

PERFIS CONTRATUAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS APARTADOS DO REGIME CELETISTA

CAROLINA TUPINAMBÁ⁽¹⁾

A contratação de prestador terceirizado, "pejotizado" ou de trabalhador autônomo" pressupõe a inexistência de vínculo empregatício e, como se sabe, para que seja caracterizada a relação de emprego é necessário que estejam presentes os requisitos essenciais elencados nos arts. 2º e 3º da CLT, sendo os principais deles a pessoalidade, onerosidade, habitualidade, alteridade e subordinação.

Caso verificada a presença dos elementos acima destacados, a relação empregatícia será reconhecida, em detrimento dos modelos a seguir apresentados. É dizer, este estudo que homenageia Armando Casimiro Costa Filho, benfeitor perpétuo do estudo e reflexões sobre o Direito do Trabalho se volta à parametrização dos perfis contratuais de gestão de pessoas distintos da relação de emprego e externos ao regramento estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho mais comuns, quais sejam: (i) contratos de terceirização; (ii) contratos de prestação de serviços com tomada de serviços unipessoais, "pejotização"; e (iii) contratos de prestação de serviços com trabalhadores autônomos.

1. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA TERCEIRIZADA – TERCEIRIZAÇÃO

A ampliação do mercado de consumo e da concorrência tem exigido ao longo dos anos a modernização do processo produtivo, indispensável à redução dos custos e dos preços e ao aumento da qualidade dos produtos e serviços disponibilizados. Se antes as empresas tinham estrutura verticalizada, realizando, por seus sócios, dirigentes e empregados, todas as etapas do processo produtivo, bem como a totalidade das atividades necessárias a sua existência, hoje as exigências de mercado revelam ser inexorável a arquitetura de nova organização empresarial.

No Brasil, o fenômeno que consubstancia solução comumente hábil para prover maior eficiência, produtividade

e competitividade na prestação de serviços, objetivos fartamente almejados pela globalização, tem sido basicamente a terceirização derivada da desverticalização das formas de produção.

A prestação de serviços indireta por empresa terceirizada é modalidade de contrato há algum tempo prevista de forma específica em certos cenários e arranjos tais como a empreitada (art. 455 da CLT), o contrato de vigilante (Lei n. 7.102/1983), a intermediação via cooperativa (art. 442 da CLT) e o contrato de trabalhador temporário (Lei n. 6.019/1974).

Entretanto, foi somente a partir das Leis ns. 13.429 e 13.467, ambas de 2017, que restou expressamente regulamentada a terceirização em geral, para qualquer tipo de perfil contratual, de acordo com os arts. 4º-A e 5º-A da Lei n. 6.019/1974, os quais permitem a adoção do modelo terceirizado para execução de todas as atividades desenvolvidas, inclusive a principal, permitida, ademais, a subcontratação dos serviços, ou seja, a "quarteirização".

Em relação ao tema, a reforma havida em 2017 veio para sanar dilemas antigos... Isto porque, há quase meio século se verificava um intenso debate na Justiça do Trabalho, máxime em razão da inexistência de legislação sobre o tema, quanto à legalidade da contratação de empresas ditas terceirizadas para prestação dos serviços necessários ou, em muitos casos, indispensáveis à consecução dos objetivos de outras empresas.

Em um primeiro estágio, a Justiça do Trabalho percebia a terceirização como hipótese inexorável de precarização das condições de trabalho, tratamento injustificadamente diferente dos empregados das prestadoras de serviço, redução salarial, ausência de garantias idôneas para o cumprimento das obrigações trabalhistas etc. Nesse quadro, delineado em inúmeras ações e recursos versando sobre o tema, o posicionamento inicialmente adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, há quase 30 anos, foi

(1) Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutora no Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos – Direito, Política, História e Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Adjunta de Processo do Trabalho e Prática Trabalhista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Assistente de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, ocupante da Cadeira n.47. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo. Membro da *American Bar Association*.

extremamente rígido: em 1986, o TST editava a Súmula n. 256, admitindo a terceirização apenas para os casos expressamente previstos em lei, que seriam exclusivamente as hipóteses de trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974) e de vigilância (Lei n. 7.102/1983).

Aliás, antes da Constituição de 1988, a referida súmula, que reconhecia o vínculo empregatício direto com a tomadora dos serviços em casos de terceirização fora das hipóteses legais, era aplicada, inclusive, em relação às empresas estatais. Foi somente após o advento da Carta, com a exigência de concurso público para o ingresso na Administração Pública, Direta e Indireta, consoante o comando do art. 37, referendado pelo STF em 1992, no MS 21.322/1, que o entendimento se alterou.

É que, como as empresas públicas e sociedades de economia mista não realizavam concursos públicos para contratar serviços de limpeza, conservação, copa, cozinha e similares, via de regra, respondiam incontáveis inquéritos civis públicos abertos pelo Ministério Público do Trabalho para o cumprimento da referida súmula do TST. Diante do quadro, o próprio MPT postulou a revisão da Súmula n. 256 do TST para equacionar o problema, provocando, em 19.12.1993, a aprovação da Súmula n. 331 pelo TST, enunciado que passou a se constituir marco regulatório por excelência da terceirização, introduzindo-se a distinção entre atividade-fim e atividade-meio para efeito de fixação da licitude da prática, já que vedada a intermediação de mão de obra no caso de atividade-fim da empresa tomadora dos serviços.

Originalmente, a Súmula n. 331 ampliou o rol das hipóteses em que a terceirização poderia ser considerada lícita, nele incluindo a prestação de serviços de conservação e limpeza e outros não específicos ligados à atividade-meio do tomador de serviços. Em setembro de 2000, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do enunciado, reconhecendo, em seu inciso IV, a responsabilidade subsidiária

da Administração Pública pelos encargos trabalhistas não adimplidos por empresas terceirizadas e adotando a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, que assumiria os encargos, independentemente da existência de culpa na contratação ou fiscalização dos serviços terceirizados.

Em suma, a corte trabalhista de terceiro grau ignorava por completo o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, postura repudiada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16, julgada em 2010. No referido julgamento, o Supremo afastou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, admitindo-a apenas excepcionalmente, no caso de culpa comprovada da Administração na contratação ou fiscalização da prestação dos serviços. Assim, em maio de 2011, o TST novamente reviu a Súmula n. 331, para adequar especialmente o inciso IV do verbete deixando explícito que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública apenas se daria no caso de *culpa in eligendo* ou *in vigilando* da Administração⁽²⁾.

Em resumo, como se pode inferir do referido enunciado, as sociedades que contratavam serviços por intermédio de contratos de terceirização viam-se sujeitas, via de regra, (i) à desconsideração dos efeitos dos contratos firmados; (ii) à proibição de contratar, em absoluto, tais serviços; (iii) à provável condenação ao pagamento de danos morais coletivos; (iv) ao reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o trabalhador terceirizado; (v) a responder de forma direta, solidária ou subsidiária em relação a eventuais créditos trabalhistas.

Em outubro de 2011, o TST realizou sua primeira audiência pública para coleta de elementos técnicos necessários a uma melhor compreensão socioeconômica do fenômeno da terceirização, oportunidade em que colhidos mais de 50 depoimentos de especialistas na matéria. Infelizmente, nada se alterou apesar da oportunidade de esclarecimento. Ao revés, a Súmula n. 331 continuou sendo aplicada, inclusive com maiores restrições às hipóteses de

(2) Foi então que se chegou à redação atual do enunciado:

Súmula n. 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

terceirização lícita, entendendo-se ilegal a terceirização de *call centers* para empresas de telecomunicações, cabeamento e manutenção de linhas telefônicas, assim como, com destaques, as hipóteses de terceirização de serviços havidas no setor bancário⁽³⁾.

A constância de tais decisões levou o STF a reconhecer a repercussão da questão constitucional nos temas de ns. 725 e 739 constantes da Tabela de Temas de Repercussão Geral, definidas as seguintes teses jurídicas:

Acórdão: É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. (STF Tese de Repercussão Geral n. 725. RE 958252, 30.08.2018)

Acórdão: É nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei n. 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF art. 97), observado o art. 949 do Código de Processo Civil. (STF Tese de Repercussão Geral n. 739, ARE 791932, 11.10.2018)

A definição das teses derivou do ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324 distribuída para o Ministro Luis Roberto Barroso, a qual foi julgada em conjunto o Recurso Extraordinário com Agravo n. 713.211, sob a relatoria do Min. Luiz Fux⁽⁴⁾. O Ministro Luis Roberto Barroso destacou em seu voto:

Em um mundo globalizado e cada vez mais integrado tecnologicamente, os países que resistem a tal lógica de estruturação da produção e que rejeitam a terceirização encontram-se em indiscutível desvantagem competitiva. A terceirização tornou-se um fenômeno global.

(...)

A terceirização é muito mais do que uma forma de reduzir custos trabalhistas por meio de uma suposta precarização do trabalho, tal como alegado pelos que a ela se opõem. (...) constituir uma estratégia sofisticada e, eventualmente, imprescindível para aumentar a eficiência econômica, promover a competitividade das empresas brasileiras e, portanto, manter e ampliar postos de trabalho.

Barroso embasou seu voto, resumidamente, nos argumentos de que: (i) a terceirização implica muitas vezes aumento da mão de obra, assim seria incremento para a criação de empregos e estímulo à livre-iniciativa; (ii) a terceirização não significa que o trabalho do empregado será precarizado, vez que há instrumentos jurídicos específicos a coibir atos ilícitos praticados contra empregados.

Com o pronunciamento da Corte, o Tribunal Superior do Trabalho se curvou ao entendimento do STF conforme o julgado transcrito, com destaques:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF N. 324 E NO RE N. 958.252, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 725). Agravo a que se dá provimento para examinar o agravo de instrumento em recurso de revista. Agravo provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF N. 324 E NO RE N. 958.252, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 725). Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 170 da Constituição Federal (utilizado como fundamentos pelo STF) c/c o art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987/1995, dá-se provimento ao agravo de

(3) Apesar da redação dos arts. 25 da Lei n. 8.987/1995 e 94, II, da Lei n. 9.472/1997, confira-se, respectivamente:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: (...)
II – Contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

(...)

(4) Julgada nos seguintes termos; Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei n. 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.08.2018.

instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF N. 324 E NO RE N. 958.252, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 725): O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 30.8.2018, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324 e o Recurso Extraordinário (RE) n. 958.252, com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, ou seja, na atividade-meio e na atividade-fim das empresas. A tese de repercussão geral aprovada no RE n. 958.252 (Rel. Min. Luiz Fux), com efeito vinculante para todo o Poder Judiciário, assim restou redigida: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante" destacamos. Do mesmo modo, no julgamento da ADPF n. 324, o eminente Relator, Min. Roberto Barroso, ao proceder a leitura da ementa de seu voto, assim se manifestou: "1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à tomadora do serviço: I) zelar pelo cumprimento de todas as normas trabalhistas, de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado; II) assumir a responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigações trabalhistas e pela indenização por acidente de trabalho, bem como a responsabilidade previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/1993" grifamos. Assim ficou assentado na certidão de julgamento: "Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio" (g.n). Prevaleceu, em breve síntese, como fundamento o entendimento no sentido de que os postulados da livre concorrência (art. 170, IV) e da livre-iniciativa (art. 170), expressamente assentados na Constituição Federal de 1988, asseguram às empresas liberdade em busca de melhores resultados e maior competitividade. Quanto à possível modulação dos efeitos da decisão exarada, resultou firmado, conforme decisão de julgamento da ADPF n. 324 (Rel. Min. Roberto Barroso), que: "(...) o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.08.2018". Nesse contexto, a partir de 30.08.2018, é de observância obrigatória aos processos judiciais em curso ou pendente de julgamento a tese jurídica firmada pelo e. STF no RE n. 958.252 e na ADPF n. 324. No caso concreto, conforme se depreende do acórdão regional, a parte reclamante foi contratada pela primeira reclamada para prestar serviços para a ora recorrente, mediante terceirização, para

o desempenho de atividades que, segundo concluiu o e. TRT, enquadram-se nas atividades finalísticas da tomadora. Sucede, porém, que a diferenciação entre o conceito do que seria atividade-fim ou atividade-meio e seus respectivos efeitos no caso prático, após a citada decisão do e. STF no julgamento do RE n. 958.252 e na ADPF n. 324, deixou de ter relevância. Isso porque, em se tratando de terceirização, seja ela de atividade-meio ou fim, a sua licitude deve ser sempre reconhecida. Assim, não há mais espaço para o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços sob o fundamento de que houve terceirização ilícita (ou seja, terceirização de atividade essencial, fim ou finalística), ou, ainda, para a aplicação dos direitos previstos em legislação específica ou em normas coletivas da categoria profissional dos empregados da empresa contratante, porque o e. STF, consoante exposto, firmou entendimento de que toda terceirização é sempre lícita, inclusive, repita-se, registrando a impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício do empregado da prestadora de serviços com o tomador. Recurso de revista conhecido e provido." (RR – 21072-95.2014.5.04.0202, Relator Ministro: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 26.09.2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05.10.2018)

Portanto, é possível se afirmar que, pela majoritária jurisprudência, atualmente, não há qualquer impedimento em se terceirizar, tanto a atividade-meio quanto a atividade-fim de uma empresa.

E no plano legal? A legislação reformada embalou a evolução verificada nos tribunais.

A aprovação do projeto de Lei n. 4.302-E na Câmara, com seu posterior sancionamento pelo Presidente da República, levou à entrada em vigor da primeira grande alteração legal já destacada, qual seja, a Lei Federal n. 13.429, de 31 de março de 2017, servil a instituir um padrão para terceirizações em geral, aprimorando o modelo já existente e específico para a terceirização de trabalhadores temporários. Em outras palavras, a referida lei estabeleceu de maneira inédita dois tipos de regimes jurídicos de terceirização, transformando a Lei n. 6.019/1974, no que se convencionou chamar de Lei Geral de Terceirização – LGT do trabalho no Brasil, conferindo um pouco mais de segurança jurídica e estabilidade aos principais protagonistas das relações de trabalho, empregados e empregadores.

Logo em seguida, a LGT foi alterada pela Lei Federal n. 13.467, de 13 de julho de 2017, a qual implementou a reforma trabalhista, detalhando e aprimorando as regras da terceirização em geral, sem modificar o que restara definido em relação ao regime de trabalho temporário.

O fato é que foi somente a partir das Leis ns. 13.429 e 13.467, que restou normatizada a terceirização em geral, para qualquer tipo de perfil contratual, de acordo com os arts. 4º-A e 5º-A da Lei n. 6.019/1974, os quais permitem a adoção do modelo terceirizado para execução de todas as atividades desenvolvidas, inclusive a principal⁽⁵⁾.

(5) Confira-se a redação dos dispositivos: Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

A novel legislação define a terceirização como a transferência feita pela contratante (tomadora) da execução de quaisquer de suas atividades à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Os fluxos do modelo contratual de terceirização são singelos.

A empresa prestadora de serviços deverá contratar, remunerar e dirigir o trabalho realizado por seus trabalhadores.

De forma facultativa, na terceirização, o tomador de serviços pode prever a extensão do atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos empregados diretos, o salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos. Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local.

De forma obrigatória, deve-se garantir as condições de segurança, higiene e salubridade e, quando e enquanto os serviços forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições dos empregados da contratante em relação à alimentação em refeitórios; serviços de transporte; atendimento médico ou ambulatorial; medidas de saúde no trabalho e instalações adequadas à prestação dos serviços.

Ou seja, é possível que uma empresa terceirize toda e qualquer atividade que seja de seu interesse, desde que se responsabilizando pelas obrigações destacadas.

2. CONTRATAÇÃO DE PRESTADOR VIA CONTRATO COM PESSOA JURÍDICA – “PEJOTIZAÇÃO”

A chamada “pejotização” pode ser considerada como um recorte específico do fenômeno terceirização. O modelo da “pejotização” pressupõe a inexistência de um

intermediário contratado para prestar serviços por meio de seus empregados. Na “pejotização”, o trabalhador é contratado diretamente por meio da pessoa jurídica por ele próprio constituída.

De fato, a terceirização no Brasil tem alcançado espaços para muito além do arranjo tradicional apresentado, máxime em contingentes crescentes os quais abarcam executivos em geral e profissionais liberais.

Em resumo, o trabalho é prestado por conta de uma relação empresarial estabelecida por contrato. Na grande maioria dos casos, as atividades são desempenhadas em caráter individual, por um trabalhador qualificado. Esse profissional, suggestionado pelo tomador de serviços, ou mesmo espontaneamente, abre uma empresa individual, podendo, eventualmente, até constituir-se com outros profissionais do ramo, ou mesmo um “sócio laranja”, sendo que tal pessoa jurídica firmará contrato(s) de prestação de serviços o(s) qual(is) embasará(ão) o trabalho pessoal do profissional em prol da empresa tomadora.

Portanto, o modelo de “pejotização” – pode ser entendido como um arranjo em que pessoas físicas se transformam em jurídicas e, via de regra, individuais. Para a Receita Federal:

(...) a possibilidade jurídica de a empresa contratante flexibilizar uma relação típica de emprego, reduzindo os encargos sociais e direitos trabalhistas, desloca para outro ponto o equilíbrio da relação econômica com o profissional da atividade regulamentada. Reduzindo-se o imposto sobre a renda e a contribuição previdenciária e excluindo-se a parcela do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e os direitos como décimo terceiro salário, férias, horas extras etc., há uma significativa alteração para menos no custo final do serviço contratado.⁽⁶⁾

Muito embora o gênero terceirização seja permitido no atual ordenamento jurídico, já anunciada a posição do

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

(6) BRASIL. Receita Federal. *O fenômeno da “pejotização” e a motivação tributária*. Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros, abr. 2016.

Supremo Tribunal Federal a respeito, a questão da “pejotização” é um pouco mais sensível. Isso porque, a singularidade do profissional envolvido acaba por sugerir a presença dos requisitos da relação empregatícia, quais sejam, a subordinação, onerosidade, pessoalidade e não eventualidade.

Portanto, esse tipo de contratação certamente gerará risco de criação de passivos trabalhistas o qual será intensificado a depender de práticas corriqueiras verificadas nesses tipos de arranjos, a saber: (i) notas fiscais emitidas sequencialmente; (ii) pagamentos habituais e pouco variáveis em favor de pessoas físicas em contas bancárias usuais; (iii) uso de uniformes, ramais, e-mails e cartões corporativos pelo prestador de serviços “pejotizado”; (iv) desempenho de atividades em local fixo, como salas e mesas dentro das dependências do tomador; (v) concessão de benefícios típicos de relações de emprego como alimentação, assistência de saúde e transporte; (vi) reconhecimento de prerrogativas típicas das relações de emprego como férias remuneradas, 13º salário, participação em lucros etc.

Nesse contexto, a jurisprudência vacila em relação aos fundamentos permissivos do gênero terceirização, sendo que os tribunais trabalhistas, mesmo após a reforma implementada pela Lei n. 13.467/2017, majoritariamente reputam o arranjo como uma fraude, tendo por consequência o reconhecimento do vínculo empregatício tido como simulado diretamente com o tomador. Confira-se alguns julgados, com destaques:

RECURSO DA RECLAMADA. “PEJOTIZAÇÃO”. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ART. 9º DA CLT. A atitude da empresa de substituir empregados com carteira assinada por pessoas jurídicas, formalizando contratos de prestação de serviços através dos quais esses continuam a prestar para aquela os mesmos serviços de quando celetistas, constitui artifício fraudulento, conhecido como “pejotização”, para se furta da legislação trabalhista e dos deveres dela decorrentes. Logo, de se confirmar a nulidade declarada pelo juízo “a quo” dos contratos de prestação de serviços acostados aos autos (art. 9º da CLT), mantendo-se o “decisum” que reconheceu a existência do vínculo de emprego entre as partes e as parcelas daí decorrentes. Recurso conhecido e improvido. (TRT-7 – RO: 00013158220155070013, Relator: José Antonio Parente da Silva, Data de Julgamento: 01.02.2018, Data de Publicação: 15.02.2018)

(...) VÍNCULO DE EMPREGO. PEJOTIZAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. FRAUDE. O Tribunal Regional concluiu, com amparo no conjunto fático-probatório dos autos, notadamente na prova testemunhal, que a primeira reclamada, ora recorrente, utilizou-se de artifícios, com intuito claro de impedir a aplicação das disposições celetistas. Com efeito, consta do acórdão regional que o preposto da primeira ré declarou que a empresa firmou com o Sr. Patrício contratos de prestação de serviços que vigoraram durante todos os meses entre os anos de 2004 a 2013. Além disso, o Regional constatou estarem presentes os requisitos configuradores da relação de emprego, previstos no art. 3º da CLT, durante todo o período de prestação de serviços para a reclamada. O Regional, após

analisar o contexto em que se deu a relação entre as partes, concluiu estar diante da figura conhecida como pejotização, fenômeno em que, na realidade, existe a contratação de serviços pessoais, exercidos por pessoa física, mediante subordinação, de forma não eventual e onerosa, realizada por meio de pessoa jurídica constituída especialmente para esse fim, na tentativa de mascarar a efetiva relação de emprego, com o intuito de burlar os direitos trabalhistas. Nesse contexto, o trabalhador, que é a parte hipossuficiente na relação de trabalho, é compelido a constituir a pessoa jurídica para se garantir economicamente, ainda que sejam sucumbidos os direitos previstos no sistema trabalhista, a exemplo da limitação da carga horária de trabalho, DSR, horas extras, férias, 13º salário, verbas rescisórias, entre outros. Tendo em vista que, no Direito do Trabalho, vigora o princípio da primazia da realidade, tem-se que, independentemente da forma de contratação do empregado e de qualquer instrumento escrito, prevalece a realidade fática de que o trabalhador, encoberto sob o manto da pessoa jurídica, formou típica relação de emprego com o “tomador de serviços”, nos moldes dos arts. 2º e 3º da CLT. Dessa forma, não prospera a alegação da reclamada de que o acórdão regional violou o art. 3º da CLT, por reconhecer a existência de vínculo empregatício entre duas pessoas jurídicas, porquanto foi constatado que a contratação do autor como pessoa jurídica tinha o intuito de mascarar a continuidade da relação empregatícia. Para se chegar a conclusão diversa, de que era válido o contrato de prestação de serviços pactuado entre as partes e de que não foram preenchidos os requisitos da relação de emprego, seria necessário revolver a valoração do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado nesta instância recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula n. 126 do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. (...) (TST – RR: 1607006720135170010, Relator: José Roberto Freire Pimentá, Data de Julgamento: 18.04.2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20.04.2018)

A despeito dos riscos evidentes de invalidação do modelo no Poder Judiciário, é crescente a opção pelo formato. É que as vantagens tributárias são deveras sedutoras. Diante da crise econômica, dos altos encargos derivados do custo Brasil, de fato, é cada vez menor o contingente de trabalhadores de alta renda, em especial com remuneração superior ao teto previdenciário... Ou seja, o modelo acaba por constituir atraente alternativa de planejamento tributário a enquadrar rendas do trabalho de profissionais liberais à sistemática de tributação das pessoas jurídicas, com o deslocamento da base tributária para uma incidência muito menos gravosa.

Isto porque, no plano econômico, a prevalência da forma jurídica transforma uma única pessoa, o profissional que exerce a atividade regulamentada, em um ente jurídico que exerce atividade de empresa, profissionalmente realizando atividade econômica organizada para produção ou circulação de serviços. O modelo de tributos que incide sobre uma sociedade empresária passa a equivaler àquele destinado a pessoa jurídica cujo único ou principal sócio seja o próprio prestador do serviço. Em trabalho produzido no âmbito da Receita Federal intitulado “O fenômeno da “pejotização” e a motivação tributária” se ilustra, a título

de exemplo, os encargos incidentes sobre um total anual de contraprestação equivalente a R\$ 360.000,00. Sobre o valor, se projeta a incidência dos tributos considerando-se uma pessoa física e uma empresa "pejotizada", tributada pelo lucro presumido com único empregado que exerça a atividade regulamentada. O impactante resultado que se pode extrair do gráfico é o seguinte:

T	PESSOA FÍSICA	PROFISSIONAL PEJOTIZADO
Total	23,60%	17,34%
IRPF/IRPJ	19,76%	4,80%
CSLL	0,00%	2,88%
PIS	0,00%	0,65%
Cofins	0,00%	3,00%
ISS	0,00%	5,00%
Previd.	3,84%	1,01%

(7)

A empresa tomadora dos serviços que opta por contratar a pessoa jurídica constituída pelo profissional para prestar serviços igualmente auferirá vantagem, já que desincumbida dos encargos trabalhistas na ordem de 31%, aproximadamente. Isto porque, quando opta por contratar um trabalhador com vínculo de emprego, o empregador suporta o pagamento da contribuição previdenciária patronal, dos encargos de Sistema S e do RAT, do depósito para o FGTS, além dos custos da própria relação trabalhista como décimo terceiro salário, férias, horas extras, vale-transporte, vale-alimentação etc.

Certamente, também se alia ao sucesso do modelo, o fato de que o perfil do trabalhador inserido nesse tipo de arranjo, em geral, não ilustra um cliente corriqueiro dos fóruns trabalhistas. Executivos e profissionais liberais tendem a resolver os dilemas e conflitos do lado de fora dos muros

da Justiça do Trabalho, mesmo porque, a decisão que, eventualmente, reconheça o vínculo empregatício representará prejuízo para ambos os lados, já que potencialmente despertará a voracidade tributária em face do prestador e do tomador de serviços, cúmplices no que diga respeito ao formato de planejamento tributário tido como ilegítimo.

Não obstante os riscos e as eventuais deturpações sinalizadas, em termos legais, a prática da "pejotização" restou viabilizada pelo art. 129 da Lei n. 11.196/2005, *in verbis*:

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 n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

A previsão normativa, ao estabelecer que a legislação aplicável às pessoas jurídicas seja também aplicável às prestadoras de serviços intelectuais, operou como permissivo legal a autorizar a utilização não usual da pessoa jurídica para verdadeiramente se estabelecer uma relação de trabalho sob a forma de contrato de prestação de serviços entre sociedades empresárias.

Seja no plano doutrinário ou jurisprudencial, a resistência maior ao dispositivo acima destacado, baseia-se, eminentemente, no campo trabalhista, no chamado "princípio da realidade", assim definido Américo Plá Rodrigues:

Princípio da Primazia da Realidade: Significa que em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge de documentos e acordos se deve dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos⁽⁸⁾.

(7) O trabalho adverte que "Aos rendimentos brutos da Pessoa Física foram aplicados os percentuais de redução correspondentes à média das deduções sobre os rendimentos tributáveis, de acordo com as respectivas faixas de renda.

O item "Previdência" da empresa do lucro presumido (LP-Empresa) inclui, para fins de demonstração, contribuição patronal (20%), FGTS (8%), Sistema S e RAT (3%), incidentes sobre a massa salarial de seus empregados.

Para a empresa do lucro presumido de "Profissionais" (LP-Profissionais), considerou-se que será pago um salário mínimo vigente (R\$ 880,00) e a seu dirigente. Sobre esse salário incide: contribuição patronal (20%), FGTS (8%), Sistema S e RAT (3%).

NOTA:

Esta simulação considera parâmetros gerais, não se aplicando a todas as situações verificáveis na realidade. A demonstração tem a finalidade exclusiva de estimar a incidência potencial comparativa dos modelos, sendo vedada sua utilização como mecanismo de apuração dos impostos e contribuições aqui mencionados."

Nessa simulação, foi considerada a incidência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ/IRPF), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o PIS e da Cofins, do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) e dos encargos Sociais do empregador: contribuição previdenciária patronal, depósito para o FGTS e encargos do Sistema S (Terceiros) e do Risco Ambiental do Trabalho (RAT).

Na faixa de renda equivalente a R\$ 30.000 mensais, o peso dos tributos federais corresponde a 23,6% da renda bruta auferida pela pessoa física, na condição de empregado regularmente contratado. Caso esse profissional constitua uma pessoa jurídica (pejotização) e estabeleça um contrato de prestação de serviços com a empresa tomadora, a incidência tributária é reduzida para 17,34% (redução de 6,26%)."

(8) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. 71 BRASIL.

de exemplo, os encargos incidentes sobre um total anual de contraprestação equivalente a R\$ 360.000,00. Sobre o valor, se projeta a incidência dos tributos considerando-se uma pessoa física e uma empresa "pejotizada", tributada pelo lucro presumido com único empregado que exerça a atividade regulamentada. O impactante resultado que se pode extrair do gráfico é o seguinte:

T	PESSOA FÍSICA	PROFISSIONAL PEJOTIZADO
Total	23,60%	17,34%
IRPF/IRPJ	19,76%	4,80%
CSLL	0,00%	2,88%
PIS	0,00%	0,65%
Cofins	0,00%	3,00%
ISS	0,00%	5,00%
Previd.	3,84%	1,01%

(7)

A empresa tomadora dos serviços que opta por contratar a pessoa jurídica constituída pelo profissional para prestar serviços igualmente auferirá vantagem, já que desincumbida dos encargos trabalhistas na ordem de 31%, aproximadamente. Isto porque, quando opta por contratar um trabalhador com vínculo de emprego, o empregador suporta o pagamento da contribuição previdenciária patronal, dos encargos de Sistema S e do RAT, do depósito para o FGTS, além dos custos da própria relação trabalhista como décimo terceiro salário, férias, horas extras, vale-transporte, vale-alimentação etc.

Certamente, também se alia ao sucesso do modelo, o fato de que o perfil do trabalhador inserido nesse tipo de arranjo, em geral, não ilustra um cliente corriqueiro dos fóruns trabalhistas. Executivos e profissionais liberais tendem a resolver os dilemas e conflitos do lado de fora dos muros

da Justiça do Trabalho, mesmo porque, a decisão que, eventualmente, reconheça o vínculo empregatício representará prejuízo para ambos os lados, já que potencialmente despertará a voracidade tributária em face do prestador e do tomador de serviços, cúmplices no que diga respeito ao formato de planejamento tributário tido como ilegítimo.

Não obstante os riscos e as eventuais deturpações sinalizadas, em termos legais, a prática da "pejotização" restou viabilizada pelo art. 129 da Lei n. 11.196/2005, *in verbis*:

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 n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

A previsão normativa, ao estabelecer que a legislação aplicável às pessoas jurídicas seja também aplicável às prestadoras de serviços intelectuais, operou como permissivo legal a autorizar a utilização não usual da pessoa jurídica para verdadeiramente se estabelecer uma relação de trabalho sob a forma de contrato de prestação de serviços entre sociedades empresárias.

Seja no plano doutrinário ou jurisprudencial, a resistência maior ao dispositivo acima destacado, baseia-se, eminentemente, no campo trabalhista, no chamado "princípio da realidade", assim definido Américo Plá Rodrigues:

Princípio da Primazia da Realidade: Significa que em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge de documentos e acordos se deve dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos⁽⁸⁾.

(7) O trabalho adverte que "Aos rendimentos brutos da Pessoa Física foram aplicados os percentuais de redução correspondentes à média das deduções sobre os rendimentos tributáveis, de acordo com as respectivas faixas de renda.

O item "Previdência" da empresa do lucro presumido (LP-Empresa) inclui, para fins de demonstração, contribuição patronal (20%), FGTS (8%), Sistema S e RAT (3%), incidentes sobre a massa salarial de seus empregados.

Para a empresa do lucro presumido de "Profissionais" (LP-Profissionais), considerou-se que será pago um salário mínimo vigente (R\$ 880,00) e a seu dirigente. Sobre esse salário incide: contribuição patronal (20%), FGTS (8%), Sistema S e RAT (3%).

NOTA:

Esta simulação considera parâmetros gerais, não se aplicando a todas as situações verificáveis na realidade. A demonstração tem a finalidade exclusiva de estimar a incidência potencial comparativa dos modelos, sendo vedada sua utilização como mecanismo de apuração dos impostos e contribuições aqui mencionados."

Nessa simulação, foi considerada a incidência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ/IRPF), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o PIS e da Cofins, do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) e dos encargos Sociais do empregador: contribuição previdenciária patronal, depósito para o FGTS e encargos do Sistema S (Terceiros) e do Risco Ambiental do Trabalho (RAT).

Na faixa de renda equivalente a R\$ 30.000 mensais, o peso dos tributos federais corresponde a 23,6% da renda bruta auferida pela pessoa física, na condição de empregado regularmente contratado. Caso esse profissional constitua uma pessoa jurídica (pejotização) e estabeleça um contrato de prestação de serviços com a empresa tomadora, a incidência tributária é reduzida para 17,34% (redução de 6,26%)."

(8) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. 71 BRASIL.

O princípio da realidade se relaciona com o art. 9º da CLT, segundo o qual “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” Daí o princípio da primazia da realidade compreende a preferência da verdade real, fática da prestação de serviço, aquela que possa surgir através de um contrato, ou seja, de um mero documento. É dizer, na discordância entre contrato e realidade, prevalecerá a última.

Outro aporte argumentativo que se identifica contra o modelo é o chamado “princípio da irrenunciabilidade”, o qual se voltaria a proteger o trabalhador, na medida em que não reconhecera eventual renúncia de seus próprios direitos. Portanto, o empregado não poderia abrir mão da proteção das leis trabalhistas como forma de receber aumento de remuneração.

Nessa linha de raciocínio, o art. 129 da Lei n. 11.196/2005 estaria restrito aos casos de prestação de serviço não habitual e/ou sem subordinação.

Portanto, apesar do risco trabalhista envolvido, fato é que existe aporte normativo para defender que a prestação de serviços se dê via contratação de pessoas jurídicas,

principalmente nas hipóteses em que a mão de obra se identifique com profissionais intelectuais.

Por uma rasteira análise em abstrato, a partir dos tipos de empresa, levando-se em consideração que o profissional “pejotizado” seja uma pessoa física, o melhor enquadramento societário a ser realizado seria o de EIRELI – Empresário Individual de Responsabilidade Limitada.

É que, como é cediço, a pessoa física não deverá se constituir na forma de empresário individual se sua profissão for regulamentada, como a grande maioria dos casos de profissionais liberais, administradores e outras funções intelectuais, de acordo com o art. 162 do Regulamento do Imposto de Renda⁽⁹⁾ e o art. 966⁽¹⁰⁾ do Código Civil.

A opção restante, portanto, seria justamente a EIRELI, regulada pela Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011. Para esse tipo de configuração societária não haverá impedimento em relação às profissões regulamentadas. Destaque-se, entretanto, que, para a constituição desse tipo societário, mister a integralização do capital social da empresa no valor correspondente a cem vezes o salário mínimo vigente, de acordo com o art. 980-A do Código Civil⁽¹¹⁾.

(9) Retrata o Art. 162 do RIR, Decreto n. 9.580/2018, com destaques:

Art. 162. As empresas individuais são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei n. 1.706, de 23 de outubro de 1979, art. 2º).

§ 1º São empresas individuais:

I – os empresários constituídos na forma estabelecida no art. 966 ao art. 969 da Lei n. 10.406, de 2002 – Código Civil;

II – as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, por meio da venda a terceiros de bens ou serviços (Lei n. 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, b; e Decreto-Lei n. 5.844, de 1943, art. 27, § 1º); e

(...)

§ 2º O disposto no inciso II do § 1º não se aplica às pessoas físicas que, individualmente, exerçam as profissões ou explorem as atividades de:

I – médico, engenheiro, advogado, dentista, veterinário, professor, economista, contador, jornalista, pintor, escritor, escultor e de outras que lhes possam ser assemelhadas (Decreto-Lei n. 5.844, de 1943, art. 6º, *caput*, a; Lei n. 4.480, de 14 de novembro de 1964, art. 3º; e Lei n. 10.406, de 2002 – Código Civil, art. 966, parágrafo único);

II – profissões, ocupações e prestação de serviços não comerciais (Decreto-Lei n. 5.844, de 1943, art. 6º, *caput*, b);

III – agentes, representantes e outras pessoas sem vínculo empregatício que, ao tomar parte em atos de comércio, não os pratiquem, todavia, por conta própria (Decreto-Lei n. 5.844, de 1943, art. 6º, *caput*, alínea c); (...)

(10) Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

(11) Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão EIRELI após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

3. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL AUTÔNOMO

Outro modelo possível de tomadora de serviços sem vínculo empregatício pode se dar mediante a contratação direta de trabalhadores autônomos.

A CLT não se aplica aos trabalhadores autônomos, razão pela qual não se encontra sequer a definição desse tipo de contrato no referido diploma legal a despeito de o art. 442-B introduzido pela Lei n. 13.467/2017 reconhecer que “a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

A definição de trabalhador autônomo pode ser verificada na legislação previdenciária, como a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não, tal qual disposto na Lei n. 8.212/1991, art. 12, V, a.

Em maio de 2018, o governo editou Portaria regulamentando o modelo, com destaques:

PORTARIA N. 349, DE 23 DE MAIO DE 2018

Art. 1º A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, AFASTA A QUALIDADE DE EMPREGADO prevista no art. 3º do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

§ 1º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços.

§ 2º O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo.

§ 3º Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula de penalidade, caso prevista em contrato.

§ 4º Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do *caput*, não possuirão a qualidade de empregado prevista o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

§ 5º Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício.

A principal diferença entre o trabalhador autônomo e o empregado será a circunstância de que o autônomo não é subordinado àquele que contrata sua prestação de serviços, não estando sujeito ao poder diretivo do empregador, podendo exercer livremente sua atividade de acordo com sua

conveniência. Além disso, o autônomo trabalha por conta própria e não alheia, detendo todos os riscos do negócio.

Assim, se eventualmente os trabalhadores tidos como tais, em verdade, prestarem serviços habituais, submetidos às normas da empresa, tendo horário a cumprir e, especialmente, se reportando a determinado preposto do tomador, o contexto muda de figura, com inauguração de passivo trabalhista para o contratante, uma vez que a subordinação revela-se nota característica do contrato de emprego, em diametral oposição aos desígnios da contratação de um trabalhador autônomo.

O trabalhador autônomo tem o contrato de prestação de serviços regido pelo Código Civil nos arts. 593 e seguintes. As regras são singelas. Quaisquer espécies de serviços não ilícitos podem ser contratadas nesta modalidade. Sem acordo entre as partes, caso resulte indefinido o montante a ser quitado, a solução derivará da composição bilateral, negocial ou arbitral, observado o costume do lugar, o tempo de serviço e a qualificação profissional do trabalhador. A contraprestação financeira, ou melhor, o pagamento dos honorários pode dar-se ao final dos trabalhos, de forma adiantada ou através de pagamento em parcelas ajustadas, entre as quais, comumente as mensais.

As possibilidades de extinção do vínculo com o autônomo são múltiplas, dentre as quais se destacam: (i) falecimento do contratado; (ii) ulatimação do prazo convencionado; (iii) descumprimento das obrigações de uma das partes; (iv) rescisão do contrato; (v) encerramento das atividades do contratante etc. Haverá necessidade de pré-avisar a extinção do contrato na véspera, em anterioridade de quatro dias, ou de oito, a depender da periodicidade do pagamento.

Quando se tratar de profissão regulamentada, os respectivos contratos de prestação de serviços deverão exigir que os trabalhadores autônomos estejam registrados no órgão de fiscalização profissional de sua categoria e regularmente inscritos no INSS.

4. A SUBORDINAÇÃO COMO MARCO DISTINTIVO

A solução para o dilema empregado *versus* trabalhador sem vínculo empregatício tem como palavra-chave a SUBORDINAÇÃO. A subordinação, sem sombra de dúvidas, é o requisito de maior relevância para a definição da relação de emprego. Ou seja, em que pese a necessidade de cumulação de todos os requisitos para a caracterização do vínculo empregatício, é a subordinação o elemento que ganha maior proeminência para sua configuração.

Maurício Godinho Delgado explica que a subordinação se caracteriza pela situação de o empregado ter sua autonomia da vontade limitada por um contrato no qual entrega ao empregador a direção de suas atividades⁽¹²⁾.

(12) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

A doutrina costuma, em geral, explicar tal elemento em torno de duas teorias principais, quais sejam: a teoria da dependência econômica, que pressupõe que o empregado dependa do salário para viver; e a teoria da dependência técnica, que justifica o vínculo de subordinação, uma vez que o empregado não possa trabalhar de acordo com suas preferências e métodos.

O fato é que, atualmente, especialmente em razão do surgimento de novas formas de trabalho, o conceito de subordinação tem se mostrado capenga para diferenciar a relação de emprego das demais formas de trabalho autônomo. Que tipo de subordinação seria suficiente para caracterizar o vínculo empregatício? A clássica triplíce vertente da subordinação jurídica, técnica e econômica se mantém viva e eficiente?

Uma coisa é certa: é cada vez mais evidente a necessidade de reconstrução do elemento “subordinação”.

Pela visão clássica do conteúdo da subordinação, sua caracterização se bastaria apenas quando o empregado prestasse serviços ao empregador, sob o rígido poder de direção deste.

Partindo-se da premissa de que a subordinação se caracterize com a presença constante e forte de ordens específicas do empregador ou de seus prepostos, com fiscalização assídua destes, podendo o empregado eventualmente sofrer sanções disciplinares, os limites de incidência da proteção celetista teriam sido bastante estreitados.

De qualquer modo, com a quebra conceitual do paradigma, ou melhor, com a insegurança sobre os limites de configuração de uma relação subordinada, se identificam dois movimentos díspares em busca da reinterpretção do conceito de subordinação.

O primeiro se presta a ampliá-lo. O processo de renovação e ampliação do conceito de subordinação promove a abrangência de determinadas categorias de trabalhadores, em tese, excluídas da incidência da CLT, como os trabalhadores em domicílio, os altos empregados e os trabalhadores intelectuais, a pretexto de lhes oferecer maior proteção. Ou seja, a primeira tendência seria o alargamento do campo de incidência do Direito do Trabalho via nova roupagem ou novo enfoque para a subordinação. Nesse contexto, alguns afirmam existir o que vem sendo referido como “subordinação estrutural”, no sentido de “subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização”⁽¹³⁾.

Outros ainda, inspirados em recentes precedentes⁽¹⁴⁾, anunciam a subordinação por algoritmos, cenário em que as empresas substituiriam ordens humanas por ordens realizadas através de algoritmos, de forma ainda mais apurada.

A readequação do conceito de subordinação vem sendo tratada como “teoria da subordinação objetiva” ou “teoria da subordinação integrativa”. Independentemente da nomenclatura utilizada, o conceito se volta para a caracterização da subordinação com base na atividade desempenhada pelo trabalhador, bem como na natureza da mesma, se essencial ou não ao funcionamento da estrutura organizacional do tomador de serviços. Godinho resume o enfoque, com destaques:

A ideia de subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado. Dificuldades estas que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores – em especial, a terceirização.

À concepção estruturalista da subordinação contrapõe-se perspectiva inversa, qual seja, no sentido de reconhecimento do estreitamento das possibilidades de configuração de relação de trabalho efetivamente subordinada, restando restrito apenas a essas hipóteses de configuração clássica, o reconhecimento da relação de emprego.

Em verdade, a aplicação da teoria da subordinação estrutural tem levado à conclusão de que toda e qualquer prestação de serviços, em tese, seria subordinada e, portanto, estaria a simular uma relação de emprego ao arrepio da lei. Daí o Direito do Trabalho seria disciplina exclusiva a regular as relações de trabalho, sendo que toda relação de trabalho seria efetivamente um emprego. Não parece razoável.

Fabio Ulhoa Coelho desenvolveu um estudo interessante sobre o tema no qual ponderou, com destaques:

Este artigo tem por objetivo discutir as fronteiras entre o direito comercial e o direito do trabalho, em vista do aparecimento, neste último, do que tem sido chamado de “teoria da subordinação estrutural”. Incipiente e provocadora, esta formulação de ser evidentemente aprofundada, antes que se espraie como solução fácil e superficial para problemas de elevada complexidade.

(...) A teoria da subordinação estrutural, contudo, encontra-se sintetizada em fórmula (a difundida pelos julgados que a aplicam) um tanto imprecisa. O elemento “inserção na dinâmica da atividade econômica” levado às últimas implicações alcançaria um universo

(13) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 294.

(14) Processo n. 0011359-34.2016.5.03.0112 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-reconhece-vinculo-emprego-uber.pdf>>.

de trabalhadores e de agente económicos extraordinariamente largos⁽¹⁵⁾.

Luiz Carlos Amorim Robortella, outrossim, teceu críticas contundentes ao conceito, com destaques:

A subordinação estrutural, em verdade, flexibiliza o conceito de subordinação jurídica, instalando um rigoroso e fechado tratamento homogêneo para situações heterógenas.

Um só modelo contratual para empregados próprios e de terceiros; para trabalho contínuo e descontínuo; para trabalho oneroso e gratuito; para trabalho com ou sem pessoalidade.

A todos o mesmo tratamento jurídico por obra e graça da subordinação estrutural ao tomador de serviço.

Ao se admitir tal subversão dogmática, poder-se-ia alterar o sentido dos demais elementos do contrato de trabalho simplesmente aplicando-lhes o adjetivo estrutural.

Assim teríamos a onerosidade estrutural, a pessoalidade estrutural, a não eventualidade estrutural, de modo a não restar vestígio sequer dos pressupostos legais de formação do contrato de trabalho⁽¹⁶⁾.

O segundo movimento, qual seja, de contenção do conceito de subordinação ao conteúdo clássico parece

mais afinado com o ordenamento legal, ou seja, com o Direito do Trabalho reformado. O legislador, de fato, deu maior vigor e consideração ao pactuado, privilegiando a autonomia da vontade e a presunção de boa-fé. Sem ignorar o princípio da realidade, elevou a força de um contrato formal assinado por partes capazes.

5. CONCLUSÃO

Os modelos de prestação de serviço são múltiplos e o contrato de emprego é apenas uma espécie do gênero.

O mero fato de inserir-se o trabalhador na estrutura empresarial, exercendo serviço ligado à atividade-fim de uma empresa não basta à caracterização da subordinação pertinente ao contrato de emprego. A adotar-se o difuso e etéreo conceito de "subordinação estrutural" será possível o reconhecimento de vínculo empregatício em quaisquer relações económicas que tenham objetivo produtivo em um contexto empresarial.

Diante de um contrato civil presumidamente válido que tenha por objeto a prestação de serviços, para reconhecimento de eventual vínculo de emprego e superação de uma relação jurídica formalizada haverá, primeiramente, a necessidade de anulação do negócio pactuado, cumprido o ônus de a parte que pretenda a sua invalidade comprovar eventuais defeitos daquele acordo.

(15) COELHO, Fábio Ulhoa. Subordinação empresarial e subordinação estrutural. In: *A valorização do trabalho autónomo e a livre-iniciativa*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015.

(16) ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, António Galvão. Subordinação estrutural na terceirização de serviços. Subversão. In: *A valorização do trabalho autónomo e a livre-iniciativa*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015.