ter o seu labor instrumentalizado. Sendo assim, revela-se que a “pejotização” é ilegal e não encontra suporte normativo em direito. É uma contratação nula, porque fralda os preceitos da CLT e incorre em supressão de todos os direitos do trabalhador, negando-lhe, sobretudo, seu direito fundamental ao trabalho digno. Com efeito, pelos princípios específicos do Direito Individual do Trabalho, pela irradiação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional, e pela Teoria Trabalhista das Nulidades, é impossível fundamentar juridicamente a “pejotização”, devendo ser o contrato de prestação de serviços declarado nulo. Por fim, a monografia conclui que o combate à “pejotização” é um tema situado na atual necessidade de revalorização do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização trabalhista. Relação de Emprego. Pessoa Jurídica. Contrato de Prestação de Serviços. Direito Fundamental ao Trabalho Digno.

Summary

Hiring professionals in Information Technology as a legal entity under contract to provide services is a fraud. It's been common since the close of the twentieth century. The situation stems from the political and economic context of the crisis of capital, related to neoliberalism. During that period, lots of changes were implemented in the organizational structure of the companies and many forms of employment were created in a way that guarantees and rights of the worker became more flexible. Economists must study neoliberalism by focusing on the dynamics of production. On the other hand, lawyers have to analyze the consequences that flexibility in legal system brings to the employees. Firstly because Labor Law intends to protect the worker, secondly because this legal system was created to recognize the value of work, and, for final, because work is what gives meaning for a human being life, it's right to conclude that the transformation of information technology worker into legal entity under private Law is a fraud and it doesn't find support in Labor Law system. An individual must be seen as an end in itself. Then, in order to respect that, it's not possible to instrumentalize his or her labor. That's why the transformation of information technology worker into legal entity under private Law is ilegal and has no basis in legal system. The employment, better speaking, the labor contract is null because it disobeys the precepts of the Consolidation of Labor Laws in Brazil, besides it suppress worker rights and denies his or her fundamental right of work. Indeed, using especial principles of Individual Labor Law or admitting the incidence of fundamental rights over any code of legal law, or also using labor theory of nullity, it's impossible to accept the contract that transform people into legal entity. The contract to provide services must be declared null. Finally, the monograph concludes that combating contracts that transform people into legal entity under private law is a matter related to the current need of revaluing the work.

KEYWORDS: Labor Flexibility. Employment Relationship. Legal Entity Under Law. Contract Of Providing Services. Fundamental Right To Decent Work.

Sumário

Introdução	9
Capítulo 01. Direito fundamental ao trabalho digno	13
1.1 As relações de trabalho antiga, medieval e moderna	13
1.2 O surgimento da relação empregatícia	15
1.3 As origens do Direito do Trabalho no Brasil	18
1.4 O significado do trabalho digno	20
1.5 A irradiação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho	23
Capítulo 02. Flexibilização trabalhista e a prática da “pejotização”	29
2.1 Estado neoliberal e as novas formas de contratação	29
2.2 “Pejotização”	34
2.3 “Pejotização” e terceirização	36
2.4 Celebração do contrato de prestação de serviços e a coação moral irresistível	40
2.5 Efeitos da “pejotização”	43
Capítulo 03. Alteração Contratual Consentida e Princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho....	47
3.1 Princípios Especiais do Direito Individual do Trabalho	47
3.2 “Pejotização” e as hipóteses de alteração do contrato de trabalho	55
3.3 Nulidade do contrato de prestação de serviços do profissional de TI	59
Considerações finais	66
Referências Bibliográficas	70

Introdução

Nas últimas décadas do século XX e primeira década do século XXI a sociedade presenciou profundas mudanças concernentes às relações sociais.

O contexto político e econômico é o da crise do capital com concomitante desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação, com a globalização e o neoliberalismo, trazendo mudanças tais que transformam o mercado de trabalho.

O Direito de Trabalho passava por um processo de transformação cujas bases estavam fora do ordenamento jurídico, e se assentavam, entre outras, na economia, na política e na cultura social (ANJOS, 2005, p.1).

Uma vez que a pressão para transformações revela-se externa ao ordenamento jurídico, a análise do confronto entre os direitos sociais do trabalho e as políticas e reformas neoliberais faz-se, nesta monografia, por uma perspectiva sociológica do tema. O presente trabalho nega-se a um estudo puramente jurídico, pois entende que as transformações sócio-econômico-político-culturais das relações laborais e do mercado de trabalho podem ser melhor examinadas a partir de uma perspectiva mais abrangente, além da literalidade da norma jurídica.

O exemplo que inspira essa monografia é retirado da realidade fática brasileira, ou seja, do cotidiano que se reproduz em várias das grandes e médias empresas desse país. O caso a ser examinado decorreu de alterações implantadas, numa empresa do ramo da construção civil, pelo novo dirigente, herdeiro do antigo proprietário da construtora. Guarde o leitor que tudo se inicia quando a partir de determinado mês, entre as alterações inseridas pelo novo diretor, é comunicado, especificamente ao empregado chefe do setor de informática, que foi decidido que haverá terceirização do serviço de informática da empresa.

Uma vez que a atividade fim da empresa é a construção civil, ficou evidente que a direção não considerava viável que o setor de informática fosse mantido gerando todos os custos do regime celetista dos funcionários contratados.

Nessa mesma situação exemplo, guarde-se que o empregado trabalhava há 13 anos na função de chefe do setor de informática e, no entanto, viu-se sob a ameaça de ter seus serviços

de desenvolvimento e manutenção de sistemas substituídos pela prestação de serviços terceirizados pelas empresas existentes no mercado. Assim, a única opção capaz de impedir a substituição por uma dessas empresas foi transformar-se ele próprio em uma delas.

Tendo em vista que o empregado detinha total conhecimento da rotina da empresa; considerando que nos últimos treze anos foi ele mesmo o responsável por desenvolver a informática na empresa, na exata medida das demandas do estabelecimento, que eram conhecidas de perto por ele; tendo em vista, ainda, o forte interesse da nova direção em manter o nível do serviço que já vinha sendo prestado durante os últimos treze anos; ficou claro que, desde que o empregado se apresentasse como pessoa jurídica do ramo da tecnologia de informação, ele seria automaticamente a melhor opção para a prestação do serviço terceirizado de informática.

A alteração contratual existente nesse exemplo é o que inspira a presente pesquisa, cujo objetivo é revelar a fraude trabalhista ínsita a esse tipo de alteração contratual, mostrando que é imprescindível à Justiça do Trabalho socorrer os empregados que foram levados a essa situação laboral. Não existe terceirização de serviços de informática nessa situação, existe uma alteração unilateral lesiva do contrato de emprego, que pela realidade fática ainda continua vigente.

Além disso, a presente pesquisa tem um compromisso moral com os valores sociais e democráticos desse país e, por esse motivo, pretende argumentar que esse tipo de contratação é uma contradição democrática, pois ao invés de valorizar o direito ao trabalho digno valoriza o incremento do lucro e do capital societário.

O paradigma da flexibilização é utilizado para explicar o surgimento de novas formas de contratação em detrimento da relação de emprego formal e tradicional, cujas origens remontam ao trabalhador assalariado da Revolução Industrial do século XVII. Embora a flexibilização comporte variados aspectos, o estudo se dirige à contratação dos profissionais de tecnologia da informação como alternativa à relação empregatícia tradicional, revelando o objetivo da empresa construtora de diminuir o custo total com a contratação do empregado, bem como diminuir as garantias pelas quais deveria se responsabilizar quanto à contratação e à demissão.

O presente estudo tem o propósito de ser igualmente inteligível tanto para interessados de dentro do mundo jurídico quanto para interessados inseridos em outra realidade

profissional e/ou científica. Principalmente porque o caso real escolhido para estudo ocorre com os profissionais da tecnologia da informação, carreiras com elevado nível de formação e que hoje se encontram muito comumente em situação de “pejotização”. Em situação similar é possível encontrar médicos, dentistas, arquitetos, e outros. Sendo assim, espera-se que esse trabalho seja capaz de dialogar com os profissionais a respeito das consequências jurídicas em sua situação laboral.

Devido ao objetivo supra mencionado, o primeiro capítulo da monografia trata de uma ambientação às noções de Direito do Trabalho e de trabalho digno. Por esse motivo, faz-se uma retomada histórica das reestruturações de sistemas econômicos e dinâmicas de produção, contexto de surgimento da legislação trabalhista, no mundo ocidental e especificamente no Brasil. A partir desse olhar para as origens, acredita-se ser possível extrair o conteúdo próprio e teleológico do Direito do Trabalho e, ainda, apontar qual trabalho seria digno.

Ao final desse capítulo, espera-se revelar que tanto a função tuitiva do Direito do Trabalho quanto a irradiação dos direitos fundamentais constitucionais vedam a possibilidade de “pejotização” do profissional da informática.

O segundo capítulo trata mais diretamente da contratação do profissional de tecnologia da informação como se pessoa jurídica fosse. Neste momento do trabalho, explica-se o que ocorre na vida prática do trabalhador – é o momento da materialização para o leitor dos efeitos desse tipo de contratação. Esse capítulo busca revelar que a “pejotização” do profissional de informática não pode ser entendida como uma das formas líticas de flexibilização trabalhistas decorrentes da lógica toyotista de produção.

No mesmo capítulo, a terceirização é especialmente analisada e diferenciada, porque, principalmente para os profissionais da tecnologia da informação, o argumento da terceirização de atividade meio é o mais utilizado para mascarar a prática de despojamento de direitos do trabalhador.

Nesse sentido, a flexibilização do Direito do Trabalho é tratada de maneira suficiente a revelar que a prática ora estudada não se inclui entre as novas formas de contratação que foram tuteladas pelo ordenamento jurídico. Isto é, “pejotização” não é terceirização.

O capítulo terceiro faz um estudo da prática da “pejotização” por meio dos princípios informadores do sistema juslaboral, com o objetivo específico de revelar a

impossibilidade jurídica da celebração do contrato de prestação de serviços entre a empresa construtora e o profissional de TI.

São reveladas algumas alterações que a doutrina enxerga para o contrato de emprego. Mas, entre as alterações possíveis, não há uma que possa dar suporte normativo à alteração de contrato de emprego para contrato de prestação de serviços, corroborando para a tese de que a prática é vedada pelo ordenamento vigente.

No mesmo sentido, a teoria trabalhista das nulidades é trabalhada de maneira suficiente a revelar que as conseqüências da “pejotização” implicam em nulidade do contrato de prestação de serviços, sendo o último argumento trazido para reafirmar a impossibilidade de existência lícita desse tipo de contratação no Direito do Trabalho.

No último capítulo constam as considerações finais do estudo, sintetizando os dois pontos básicos tratados pela monografia: a ausência de suporte normativo para a “pejotização” e a necessidade de revalorização do trabalho.

Capítulo 01. Direito fundamental ao trabalho digno

1.1 As relações de trabalho antiga, medieval e moderna

No palco dos direitos sociais, a construção da regulamentação trabalhista possui uma história vasta. Mas para os fins da presente monografia tomar-se-á por base as estruturas do Estado Contemporâneo, sobremaneira o marco paradigmático do Estado Constitucional, nascido no contexto do Capitalismo.

Antes de surgir a relação de emprego, no entanto, é válida uma retomada histórica sobre a estrutura das relações de trabalho, desde a Antiguidade. Como diferencia Amauri Mascaro Nascimento (2011, p.32), existe uma história do trabalho e uma história do direito do trabalho, posto que a normatização da relação de trabalho apenas surge tempos depois de já iniciada a exploração da força de trabalho humana.

Na Antiguidade, o homem trabalhador estava na condição de escravo sendo propriedade do senhor da terra. É uma condição de sujeição pessoal, inexistindo liberdade ou sequer a possibilidade de celebração de contrato sob a lógica da bilateralidade de direitos e obrigações. (DELGADO, 2006, p.142.)

Durante a Idade Média, estabeleceu-se o sistema feudalista na Europa Ocidental. O trabalhador passou de escravo a servo, mas não passou a ter efetivada sua identidade social ou autonomia jurídica, de modo que homem e força de trabalho continuavam instrumentalizados e submetidos aos mandos e desmandos da nobreza. (Idem.)

O feudalismo, no entanto, tornou-se inadequado com o passar dos séculos, pois sua lógica de subsistência não se compatibilizou com o futuro fascínio pela acumulação e pela possibilidade de comércio.

Eis que surgiram pontos de comércio ao redor dos feudos e foi-se formando uma classe burguesa emergente, cuja identidade de classe reuniu artesãos, comerciantes, pequenos e médios produtores rurais ou imobiliários, representantes da lei. Em suma, capitalistas.

A nobreza feudal entra em crise definitiva com a consolidação da burguesia e a hegemonia do capital e nos burgos estabelece-se a nova forma de produção: as corporações de ofício (SILVA, 2002, p.25.). Embora em menor grau, a submissão do trabalhador ainda estava presente, pois os trabalhadores estavam submetidos aos mestres¹ tanto em relação aos desígnios do trabalho quanto da disciplina pessoal. (DELGADO, 2006, p.143-144)

A sociedade burguesa introduziu no processo produtivo elementos que caracterizarão o capitalismo, podendo-se citar: a divisão do trabalho e a formulação do salário. (FARIA apud DELGADO, 2006, p.143.)

Apenas no período da Revolução Industrial e após movimentos organizados dos trabalhadores, o trabalho poderá ser visto como direito e o trabalhador como sujeito. Apenas nos meados do século XVII e durante o século XVIII haverá a ruptura absoluta da sujeição pessoal do trabalhador em relação ao detentor dos meios de produção. (SILVA, 2002, p..29.)

O capitalismo clássico, datado a partir do século XVIII e com afirmação no século XIX, é marcado pelo surgimento da indústria e pelos mecanismos criados pela burguesia para articulação de sua nova lógica de produção, entre os quais se destacam: “expansão do próprio sistema capitalista, concessão de liberdades e poderes à sua classe em detrimento da nobreza e afastamento da intervenção do Estado no mercado econômico, ...” (DELGADO, 2006, p.145).

Nos séculos XVII e XVIII as revoluções burguesas, principalmente na Inglaterra, na América do Norte e na França, levaram à sucessão ideológica para o Estado Liberal de Direito (SILVA, Silvano Gomes da. p.29). Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade inseriram uma nova lógica política na sociedade moderna.

Para Cunha (CUNHA apud ANJOS, 2005, p.121), a Revolução Industrial define-se como:

a maturação de um longo processo de evolução da técnica. (...) Sintetiza a transição do sistema primitivo de acumulação do capital, para o capitalismo pleno, e nesta medida, é uma ruptura e uma consolidação, porque consolida definitivamente o modo de produção capitalista, modo esse que passa a ser identificado ao mundo da industrialização.

¹ Gabriela Neves Delgado faz a seguinte classificação: mestres: *detentores dos meios de produção*; companheiros: *prestadores de serviço*; aprendizes: *peçoas que se inseriam nas corporações a fim de aprender, de forma técnica e metódica, certa profissão*.

O Estado liberal já estava submetido a uma Constituição, no entanto, os direitos protegidos eram apenas os chamados *direitos de primeira dimensão* (direitos individuais e políticos), e, ainda assim, apenas assegurados aos proprietários de bens.

Por sua vez, o final no século XIX é considerado como uma Segunda Revolução Industrial e caracteriza-se pelo avanço com a utilização de novas fontes de energia, como petróleo e eletricidade. Nesse momento é vigorosa a transformação econômico-social, sendo marcante a adoção da proposta de eficiência produtiva de Frederick Taylor (ANJOS, 2005, p.123.). A supressão dos *tempos mortos*² elevava a eficiência produtiva do empregado, à custa de reduzi-lo à condição de máquina. (FLEURY apud DELGADO, 2006, p 154)

Intensificando a técnica produtiva, no início do século XX o taylorismo é aliado ao fordismo (Henry Ford) provocando uma produção centrada na especialização rígida de tarefas, suprimindo a autonomia e a identidade do trabalhador.

Giovanni Alves (2005, p.65-81) ressalta que o controle do “fator tempo” mostra-se como uma forma de controle da resistência operária, além do óbvio resultado no aumento da produção capitalista. Analisa criticamente ainda o taylorismo, avisando que ele tem por conseqüências a desqualificação do trabalho, uma vez que limita possibilidades de aperfeiçoamento das aptidões além de precarizar o conhecimento.

Em finais do século XIX e início do século XX o capitalismo industrial vai-se transmutando cada vez com maior intensidade para o capitalismo monopolista. Assim, monopólio das grandes empresas vai-se formando e a colonização dos países periféricos pelos da economia central passa a revelar um cenário de injustiça social. (DELGADO, 2006, p.154.)

1.2 O surgimento da relação empregatícia

Vulnerável às ordens do detentor de capital, o operário tinha no trabalho assalariado sua única chance de sobrevivência. Sendo assim, submetia-se às condições degradantes de trabalho.

² Entenda-se por tempos mortos do processo produtivo o “período em que o trabalhador se distraía e descansava para voltar a produzir”.

Naquele contexto de Revolução Industrial, surgiu a *relação empregatícia*, com a inserção da *subordinação jurídica* nas relações de produção (Ibidem, p.148.). O trabalhador operário passou a se vincular com o empregador por meio de contrato. Assim, um deles contrata sua força de trabalho a ser pessoalmente oferecida e se subordina aos comandos do outro, proprietário dos meios de produção, em troca da prestação pecuniária (Ibidem, p.149.).

A utilização da força de trabalho no capitalismo ainda carecia de regramento específico. Os contratos de força de trabalho regiam-se pelas regras do Direito Civil na medida da operabilidade possível. Sempre se primava a autonomia da vontade, de modo que os resultados eram os mandos e desmandos do empregador.

Nesse cenário, a massificação do trabalhador alienado e super-explorado proporcionou a formação de uma identidade de classe. (SILVA, 2002, p.30.)

Diz Godinho Delgado (2011, p.92) que os trabalhadores “conseguiram contrapor ao sujeito individual assimilado pelo Direito Civil da época a ideia de *sujeito coletivo*”. E a força da coletividade do operário revelou-se através das lutas pela reivindicação de melhores condições de trabalho.

Essa é a construção do sindicalismo, por meio do qual os trabalhadores desenvolvem uma consciência de classe, percebem o papel que exercem na sociedade, e reivindicam o pleno acesso aos seus direitos sociais. Em suma, o sindicalismo se une ao Estado na gestão dos direitos do trabalhador. (Ibidem, p.34.)

Com a nova voz social projetada pelos trabalhadores o ideal liberalista viu-se obrigado a incorporar práticas democráticas e implementar direitos sociais, sob pena de perder a hegemonia no poder. A aplicação do Direito Civil às relações laborais também foi sendo confrontada, seguindo-se por progressivas legislações de cunho social que acabarão oficializando o sistema de leis trabalhistas em meados do século XIX. (DELGADO, 2006, p.152-153.)

Percebe-se, portanto, que é iniciada a intervenção do Estado nas relações trabalhistas, de onde surge o Direito do Trabalho.

A ação do sujeito coletivo trabalhador revelou “a falácia da proposição jurídica individualista liberal enquanto modelo explicativo da relação empregatícia”. A partir desse momento histórico, faz-se o reconhecimento da atuação política e jurídica do ser coletivo obreiro.

Agindo coletivamente o trabalhador emerge na seara política e jurídica e consegue negociar com o empregador em igualdade de condições – os trabalhadores conseguem “generalizar seus interesses”. Diz acertadamente Godinho Delgado (2011, p.90): “O Direito do Trabalho é uma das *expressões principais dessa contraposição e generalização da vontade coletiva vinda de baixo*” [grifos no original].

Por isso, o significado do Direito do Trabalho para essa monografia é o de instrumento de proteção do trabalhador, fruto da luta pela emancipação e cujo objetivo central é o equilíbrio de forças entre empregados e empregadores sempre na busca de melhores condições de trabalho.

Quando informa ao leitor a função teleológica do Direito do Trabalho, Maurício Godinho (2011, p.58) explica que todo diploma normativo “incorpora e realiza um conjunto de valores socialmente considerados relevantes” e resultantes do processo político que culminou com sua elaboração. Assim, assenta acertadamente que o valor finalístico essencial em questão consiste na “*melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socio-econômica*”.

Em suas palavras:

Tal função decisiva do ramo justtrabalhista realiza, na verdade, o fundamental intento democrático e inclusivo de *desmercantilização* da força de trabalho no sistema socioeconômico capitalista, restringindo o livre império das forças de mercado na regência da oferta e da administração do valor humano. (DELGADO, 2011, p.58.)

No mesmo sentido, diz Tânia Tosta, em sua tese de doutoramento na área da Sociologia, que a sistematização de direitos e deveres trabalhistas foi uma “*regulação social*”, reforçando a idéia de que a análise do conteúdo do Direito do Trabalho exige um olhar sociológico aliado ao jurídico. Em suas palavras:

a regulação social do trabalho pode ser entendida como uma construção sociopolítica, com introdução dos direitos trabalhistas e dos sistemas de proteção social, além do reconhecimento dos sindicatos como representantes dos trabalhadores. (TOSTA, 2008, p.27-28.)

Vê-se, pois, que o Direito do Trabalho cuida da repersonalização do sujeito trabalhador historicamente instrumentalizado e propõe-se a oferecer-lhe melhores condições de trabalho.

1.3 As origens do Direito do Trabalho no Brasil

No Brasil, em virtude da tradição escravocrata e agrícola do período colonial, a relação empregatícia, categoria básica do ramo Justrabalhista, surge tardiamente no século XIX, após a abolição da escravatura em 1888.

Os trabalhadores agrícolas do segmento cafeeiro juntamente com operários dos pólos industriais das principais cidades litorâneas brasileiras formaram os primeiros movimentos operários, mas ainda sem grande poder social. Nesse período inicial o liberalismo político freava, na República Velha, a possibilidade de uma significativa produção legislativa do Estado para intervenção na economia. (DELGADO, 2011, p.107.)

A institucionalização do Direito do Trabalho tem por marco inicial o ano de 1930, com a derrocada do setor agroexportador de café e a entrada em vigor de uma nova gestão administrativa, de viés sócio-político; é a ditadura Vargas. Esse é um período de extensa produção legislativa com caráter social. É o nascedouro das principais regras justrabalhistas, mas, ao contrário do exemplo europeu na Revolução Industrial, o movimento coletivo dos trabalhadores é silenciado pelo Poder Público – decidido a elaborar e gerir sozinho a legislação social, provavelmente pela inspiração fascista em moda.

Quanto à formação do Direito do Trabalho brasileiro, Silvano Gomes da Silva (2002, p.81-82.) gosta da classificação “movimento descendente”. Em contraposição com o “movimento ascendente” europeu, onde as lutas operárias impulsionaram de baixo para cima a inclusão na pauta política das discussões de seus direitos, no Brasil a questão dos direitos do trabalhador foi tratada de cima para baixo.

Em 1943 é editada a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452, de 1.5.1943), que alterou e ampliou a legislação do trabalho, mas, ainda assim, não chegou a desafiar a ditadura getulista.

Por isso destaca-se que a institucionalização do Direito do Trabalho no Brasil é marcada pelo autoritarismo e paternalismo. Diferente, então, dos principais exemplos europeus, cuja legislação nasce após longo período de maturação sócio-política em relação aos ideais democráticos. Por isso, Silvano afirma que o processo legislativo nacional “anestesiou por várias décadas a vontade e a força política dos trabalhadores”. (SILVA, 2002, p..87.)

A despeito da criação autoritária das normas, percebe-se desde o início o conteúdo social e protetivo do ramo trabalhista positivado, isto é, a compatibilidade do Direito do Trabalho com o Estado Social de Direito e não com o Liberalismo econômico de outrora. Isso revela qual é a verdadeira função do Direito do Trabalho, pergunta que norteia a presente pesquisa a fim de encontrar qual tratamento jurídico é possível dar à prática da “pejotização” do empregado especialista em tecnologia da informação.

A Constituição de 1988 representa a “*fase de transição democrática do Direito do Trabalho do país*” (DELGADO, 2006, p.114.). A Constituinte de 1987/1988 iniciará questionamentos refutando o modelo justralhista tradicional (consolidado no período getulista de 1930-1945 e confirmado tanto pelo período republicano, 1945-1964, quanto pelo período ditatorial, 1964-1985).

A legislação trabalhista brasileira sofreu, logo no início de sua transição democrática, forte pressão para “*desarticulação das normas justralhistas, com direta e indireta redução de direitos e garantias laborais*” (Idem.). Isso é reflexo da crise da legislação trabalhista que ocorre na Europa desde 1970 e chega ao Brasil na década de 1990. Quanto a esse momento haverá melhor abordagem no segundo capítulo. Por enquanto, basta frisar que a flexibilização trabalhista inseriu alterações, mas não desconfigurou a vocação democrática e social ínsita à legislação do trabalho.

Crucial para a presente monografia é perceber que as cartas e leis elaboradas em período autoritário do Estado Brasileiro permaneceram vigentes porque seus dispositivos foram recepcionados na ordem democrática. O que se exige para sua interpretação jurisdicional atual é uma leitura conforme os valores sociais democráticos.

1.4 O significado do trabalho digno

Como se sabe, a legislação trabalhista é composta de fontes materiais e formais.

O Direito Individual e o Direito Coletivo do trabalho oferecem majoritariamente as regras e princípios reguladores das relações laborais no Brasil. Por sua vez, o Direito Internacional do Trabalho, surgido desde 1919 com a Criação da OIT pelo Tratado de Versalhes, tem alcançado importante grau de influência sobre a gerência das relações laborais nas relações nacionais. (DELGADO, 2006, p.65.)

Godinho Delgado explica que, compatibilizando os diplomas, a resolução de contraposições entre regras internacionais e nacionais dá-se pela incidência de duas diretrizes orientadoras: 1 – princípio da proibição do retrocesso; e 2 – princípio da norma mais favorável. O autor reforça que:

A recente reorientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, conferindo caráter *supralegal* às regras de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, independentemente de seu *quorum* de aprovação parlamentar (STF, RE-466343; RE-349703; HC-87585, Sessão de 3.12.2008), acentuou a importância no Brasil das Convenções da OIT internamente ratificadas. É que, na qualidade de repositório de regras de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, tais Convenções passam a ter a imperatividade incrementada em nosso sistema jurídico. (DELGADO, 2011, p.65.)

O trabalho decente é um conceito construído pela OIT e deve ser usado como complemento da noção de dignidade do trabalhador

Do site da OIT extrai-se a Agenda Nacional do Trabalho Decente, que contém o conceito de trabalho decente e o comprometimento das nações, em âmbito global, a estabelecerem condições dignas de trabalho por meio de processo político-social dialógico. Cite-se o trecho:

O Trabalho Decente é uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Entende-se por Trabalho Decente um trabalho

adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna.

Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a noção de trabalho decente se apóia em quatro pilares estratégicos: a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação); b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social.

A promoção do Trabalho Decente é considerada uma prioridade política do Governo brasileiro, assim como dos demais governos do hemisfério americano. Essa prioridade foi discutida e definida em 11 conferências e reuniões internacionais de grande relevância, realizadas entre setembro de 2003 e novembro de 2005.

(...)

Da mesma forma, como resultado da Cúpula das Américas, 34 chefes de Estado e de Governo de todo o hemisfério americano assinaram a Declaração e o Plano de Ação de Mar del Plata, nos quais reafirmam:

“(...) nosso compromisso de combater a pobreza, a desigualdade, a fome e a exclusão social para melhorar as condições de vida de nossos povos e fortalecer a governabilidade democrática nas Américas. Conferimos ao direito ao trabalho, tal como está estipulado nos instrumentos de direitos humanos, um lugar central na agenda hemisférica, reconhecendo assim o papel essencial da criação de trabalho decente para a realização desses objetivos.” (Parágrafo 1º da Declaração de Mar del Plata)

A Declaração reconhece ainda “(...) o valor do trabalho como atividade que estrutura e dignifica a vida de nossos povos, como um instrumento eficaz de interação social e um meio para a participação nas realizações da sociedade, objetivo primordial de nossa ação governamental para as Américas” (Parágrafo 76).

Nesta Declaração, os chefes de Estado e de Governo comprometem-se a:

“(...) implementar políticas ativas que gerem trabalho decente e criem condições de emprego de qualidade, que dotem as políticas econômicas e a globalização de um forte conteúdo ético e humano, que coloquem a pessoa no centro do trabalho, da empresa e da economia. Promoveremos o trabalho decente, ou seja, os direitos fundamentais no trabalho, o emprego, a proteção social e o diálogo social.” (Parágrafo 21)³

Boaventura de Sousa Santos (SANTOS apud ALVES, 2005, p.4.) analisa o contexto neoliberal atual e aponta que, entre os princípios que poderiam predominar na implementação desse sistema político-econômico, o que predomina é o princípio do mercado.

Sobre o tema, Fernanda Alves dos Anjos (2005, p.6.) revela que o novo contexto de capitalismo neoliberal resulta no apelo pelo ressurgimento das redes tradicionais de

³ OIT Brasil, Agenda Nacional de Trabalho Decente, Brasília, 2006. Obtido no site: http://www.oit.org.br/agenda_trabalho_decente_, 20.02.2013 às 17:21.

solidariedade e reciprocidade. A autora conclui que os esforços do Estado não são suficientes para a distribuição da solidariedade e que, para que o Estado assuma seu papel e ofereça a garantia do direito do trabalho decente e democrático, é necessária a colaboração dos demais atores sociais: Terceiro Setor, Movimentos Sociais, Sindicatos, Empresas.

Percebe-se, comparativamente à OIT, que a autora também reafirma a lógica da cooperação.

Assumindo claramente o compromisso para reduzir a pobreza e construir sociedades mais equitativas, a OIT assevera que não é suficiente a mera criação de novos postos de trabalhos, sendo necessário que esses postos de trabalho sejam produtivos, sejam também adequadamente remunerados, e exercidos em condições de liberdade, equidade, segurança, sendo capazes, sobretudo, de garantir uma vida digna.

Dada a natureza multifacetada do trabalho decente percebe-se que a sua criação e garantia não é função de uma autoridade específica ou de um poder estatal privativamente considerado. É uma tarefa que exige “articular políticas macro, meso e microeconômicas com políticas sociais de emprego e de mercado de trabalho, e contribui para o desenvolvimento ao estabelecer um elo entre direitos no trabalho, políticas de emprego e proteção social.”. (LEVAGGI apud PNUD, 2008, p.81.)

Pode-se dizer, portanto, que a criação de empregos é uma condição necessária, mas não suficiente, para transformar o crescimento econômico em desenvolvimento humano. Para beneficiar mais o desenvolvimento social, a geração de emprego deve estar acompanhada de um esforço para assegurar a qualidade dos postos de trabalho criados. (CEPAL/PNUD/OIT, 2008, p.89.)

Desde a origem da regulamentação das relações laborais e, depois, durante as discussões acerca de sua função, percebe-se o esforço para garantir a dignidade do trabalhador.⁴

Em contraponto à força do capital na conformação do cenário socioeconômico, o Direito do Trabalho propõe-se a positivar patamar mínimo de direitos e garantias que possam socorrer o trabalhador na sua desvantagem perante o empregador.

⁴ Gabriela Neves Delgado faz uma análise dos fundamentos e da estrutura do valor trabalho nas teorias econômicas e filosóficas contemporâneas para a qual se faz remissão caso o leitor busque aprofundamento que não será objeto dessa monografia.

Assim, espera-se evidenciar nesse estudo que a prática da “pejotização” do profissional de TI deve ser rechaçada diante do compromisso com o trabalho digno.

1.5. A irradiação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho

O estudo de Andréa Presas Rocha⁵ visa a analisar a vinculação geral dos particulares aos direitos fundamentais. (ROCHA in ALMEIDA, 2010, p.33.)

A autora informa que as teorias tradicionais defendem a vinculação direta, isto é, aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e outras doutrinas advogam a aplicabilidade mediata, isto é, a vinculação indireta. (Ibidem, p.29.)

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais guarda uma evolução histórica. Retomando rapidamente o percurso histórico, Rocha lembra o rompimento ocorrido no século XX com a concepção liberal de direitos fundamentais, em que os direitos fundamentais significavam direitos subjetivos dos indivíduos contra o Estado haja vista a separação entre sociedade e Estado.

O paradigma do bem-estar social consagrou-se no século XX abrindo caminho para os Estados constitucionais, ocorrendo o que se chama constitucionalização do direito privado. A intervenção constitucional no âmbito privado passou a ser operada como modo de dar eficácia ao novo sistema de valores fundado na dignidade da pessoa humana (Ibidem, p.31.). Nesse contexto, as normas de direito privado elevadas ao status constitucional passaram a reger não só o Estado, mas também a sociedade civil.

Uma mudança importante ocorre na dogmática dos direitos fundamentais, segundo informa a autora, consistente no reconhecimento da natureza jurídico-objetiva desses direitos. Nesse sentido, eles não seriam apenas direitos subjetivos dos particulares contra o Estado, mas sim normas com eficácia em todo o ordenamento jurídico, de forma tal que oferecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos e lhes cobram uma ação positiva. (SARLET apud Rocha, 2010, p.31.)

⁵ Andréa Presas Rocha prefere a nomenclatura usada por Sarlet para o estudo, ou seja, “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais” haja vista que as outras nomenclaturas alemãs “eficácia externa”, “eficácia em relação a terceiro” e “eficácia horizontal” lhe parecem impróprias.

Essa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é a chamada eficácia irradiante, batizada pela doutrina alemã como *leciona Sarlet* (Ibidem, p.32.). Esse efeito eleva os direitos fundamentais à condição de expressão da ordem axiológica colocada, a qual deve ser simultaneamente respeitada e promovida pelo Estado. Isto é, por um lado guia o comportamento estatal e por outro exige que o poder público adote ações positivas para fazer serem respeitados os referidos direitos.

Essa lógica, como se pode perceber, é a expressão de uma ordem jurídica democrática, que visa a proteger os particulares daqueles que possam exercer poderes sobre eles.

Rocha (in ALMEIDA, 2010, p.33) destaca que é praticamente incontroversa, na doutrina, a idéia da admissibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O que se estuda é apenas a extensão e a forma dessa incidência. Sendo certo, porém, que a vinculação dos particulares é sempre negativa, já a vinculação do Poder Público.

Para breve aprofundamento no tema, informa a autora que as teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares dividem-se em: a) negação da eficácia; b) eficácia indireta; e, c) eficácia direta.

Os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, como o brasileiro, têm de forma praticamente consensual a idéia da penetração dos direitos fundamentais nas relações particulares. Varia o argumento quanto à imediatidade.

A eficácia indireta é uma teoria defendida pelos seguidores do alemão Günter Dürig, que *leciona* que os direitos fundamentais são essencialmente direitos de defesa contra o Estado e que apenas incidiriam em relações privadas após um “processo de transmutação”⁶. (DÜRING, Gunter apud ROCHA, in ALMEIDA, 2010, p.35.)

A negação da eficácia, por sua vez, é marca do direito norte-americano, o que entende os direitos fundamentais apenas no efeito de impor limitações ao Poder Público. Argumentam os norte-americanos:

⁶ Na transmutação seria construída uma “ponte” entre a Constituição e o Direito Privado, de modo que os direitos fundamentais não poderiam ser invocados diretamente a partir da Constituição. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado formariam a referida ponte e seria, portanto, elaborada pelo legislador. Assim, ao juiz caberia interpretar, integrar e aplicar as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados à luz dos direitos fundamentais, funcionando como uma recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado. Não fosse assim, o Direito Privado seria desfigurado e a autonomia da vontade estaria exterminada.

- 1) a admissão de uma eficácia horizontal eliminaria a autonomia privada individual;
- 2) a eficácia horizontal destruiria a identidade do Direito Privado, já que este ficaria absorvido pelo Direito Constitucional;
- 3) o reconhecimento de tal vinculação geraria uma exacerbada gama de poder aos juízes (ativismo judicial);
- 4) haveria, como conseqüência do argumento anterior, um desprestígio ao poder legislativo democraticamente constituído. (ROCHA in ALMEIDA, 2010, p.35)

Citando renomados autores⁷, Rocha leciona que no Brasil predomina a teoria da aplicação imediata. Dessa forma, sempre que “os direitos privados não forem suficientemente protegidos pelo legislador na esfera privada, as normas constitucionais que os consagram produzirão efeito direto e obrigatoriedade nas relações entre os cidadãos”. (Idem.)

Por isso, se argumenta nessa monografia que os direitos fundamentais constitucionais do trabalhador incidem diretamente para impedir a aceitação jurídica do contrato de prestação de serviços celebrados pelo profissional de TI como pessoa jurídica.

Se a pergunta do leitor nesse momento for o que fundamenta a aplicação imediata? Responde-se que seria tanto o princípio da unidade jurídica quanto a força normativa da Constituição.

Em conseqüência do primeiro argumento, o Direito Privado não pode se transformar em um “gueto”, pois a unidade impõe que os direitos fundamentais tenham valor para todo o ordenamento jurídico. E em conseqüência do segundo argumento, privilegiam-se soluções hermenêuticas que conferem eficácia ótima à lei fundamental. Sintetiza J.J. Gomes Canotilho: “soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.” (CANOTILHO apud ROCHA, in ALMEIDA, 2010, p.36)

Não só Canotilho, mas também Konrad Hesse (HESSE, 1991.) ofereceu brilhantes lições sobre a força normativa da Constituição. E vale lembrar que a constante resignificação da norma e o confronto com as relações privadas é o que confere legitimidade e permite a permanência do mesmo documento constitucional ao longo dos anos.

⁷ A autora cita Ingo Wolfgang Sarlet; Jane Reis Gonçalves Pereira; Luís Roberto Barroso; Daniel Sarmento.

Dentro dessa matéria a autora destaca quais são os destinatários da vinculação dos direitos fundamentais, o que interessa para a presente monografia é a conclusão pertinente às relações particulares entre partes manifestamente desiguais, das quais a relação trabalhista é um exemplo. Nessas relações, transplantam-se os princípios da eficácia vinculante para a esfera privada, pois o poder social de uma das partes é tão majestoso que se compara à verticalização entre Poder Público e particular. (ROCHA in ALMEIDA, 2010, p.38.)

No contexto das relações de emprego Andréa coloca muito bem que existe um real poder do empregador, sendo grande o risco de que liberdade e direitos individuais do trabalhador sejam vulnerados. Em suas palavras “Tendo como elemento a subordinação jurídica, a relação de emprego distribui desigualmente, entre trabalhador e empregador, os poderes econômico e social, pondo o trabalhador em situação de sujeição em face do poder diretivo do empregador.” (Ibidem, p.41.).

Conclusão necessária, portanto, é a de que a vinculação do empregador aos direitos fundamentais é direta e imediata tanto em relação aos direitos fundamentais individuais quanto aos de cidadania. (Idem.)

Um empregado ao iniciar um contrato de emprego submete-se ao empregador, mas não a ponto de perder sua cidadania. Essa noção já foi trazida a essa monografia e agora retorna com as lições de Rocha, corroborando para a verdade do argumento. A autora usou palavras brilhantes de Abrantes para transmitir a idéia do que acontece no processo de contratação. Seguem-se:

Ele [o trabalhador] contrata alienação da sua liberdade, mas essa alienação tem limites.

O primeiro desses limites, óbvio, é, desde logo, o de que ela nunca poderá ser total.

A liberdade de empresa não poderá, nunca, sejam quais forem as circunstâncias, impor sujeições incompatíveis com a dignidade fundamental da pessoa humana.

De fato, há uma parte da liberdade e da dignidade de cada pessoa que é absolutamente indisponível. Essa liberdade e essa dignidade são garantidas pelo “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, daí derivando que esse conteúdo e, com ele, a dignidade da pessoa humana são intangíveis.

Por conseguinte, os poderes do empregador e a liberdade negocial têm por limite intransponível a *intangibilidade do conteúdo essencial* de qualquer dos direitos fundamentais do trabalhador. (ABRANTES apud ROCHA, in ALMEIDA, 2010, p.41-42.) [grifos no original]

Rocha reproduz as lições de Marilena Chauí em relação à descrição do conteúdo da dignidade da pessoa humana. Utilizando-se as palavras de Bodim de Moraes, avisa que dignidade humana significa:

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psico-física de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. (MORAES apud ROCHA, in ALMEIDA, 2010, p.43.)

Além disso, revela que segundo Bodim de Moraes, tudo o que puder reduzir o empregado à condição de objeto será contrário à dignidade humana.

Capítulo 02. Flexibilização trabalhista e a prática da “pejotização”

2.1 Estado neoliberal e as novas formas de contratação

“dissociar a força de trabalho do homem que a produz, é transformar essa força em mercadoria, ou seja, em fator de produção” (NASSIF, 2001, p.56.)

Na década de 1970, a acumulação capitalista, tão bem sucedida a partir do Estado de Bem-Estar Social, enfrentará uma crise estrutural que terá por conseqüências alterações na dinâmica produtiva e nas relações de trabalho. (SILVA, 2002, p.37.)

Sob o referencial da economia, a crise do petróleo provoca uma recessão econômica de âmbito mundial que impõe uma reestruturação do sistema capitalista, com alterações no modo de acumulação do capital e na organização produtiva (Idem.). Essas alterações trazem o contexto de flexibilização e desregulamentação das relações de trabalho, posto que as empresas procuravam contratar com menos encargos trabalhistas. (Ibidem, p.42)

No plano político e ideológico, a partir de 1979, os países da Europa Central, marcadamente França, Alemanha e Espanha, optaram predominantemente por modelos neoliberais de governo. Assim o Estado Social de Direito, marcadamente intervencionista, revela-se pouco atraente. Surgem técnicas de contratação como: a) o tempo determinado da Espanha, que desonerava o empregador de pesadas tributações; b) o trabalho em tempo parcial da Alemanha, que passou a ser consagrado em igualdade de condições com o trabalho em tempo integral, haja vista as vantagens econômicas que trazia ao país; c) o horário individualizado da França, que dava maior autonomia para o trabalhador definir horário de entrada e saída. (Ibidem, p.52-64.)

A recessão econômica da década de 1970 para os países capitalistas da Europa e América do Norte refletem no Brasil e na América latina durante as décadas de 80 e 90. Gomes da Silva alerta para a necessidade de diferenciar flexibilização trabalhista de precarização trabalhista quando esse tema passa a ser analisado nos países latinos. (Ibidem, p.67.)

Nessa época o Brasil está consolidando seu novo governo democrático, e, ao mesmo tempo em que a legislação trabalhista é democratizada, ela acaba sendo flexibilizada.

A flexibilização é a diminuição da imperatividade das normas jurídicas a fim de dar espaço às negociações coletivas. Já a desregulamentação trabalhista traduz-se na supressão de normas sem qualquer compensação, abrindo-se o caminho para a extinção do direito do Trabalho, levando a prática ao extremo. (DELGADO, 2006, p.195.)

Elaine Noronha Nassif (2002, p.43) também leciona que a flexibilização pode assumir sentido extremo, sendo o caso da desregulamentação trabalhista, onde normas protetoras são retiradas para que o “sistema econômico estabeleça as condições de contratação laboral”. Por outro lado, em postura não extremista, a flexibilização consistiria apenas em: 1) redução das normas regulamentadoras estatais; 2) maior autoridade aos parceiros sociais; 3) garantia do mínimo fundamental de direitos do trabalhador.

Quanto às espécies de flexibilização, a lição da autora é no sentido de existirem três formas de manifestação da flexibilização: 1) Flexibilização numérica: traduzida na eliminação legal dos obstáculos para contratação e dispensa; 2) Flexibilização no tempo de trabalho: traduzida no artigo 7º da CF/88, inciso XII da jornada de trabalho e inciso XIV do turno ininterrupto de revezamento; 3) Flexibilização funcional: traduzida na organização do pessoal da empresa; 4) Flexibilização salarial: traduzida no reconhecimento da necessidade de se permitir a redução salarial pelo artigo 7º, VI, da CF/88. (NASSIF, 2001, p.73.)

Certo é que tais hipóteses de flexibilização mostram-se taxativas. Além disso, não se pode utilizar a lógica neoliberal para fazê-la incidir sobre os direitos fundamentais sociais, haja vista a condição de imperativo constitucionais dessas normas. (Op. cit., p.197.)

Reflexos da globalização e do aumento tecnológico são percebidos na estrutura empresarial. Empresas virtuais, baseadas no *teletrabalho* (Ibidem, p. 166.), racionalizaram os espaços e custos para produção e mostraram elevada capacidade de internacionalizar a concorrência. Além disso, os processos de fusão e aquisição de empresas proporcionaram alto desempenho de multinacionais em nível global.

Outra marca de alteração no modelo empresarial é a descentralização de atividades. Surgem médias e pequenas empresas, que atuam “basicamente subordinadas às decisões estratégicas das empresas transnacionais” por via de terceirizações. (SALGADO *apud* DELGADO, 2006, p. 167.)

A partir da terceira Revolução Industrial, a robótica provoca substituição do homem pela máquina resultando em desvalorização do trabalho e acréscimo de desempregados. Amauri Mascaro Nascimento (2011, p.69-70.) lembra que o desemprego desse momento é estrutural e não mais meramente conjuntural. Em virtude disso, esse é um contexto em que há uma impactação social pelo medo do desemprego.

O chamado *Estado Poiético*⁸ (DELGADO, 2006, p. 177.) do final do século XX e início do século XXI apresenta novas características de produção e gerenciamento das empresas. Esse Estado é marcado pela falta de ética, em que há um esvaziamento da identidade social do homem. Em, conseqüência, o labor é, mais uma vez na história, instrumentalizado como meio para alcance das satisfações do outro, o detentor do capital. Fica, portanto, enfraquecido o sujeito homem, como fim em si mesmo, integrante da idéia do bem comum e da vida ética. (Ibidem, p.174-175.)

Explica Gomes da Silva (2002, p.93.) que a flexibilização é analisada por duas correntes de pensamento: a neoliberal e a institucional. Isto porque para os economistas, a flexibilização congrega os fatores necessários ao aumento da produção capitalista. Já para os juristas, a mão-de-obra trabalhadora não constitui apenas fator de produção, sendo necessário analisar as normas jurídicas da época e o (des)respeito à promoção da justiça social.

Dentro da lógica neoliberal, as empresas passaram a um formato enxuto. Esse é o padrão do toyotismo dos japoneses, modelo de gestão que visa à empresa-magra, não mais controladora de todas as fases do processo produtivo. (Ibidem, p.179.)

Uma das principais estratégias de mudança nas empresas do sistema toyotista de produção foi a demissão em massa. As grandes empresas passaram a concentrar suas atividades no núcleo central de sua produção e repassam para empresas periféricas as atividades das outras etapas do processo produtivo. Essa dinâmica permitiu redução dos custos com contratações formais. (Ibidem, p.182.)

As atividades realizadas pelas empresas periféricas, que surgem principalmente como médias e pequenas empresas, são as chamadas *atividades-meio*. (DELGADO, 2006, p.182.)

Essa distribuição de atividades nucleares e atividades meio entre as grandes empresas e as novas pequenas e médias empresas é a terceirização trabalhista.

Silvano Gomes da Silva (2002, p.99-101.) relaciona entre as modalidades de contratação trazidas pela flexibilização brasileira a subempreitada, a locação de mão-de-obra, o trabalho em domicílio, o contrato por prazo determinado e, até mesmo, o estágio.

⁸ Expressão usada por Joaquim Carlos Salgado para se referir ao fazer humano meramente instrumental típico do Estado Contemporâneo.

Em relação ao aumento das contratações temporárias, Ackerman (ACKERMAN apud DELGADO, 2006, p.189.) analisa que o desemprego desse momento é estrutural e não mais conjuntural como o do período do pleno emprego no Estado Social de Direito. A idéia aqui presente é a de que, apesar de alguns índices nacionais apontarem o aumento da população ocupada sinalizando o decréscimo do desemprego, essa é uma fase de contratações com alta rotatividade, sem garantias para o trabalhador do desenvolvimento de carreira. Ou seja, a ocupação é constantemente acompanhada do desemprego pela substituição do profissional.

Francisco de Oliveira (OLIVEIRA apud TOSTA, 2008, p.32-33.) concorda que a massa desocupada de profissionais capacitados foi-se formando, no Brasil, em torno dos pólos industriais, reforçando as más condições da ocupação, por fazer do trabalhador um instrumento facilmente substituível.

Sobre as mudanças do período em exame, Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 567.) vislumbra a possibilidade de o elemento da subordinação nas relações de trabalho ser rediscutindo, podendo dar lugar ao que o autor chama de parassubordinação ou mesmo para a coordenação.

No mesmo sentido, Gabriela Neves Delgado (2006, p.190.) enxerga uma mudança de conformação do elemento da subordinação. Sabe-se que a subordinação jurídica é elemento essencial e diferenciador da relação empregatícia em contraponto à sujeição pessoal existente na Idade Antiga e Média.

Coloca a autora que a subordinação jurídica clássica do capitalismo industrial previa um contrato direto entre empregador e empregados, com comandos dados dentro do próprio espaço das fábricas. Já com as tecnologias do início do século XXI, novas formas de emprego foram ganhando espaço, a exemplo do trabalho em domicílio. (DELGADO, 2006, p.191.)

Percebendo a multiplicação dos trabalhos temporários e a criação de novas formulações de emprego, é possível destacar que a flexibilização provocou uma mudança (ou, talvez, uma releitura) dos elementos da não-eventualidade e da subordinação, típicos da relação de emprego clássica. (Ibidem, p.190.)

Vale frisar, no entanto, que a terceirização de atividades é uma técnica distinta das outras técnicas de subcontratação e precarização (SILVA, 2002, p.67-68.). Isto porque a empresa

tomadora repassa à periférica tanto a realização da atividade meio quanto o vínculo empregatício, de modo que a empresa periférica assume os riscos inerentes à produção (Op. cit., p.186.). Da mesma maneira, a contratação temporária ou o trabalho em domicílio, embora derroguem alguns direitos inerentes ao trabalhador empregado, não afrontam o patamar mínimo fundamental para que o trabalho seja realizado, além de não retirarem do empregador a responsabilização pelos riscos inerentes à contratação.

Nesse sentido, impossível incluir a “pejotização” dos profissionais da informática como uma das formas lícitas de contratação decorrentes da flexibilização do período neoliberal. A situação concreta que permanece entre a empresa construtora e o profissional intelectual da informática não constitui uma hipótese de terceirização, além de continuar a caracterizar a relação tradicional de emprego.

2.2 “Pejotização”

O caso real anunciado na introdução dessa monografia é retirado do cotidiano de grandes e médias empresas brasileiras. Para entender materialmente a “pejotização”, objeto central do presente estudo, serão apontadas as consequências da celebração do contrato de prestação de serviços.

Após compreender o cenário apresentado naquela reunião, o empregado inicia os procedimentos para abertura de uma empresa individual de tecnologia da informação. Depois de o registro da nova empresa estar pronto, a demissão do empregado é seguida pela contratação da sua empresa de informática. Um contrato de relação jurídica de emprego é substituído pelo contrato de prestação de serviços de informática.

A partir do dia seguinte, no entanto, sua rotina de prestação de serviços na empresa continua como anteriormente. Sua sala ainda é a mesma, sua mesa de trabalho e ramal de telefone não são alterados. As tarefas e poderes anteriormente reunidos em razão de sua função permanecem como estavam. A presença pessoal e contínua na empresa é diária, semanal e mensal como sempre foi necessário. Todo o serviço intelectual de desenvolvimento de programas de computação e manutenção permanecem sob direção estrita da direção da empresa. Não

havendo domínio da prestação do serviço por parte do profissional da informática, mas sim por parte do empregador originário, que comanda ainda pessoalmente e com autoridade os liames da produção intelectual, realizando reuniões e exigindo relatórios. Isto é, a subordinação jurídica do profissional de informática aos comandos gerais e específicos do empregador é mantida para a organização e a execução dos serviços prestados.

Soma-se à realidade fática, a percepção de rendimento mensal pelo profissional de informática com as características de contraprestação pecuniária pelo trabalho realizado de maneira não eventual, contínua e permanente. No plano material, não houve mudança que caracterize o domínio da produção intelectual pelo próprio profissional da informática. Não existiu prestação de serviço de forma esporádica ou que seja baseada em prestações de serviços temporários para desenvolvimento, implantação e manutenção de sistemas de modo que, para cada etapa de serviços, houvesse um contrato específico e consequente prestação pecuniária relativa.

Pelo contrário, percebe-se que o caráter de autonomia na atuação do profissional enquanto pessoa jurídica com serviços próprios e especializados a serem oferecidos de acordo com sua conveniência e organização não se fizeram presentes em nenhum momento desde o registro da empresa individual.

O que se percebe, em verdade, é a presença de todos os elementos formadores da relação empregatícia clássica: serviço prestado com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Concretamente, é preciso retratar as consequências geradas para a vida profissional, e consequentemente social e familiar do profissional de informática. Ora, como se sabe, o emprego é a via pela qual todo ser humano supre suas necessidades essenciais a partir das trocas econômicas que realiza na sociedade capitalista em que se insere.

A partir do momento da troca de contratos, inicia-se uma nova rotina financeira para o empregado e sua família. Os direitos decorrentes da contratação celetista passaram a inexistir para o indivíduo que não era mais considerado um empregado da empresa. E, além disso, a aparência de ter ocorrido uma demissão por interesse do empregado, retira-lhe direitos de suma importância para todo homem de economia média.

De todo modo, vê-se que a demissão superveniente ao empregado que passará a ser contratado como se fosse pessoa jurídica retira-lhe o direito de acessar as verbas rescisórias e os depósitos de FGTS bem como o seguro desemprego.

Para piorar a situação do profissional da informática, a partir da nova rotina laboral, ele terá de suprir a ausência do empregador originário para ter garantidos seus direitos previdenciários. Um profissional autônomo não conta com o suporte do auxílio-acidente, auxílio-doença, salário maternidade, aposentadoria, do mesmo modo que seus familiares são extensivamente despojados da garantia de pensão em caso de morte ou invalidez.

Para o acesso às garantias previdenciárias, o empregado deverá recolher por conta própria as contribuições. Esse encargo, somado à emissão de nota fiscal e cumprimento com os demais tributos relativos ao funcionamento de uma pessoa jurídica, reduzem seu poder econômico e fragilizam seu planejamento financeiro a longo prazo.

Afora da lógica previdenciária existem ainda trágicas conseqüências para o antigo empregado. Ele próprio deverá financiar de agora em diante seu aperfeiçoamento profissional. Todo curso ou especialização não será mais financiado pela empresa construtora, haja vista que o profissional não integra seu pessoal interno, de modo que está aparentemente desvincilhada dessa função educacional da propriedade.

Quanto ao bem estar do indivíduo, percebe-se que a reserva financeira para fruir férias e lazer vê-se comprimida pela ausência das férias remuneradas e do décimo terceiro salários com respectivos abonos constitucionais.

Tendo em vista a realidade fática da prestação dos serviços, percebe-se que a troca de contratos não passa de uma manobra da construtora empregadora para aliviar a sobrecarga financeira imposta pela manutenção de um empregado de alto nível de formação científica. Ao que se advoga publicamente em fóruns de discussão jurídica, o custo do empregado mantido pelas regras do regime celetista chega a dobrar em relação à contratação da pessoa física como se pessoa jurídica fosse.

Esse efeito econômico é o principal motivador da popularização da prática da “pejotização” nas última duas décadas.

2.3. “Pejotização” e terceirização

Prestação de serviços é o contrato mediante o qual uma (ou mais) pessoa(s) compromete(m)-se a realizar ou mandar realizar uma ou mais tarefas para outrem, sob a imediata direção do próprio prestador e mediante uma retribuição material especificada. (DELGADO, 2011, p.571.)

Terceirizar não tem sido a prática de “entrega de serviços a terceiros”, mas substituição ou eliminação das linhas de produção de uma empresa de determinadas etapas ou atividades-meio, secundarizando-as. (SILVA, 2002, p.102)

A diferença básica entre a prestação de serviços autônoma e a relação de emprego consiste no modo de prestação dos serviços e não no fato de o serviço ser ou não prestado de maneira pessoal pelo profissional intelectual. Ocorre que é possível que a prestação de serviços exija, pela sua natureza, a atuação pessoal do profissional, sendo inviável sua fungibilidade. (DELGADO, 2011, p.571-572.)

Alerta Godinho Delgado (2011, p.571-572.) que nem sempre é simples diferenciar: 1 - o mínimo de diretrizes provenientes do tomador de serviço; e 2 - o poder diretivo típico do empregador. Mas lembra que a diferença se revela quando “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.”.

A terceirização trabalhista é uma realidade atual e ocorre licitamente. No entanto, não deixa de ser tratada como exceção à relação empregatícia clássica, devendo ocorrer nas hipóteses determinadas pela Súmula TST n.331.

A primeira hipótese é a da contratação de trabalho temporário motivada pela necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou de acréscimo extraordinários de serviço. (Súmula TST n.331, I disciplina da Lei n.6.019/74)

A segunda hipótese é a contratação de atividades especializadas de vigilância por qualquer pessoa, seja jurídica ou natural. (Súmula TST n.331, III, *ab initio* disciplinada pela Lei n. 7.102/83 alterada pela Lei n. 8.863/94)

A terceira hipótese é a contratação de atividades de conservação e limpeza. (Súmula TST n.331, III). E, por fim, a quarta hipótese é a contratação de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador (Súmula TST n.331, III, *in fine*)

As atividades meio, embora não se traduzam em um grupo específico de tarefas, são basicamente atividades que não se integram ao núcleo empresarial do tomador. As atividades nucleares (as atividades fim, portanto) são as que compõem a dinâmica empresarial do tomador, conformam a essência dessa atividade empresarial e contribuem para o posicionamento e classificação da empresa no contexto econômico. (Ibidem, p.438.)

No caso específico do profissional de tecnologia da informação originalmente empregado da empresa construtora não se pode aceitar o argumento da terceirização do setor de informática. De fato, na construtora os serviços de programação consistem em suporte técnico, em infra-estrutura de funcionamento, e não estão diretamente ligados à construção civil. No entanto, o modo de prestação do serviço pelo profissional não consubstancia a terceirização de atividades, isto porque ela se dá de maneira pessoal e subordinada.

Na Súmula TST n.331⁹, percebe-se a clarividência do texto ao exigir como requisito básico da contratação terceirizada de atividades meio a inexistência da “pessoalidade” e da “subordinação direta”.

⁹ TST Enunciado nº 331 - Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 - Alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

Como se sabe, a única situação de terceirização que permite a subordinação pessoal é o caso da contratação temporária, haja vista que haverá inserção direta do trabalhador no estabelecimento do tomador por certo período de tempo. No entanto, estritamente em relação às atividades meio, a terceirização existe entre empresas, uma tomadora e a outra a terceirizante que dirige a prestação de serviço dos trabalhadores a ela subordinados.

É que a pessoalidade da prestação laboral e a subordinação compõem os elementos caracterizadores da relação clássica de emprego juntamente com a não-eventualidade e a onerosidade.

A terceirização fora das hipóteses sumuladas é evidentemente ilícita. Ressalta Godinho Delgado:

no Direito brasileiro, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts.2º, caput, e 3º, caput, CLT) sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida. (DELGADO, 2011, p.439.)

A “pejotização” não é suficiente para descaracterizar a subsistência da relação de emprego. Ademais, os poderes do empregador são atrelados ao contrato de trabalho como seus efeitos próprios.

Pelo poder fiscalizatório o empregador acompanha a prestação do trabalho e realiza vigilância em todo espaço empresarial interno. Assim é entendido como uma outra faceta do poder diretivo, é a possibilidade de realizar o controle das regras preestabelecidas. (DELGADO, 2011, p.621.)

No exemplo do profissional de tecnologia da informação pejotizado extrai-se que a determinação de prazos para a realização das tarefas de desenvolvimento de sistemas e programação, bem como a realização de reuniões da diretoria e a apresentação de relatórios de atividade revelam a manutenção do exercício do poder fiscalizatório em relação ao profissional.

O poder disciplinar, já majoritariamente entendido como um poder autônomo tal qual o poder diretivo, manifesta-se pela possibilidade que detém o empregador de impor sanção aos seus empregados em virtude do descumprimento contratual (Ibidem, p.622.). Assim, um

ilícito trabalhista será punido por uma sanção previamente cominada e desde que seja realizado um procedimento punitivo específico.

Esses poderes não são extintos pela mera elaboração de um novo contrato escrito entre empregador e empregado. Embora o documento escrito seja novo e contenha cláusulas que documentem uma prestação de serviços por parte de uma pessoa jurídica, é notável no plano fático a permanência da subordinação do empregado ao empregador. Além disso, como já foi ressaltado, os elementos conformadores da relação empregatícia também estão presentes como antes.

2.4. Celebração do contrato de prestação de serviços e a coação moral irresistível

Tendo em vista a realidade fática da prestação dos serviços, percebe-se que a troca de contratos não passa de uma manobra da construtora empregadora para aliviar a sobrecarga financeira imposta pela manutenção de um empregado de alto nível de formação científica. Ao que se advoga publicamente em fóruns de discussão jurídica, o custo do empregado mantido pelas regras do regime celetista chega a dobrar em relação à contratação da pessoa física como se pessoa jurídica fosse.

Esse efeito econômico é o principal motivador da popularização da prática da “pejotização” nas últimas duas décadas.

Pensando-se nas décadas de 80 e 90, é preciso lembrar que o contexto era o de uma economia globalizada que refletia diretamente na organização produtiva. Ora para competir com o mercado internacional, os produtos nacionais precisam de baixo custo. Quanto ao tema, há interessante pesquisa do PNUD (já referenciada anteriormente) revelando que a competição global tende a **exigir redução dos custos laborais** em países com mão-de-obra farta e pouco protegida. Conclusão acertada do PNUD é resignar-se com essa tendência e argumentar que:

é fundamental que os ganhos de competitividade sejam obtidos por meio da elevação da produtividade das empresas e dos trabalhadores, não por meio do rebaixamento do padrão de proteção social. **Isso pode ser obtido com capacitação e qualificação dos trabalhadores, e com medias que elevem a**

competitividade sistêmica do país, como investimentos em infra-estrutura.

(CEPAL/ PNUD/ OIT, 2008, p.102.)[sem grifos no original]

Vê-se, logo, que o raciocínio do PNUD é correto e toma por base o objetivo de desenvolvimento econômico e humano bem como os princípios do direito do trabalho.

No contexto da mesma pesquisa, a CEPAL/PNUD/OIT (2008, p.104) lembra que, em qualquer sistema capitalista, a criação de postos de trabalho é uma iniciativa predominantemente do setor privado. Assim, constata-se que políticas de estímulo ao investimento privado são fundamentais para a geração de trabalho decente, primeiramente porque criam demanda por mão-de-obra e, depois, porque favorecem ganhos de produtividade para os trabalhadores.

Ao esclarecer quais seriam as políticas para criar um ambiente favorável às contratações, a pesquisa informa que “As demandas empresariais compreendem frequentemente a redução do custo de capital, a adoção de políticas claras em termos regionais e tecnológicos, a superação das limitações de infra-estrutura, a reforma tributária e a redução dos trâmites burocráticos, entre outras medidas.”. (CEPAL/ PNUD/ OIT, 2008, p.118.)

Enquanto não existem medidas suficientes para a satisfação das referidas demandas, as empresas brasileiras seguem driblando os custos de produção da maneira mais eficiente para seus fins lucrativos.

A contratação dos profissionais de tecnologia da informação como se pessoas jurídicas fossem, foco da presente monografia, tem se popularizado nas últimas décadas como uma opção para evitar a tributação relativa a cada um dos empregados.

Partidários da flexibilização, como José Pastore, argumentam que oferecer maior campo de negociação facilita a incorporação ao mercado formal de trabalho de profissionais autônomos, subcontratados e terceirizados. Ocorre que na opinião dele para “a legislação vigente é tudo ou nada, ou se contrata legalmente pagando 102% a título de encargos sociais, ou se contrata ilegalmente ou na informalidade, pagando 0%.”. (PASTORE apud CARAM apud NASSIF, 2001, p.81-82.)

Quanto ao assunto, Nassif lembra que, antes de qualquer conclusão, é necessário esclarecer o peso desses encargos e a metodologia de sua apuração.

Existe divergência na definição de encargos sociais. A primeira concepção é a jurídico-contábil, que utiliza a metodologia tradicional da década de 1960, a qual considera todos os adicionais legais e convencionais incidentes sobre a folha de salários da empresa. Assim, os cálculos chegariam à conclusão de que os encargos salariais representariam 102% dos gastos com salários dos empregados, e dobraria os gastos com cada empregado.

Já a segunda concepção aponta que os encargos sociais variam entre 20% a 40%, uma vez que feita uma análise quanto à natureza de cada despesa incidente sobre a folha, apenas uma parcela teria realmente natureza de encargos sociais. Tal natureza define-se para os itens que incidem sobre a folha de pagamentos para financiar a seguridade social. Assim, envolvem as contribuições sobre a folha que não representam contraprestação do trabalho realizado pelo empregado, isto é, que não integram a remuneração individualizada do trabalhador. (NASSIF, 2001, p.82.)

O custo do trabalho formalizado foi muito utilizado, na virada do século XX, como barreira à participação das empresas nacionais no mercado mundializado.

NASSIF (apud DELGADO, 2006, p.193.) identificou razões pelas quais não se justifica a diminuição da contratação formal dos trabalhadores brasileiros, destacando: a) Pesquisa realizada pelo Instituto de Economia da UNICAMP revelou que o valor da hora de trabalho no Brasil é mais barata do que dos países participantes do mercado internacional; b) As empresas brasileiras com maior competência empresarial para disputar o comércio internacional respeitam as formas de contratação da legislação trabalhista; c) A desvalorização da força de trabalho pela precarização da contratação resulta, na verdade, em baixa capacidade de consumo do brasileiro, prejudicando o mercado interno e aumentando a disparidade de distribuição de renda no país.

Quanto ao custo da mão-de-obra ser utilizado constantemente como elemento justificante da necessidade de demissões nas empresas brasileiras, Nassif também afirma o sucesso da pesquisa realizada pela World Steel Dynamics/BA&H ao revelar que os países cuja mão-de-obra apresenta custos mais baixos (entre ao quais estão Brasil, Rússia e Índia) contam com maior taxa de desemprego. (Ibidem, p.79.)

Assim, a fuga tributária não se mostra indispensável para a sustentabilidade das empresas e o argumento, enfraquecido, cai por terra.

Quanto ao lado do empregado é possível identificar uma falta de opção a não ser a atuação por meio de pessoa jurídica. Como já foi apontado, a ameaça da desocupação é alta no contexto de desemprego estrutural, e vendo-se diante da possibilidade de não ter meios de suprir suas necessidades existenciais básicas, o trabalhador só pode escolher manter-se recebendo alguma renda.

É brilhante a declaração de Elaine Noronha Nassif (2001, p.87.) quando afirma “Em razão da péssima distribuição de renda e da escassez de empregos, bem como da ausência de um modelo melhor para a classe trabalhadora, é que o discurso da flexibilização torna-se uma coação irresistível”.

É essencialmente o que se passa com o profissional da informática que concorda com uma demissão e depois realiza a celebração de um contrato de prestação de serviços com a mesma empresa construtora. A vontade por ele manifestada não passa de uma situação de coação irresistível.

2.5. Efeitos da “pejotização”

Tânia Ludmila Dias Tosta (2008, p.18), em sua tese de doutoramento apresentada ao Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília, informou que “Segundo a Organização Internacional do trabalho (OIT), em um documento sobre trabalho decente e economia informal, os trabalhadores e empreendedores informais não têm acesso à segurança do mercado de trabalho, com oportunidades adequadas de emprego; à segurança do emprego, com regras claras sobre admissão e demissão, além de certa estabilidade no emprego; à segurança de trabalho, com proteção contra acidentes e doenças; à segurança de reprodução da habilidade, com oportunidades de adquirir e manter habilidades por meio de treinamentos no emprego; à segurança de uma renda adequada e à segurança de representatividade por meio de sindicatos independentes (ILO, 2002).”

No mesmo estudo, a autora revela que o paradigma da flexibilização, que tem trazido transformações no mundo do trabalho nas últimas décadas, tem atingido não apenas indivíduos de baixa escolaridade, mas também indivíduos de alta especialização. Assim ela

mostra que, no capitalismo atual, os trabalhadores de alto nível de escolarização estão se aproximando da experiência de flexibilização e de precarização do trabalho, realidade já vivida pelos trabalhadores de baixa renda. (TOSTA, 2008, p.22.)

Como centro da pesquisa, Tânia (2008, p.23) escolheu analisar os profissionais de Tecnologia da Informação e os da Comunicação, que são, em suas palavras, “personagens emblemáticos do paradigma tecnológico-informacional contemporâneo”, e encontram-se cada vez mais inseridos em contratos flexíveis, sem vínculos formais e “com reduzido acesso aos direitos e benefícios sociais”. Ela compara as trajetórias desses profissionais de nível superior com as trajetórias de feirantes e vendedores informais; realidades bem diferentes propositalmente, na tentativa de encontrar aproximações entre elas.

Essa monografia se aproxima da tese em comento na medida em que revela a aproximação do profissional de tecnologia da informação “pejotizado” da situação concreta dos trabalhadores de baixa escolaridade, os quais já têm vivência mais antiga do mercado de trabalho informal.

Tânia (2008, p.31) faz forte crítica ao discurso da empregabilidade e do empreendedorismo que surge no mercado atual. Diz a autora que esse seria um discurso que mascara a verdadeira “crise da sociedade salarial”, caracterizada por oferecer menor inclusão das pessoas na relação de emprego assalariada e forçar o indivíduo a responsabilizar-se pela sua empregabilidade.

Entre os efeitos da “pejotização” do empregado é preciso destacar a perda pelo empregado da garantia existente em relação aos efeitos *próprios* e *conexos* (DELGADO, 2011, p.591.) do contrato de trabalho. Referidos efeitos resultam nos direitos e deveres das partes. O profissional individual que presta serviços como pessoa jurídica tem vantagens que, comparativamente aos efeitos do contrato formal de emprego, não são suficientes para tornar a atuação mais vantajosa do que a subordinação jurídica empregatícia.

Os efeitos próprios decorrem da natureza, do objeto e do conjunto natural das cláusulas contratuais trabalhistas e são, para o empregado, a obrigação de prestar/ceder sua força de trabalho e, para o empregador, a obrigação em contrapartida de pagar parcelas salariais e verbas sem natureza salarial (como FGTS, vale transporte, etc) e obrigações de fazer como assinatura da CTPS, emissão de documento de CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho). Já

entre os efeitos conexos estão os direitos intelectuais pela invenção de obra intelectual durante o curso contratual, bem como as indenizações por danos materiais e morais.

Quanto aos direitos intelectuais sobre software (programas de computação) a atual Lei de Patentes - Lei n. 9.279/96 - disciplina, tanto quanto disciplinava a Lei n. 5.772/71, que quando a atividade inventiva do assalariado decorre da própria natureza da atividade contratada os inventos pertencem exclusivamente ao empregador. (DELGADO, 2011, p.594-596.)

Quando o profissional de TI passa a atuar como pessoa jurídica uma das principais vantagens é a propriedade que passa a titularizar em relação aos softwares desenvolvidos. Não existindo dever de exclusividade com o empregador originário, o profissional pode ganhar mercado consumidor e a partir de um só invento atingir lucro muito mais elevado, oferecendo o produto a demais empresas. Esse, aliás, é um dos argumentos mais utilizados pelos defensores da prática da “pejotização”. Em suma, é com tal idéia que, em litígios judiciais, se busca comprovar que a alteração do vínculo entre o antigo empregado e empresa foi realizado no melhor interesse do próprio profissional.

Acontece que o benefício não se comprova em termos práticos. Um profissional recém transformado em pessoa jurídica nem sempre dispõe de “kow how” necessário para a condução de um esquema empresarial de manutenção de diversas empresas.

É razoável pensar que o profissional de TI dispõe de tempo útil para despender dando suporte, pessoalmente, a uma ou até duas empresas, mas a situação dificilmente se mantém em relação a diversas empresas.

A atividade de manutenção de sistemas exige acompanhamento diário do profissional. Imaginar que o mesmo profissional é capaz de aumentar seus rendimentos dando suporte a três empresas diferentes, é imaginá-lo em dedicação pessoal em três turnos de trabalho, todos os dias da semana, o que ultrapassa a jornada constitucional máxima entendida como viável para o bem estar e integridade física do homem médio.

A solução para tal situação estafante seria montar um arsenal de técnicos de informática para auxiliar o profissional, cada um especializado na rotina de uma das três empresas. Mas a partir disso, o rendimento que seria aproveitado integralmente pelo profissional da informática já seria reduzido, afinal, como empregador ele teria de promover a esses técnicos todos os direitos decorrentes do vínculo trabalhista.

A prestação de serviço dos técnicos não seria eventual, e sim contínua, eles não atuariam de maneira autônoma, mas sim em subordinação direta aos comandos do profissional de informática, evidenciando que haveria entre eles um vínculo empregatício e entre o técnico e a empresa uma relação fática semelhante à existente entre o profissional terceirizado e a empresa tomadora dos serviços. De modo que os riscos do empreendimento fatalmente acabariam acumulados pelo profissional que abriu a pessoa jurídica.

Entendendo que o salário percebido pelo profissional na construtora que o contratou originariamente não será duplicado, pois assim não há sentido na economia pretendida pela construtora já que a contratação pela relação jurídico-formal trabalhista é a que duplica os gastos com o empregado; Entendendo que nenhuma das novas empresas ofereceriam salário muito elevado ao profissional de informática, haja vista o início da relação profissional entre os sujeitos; entendendo que o suprimento de todos os direitos trabalhistas para si próprio e para os outros dois técnicos exige um lucro muito elevado o que não é conseguido a partir do rendimento que consegue com as três empresas; percebe-se que, na prática, o ganho de mercado não acontece para o profissional individual.

Como prejuízos o empregado passa a promover a própria seguridade. Pagamento de plano de saúde familiar; recolhimento de FGTS; planejamento para futura aposentadoria; perda de seguro desemprego em caso de dispensa; perda de auxílio acidente; perda de pensão por morte para amparo da família; perda de décimo terceiro salário; perda de férias remuneradas (dinheiro extra com o qual o brasileiro de renda média conta para planejamentos extraorçamentários).

Toda essa precarização ocorre quando o empregado atinge 20, 25 ou mesmo 30 anos de serviços, momento em que poderia por lei estar se planejando para desfrutar os proventos de aposentadoria.

A alteração de contratos coloca em risco o projeto de vida do empregado. Afinal, se ele não consegue garantir os próprios depósitos de FGTS e a aposentadoria privada, ele não pode desfrutar de uma velhice digna e colher os frutos de seu estudo, especialização, prestados por tantos anos ao mercado nacional.

Capítulo 03. Alteração Contratual Consentida e Princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho

3.1 Princípios Especiais do Direito Individual do Trabalho

Além de participar do ordenamento jurídico brasileiro visto como um sistema geral articulado sob os princípios supremos da Constituição da República, o Direito do Trabalho já se afirmou como disciplina independente. (SOUTO MAIOR, 2000, p.273 – 274.)

Nesse sentido, tem regras próprias que funcionam de forma específica para o objeto examinado, que é a relação laboral. Assim como um cirurgião de cabeça e pescoço tem instrumentos especializados para o seu trabalho, a Justiça do Trabalho dispõe de um arsenal normativo e principiológico que lhe garante dos fundamentos adequados a solucionar as lides típicas das relações laborais. (NASCIMENTO, 2011, p.64-65.)

No momento, é válido retomar o que já foi explicitado no capítulo 1 dessa monografia: a função teleológica do Direito do Trabalho. Dentro do paradigma moderno, o Direito do Trabalho é um sistema de princípios e regras protetivo em relação ao trabalhador. (Op. cit., p.287.)

Como já exposto, o modelo de produção baseado no liberalismo e com aplicação das regras do contrato civil [livre negociação, autonomia da vontade e igualdade entre os contratantes] levou os trabalhadores à situação de opressão e exploração. O desenvolvimento das sociedades e o aumento do grau de democracia devem caminhar no sentido do incremento de proteção ao trabalhador. E, nessa lógica, os movimentos de trabalhadores reunidos em coletividade exigiu intervenção estatal nas relações de trabalho e elaboração de legislação protetiva. (MONTANARI in ALMEIDA, 2010, p.133.)

Romita aprofunda a justificativa da eficácia dos direitos fundamentais sobre a relação laboral nos seguintes termos:

Em tempo e local de trabalho, embora submetido ao poder de direção do empregador em virtude do vínculo de subordinação, o empregado conserva sua qualidade de homem livre. A relação de emprego não o priva de seus direitos e liberdades. (ROMITA apud MONTANARI in ALMEIDA, 2010, p.133.)

Dando sentido às funções do Direito do Trabalho existem princípios, que são enunciados e sentenças aptas a conduzir uma solução de controvérsias entre direitos (direitos que se chocam ou que são questionáveis), servindo de ponto de partida para compreensão do sistema juslaboral pelos legisladores, intérpretes e aplicadores do direito. (SOUTO MAIOR, 2000, p.287.)

O objeto de análise da presente monografia, qual seja a “pejotização” do caso específico de profissional de TI, não exige exame além dos princípios que regem os contratos individuais de trabalho. Assim, é sobre eles que se estuda a seguir.

O princípio é a raiz, a base, a razão de ser, a causa primeira para alguma coisa, assim, por meio das palavras de Antônio HOUAISS (apud DELGADO, 2011, p.180.) princípio é “proposição lógica fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio”. No mesmo sentido, por meio das palavras de Miguel Reale, eles são “verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da práxis.” (Ibidem, p..288.)

No Direito Individual do Trabalho, as regras e princípios regentes visam de modo geral a equilibrar as forças naturalmente disparees da relação jurídica de emprego. Como leciona Delgado (2011, p.190), o empregador age como ser coletivo na medida em que sua atuação tem aptidão natural a interferir em comunidade mais ampla do que a existente na empresa. Por outro lado, o empregado individualmente considerado não é capaz de elaborar regras para impacto comunitário.

Princípios jurídicos trabalhistas são, para Souto Maior (2000, p.295-301), o princípio protetor, subdividido no “in dubio pro operario”, na regra da norma mais favorável, e na condição mais benéfica, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da primazia da realidade, e o princípio da continuidade da relação de emprego. Sem esses princípios básicos, o Direito do Trabalho não existiria como ciência autônoma.

Sem entrar em contradição, mas ampliando o tratamento, Godinho Delgado (2011, p.191) informa que existem nove princípios formadores do núcleo basilar do Direito Individual do Trabalho: a) O Princípio da Proteção; b) Princípio da Norma Mais Favorável; c) Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas; d) Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas (Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas); e) Princípio da Condição mais Benéfica; f) Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva (Princípio da Intangibilidade Contratual Objetiva); g) Princípio da Intangibilidade Salarial; h) Princípio da Primazia da Realidade Sobre a Forma; i) Princípio da Continuidade da Relação de Emprego.

O Princípio da Proteção funciona como princípio basilar no âmbito do Direito Individual do Trabalho, tendo predominância em todos os momentos interpretativos das regras e institutos, porque é da essência do direito laboral a proteção ao trabalhador a fim de diminuir a hipossuficiência natural quando inserido na relação jurídica laboral.

Esse princípio é tão basilar que se irradia para todos os demais princípios do Direito do Trabalho, já que todos, de uma forma ou de outra, visam a restabelecer juridicamente a igualdade inexistente faticamente entre os sujeitos contratantes.

O Princípio do “in dúbio pro operario” serve para guiar a obtenção da interpretação quando uma regra não tem redação clara. Dentre as interpretações possíveis, escolhe-se a mais favorável ao empregado. Nesse sentido, Souto Maior destaca que ele não é um princípio que crie direitos em substituição ao legislador, ou seja, ele não consegue preencher lacunas, mas apenas indicar entre vários significados o melhor deles aplicável. (SOUTO MAIOR, 2000, p.295.)

O Princípio da Norma Mais Favorável orienta o operador do direito do trabalho a optar pela regra mais favorável nas três dimensões de existência da norma: a) informadora: no momento de elaboração da norma pelo legislador; b) hierarquizante: no momento da solução do confronto entre regras conflitantes; c) interpretativa: no momento da interpretação da norma jurídica. (DELGADO, 2011, p.193.)

A busca pela norma mais favorável, no entanto, deve pautar-se pela *teoria do conglobamento* no sentido de que o diploma que, como conjunto, mostrar-se mais apto a efetivar o sentido teleológico do Direito do Trabalho é o que deve ser aplicado. Tal medida preserva a cientificidade da análise bem como o caráter de sistema no tocante ao plexo de normas juslaborais. Se, ao contrário, se permitisse a escolha de dispositivos específicos de cada diploma normativo, seria formada uma colcha de retalhos rompendo com a unidade do sistema de regras para criar um subsistema específico para cada situação concreta – e isso não pode ser admitido na hermenêutica jurídica. (DELGADO, 2011, p.194.)

O Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas é mais uma das conseqüências da função teleológica do Direito do Trabalho. Informa a obrigatoriedade das regras justralhistas, havendo pouco ou nenhum espaço para a disponibilidade de preceitos pela mera manifestação contratual da vontade das partes (Ibidem, p.195.). Para o ministro Godinho “Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerente ao contrato de emprego.”.

O Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas (Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas) é, por óbvio, extensão do princípio da

imperatividade. Refere-se à impossibilidade de o empregado dispor dos direitos e garantias assegurados pela ordem jurídica aos empregados como um todo.

Maurício Godinho explica que a expressão Irrenunciabilidade, utilizada por alguns doutrinadores, não alcança o significado do princípio no seu todo. Uma vez que a ordem justralhista veda tanto o ato de renúncia (unilateral) quanto o ato de transação (bilateral) quando resultar em despojamento dos direitos e das garantias do empregado. (Ibidem, p.196.)

A vontade é um elemento de extrema importância quando se fala em direitos privados, haja vista a natureza contratual das relações entre sujeitos.

Os juristas desenvolveram múltiplas teorias¹⁰ para disciplinar o tratamento dado à manifestação de vontade que faz criar ou modificar situações jurídicas entre dois sujeitos contratantes.

Assim, a autonomia da vontade institui a liberdade contratual, mas não o arbítrio.

Nassif (2001, p.99) leciona que uma das diferenças essenciais entre os direitos individuais e os direitos sociais é o fato de os direitos individuais se apóiam nos contratos, enquanto os sociais se apóiam nas instituições.

Citando Orlando Gomes, Nassif (2001, p.98.) alerta para o detalhe de que a vontade, no entanto, não é reconhecida como força criadora infinitamente, mas sim é limitada pelo direito positivado, reconhecendo-se efeitos aos interesses pessoais declarados desde que legítimos na ordem jurídica.

Isto é, a vontade como atributo do homem pode até ser definida como um poder e uma aptidão para “agir por si, sem obedecer a nenhuma força determinante” (NASSIF, 2001, p.100.). Mas a liberdade jurídica não é poder, e sim direito. E, enquanto direito, define-se como faculdade de fazer ou não fazer o que não lhe foi proibido.

A liberdade, portanto, como leciona Garcia Maynez (apud NASSIF, p.101.), é um conceito relacionado com o exercício do direito e não com o direito propriamente dito. Nas palavras do autor: “ser livre outra coisa não significa senão ter direitos não fundados nos próprios deveres e, conseqüentemente, estar em condições de optar entre exercitá-los ou não exercitá-los.”.

¹⁰ São as teorias: Teoria da declaração.; Teoria da vontade.; Teoria da confiança..

No caso dos contratos de trabalho, explica Nassif que, em virtude da natureza primária dos interesses neles tutelados, a regulamentação individual sofre interferência das normas cogentes coletivas. (Ibidem, p.99.)

Disponível é o direito que se insere exclusivamente no interesse do indivíduo. Direitos flexíveis são aqueles disponíveis desde que coletivamente. Já os direitos difusos são inflexíveis e indisponíveis, pois a coletividade de pessoas afetadas pelas alterações é maior do que a coletividade que permitiu a flexibilização, e, num Estado democrático, a ninguém é permitido dispor de mais direitos do que os que lhe afetarem pessoalmente.

Assim, como leciona Delgado, a flexibilização dá-se por meio dos instrumentos de negociação coletiva (acordo ou convenção) e tem por objeto situações jurídicas individuais ou referentes à própria coletividade.

O Princípio da Condição Mais Benéfica é uma garantia dada pela Constituição da República no artigo 5º, inciso XXXVI, que assegura ao empregado a cláusula contratual mais vantajosa entre cláusulas em choque. Tais cláusulas podem ser tácitas ou expressas e provenientes de pacto ou de regulamento de empresa, sendo que cláusulas futuras apenas atingem as disposições do contrato do empregado se se revelarem mais benéficas.

Souto Maior (2000, p.297.) coloca em breves palavras que a condição mais benéfica determina que “uma lei posterior não pode diminuir as condições de trabalho já auferidas pelo empregado”.

Tanto o princípio da Cláusula Mais Benéfica quanto o Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva (Princípio da Intangibilidade Contratual Objetiva) traduzem a noção de que cláusulas contratuais posteriores apenas atingem o contrato do empregado quando mais favoráveis às condições de trabalho e aos direitos laborais. Ambos princípios dirigem-se para análise de cláusulas contratadas e não de normas jurídicas, já que essas estão revestidas de imperatividade para todos os efeitos de incidência no ordenamento justicialista.

Ressalte-se, a propósito, não ser absoluta, é claro, a vedação às alterações lesivas do contrato de trabalho. Afora as situações inerentes ao chamado *jus variandi* ordinário empresarial (o qual, segundo a doutrina, englobaria mudanças de menor importância, não chegando a atingir efetivas cláusulas do pacto entre as partes), haveria certo leque de modificações lesivas autorizadas implícita ou

explicitamente por lei (como a reversão: parágrafo único do art.468 da CLT) ou franqueadas pela ordem jurídica à própria norma coletiva negociada (art.7º, VI, CF/88). (DELGADO, 2011, p.199.)

Quando a inalterabilidade contratual foi transportada para o Direito do Trabalho o princípio da *pacta sunt servanda*, já relativizada pela fórmula *rebus sic stantibus* no âmbito cível, passou a ser menos flexibilizado na lógica juslaboral. Acontece que, pela regra do artigo 2º da CLT, o empregador assume os riscos da contratação e do empreendimento, de modo que deve manter seus deveres contratuais ainda que fatos externos (como crises políticas-cambiais, ou crises financeiras) provoquem modificações econômicas prejudiciais ao próprio empregador. Não lhe cabe repassar ou dividir os riscos com o empregado. (DELGADO, 2011, p.197-198.)

Raciocinando razoavelmente percebe-se que a alteração contratual que transforma o empregado da informática em prestador de serviço de informática não se encontra abarcada pelo *jus variandi* empresarial. A lesividade da medida é reprovável porque leva o empregado a suportar grau de precarização inadmissível. Tanto o despojamento dos direitos trabalhistas difusos incluídos no rol constitucional do art.7º é inadmissível em direito do trabalho, quanto a alteração contratual sendo verdadeiramente lesiva é reprovada.

O Princípio da Intangibilidade Contratual Objetiva é uma particularidade em relação ao Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva e diz respeito à imutabilidade do conteúdo do contrato. Embora seja possível a alteração subjetiva (*sucessão trabalhista* pela mudança do sujeito empregador), não é possível alterar o conteúdo do contrato em andamento para o empregado. (Ibidem, p.199.)

O Princípio da Intangibilidade Salarial dá-se pela natureza reconhecidamente alimentar do salário do empregado. Em virtude de tal natureza, a percepção do rendimento em sua integralidade é condição para o suprimento das necessidades essenciais do trabalhador, efetivando a própria dignidade da pessoa humana. (Ibidem, p.200.)

O Princípio da Primazia da Realidade Sobre a Forma é uma herança da preferência dada pelo Direito Civil à intenção dos contratantes em detrimento da vontade efetivamente documentada. (Ibidem, p.202.)

Souto Maior (200, p.299.) acrescenta que no plano do trabalho, prefere-se a teoria anticontratual à teoria contratualista, justamente porque a manifestação de vontade constante do documento celebrado pode ser usada para driblar direitos trabalhistas.

Nesse sentido, a prática da prestação dos serviços caracteriza a relação jurídica empregatícia entre as partes independentemente do que fizer constar o instrumento contratual pactuado. Tal princípio é embasado, ainda, na possibilidade de pactuação trabalhista tácita. Eis que, no Direito do Trabalho, chama-se de teoria da relação de trabalho, em contraposto à teoria do institucionalismo, aqueles doutrinadores que fundamentam na prática habitual a criação de direitos e obrigações contratuais para empregador e empregado, de modo que a cláusula adere ao instrumento contratado.

É como esclarece Amauri Mascaro Nascimento (2011, p.596.):

Preferem entender que a prática de atos de emprego verificada no mundo físico e natural é a fonte da qual resultam todos os efeitos previstos na ordem jurídica e que recairão imperativamente sobre os sujeitos empregados. Daí substituírem a ideia de convenção ou acordo pela de inserção, engajamento ou ocupação de trabalhador pela empresa, querendo com isso expressar que não existe ato volitivo criador de direitos e obrigações, mas sim um fato objetivo e independente de qualquer manifestação subjetiva, na constituição da relação jurídica trabalhista.

Na busca judicial pela verdade real, sempre que a forma contratual não seja da essência do ato, o operador do direito encontrará o conteúdo do contrato na prática cotidiana de prestação de serviços.

Esse princípio é de máxima importância para o tema da “pejotização” do profissional de informática. A análise da prestação de serviços cotidiana revela a conformação da relação empregatícia posto presente todos os elementos formadores da relação jurídica de emprego. Quanto a situações como tal já alerta Maurício Godinho Delgado:

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). (DELGADO, 2011, p.202)

A integração do trabalhador na estrutura da empresa por meio da permanência do vínculo empregatício é requisito importante para a plena aplicação do Direito do Trabalho. Nesse sentido, o sistema justralhista é informado pelo Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, que visa a reforçar a relação jurídica empregatícia. Diz Godinho Delgado que a perpetuação da relação de emprego aproveita para o empregado as seguintes vantagens: a) tendência de elevação dos direitos trabalhistas (efeito da legislação, da negociação coletiva, do movimento de promoção); b) investimento educacional e profissional para os empregados (o aperfeiçoamento profissional do empregado é um dos papéis sociais da propriedade privada além de ser uma estratégia para elevar a produtividade da empresa); c) o longo contrato de emprego (comparativamente ao contrato precário, provisório e de curta duração) é uma afirmação social do sujeito empregado, permitindo-lhe planejar-se para os demais planos de relações econômicas da sociedade. (DELGADO, 2011, p.202-203.)

Embora a criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei n. 5.107/66) tenha enfraquecido o princípio em exame permitindo a dispensa sem justa causa a qualquer momento da duração do contrato de emprego, a Constituição da República de 1988 tomou providências no sentido de reforçar tanto quanto possível a lógica da continuidade da relação de emprego. Previu a extensão do FGTS para qualquer¹¹ espécie de empregado, previu a Indenização Compensatória, previu ainda o Aviso Prévio Proporcional. (Op. cit., loc. cit.)

Em contextos judiciais de controvérsia esse é o princípio que dirige à presunção da continuidade da relação de emprego, dispensando-se ao empregador o ônus da prova da ruptura do vínculo empregatício.

3.2 “Pejotização” e as hipóteses de alteração do contrato de trabalho

A transformação de um empregado inicialmente contratado pela relação jurídica formal de emprego em uma pessoa jurídica prestadora de serviços para a construtora não se enquadra em qualquer das hipóteses lícitas de alteração contratual. Não é mera alteração de função. Não visa a socorrer a dinâmica da empresa. Não visa a dar efetividade à lealdade

¹¹ Exceto o doméstico: CF/88, art.7º,III.

contratual, quando é preciso que o empregado se disponibilize a fazer esforços para a superação pela empresa de momento transitório de excepcional serviço ou momento emergencial.

Além de não poder enquadrar-se como alteração contratual lícita, vê-se que não há mudança fática da relação de emprego, sendo que os requisitos da relação de emprego se mantêm e o profissional permanece na mesma função, ainda que o instrumento contratual celebrado documente informação diferente.

Como se sabe uma função reúne um conjunto de tarefas e, pode também, reunir poderes. O profissional de informática que sofreu a alteração de contratos continuou reunindo o mesmo rol de tarefas e o mesmo nível de poderes decorrentes do contrato formal de emprego. Na prática, portanto, ele continuou desenvolvendo sistemas sob o mesmo comando empresarial; seu ritmo de trabalho manteve-se atrelado aos prazos de cada ciclo de planejamento da empresa, havendo reuniões para determinação da sua prestação de serviços tanto quanto ocorriam durante a duração do contrato de emprego. Em relação ao ambiente de trabalho manteve-se na estrutura da empresa com a sala, a mesa e o ramal que lhe cabiam no setor de informática. Em relação aos poderes de organizar o departamento de informática e manter presença diária com a tarefa de supervisionar a implantação de novas rotinas de trabalho, acompanhando e orientando a adaptação do pessoal empregado à nova rotina tanto quanto antes.

A seguir, faz-se uma síntese das hipóteses válidas de alterações que podem ocorrer licitamente nos contratos de trabalho. Entre as quais não se pode incluir a troca do contrato de emprego, inicialmente firmado entre o profissional intelectual e a empresa construtora empregadora, pelo contrato de prestação de serviços.

Todo contrato trabalhista tem em sua formação diversas cláusulas básicas decorrentes tanto de fonte heterônoma, a legislação estatal, quanto de fonte autônoma, a negociação trabalhista. Somam-se, a tais preceitos básicos e obrigatórios, as diversas cláusulas determinadas pela manifestação unilateral de vontade do empregador e que formam o conteúdo do contrato no tocante a: a) função contratada; b) salário a ser pago; c) modo de pagamento do salário; d) jornada de trabalho; e) ambientação da prestação de serviços; entre outras cláusulas. Esse é o conteúdo do contrato que pode acabar sendo alvo de futuras alterações, merecendo, portanto, ser conhecidos os limites para tal. (DELGADO, 2011, p.956.)

São dois os tipos básicos de alteração contratual: subjetiva e objetiva (NASCIMENTO, 2011, p.630.). No âmbito do contrato trabalhista a alteração objetiva diz respeito à alteração das cláusulas contratuais ligadas ao conteúdo do contrato de emprego. Já no âmbito subjetivo, a única alteração admitida é a do pólo passivo, isto é, da pessoa do empregador.

Quanto às alterações contratuais objetivas é válida a lição de Maurício Godinho Delgado (2011, p.958-959), que apresenta uma classificação dividida em parâmetros: a) quanto à origem: alteração normativa e alteração meramente contratual; b) quanto à obrigatoriedade: alteração obrigatória/legal e alteração voluntária; c) quanto ao objeto: alteração qualitativa, alteração quantitativa e alteração circunstancial; d) quanto aos efeitos: alteração favorável e alteração desfavorável ao empregado.

Explicando:

a) quanto à origem: alteração normativa e alteração meramente contratual

A alteração normativa pode resultar da Constituição, de lei, medidas provisórias, sentenças normativas e de convenção e acordo coletivo. Já a alteração contratual pode ocorrer pela combinação da vontade das partes ou pela manifestação unilateral de vontade do empregador.

b) quanto à obrigatoriedade: alteração obrigatória/legal e alteração voluntária

As alterações imperativas resultam de modo geral de alterações legais, ou de negociação coletiva ou de sentença normativa. Tais alterações são impostas independentemente da vontade das partes em aceitá-las e independentemente de resultarem favoráveis ou desfavoráveis às partes.

Já as alterações voluntárias costumam ocorrer pela manifestação unilateral da vontade do empregador, impondo-se a aceitação do obreiro. No entanto, ainda que raramente, também ocorrem pelo consenso das partes.

c) quanto ao objeto: alteração qualitativa, alteração quantitativa e alteração circunstancial

As alterações qualitativas atingem o tipo de trabalho ou o tipo de função, isto é, alteram o caráter da prestação contratual. Já as quantitativas atingem o montante das prestações, seja alterando a intensidade da jornada seja modificando o montante salarial. Por fim, as

alterações circunstanciais atingem a organização das prestações contratuais o ambiente de trabalho, isto é, modificam a forma da contraprestação salarial (pecúnia/in natura) ou o local de prestação do trabalho.

Até aqui, percebe-se que a “pejotização” se enquadraria como alteração contratual, voluntária e quantitativa.

d) quanto aos efeitos: alteração favorável e alteração desfavorável ao empregado

As alterações favoráveis tendem a ser aceitas pelo sistema justralhista, a menos que agrida norma estatal proibitiva. Já as alterações que resultam em desfavorecimento do empregado costumam ser ilícitas no mundo do Direito do Trabalho, em virtude principalmente do Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva. Em exceção à regra, existem cinco situações permissivas tipificadas de diminuição de direitos do empregado as quais se circunscrevem no exercício lícito do *juz variandi* do empregador.

São três os princípios que dirigem a disciplina da alteração objetiva dos contratos de emprego segundo Maurício Godinho Delgado (2011, p.960.): a) Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva; b) Princípio do Direito de Resistência do Obreiro¹²; c) Princípio do *Jus Variandi* Empresarial.

O Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva já foi explicado quando se tratou dos princípios especiais do Direito do Trabalho. Lá foi mostrado que o empregador é quem assume os riscos do empreendimento, e que as alterações desfavoráveis ao empregado dependem de negociação coletiva além de possuírem rol taxativo na legislação.

A resistência do empregado funciona para protegê-lo diante de ordens ilícitas ou irregulares, de modo que o não cumprimento das tarefas não configura insubordinação.

O Jus Variandi Empresarial, por sua vez, é a prerrogativa detida pelo empregador (como corolário do poder diretivo) para alterar as circunstâncias da prestação de serviços em cinco hipóteses diferentes, sempre, obviamente, sem atingir o patamar mínimo de direitos dos empregados. (DELGADO, 2011, p.963.)

¹² Também referido como *jus resistentiae*

O autor explica que a aparente contradição entre o Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva ao empregado e o Princípio do Jus Variandi Empresarial se resolve pela compatibilização. Tal compatibilização existe nas cinco hipóteses de exercício do jus variandi.

A primeira hipótese é a modificação do modo/circunstâncias da prestação do trabalho, desde que tais circunstâncias não constem no contrato de emprego nem sejam objeto de disciplina legal. A referida modificação, portanto, não chega a alterar cláusula contratual nem transitória nem permanentemente.

A segunda hipótese é a elevação das condições pactuadas com o obreiro, isto é, a modificação favorável ao obreiro como a redução de jornada sem redução salarial.

A terceira hipótese consiste na expressa ou implícita autorização pela ordem jurídica para que o empregador estabeleça modificações transitórias desfavoráveis ao empregado em virtude de “causas excepcionais ocorridas independentemente da estrita vontade empresarial”. Tal situação é evidentemente temporária e, pela razoabilidade, não pode ser acompanhada de redução salarial.

A quarta hipótese consiste na alteração claramente desfavorável ao empregado mas que é claramente autorizada por lei, em virtude de salvaguardar a dinâmica e a rotina empresariais. É onde se encaixa o exemplo da reversão.

Como última hipótese desponta a possibilidade de modificação permanente ou temporária das cláusulas contratuais por meio da negociação coletiva (redução salarial; jornada em turnos ininterruptos de revezamento; jornada de trabalho e compensação por meio da formação de banco de horas).

Em síntese, nenhuma das hipóteses socorre a prática de “pejotização” do profissional de Tecnologia da Informação.

3.3 Nulidade do contrato de prestação de serviços do profissional de TI

Os vícios e defeitos contratuais ensejam nulidades a eles. Tais defeitos podem ter origens em aspectos subjetivos (relativos às partes _ ex: capacidade _ ou à higidez da vontade das

partes _ ex: erro, dolo, coação) e em aspectos objetivos (relativo aos vícios sociais _ ex: fraude e simulação _ ou relativos aos elementos jurídico-formais _ ex: ilicitude do objeto e forma defesa em lei). (DELGADO, 2011, p.500.)

Enquanto a teoria das nulidades no Direito Civil tem como regra a retroatividade da decretação de nulidade, devendo restabelecer às partes as situações anteriores à prática do ato nulo, a teoria trabalhista das nulidades ganha contornos específicos e um dos pontos mais importantes a ser destacado é a prevalência do efeito *ex nunc* da decretação de nulidade, respeitando-se as situações jurídicas já vivenciadas e apenas impedindo a continuação dos efeitos do contrato trabalhista. (NASCIMENTO, 2011, p.614.)

São três os motivos principais para essa teoria trabalhista, segundo Nascimento (2011, p.613.): 1 – o princípio da conservação do contrato de trabalho; 2 – a impossibilidade de restituição das partes ao “statu quo ante”; 3 – a facilitação do enriquecimento ilícito. Por sua vez, Maurício Godinho Delgado (2011, p.501.) coloca como mais um fator a existência de uma prevalência incontestável ao valor-trabalho e aos direitos trabalhistas pela ordem jurídica brasileira em seu conjunto e na própria Constituição da República.

Além de sua particularidade quanto a não retroatividade, a teoria trabalhista das nulidades possui duas formas de aplicação: plena ou restrita. A aplicação plena da teoria está ligada aos casos em que apenas interesses do obreiro foram atingidos, não havendo qualquer interesse de natureza pública (Op. cit., p.502.). Já, quando além dos interesses do obreiro (além do valor trabalho) forem atingidos valores de inquestionável interesse público, é possível diminuir a incidência da teoria trabalhista das nulidades e dar lugar à teoria civilista.

São dois os exemplos de Godinho Delgado (2011, p.502) no tocante à aplicação plena: a) contrato irregular de menor. Quando detectada a situação, deverá ser declarada a nulidade do contrato, impedindo-se o prosseguimento da situação, mas devem ser reconhecidos todos os efeitos da prestação de trabalho já consumada; b) falta de contrato escrito para o atleta profissional empregado ou para o artista. Caracterizada a relação de emprego, devem ser resguardados ao atleta e ao artista todos os efeitos dela decorrentes, ainda que ausente a forma prescrita em lei para o contrato.

Exemplificando a aplicação restrita, o ministro destaca o caso da contratação por entes estatais sem concurso público. Uma das posições da doutrina é mais radical e rejeita o

reconhecimento de qualquer interesse laboral, posto prevalecer o interesse público. Enquanto outra posição relativiza a rejeição, permitindo ao menos o direito às parcelas salariais pelas horas trabalhadas. A última posição doutrinária entende que a vedação existente no art.37, caput, II e §2º da CF dirige-se ao ente estatal e não justifica a penalização do trabalhador na forma de impedimento do acesso a todos os direitos decorrentes da prestação laboral já consumada. (DELGADO, 2011, p.503.)

Explica Godinho Delgado (2011, p.503) que tais visões levam a interpretações pouco eficazes e nada coerentes com as normas constitucionais. A melhor interpretação e que compatibiliza os valores sociais com o valor do trabalho é aquela que reconhece a aplicação da teoria trabalhista das nulidades para o período em que estava vigente o contrato de trabalho perante a Administração Pública, sendo ele extinto a partir do momento em que detectada a nulidade. Na prática, seriam oferecidos ao trabalhador todas as prestações resultante da prestação laboral, excluindo-se apenas as parcelas relativas à rescisão contratual injusta (aviso-prévio, indenização de 40% sobre o FGTS, seguro desemprego), posto não estar caracterizada dispensa injusta e sim extinção por nulidade.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento (2011, p.619), o tratamento dado seria o de “nulidade no contrato de emprego” e não “nulidade do contrato de emprego”, por isso seria possível garantir efeitos trabalhistas ao sujeito que já empregou sua força de trabalho. (NASCIMENTO, 2011, p.619.)

É forte na doutrina o entendimento de que não há aplicação da teoria trabalhista das nulidades quando os contratos de trabalho baseiam-se no *trabalho ilícito*. Nessa situação não é possível reconhecer qualquer efeito juslaboral à atividade realizada. Leciona Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 611.) - citando TST, SDI-1, OJ n.199 - que a ilicitude do objeto se confunde com a própria atividade realizada, sendo que não é possível reconhecer repercussões trabalhistas ao contrato de cunho econômico existente entre as partes.

Para o caso específico da “pejotização” do profissional de TI entende-se que a aplicação da teoria das nulidades trabalhistas merece ser plena. Isto porque o profissional encontrava-se em tal situação de coação, sem que lhe fosse oferecida a opção de vínculo formal de emprego, que não se pode compará-lo com o ocupante de cargo público que sabidamente aceitou o emprego sem prestar concurso público e sabia que estava valendo-se de privilégio não

oferecido aos demais indivíduos da coletividade. O profissional da informática, embora consciente dos seus prejuízos, não agiu em detrimento de interesse coletivo, mas sim por não dispor de poder suficiente para fazer frente à proposta contratual do empregador.

Quanto aos tipos, as nulidades podem ser totais ou parciais e absolutas ou relativas. A nulidade total resulta em defeito grave relativo a elemento essencial do contrato, produzindo efeitos, portanto, em todo o conjunto contratado. Já a nulidade parcial recai apenas em algum elemento não essencial do contrato, tendo efeitos apenas sobre uma ou outra cláusula contratual. (NASCIMENTO, 2011, p.612.)

No caso da nulidade parcial, a decretação terá efeitos *ex tunc* e a cláusula afetada terá seus efeitos defeituosos corrigidos desde a data da celebração do contrato (respeitada prescrição).

Quanto à diferenciação entre nulidade absoluta e nulidade relativa, existe uma parcela da doutrina e da prática *juslaboral* que a julga irrelevante. Defendem eles que existiria apenas uma categoria de nulidade advinda de *atos infringentes* como um todo, e que deveriam ser tratados da mesma maneira dentro do Direito do Trabalho. (DELGADO, 2011, p.505.)

No entanto, essa monografia concorda com a importância da distinção entre nulidade absoluta e relativa, cada qual com suas conseqüências.

A nulidade relativa (anulabilidade) se dá quando são feridas normas *justrabalhistas* de vocação individual e privatística. Nesse caso, exige-se a comprovação do efetivo prejuízo do trabalhador para a declaração do vício. Já a nulidade absoluta (atos nulos) se dá em relação às normas de proteção do trabalho que visam a tutelar interesses públicos, interesses que superam a esfera privada. Pela natureza pública, a nulidade será declarada independentemente de prova, pois o prejuízo será presumido – é o exemplo da falta de assinatura da CTPS. (NASCIMENTO, 2011, p.612.)

A saber, são requisitos jurídico-formais da renúncia e da transação: capacidade do agente, higidez da manifestação de vontade, objeto válido e forma prescrita ou não proibida por lei. (DELGADO, 2011, p.211.)

Analisando o caso objeto do estudo dessa monografia, é indiscutível a nulidade do contrato de prestação de serviços celebrado com o profissional da informática. Tem-se que os

artigos 9º, 444 e 468 da CLT determinam a nulidade de pleno direito de pactos realizados com prejuízo direto ou indireto para o empregado, e de pactos realizados em contradição com as normas de proteção ao trabalho bem como dos que desvirtuam, impedem ou fraudam a aplicação dos preceitos constantes na Consolidação.

A nulidade do contrato de prestação de serviços pelo profissional de TI já se dá, inicialmente, pela impossibilidade do objeto. Sendo os direitos indisponíveis, não há contrato validamente celebrado no sentido de firmar a renúncia ou a transação por parte do empregado. Por esse motivo Godinho Delgado afirma que já há fundamento suficiente para a decretação da nulidade e para a retirada do mundo jurídico, dispensando-se até mesmo o exame da forma contratual e da higidez da vontade dos contratantes.

Discordando, em parte, desse entendimento, considera-se na presente monografia que o vício da vontade é útil para fundamentar, em juízo, o pedido dos direitos que são disponíveis, mas que não foram renunciados ou transacionados com base numa legítima manifestação de vontade do empregado. Ora se o empregado estava numa situação de coação, devendo escolher entre a precarização no emprego e o desemprego, como concluir que ele renunciou ao seu décimo terceiro salário, férias com adicional de 1/3 e demais verbas de natureza patrimonial disponível? Vê-se, portanto, que a aplicação da teoria trabalhista das nulidades deve assegurar os direitos decorrentes do período laborado sob a celebração do contrato de prestação dos serviços.

Aquela foi uma vontade coagida pelo medo do desemprego, pela falta de opção de contratação sob o vínculo formal de emprego, e que não pode ser entendida como hígida.

Uma vez que estejam comprovadamente presentes os requisitos caracterizadores do vínculo de emprego entre profissional da informática e construtora, é impossível o argumento da terceirização da atividade meio de informática e da prestação de serviços por pessoa jurídica.

Pela incidência dos princípios do Direito do Trabalho, dos artigos 9º, 444 e 468 da CLT e da teoria trabalhista das nulidades, devem ser reconhecidos ao trabalhador o direito à assinatura da CTPS relativa ao tempo laborado sob o contrato de prestação de serviços e todos os direitos decorrentes da relação de emprego.

Nesse sentido, há recente precedente da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região do qual se copia trecho relevante do relatório de autoria do Desembargador Ribamar Lima Junior. Senão vejamos:

Presentes estão, portanto, os elementos caracterizadores da relação empregatícia. Ressai evidente o requisito da subordinação, na medida em que o reclamante e as testemunhas foram uníssonos em afirmar que prestavam serviços subordinados a um preposto da empresa. E a subordinação, segundo a doutrina, consiste no principal requisito da relação de emprego, denotando a subsunção do empregado às diretrizes e às metas traçadas pela organização empresarial. Presente está, da mesma forma, o requisito inerente à pessoalidade, pois o autor prestava serviços com exclusividade à reclamada, considerando a jornada por ele desenvolvida, que inviabilizava o atendimento de qualquer outra empresa. A ausência de eventualidade está evidenciada pela carga horária declinada pelas testemunhas. Sob outra perspectiva, não vejo como relevante para o deslinde da controvérsia o fato de o pretenso ajuste ter sido firmado sob o pálio do artigo 593 do Código Civil, configurando-se, por isso mesmo, em um ato jurídico perfeito. A formalidade ali mencionada sucumbe à realidade com que se desenvolveu a prestação de serviços, da qual se fazem presentes os pressupostos do vínculo de emprego, conforme já definido. Aliás, tais documentos não ultrapassam o crivo do artigo 9.º da CLT. A propósito, trago as oportunas considerações da Excelentíssima Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães, ao analisar caso análogo, nos seguintes termos (sem destaques no original): “[...] O ato jurídico perfeito de que tanto cogita a recorrente não se mostrou fidedigno e verdadeiro, razão pela qual não pode prevalecer o conteúdo meramente formal dos documentos por ela colacionados, em detrimento da verdade real que desponta no processo. A título ilustrativo, cite-se jurisprudência desta egr. Corte, em que temática semelhante tem sido abordada por meio de suas Turmas, verbis: ‘EMENTA: CONTRATAÇÃO POR INTERPOSTA PESSOA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. FRAUDE CONFIGURADA (CLT, ARTIGO 9.º). FORMAÇÃO DO VÍNCULO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS (TST/SÚMULA N.º 331). O fenômeno da terceirização há de ser compreendido de maneira rigorosamente restritiva, na medida em que ? tendo raiz na redução de custos ? precariza as relações de trabalho. A contratação de operários por interposta pessoa para a execução de serviços afetos à atividade

finalística e permanente do empreendimento encerra manifesta fraude, sobretudo quando verificado que o locador da mão-de-obra é arremedo de empresa, o que traduz autêntica hipótese de merchandising. O ato assim praticado se reveste de nulidade (CLT, artigo 9.º), formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços (TST, Súmula n.º 331, I). Recurso desprovido’ (RO 00442?2008?014?10?00?0, Acórdão 1ª Turma, Relator(a): Juiz JOÃO LUIS ROCHA SAMPAIO, Revisor(a): Desembargador ANDRÉ R. P. V. DAMASCENO, Julgado em: 12/05/2009, Publicado em 22/05/2009). ‘EMENTA: SERVIÇOS PRESTADOS PARA A RECLAMADA POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVA DE TRABALHO E DEPOIS POR MEIO DE EMPRESA CONSTITUÍDA PELO PRÓPRIO OBREIRO: FRAUDE E SIMULAÇÃO: VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO COM A EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS: CLT, ARTIGOS 2º E 3º E SÚMULA 331/TST. Recurso empresarial conhecido e desprovido. Recurso adesivo obreiro conhecido e provido’ (RO 00055?2008?011?10?00?4, Acórdão 2ª Turma, Relator(a): Desembargador ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA, Revisor(a): Desembargador JOÃO AMÍLCAR, Julgado em: 10/09/2008, Publicado em 03/10/2008). ‘EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO E CONECTÁRIOS LEGAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Impõe-se o reconhecimento do vínculo quando, pela prova dos autos, resta evidenciado que o autor sempre laborou no mesmo regime de trabalho, com subordinação, cumprimento de horário, habitualidade, e na atividade fim da recorrente. O reclamante estava vinculado às ordens da recorrente e ao posto de serviço por ela designado. O salário por produção não afasta a onerosidade do contrato de trabalho. Negado provimento ao recurso da reclamada. Provido parcialmente o recurso obreiro’ (RO 01237?2005?010?10?00?3, Acórdão 2ª Turma, Relator(a): Desembargadora MARIA PIEDADE BUENO TEIXEIRA, Revisor(a): Desembargadora HELOISA PINTO MARQUES, Julgado em: 26/07/2007, Publicado em: 23/11/2007) [...]” (Proc. n.º 00292?2009?007?10?00?7 RO Ac. 1ª Turma, Relatora Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães, pub. DJ de 17/7/2009). Esta Terceira Turma já se pronunciou nesse mesmo sentido em casos análogos. Cito os precedentes: RO 00964?2009?008?10?00?0, Relator Desembargador BRAZ HENRIQUES DE OLIVEIRA, publicado no DJ em 12/3/2010; RO 00494-200-004-10-00-0, Relatora Desembargadora HELOÍSA

PINTO MARQUES, publicado no DJ em 26/3/2010; RO 00750-2008-001-10-00-9, Relator Desembargador DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES, publicado no DJ em 12/12/2008. (RO 01791-2011-020-10-00-6 Acórdão 3ª Turma, Relator Desembargador Ribamar Lima Junior, Revisor Desembargador José Leone Cordeiro Leite, Julgado em: 23/01/2013, Publicado em 01/02/2013)

Quanto ao tema, ainda é válido frisar que existe na doutrina uma tendência à seguinte diferenciação: em caso de nulidade absoluta, a prescrição só começaria a contar a partir da extinção do contrato. Já para os interesses meramente individuais, que perfazem nulidades relativas, o início da contagem parte desde a verificação da prática do ato defeituoso, ainda que esteja em curso o contrato. (DELGADO, 2011, p.505-506.)

Essa monografia defende que a nulidade absoluta pode dar-se também em relação a interesses privatísticos.

No caso do trabalhador contratado como pessoa jurídica, o décimo terceiro salário e as horas extraordinárias seriam direitos disponíveis porque não ultrapassam a esfera individual. No entanto, não se pode negar a nulidade da renúncia caracterizada diante da falta de manifestação de vontade hígida.

É o que pensa Maurício Godinho Delgado:

tal critério de cômputo da prescrição não contempla, uniformemente, todas as parcelas trabalhistas de interesse público *versus* interesse meramente privado.

Efetivamente, a chamada prescrição total não atinge parcela de tutela e interesse públicos. Segundo a jurisprudência, a prescrição total abrangeria apenas pretensões não protegidas diretamente por *preceito de lei* (Súmula 294, TST) – o que exclui todos os direitos tidos como patamar civilizatório mínimo da comunidade, insculpidos em textos de leis trabalhistas, na Constituição da República e em tratados e convenções internacionais (equiparados à lei, como se sabe). (DELGADO, 2011, p.506)

Considerações finais

Com tudo o que foi exposto e argumentado, a posição doutrinária defendida nessa monografia é a que afirma a fraude à CLT e a violação à CF/88 por meio da “pejotização” do profissional de TI.

Se forem tomadas como fundamento de verificação de validade e legitimidade contratual a função social do contrato e a boa-fé, a alteração contratual que despoja o profissional de informática dos direitos e garantias de empregado celetista é reprovável.

Da mesma maneira, se for tomado como fundamento de verificação de validade e legitimidade contratual o princípio trabalhista da inalterabilidade contratual lesiva ou o princípio da indisponibilidade, a resposta não seria diferente.

O empregador pode restringir os direitos fundamentais de cidadania do empregado em nome da liberdade negocial e da autonomia privada. No entanto, essa atividade rege-se pelas seguintes limitações: 1) a diminuição de direitos deve ser adequada e necessária para assegurar o bom funcionamento da empresa; 2) deve haver respeito ao conteúdo essencial da dignidade humana; 3) é necessário proporcionalidade entre o direito diminuído e a vantagem obtida.

É a forma pela qual se resolve a colisão de princípios no caso concreto, pautando-se em adequação, necessidade e proporcionalidade.

Segundo Robert Alexy (apud NASSIF, p.97), “a fundamentabilidade” do direito é o que explica sua prioridade sobre “todos os escalões do sistema jurídico” e perante o próprio legislador. O direito é fundamental e indisponível porque “Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”.

A vinculação dos direitos fundamentais é imediata, servindo de limitação à liberdade negocial. Como dupla via, a liberdade negocial também é limitada pela própria incidência necessária dos direitos fundamentais. Isto é, a liberdade do empregador não pode ser exercida a ponto de desconstituir os direitos mais básicos do empregado.

Reconhecer os direitos da cidadania para o empregado tem sido cada vez mais importante para a pesquisa jurídica no Brasil. Sabendo que o legislador é, muitas vezes, omissivo em criar diploma infraconstitucional que garanta os valores da ordem jurídica para os casos concretos, é fato que cabe cada vez mais ao Direito perceber e reconhecer que as relações particulares entre empregador e empregado sofrem incidência dos direitos fundamentais.

Dessa forma, cresce a importância de estudos como a presente monografia para revelar a essencialidade da análise de adequabilidade, necessidade e proporcionalidade na busca dos limites da livre iniciativa em relação aos direitos sociais do empregado.

Existe uma necessidade de redescoberta democrática do valor do trabalho. Isto porque, após a crise da década de 1990, que trouxe altas contradições à consolidação da transição democrática da CF de 1988, o ramo Justrabalhista brasileiro precisa fortalecer os valores democráticos ínsitos ao Direito do Trabalho e retomar a imperatividade das normas trabalhistas.

A redescoberta traduz-se numa reação, em escala global, contra as contradições entre os padrões econômicos e a exclusão social diagnosticadas no capitalismo. É uma reação ao processo de globalização hegemônica, na busca de um denominador comum entre trabalho e cidadania, na busca, também, de construções solidárias.

Nesse sentido, a redescoberta em questão baseia-se na recuperação da dimensão ético-social do Estado, das instituições e da sociedade.

O ideal seria desenvolver um protagonismo participativo capaz de inserir, nos fóruns amplos de discussão social, valores que tragam os princípios de cooperação, solidariedade e participação, consolidando o primado da equitativa distribuição e se opondo ao primado da acumulação empresarial, cuja lógica é excludente e alienante.

Pela redescoberta democrática, faz-se a reinserção do humano no espaço do trabalho e, mais do que isso, amplia as bandeiras de luta das demandas em direito do trabalho, incluindo, entre outras causas, mulheres, direitos humanos, ambiente.

Como já exposto, o trabalho decente é uma idéia conformada a partir do conjunto de medidas identificadas pela OIT, na declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho (1999), que são direitos mínimos que garantam a dignidade e os direitos humanos do trabalhador.

A OIT fixou a pretensão de promover o trabalho decente globalmente e para isso usa em cada país programas integrados que possam desenvolver, nacionalmente, atividades de proteção do emprego, proteção social, atividades no âmbito dos princípios e direitos fundamentais do trabalho.

Infelizmente, apesar de ser ideal que a manifestação contra a prática da “pejotização” partisse do enfrentamento ao empregador pelo sujeito coletivo empregado, a atuação sindical é fraca na realidade brasileira.

Apesar das origens no âmbito da iniciativa privada, a atuação sindical se faz mais forte no âmbito do serviço público. Por incrível que pareça, é exatamente a maior estabilidade do vínculo estatutário do serviço público que permite aos trabalhadores fazerem pressão e reivindicarem melhores condições de trabalho.

Na iniciativa privada, a luta pelos profissionais da Tecnologia da Informação contra o despojamento de seus direitos é árdua. Pelas informações constantes no site do Sindicato dos Trabalhadores de Empresas e Órgãos públicos e Privados de Processamento de Dados, Serviços de Informática, Similares e Profissionais de Processamento de Dados do Distrito Federal, o próprio reconhecimento dos profissionais da computação como categoria profissional só ocorreu no final da década de 80. Sendo assim, vê-se que maior é o esforço para evitar que práticas como a “pejotização” se popularizem.

Atualmente, diversos atores sociais se empenham na luta da contra-globalização e revelam que o caminho para a reafirmação da cidadania, que proporciona a proteção do cidadão, deve aproximar-se do fortalecimento da natureza pública do Direito do Trabalho. Apesar dos esforços da lógica neoliberal em aproximar o Direito do Trabalho do Direito Civil, a crise com a falta de humanização nas relações de trabalho revelou que o caminho atual não deve mais permitir flexibilizar os direitos assegurados ao trabalhador, que já são poucos. Na verdade, o Direito do Trabalho deve compatibilizar-se com a decência, tendo por referência inicial a dignidade da pessoa humana.

Ao refletir sobre o futuro do Direito do Trabalho, é necessário fazer uma reconstrução criativa da tensão entre *regulação* e *emancipação*, pilares da modernidade. Hoje o modelo jurídico de direito laboral é marcadamente regulatório, caracterizado pela supremacia do mercado. Acontece que os princípios da regulação social devem se basear no trabalho decente e democrático para que sejam capazes de possibilitar a reconstrução da cidadania no mundo do trabalho.

Uma das conclusões dessa monografia é que o mundo atual revela a necessidade de se pensar o Direito ao Trabalho mais do que o Direito do Trabalho. Nesse sentido, é preciso uma reaproximação com os princípios e com a finalidade social que estava contida na formulação originária do sistema de regras laborais.

Assim, entende-se que o Poder Judiciário tem um dever muito importante de dar aos casos concretos uma abordagem que enxergue e reconheça a fraude trabalhista, apesar de não haver vedação expressa na CLT.

A partir da interpretação sistemática, tomando-se os princípios constitucionais, o valor maior da dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade privada, e a

impossibilidade jurídica do despojamento de direitos fundamentais do trabalhador, é preciso concluir pela fraude ínsita à “pejotização” ocorrida com os profissionais da tecnologia da informação ao não terem a opção de celebrar o contrato formal de emprego, apesar de preencherem todos os requisitos fáticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS:

AGENDA Nacional de Trabalho Decente. Organização Internacional do Trabalho. Brasília, 2006. Obtida na internet: <http://www.oitbrasil.org.br/content/agenda-nacional-do-trabalho-decente>, 21/12/2012 às 13h06min.

ALMEIDA, Renato Rua de. Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho / coordenador Renato Rua de Almeida; Adriana Calvo, Andrea Presas Rocha, organizadoras. – São Paulo: LTr, 2010. Vários autores.

ALVES, Giovanni. A batalha de Carlitos: trabalho e estranhamento em tempos modernos, de Charles Chaplin. ArtCultura, Uberlândia, v.7, n.10, p.65-81, jan.-jun. 2005

ANJOS, Fernanda Alves dos. Por uma concepção decente e democrática do direito do trabalho: uma opção ao discurso globalizante neoliberal. Fernanda Alves dos Anjos. José Geraldo de Sousa Júnior, orientador. Tese (mestrado) – Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, 2005.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de, 1964 – Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno / José Cláudio Monteiro de Brito Filho. – São Paulo: LTr, 2004.

CEPAL/PNUD/OIT. Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente: A Experiência Brasileira Recente. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Organização Internacional do Trabalho – OIT. Brasília, 2008

DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno / Gabriela Neves Delgado. – São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. – São Paulo: LTr, 2012.

_____. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição / Konrad Hesse. Gilmar Ferreira Mendes, tradução. Sergio Antonio Fabris Edictor. – Porto Alegre: 1991.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O direito do trabalho como instrumento de justiça social/ Jorge Luiz Souto Maior. - - São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. Direitos fundamentais trabalhistas / Sergio Pinto Martins. - - São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho / Amauri Mascaro Nascimento. – 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

NASSIF, Elaine Noronha. Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho / Elaine Noronha Nassif. – São Paulo: LTr, 2001.

PFEILSTICKER, Zilda Vieira de Souza. Demissão Voluntária: passagem da estabilidade para as vulnerabilidades do mundo do trabalho. Tese (doutorado) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Departamento de Sociologia, 2008.

POCHMANN, Marcio. O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu. São Paulo: Boitempo, 2001.

REGO, Maria Isabel Pojo do. Flexibilizar, vulnerabilizar e precarizar: efeitos da destruição da vida dos trabalhadores brasileiros, sob as ordens do “mercado”. Maria Isabel Pojo do Rego. Christiane Girard Ferreira Nunes. Orientadora. Tese (doutorado) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Departamento de Sociologia, 2008

SILVA, Silvano Gomes da. Flexibilização do direito do trabalho / Silvano Gomes da Silva. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

SILVA JUNIOR, Rafael Marques da. Os riscos da desregulamentação e flexibilização do direito do trabalho e a resposta da classe trabalhadora. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. V.12 n.14 jan. / dez. 2008

TOSTA, Tânia Ludmila Dias. Antigas e novas formas de precarização do trabalho: o avanço da flexibilização entre profissionais de alta escolaridade. Tânia Ludmila Dias Tosta. Sadi Dal-Rosso, orientador. Tese (doutorado) – Universidade de Brasília, Departamento de Sociologia, 2008.