

Universidade Federal do Rio grande do Sul

JÉSSICA MARCELA SCHNEIDER

**O Princípio da Primazia da Realidade e sua Aplicação enquanto Instrumento de
Combate à Fraude à Relação de Emprego**

Porto Alegre

2010

JÉSSICA MARCELA SCHNEIDER

**O Princípio da Primazia da Realidade e sua Aplicação enquanto Instrumento de
Combate à Fraude à Relação de Emprego**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2010

JÉSSICA MARCELA SCHNEIDER

**O Princípio da Primazia da Realidade e sua Aplicação enquanto Instrumento de
Combate à Fraude à Relação de Emprego**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre, 29 de novembro de 2010.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Professora Carmen Camino

Professora Dra. Luciane Cardoso Barzotto

Professor Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles – Orientador

Dedico este trabalho à minha mãe, Iara,
que sempre me apoiou e me incentivou a
superar os meus limites.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a toda a minha família querida, por sempre ter acreditado em mim. Em especial, à minha mãe, pelo incentivo e pelas sábias lições, e ao meu pai, pelo apoio constante.

Ao Willian, pelo companheirismo de sempre e pelas palavras de estímulo.

Aos amigos e amigas, pela compreensão por todas as ocasiões em que me fiz ausente.

Ao professor Leandro, pela orientação zelosa e paciente nesta pesquisa, mas, principalmente, por ter, com suas excelentes aulas, despertado em mim o interesse pelo direito do trabalho.

“O corpo humano é talvez uma simples aparência, escondendo a nossa realidade, e condensando-se sobre a nossa luz ou sobre a nossa sombra. A realidade é a alma. A bem dizer, o rosto é uma máscara. O verdadeiro homem é o que está debaixo do homem. Mais de uma surpresa haveria se pudesse vê-lo agachado e escondido debaixo da ilusão que se chama carne. O erro comum é ver no ente exterior um ente real.”

Victor Hugo

RESUMO

O presente trabalho propõe o estudo detalhado do princípio da primazia da realidade, focado na sua aplicação enquanto instrumento de combate à modalidade específica de fraude à relação de emprego que vem sendo denominada pejotização. Primeiramente, analisa-se a origem, os fundamentos e a evolução do princípio da proteção do trabalhador. A seguir, realiza-se um exame dos fundamentos do princípio da primazia da realidade, ressaltando a sua incorporação pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência brasileira. Ainda, descreve-se brevemente as diversas modalidades de fraude à relação de emprego, destacando a pejotização, e, finalmente, procede-se a um estudo minucioso da aplicação do princípio da primazia da realidade no reconhecimento da referida fraude. Para tanto, destacam-se recentes e importantes decisões da Justiça do Trabalho, as quais revelam a efetiva utilização do princípio em comento com vistas a tentar impedir a ocorrência da pejotização.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Pejotização. Fraude à relação de emprego. Princípio da primazia da realidade. Contrato-realidade. Princípio da proteção do trabalhador. Princípios de Direito do Trabalho.

RÉSUMÉ

Ce mémoire propose d'étudier minutieusement la prééminence de la réalité sur l'apparence en droit du travail, notamment en ce qui concerne l'essai de combattre une espèce de dissimulation de l'emploi appelée « pejetização ». Il s'agit d'analyser, d'abord, l'origine, les fondements et l'évolution de la protection de l'employé. Par la suite, on examine également les éléments essentiels de la prééminence de la réalité sur l'apparence, en mettant en évidence le rôle qu'elle joue dans l'ordre juridique interne, aussi bien que dans la jurisprudence brésilienne. Après, on présente plusieurs espèces de dissimulation d'emploi, particulièrement la « pejetização », et, finalement, l'étude est concentrée sur l'application de la prééminence de la réalité afin de reconnaître ce type de fraude. Pour cela, on cite les décisions les plus récentes en matière de droit du travail concerné le sujet étudié, lesquelles permettent de constater l'utilisation effective de la prééminence de la réalité en vue d'empêcher l'événement de la « pejetização ».

Mots-clés: Droit du travail. Dissimulation d'emploi salarié. Prééminence de la réalité sur l'apparence. « Contrat réalité ». Protection de l'employé. Principes du droit du travail.

Titre: L'application de la prééminence de la réalité sur l'apparence comme moyen de combat en cas de dissimulation d'emploi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E SEUS DESDOBRAMENTOS.....	12
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	12
1.1. Definição	12
1.2. Fundamentos teóricos	14
2. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR COMO MECANISMO DE REALIZAÇÃO DOS FINS DO DIREITO DO TRABALHO	17
3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS	21
4. DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR	25
PARTE II – O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.....	31
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	31
1.1. Definição	31
1.2. Fundamentos Teóricos	33
2. O CONTRATO DE TRABALHO COMO UM CONTRATO-REALIDADE: A TEORIA DE MARIO DE LA CUEVA	36
3. A INCORPORAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA BREVE ANÁLISE DOS ARTIGOS 9º, 442, 443 E 456 DA CLT	40
4. A EFETIVA INCORPORAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	44
PARTE III – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE COMBATE À FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO	48
1. AS DIVERSAS MODALIDADES DE FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO	48
2. A PEJOTIZAÇÃO COMO MODALIDADE DE FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO	52
3. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE COMBATE À PEJOTIZAÇÃO	55
3.1 Funções dos princípios de direito do trabalho	55
3.2 O reconhecimento da ocorrência de pejotização à luz do princípio da primazia da realidade e as suas consequências.....	58
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	62
CONCLUSÕES.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

INTRODUÇÃO

O direito do trabalho não nasceu da simples necessidade de regular os conflitos oriundos da relação de emprego, mas, antes e acima disso, nasceu com o escopo de, protegendo o trabalhador, superar as desigualdades existentes entre as partes dessa antagônica relação. Surgiu, pois, com a nobre missão de alcançar o equilíbrio social através da promoção do trabalho digno.

Para tanto, vale-se o direito do trabalho de uma infinidade de institutos e princípios que lhe são próprios. Dentre estes últimos, destaca-se o princípio da primazia da realidade, considerado um dos pilares desse ramo jurídico, que orienta a busca permanente pela verdade dos fatos e confere, assim, ao trabalhador a segurança de que o aplicador do direito não ficará adstrito ao exame dos registros documentais, mormente quando não condizentes com a realidade fática que se apresenta.

Na presente monografia, propõe-se um breve, porém minucioso exame do referido princípio. Parte-se, pois, do estudo do princípio da proteção do trabalhador, que constitui seu primordial fundamento, até atingir as teorias que o justificam, sua incorporação pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência brasileira. Com mais ênfase, será, então, analisada a sua aplicação enquanto instrumento de combate à pejetização, conduta fraudulenta do empregador cuja ocorrência vem sendo observada de maneira corrente pela jurisprudência laboral e que consiste na exigência de que o empregado constitua uma pessoa jurídica e por meio dela preste seus serviços, com vistas a mascarar a relação de emprego e, assim, furtar-se à observância dos preceitos trabalhistas. Finalmente, objetivando complementar o presente estudo, proceder-se-á a uma análise de recentes decisões, extraídas de diversos tribunais trabalhistas brasileiros, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho.

Gize-se apenas, ainda em caráter introdutório, que se tratam os princípios de institutos atemporais, que visam não à regulação específica e imediata de condutas, mas a orientar a busca por uma finalidade maior, sendo, assim, responsáveis pela manutenção da coerência entre as normas e da consistência do ordenamento jurídico como um todo. Em outros termos, os princípios espelham os valores nos quais devem se pautar os operadores do direito na sua tarefa de promover a efetivação da justiça no caso concreto, fato que, por si só, já justifica a importância do seu estudo.

Nesse contexto, pois, o princípio da primazia da realidade merece ainda especial atenção, uma vez que se apresenta como um dos principais instrumentos de que se utiliza o direito do trabalho na busca pela verdade e, portanto, na concretização da justiça.

PARTE I – O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E SEUS DESDOBRAMENTOS

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1. Definição

Américo Plá Rodriguez, em sua obra sobre os princípios de direito do trabalho, leciona que, nesse ramo jurídico, não se constata a igualdade entre as partes verificada no direito comum, uma vez que existe uma situação de desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador. Nesse contexto, então, o princípio de proteção visa a promover a igualdade entre as partes e se torna um dos propósitos do próprio direito do trabalho.

Com efeito, assinala o referido autor:

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.¹

O princípio da proteção, portanto, visa a restabelecer o equilíbrio entre as partes do contrato de trabalho, desfeito pela posição de hipossuficiência e subordinação do empregado em relação ao seu empregador. Trata-se, na visão de Alfredo J. Ruprecht, de uma quebra da igualdade jurídica das partes contratantes, visando a compensar as desvantagens experimentadas por uma delas – no caso do empregado, a desigualdade econômica e sua fraqueza diante do empregador.²

Seguindo a mesma linha de pensamento dos citados autores, Carmen Camino afirma que o princípio da proteção expressa o ponto central do direito do trabalho, qual seja, promover uma igualdade substancial entre as partes contratantes. Ensina a mencionada jurista que, a fim de promover essa igualdade, o direito do trabalho se vale de um sistema de

¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 83.

² RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 9.

compensação, favorecendo, assim, o trabalhador, parte mais fraca e hipossuficiente na relação de emprego.³

Amauri Mascaro Nascimento, por seu turno, leciona que a dependência econômica do empregado e a sua subordinação às ordens de serviço geram uma desigualdade natural, que coloca o empregador em uma posição privilegiada na relação de trabalho. É nesse panorama, então, que se confere ao obreiro um conjunto de direitos capaz de alçá-lo ao mesmo plano do empregador e, assim, promover o equilíbrio perdido.⁴

Nesse mesmo sentido, segundo Maurício Godinho Delgado, o princípio da proteção informa que o direito do trabalho encontra-se sedimentado sobre um conjunto de regras, princípios e institutos que lhe são próprios, formando, assim, uma teia de proteção ao trabalhador, que visa a corrigir no plano jurídico a desigualdade presente no plano dos fatos do contrato de trabalho.⁵ Para o citado autor, portanto, não se trataria de um mero princípio, mas de um dos fins do próprio direito do trabalho proteger o empregado e colocá-lo no mesmo plano do empregador.

De outra parte, Arnaldo Süssekind refere-se ao princípio protetor como sendo um limite à autonomia das vontades na relação de trabalho. No entendimento do jurista, o citado princípio corresponde ao conjunto das normas de natureza cogente que determinam um contrato de trabalho mínimo, que pode apenas ser complementado ou suplementado, mas jamais renunciado pelas partes.⁶ Em singelas palavras, tratar-se-ia do amparo conferido ao trabalhador para que este, enquanto sujeito subordinado e economicamente dependente do empregador, não venha a renunciar a seus direitos em nome da necessidade de permanência no emprego.

Finalmente, em apertada síntese, pode-se afirmar que o princípio da proteção é considerado pela grande maioria da doutrina o cerne do direito do trabalho, confundindo-se com as próprias finalidades dessa disciplina, e visa a promover, no plano jurídico, a igualdade material – isto é, substancial e verdadeira – e não apenas formal entre as partes da relação de emprego. Para tanto, busca o direito do trabalho se utilizar da máxima aristotélica, tratando de forma desigual os desiguais, na medida em que se desigalam, isto é, conferindo ao empregado um extenso rol de mecanismos jurídicos, consubstanciados em regras, princípios e institutos próprios desse ramo do direito, capazes de compensar a posição de inferioridade e

³ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 96.

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 304.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 182.

⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 153.

hipossuficiência do obreiro em relação ao seu empregador, verificada no plano fático da relação.

1.2. Fundamentos teóricos

O princípio da proteção encontra seus fundamentos, principalmente, no caráter peculiar de que se reveste a relação de emprego. Com efeito, não se trata de um negócio jurídico qualquer, entre iguais, mas de uma relação contratual de mando e poder que envolve, de um lado, o empregador, detentor dos meios de produção e, de outro, o empregado, que tem a oferecer tão-somente sua força de trabalho. Trata-se, em outras palavras, do secular e emblemático diálogo entre capital e trabalho.

O empregado encontra-se sujeito ao poder diretivo do empregador, ou seja, sujeito às suas ordens e também a eventuais punições disciplinares, o que já seria suficiente para colocá-lo em uma situação de inferioridade na relação. Ocorre que, além disso o empregado ainda depende economicamente do seu empregador, haja vista que, em regra, o salário que percebe como contraprestação às atividades desempenhadas se constitui no único ou principal meio de subsistência do empregado e sua família.⁷

É nesse contexto, então, que o trabalhador, já naturalmente subordinado em razão da própria natureza da prestação de serviços dentro da relação de emprego⁸, acaba por se curvar aos eventuais excessos de seu empregador, seja pelo temor que a superioridade hierárquica deste último lhe inspira, seja pela necessidade de permanência no emprego. Assim, na visão de Alfredo J. Ruprecht, é justo que se criem desigualdades em favor do empregado, a fim de compensar aquelas que naturalmente já existem contra ele, preservando-se, assim, a sua dignidade como ser humano e impedindo que o mesmo se torne totalmente submisso ao seu empregador.⁹

Luiz de Pinho Pedreira da Silva, sobre o tema, afirma que o empregado encontra-se em tamanha situação de inferioridade perante o empregador que perde até mesmo a liberdade de discutir as cláusulas do contrato de trabalho, cabendo-lhe tão-somente se submeter às

⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 24-25.

⁸ A relação de emprego pode ser conceituada como “a relação de trabalho de natureza contratual, realizada no âmbito de uma atividade econômica ou a ela equiparada, em que o empregado se obriga a prestar trabalho pessoal, essencial à consecução dos fins da empresa e subordinado, cabendo ao empregador suportar os riscos do empreendimento econômico, comandar a prestação pessoal do trabalho e contraprestá-lo através do salário”. (CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 235) Trata-se da exegese dos artigos 2º e 3º da CLT, que trazem os elementos essenciais à caracterização da relação de emprego.

⁹ RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 10-11.

exigências que lhe foram impostas, como um verdadeiro contrato de adesão, ou então simplesmente recusá-las de todo¹⁰, o que significaria, no entanto, a perda da oferta de emprego. Se, por um lado, isso se afigura absurdo, considerada a personalidade que, em tese, deve ser inerente à relação de emprego, por outro lado, é o que fatalmente ocorre na prática, tendo em vista que se trata, sobretudo, de uma relação de dependência econômica do empregado em relação ao empregador.

Pode-se afirmar, portanto, que o trabalhador é um sujeito vulnerável no contexto da relação de emprego, uma vez que, mesmo durante o desempenho de suas atividades, já se encontra sujeito ao poder diretivo do empregador e, em consequência, a eventuais excessos por ele cometidos. Dessa forma, deve ser uma preocupação constante do direito do trabalho que a subordinação do empregado ao empregador permaneça absolutamente restrita à prestação dos serviços e, ainda assim, encontre seus limites na preservação da dignidade e das liberdades do obreiro.

A esse respeito, leciona o precitado autor:

A proteção do trabalhador deve, portanto, se desenvolver também a esse nível: todas as precauções devem ser adotadas para que a subordinação do trabalhador fique limitada à prestação do trabalho e para que, mesmo na execução deste, o respeito à pessoa e às suas liberdades inalienáveis prevaleça.¹¹

De outra parte, historicamente, os fundamentos do princípio da proteção encontram-se intimamente ligados às razões que levaram ao aparecimento do próprio direito do trabalho. De fato, esse ramo do direito surgiu em resposta às profundas desigualdades que passaram a ser observadas com a propagação dos ideais liberais da Revolução Francesa e com a nova estrutura social que se formou após a Revolução Industrial¹².

O liberalismo dominante na época impulsionou a expressão da autonomia das vontades, inclusive nos contratos de trabalho. Como consequência, verificou-se uma exploração maciça da massa de trabalhadores, que abandonava suas propriedades rurais e rumava às cidades em busca de emprego nas fábricas, submetendo-se a jornadas estafantes e ínfimos salários.

¹⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 22-24.

¹¹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 22-24.

¹² SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 153.

Frente a essa situação e atentando para as desigualdades – inclusive, econômicas – criadas pelo novo modelo de sociedade que se estruturava, surgiram então as primeiras leis trabalhistas, com o intuito de proteger o trabalhador contra os excessos e injustiças cometidos pelo empregador.

Em relação a esse ponto, destaca Américo Plá Rodriguez:

O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável¹³.

Em outros termos, ensina o citado mestre que a liberdade contratual, no âmbito da relação de emprego, conduziu a uma exploração desmedida da parte mais débil – no caso, o empregado, membro do proletariado, desprovido de meios e de instrução – pela parte mais forte – o empregador, que detinha os meios de produção, além de todos os mecanismos de poder já vistos anteriormente. Como bem assinala Arnaldo Süssekind, citando Georges Ripert,

(...) a experiência demonstrou que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores¹⁴.

Sendo assim, o direito do trabalho surgiu para contrabalançar a desigualdade social que se estabeleceu, compensando a inferioridade do trabalhador. Pode-se notar, conforme referido acima, que os fundamentos do princípio da proteção – quais sejam, a desigualdade fática da relação de emprego e a situação de hipossuficiência do empregado frente ao seu empregador – confundem-se com as razões de ordem histórica e social que levaram ao surgimento do próprio direito do trabalho.

¹³ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 85.

¹⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 153.

2. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR COMO MECANISMO DE REALIZAÇÃO DOS FINS DO DIREITO DO TRABALHO

Conforme já referido no capítulo anterior, a origem histórica do princípio da proteção se confunde com a própria gênese do direito do trabalho enquanto ciência, entre os séculos XVIII e XIX, após as mudanças sociais introduzidas pela Revolução Industrial. Diz-se isso porque esse ramo jurídico nasceu exatamente da necessidade de proteger a massa de trabalhadores subjugados pela então ascendente burguesia, submetidos a salários irrisórios, jornadas que ultrapassavam quinze horas e condições de trabalho absolutamente degradantes e subumanas.

De fato, foi somente em 1802 que o britânico Robert Peel editou o *Moral and Health Act*, considerado o marco inicial do direito do trabalho moderno, que, dentre outras medidas protetivas, determinou a limpeza dos estabelecimentos fabris duas vezes ao ano, vedou o trabalho noturno – isto é, entre 21h e 06h – de crianças e adolescentes aprendizes e limitou sua jornada a “apenas” doze horas¹⁵. Como se pode notar, as primeiras leis trabalhistas surgiram, ainda que muito tímidas, com caráter nitidamente protetivo e cuidaram de promover a saúde e a segurança do trabalhador, em uma época em que este não possuía qualquer força perante o seu empregador e o pensamento liberal impulsionava a exploração desmedida do proletariado pela nova classe burguesa.

Em relação ao tema, assevera Arnaldo Süssekind:

A legislação trabalhista nasceu intervencionista, como reação aos postulados da Revolução Francesa (1789) que asseguravam a completa autonomia da vontade nas relações contratuais, permitindo a exploração do trabalhador, numa fase histórica em que a Revolução Industrial propiciava o fortalecimento da empresa¹⁶.

Sendo assim, o direito do trabalho nasceu tendo, simultaneamente, como causa e fim a proteção do trabalhador¹⁷. Como causa porque, como já tratado à exaustão, teve origem na necessidade de frear o tratamento desumano conferido aos obreiros e como fim porque, como

¹⁵ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes*. in <http://www.conjur.com.br>. Acessado em 18/09/2010.

¹⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 153.

¹⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 21-26.

já dito por Américo Plá Rodriguez, deve-se favorecer aquele que se quer proteger¹⁸. Logo, a única forma viável de se alcançar a igualdade entre operários e industriais seria compensar as profundas desigualdades de ordem econômica e social existentes entre essas duas classes oferecendo uma proteção jurídica ao sujeito mais débil da relação, ou seja, o trabalhador.

Segadas Vianna, por seu turno, leciona que, se em determinada fase, o direito do trabalho foi essencialmente protecionista, hoje em dia, sua função não seria outra que solucionar os conflitos oriundos da relação de trabalho. Nesse contexto, ganharia especial destaque o instituto da negociação coletiva, haja vista que, em tese, a função precípua dos sindicatos profissionais é conferir, por meio da associação e da reunião de interesses comuns, força ao trabalhador, a fim de promover negociações diretamente com as entidades patronais em busca de melhores condições de trabalho.

A esse respeito, assinala o mestre:

A proteção e a tutela do trabalho nada mais são do que um conjunto de normas jurídicas que asseguram ao trabalhador uma posição, frente ao empregador, em que possa defender seus direitos e interesses num mesmo plano, sem complexos ou recalques; a legislação sindical, por seu lado, a nada mais visa senão a assegurar aos grupos econômicos ou profissionais os meios para, mediante entendimento, pôr fim a conflitos entre o Capital e o Trabalho.¹⁹

Inobstante, é mister salientar que mesmo a chamada autodeterminação das vontades coletivas não é absoluta, na medida em que encontra obstáculos em diversos princípios justrabalhistas, como, por exemplo, a irrenunciabilidade de direitos, a preservação da condição mais benéfica e a aplicação da norma mais favorável, que serão vistos a seguir. Dessa forma, não se pode considerar que o direito do trabalho, no panorama atual, possua unicamente a função de pacificar os conflitos entre empregado e empregador.

Pelo contrário, ainda que atualmente a intervenção estatal se dê em menor grau em relação à época do surgimento do direito do trabalho, esse ramo jurídico permanece protecionista. Isso porque, como já visto no capítulo anterior, o Estado tem por função estabelecer um conjunto de direitos mínimos a serem observados, os quais podem ser

¹⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 85.

¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 108.

ampliados por meio de convenções coletivas, acordos coletivos de trabalho ou mesmo do contrato individual, mas jamais reduzidos. A esse respeito, sobre a autonomia das entidades sindicais, Arnaldo Süssekind assinala com o habitual brilhantismo:

Contudo, salvo em limitadíssimos países, essa autonomia não dispensa a intervenção básica do Estado para prescrever normas gerais de proteção ao trabalhador, abaixo das quais não se pode conceber a dignidade humana, essa autonomia, objetivada nos instrumentos da negociação coletiva, deve ser complementar das normas legais imperativas, sobretudo nos países em vias de desenvolvimento ou desigualmente desenvolvidos, como o Brasil²⁰.

Ocorre que, se por um lado é certo que a proteção do trabalhador é um dos fins do próprio direito do trabalho, não é menos certo que o aludido princípio não pode ser absolutizado, sob pena de, em vez de se alcançar a equidade entre as partes da relação de emprego, promover-se um novo desequilíbrio, pendendo, desta feita, para o polo do empregado. Nesse diapasão, mostra-se relevante transcrever um trecho do acórdão proferido nos autos do processo nº 0046800-17.2009.5.04.0008, da lavra do juiz convocado Francisco Rossal Araújo:

Como todo o princípio, o da proteção também tem natureza dinâmica. Por natureza dinâmica, entende-se a propriedade de adaptação ao caso concreto. O princípio da proteção atuará de maneira mais forte quando a distância econômica entre o empregado e o empregador for muito grande. Será menos intenso, entretanto, quando ela diminuir. Nessa concepção, está ligado à noção de proporcionalidade: adequação dos meios aos fins. O intérprete deverá saber valorar qual a intensidade necessária para reequilibrar ou, pelo menos, diminuir a distância entre as partes no caso concreto.

(TRT da 4ª Região – 8ª Turma. Processo nº 0046800-17.2009.5.04.0008 RO, Relator juiz convocado Francisco Rossal Araújo, publicado em 26/04/2010, in <http://www.trt4.jus.br>)

Conforme se pode concluir, portanto, não pode o aplicador do direito subverter a aplicação do princípio da proteção e transformá-lo em um instrumento de opressão do

²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 108.

empregador, mesmo porque, como todo princípio, também o da proteção deve se submeter a um exame de proporcionalidade e se amoldar à realidade do caso concreto.

Sendo assim, a proteção do obreiro não deve ser vista como o fim último do direito do trabalho, sendo mais razoável considerá-lo como o meio utilizado para alcançar a finalidade maior desse ramo jurídico, qual seja, o equilíbrio social²¹. Dessa forma, não deve o jurista aplicar as normas trabalhistas visando à proteção do obreiro, devendo, por outro lado, fazer uso do princípio da proteção – por meio das técnicas de aplicação, conforme proposto por Luiz de Pinho Pedreira da Silva²² –, na intensidade que as circunstâncias do caso concreto exigirem, com vistas a atingir a igualdade entre as partes e a paz social.

Em suma, a finalidade maior do direito do trabalho pode ser descrita como a busca pela concretização do valor da dignidade da pessoa humana, pautada, principalmente, na equidade e na valorização do trabalho humano. A fim de alcançá-la, o princípio da proteção deve orientar toda a atividade legislativa, interpretativa e de aplicação do direito do trabalho. Dessa forma, a proteção do trabalhador pode ser vista como o fim imediato dessa disciplina, como um instrumento ou mecanismo jurídico que lhe possibilita atingir o seu fim mediato, ou seja, a promoção do trabalho digno.

²¹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 34.

²² Esclarece o autor que a proteção do trabalhador se concretiza mediante a utilização de três técnicas, a saber, a *intervenção estatal* nas relações de trabalho, a *negociação coletiva* e a *autotutela*. A primeira se desenvolve por meio da edição de normas de caráter protetivo; já a negociação coletiva cuida de, mediante a associação sindical, agregar mais força à vontade individual do trabalhador, a fim de possibilitar a negociação direta com os sindicatos patronais; por fim, a autotutela nada mais é que a prerrogativa do indivíduo de defender seus direitos utilizando os próprios meios, como no clássico exemplo do direito de greve. (obra citada, p. 30)

3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

O fenômeno da flexibilização é um dos temas mais correntes e possivelmente também o mais polêmico da atualidade no âmbito do direito do trabalho. A flexibilização, que, etimologicamente, significaria o oposto de rigidez²³, surgiu, em tese, como a expressão da necessidade de ajustar o direito do trabalho à nova realidade da sociedade pós-industrial, isto é, de modernizar as normas trabalhistas em razão do atual contexto de crise econômica mundial.

Como já visto acima, a relação de emprego é marcada por uma clara oposição de interesses em que o empregador busca sempre um lucro maior e o trabalhador, a melhoria da sua condição social. Considerando, portanto, que tais interesses são completamente antagônicos e, principalmente, que os encargos trabalhistas representam um incômodo obstáculo à busca do empregador pelo lucro, a flexibilização das normas foi-se introduzindo no terreno do direito do trabalho como um mecanismo que visava a reduzir os custos da mão-de-obra, no intuito de evitar as despedidas em massa, decorrentes da crescente crise econômica mundial, e o conseqüente aumento do desemprego²⁴.

Contudo, como a doutrina aponta à quase unanimidade, a flexibilização das normas trabalhistas, em vez de zelar pela manutenção dos empregos, gerou um verdadeiro sucateamento da mão-de-obra²⁵. Por meio de terceirizações irregulares, reduções salariais, contratos temporários e outros institutos criados unicamente para esse fim – como, por exemplo, o controvertido “banco de horas” –, buscou-se baratear a força de trabalho, às custas de uma série de direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo de décadas. De fato, como bem assinala Luiz de Pinho Pedreira da Silva, a flexibilização se mostrou ineficiente para o fim de promover novos empregos e manter aqueles já existentes, o que já se comprova pelo simples fato de que países como a Espanha e a Argentina têm editado uma série de leis flexibilizadoras e, ainda assim, seguem apresentando altos índices de desemprego²⁶.

No direito brasileiro, a flexibilização já vinha aparecendo timidamente em leis esparsas, como, por exemplo, a Lei nº 4.923/65²⁷, que autorizou a redução da jornada de

²³ CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e Sequela*. São Paulo: LTr, 1997. p. 49.

²⁴ ZENNI, Alessandro Severino Valler. *(Re)significação dos Princípios de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 99.

²⁵ CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 67.

²⁶ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 37.

²⁷ Art 2º A empresa que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, se encontrar em condições que recomendem, transitoriamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho,

trabalho dos empregados pelas empresas em dificuldades econômico-financeiras, mas foi definitivamente incorporada no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente, nos incisos VI, XIII e XIV²⁸ do seu artigo 7º. Como se pode notar, a Constituição Federal autorizou a flexibilização das normas atinentes a duas matérias em especial, quais sejam, o salário – principal, senão única, fonte de subsistência do trabalhador – e a jornada – que envolve, diretamente, o seu trabalho. Em outras palavras, a Carta Magna de 1988 tratou de abrir à negociação coletiva as duas principais obrigações dentro da relação de emprego, o que leva uma parcela, ainda que pouco expressiva, da doutrina a afirmar que, se é possível a flexibilização da jornada e do salário, então, seria possível flexibilizar todas as normas trabalhistas²⁹.

Observando o contexto criado pelo advento da flexibilização na seara trabalhista, é possível concluir que este fenômeno consiste, de certa forma, em uma prevalência do negociado sobre o legislado, o que, no entanto, deve ser procedido com muita cautela nesse ramo jurídico, exatamente em razão da desigualdade existente entre as partes. Nessa esteira, ainda que se reconheça que a flexibilização das normas é uma tendência também no direito do trabalho, é fundamental estabelecer limites, uma vez que o que se observa é uma verdadeira mitigação do princípio da proteção do trabalhador através do incentivo à negociação coletiva e da redução – ou mesmo retirada – da proteção do Estado.

O principal limite já vem descrito pelo *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, qual seja, a promoção da *melhoria da condição social* dos trabalhadores, além do fato de que este dispositivo enumera taxativamente as hipóteses em que é autorizada a flexibilização, o que representa, certamente, um limite material. Diz-se isso porque o princípio do *in dubio pro operario*, um dos desdobramentos do princípio da proteção e que será visto a seguir, determina que, caso uma norma comporte mais de uma forma de interpretação, deve-se adotar aquela que seja mais favorável ao trabalhador.

Logo, em se tratando de flexibilização e, de certa forma, de renúncia a direitos, deve-se interpretar a previsão contida nos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º da Constituição

poderá fazê-lo, mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente de 3 (três) meses, prorrogável, nas mesmas condições, se ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário-mínimo regional, e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores.

²⁸ VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

²⁹ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A Flexibilização e os Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

Federal com muita parcimônia³⁰, uma vez que se trata, em outros termos, de renunciar a determinados direitos em benefício da coletividade e em troca de outras vantagens, que, sopesadas ao final, devem, em tese, resultar em uma condição mais benéfica ao trabalhador³¹.

Um exemplo concreto de limite à flexibilização é a Orientação Jurisprudencial nº 342 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõe:

OJ 342. É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este se constitui medida de higiene, saúde e segurança no trabalho, garantido por normas de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII da CF/1988), infenso à negociação coletiva³².

Embora o Tribunal Superior do Trabalho mantenha um posicionamento ainda oscilante quanto à matéria da flexibilização³³, a Orientação Jurisprudencial transcrita acima parte do pressuposto de que as normas de saúde e segurança do trabalhador permanecem na esfera dos direitos indisponíveis e irrenunciáveis e, por isso mesmo, não sujeitos à negociação coletiva.

Finalmente, pode-se concluir que, frente à atual tendência de flexibilização das normas trabalhistas, o aplicador desse ramo do direito deve se posicionar de forma que se mantenha o conteúdo mínimo dos direitos conquistados pelos trabalhadores. Nesse contexto, o princípio da proteção ganha particular importância, no sentido de que se deve atentar para o

³⁰ PARISENTI, André Sessim. *Limites Constitucionais à Flexibilização do Direito do Trabalho*. Porto Alegre, 2007, 100 f., trabalho de conclusão do curso de Ciências Jurídicas e Sociais (graduação), Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 75.

³¹ Nesse mesmo sentido, a ementa de nº 33, aprovada na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em 23/11/2007, que assim dispõe: “*NEGOCIAÇÃO COLETIVA. SUPRESSÃO DE DIREITOS. NECESSIDADE DE CONTRAPARTIDA. A negociação coletiva não pode ser utilizada somente como um instrumento para a supressão de direitos, devendo sempre indicar a contrapartida concedida em troca do direito transacionado, cabendo ao magistrado a análise da adequação da negociação coletiva realizada quando o trabalhador pleiteia em ação individual a nulidade de cláusula convencional*”.

³² Livro de Jurisprudência do TST. Disponível em <http://www.tst.jus.br>. Acessado em 02.10.2010.

³³ Apenas exemplificativamente, a súmula nº 349 do TST atribui validade ao acordo de compensação horária previsto em norma coletiva, ainda que sem a autorização da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, em clara contraposição ao disposto no artigo 60 da CLT, que assim dispõe: *Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim*. Sendo assim, não se pode afirmar que o TST tenha um entendimento de contornos bem definidos, mesmo em se tratando de saúde e segurança no trabalho, pois a OJ nº 342 da SDI-1 e a Súmula nº 349, ambas citadas, evidenciam posicionamentos absolutamente conflitantes quanto à matéria.

fato – inclusive, já descrito no capítulo anterior – de que as mudanças sociais introduzidas pelo significativo aumento das negociações coletivas não deve excluir a intervenção do Estado nas relações de trabalho³⁴. Pelo contrário, é premente a necessidade da retomada de uma postura mais protetiva em relação ao trabalhador, que imponha limites claros à flexibilização, sob pena de se alcançar um *status* de liberdade contratual que, segundo demonstram os registros históricos, não rende bons frutos no campo do direito do trabalho, se consideradas todas as peculiaridades da relação entre empregado e empregador.

³⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 108.

4. DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

Américo Plá Rodriguez leciona que o princípio da proteção se expressa sob três formas de aplicação, quais sejam, a prevalência da norma mais favorável, a da condição mais benéfica e o *in dubio pro operario*. Segundo o jurista, tratam-se de três regras distintas, porém todas resultantes do citado princípio; por outro lado, com ele não se confundem, não se podendo considerar, ainda, que sejam dele derivadas ou subordinadas³⁵. Vejamos, então, cada uma separadamente.

Primeiramente, na concepção do citado autor, o *in dubio pro operario* estabelece que sempre que pairar qualquer dúvida acerca do alcance de determinada norma de cunho trabalhista ou houver diversas interpretações possíveis da mesma, deve-se preferir o sentido que seja mais favorável ao trabalhador. No entendimento de Américo Plá Rodriguez, trata-se de regra de hermenêutica com aplicação semelhante à do princípio de direito comum *in dubio pro reo*, que encontra respaldo no fato de que, no âmbito do direito privado, em regra, o devedor é a parte mais débil da relação. Já no direito do trabalho, como a situação é inversa, isto é, a parte hipossuficiente é o trabalhador, justifica-se a regra do *in dubio pro operario* como um meio de conceder ao obreiro o amparo que se pretende, ou seja, como forma de aplicar o princípio da proteção.

A regra da norma mais favorável, por seu turno, para o mestre, determina que, no direito do trabalho, sempre que houver mais de uma norma aplicável a uma determinada situação jurídica, deve-se optar por aquela que seja mais vantajosa à parte que se deseja proteger, ou seja, ao trabalhador. Em consequência, no entendimento do citado autor, a norma mais favorável ao trabalhador possui a prerrogativa de “derrogar” – no sentido de tornar parcialmente sem efeitos – outra eventualmente menos vantajosa, ainda que hierarquicamente superior; nesse caso, esta última norma continuará a gerar efeitos tão-somente em relação aos trabalhadores não abrangidos por aquela mais favorável, como no caso de uma lei em relação à convenção coletiva de determinada categoria profissional³⁶.

³⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 107.

³⁶ O maior exemplo do princípio da norma mais favorável no cenário internacional é a determinação contida no parágrafo 8 do artigo 19 da Constituição da OIT, que assim dispõe: *Art. 19, parágrafo 8. Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.* (Constituição da OIT. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br>. Acessado em 24/09/2010.)

Uma grande parcela da doutrina sustenta que a citada regra inverte a concepção tradicional de hierarquia das fontes, de tal forma que o vértice da pirâmide kelseniana, no âmbito do direito do trabalho, passaria a ser não necessariamente a Constituição Federal, mas a norma mais favorável ao trabalhador, dentre todas aquelas então em vigor³⁷.

Contudo, não se pode dizer que a hierarquia das fontes é quebrada, pois em nenhum caso a Constituição Federal deixará de ser aplicada. Pelo contrário, havendo uma norma mais favorável ao trabalhador, será esta aplicável em adição ou em complemento ao mínimo prescrito pela Constituição Federal, mas não como um substitutivo³⁸. Não sendo, pois, afastada a aplicação dos preceitos constitucionais, mas simplesmente ampliado o seu alcance pela norma inferior, não há que se falar em inversão da hierarquia das fontes.

Finalmente, Américo Plá Rodríguez ensina que a regra da condição mais benéfica, frequentemente confundida com a anterior, desta difere porque não trata da opção do aplicador do direito entre normas de origem diversa, mas, ao contrário, cuida da manutenção dos direitos conferidos ao empregado quando da sucessão de normas no tempo. Com efeito, impõe-se que seja respeitada a condição de trabalho reconhecida ao empregado, ainda que norma posterior venha a revogá-la ou a anular seus efeitos. Trata-se, em outras palavras, de uma proibição de retrocesso relativamente aos direitos outorgados ao trabalhador, que encontra sua expressão maior no direito brasileiro no artigo 468 da CLT³⁹, assim como no item I da súmula nº 51 do Tribunal Superior do Trabalho⁴⁰.

Em suma, para o citado autor, o *in dubio pro operario* determina que, dentre os vários sentidos de uma mesma norma, deve-se preferir aquele que seja mais favorável ao trabalhador; já a regra da norma mais benéfica estabelece que, dentre as diversas normas aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se preferir aquela que seja mais vantajosa ao obreiro; e, por fim, a regra da condição mais benéfica trata de garantir ao trabalhador a manutenção dos direitos que lhe foram conferidos, em caso de sucessão normativa. Essas três regras, na visão do mestre uruguaio, seriam as formas de aplicar e tornar efetivo o princípio de proteção.

³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: 1972. p. 232.

³⁸ OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 38.

³⁹ Art. 468 - *Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.*

⁴⁰ 51 – CLÁUSULA REGULAMENTAR – VANTAGEM ANTERIOR. (...) I - *As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.*

A clássica divisão proposta por Américo Plá Rodriguez é largamente difundida e adotada por diversos doutrinadores da área trabalhista no mundo inteiro, muito embora a maioria considere que as regras por ele elencadas se tratam, em verdade, de princípios, isto é, derivações ou desdobramentos do princípio da proteção e não regras propriamente ditas. No Brasil, dentre os juristas que adotam essa visão, destacam-se Amauri Mascaro Nascimento e, mais modernamente, Sérgio Pinto Martins e Carmen Camino.

Adotando posição diversa, Arnaldo Süssekind leciona que os próprios fundamentos jurídico-políticos e sociológicos do princípio protetor, descrito como o *princípio-mater* do direito do trabalho, geram outros princípios, “filhos legítimos” daquele. Tais princípios seriam, além das regras apontadas por Américo Plá Rodriguez – tratadas pelo autor como princípios –, o da integralidade e intangibilidade do salário, o da inalterabilidade do contrato em prejuízo do trabalhador e o da primazia da realidade⁴¹.

Analisando brevemente os desdobramentos propostos por Arnaldo Süssekind, pode-se afirmar que os princípios da integralidade e da intangibilidade visam a proteger o trabalhador contra descontos salariais infundados, bem como a preservar a impenhorabilidade do salário e manter sua natureza de crédito privilegiado nos casos de insolvência do empregador, haja vista o seu caráter alimentar.

Já o princípio da inalterabilidade do contrato encontra-se absorvido pelo *caput* do artigo 468 da CLT⁴² e reflete o *pacta sunt servanda*, na medida em que comina de nulidade a alteração contratual feita de forma unilateral ou da qual resulte prejuízos ao empregado, ainda que com o seu consentimento, impondo o cumprimento do contrato de trabalho nos termos em que foi firmado – salvo as alterações favoráveis ao empregado, que, naturalmente, são permitidas e incentivadas⁴³.

Finalmente, na visão do mestre, o princípio da primazia da realidade aduz, em apertada síntese, que os fatos definem a relação jurídica existente entre as partes da relação de emprego, ainda que em desconformidade com os documentos⁴⁴. Em outras palavras, a realidade dos fatos deve se sobrepor àquela informada pelos registros documentais da relação de emprego, sempre que houver divergência entre as mesmas e os documentos vierem em desfavor do obreiro.

⁴¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 112.

⁴² Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 189.

⁴⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 112.

De outra parte, Maurício Godinho Delgado leciona que todos os princípios específicos do direito do trabalho conferem uma proteção especial aos interesses do trabalhador, visando a corrigir, no plano jurídico, a desigualdade fática existente entre os sujeitos da relação de emprego. Assim, considera que todos os princípios trabalhistas derivam da noção trazida pelo princípio da proteção – ou princípio tutelar, segundo sua própria denominação. Com efeito, assinala o jurista:

Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia.

Desse modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros princípios, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado⁴⁵.

Dessa forma, na visão do citado autor, o princípio da proteção, no âmbito do direito individual do trabalho, projeta-se em outros desdobramentos diretos, além daqueles apontados por Arnaldo Süssekind, já caracterizados acima, quais sejam, o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, o da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e o da continuidade da relação de emprego. Já no plano das relações coletivas, desdobra-se no princípio da liberdade associativa, que será tratado a seguir.

Para Maurício Godinho Delgado, os princípios da imperatividade das normas e da irrenunciabilidade se relacionam intimamente. O primeiro informa que o direito do trabalho é permeado por regras de natureza imperativa e não meramente dispositiva, o que determina uma restrição à autonomia da vontade das partes, na medida em que estas devem se submeter à soberania da lei, que, por seu turno, deve se sobrepor às alterações contratuais, ainda que consensuais (salvo as mais benéficas ao empregado, como já referido acima). Já o segundo impede que o trabalhador renuncie ou transacione a respeito dos direitos que lhe foram conferidos legalmente ou através do contrato de trabalho; trata-se de proteção conferida ao empregado para que este não abra mão de seus direitos em favor do empregador, face à sua dependência técnica e jurídica, que lhe confere uma posição de inferioridade e econômica, o que gera a necessidade de permanência no emprego.

⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 184.

Por fim, o princípio da continuidade da relação de emprego, para o autor, informa que, não havendo previsão expressa em contrário, o contrato de trabalho se presume firmado por prazo indeterminado. Esse princípio se reveste de suma importância, principalmente se considerada a posição de dependência econômica do empregado em relação ao empregador, uma vez que se presume a própria continuidade da relação, sendo ônus do empregador provar a ruptura do vínculo empregatício, conferindo ao trabalhador previsibilidade e segurança⁴⁶.

Leandro do Amaral D. de Dorneles, por seu turno, propõe que o direito coletivo do trabalho – ou direito das situações laborais coletivas⁴⁷ –, ainda que possua certa autonomia enquanto disciplina, não é senão uma ramificação do direito do trabalho e, como tal, visa ao mesmo objetivo final deste, qual seja, a promoção do trabalho decente. Nesse diapasão, aponta o citado autor que os princípios trabalhistas também se manifestam nas relações coletivas, mas sob uma ótica diversa.

Diz-se isso porque enquanto no plano individual verifica-se uma desigualdade material entre as partes, no plano coletivo, essa desigualdade já foi superada – ao menos em tese – pela associação sindical, que visa, principalmente, a neutralizar a hipossuficiência do empregado frente ao empregador, colocando-os em situação de igualdade, para que haja uma negociação justa das condições de trabalho. Em outras palavras, o direito coletivo do trabalho parte da premissa de que ambas as partes são autossuficientes, em contraponto à hipossuficiência do empregado verificada no plano individual.

Nessa esteira, na visão do citado autor, no plano das relações coletivas de trabalho, o princípio da proteção possui como desdobramento natural o princípio da liberdade de associação laboral, que se encontra previsto no artigo 8º da Constituição Federal⁴⁸. Tal afirmativa encontra respaldo no fato de que, no plano coletivo, a proteção do trabalhador assume um caráter diferente do plano individual, exatamente porque, como referido acima, em tese, a associação sindical possui a função de agregar força ao trabalhador que, sozinho, não reuniria as condições necessárias à negociação direta com o empregador. Dessa forma, a proteção, no plano coletivo, deve se desenvolver de tal forma que propicie a regular

⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 186-193.

⁴⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*. 2ª ed. Coimbra: Alamedina, 2009.

⁴⁸ Muito embora os incisos do artigo 8º da Constituição Federal imponham determinados limites, que, inclusive, abrem uma discussão corrente na doutrina acerca da verdadeira extensão da liberdade associativa, como, por exemplo, a unicidade sindical (inciso II) e a cobrança compulsória da respectiva contribuição (inciso IV), o *caput* (Art. 8º. *É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)*) e o inciso V desse dispositivo (*V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato*) continuam representando os corolários do citado princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

constituição das entidades sindicais, como forma de garantir que a hipossuficiência do empregado frente ao seu empregador ceda lugar à autossuficiência do sindicato profissional⁴⁹.

Finalmente, cabe ressaltar, por oportuno, que no decorrer do presente trabalho consideramos, para fins didáticos, o princípio da proteção como sendo o *princípio-mater* do direito do trabalho, conforme proposto por Arnaldo Süssekind.

Inobstante, propomos a análise deste princípio sob o enfoque trazido por Maurício Godinho Delgado, ou seja, o seu desdobramento em todos os demais princípios que orientam o direito do trabalho. Afirma-se isso porque o princípio da proteção, conforme discorrido no capítulo anterior, constitui o próprio fundamento do direito do trabalho enquanto ciência, de forma que não há como se pensar os demais princípios dessa disciplina desvinculados da ideia de proteção do empregado.

Dessa forma, os demais princípios trabalhistas podem ser vistos como mecanismos jurídicos utilizados para promover a proteção do trabalhador – que, por seu turno, não é senão um fim imediato do direito do trabalho, um instrumento capaz de alcançar o seu fim mediato, qual seja, o equilíbrio social através da promoção do trabalho digno e decente. Expresso de outro modo, pode-se afirmar que todos os princípios específicos desse ramo do direito são, direta ou indiretamente, em maior ou menor grau, orientados pelo *princípio-mater* da proteção.

Passa-se, assim, ao estudo específico do princípio da primazia da realidade, objetivo central do presente trabalho.

⁴⁹ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *O Direito das Relações Coletivas de Trabalho e seus Princípios Fundamentais: a Liberdade Associativa Laboral*. In: Revista do TST, volume 76, nº2 (abril/junho de 2010). p. 84-108. p. 87-91.

PARTE II – O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1. Definição

Uma parcela, ainda que pouco expressiva, da doutrina afirma que o princípio da primazia da realidade não seria exclusivo do direito do trabalho, tratando-se, por outro lado, de princípio geral de direito, fundamentando-se no fato de que o Código Civil, em seu artigo 112, determina que “*nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”, ao passo que, no terreno do direito penal, também subsiste o princípio da busca pela verdade real.

É notório que o direito enquanto ciência – isto é, em todos os seus ramos – possui como uma de suas finalidades a busca pela verdade como meio de se alcançar a justiça. Ocorre que também é inegável que, no direito do trabalho, essa busca pela verdade se dá de forma muito mais intensa, haja vista as peculiaridades existentes na situação dos sujeitos da relação de emprego e, em especial, o fato de que os interesses desses sujeitos são sempre diametralmente opostos e o empregador encontra-se em situação de superioridade, o que faz com que fraudes sejam praticadas às vezes com o completo desconhecimento do empregado.

Sendo assim, o princípio da primazia da realidade deve, de fato, ser considerado um dos princípios específicos do direito do trabalho, mesmo porque, como referido no capítulo anterior, trata-se não de um princípio autônomo – muito embora possua conteúdo próprio –, mas de um desdobramento do *princípio-mater* da proteção.

A definição clássica do princípio ora em apreço não poderia partir senão daquele que o concebeu, isto é, do mestre uruguaio Américo Plá Rodriguez, que assim o faz, de forma sucinta, porém esclarecedora:

O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos⁵⁰.

⁵⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 339.

Trata-se, pois, de conferir uma credibilidade maior à realidade fática da relação de emprego, ainda que haja divergências com aquilo que foi pactuado ou documentado no decorrer da contratualidade. Porém, como destaca o mesmo autor, os documentos atinentes à relação de emprego possuem presunção de veracidade, ainda que relativa, de forma que não basta uma simples alegação do obreiro para afastá-la. É necessário que haja prova dos fatos que se alega não condizer com os documentos para que sejam estes desconstituídos; do contrário, prevalecerão as disposições contratuais⁵¹.

Outra definição igualmente relevante do princípio da primazia da realidade é aquela formulada por Arnaldo Süssekind, para quem

(...) a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não correspondente à realidade⁵².

Sendo assim, pode-se concluir que o que o princípio da primazia da realidade propõe é que o direito do trabalho deve analisar a relação de emprego pela maneira como a mesma se desenvolve na prática e não pelo que foi originalmente ajustado entre as partes, haja vista que, somente dessa forma, é possível extrair as consequências práticas do contrato de trabalho, bem como os direitos que dele resultam⁵³.

Como se pode perceber, não há maiores divergências entre a doutrina acerca do alcance ou do conteúdo deste princípio. Pelo contrário, à quase unanimidade⁵⁴, aceita-se que no direito do trabalho, mais do que em outros ramos do direito, a verdade dos fatos deve prevalecer sobre as disposições documentais.

Apenas é importante ressaltar, ainda em caráter introdutório, que o princípio da primazia da realidade deve ser aplicado sempre em favor do empregado, como bem assinala Carmen Camino⁵⁵. Diz-se isso porque, conforme se verá no item a seguir, um dos fundamentos do presente princípio é o contraponto entre o dever de documentação do

⁵¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 359.

⁵² SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 154.

⁵³ RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 81-82.

⁵⁴ Destaca o próprio Américo Plá Rodriguez que De Ferrari se opõe ao reconhecimento deste princípio, em primeiro lugar, por não considerar que seja sempre em benefício do trabalhador e, em seguida, por acreditar que não interessa o conflito entre os fatos e a forma, mas sim entre os fatos e o direito, enquanto que Fernández Madrid afirma que seria não um princípio, mas uma regra de interpretação, pois o único princípio do direito do trabalho seria o da proteção. (RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 364-366)

⁵⁵ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 99.

empregador e a dependência, principalmente técnica, do empregado, de modo que careceria de fundamento aplicá-lo em prejuízo deste último, mesmo porque a favor do empregador já opera a presunção de veracidade dos documentos que ele próprio tem o dever de manter.

1.2. Fundamentos Teóricos

Nos termos do artigo 113 do Código Civil Brasileiro, todos os contratos devem ser interpretados tendo como base o princípio da boa-fé⁵⁶ e, na visão de Carlos Roberto Gonçalves, a boa-fé objetiva

está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio⁵⁷.

O contrato de trabalho, portanto, enquanto negócio jurídico, também deve se pautar na observância da boa-fé objetiva. Dessa forma, o primeiro fundamento do princípio da primazia da realidade é que o mesmo se constitui em um meio eficaz de proteger o empregado da eventual má-fé do empregador ao lhe omitir indevidamente informações ou ludibriá-lo acerca de dados essenciais à contratualidade.

Como bem assevera Américo Plá Rodriguez, nem sempre as discrepâncias entre a realidade e os registros documentais são resultados de manobras realizadas intencionalmente por uma das partes, derivando, por vezes, de mero erro involuntário, mas a observância do princípio da primazia da realidade permite alcançar a verdade sem a necessidade de se perquirir acerca da ocorrência ou não de má-fé, abarcando todas as hipóteses⁵⁸.

Além disso, pode-se considerar que o direito do trabalho se aplica a todos os casos em que haja um conflito derivado da relação de trabalho, pouco importando o rótulo que as partes tenham atribuído a essa relação. Logo, cuida-se de regular fatos que se desenvolvem no plano fático e não documental, de maneira que um segundo fundamento do princípio da primazia da realidade seria exatamente a dignidade da atividade humana.

⁵⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, v. 3: Contratos e Atos Unilaterais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36.

⁵⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 360.

Diz-se isso porque a prestação de serviços envolve diretamente a atividade pessoal do trabalhador e o emprego da sua força de trabalho, de modo que, para que se promova um trabalho verdadeiramente digno, deve-se averiguar as consequências daquilo que efetivamente ocorre na prática, sendo irrelevante a roupagem sob a qual se apresenta uma relação de trabalho⁵⁹.

Em terceiro lugar, justifica-se o princípio da primazia da realidade em razão da desigualdade econômica, social e cultural que se verifica entre o empregado e o empregador⁶⁰, já referida à exaustão nos capítulos anteriores deste trabalho. Essa desigualdade gera uma posição de inferioridade do empregado, inclusive intelectual, de forma que, por vezes, ele sequer tem conhecimento dos termos exatos do contrato de trabalho – principalmente se considerado os elevados números do analfabetismo no Brasil –, ou então tem conhecimento, mas não possui força para discuti-los.

Como também já referido, trata-se o contrato de trabalho hoje de um verdadeiro contrato de adesão⁶¹, em que o empregado põe a sua concordância com as cláusulas tal qual lhe foram impostas pelo empregador ou as recusa de todo, caso em que, no entanto, perderá a oportunidade de emprego. Considerando, portanto, que o trabalhador necessita do emprego para sua subsistência, muitas vezes, acaba por se submeter às condições que lhe são unilateralmente impostas, ainda que não condizentes com a realidade da prestação dos serviços. Dessa forma, o princípio da primazia da realidade busca extrair a verdade dos fatos de situações como a descrita acima, em que o empregado sequer tem conhecimento das cláusulas contratuais às quais anuiu ou, se o tem, aceitou-as sem o debate que é necessário a toda negociação entre iguais.

De outra parte, o contrato de trabalho corresponde a uma relação naturalmente dinâmica, uma vez que há uma série de fatores sociais que a influenciam, modificando-se, assim, muito frequentemente. Ocorre que, tratando-se de um contrato, portanto, negócio jurídico de caráter bilateral, para que ocorra uma modificação nas suas condições, é necessária a anuência de ambas as partes, ainda que de forma tácita. Sendo assim, nem sempre as disposições contratuais correspondem à realidade, mesmo porque pode ocorrer de já ter havido alterações nas reais condições da prestação de serviços, mas de forma tácita, isto é, sem a correspondente alteração documental.

⁵⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 360.

⁶⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 362.

⁶¹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 21-24.

Nessa esteira, o princípio da primazia da realidade vem buscar a realidade da relação fática de emprego quando a mesma já se tenha modificado e o contrato de trabalho já não lhe corresponda mais, tratando-se de buscar a interpretação racional da vontade das partes. Nas palavras de Américo Plá Rodriguez,

Nessa matéria, o que ocorre é que os fatos revelam a vontade real das partes, já que se o contrato se cumpre de determinada maneira é porque as duas partes consentem nisso. E esse consentimento tácito – porém, indiscutivelmente, válido e claro – deve primar sobre o texto escrito primitivo, por ser posterior, e acima de qualquer documento procedente de uma só das partes, por ser bilateral⁶².

Ainda, não se pode deixar de mencionar, neste aspecto, que o contrato de trabalho é eminentemente consensual, característica consubstanciada, inclusive, no artigo 442 da CLT⁶³, que será mais profundamente analisado a seguir. De tal fato, portanto, resulta a prevalência natural dos fatos sobre os documentos, sempre que houver discrepância entre os mesmos.

Finalmente, sendo o princípio da primazia da realidade um desdobramento do *princípio-mater* da proteção, é este último o seu principal e maior fundamento. Tal assertiva se justifica na medida em que, como referido acima, incumbe ao empregador o chamado dever de documentação de toda a relação de emprego, dada a sua superioridade, inclusive técnica, em relação ao empregado. Ocorre que o empregador, por outro lado, possui interesses diametralmente opostos aos do obreiro – enquanto este busca uma melhoria na sua condição social, aquele busca mais produtividade e redução de custos –, de maneira que, não raras vezes, omite documentos que lhe são desfavoráveis em nome da busca por maior lucro e menor custo de mão-de-obra, situação que coloca o empregado em uma nova posição de inferioridade e reclama a proteção do direito do trabalho. Com efeito, como bem ressalta Carmen Camino a esse respeito, trata o princípio da primazia da realidade de conferir uma proteção ao empregado, que não será prejudicado em caso de sonegação ou adulteração dos documentos, pois lhe é facultada a prova da realidade por qualquer meio idôneo⁶⁴.

⁶² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 362.

⁶³ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

⁶⁴ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 99.

2. O CONTRATO DE TRABALHO COMO UM CONTRATO-REALIDADE: A TEORIA DE MARIO DE LA CUEVA

Para uma boa análise do princípio da primazia da realidade, é imprescindível o estudo, ainda que breve, da teoria de Mario de la Cueva, mesmo porque o próprio Américo Plá Rodríguez, em sua obra, àquela teoria se reporta⁶⁵, ainda que admita que o autor mexicano, ao cunhar a expressão *contrato-realidade*, não pretendeu se referir ao princípio em questão, mas buscou, por outro lado, realizar uma distinção entre contrato e relação de trabalho, a fim de caracterizar a natureza jurídica desta última e, em última análise, do próprio direito do trabalho.

Mario de la Cueva busca refutar as teorias civilistas a respeito da relação de emprego. Para tanto, o autor mexicano se vale da ideia de que tais teorias estariam já ultrapassadas, pois teriam sido pensadas em uma época anterior à positivação dos direitos trabalhistas; assim, considerando que as obrigações somente poderiam derivar de duas fontes, a saber, a lei ou o contrato, e face à inexistência de leis específicas regulando a relação de trabalho, as obrigações do empregador para com seus empregados somente poderiam se originar do contrato respectivo.

Ocorre que, com as primeiras Constituições europeias do período que se seguiu à Primeira Guerra Mundial, os direitos dos trabalhadores foram elevados à categoria de direitos fundamentais. Assim, na visão de De la Cueva, caía por terra a concepção contratualista citada acima, uma vez que as obrigações do empregador passariam a ter origem não mais no contrato escrito, mas, por expressa disposição constitucional, nesses novos direitos fundamentais positivados⁶⁶.

O aludido autor prossegue sua crítica às teorias civilistas afirmando que o direito do trabalho difere do direito civil por seus próprios fundamentos e propósitos, haja vista que este último visa a regular as condutas humanas em relação às coisas, enquanto que o primeiro tem como sujeito principal o homem e como objeto a proteção da energia humana, assim como a garantia de uma posição social adequada e de uma existência digna.

Com efeito, assinala o mestre:

El derecho del trabajo no es un derecho para regular la conducta de los hombres em relación con las cosas, sino

⁶⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 339.

⁶⁶ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I. Mexico: Porrúa, 1970. p. 452.

que es un derecho para el hombre; sus preceptos e instituciones tienen como finalidad inmediata, no solamente proteger la energía humana de trabajo, sino, más bien, asegurar a cada hombre una posición social adecuada, esto es, *el derecho del trabajo constituye, no reglas para regular la compra-venta o el arrendamiento de la fuerza de trabajo, sino un estatuto personal que procura elevar al hombre a una existencia digna*⁶⁷.

Além disso, destaca De la Cueva que os contratos civis possuem efeitos predeterminados de acordo com cada espécie, os quais são aplicáveis às partes imediatamente. Já o único efeito imediato que o contrato de trabalho possui é, para o empregador, a obrigação de permitir ao empregado o exercício do serviço que lhe foi ofertado e, para este último, a de se colocar à disposição do primeiro. Por outro lado, a partir do momento em que o trabalhador inicia efetivamente a prestação de serviços em favor do empregador, então, começam a se produzir os efeitos do direito do trabalho, a saber, a proteção do empregado em todas as suas formas.

Dessa primeira análise, depreende-se ainda, na visão de De la Cueva, a natureza pública do direito do trabalho, uma vez que este ramo jurídico se constitui de normas de natureza cogente e imperativa, aplicáveis independentemente da vontade das partes. Tal afirmação justifica-se, primeiramente, pelo fato de que o direito do trabalho aplica-se mesmo aos contratos de trabalho nulos ou dissimulados e, ainda, porque a intervenção estatal no campo das relações de trabalho independe de provocação das partes⁶⁸.

Para o citado autor, portanto, não se trata a relação de trabalho de uma relação meramente bilateral, envolvendo empregador e empregado, mas sim de uma relação tríplice, que envolve, além dessas partes, a sociedade, representada pelo Estado, enquanto responsável por assegurar o cumprimento das normas trabalhistas⁶⁹. Ainda, na visão do autor, a natureza pública da relação de trabalho decorre exatamente do poder-dever do Estado de exigir o cumprimento do seu conteúdo mínimo, representado pelas normas de ordem pública acerca da matéria. Diz-se isso porque, caso se tratasse de uma relação tipicamente contratual, isto é, de

⁶⁷ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I. Mexico: Porrúa, 1970. p. 453.

⁶⁸ O autor faz essa afirmativa tomando por base o sistema mexicano, mas, considerando a realidade brasileira, também é possível justificar a natureza cogente das normas de direito do trabalho pelos mesmos elementos. De fato, apenas de forma exemplificativa, o artigo 9º da CLT, que será analisado no capítulo seguinte do presente trabalho, estabelece que são reputados nulos os atos praticados no intuito de fraudar ou impedir a aplicação das normas trabalhistas – em outras palavras, ainda que nulo o contrato, aplicam-se as normas de direito do trabalho. Da mesma forma, a fiscalização estatal, independentemente de provocação das partes, quanto ao cumprimento das normas trabalhistas é exercida pela Auditoria-Fiscal do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego, com atuação semelhante à *Inspección Del Trabajo* mexicana, referida por De la Cueva.

⁶⁹ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I. Mexico: Porrúa, 1970. p. 467.

direito privado, o adimplemento de suas cláusulas seria de responsabilidade das partes e a intervenção estatal dependeria da provocação destas, seja na via judicial, seja em caráter extrajudicial. Com efeito, assim aduz De la Cueva:

Creemos que la nueva posición que guarda la relación de trabajo, cuyo cumplimiento no queda a la iniciativa das partes que en ella intervienen, le da una fisionomía que no coincide con la naturaleza de la relación contractual; esto es, nos parece que una relación jurídica, el cumplimiento de cuyo contenido no depende de la voluntad de los particulares, o bien, cuando el Estado puede exigir se cumpla dicho contenido, no puede ser confundida con una relación contractual⁷⁰.

Desse breve estudo, pois, pode-se construir a noção de contrato-realidade, formulada por Mario de la Cueva. De fato, pode-se definir a relação de trabalho como o conjunto de direitos e deveres que se originam não do contrato de trabalho em si, mas da realidade da prestação de serviços⁷¹, uma vez que o que foi pactuado entre as partes não necessariamente corresponde àquilo que ocorre no mundo dos fatos.

Em primeiro lugar, porque a relação de emprego é naturalmente dinâmica e, exatamente em razão disso, nem sempre as disposições contratuais acompanham as alterações na forma da prestação de serviços, tornando-se, não raras vezes, desatualizadas, por assim dizer, e não condizentes com a realidade. Em segundo lugar, porque, como já visto acima, o direito do trabalho se constitui de normas de natureza cogente e imperativa. Disso decorre, portanto, que não é dado às partes se furtar à incidência das normas trabalhistas simplesmente encobrando o contrato individual de trabalho sob a máscara de um contrato civil⁷².

Finalmente, alcança-se o conceito formulado por Mario de la Cueva, para quem o contrato de trabalho é um *contrato-realidade*, pois existe na relação de trabalho, isto é, na realidade da efetiva prestação de serviços, e não nos registros meramente documentais. Nas palavras do próprio mestre,

⁷⁰ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I. Mexico: Porrúa, 1970. p. 467.

⁷¹ Novamente trazendo a questão para o contexto brasileiro, cabe ressaltar que a CLT, em seu artigo 442, que também será tratado no capítulo seguinte, prevê expressamente a possibilidade do contrato de trabalho tácito. Logo, se o próprio ordenamento jurídico trabalhista admite a existência de um contrato baseado tão-somente no mundo dos fatos, pode-se afirmar que a relação de emprego se forma e, em consequência, reclama a incidência das normas de direito do trabalho sempre que houver a prestação de serviços nos moldes do artigo 3º da CLT – isto é, de forma pessoal, não eventual, onerosa e subordinada –, independentemente da roupagem que lhe tiverem dado as partes.

⁷² DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I. Mexico: Porrúa, 1970. p. 457.

En atención a estas consideraciones, se ha denominado al contrato de trabajo, *contrato-realidad*, pues existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia⁷³.

Do trecho transcrito, pode-se extrair duas interpretações. Primeiramente, que a mera assinatura do contrato de trabalho não tem o condão de transformá-lo em uma relação de emprego, haja vista que esta última somente se forma após o início da efetiva prestação de serviços (de forma pessoal, não eventual, onerosa e subordinada)⁷⁴. Além disso e principalmente, que é irrelevante a denominação que as partes conferem ao contrato de trabalho, uma vez que a incidência das normas trabalhistas se dá com a caracterização da relação de emprego e esta, como visto acima, independe até mesmo da existência de um contrato escrito ou de sua validade⁷⁵. Sendo assim, uma vez presente a prestação de serviços de forma pessoal, não eventual, onerosa e subordinada, tem aplicação imediata o direito do trabalho e a consequente proteção do trabalhador⁷⁶.

Em suma, pode-se concluir que a teoria do contrato-realidade, de Mario de la Cueva, pode ser entendida muito além da mera distinção entre contrato e relação de trabalho. Acima disso, trata-se de verdadeira aplicação do princípio da primazia da realidade, como forma de

⁷³ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I. Mexico: Porrúa, 1970. p. 459.

⁷⁴ Nesse sentido, os seguintes trechos, destacados do acórdão proferido nos autos do processo nº 00292200525502007, oriundo da 1ª Turma do TRT da 2ª Região, da lavra da Desembargadora Lizete Belido Barreto Rocha: *De fato, não se apresentaram, de forma concomitante, os elementos fáticos-jurídicos que compõem a relação de emprego: prestação de trabalho pessoal por pessoa física, de forma não eventual, sob subordinação e onerosidade. Então, não se aperfeiçoou o contrato de emprego, não se podendo considerar a existência de vínculo de emprego entre as partes e, pois, o direito às verbas da rescisão por demissão sem justa causa. Sob esta ótica, irrelevante tenha havido exame admissional e anotação na CTPS. Ressalte-se, contudo, que o registro fora feito e cancelado no mesmo dia (exordial, fls. 04, item 2), antes que tivesse havido prestação de serviços – elemento fundamental a essa conclusão. O contrato de emprego, desse modo, fora mera expectativa de direito, já que a relação não se formou integralmente. (...) Com base na Doutrina supra citada, devida indenização por dano moral. Ressalte-se, ainda, que o próprio Mario de la Cueva já aponta que os efeitos do contrato de trabalho escrito se resumem a, para o empregado, colocar-se à disposição do empregador e, para este, permitir o exercício do emprego oferecido; em caso de violação a essas obrigações, portanto, tem lugar a ação de responsabilidade civil, pois ainda não configurada a relação de emprego (obra citada, p. 457).*

⁷⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 341.

⁷⁶ Nesse mesmo sentido, o acórdão proferido nos autos do Recurso Ordinário nº 08675, oriundo da 3ª Turma do TRT da 12ª Região, da lavra da Desembargadora Águeda Maria Lavorato Pereira, cuja ementa ora se transcreve: *“MUNICÍPIO. FALTA DA REALIZAÇÃO DE PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. No contrato de trabalho, diversamente do que ocorre nos contratos de natureza civil, não pode ser restituído o status quo ante, porquanto é impossível devolver ao trabalhador as energias despendidas na prestação dos serviços que lhe foram exigidos. Se o contrato é nulo, a decretação da nulidade tem efeito ex nunc (princípio da irretroatividade das nulidades) e se houve prestação de serviços não pode ser obliterada a respectiva remuneração (princípio do trabalho feito, salário ganho). O reconhecimento da nulidade da contratação do empregado pelo Município em razão da ausência de prévio concurso público (inciso II e § 2º do artigo 37 da Constituição Federal) não exclui, assim, o direito à percepção das parcelas oriundas da relação de trabalho de fato havida entre as partes.”*

coibir a conduta fraudulenta das partes de se furta à aplicação das normas de direito do trabalho atribuindo um rótulo diverso a uma relação que, em verdade, é de emprego.

3. A INCORPORAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA BREVE ANÁLISE DOS ARTIGOS 9º, 442, 443 E 456 DA CLT

Quatro são os principais dispositivos da CLT nos quais o princípio da primazia da realidade encontra-se insculpido, a saber, os artigos 9º, 442, 443 e 456, que serão analisados separadamente no presente capítulo.

Primeiramente, o artigo 9º assim dispõe:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Conforme se pode depreender da leitura do dispositivo legal acima transcrito, qualquer ato praticado com o objetivo de burlar a aplicação da legislação trabalhista será reputado nulo de pleno direito. Como consequência lógica, portanto, serão, da mesma forma, declarados inexistentes todos os seus efeitos, uma vez que aquilo que é nulo não pode produzir efeitos (*quod nullum est nullum effectum producit*). Com efeito, como assinala Sílvio de Salvo Venosa,

A nulidade é penalidade que importa em deixar de existir qualquer efeito do ato, desde o momento de sua formação (*ex tunc*). A sentença que declara a nulidade retroage, pois, à data do nascimento do ato viciado⁷⁷.

Dessa forma, a conclusão a que se pode chegar é que todo e qualquer ato praticado pelas partes com o fito de mascarar a realidade da relação de emprego será declarado nulo de pleno direito e, em decorrência dessa declaração de nulidade, todos os efeitos do ato serão reputados inexistentes desde a origem. Assim, sendo nulo o ato e inexistentes os seus efeitos, equivale a dizer que será considerada a realidade dos fatos e não a roupagem que pretenderam lhes dar as partes.

Apenas exemplificativamente, caso um trabalhador tenha firmado um contrato de prestação de serviços como autônomo, mas reste provado que prestou seus serviços de forma

⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, v.1: Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 508.

peçoal, não eventual, onerosa e subordinada, tal contrato será declarado nulo e será reconhecida a relação de emprego, com todas as suas consequências legais⁷⁸.

O artigo 442 da CLT, por seu turno, assim dispõe:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expesso, correspondente à relação de emprego.
Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Em síntese, o *caput* do dispositivo legal em questão nos ensina que a relação de emprego se caracteriza como tal pela natureza da prestação de serviços objeto do contrato – a atividade desenvolvida nos moldes do artigo 3º da CLT, isto é, de forma pessoal, não eventual, onerosa e subordinada – e não pelos termos do contrato em si ou pela forma através da qual o mesmo foi firmado⁷⁹. Em outras palavras, trata-se da noção desenvolvida por Américo Plá Rodriguez, para quem o princípio da primazia da realidade cuida da regulação, pelo direito do trabalho, de fatos que se produzem na realidade e não em um plano documental⁸⁰.

Ainda, tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o *caput* do artigo 443, também da CLT, que é claro acerca da possibilidade de o contrato de trabalho ser firmado tacitamente. Em consequência, como destaca Valentin Carrion, a simples tolerância de um indivíduo prestando serviços em favor de outrem, nos moldes do artigo 3º da CLT, já é suficiente para caracterizar o liame empregatício, sendo absolutamente prescindível a existência de um contrato de trabalho expesso⁸¹.

Com efeito, assim dispõe o aludido artigo:

Art. 443 – O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

Ambos os artigos transcritos encerram uma das características fundamentais do contrato de trabalho, qual seja, a consensualidade, que significa exatamente a

⁷⁸ Como se pode notar, tal situação coaduna-se perfeitamente com a teoria do *contrato-realidad*, de Mario de la Cueva, sobre a qual se discorreu no capítulo anterior do presente trabalho.

⁷⁹ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314.

⁸⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 360.

⁸¹ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314.

prescindibilidade de forma para a perfectibilização do ato ou negócio jurídico, sendo suficiente o consentimento de ambas as partes⁸². Assim, é natural que, na execução do contrato de trabalho, seja dada maior prevalência ao que ocorre no mundo dos fatos, de forma que o *caput* dos artigos 442 e 443 da CLT, sem dúvida, representam mais uma expressão do princípio da realidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente, o artigo 456 da CLT assim aduz:

Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.

Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Novamente, no dispositivo em questão se encerra outra ideia de Américo Plá Rodriguez, qual seja, a de que os registros documentais constituem o principal meio de prova das questões atinentes à relação de emprego (dentre os quais se destaca o contrato de trabalho) e possuem presunção relativa de veracidade. No entanto, uma vez provado pelo empregado que tais documentos não condizem com a realidade, os mesmos são imediatamente desconstituídos para que se extraia as consequências jurídicas daquela realidade então demonstrada, ainda que em contradição com o conteúdo documental. Inclusive, pode-se afirmar que complementa a noção trazida pela parte final do *caput* do artigo transcrito acima a súmula nº 12 do Tribunal Superior do Trabalho, que estabelece que as anotações realizadas na carteira profissional do empregado possuem presunção apenas relativa de veracidade. Com efeito, assim dispõe a referida súmula:

12 – CARTEIRA PROFISSIONAL – VALOR DAS ANOTAÇÕES.

As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*.

Da mesma forma, o item III da súmula nº 6 do Tribunal Superior do Trabalho, que será analisada de forma mais detalhada no capítulo seguinte, corrobora essa noção ao

⁸² CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 252.

determinar que será devida a equiparação salarial de empregados que exercem a mesma função, independentemente da denominação atribuída aos cargos.

Sendo assim, a faculdade conferida ao trabalhador de provar as suas alegações por qualquer meio admitido em direito, aliada à ideia de que a presunção de veracidade dos registros concernentes às condições de trabalho é apenas relativa, constitui-se em um importante instrumento na busca pela verdade real, uma vez que facilita ao empregado a prova da realidade, mesmo porque quem detém os documentos relativos ao contrato é o empregador⁸³. Apenas à guisa de ilustração, cite-se uma situação em que o registro do controle de horário do empregado é pré-assinalado e, na prática, o obreiro realiza horas extras com habitualidade, as quais não são computadas; os registros de horário, nesse caso, possuem presunção de veracidade, mas, uma vez demonstrado, através de prova testemunhal, o excesso de jornada, por exemplo, os registros são desconstituídos para se considerar a verdade dos fatos, isto é, a extrapolação habitual da jornada (realidade), que dá direito à percepção de horas extras (consequência jurídica).

Finalmente, da análise dos artigos 9º, 442, 443 e 456 da CLT, transcritos acima, pode-se concluir que o princípio da primazia da realidade foi amplamente absorvido pelo ordenamento jurídico brasileiro. De fato, os mencionados artigos estabelecem uma série de presunções e mecanismos jurídicos que permitem ao aplicador do direito perquirir acerca da verdade real, isto é, da realidade fática da relação de emprego, independentemente da aparência que lhe quiseram dar as partes.

⁸³ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 212-213.

4. A EFETIVA INCORPORAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Alem das previsões contidas nos dispositivos legais acima destacados, é possível ainda afirmar que o princípio da primazia da realidade foi amplamente acolhido pela jurisprudência trabalhista, o que já se verifica pela existência de diversas súmulas relativas ao princípio em comento. Destacaremos, pois, aquelas que julgamos mais relevantes, em razão de sua ampla aplicação.

A primeira hipótese de incorporação do princípio em comento pela jurisprudência brasileira diz respeito à equiparação salarial, amparada pelo princípio da isonomia salarial, que, por seu turno, encontra-se insculpido nos incisos XXX, XXXI e XXXII do artigo 7º da Constituição Federal⁸⁴, bem como no artigo 5º da CLT⁸⁵, além de outras previsões no cenário internacional, e estabelece que a todo trabalho de igual valor deve corresponder idêntico salário, independentemente de qualquer critério discriminatório.

O artigo 461 da CLT, por seu turno, estabelece a igualdade salarial aos empregados que, exercendo a *mesma função*, realizem trabalho de igual valor, para o mesmo empregador e na mesma localidade. Nesse caso, a aplicação o princípio da primazia da realidade decorre de orientação da súmula nº 6 do TST, uma vez que, ainda que os trabalhadores em questão possuam anotadas, em suas carteiras profissionais, funções diversas, será avaliada unicamente a realidade das atividades por eles desempenhadas. Em outras palavras, havendo trabalho de igual valor – isto é, com igual produtividade e perfeição técnica –, é irrelevante a nomenclatura atribuída aos cargos⁸⁶.

Conforme referido acima, o entendimento de que é irrelevante a denominação conferida aos cargos ou funções encontra-se consubstanciado no item III da súmula nº 6 do Tribunal Superior do Trabalho, que incorporou a antiga Orientação Jurisprudencial nº 328 da SDI-1 do TST e que assim dispõe:

III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, **não importando se**

⁸⁴ XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

⁸⁵ Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

⁸⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 294.

os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (grifo nosso)

Ademais, como já referido no capítulo anterior, a súmula nº 12 do Tribunal Superior do Trabalho corrobora a ideia de que as anotações contidas na carteira profissional do empregado – nesse caso, a sua própria função – geram presunção apenas relativa de veracidade, podendo ser elididas por prova em contrário. Com efeito, assim aduz a referida súmula:

12 – CARTEIRA PROFISSIONAL – VALOR DAS ANOTAÇÕES.

As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*.

Outro exemplo de reflexos da incorporação do princípio da primazia da realidade pela jurisprudência vem demonstrado pelas súmulas nº 207 do Supremo Tribunal Federal e nº 152 do Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõem, respectivamente:

207 – GRATIFICAÇÃO HABITUAL.

As gratificações habituais, inclusive as de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário.

152 – GRATIFICAÇÃO – AJUSTE TÁCITO.

O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de ajuste tácito.

Justifica-se a edição das referidas súmulas porque o artigo 457 da CLT, em seu parágrafo 1º⁸⁷, determina que integram o salário, dentre outras parcelas, as *gratificações ajustadas*. Em outras palavras, portanto, estabelece que as gratificações concedidas ao empregado por mera liberalidade do empregador não possuem natureza de salário. Por outro lado, uma vez pagas com habitualidade, adquirem também caráter salarial⁸⁸.

Ocorre que, não raras vezes, o empregador, a fim de evitar a integração das gratificações ajustadas entre ele e o empregado ao salário deste último e, assim, os seus

⁸⁷ Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. § 1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, **gratificações ajustadas**, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

⁸⁸ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 357.

reflexos nas demais parcelas devidas, atribui-lhes denominação diversa ou faz constar dos respectivos recibos que derivam de ato de liberalidade. Nesse contexto, então, as súmulas transcritas acima rompem com a ideia de que as gratificações foram pagas de forma aleatória e esporádica para, reconhecendo a habitualidade no pagamento, declarar o seu caráter salarial, do que resultarão os correspondentes reflexos.

O derradeiro exemplo da incorporação do princípio da primazia da realidade pela jurisprudência que se pretende colocar é a questão dos registros de controle de horário que consignam horários uniformes ou “britânicos”, sem variações nas marcações de entrada e saída.

Conforme já se salientou nos capítulos anteriores, o empregador detém o chamado dever de documentação, isto é, possui a obrigação de armazenar todos os registros atinentes à relação de emprego, face à sua superioridade técnica e ao acesso que possui a tais documentos, que lhe permitem fazê-lo. Sendo assim, dentre outros documentos, deve o empregador manter, sempre que houver no estabelecimento mais de dez empregados, os registros dos controles de horário dos mesmos, por força do contido no artigo 74, § 2º, da CLT⁸⁹.

Inobstante, não raras vezes, os registros dos controles de horário são pré-assinalados com horários totalmente uniformes, ou seja, sem apresentar sequer variações mínimas nos horários de entrada e saída do empregado. Por óbvio, é impossível ao empregado, como a qualquer ser humano, entrar e sair do trabalho todos os dias precisamente no mesmo horário. Logo, visando a corrigir tais situações, a súmula nº 338 do Tribunal Superior do Trabalho, mormente em seu item III, determinou que tais registros de horário são inválidos como meio de prova, devendo ser considerada como verdadeira a jornada de trabalho alegada e provada pelo empregado.

Assim aduz a referida súmula:

Determinação Judicial - Registros de Horário - Ônus da Prova

(...)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a

⁸⁹ § 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)

Também nesse caso, pois, o princípio da primazia da realidade determina que sejam desconstituídos os registros documentais apresentados pelo empregador para reconhecer a realidade das condições da prestação de serviços, ou seja, a jornada de trabalho indicada pelo empregado.

Saliente-se, por fim, que não se pretendeu encerrar todos os casos de incorporação do princípio da primazia da realidade pela jurisprudência trabalhista, tendo sido feita, por outro lado, uma seleção das súmulas julgadas mais relevantes e de maior aplicação.

Assim, passa-se ao estudo específico do tema central desta pesquisa, qual seja, a aplicação do princípio da primazia da realidade como um instrumento de combate à pejotização.

PARTE III – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE COMBATE À FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO

1. AS DIVERSAS MODALIDADES DE FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO

É possível afirmar que o princípio da primazia da realidade tem importante aplicação no campo do combate à fraude à relação de emprego, que se apresenta no terreno do direito do trabalho de maneira crescente e sob as mais diversas formas. Analisemos, pois, as principais e mais discutidas atualmente.

Em primeiro lugar, emerge como modalidade de fraude à relação de emprego a terceirização irregular. Importante salientar que a terceirização de serviços ligados às atividades-meio da empresa tomadora não é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, entendendo-se, por outro lado, como irregular a terceirização daqueles serviços ligados à atividade-fim da empresa, bem como aquela em que há subordinação jurídica direta do trabalhador em relação ao tomador dos serviços. Dito de outra forma, é irregular a terceirização que não se subsume nas hipóteses descritas no item III da súmula nº 331 do TST, que assim dispõe:

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*. (destacamos)

Sendo assim, o contrato de trabalho é firmado entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, sua empregadora. Ocorre que, uma vez provada a terceirização de serviços essenciais aos fins da tomadora, pessoalidade no desempenho das atividades ou a subordinação jurídica do empregado em relação ao tomador, isto é, o exercício direto do poder diretivo, o contrato de trabalho original é declarado nulo de pleno direito, à luz do artigo 9º da CLT, já visto anteriormente, e o vínculo empregatício se forma diretamente entre a empresa tomadora e o trabalhador terceirizado. Com clareza, aduz Carmen Camino sobre o tema:

De outro lado, adotada a terceirização como forma de fraudar a incidência de normas tutelares, quando utilizado o terceiro contratado como mero “empregador de fachada”, sem delegação do poder de comando pelo contratante dos serviços, incide com toda a sua força o preceito do art. 9º da CLT⁹⁰.

Em apertada síntese, sempre que houver terceirização de serviços, mas o exame da realidade demonstrar que se encontram presentes as características da relação de emprego – trabalho pessoal, não eventual, oneroso e subordinado –, declara-se nulo o contrato firmado entre a empresa prestadora e o trabalhador para formar o vínculo empregatício direto entre este último e a empresa tomadora. Trata-se, portanto, de aplicação incontestada do princípio da primazia da realidade.

Ainda, é forçoso tecer um breve comentário acerca do crescente problema das cooperativas de trabalho fraudulentas. A cooperativa de trabalho, de acordo com a definição do artigo 4º da Lei nº 5.764/71, é uma sociedade de natureza civil que possui o objetivo de aproximar os sócios cooperativados dos tomadores de serviço. Ocorre que, não raras vezes, constata-se um desvirtuamento desse fim, isto é, verdadeiras empresas prestadoras de serviços constituídas sob a forma de cooperativas de trabalho, que, com isso, visam a encobrir a existência de relação de emprego e, assim, furtar-se ao cumprimento da legislação trabalhista⁹¹, tudo sob a égide do parágrafo único do artigo 442 da CLT, que estabelece que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Dessa forma, trata-se de mais um importantíssimo caso de aplicação do princípio da primazia da realidade, uma vez que a única forma de averiguar a regularidade ou não das atividades da cooperativa é através do exame daquilo que ocorre no mundo dos fatos. Assim, uma vez demonstrada a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, declara-se nula a condição de sócio cooperativado do trabalhador e se forma o vínculo empregatício entre este último e a cooperativa ou mesmo diretamente com a empresa tomadora dos serviços, no caso de terceirização irregular, visto acima.

Outra modalidade de fraude à relação de emprego é a contratação de trabalhadores sob a roupagem de contratos de estágio. O estágio é regulado pela recente Lei nº 11.788/2008 e deve servir de complementação do aprendizado do curso ao estudante regularmente

⁹⁰ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 240.

⁹¹ GOMES, Diogo de Oliveira. *Sociedades cooperativas, terceirização e caracterização do vínculo empregatício: problemática, proibições e possibilidades de admissão*. Disponível em <<http://www.jus.uol.com.br>>. Acessado em 10/10/2010.

matriculado em instituição de ensino superior, de ensino médio ou nos anos finais do ensino fundamental, de educação profissional ou especial⁹². Ocorre que, desvirtuados os fins do estágio ou não observados os requisitos trazidos pelo artigo 3º da Lei nº 11.788/2008 – matrícula e frequência do estagiário na instituição de ensino a que seja vinculado, celebração de termo de compromisso e compatibilidade entre as atividades desenvolvidas e aquelas previstas no termo –, afastam-se as disposições do termo de compromisso e se forma o vínculo empregatício, por determinação expressa do artigo 15 da citada Lei, que assim dispõe:

Art. 15. A manutenção de estagiários em desconformidade com esta lei caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

Assim, novamente, faz-se uso do princípio da primazia da realidade para, verificando a realidade fática do desempenho das atividades do estagiário, perquirir acerca da presença dos elementos da relação de emprego.

É imprescindível, ainda, referir a problemática dos casos em que o empregado recebe quotas da sociedade empregadora a fim de mascarar a relação de emprego. Muitas vezes, essa cessão de quotas se faz de forma gratuita e o empregado permanece como sócio minoritário, ou seja, sem poder de voto e sem os direitos trabalhistas aos quais faz jus.

Nesses casos, uma vez mais, tem aplicação o princípio da primazia da realidade, que permite reconhecer determinados elementos que descaracterizam a condição de sócio e denunciam a condição de empregado, como o desempenho de funções essenciais às finalidades da empresa, controle de horário e, principalmente, subordinação aos superiores hierárquicos. Nesse mesmo sentido, veja-se a fundamentação do acórdão proferido nos autos da reclamatória trabalhista nº 0077600-40.2008.5.04.0371 (RO), da 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, da lavra do Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda, publicado em 24.06.2010, que assim dispõe:

Ainda que no contrato social das fls. 75/80 o autor figure como sócio da reclamada LFP, tese também defendida pela reclamada Iaco para afastar o reconhecimento do vínculo nos termos de sua defesa (fls. 141/145), verifica-se que o autor detinha percentual mínimo de participação na sociedade. Trata-se de alteração do contrato social por meio da qual os sócios majoritários Paulo Ricardo dos

⁹² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 294.

Santos Tubino e Luiz Felipe Osório, até então detentores de 50% do capital social, cada um, transferiram aos quatro novos sócios um total de 6% do capital social, remanescendo cada um dos sócios majoritários com 47%, enquanto ao reclamante e a Celso Luiz Souza foram transferidos 2% do capital para cada um, e 1% para os sócios Waldemar Reis Ribeiro e Carlos Roberto Marques de Lima. A alteração contratual foi assinada em 22-02-2008, em Porto Alegre.

(...)

O que se conclui na situação ora examinada é que o autor foi contratado pela LFP para os serviços de pavimentação da obra em Campo Bom, a título de contrato de experiência, sendo formalmente admitido como sócio minoritário para assumir a supervisão dos trabalhos na obra contratada no Mato Grosso do Sul para a reclamada Iaco.

O objetivo social da LFP (cláusula segunda, fl. 21) é a fabricação e o comércio por atacado ou a varejo de artefatos de cimento e a prestação de serviços de colocação e manutenção de artefatos de cimento, assim como a compra, venda, incorporação e construção de imóveis e representação comercial.

Nos termos em que firmada a alteração do contrato social da LFP, seguindo-se a transferência do autor para o Mato Grosso do Sul com o encargo de supervisionar a obra contratada entre as reclamadas, entende-se evidenciada a tentativa de burlar a legislação trabalhista, sonhando os direitos do reclamante.

(TRT da 4ª Região – 9ª Turma. Processo nº 0077600-40.2008.5.04.0371 RO, Relator Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda, publicado em 24.06.2010, *in* <http://www.trt4.jus.br>)

Finalmente, a última modalidade de fraude à relação de emprego a ser destacada é a chamada “pejotização”, que constitui o tema central de toda esta pesquisa. Será, pois, tratada separadamente e de maneira mais aprofundada a seguir.

2. A PEJOTIZAÇÃO COMO MODALIDADE DE FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO

A chamada pejotização se apresenta como uma modalidade de fraude à relação de emprego que, infelizmente, vem sendo frequentemente constatada na Justiça do Trabalho. Consiste, de maneira sucinta, na determinação, por parte do empregador, para que o empregado constitua uma pessoa jurídica – daí advém o termo, que guarda relação com a conhecida abreviação “PJ” – como requisito à prestação dos serviços, com o objetivo de se furtrar ao correto pagamento das verbas a que faz jus o empregado e, com isso, reduzir os custos da mão-de-obra, burlando assim a legislação trabalhista.

A contratação simulada de pessoas físicas, verdadeiramente empregados, através da constituição de pessoas jurídicas já vinha sendo observada no cenário brasileiro desde meados da década de 1980 e, logo, foi se estendendo para diversas modalidades de prestação de serviços, com o objetivo de burlar o disposto nos artigos 2º e 3º da CLT, que estabelecem, como requisitos para o reconhecimento da relação de emprego, a prestação de serviços ao empregador por *pessoa física*, de maneira pessoal, não eventual, onerosa e subordinada, *in verbis*:

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

§ 1º - (...).

§ 2º - (...).

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

Parágrafo único - (...).

Contudo, com o advento da Lei nº 11.196/2005, passou-se a perceber a ocorrência da referida fraude sob o falso abrigo da legalidade, subvertendo-se completamente a finalidade do artigo 129 da citada Lei, que assim aduz:

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

50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil⁹³.

Os trabalhadores submetidos a tais condições ilegais de trabalho vêem-se obrigados a aceitá-las, em razão da necessidade do emprego para sua subsistência. Reportamo-nos, pois, à ideia lançada no item 1.2 da Parte I da presente pesquisa, no sentido de que o contrato de trabalho, hoje, apresenta-se como um verdadeiro contrato de adesão, restando ao trabalhador apenas aceitar as condições a ele impostas, sem a possibilidade de discutir o seu conteúdo⁹⁴.

Uma primeira corrente doutrinária afirma que a constituição de pessoa jurídica e, em consequência, a adoção de um contrato de prestação de serviços em vez de um contrato de trabalho estariam no âmbito de disposição do trabalhador, uma vez que tal procedimento implica, de maneira indireta, um benefício de ordem fiscal ao obreiro. Assim, a redução das deduções fiscais e previdenciárias compensaria os haveres trabalhistas renunciados⁹⁵, sendo, portanto, condição mais vantajosa ao empregado.

Por outro lado, um segundo entendimento, ao qual nos filiamos e temos nos referido no decorrer deste estudo, propõe que as normas de direito do trabalho são aplicáveis independentemente da vontade das partes e da aparência que as mesmas quiseram dar à relação jurídica travada. Assim, ainda que não se constate a simples anuência do trabalhador com a adoção do contrato civil de prestação de serviços, isto é, mesmo que haja uma real negociação entre as partes, não é dado às mesmas fugir à aplicação dos preceitos trabalhistas, mesmo porque, como já tratado à exaustão, o empregado jamais estará em uma situação de igualdade tal em relação ao seu empregador que lhe permita discutir os termos do contrato sem abrir mão de determinados direitos, o que, por si só, já reclama a proteção do direito do trabalho.

De outra parte, a constituição de uma pessoa jurídica pelo empregado e a adoção de um contrato de prestação de serviços encontram um obstáculo, por assim dizer, intransponível, a saber, a irrenunciabilidade de direitos. Diz-se isso porque o conjunto das normas trabalhistas vigentes no Brasil confere ao trabalhador uma série de direitos mínimos,

⁹³ O artigo 50 do Código Civil, por seu turno, dispõe acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, *in verbis*: Art. 50. *Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*

⁹⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 22-24.

⁹⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. *Pejotização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões*. In Suplemento Trabalhista nº 066/07. São Paulo: LTr, 2007.

que podem sempre ser ampliados pelas partes, mas jamais reduzidos ou suprimidos. Sendo assim, não se permite que o empregado renuncie aos direitos que lhe foram concedidos, seja legal ou contratualmente – ou, no caso em questão, à sua própria condição de empregado –, mesmo porque existe uma presunção de que, se assim o fez, foi em decorrência da coação exercida pelo empregador, o que já invalida a sua manifestação de vontade, a teor do contido no artigo 171, inciso II do Código Civil⁹⁶.

De outra parte, não se pode deixar de mencionar que a pejetização acarreta prejuízos não somente ao trabalhador, mas também ao erário, uma vez que representa, ainda, a sonegação de diversas parcelas que devem ser aplicadas no financiamento de políticas públicas. À guisa de exemplo, cite-se o caso do FGTS, cujos recursos, além de representarem uma garantia aos empregados, devem ser aplicados no financiamento de programas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana, a teor do disposto no parágrafo segundo do artigo 9º da Lei nº 8.036/90⁹⁷. Como na ocorrência de pejetização o empregador não efetuará o recolhimento dos depósitos do FGTS do trabalhador – pois é um direito próprio dos empregados –, estarão as partes causando prejuízos também ao erário.

Em suma, resta clara a ilegalidade da pejetização, que nada mais é que uma tentativa de encobrir a relação de emprego – que, nesses casos, apresenta todos os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, exceto a prestação por pessoa física – e, assim, burlar a aplicação das normas trabalhistas, com o fim de tolher do trabalhador os direitos que lhe foram legalmente conferidos, não havendo que se falar em consentimento deste último na realização da fraude.

⁹⁶ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

⁹⁷ § 2º Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana. As disponibilidades financeiras devem ser mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda.

3. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE COMBATE À PEJOTIZAÇÃO

3.1 Funções dos princípios de direito do trabalho

Primeiramente, a título de esclarecimento, é imprescindível uma breve distinção entre os conceitos de princípios e regras, não raramente confundidos. Os princípios podem ser definidos como normas de natureza prospectiva e finalística, na medida em que determinam não uma ação imediata e específica, mas a busca por um estado ideal de coisas, uma finalidade a ser atingida através da adoção de determinado comportamento. As regras, por seu turno, são conceituadas como normas de natureza essencialmente retrospectiva e dotadas de imediatidade, uma vez que determinam a adoção de condutas determinadas com base na técnica da subsunção, isto é, a adequação dos fatos à descrição da norma⁹⁸; em outros termos, as regras são proposições de dever-ser hipotéticas, condicionadas à subsunção do fato em concreto à hipótese legal da norma, para tornar aplicável a consequência jurídica⁹⁹. Lançados os conceitos acima, pois, pode-se concluir que os princípios dizem respeito aos fins almejados e as regras, aos meios necessários para atingi-los.

Na concepção clássica de Américo Plá Rodriguez, que utiliza em sua obra a classificação de Federico de Castro, os princípios de direito do trabalho possuem tríplice função. Primeiramente, possuem função informadora, haja vista que servem de fundamento ao legislador em sua atividade criadora, colaborando, assim, para a manutenção da coerência no ordenamento jurídico e evitando contradições. Ainda, apresentam função normativa, pois atuam supletivamente em caso de lacuna na lei. Por fim, possuem ainda a função interpretativa, uma vez que fornecem critérios de orientação ao magistrado e intérprete, propondo soluções para os conflitos de normas¹⁰⁰.

Interessam-nos, para os fins do presente trabalho, isto é, para o estudo da aplicação do princípio da primazia da realidade à luz do caso concreto da pejotização, as funções destinadas ao intérprete, ou seja, as funções normativa e interpretativa dos princípios.

Humberto Ávila, por seu turno, em sua obra, propõe um aprofundado estudo dos princípios, suas funções e dos planos de eficácia nos quais estas últimas se situam. O autor

⁹⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 78.

⁹⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 36.

¹⁰⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 43-44.

denomina a função de supressão de lacunas – função normativa, na acepção de Américo Plá Rodriguez – de função integrativa, uma vez que, na sua visão, os princípios agregam elementos não previstos nos subprincípios ou regras. Ainda, para o autor, tal função se situa no plano da eficácia interna direta dos princípios; interna, porque os princípios desempenham um importante papel na compreensão de outras normas pertencentes ao mesmo sistema, notadamente as regras, e direta, porque, nesse caso, não há qualquer intermediação de outro princípio axiologicamente inferior ou regra¹⁰¹.

Já a função interpretativa, na visão do citado autor, consiste em servir o princípio de base para a ampliação ou restrição do sentido de uma norma construída a partir de um texto normativo¹⁰². Tal função, pois, estaria situada ainda no plano da eficácia interna dos princípios, haja vista que referente à interpretação de outras normas inseridas no mesmo sistema, porém no plano da eficácia interna indireta, exatamente porque decorre da aplicação do princípio mediante a interposição de outra norma axiologicamente inferior, a saber, um subprincípio ou regra¹⁰³.

Por fim, interessa-nos ainda outra noção trazida por Humberto Ávila, no sentido de que, além da eficácia interna, os princípios apresentam também eficácia externa e, dentro desta última, possuem uma eficácia seletiva. Justifica-se tal afirmação na medida em que os princípios não apenas se prestam à interpretação das demais normas, mas também fornecem um parâmetro para a apreciação da pertinência e da valoração dos fatos e provas do caso concreto. Nas palavras do mestre:

Não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente¹⁰⁴.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 97.

¹⁰² Para a boa compreensão da ideia citada, é relevante ressaltar a diferença entre norma e texto normativo. Segundo Humberto Ávila, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (obra citada, p. 30). Assim, não existe uma necessária correspondência entre o texto e a norma, uma vez que pode haver textos normativos dos quais não se extrai norma alguma – como, por exemplo, o enunciado contido no preâmbulo da Constituição Federal que prevê a proteção de Deus – e, da mesma forma, normas para as quais não há um texto expresso específico, como é o caso do princípio da segurança jurídica. Tal noção vem ainda descrita no voto do Ministro do STF Eros Grau, proferido no Mandado de Injunção 712, no qual assim consta: “apenas para explicitar, lembro que texto e norma não se identificam. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas”.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 98.

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 99.

Sendo assim, trazendo tais ideias para o estudo específico do princípio da primazia da realidade, pode-se afirmar que o mesmo, enquanto norma finalística – na medida em que estabelece um ideal a ser buscado sem, no entanto, definir os meios necessários para atingi-lo –, estabelece como finalidade maior a busca pela verdade dos fatos e, em última análise, o bem jurídico por ele tutelado é a dignidade da pessoa humana, promovida através da valorização do trabalho.

É pacífico o entendimento de que tal princípio desempenha integralmente uma função interpretativa, sendo auxiliar na solução de conflitos de normas no caso concreto. Já quanto a se de fato exerce função normativa ou integrativa, contudo, como bem assinala Américo Plá Rodriguez,

A resposta depende naturalmente do direito positivo de cada país, conforme a enumeração que contenha das fontes supletivas¹⁰⁵.

Analisando, portanto, o artigo 8º da CLT, conclui-se que, em caso de lacuna, são fontes supletivas não apenas os princípios gerais de direito, como já previsto pela Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º¹⁰⁶, mas também aqueles específicos do direito do trabalho. Com efeito, assim aduz o citado dispositivo:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e *outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho*, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Sendo assim, pode-se concluir, sem maiores divergências, que o princípio da primazia da realidade possui, além da função interpretativa, também função normativa ou integrativa no direito brasileiro. Finalmente, pode-se ainda afirmar que, na busca pela realidade fática da

¹⁰⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 45-46.

¹⁰⁶ Art. 4º. *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

relação de emprego, os fatos e provas serão apreciados e valorados pelo magistrado à luz do citado princípio, por força da eficácia seletiva que o mesmo apresenta.

3.2 O reconhecimento da ocorrência de pejetização à luz do princípio da primazia da realidade e as suas consequências

Congregando todos os conceitos, ideias e teorias lançados ao longo do presente trabalho, é possível, finalmente, afirmar que o princípio da primazia da realidade serve de poderoso instrumento ao intérprete do direito do trabalho no campo do combate às tentativas de fraude à relação de emprego e, em especial, à pejetização, objeto deste breve estudo. Com efeito, se é certo que não existe no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro um dispositivo legal específico a respeito da matéria, por outro lado, não é menos certo que, à luz do citado princípio, é possível ao intérprete reconhecer, na análise do caso concreto, os elementos que lhe permitem identificar a existência da relação de emprego oculta na relação de trabalho apresentada pelas partes e, assim, determinar as consequências que a ilicitude de tal conduta acarreta.

O magistrado, tendo em mente o princípio da primazia da realidade e, portanto, partindo da premissa de que se deve privilegiar aquilo que ocorre no plano fático da relação, possui assim os critérios necessários para selecionar, dentre os fatos que se apresentam no caso concreto, aqueles que se mostram relevantes à solução da controvérsia e que lhe permitem contrastar a realidade fática com os registros documentais, uma vez que o bem jurídico tutelado é a verdade real. Trata-se, pois, da expressão da eficácia seletiva do princípio em comento, na visão de Humberto Ávila, que assim dispõe:

Os fatos são construídos pela mediação do discurso do intérprete. (...) Vale dizer: é o próprio intérprete que, em larga medida, decide qual fato é pertinente à solução de uma controvérsia *no curso de sua própria cognição*. Para decidir qual evento é pertinente, o intérprete deverá utilizar os parâmetros axiológicos oferecidos pelos princípios constitucionais, de modo a selecionar todos os eventos que se situarem no centro dos interesses protegidos pelas normas jurídicas¹⁰⁷.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 100.

De outra parte, é mister analisar o artigo 3º da CLT à luz do princípio da primazia da realidade. Dispõe o aludido dispositivo legal que se considera empregado “*toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*”. Dessa forma, de uma maneira mais ampla e empregando um raciocínio lógico, pode-se dizer que se é certo que todo trabalhador que presta seus serviços nos moldes do artigo 3º da CLT é considerado empregado, então, toda relação jurídica na qual se constatar a ocorrência de trabalho em tais condições deve ser reconhecida como relação de emprego.

Ainda, é imprescindível a análise do citado dispositivo em conjunto com os artigos 9º e 442, também da CLT. O primeiro aduz que “*serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação (CLT)*” e o segundo, que “*contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego*”.

É necessária tal análise porque estes dispositivos complementam a noção trazida por aquele referido anteriormente. Primeiramente, porque sendo nulos os atos praticados visando a fraudar a aplicação das normas trabalhistas, então, é nula qualquer tentativa de encobrir a existência de relação de emprego quando estiverem presentes os elementos descritos no artigo 3º da CLT. Além disso, porque se o contrato de trabalho pode se perfectibilizar de maneira tácita, então, não representa nenhum óbice ao reconhecimento da relação de emprego o fato de as partes terem pactuado uma denominação diversa.

Tendo em mente o princípio da primazia da realidade, pois, pode-se analisar os três dispositivos legais citados de maneira conjunta e visando a manter a coerência do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, uma vez que a aplicação de qualquer deles conduz às mesmas consequências. Dito de outra forma, muito embora não haja nenhuma regra específica a respeito da pejotização e seus efeitos, o princípio em questão permite estabelecer uma relação entre as regras existentes, de tal forma que, por meio da aplicação conjunta das mesmas, é possível atingir a solução da controvérsia. Trata-se, pois, da função interpretativa do aludido princípio¹⁰⁸.

Em suma, se é certo que toda relação na qual se constate a ocorrência de trabalho nos moldes do artigo 3º da CLT deve ser reconhecida como relação de emprego, logo, uma vez verificada a ocorrência de pejotização, é irrelevante a denominação que as partes tenham dado ao contrato correspondente, devendo-se aplicar a legislação trabalhista independentemente da

¹⁰⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 43-44.

sua vontade. Ainda, se são nulos os atos praticados com o fim de burlar a aplicação da legislação trabalhista, então, ante a ocorrência de fraude, deve ser considerado nulo o rótulo atribuído à relação, para reconhecer o vínculo empregatício entre as partes. Por fim, se existe a figura do contrato de trabalho tácito, então, ainda que com uma nomenclatura ou forma diversa, deve ser reconhecida a relação de emprego sempre que presentes os requisitos legais.

Finalmente, é mister ressaltar ainda o alcance da função normativa ou integrativa do princípio da primazia da realidade, uma vez que, na ausência de regra específica a regular o tema da pejetização e seus efeitos, como já referido, é possível suprir tal lacuna mediante a aplicação direta do princípio em comento, por expressa disposição do artigo 8º da CLT, transcrito supra.

Na visão de Humberto Ávila, os princípios podem agregar elementos não previstos pelos subprincípios ou regras, a fim de garantir, mesmo em caso de lacunas no ordenamento jurídico, a promoção do fim maior a que se propõem e, em consequência, resguardar o bem jurídico tutelado¹⁰⁹. Com efeito, apenas exemplificativamente, o artigo 3º da CLT prevê o reconhecimento da condição de empregado ao trabalhador que prestar seus serviços de maneira pessoal, não eventual, onerosa e subordinada. Com base no princípio da primazia da realidade, portanto, poder-se-ia concluir que será reconhecida a existência de relação de emprego sempre que se constatar a ocorrência de prestação de serviços de maneira pessoal, não eventual, onerosa e subordinada, *independentemente da denominação ou da forma que lhe tiverem atribuído as partes*. Assim, em caso de pejetização, uma vez presentes os requisitos legais, seria possível o reconhecimento do vínculo empregatício pela simples aplicação direta do princípio da primazia da realidade. Daí, pois, tratar-se da eficácia interna *direta* do referido princípio.

Em resumo, como visto acima, seja por meio das funções seletiva, interpretativa ou normativa, é possível o reconhecimento, no caso concreto, da ocorrência de pejetização e, ainda, a determinação de suas consequências através da aplicação do princípio da primazia da realidade.

Com base em qualquer dos aspectos suscitados, portanto, pode-se concluir que se trata a pejetização de manobra realizada pelo empregador na tentativa de se furtar ao cumprimento da legislação trabalhista. Nessa esteira, o princípio da primazia da realidade se apresenta como um importante instrumento no combate a essa espécie de fraude, que, infelizmente, vem

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 97.

sendo constatada com uma frequência crescente no âmbito da Justiça do Trabalho, constituindo-se em apenas mais uma modalidade de precarização das relações de trabalho.

A primeira consequência que deve ser imposta pelo magistrado quando da constatação da ocorrência de pejotização, pois, é a declaração da nulidade da conduta fraudulenta das partes e, em decorrência, da nulidade também do contrato de prestação de serviços firmado e da própria condição de pessoa jurídica daquele que é, em verdade, empregado. Em um segundo momento, então, tem lugar o efeito principal da constatação da fraude, que será o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes, a respectiva averbação do contrato de trabalho na carteira profissional do empregado e a consequente condenação do empregador ao pagamento de todas as verbas trabalhistas daí advindas.

Ressalte-se apenas, quanto a este último aspecto, que o empregador, no momento da condenação, já estará em mora para com o empregado, uma vez que, conforme a teoria defendida no decorrer do presente trabalho, não se trata de decisão de eficácia constitutiva, mas sim meramente declaratória. Diz-se isso porque a relação de emprego não passa a existir somente no momento da condenação; pelo contrário, sempre esteve presente – uma vez que existe não no aspecto físico do contrato de trabalho, mas na realidade da prestação de serviços – e, em consequência, terá o magistrado a função de tão-somente declarar o conjunto de direitos ao qual já fazia jus o trabalhador.

Passa-se, assim, ao capítulo final do presente trabalho, que consiste em uma análise da mais atual jurisprudência trabalhista brasileira, a fim de verificar se (e de que forma) o princípio da primazia da realidade vem sendo aplicado no combate ao crescente fenômeno da pejotização.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Primeiramente, proceda-se à análise do seguinte trecho do acórdão proferido pela 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região nos autos do processo nº 01391.2007.006.17.00.0, da lavra do Desembargador Claudio Armando Couce de Menezes, publicado no DEJT em 23.04.2009, ora transcrito:

Infelizmente, o Direito do Trabalho é alvo de constantes subterfúgios para mascarar a relação de emprego sob o rótulo de figuras civilistas, como prestações de serviços autônomos, por exemplo. Atualmente, o fenômeno supra citado tem recebido alcunha pitoresca e se espraia como incêndio em mato seco: **a pejetização**.

A pejetização consiste em transformar pessoas físicas em pessoas jurídicas e ao invés de serem trabalhadores de uma empresa, passariam a ser uma empresa prestando serviços para outra empresa, em palavras não tão belas, trabalhadores que passam a usar esta roupagem contratual para não perder o posto de trabalho, mascarando o suposto vínculo de empregatício. Trata-se da busca pelo fim da relação entre capital e trabalho, objetivando a relação, apenas, entre empresas. É reluzente no caso em questão que a intenção do réu era criar uma situação que afastasse a possibilidade de percepção dos requisitos que favorecessem o reconhecimento do vínculo de emprego.

Ademais, vale lembrar que o contrato de trabalho é um contrato-realidade e se configura independentemente da vontade das partes. Por força do princípio da primazia da realidade, a idéia que as partes fazem das circunstâncias e até a intenção que as animou não se revestem de força vinculativa para a determinação da natureza jurídica da relação estabelecida. Ainda que recusem as posições de empregado e empregador, estarão ligadas por contrato de trabalho, uma vez verificados os requisitos de sua conceituação legal. A lição de Américo Plá Rodriguez, ao apontar como princípio fundamental do ordenamento jurídico do trabalho o da primazia da realidade, que, no caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge dos documentos e acordos, se deve dar referência ao que ocorre no mundo dos fatos. É o primado da realidade sobre a forma, determinando o reconhecimento do vínculo empregatício, uma vez configurados todos os seus elementos, constantes do art. 3º da CLT.

(TRT da 17ª Região – 2ª Turma. Processo nº 01391.2007.006.17.00.0, Relator Desembargador Claudio Armando Couce de Menezes, publicado no DEJT em 23.04.2009, *in* <http://www.trt17.jus.br>)

Na passagem transcrita acima, resta clara a valoração da realidade fática apresentada como forma de afastar a validade do contrato civil de prestação de serviços firmado no intuito de mascarar a relação de emprego e, com isso, reduzir custos de mão-de-obra. Ainda, o excerto invoca a teoria de Mario de la Cueva ao destacar que o contrato de trabalho é um contrato realidade e, partindo dessa premissa, reconhecer o vínculo empregatício em razão de estarem presentes os elementos descritos no artigo 3º da CLT, independentemente da nomenclatura atribuída pelas partes ao contrato.

De outra parte, analise-se o seguinte excerto, extraído da sentença prolatada nos autos da reclamatória trabalhista nº 00618-2004-005-04-00-1, oriunda da 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, publicada em 22.02.2006, da lavra do Juiz do Trabalho Dr. André Reverbel Fernandes:

É irrelevante para o deslinde da controvérsia o *nomen juris* dado pelos contratantes ao ajuste. O relevante, nestes casos, é o que ocorre no mundo dos fatos, em conformidade com o princípio tutelar da primazia da realidade, formador do Direito do Trabalho. Não apresenta maior significado, para o Direito Obreiro, o rótulo estabelecido pelas partes ao contrato.

No presente caso, não importa que, no período de 19.09.98 a 01.09.00, o reclamante tenha trabalhado formalmente para a reclamada por intermédio de empresa própria, uma vez que a realidade fática demonstra que as condições de trabalho do autor não sofreram alteração, tendo continuado a exercer as mesmas atividades que desempenhava quando mantinha vínculo de emprego com a reclamada, no mesmo local de trabalho e estando subordinado a mesma pessoa. É nula é a rescisão ocorrida em 18.09.98, já que na prática não houve solução de continuidade dos serviços prestados pelo autor à reclamada, permanecendo trabalhando para esta com subordinação após 18.09.98. Na realidade, a constituição de empresa própria por parte do autor foi obrigatória, sob pena deste perder o emprego, como esclarece a testemunha ouvida nos autos à fl. 460. Conclui-se que o autor laborou para a reclamada como empregado durante todo o período mencionado na petição inicial, ou seja, de 02.05.95 a 06.11.02.

(5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Processo nº 00618-2004-005-04-00-1, Juiz André Reverbel Fernandes, publicada em 22.02.2006, in <http://www.trt4.jus.br>)

Também nesse trecho resta clara a aplicação do princípio da primazia da realidade, uma vez que a análise do conjunto dos fatos permitiu ao magistrado declarar a nulidade do contrato civil mantido pelo trabalhador, através de uma empresa de representação comercial,

com o empregador para reconhecer o vínculo empregatício entre os mesmos durante todo o período da prestação de serviços. O principal elemento destacado pelo magistrado – novamente, mostra-se presente a eficácia seletiva do princípio em apreço – foi o fato de que o trabalhador, mesmo durante o período em que prestou seus serviços através da pessoa jurídica constituída – diga-se, neste caso também por imposição do empregador –, o fez com subordinação jurídica, elemento que, dentro do conjunto fático da relação, permitiria caracterizá-lo como empregado.

Ainda, no trecho transcrito, o princípio da primazia da realidade não foi aplicado de maneira isolada, mas em conjunto com o da continuidade, também visto em capítulos anteriores. Este último princípio estabelece que a continuidade da relação de emprego é sempre presumida (a favor do empregado), cabendo ao empregador a prova da ruptura e, no caso em estudo, aliado àquele primeiro princípio, representou um elemento determinante ao deslinde da controvérsia, na medida em que não apenas a realidade foi priorizada em detrimento dos registros documentais – nesse caso, um contrato civil –, mas permitiu ao magistrado constatar que, em verdade, não houve qualquer alteração entre a prestação de serviços pelo trabalhador como empregado e, posteriormente, como pessoa jurídica, mantendo-se presentes todos os elementos e, em especial, a subordinação jurídica ao empregador.

Inclusive, os princípios da continuidade da relação de emprego e da primazia da realidade são verdadeiros aliados, uma vez que ambos se prestam a um exame da realidade do mundo dos fatos. Por outro lado, não é rara a ocorrência de situações como a descrita no trecho do acórdão citado, em que o empregado é coagido por seu empregador a constituir uma pessoa jurídica para reduzir custos de mão-de-obra; o trabalhador, então, abandona – formalmente – a condição de empregado e passa a desempenhar suas atividades por meio da empresa criada. O princípio da continuidade, então, determina que, demonstrando os fatos que todos os elementos caracterizadores da relação de emprego continuam presentes, mister se faz reconhecer a continuidade da relação e, portanto, o vínculo empregatício, com todas as suas consequências legais.

A ocorrência da mesma espécie de fraude encontra-se retratada também na seguinte passagem do acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, proferido nos autos da reclamatória trabalhista nº 00492-2004-021-05-00-9, da lavra da Desembargadora Maria Adna Aguiar, publicado em 27.10.2009, que ora se transcreve:

Verifica-se, pois, que ao contrário do quanto afirmado pelo Recorrente, o Recorrido trabalhou efetivamente como advogado da empresa de dez/83 a dez/86, ocasião em que foi despedido para ser, automaticamente recontratado, prestando os mesmos serviços. A diferença básica entre os dois contratos reside no fato de que antes prestava os serviços como empregado, após a despedida, como autônomo.

O fenômeno ocorrido nos presentes autos, embora incipiente em 1986, ganhou depois grande notoriedade o mundo das relações de trabalho e é hoje denominado de "PEJOTIZAÇÃO". A pejetização é uma forma de terceirização mediante a qual a mesma pessoa, antes empregada, continua a realizar os mesmos serviços com a diferença de que a forma do contrato de trabalho transmuda-se geralmente sob a denominação jurídica de profissional liberal, micro-empresa ou cooperativa.

Ora, são princípios basilares do contrato de trabalho o da primazia da realidade e da continuidade da relação de emprego. Este último decorre da presunção de que ao empregado não é vantajoso o término do vínculo empregatício, uma vez que o contrato de trabalho é regido por legislação específica que assegura ao obreiro vantagens que dificilmente encontrará noutras relações de trabalho. Quanto ao princípio da primazia da realidade, é relevante no caso dos autos uma vez que retira o valor probatório do contrato escrito se a relação material com aquele não se coaduna.

(TRT da 5ª Região – 5ª Turma. Processo nº 00492-2004-021-05-00-9, Relatora Desembargadora Maria Adna Aguiar, publicado em 27.10.2009, *in* <http://www.trt5.jus.br>)

Como é possível inferir da leitura do trecho acima, também nesse caso o magistrado se utilizou dos princípios da continuidade da relação de emprego e da primazia da realidade. O primeiro, através da presunção de que, se houve continuidade na prestação de serviços, a mesma se deu mediante relação de emprego e o segundo, como já estudado à exaustão, através do confronto entre os registros documentais e a realidade dos fatos, priorizando-se esta última. Com efeito, a partir da conjugação desses dois princípios, decidiu-se no sentido de reconhecer e declarar a nulidade do contrato civil firmado com o trabalhador que, em verdade, jamais deixou de ser empregado.

Analise-se, ainda, o seguinte trecho do acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, proferido nos autos do processo nº 01019-2008-015-10-00-3 RO, da lavra do Des. Braz Henrique de Oliveira, publicado no DEJT em 05.06.2009:

A natureza da prestação de serviços independe da vontade das partes (...) Vigora no Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade em que a relação de emprego não se firma apenas pelo ato formal que lhe deu origem, mas principalmente pela natureza das circunstâncias que orientaram o modo de execução da prestação de serviços. Nesse cenário, o simples fato de o trabalhador ter assinado a proposta de adesão, ter eventualmente participado de reuniões ou ter "consentido" com qualquer outro documento formal que buscasse mascarar a verdadeira relação empregatícia mantida entre as partes, não torna válida a relação cooperativada, pois o aspecto formal da contratação não transformará do dia para a noite a forma não-eventual, subordinada e pessoal em que serviços eram prestados. Do mesmo modo, a simples constituição de pessoa jurídica para prestar serviços pessoais, não-eventuais, subordinados e mediante retribuição pecuniária, não torna, em um "passe de mágica" (concebido pela simples vontade do tomador de serviços), válida relação intermediada por falsa pessoa jurídica. (...) Finalmente, o artigo 9º da CLT expressamente determina que "*serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT*", pelo que se impõe negar eficácia jurídica à dissimulação da formalização de uma relação de trabalho autônomo, quando, o conjunto fático-probatório, evidencia a subordinação do trabalhador ao poder diretivo do empregador.

(TRT da 10ª Região – 3ª Turma. Processo nº 01019-2008-015-10-00-3 RO, Relator Desembargador Braz Henrique de Oliveira, publicado no DEJT em 05.06.2009, in <http://www.trt10.jus.br>)

No excerto transcrito supra, é possível perceber a presença de outro elemento bastante discutido no presente trabalho, qual seja, que a natureza da relação de trabalho é definida não pela vontade das partes, mas pela realidade da prestação de serviços, de modo que a incidência das normas de direito do trabalho independe da vontade do empregador ou do empregado, aplicando-se as mesmas sempre que estiverem presentes os requisitos legais à caracterização da relação de emprego, sendo absolutamente irrelevante a forma externa ou a denominação que quiseram lhe atribuir as partes. Dessa forma, o princípio da primazia da realidade apresenta-se como instrumento para reconhecer os casos em que se faz necessária a aplicação do próprio direito do trabalho.

Por derradeiro, analise-se a fundamentação do acórdão proferido nos autos do AIRR nº 1313/2001-051-01-0, proveniente da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, publicado no DEJT em 31.10.2008, da lavra do Ministro Relator Horácio Senna Pires, do qual

ora se transcreve diversos trechos selecionados, nos quais resta evidenciada a aplicação do princípio da primazia da realidade para reconhecer os elementos que possibilitaram ao Tribunal concluir pela existência de fraude à relação de emprego.

Trata-se de caso em que a trabalhadora foi coagida a constituir uma pessoa jurídica e firmar com sua empregadora sucessivos contratos de locação de serviços de telejornalismo, serviços estes prestados por 12 anos consecutivos, sempre na pessoa da sócia majoritária da empresa constituída, o que evidencia a pessoalidade inerente à relação de emprego.

A autora informou ainda que a reclamada disse à depoente que deveria constituir uma empresa jurídica para ser contratada; que a celebração do contrato se deu com a pessoa jurídica; que a depoente queria ser funcionária da reclamada, entretanto a única possibilidade que lhe foi colocada era de ter que possuir uma empresa para ser contratada; que de início a depoente disse a reclamada que tinha carteira de trabalho e todos os documentos necessários para ser admitida como empregada; que a empresa foi constituída na forma de sociedade em que a depoente era sócia majoritária e uma parte mínima era de seu pai, o 2º sócio; (...) que por contrato a depoente era proibida de fazer qualquer outro trabalho paralelo ao que prestava para a reclamada (...).

A passagem transcrita acima evidencia o que se sustentou em outros capítulos deste estudo, ou seja, que o empregado acaba por se submeter às condições ilegais e fraudulentas impostas pelo empregador em nome da necessidade de se manter no emprego, por razões de subsistência. Tal fato denuncia ainda um segundo elemento sempre presente na realidade da relação de emprego, qual seja, a dependência econômica da trabalhadora em relação à sua empregadora.

Apesar de nos contratos de prestação de serviços haver a previsão de inexistência de vínculo de emprego, algumas parcelas tipicamente trabalhistas foram pactuadas nesses contratos, como o pagamento pela TV Globo de uma quantia adicional correspondente à remuneração que estivesse percebendo no final dos meses de dezembro dos anos em que a autora prestou serviços (cláusula 6ª - fl. 915), ou seja, uma verdadeira gratificação de natal era paga no final do ano.

Já no trecho destacado acima, pode-se perceber claramente a expressão da eficácia externa (seletiva) do princípio da primazia da realidade, uma vez que, dentro do conjunto dos

fatos, o intérprete selecionou aqueles que lhe permitiriam contrastar a realidade fática com os registros documentais, a fim de atingir a busca pela verdade real dos fatos, bem jurídico tutelado. Exemplificativamente, chamou-se a atenção para o fato de que era paga à trabalhadora, no mês de dezembro de cada ano, uma gratificação no valor correspondente à sua remuneração naquele mês. À luz do princípio da primazia da realidade, pois, é possível notar que tal gratificação não é senão uma gratificação natalina – ou 13º salário –, instituída com denominação diversa com o fim de encobrir sua verdadeira natureza.

Diante dessas informações, verifica-se a presença de todos os elementos caracterizadores do vínculo de emprego: a **personalidade** e o caráter *intuitu personae*, restaram demonstrados pelo próprio objeto do contrato de locação de serviços firmado entre a TV Globo e a C 3 Produções Artísticas e Jornalísticas Ltda. - a pessoa da reclamante, Claudia Cordeiro Cruz. Em resposta ao quesito nº 07, a perícia apontou, ainda, pela negativa, quanto a possibilidade de a reclamante fazer-se substituir por outra pessoa ou mesmo por seu sócio na empresa, para a execução dos serviços para os quais fora contratada pela TV Globo (fl. 986), o que reforça o caráter *intuitu personae*; a **onerosidade** também se fez presente, como se verifica dos inúmeros recibos acostados aos autos (160/256); a **habitualidade** na prestação dos serviços restou demonstrada tanto pelos sucessivos contratos de locação de serviços firmados entre as partes ao longo de 12 anos (perícia - fl. 986), como pelos depoimentos das testemunhas que informaram que a autora realizava a apresentação de diversos telejornais diários da programação da TV Globo. Por fim, a **subordinação jurídica** também mostrou-se presente pelas informações colhidas dos depoimentos das duas testemunhas ouvidas. Essas testemunhas, que em momentos distintos da relação havida entre reclamante e reclamada, foram os superiores da reclamante e, como visto acima, informaram que a reclamante estava subordinada a eles, devendo obedecer as determinações da empresa, seguir as orientações por eles determinadas, ainda que com o objetivo de manter e preservar a qualidade e unidade do jornalismo na reclamada. (TST – 6ª Turma. Processo nº 1313/2001-051-01-0 AIRR, Relator Ministro Horácio Senna Pires, publicado no DEJT em 31.10.2008, in <http://www.tst.jus.br>)

Por fim, nesse trecho final, é possível observar que os fatos foram analisados à luz do princípio da primazia da realidade, ainda que de maneira implícita, o que permitiu concluir pela existência de todos os elementos caracterizadores da relação de emprego, a saber, personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação na prestação de serviços,

conforme o já citado artigo 3º da CLT. Com base nessas conclusões, então, declarou-se a nulidade dos sucessivos contratos de “locação de serviços de telejornalismo”, uma vez que firmados no intuito de fraudar a aplicação da legislação trabalhista (nos termos do também já citado artigo 9º da CLT), e foi reconhecido o vínculo empregatício entre a obreira e sua empregadora, durante todo o período da prestação de serviços.

Finalmente, da leitura atenta dos excertos transcritos acima, pode-se concluir que é amplamente majoritário na jurisprudência brasileira, seja dos Tribunais Regionais do Trabalho, seja do próprio Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento de que a prestação de serviços por meio de uma pessoa jurídica não tem, por si só, o condão de afastar a existência da relação de emprego, mormente se a empresa tiver sido constituída pelo trabalhador unicamente para esse fim. Pelo contrário, uma vez presentes elementos capazes de caracterizar a existência da relação de emprego, deve a mesma ser declarada, independentemente da nomenclatura que lhe tiverem atribuído as partes e, para tanto, isto é, para reconhecer a presença de tais elementos, é imprescindível que o magistrado atue com minuciosa diligência, pois somente assim será possível identificar, dentre os fatos que se apresentam, aqueles que lhe permitirão reconhecer a fraude operada.

De outra parte, é mister salientar que, identificadas as características do artigo 3º da CLT, deve o magistrado reconhecer e declarar a existência da relação de emprego encoberta, não obstante as objeções das partes envolvidas. Diz-se isso porque a constituição de pessoa jurídica traz uma menor incidência de parcelas fiscais e previdenciárias, o que, apenas aparentemente, pode parecer mais benéfico ao trabalhador; contudo, não se pode olvidar a indisponibilidade que é inerente aos direitos conferidos aos obreiros, assim como a proteção que impede que os mesmos renunciem a tais direitos.

Daí decorre, inclusive, como já se defendeu nos capítulos anteriores, que é simplesmente irrelevante a vontade das partes de submeter a relação jurídica à aplicação dos preceitos trabalhistas ou não. É irrelevante, da mesma maneira, a forma através da qual se travou a relação jurídica entre as partes, devendo ser considerado e valorado tão-somente o conteúdo da prestação de serviços e, se este informar a existência de relação de emprego, cabe ao magistrado declará-la e determinar as suas consequências jurídicas.

CONCLUSÕES

A jurisprudência brasileira vem se deparando, a cada dia, com diversas e, por assim dizer, inovadoras formas de fraude visando ao não cumprimento dos preceitos trabalhistas e, em consequência, à sonegação dos direitos dos obreiros. Trata-se, em verdade, de apenas um dos tantos reflexos da precarização das relações de emprego, fenômeno que vem sendo observado nas últimas décadas e que reflete a mitigação de determinados valores, inclusive adotados pela Constituição Federal, como o da valorização do trabalho humano.

Diante desse cenário, faz-se necessária a concretização da proteção a que se destina o direito do trabalho, conforme discorrido no corpo da presente monografia. De fato, cabe a esse ramo jurídico não apenas a regulação das condutas e solução dos conflitos concernentes às relações de emprego, mas, muito acima disso, cabe-lhe proteger o trabalhador, como forma de alcançar a equidade ou, ao menos, diminuir a desigualdade existente entre este último e seu empregador, garantindo, assim, a promoção do trabalho digno e o equilíbrio social. Em matéria de fraude à relação de emprego, pois, o principal instituto que permite ao direito do trabalho realizar a efetiva proteção do empregado é, dentre outros, o princípio da primazia da realidade, que foi objeto deste breve estudo.

Com efeito, demonstrou-se, durante esta pesquisa, que o princípio da primazia da realidade estabelece que, em caso de divergência entre o conteúdo dos registros documentais e a realidade fática constatada, deve prevalecer sempre esta última. Sendo assim, na ocorrência de fraude, deve-se buscar os elementos fáticos do caso concreto que permitam perquirir a respeito da relação empregatícia encoberta pelas partes. No caso específico da pejetização – que, como visto, consiste na exigência de que o empregado preste seus serviços através de uma pessoa jurídica, visando, assim, a afastar o elemento da pessoalidade da relação –, o princípio em questão adquire especial importância, na medida em que permite ao intérprete declarar a nulidade da própria condição de pessoa jurídica do empregado, para reconhecer o liame empregatício entre as partes e todos os efeitos jurídicos daí advindos.

Dessa forma, verificou-se, no decorrer do presente estudo, que o princípio da primazia da realidade constitui um importante mecanismo jurídico na busca pela verdade real dos fatos. Demonstrou-se, ao final, por meio de uma breve análise de jurisprudência, que o referido princípio tem se mostrado eficaz no fim a que se propõe, uma vez que as decisões analisadas evidenciam que, mesmo ante a falta de legislação específica a regular a matéria, é

possível a constatação da presença da relação de emprego nos casos de pejotização por meio da aplicação do referido princípio, seja de forma direta – mediante o confronto entre os documentos e os fatos, dando maior prevalência a estes últimos –, seja de forma indireta – interpretando de forma conjunta os dispositivos existentes, de maneira a extrair a norma aplicável ao caso. O princípio da primazia da realidade, pois, constitui, de maneira indubitável, um instrumento imprescindível ao intérprete do direito – e como tal vem sendo aplicado – no reconhecimento e, conseqüentemente, no combate à ocorrência da pejotização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Princípios de Direito do Trabalho e seus Fundamentos Teórico-Filosóficos: problematizando, refutando e deslocando o seu objeto*. São Paulo: LTr, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Pejotização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões*. In Suplemento Trabalhista nº 066/07. São Paulo: LTr, 2007.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A Colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acessado em 18/09/2010.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e Sequela*. São Paulo: LTr, 1997.

CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomos I e II. Mexico: Porrúa, 1970.

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

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *O Direito das Relações Coletivas de Trabalho e seus Princípios Fundamentais: a Liberdade Associativa Laboral*. In Revista do TST, volume 76, nº 2 (abril/junho de 2010). p. 84/108.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

FILHO, Eduardo Soares do Couto; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *A “Pejotização” e a Precarização das Relações de Trabalho no Brasil*. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br>>. Acessado em 30/10/2010.

GOMES, Diogo de Oliveira. *Sociedades cooperativas, terceirização e caracterização do vínculo empregatício: problemática, proibições e possibilidades de admissão*. Disponível em <<http://www.jus.uol.com.br>>. Acessado em 10/10/2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, v. 3: Contratos e Atos Unilaterais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia jurídica*. 8ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: 1972.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PARISENTI, André Sessim. *Limites Constitucionais à Flexibilização do Direito do Trabalho*. Porto Alegre, 2007, 100 f., trabalho de conclusão do curso de Ciências Jurídicas e Sociais (graduação), Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*. 2ª ed. Coimbra: Alamedina, 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá (coordenador). *Estudos sobre as Fontes do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A Flexibilização e os Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Wanise Cabral. *As Fases e Faces do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, v.1: Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. *(Re)significação dos Princípios de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.