

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Lucas Eduardo Rebelo Pinho

REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO X TRABALHADOR AUTÔNOMO:

Reforma trabalhista e a proteção ao Trabalhador.

Belém

2019

Lucas Eduardo Rebelo Pinho

REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO X TRABALHADOR AUTÔNOMO:

Reforma trabalhista e a proteção ao Trabalhador

Trabalho de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA).

Orientador: Prof.^a Dr.^a Emília Farinha

Belém

2019

Lucas Eduardo Rebelo Pinho

**O ARTIGO 442-B ADICIONADO A CLT SOB A LUZ DA PROTEÇÃO DO
TRABALHADOR: Uma análise sobre a legitimidade do dispositivo**

Trabalho de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA).

Data da defesa: ____/____/_____

Conceito: _____

Banca examinadora

Prof.^a Orientadora Emília Farinha

Doutora em Direito

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

Prof.(a) Examinador

Doutor(a) em Direito

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo analisar em que medida o artigo 442-B adicionado a CLT com a reforma trabalhista viola ou não os direitos do empregado e quais as consequências nocivas dessa possível transgressão. Primeiramente, por meio de um breve histórico do direito do trabalho no Brasil, passando por todo o contexto de proteção do trabalhador presente no direito do trabalho, traz-se à tona os princípios protetores sob ótica da vulnerabilidade do empregado na relação de emprego no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, são examinados doutrinas, artigos, súmulas e enunciados com a finalidade de elucidar o tema. Nesse contexto, é explorado, posteriormente, a caracterização da relação de emprego e quais suas características fundamentais a fim de fazer a comparação com o trabalhador autônomo para, assim, chegarmos ao dispositivo alvo da pesquisa. Por fim, é feita uma análise de algumas consequências nocivas que o dispositivo pode desencadear na relação de emprego. A importância dessa pesquisa está em fomentar a discussão acerca da necessidade de proteção do trabalhador frente a reforma trabalhista que visa diminuir direitos da classe proletária.

Palavras-chave: Relação de emprego; Proteção do Trabalhador; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the extent to which the article 442-B added to the CLT with the labor reform violates or not the rights of the employee and what the harmful consequences of this possible transgression. Firstly, through a brief history of labor law in Brazil, through the entire context of worker protection present in labor law, the protective principles are brought out from the point of view of the vulnerability of the employee in the relation of employment in the planning Brazilian law. Also, doctrines, articles, summaries and statements are examined in order to elucidate the subject. In this context, it is later explored the characterization of the employment relation and what its fundamental characteristics in order to make the comparison with the autonomous worker to, thus, reach the target device of the research. Finally, an analysis is made of some harmful consequences that the device may trigger in the employment relationship. The importance of this research is to foment the discussion about the need of protection of the worker against the labor reform that aims to diminish the rights of the proletarian class.

Keywords: Relationship of employment; Worker Protection; Labor Reform.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	8
1.1 HISTÓRICO E FUNDAMENTO	8
1.1.1 A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).....	10
1.1.2 A Constituição Federal de 1988 (CF/88).....	11
1.2 PRINCÍPIOS PROTETORES.....	12
1.2.1 Funções dos Princípios.....	13
1.2.2 Princípios Específicos do Direito do Trabalho.....	14
1.2.2.1 Princípio da Prevalencia da Condição mais Benéfica ao Trabalhador.....	16
1.2.2.2 Princípio da Fonte Normativa mais Favorável ao Trabalhador.....	17
1.2.2.3 Princípio <i>in dubio pro operário</i>	18
1.2.2.4 Princípio da Irrenunciabilidade.....	19
1.2.2.5 Princípio da Primazia da Realidade.....	20
1.3 ESTUDO COMPARADO SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO CHILE.....	20
2 DO CONTRATO DE TRABALHO.....	22
2.1 RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO.....	22
2.2 CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	23
2.2.1 Pessoaalidade.....	25
2.2.2 Subordinação Jurídica.....	25
2.2.3 Onerosidade.....	26
2.2.4 Habitualidade ou Não Eventualidade.....	27
2.2.5 Risco do Negócio do Empregador.....	28
2.2.6 Exclusividade.....	29
2.3 O TRABALHO AUTÔNOMO EXCLUSIVO E O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO..	31
3 RELAÇÃO DE EMPREGO X TRABALHO AUTÔNOMO À LUZ DO ART. 442-B DA CLT.....	33
3.1 A CELEUMA DOUTRINÁRIA.....	33
3.1.1 Sobre a relação de emprego e o Art. 442-b.....	34

3.1.2 Sobre os Princípios do Direito do Trabalho e sua relação como Art. 442-b.....	36
3.2 DA ILEGITIMIDADE DO ART. 442-B.....	37
3.3 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808/2017.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca definir se há ou não violação ao caráter protetivo do direito do trabalho pelo artigo 442-B adicionado à Consolidação das Leis do Trabalho que trata sobre o trabalho autônomo, inclusive abordando o novo instituto que o dispositivo traz, qual seja, a figura do trabalhador autônomo exclusivo.

O problema que este trabalho procura estudar é uma lacuna deixada pelo artigo supracitado que possibilitaria ou não a fraude da relação de emprego. Portanto, se faz necessário analisar esta aparente incongruência do ordenamento jurídico a fim de esclarecer e apresentar, se necessário, soluções para o dispositivo legal. Para isso, a metodologia utilizada para abordar tais questões foi a pesquisa científica a partir de livros e artigos de doutrinadores nacionais, além de súmulas e enunciados com a finalidade de elucidar o melhor possível os institutos abordados no trabalho.

No Capítulo 1, o histórico do direito no trabalho no Brasil foi analisado para que haja um entendimento do contexto histórico da proteção do trabalhador no Brasil. Posteriormente, foi analisado o porquê desta proteção e a função dos princípios no direito do trabalho. E, ao final do capítulo são apresentados os princípios específicos do ordenamento jurídico trabalhistas, para que, por fim, com os conceitos destes destrinchados, fosse possível trabalhar com maior profundidade o tema no próximo capítulo.

No Capítulo 2, o presente trabalho faz a diferenciação entre relação de trabalho e relação de emprego, elencando as principais características da relação de emprego, como os requisitos para sua identificação. Além disso, foram abordadas a figura do trabalhador autônomo com foco no artigo alvo da análise e sua diferenciação da relação de emprego. E por fim, apresenta-se a figura do trabalhador autônomo exclusivo e o porquê há o desencadeamento do fenômeno da Pejotização.

Por último, no Capítulo 3, é abordada a problemática central do trabalho para ao fim apresentar posicionamento adequado sobre o tema e na sequência abordar se o dispositivo é legítimo ou não, e apresentar possíveis soluções ao dispositivo, caso verifique-se a necessidade de tal.

1 A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para analisar a relação de trabalho no Brasil devemos entender, primeiramente, o seu contexto histórico. Ou seja, buscar no passado as justificativas que embasem o Direito do Trabalhador no Brasil. Apenas dessa maneira consegue-se compreender o complexo ordenamento de balizamento das relações de emprego.

1.1 HISTÓRICO E FUNDAMENTO

O trabalho sempre existiu na história da humanidade. Existem, do ponto de vista clássico, dois tipos principais de trabalho humano: o prestado por conta própria e o prestado por conta alheia, ou, trabalho autônomo e trabalho subordinado, apesar de atualmente existirem outras formas de trabalho que ocupam interseção entre os dois pólos clássicos (LEITE, 2018).

No entanto, o Ordenamento Jurídico Trabalhista Brasileiro tem por objeto a relação de trabalho seja ele subordinado ou não. Este trabalho tido como valor estruturante do ordenamento e um direito fundamental, previsto na Constituição Federal em seus arts. 1º, IV e art. 6º como vemos abaixo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Como se constata, o trabalho e posto em posição de destaque dentro da realidade brasileira, afinal é um direito constitucionalmente previsto e deve ser resguardado como um dos principais direitos norteadores da Constituição Brasileira vigente e, por consequência, de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Fica evidente ao mencionar o direito ao trabalho no primeiro artigo da Constituição que o Legislador Constituinte buscou dar papel de destaque a este direito.

No plano internacional, o direito do trabalho se divide em duas épocas distintas, o período pré-histórico e o período histórico. Neste primeiro período, denominado também como pré-industrial, existiram três fases. A primeira trata da vinculação do o homem ao homem, denominada de escravidão. A segunda vincula o homem a terra, servidão. E, a última se chama de corporações e vincula o homem não mais a terra ou a outro homem, mas sim à profissão desempenhada. Entretanto, surgiu ainda neste período outro tipo de relação de trabalho: a locação ou *locatio operarum*, está última guardando semelhanças com a relação de emprego moderna.

Em relação ao período histórico afirma Leite (2018, p.34):

No período histórico propriamente dito é que surge o direito do trabalho. Três foram as principais causas: econômica (revolução industrial), política (transformação do estado liberal – Revolução Francesa – em Estado Social – intervenção estatal na autonomia dos sujeitos da relação de emprego) e jurídica (justa reivindicação dos trabalhadores no sentido de se implantar um sistema de direito destinado a proteção, como o direito de união, do qual resultou o sindicalismo, o direito de contratação individual e coletiva).

Neste período destacado pelo autor a necessidade de um direito específico ao trabalho se fazia cada vez mais presente, pois com o advento da revolução industrial, as explorações trabalhistas, se tornaram mais comuns de maneira massificada, assim como os ideais liberais que defendem um Estado mínimo, que não interfira nas relações individuais, entre elas a trabalhista. E, portanto, em contraponto a este paradigma, surge a união dos trabalhadores a fim de conseguir mais direitos para a classe trabalhadora, o que posteriormente se tornaria o direito sindical como conhecemos hoje.

Ainda, é importante mencionar o tratado de Versalhes de 1919, o qual previu a formação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que é responsável pela universalização das regras e condições de trabalho. A OIT está prevista na parte XIII do Tratado, que foi um documento criado pelos países vencedores da 1ª Guerra Mundial, para promover a paz social

e a melhoria das relações de trabalho por meio de princípios para nortear tal legislação. Por estar dentre os países vitoriosos, o Brasil foi signatário do tratado.

Segundo Leite (2018), no Brasil, podemos dividir a história do direito do trabalho em três partes: A primeira seria do descobrimento a abolição da escravatura; a segunda da proclamação da república à campanha política da Aliança Liberal; e a terceira seria da Revolução de 1930 aos dias atuais, de acordo com essa divisão concordam Jorge Neto e Cavalcante (2018).

Nas duas primeiras fases o direito do trabalho não existia propriamente dito. Porém, a partir da revolução de 1930 é onde o direito do trabalho como o conhecemos surge. Vale ressaltar que no processo de surgimento do direito do trabalho, este sofreu influências internas e externas que são necessárias para a compreensão do contexto à época.

Os fatores externos são, como já dito, o Brasil ser signatário do Tratado de Versalhes que previu a criação da OIT e também os vários diplomas legais de proteção do trabalhador que estavam em crescente na Europa. Já os fatores internos foram o movimento operário, influenciado pela chegada dos imigrantes europeus no Brasil no final de 1800 e início de 1900; o surto industrial e a política de Getúlio Vargas. Em 1939 a Justiça do Trabalho é criada e em 1943 é outorgada, no Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho.

1.1.1 A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

A Consolidação das Leis do Trabalho ou CLT surge com essas características explicitadas com a função de condensar e juntar as leis trabalhistas esparsas que existiam a época para que, assim, todo trabalhador, não importando o nível de sua atuação, tivessem o mínimo de direitos garantidos.

É importante ressaltar que a CLT não é um código, mas sim um Decreto-lei de caráter geral e equiparado a uma Lei Federal aplicado a todo e qualquer empregado sem qualquer tipo de distinção. Esta norma é, portanto, a norma base de todo o ordenamento trabalhista brasileiro.

A sistematização e consolidação das leis do trabalho em um único texto juntou e integrou todos os trabalhadores no círculo de direitos mínimos e fundamentais a subsistência digna destes. Ainda, proporcionou o conhecimento global da legislação trabalhista a todos os interessados, ou seja, facilitou a compreensão da legislação para empregados e empregadores (CASSAR, 2015).

Ainda segundo Cassar (2013, p. 20), quatro são os principais pontos em relação ao surgimento da CLT no ordenamento brasileiro:

1 - Foram compiladas normas de proteção individual do trabalhador com pequenas alterações, adaptações e ajustes legislativos, copiadas ou inspiradas na encíclica *Rerum Novarum* e convenções da OIT; decretos legislativos publicados entre 1930 e 1934; leis publicadas entre 1934 a 1937 e decretos-leis de 1937 a 1942.

2 - Sem qualquer alteração, algumas normas simplesmente foram transpostas para a CLT, como decretos-leis de 1939 a 1942 concernentes a Justiça do Trabalho e à organização sindical.

3 - Algumas normas foram complementadas, atualizadas ou generalizadas como as referentes à medicina e a segurança do trabalho, convenção coletiva do trabalho, inspeção do trabalho e processo administrativo.

4 - Por último foram elaboradas outras normas que eram necessárias para a sistematização e exequibilidade da CLT como: Título I, referente à introdução; Capítulos I, II, III e IV, referentes ao contrato de trabalho, remuneração, alteração, suspensão e interrupção. Em virtude disto, as normas posteriores, referentes aos Capítulos V a VIII, do mesmo título, foram adaptadas.

Como podemos observar a CLT foi uma reunião de tudo aquilo que era mais moderno no que tange os direitos do trabalho àquele período, onde a intenção do legislador ordinário fica era de, além de unificar os direitos básicos para a classe proletária e também a empregadora gerando segurança jurídica para ambos os lados da relação, facilitar o acesso a informação e conseqüentemente o próprio acesso a justiça.

Durante todo o século XX, após a criação da CLT, está se fez de suma importância na regência das relações de trabalho, principalmente pelo fato de este período ser marcado, no Brasil, pela priorização dos direitos individuais. Até que em 1988 surge a Nova Constituição pautada principalmente na evolução da legislação do período e que trazia o homem, como ser humano, o centro do ordenamento, abandonando o conceito individualista e priorizando o âmbito social, coletivo tomando como base a dignidade da pessoa humana.

1.1.2 A Constituição Federal de 1988 (CF/88)

A Constituição Federal de 1988 traz de maneira clara a preocupação incessante com os direitos coletivos e difusos, dentre eles o direito ao trabalho é tratado de maneira especial dentro Carta Magna como nos mostra Marques (2005, p. 60):

A relação do Direito do Trabalho com o Direito Constitucional é muito estreita, pois a Constituição estabelece uma série de Direitos aos trabalhadores de modo geral, principalmente nos arts. 7º ao 11. Mais especificamente no art. 7º, a Lei Maior garante direitos mínimos aos trabalhadores urbanos e rurais, especificando-os em 34 incisos. O empregado doméstico tem alguns direitos reconhecidos no parágrafo único do art. 7º. Mesmo o trabalhador avulso tem assegurados seus direitos no inc. XXXVI do art. 7º da Lei Fundamental, que prevê igualdade com os direitos dos trabalhadores com vínculo empregatício permanente. No art. 8º da Norma Ápice, são previstos os direitos decorrentes da organização sindical. O art. 9º da Lei Magna trata do direito de greve.

Como se pode observar no trecho de Martins (2005), o Direito do Trabalho tem uma forte conexão com a nossa atual Constituição, onde o mínimo trabalhista está em posição de destaque, previsto inclusive no art.1º da CF/88 como visto no início deste capítulo.

Ainda neste contexto, Garcia e Alvarenga (2017) defendem a defesa do disposto no art. 7º da Lei Fundamental para que assim haja real proteção do trabalhador diante da realidade atual.

1.2 PRINCÍPIOS PROTETORES

Como visto, a Constituição Federal de 1988 tem ampla conexão com a Consolidação das Leis do Trabalho, e não é diferente em relação aos princípios norteadores de ambas as disciplinas que precisam ser coerentes e harmônicos entre si.

Dentro dessa discussão os ensinamentos de Leite (2018, p. 88) se fazem necessários para elucidar a questão:

A coerência interna de um sistema jurídico decorre dos princípios sobre os quais se organiza. Para operacionalizar o funcionamento desse sistema, torna-se necessária a subdivisão dos princípios jurídicos. Extraem-se, assim, os princípios gerais e os princípios especiais, conforme a natureza de cada subdivisão.

Debruçando-nos, por exemplo, sobre o direito e o direito do trabalho, verificaremos que o primeiro possui seus princípios gerais, e o segundo, que é um dos seus ramos, possui princípios específicos.

A harmonização do sistema ocorre porque os princípios especiais ou estão de acordo com os princípios gerais ou funcionam como exceção.

Como expõe o autor, existem princípios gerais constitucionais e princípios específicos do direito trabalhista. Dentro destes princípios constitucionais existem aqueles que se aplicam ao direito do trabalho.

Neste contexto, vale ressaltar que os princípios são caracterizados equivalentes a normas do ordenamento, entretanto deve-se atentar que aqueles são mais importantes que estes em essência. Isso se deve ao fato de além de normas, estes institutos são basilares para a compreensão do direito que conhecemos e servem como norte, como farol, para iluminar a interpretação de normas e dar sentido ao texto, tanto constitucional como da lei infraconstitucional, neste caso a CLT e suas consequências jurídicas.

Nesse sentido, Cassar (2013, p. 154) afirma:

Princípio é a postura mental que leva o intérprete a se posicionar desta ou daquela maneira. Serve de diretriz, de arcabouço, de orientação para que a interpretação seja feita de uma certa maneira e, por isso, tem função interpretativa.

(...)

Servem não só de parâmetro para a formação de novas normas jurídicas, mas também de orientação para interpretação e aplicação das normas já existentes. Designam a estruturação de um sistema jurídico através de uma idéia mestre que ilumina e irradia as demais normas e pensamentos acerca da matéria.

Como resta claro, princípio é o alicerce do ordenamento, a fundação por trás de todo o conhecimento jurídico.

1.2.1 Funções dos Princípios

Os princípios, para parte da doutrina possuem três funções essenciais: a informadora, normativa e interpretativa. Martins (2005, p. 95) explica estas de maneira bem sucinta:

A função informadora serve de inspiração ao legislador e de fundamento para as normas jurídicas.

A função normativa atua como fonte supletiva, nas lacunas ou omissões da lei.

A função interpretativa serve de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei.

Ainda, o autor afirma que no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho está expresso de maneira clara que na falta de disposições legais o intérprete pode socorrer-se dos

Princípios do Direito do Trabalho evidenciando essas características previamente citadas. Na íntegra o art. 8º, caput da CLT:

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.
(Grifo nosso)

No mesmo posicionamento de Martins (2005), Leite (2018) dispõe que os princípios possuem tríplice função, entretanto Cassar (2013) possui um posicionamento diferente acerca da função dos princípios. Para a autora, os princípios possuem quatro funções dentro do ordenamento.

Além das três anteriores, para Cassar (2013, p. 160), deve ser acrescentada a função Diretiva e Unificadora, a qual explica: “Diretiva e unificadora, porque unifica o ordenamento e indica a direção a ser tomada pelo legislador, operadores do direito e intérpretes. Não permite analisar a norma de forma isolada”.

Ainda, divide a função normativa em duas a normativa autônoma e a supletiva. A autônoma atua criando um direito subjetivo, preenchendo o vazio existente no ordenamento jurídico e não na regra em si. Já a supletiva, ou secundária, atua quando supre e integra as lacunas legais. Ou seja, a regra para determinado assunto existe, entretanto não previu aquela hipótese específica e, portanto, o princípio atuará para preencher esse vazio e nas palavras de Cassar (2013), “normatizando” o caso.

1.2.2 Princípios Específicos do Direito do Trabalho

A partir deste momento trarei de forma breve os princípios do Direito do Trabalho que são pertinentes ao estudo em questão. Vale ressaltar que não haveria como tratar de todos os princípios em estudo aqui de maneira mais aprofundada pelo fato de que o conteúdo sobre estes deve ser tratado de forma extensa para ser considerado completo e o objetivo do trabalho é analisar apenas a incidência destes como base protetora do trabalhador sobre o artigo 442-B, adicionado a CLT com a Reforma Trabalhista, que visa conceituar o que seria o trabalho autônomo.

Segundo Cassar (2013), a diretriz básica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, visto que o empregado não possui a mesma igualdade jurídica que o empregador, como geralmente ocorre com os contratantes do Direito Civil. A finalidade do Direito trabalhista é de conseguir a verdadeira igualdade entre as duas partes da relação e, para tanto, é essencial proteger a parte mais frágil da relação de emprego, que é o trabalhador.

Neste sentido, Jorge Neto e Cavalcante (2017) explicam que o escopo do princípio protetor é atenuar a desigualdade entre o trabalhador e o empregador, o que vem a justificar a própria existência da Justiça do Trabalho, no mesmo sentido se posiciona Pinto (2005) que expõe que este princípio tem a finalidade de compensar a superioridade econômica de forma a torná-la proporcional.

Em consequência disso, Cassar (2013, p. 169) explicita:

Em face deste desequilíbrio existente na relação travada entre empregado e empregador, por ser trabalhador hipossuficiente (economicamente mais fraco) em relação ao empregador, consagrou-se o princípio da proteção ao trabalhador, para equilibrar esta relação desigual. Assim, o Direito do Trabalho tende a proteger os menos abastados, para evitar a sonogação de direitos trabalhistas destes. Para compensar esta desproporcionalidade econômica desfavorável ao empregado, o Direito do Trabalho lhe destinou uma maior proteção jurídica. Assim, o procedimento lógico para corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades.

Como fica evidente, este princípio do direito do trabalho é de extrema importância e irá fundamentar a existência dos outros sempre com a perspectiva de tornar a relação a mais equilibrada possível.

Importante destacar que este princípio é caracterizado pela intensa intervenção estatal nas relações a fim de sempre garantir o mínimo dos direitos trabalhistas e, por conseguinte, limita a autonomia das partes no momento da negociação. Em suma, o princípio protetor é o fundamento e a base do ordenamento jurídico trabalhista. Este princípio se divide em três princípios trabalhistas para a maior parte da doutrina: O princípio da norma mais favorável ao trabalhador; o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador; e o princípio da interpretação: *in dubio, pro misero*.

Nas palavras de Cassar (2013), este princípio da proteção do trabalhador está atravessando uma grave crise modificando o cenário caracterizado pela proteção do Estado ao trabalhador a um que é caracterizado pela desproteção ou de menos proteção do empregado. Essa realidade se torna evidente com a reforma trabalhista, onde várias balizas da CLT foram

retiradas possibilitando uma maior margem de negociação entre os pólos da relação de trabalho.

Além destes existem outros princípios trabalhistas, como destaca Cassar (2013, p. 169, *apud* RODRIGUES & PLÁ, 1978):

(...) além do princípio protetor, no qual se inserem as regras *in dúbio pro operário*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica, o Direito do Trabalho consagra os princípios da irrenunciabilidade, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-fé.

Para o autor, estes são os princípios trabalhistas que serão explicados a seguir e posteriormente outros que são relevantes para o âmbito trabalhista.

1.2.2.1 Princípio da Prevalência da Condição mais Benéfica ao Trabalhador

Este princípio trabalhista é um desdobramento essencial do princípio protetor e prevê que quando houver uma circunstância mais vantajosa ao empregado, seja qual for a origem da norma, esta situação deve prevalecer.

Logo, segundo Cassar (2013, p. 171), este princípio determina que:

(..) toda circunstância mais vantajosa em que o empregado se encontrar habitualmente prevalecerá sobre a situação anterior, seja oriunda de lei, do contrato, regimento interno ou norma coletiva. Todo tratamento favorável ao trabalhador, concedido tacitamente e de forma habitual, prevalece, não podendo ser suprimido, porque incorporado ao patrimônio do trabalhador, como cláusula contratual tacitamente ajustada.

Tal princípio, de acordo com Leite (2018), concerne à aplicação da norma trabalhista e emana do princípio da segurança jurídica em uma de suas vertentes constitucionais que consagram o princípio da irretroatividade da lei penal, e o princípio do direito adquirido. Por fim, explica que este princípio possui estreita relação com o caput do art. 7º da Constituição Federal.

Ainda, vale ressaltar que as súmulas 51 e 288 do TST dispõe sobre a aplicabilidade deste princípio ao direito trabalhista. Vide:

Súmula nº 51 do TST
NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação

Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

Súmula nº 288 do TST

COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA (nova redação para o item I e acrescidos os itens III e IV em decorrência do julgamento do processo TST-E-ED-RR-235-20.2010.5.20.0006 pelo Tribunal Pleno em 12.04.2016) - Res. 207/2016, DEJT divulgado em 18, 19 e 20.04.2016

I - A complementação dos proventos de aposentadoria, instituída, regulamentada e paga diretamente pelo empregador, sem vínculo com as entidades de previdência privada fechada, é regida pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, ressalvadas as alterações que forem mais benéficas (art. 468 da CLT).

II - Na hipótese de coexistência de dois regulamentos de planos de previdência complementar, instituídos pelo empregador ou por entidade de previdência privada, a opção do beneficiário por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro.

III - Após a entrada em vigor das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29/05/2001, rege-se a complementação dos proventos de aposentadoria pelas normas vigentes na data da implementação dos requisitos para obtenção do benefício, ressalvados o direito adquirido do participante que anteriormente implementara os requisitos para o benefício e o direito acumulado do empregado que até então não preencheria tais requisitos.

IV - O entendimento da primeira parte do item III aplica-se aos processos em curso no Tribunal Superior do Trabalho em que, em 12/04/2016, ainda não haja sido proferida decisão de mérito por suas Turmas e Seções.

Em suma, de acordo com Jorge Neto e Cavalcante (2017), o princípio da Condição Mais Benéfica é, por regra, o simples fato de que uma condição de trabalho inserida no universo da contratação não pode ser substituída por outra menos vantajosa, na mesma relação de emprego, em consonância com o que dispõe o art. 468 da própria CLT no capítulo que trata da alteração contratual.

1.2.2.2 Princípio da fonte normativa mais favorável ao trabalhador.

Este é previsto no art. 7º, caput, c/c o art. 5º, §2º da CF/88:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É um princípio facilmente conceituado por Leite (2018), afirmando que existindo mais de uma norma trabalhista no ordenamento jurídico tratando do mesmo assunto, prevalecerá a que mais for mais favorável ao empregado. Percebe-se que o direito do trabalho adota uma interpretação dinâmica da interpretação da norma, pois a norma que ficará no topo hierarquicamente será a que melhor se enquadrar as condições do trabalhador, inclusive podendo ser superiores que a própria Constituição Federal neste quesito.

Este também deriva do princípio protetor e pressupõe a existência entre normas aplicáveis ao mesmo caso concreto.

Ainda, em síntese, Jorge Neto e Cavalcante (2018) afirmam acerca que quando se interpretam duas ou mais normas trabalhistas, aplica-se sempre a mais benéfica, independentemente da sua hierarquia.

1.2.2.3 Princípio *in dubio pro operário*

Este princípio também é derivado diretamente do princípio protetor. Ele foi criado para auxiliar a interpretação do texto legal sempre em favor do trabalhador. Por tanto, quando se está diante de uma norma que permita mais de uma interpretação, a que favorecer o empregado deve ser adotada, de acordo com este pensamento está Bezerra Leite.

Acrescenta ainda Cassar (2013) o seguinte: “(...) Ou seja, quando emergir da norma dúvida a respeito da sua interpretação, desde que seja razoável, o exegeta deverá optar por aquela que beneficiar o hipossuficiente.”

Aqui, a autora acrescenta um requisito que, apesar de lógico, é importante de ser ressaltado sempre com a perspectiva de tornar o princípio o mais razoável possível. O

segundo requisito é de que não esteja em desacordo com vontade expressa do legislador, e estes requisitos devem ser preenchidos simultaneamente.

1.2.2.4 Princípio da Irrenunciabilidade

O princípio da Irrenunciabilidade afirma que o empregado não possui a liberdade de transacionar seus direitos previstos em lei, seja de forma expressa em contrato ou não. Explica este princípio possui duas faces: em relação a renúncia e a transação (CASSAR, 2013).

A renúncia é uma declaração unilateral da vontade da parte que atinge direito certo. Já a transação é bilateral, ou seja, é fruto de uma negociação e o seu efeito, como dito pela autora, é a prevenção do litígio e pressupõe concessões recíprocas. Em ambos os casos estes devem tratar de direitos disponíveis (CASSAR, 2013).

Vale dizer que isto ocorre por causa da natureza das normas trabalhistas, que são de ordem pública/cogentes e, portanto, irrenunciáveis. Este princípio basilar está previsto de maneira expressa nos arts. 9º, 444, caput e 468 da CLT e ainda na súmula 276 do TST:

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.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

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.

Súmula nº 276 do TST

AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.

Como resta claro, este está previsto em diversos dispositivos, o que expressa a importância do mesmo dentro do contexto trabalhista. É de suma importância destacar que este princípio é exclusivo do empregado, segundo Leite (2018).

1.2.2.5 O princípio da primazia da realidade.

O princípio da primazia da realidade dispõe, segundo Leite (2018), que a realidade fática prevalece sobre o aspecto formal das condições nele avençadas. O autor afirma ainda “Além disso, o ordenamento justrabalhista considera nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os direitos trabalhistas (CLT, art. 9º) o que reforça a justificativa da existência do princípio em exame.”

Portanto, este princípio é de importância ímpar para o direito trabalhista, pois, para o legislador é muito mais importante a relação fática do que a contratual, trazendo o direito para a busca da verdade real dos fatos, e não apenas uma verdade formal.

Vide art. 9º da CLT:

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.

Neste princípio destaca ainda Cassar (2013, p. 187):

O princípio da primazia da realidade destina-se a proteger o trabalhador, já que seu empregador poderia, com relativa facilidade, obrigá-lo a assinar documentos contrários aos fatos e aos seus interesses. Ante o estado de sujeição permanente que o empregado se encontra durante o contrato de trabalho, algumas vezes submete-se às ordens do empregador, mesmo que contra a sua vontade”

Assim, identifica-se o real significado deste princípio. Sua função é de, claramente, proteger o trabalhador diante da relação de emprego onde o empregador possui evidente vantagem em relação ao seu subordinado. Ressalta-se que este princípio não pode ser usado contra o trabalhador, pois iria de encontro à própria essência da Justiça do Trabalho.

1.3 ESTUDO COMPARADO SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO CHILE.

O Chile passou por uma Reforma Trabalhista antes da brasileira e hoje se vive um contraste enorme nesse país. Como verificamos a seguir:

“Para Arellano e Gamonal (2017), o Chile é um país de fortes contrastes e de enorme grau de “flexiprecariedade”, o que se constitui como um lastro para o seu desenvolvimento econômico e social. Se por um lado exhibe altas taxas de crescimento e sucesso macroeconômico, o que os autores denominam de “Chile dos economistas”, por outro lado encontra-se a realidade diária do povo chileno, que convive com a frequente angústia de perder seu trabalho e de vivenciar uma verdadeira bancarrota familiar.”

De acordo com Sastre e Ultramari (2018) a flexibilização dos direitos trabalhistas trouxe apenas prejuízo ao trabalhador no Chile que passou a ter a insegurança jurídica marcando as relações de emprego, em forte contraste com o supercrescimento macroeconômico. Ou seja, para estes a reforma que ocorreu no Chile não ocorreu para ajudar os trabalhadores. Pelo contrário, veio para atender interesses dos empregadores.

Vale ressaltar o fato de que tanto no Chile quanto no Brasil a reforma trabalhista não foi uma demanda popular, mas sim algo imposto ao trabalhador com a justificativa de modernizar a relação de emprego.

Por outro lado, existe parte da doutrina que defende a reforma ocorrida no Chile. Pois, dentro do contexto deste País que esteja em crise econômica na década de 1970 e hoje possui um crescimento econômico excelente em relação aos países vizinhos. Portanto, mesmo que se possa usar como parâmetro outros países que passaram por uma Reforma Trabalhista, deve-se ter cautela ao aplicar tal realidade ao ordenamento jurídico brasileiro, pois o direito é diferente entre os países, inclusive sem ter, o direito do trabalho, uma justiça específica.

2. DO CONTRATO DE TRABALHO

Para tratar da relação de emprego e do trabalho autônomo é necessário primeiro caracterizar o que é a relação de emprego, para que, só assim, possamos entender as diferenças primordiais entre ambos. Portanto, falaremos a seguir sobre a caracterização da relação de emprego.

2.1. RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO

No que tange a natureza jurídica da relação de emprego, o legislador, preocupado com a superioridade do empregador na relação de emprego, foi rigoroso na regulamentação dos direitos dos empregados. Por esse motivo, o contrato de trabalho e a relação de emprego como um todo possuem regras mínimas que devem ser observadas no momento de concretização desse negócio jurídico, visto que, justamente os contratantes não possuem igualdade econômica.

Ainda, estas regras são de ordem pública, cogentes e imperativas. Por consequência disso, as partes da relação não podem dispor destes direitos e como derivada lógica, este fato limita o poder de negociação entre as partes (CASSAR, 2013).

Neste cenário, Cassar (2013, p. 233) dispõe:

Diante de tamanha limitação à liberdade de ajustar as cláusulas contratuais do trabalho, alguns estudiosos negaram a existência do contrato em si, pois lhe faltava a vontade. A partir daí decorreram diversas correntes: uns defendiam a idéia da relação de trabalho em substituição à nomenclatura “contrato de trabalho” ou “contrato de emprego”, abandonando, assim, a idéia contratualista. Outros, perfilhando esta corrente ou acontratualista, preferiram justificar a relação de emprego pela simples inserção do empregado no empreendimento do empregador.

Conforme o elucidado pela autora, existem varias teorias divergentes, mas que se enquadram em dois grupos que explicam essa relação única que é a de emprego: os contratualista e anticontratualistas. O primeiro baseia a relação na existência do próprio contrato, entretanto, a segunda, diante da realidade protetora, de acordo com alguns estudiosos do ramo não há um verdadeiro contrato. A partir deste enfoque, é de significativa importância a caracterização destas teorias para detectar o fato gerador dos direitos trabalhistas.

Os defensores das teorias contratualistas defendem que a relação de emprego é de natureza contratual, pelo fato de que ninguém é empregado ou empregador sem manifestar vontade, de forma livre, em tal sentido. Esta teoria surgiu ainda no direito romano que incluía a mão de obra como contrato de locação à época. Importante notar que hoje, a liberdade de negociação é reduzida em benefício de imperativos sócio-econômicos (LEITE, 2018).

Já para os defensores das teorias anticontratualistas, o vínculo que une empregado e empregador independe de contrato. Neste cenário, o empregado se insere no contexto empresarial, independentemente de sua vontade, em face da natureza de ordem pública das normas que regem a relação de emprego. Importante ressaltar que esta corrente é minoritária e que a corrente contratualista é amplamente mais praticada, inclusive por esse motivo Leite (2018) se posiciona, apesar do forte intervencionismo do Estado na relação de emprego, como contratualista.

Ultrapassado esse ponto, a relação de trabalho pode ser conceituada por Jorge Neto e Cavalcante (2017, p. 60) como:

Relação de trabalho é a relação jurídica em que o prestador dos serviços é uma pessoa natural, tendo por objetivo a atividade pessoal, subordinada ou não, eventual ou não e que é remunerada (ou não) por uma outra pessoa natural ou jurídica. Portanto, relação de trabalho é gênero, sendo a relação de emprego uma de suas espécies.

Como resta claro, o autor refere-se à relação de emprego como embutida como uma das muitas faces da relação de trabalho. Ou seja, esta última tem caráter mais genérico, de abarcar todas as relações, já a relação de emprego versa sobre os direitos consequentes do contrato de trabalho entre empregado e empregador. Além disso, Jorge Neto e Cavalcante (2017) afirmam que, em suma, relação de emprego é um contrato, cujo conteúdo mínimo é a lei, possuindo como sujeitos, de um lado, o empregado (pessoa natural), que presta serviços e, de outro lado, o empregador, em função de quem os serviços são prestados, subordinada, habitual e mediante salário.

Feita essa diferenciação e conceituação, passamos a caracterização da relação de emprego, ou seja, os requisitos para a sua configuração.

2.2 CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO.

A diferenciação entre contrato de trabalho e relação de emprego é muito importante, pois, a partir deste ponto pode-se estabelecer a diferença entre relação de trabalho e relação de

emprego, no mesmo sentido Leite (2018, p. 167 *apud* LIMA, 1994):

(...) a caracterização da relação de emprego assume importância exatamente para distinção das demais relações de trabalho que reúnem elementos comuns com o emprego. A sociedade moderna fabrica todo dia relações diferentes visando a descaracterizar o emprego.

Esta caracterização da relação de trabalho se faz importante, não apenas pela proteção do empregado, mas também pela própria segurança jurídica.

A relação de emprego se assemelha muito a prestação de serviços, pois o que é contratado é o serviço e não o produto final, mas dela se distingue pelos seus requisitos, hoje descritos nos arts. 2º e 3º da CLT. Estes artigos relacionam todos os requisitos necessários para a configuração da relação de emprego:

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

(...)

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

Ou seja, para que o trabalhador seja considerado como empregado, ele deve preencher, ao mesmo tempo, todos os estes requisitos, quais sejam: pessoalidade; subordinação; onerosidade; não eventualidade; o empregado não corre o risco do empreendimento.

Então, podemos conceituar trabalhador da seguinte forma, segundo Cassar (2013, p. 242):

[..] toda pessoa física que preste serviço a empregador (pessoa física ou jurídica) de forma não eventual, com subordinação jurídica, mediante salário, sem correr os riscos do negócio.

Para identificar a relação de emprego é necessário que estejam todos os requisitos previstos no art. 3º da CLT. Ou seja, se algum destes requisitos não estiver presente não existe relação de trabalho (LEITE, 2018).

A partir deste conceito iremos aprofundar o estudo qualificando essas qualidades retro mencionadas.

2.2.1 Pessoaalidade

Nas palavras de Leite (2018, p. 170):

O contrato de trabalho é, via de regra, *intuitu personae* com relação ao empregado, que sempre é pessoa física. Vale dizer, que o empregado deve prestar pessoalmente o trabalho e somente em casos excepcionais, com consentimento, tácito ou expresso, do empregador tem-se admitido a substituição do prestador do trabalho. Não há, porém, pessoaalidade em relação ao empregador, que pode ser pessoa física ou jurídica ou, ainda, ente despersonalizado, como a massa falida.

Como observamos, é importante na relação de emprego que haja pessoaalidade por parte do empregado, ou seja, ele e exclusivamente ele, via de regra, é o único que pode cumprir com o contrato, e isso faz todo o sentido já que o empregador contrata a força de trabalho do empregado e não o produto final. De outro lado, esta característica não se aplica ao empregador.

Além disso, é importante ressaltar que a pessoaalidade existe pelo fato de o empregado possuir habilidades específicas, como por exemplo: formação acadêmica ou técnica, perfil, grau de confiança, personalidade, enfim, muitas qualidades que são exclusivas de um trabalhador, de uma pessoa certa e determinada.

Vale frisar que, segundo Cassar (2013), a repetição dos serviços de um empregado para o mesmo tomador, seja de forma contínua ou intermitente comprova a pessoaalidade daquele trabalhador. Ainda, é importante ressaltar o caráter infungível desta obrigação, ou seja, este contrato tem *intuitu personae*.

Esclarece a autora que tão somente o contrato de trabalho é pessoal, mas não uma obrigação personalíssima, já que outra pessoa pode realizar o serviço, em caso de falta, por exemplo.

2.2.2 Subordinação Jurídica

Para definir a subordinação jurídica, trazemos o conceito de Simões (2015):

A subordinação, por sua vez, é um estado de sujeição que une o empregado ao empregador. Trata-se de uma subordinação jurídica, visto que a mesma encontra seus limites no contrato de trabalho e na lei. É caracterizada como dependência jurídica.

Acrescentando, o autor dispõe ainda que esta relação de emprego não é medida pelo tempo em que o trabalhador fica disponível para o empregador, mas sim pela relação que se mantém com o processo produtivo.

Complementa Cassar (2013), sobre tal princípio, que este também denominado dependência hierárquica, tem sido muito utilizado para diferenciação entre contrato de emprego e os outros tipos de contrato de trabalho, como o trabalhador autônomo.

Cassar (2013, p. 246) também caracteriza o fato gerador dessa condição na relação de emprego, vejamos:

O empregador é dotado do poder de direção por comandar, escolher e controlar os fatores de produção da empresa. O poder de direção se desdobra em poder diretivo, em poder disciplinar e em poder hierárquico ou de organização. O primeiro se constitui na capacidade de o empregador em dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando os objetivos da empresa. O segundo traduz-se no poder que tem o patrão de impor punições aos empregados. O terceiro é a capacidade do empregador em determinar e organizar a estrutura econômica e técnica da empresa, aí compreendida a hierarquia dos cargos e funções, bem como de escolher as estratégias e rumos da empresa.

A subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas.

Como resta claro, foram enumerados os principais aspectos da subordinação jurídica.

Do outro lado, diverge Leite (2018) no sentido de que, para ele não há uma relação de dependência entre empregado e empregador, mas sim uma relação de sujeição ao poder do empregador e ainda complementa que para parte da jurisprudência, este é o principal critério de diferenciação do contrato de emprego, e de suma importância para a presente discussão.

2.2.3 Onerosidade

Para Leite (2018), o empregado deve receber remuneração, seja salário fixo, comissões ou utilidades, cujo pagamento pode ser estabelecido por dia, hora ou mês. Ainda, o trabalho prestado a título gratuito, voluntário e afins não é protegido pelo direito do trabalho. E o autor ressalta ainda que o fato de o salário não ser pago não desconfigura a relação de emprego já que pode caracterizar a simples mora do empregador em cumprir com suas obrigações.

A onerosidade é a figura jurídica que aponta para a necessidade de ser o trabalho

remunerado, ou seja, que exista uma contraprestação; o que diferencia, portanto, o trabalho remunerado do trabalho voluntário. Tendo-se em mente, de outra parte, que o critério da onerosidade não aferido pela efetiva percepção do salário (critério objetivo), mas pelo *animus* do trabalhador em percebê-lo (critério subjetivo). (SIMÕES, 2015).

Além disso, Cassar (2013) complementa que a onerosidade significa vantagens recíprocas, ou seja, o patrão recebe os serviços e o empregado recebe o pagamento. A toda prestação de trabalho corresponde uma contraprestação pecuniária ou *in natura*.

Conclui que a onerosidade do contrato de trabalho é traduzida pelo pagamento de salário em pecúnia ou em utilidade, em contraprestação a um serviço prestado. Importante constatar o disposto no art. 82, § único da CLT:

Art. 82 - Quando o empregador fornecer, *in natura*, uma ou mais das parcelas do salário mínimo, o salário em dinheiro será determinado pela fórmula $S_d = S_m - P$, em que S_d representa o salário em dinheiro, S_m o salário mínimo e P a soma dos valores daquelas parcelas na região, zona ou subzona.

Parágrafo único - O salário mínimo pago em dinheiro não será inferior a 30% (trinta por cento) do salário mínimo fixado para a região, zona ou subzona.

Como fica claro com o disposto no artigo, esta contraprestação em utilidade deve ser limitada ao valor máximo de 70% do valor que o empregado deve receber.

2.2.4 Habitualidade ou Não Eventualidade.

Inicialmente, o contrato de trabalho exige uma prestação de serviço de forma habitual, constante e regular, levando-se em conta um espaço de tempo ou uma tarefa a ser cumprida. Assim, o trabalho eventual, esporádico, a princípio, não tipifica uma relação empregatícia. Importante frisar que este critério é extraído a partir da identificação do trabalho realizado pelo trabalhador e atividade econômica desenvolvida pela empresa (LEITE, 2018).

Complementando essa ideia, Cassar (2013, p. 259) dispõe:

A expressão “não eventual” referida no art. 3º da CLT deve ser interpretada sob a ótica do empregador, isto é, se a necessidade daquele tipo de serviço ou mão de obra para a empresa é permanente ou acidental. Não se deve empregar a interpretação literal do referido dispositivo legal, pois conduz à falsa ilação de que o que é episódico e fortuito é o trabalho daquele empregado em relação àquele tomador.

Fica evidente nesse contexto a intenção de proteger o empregado, para que assim não tenha seus direitos violados. Além do mais, a necessidade de um serviço pode ser permanente ou acidental. Assim, o trabalho não eventual é caracterizado pela necessidade permanente daquele tipo de serviço em relação ao seu tomador.

2.2.5 Risco do Negócio do Empregador.

Conceitua Cassar (2013) que um empreendimento, para ter sucesso, depende de muitos fatores e quem corre o risco do negócio é o empregador, sempre. Este é um critério diferente dos outros, pois todos os outros requisitos podem estar presentes, em maior ou menor intensidade, mas se o trabalhador correr o risco do negócio, este não será empregado, conforme o caput do art. 2º da CLT:

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

Fica evidente no dispositivo que a responsabilidade e risco do empreendimento são do empregador e não do empregado. Entretanto, existem empregados que se situam em uma zona de penumbra que deve ser analisada com maior atenção para que haja, ou não caracterização como empregado. São eles: a forma de ajuste da contraprestação, quando o empregado recebe de forma comissionada; quando há possibilidade de assumirem os danos causados ao tomador; e o investimento no serviço ou negócio.

Deste segundo ponto, afirma a CLT em seu art. 462, §1º:

Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

Em relação ao terceiro ponto é necessário ressaltar que o trabalhador investir no próprio trabalho como comprar um notebook para o trabalho não o descaracteriza como um

empregado, este ponto é em relação ao empregado que investe grande soma em dinheiro na empresa que exerce função.

2.2.6 Exclusividade

Destarte, a exclusividade não é requisito essencial da relação de trabalho, mas ela pode existir no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, é incomum pelo fato de na realidade brasileira, em alguns momentos serem necessários que o empregado tenha mais de um emprego para sua própria subsistência.

São importantes dois aspectos que serão elencados a seguir. De acordo com o disposto no art. 138 da CLT, o empregado tem a obrigação de não trabalhar em empresas concorrentes, e não passar informações importantes de um empregador para outro. *In literis*:

Art. 138 - Durante as férias, o empregado não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele.

Além disso, essa exclusividade que pode ser cobrada deve estar expressa no contrato de trabalho, ou seja, ela não pode ser presumida.

Sobre o trabalhador autônomo, versa Leite (2018, p. 184):

O trabalhador autônomo, como o próprio nome está a dizer, não é subordinado.

Logo, ainda que preste o serviço de forma pessoal, onerosa e não eventual, não estará sob a tutela do direito do trabalho.

(...)

É aquele que trabalha por conta própria, assumindo os riscos do negócio. Vale dizer, o trabalhador autônomo não transfere para terceiro o poder de organização de sua atividade, pois a desenvolve com discricionariedade, iniciativa e organização próprias, escolhendo o lugar, o modo, o tempo e a forma de execução dos serviços. É o que ocorre com os profissionais liberais, como médico em seu consultório, o advogado em seu escritório ou qualquer outro profissional que trabalhe por conta própria.

Portanto, como se observa, a principal característica do autônomo em relação ao empregado comum é que não há a subordinação deste ao tomador de serviço e, portanto, não há vínculo empregatício entre ambos.

O contrato de prestação de serviços do trabalhador autônomo pode ser regulado pelo Código Civil ou pelo Código de Defesa do Consumidor. Este pensamento é deduzido do disposto no art. 593 do Código Civil que afirma:

Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se pelas disposições deste Capítulo.

Entretanto, com o advento da Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13.467 de 2017), surgiu o art. 442-B que trata do trabalhador autônomo. O mesmo dispõe que:

Art. 442-B. 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.

Este artigo foi adicionado com a finalidade de regulamentar o trabalho autônomo, e por consequência aproximar o direito do trabalho do direito civil, no mesmo sentido escreveu Araripe (2017, p. 81):

A intenção do legislador, certamente, assim como em muitos outros dispositivos alterados, foi aproximar o Direito do Trabalho do Direito Civil, conforme mencionado linhas atrás, assegurando-se ainda aos tomadores de serviços autônomos a previsibilidade de aquela relação comercial não ser interpretada judicialmente como empregatícia, apenas por conta da expressão “de forma contínua” e ainda que a prestação dos serviços se dê “com exclusividade” em favor de um único cliente.

Ainda, afirmam Lima e Lima (2017) que o objetivo principal deste artigo é esvaziar a pretensão de trabalhadores que assinam contrato de autônomo e depois reivindicam os benefícios do vínculo de emprego. Ainda, segundo o autor essa prática é comum entre representantes comerciais, dentre outras categorias.

Desse modo, a prestação de serviços autônomos, seja feita com exclusividade e continuidade a um só tomador de serviços, mesmo que por anos a fio, desde que obedecidas as formalidades legais, não enquadrará o prestador na condição de empregado. (ARARIPE, 2017)

Por fim, autônomo é a pessoa física que trabalha habitualmente explorando seu ofício ou profissão por sua conta e risco. Normalmente tem clientela diversificada, mas não obsta que trabalhe para um único tomador de serviço, apesar de esta situação ser bem incomum. Sua liberdade e autonomia o diferenciam do empregado, que é subordinado. Além, o

empregado não precisa arcar com os riscos da execução, entretanto esta é uma característica presente quando o trabalhador é autônomo (CASSAR, 2017).

2.3 O TRABALHO AUTÔNOMO EXCLUSIVO E O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO.

Segundo Souza (2017), temos:

A figura do “autônomo exclusivo” nasce na reforma trabalhista e é vista por alguns como um aceno à fraude em relação ao vínculo empregatício. Outros defendem a importância da segurança jurídica na contratação do autônomo (pessoa física ou jurídica). A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), em seu artigo 3º define os requisitos para um profissional ser considerado empregado, são eles: habitualidade (uma determinada frequência de prestação de serviço à empresa), subordinação (obedece às ordens com justificativa de faltas) e salário (remuneração com continuidade). Ainda, fala-se da “exclusividade” que embora não esteja elencada entre os requisitos, é relevada como uma das evidências aceitas pela Justiça do Trabalho como comprovação do vínculo de emprego nas demandas trabalhistas.

O trecho em questão remete ao art. 442-B da CLT que, conforme visto, permite que o trabalhador autônomo em seu contrato possua uma cláusula de exclusividade com o tomador de serviço. Vide:

Art. 442-B. 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.

E por consequência desse trecho, poderia haver fraudes na relação de emprego já que a simples estipulação em contrato de que o contrato era de prestação de serviços faria com que o trabalhador perdesse seus direitos. Mesmo que presentes os requisitos da relação de emprego, como a continuidade da relação.

De outro lado, Cassar (2017) afirma que esta regra contida no art. 442-B da CLT não modifica os requisitos para caracterização de um trabalhador como autônomo ou como empregado, pois para a escritora esta regra só deve ser aplicada quando os trabalhadores se localizarem na região fronteira entre os dois institutos. Como nos casos em que o trabalhador possui tanto características de empregado quanto autônomo.

Ainda, parte da doutrina acredita que este instituto do trabalhador autônomo exclusivo abre espaço para uma prática já efetuada por muitas empresas, a Pejotização. Que se define como, segundo Barbosa e Orbem (2015):

Uma relação de trabalho na qual o trabalhador, pessoa física, para ser contratado ou para manter o posto de trabalho em determinada empresa necessita constituir uma pessoa jurídica, que pode ser uma firma individual ou uma sociedade empresária. Deste modo, haverá uma relação interempresarial, regulada pelo Direito Civil, na qual o trabalhador irá prestar os serviços na empresa contratante através de um contrato de prestação de serviços concretizado entre a empresa contratante e a pessoa jurídica do trabalhador, não havendo a incidência de qualquer direito trabalhista.

Resta claro que pela leitura literal do artigo este abre oportunidades para a prática de fraudes na relação de emprego, definindo a relação como entre empresas e não entre empregado e empregador.

Após toda a caracterização da relação de emprego, suas diferenciações em relação ao trabalhador autônomo para o ordenamento jurídico, passaremos a analisar a proteção do trabalhador na esfera trabalhista, tomando por base seu fundamento histórico e princípios basilares que norteiam o direito do trabalho no Brasil.

3 RELAÇÃO DE EMPREGO X TRABALHO AUTÔNOMO À LUZ DO ART. 442-B DA CLT.

Ao longo deste trabalho procurou-se diferenciar a relação de emprego e o trabalho autônomo, onde a principal diferença está no elemento “subordinação”, pois só há relação de emprego se houver subordinação entre empregador e empregado. Entretanto, o artigo 442-B, como veremos adiante, ao invés de trazer a solução para o problema, atuará em algumas situações como legitimador da conduta ilícita. Conduta esta que visa mascarar uma relação de emprego a fim de diminuir custos e maximizar os lucros do empregador.

Como visto existem requisitos para caracterização da relação de emprego, tais como pessoalidade, risco do negócio do empregador, subordinação jurídica, exclusividade, entre outros. Estas características visam proteger o empregado não apenas para garantir os direitos do empregado, mas também para garantir a segurança jurídica que precisa estar presente nas relações de emprego, afinal como defende a Constituição Federal de 1988, o ser humano tem direito ao trabalho, mas principalmente, também tem direito a dignidade humana.

A relação de emprego segura é inerente ao princípio constitucional da Dignidade Humana, pois este princípio está estritamente conectado ao trabalho decente.

Ainda falando das características inerentes ao trabalhador, é obrigatório citar o risco do negócio do empregador, pois nestas situações onde o trabalhador tem seus direitos usurpados sendo caracterizado como autônomo em um contrato ele terá de arcar com os riscos do serviço que está realizando já em que em teoria ele não é empregado. Isso geraria uma insegurança absurda ao trabalhador, pois além de estar sem a proteção da relação de emprego, ele terá de arcar com os custos caso algum imprevisto ocorra. Claramente está conta não fecha para o trabalhador que tem todo o ônus neste processo.

Nota-se que o art. 442-B dispõe que para caracterização do trabalho autônomo ele pode ou não ser exclusivo. Isso notoriamente visa legitimar essas situações onde o empregado é caracterizado como autônomo em contrato podendo haver esta cláusula de exclusividade que destoa de todo o sentido do trabalho autônomo. Nesse contexto de várias incertezas, a doutrina também tem posicionamento diverso em relação ao tema.

3.1 A CELEUMA DOUTRINÁRIA

O artigo em enfoque dispõe:

Art. 442-B. 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.

Percebe-se no dispositivo legal uma clara intenção do legislador de descaracterizar a relação de emprego com base em formalidades legais, tais como a previsão contratual afirmando o trabalho autônomo, mesmo em casos de evidente relação de emprego.

É importante destacar neste ponto da discussão que a Reforma Trabalhista veio para, em teoria, aumentar a capacidade de negociação do empregado frente ao empregador. Como é evidente, a Reforma traz um atraso dando ao empregador um poder de coação muito maior em confronto com os interesses do trabalhador.

É nítido que o legislador não levou em conta o desemprego no País, por exemplo, afinal dentro deste contexto, se o empregado, hipoteticamente, recusar um emprego por não considerar o valor como digno do seu trabalho de acordo com sua qualificação. Sempre haverá alguém disposto a aceitar as mesmas condições estabelecidas pelo fato de não ter opção.

Ou seja, o que na teoria veio para ajudar o trabalhador, na verdade, está caminhando na contramão do seu objetivo primário. Diminuir as balizas de direitos mínimos do trabalhador é aumentar o poder do empregador de coação ao empregado, principalmente em cargos que necessitem de menos capacidade técnica para atuação que são a grande maioria dos postos de trabalho hoje no Brasil.

3.1.1 Sobre a relação de emprego e o artigo 442-B.

Como se apresenta neste trabalho, o disposto no art. 442-B da Consolidação das Leis do Trabalho possui muitas divergências em relação a sua aplicabilidade.

Cassar (2017, p. 43), por exemplo, afirma que este dispositivo só seria cabível quando o trabalhador se encontrasse numa zona cinzenta e fronteiriça, onde não se poderia afirmar com precisão se este é autônomo ou empregado, por possuir características de ambos. De outro lado, percebemos alguns doutrinadores preocupados com o assunto, pois legitimariam a fraude da relação de emprego.

Entretanto, a doutrina converge em um ponto, o de que o direito do trabalho precisa proteger o trabalhador e de que a reforma surgiu com o propósito de diminuir os direitos trabalhistas já conquistados, o que parece ser o caso.

Importante notar dentro deste contexto de direitos sendo retirados do ordenamento para favorecer os empregadores com a premissa de flexibilização da negociação citaremos Maeda (2017, p. 57) afirmando que o art. 7º do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado em Assembléia-Geral pela ONU (Organização das Nações Unidas) em 1966 o qual fala sobre trabalho decente, vide:

Art. 7º Os Estados Membros no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

(...)

3. Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto.

Como fica evidente, o dispositivo em questão deste Trabalho não atende a este requisito básico já que diminui direitos já conquistados pelo trabalhador brasileiro, pois compactua com a fraude da relação de emprego.

Neste sentido, Andrade (2018, p. 69) dispõe:

Como exemplo disso, pode-se citar o permissivo legal para contratação de autônomo no artigo 442-B da CLT, pulverizando o vínculo empregatício, esvaziando as garantias da relação de emprego e dificultando a inclusão de aprendizes, deficientes e trabalhadores em reabilitação previdenciária, na medida em que a contratação de trabalhador autônomo reduz o número de empregados formais de determinada empresa.

Como resta claro, se o empregador o quiser pode tirar qualquer direito trabalhista de um trabalhador pelo simples contrato. O que vai de completo encontro a princípio da primazia da realidade que prevê que o que realmente conta não é o contrato formal, mas a realidade fática das condições de trabalho do empregado ou não.

Ainda, tal norma vai de encontro ao próprio princípio protetor que embasa toda a proteção jurídica do trabalhador na justiça do trabalho.

Assim, segundo Araripe (2018, p. 82):

Alguns poderão pensar, todavia, que a inserção desse texto na CLT serviu para atender aos anseios dos defensores da oficialização da “pejotização” de ex-empregados ou até como condição para a contratação de novos. A nosso ver, ao fazer expressa remissão à observância das formalidades legais, quis o legislador assegurar que não se tolerará burla ou fraudes à legislação trabalhista, tanto isso é verdade que o art. 9º da CLT continua vigente. No entanto, pensamos que se a intenção do legislador foi assegurar por meio da positivação jurídica a uniformidade e previsibilidade das decisões judiciais

quanto à natureza destes vínculos, o caminho nem por isso se tornou mais simplificado.

Ao ver da autora, houve intenção do Legislador em abrir essa oportunidade quando o mesmo fala sobre a exclusividade, porém vejamos o que versa o art. 9 da CLT:

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.

Sobre o artigo 442-B em relação ao artigo 9, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho. A relação de emprego define-se pelos fatos que configuram suas características: pessoalidade na prestação do serviço, não eventualidade, subordinação hierárquica e remuneração, conforme art. 3º da CLT. Estando presentes tais requisitos, todo o escrito em contrário não tem eficácia, por força do art. 9º da CLT. (LIMA e LIMA, 2017)

Ainda, esta pejotização citada só é possível graças a exclusividade que o contrato deste trabalhador pode ter, ou seja, não ter nenhum direito trabalhista e ser obrigado a trabalhar para apenas um empregador, claramente uma afronta a todo o ordenamento jurídico de proteção ao trabalhador.

3.1.2 Sobre os princípios do Direito do Trabalho e sua relação com o artigo 442-B

Como dito no tópico anterior, este artigo 442-B adicionado a CLT vai completamente de encontro à proteção do trabalhador ferindo alguns princípios do direito do trabalho, como: o princípio protetor, princípio da primazia da realidade e o princípio da boa-fé são princípios que claramente são violados pelo dispositivo.

O artigo vai de encontro ao princípio protetor pelo simples fato de tornar o empregado mais frágil do que ele já é na relação de emprego. No Brasil temos todo um direito focado na proteção do empregado, desta relação essencial a democracia, tida com uma das bases de nossa Lei Maior. Este artigo especificamente vai de encontro a tudo aquilo que o direito do trabalho prega como vertente do direito.

Como já explicado, o princípio da proteção ao trabalhador é caracterizado por intensa intervenção estatal nas relações entre empregado e empregador. Desta forma o Estado impõe regras mínimas a serem cumpridas que devem ser observadas pelos agentes. (CASSAR, 2013)

Com base no exposto, não faz o menor sentido possuir uma norma em que claramente há a possibilidade de burlar toda a legislação trabalhista.

Outro princípio violado pela norma é o princípio da primazia da realidade, que dispõe que a relação objetiva dos fatos se sobrepõe sobre a verdade formal, ou seja, sobre o que as partes pactuaram. De outro lado, a norma em discussão simplesmente dispõe que não interessa a realidade da relação se o contrato cumprir com todas as formalidades legais, mais um motivo claro de total incompatibilidade da norma com o ordenamento.

Além destes, o princípio da boa-fé também é violado pela brecha na norma já que o empregador tem a capacidade de burlar todo o sistema de leis trabalhistas pelo simples fato de afirmar no contrato que o trabalhador é autônomo ou por estar contratando uma “Pessoa Jurídica” no contrato.

Ainda, vale ressaltar o Princípio do in dubio pro operário que versa em sua essência que sempre que houver dúvidas sobre uma relação de trabalho deve-se aplicar a norma mais favorável ao empregado. O que claramente é o caso em questão, já que nos casos em que houver esta dúvida, como dito anteriormente, sobre a existência da relação de emprego deve-se aplicar o mais favorável ao empregado.

Vale notar que estes casos se localizam em uma zona fronteira e cinzenta onde analisar o caso concreto de forma minuciosa se torna imprescindível na busca pela verdade real dos fatos.

3.2 DA ILEGITIMIDADE DO ART. 442-B

Como fica evidente, não há qualquer possibilidade de legitimidade do artigo foco da discussão, pois vai de encontro a todo o ordenamento jurídico. Sem contar que abre espaço para fraudes e compromete a segurança jurídica por consequência, já que o trabalhador não terá estabilidade, pois não é empregado por uma mera formalidade legal.

Nesse sentido, de acordo com artigo no site da Associação Nacional dos Magistrados na Justiça do Trabalho - ANAMATRA, afirmou-se:

Os críticos da reforma dizem que essa peculiaridade da subordinação deveria estar descrita no texto aprovado (não há menção a isso) e são taxativos ao defender que existe risco. “De acordo com o que está escrito na reforma, vai funcionar na base do vale-tudo”, diz o procurador-geral do Trabalho, Ronaldo Fleury. “Esse artigo não facilita a pejotização. Ele libera a pejotização. Qualquer um pode ser pejotizado — tanto o diretor como o faxineiro da empresa.”

Com esta afirmação do Procurador-geral do Trabalho, percebe-se o quão incongruente com o direito do trabalho esta norma se apresenta. Ou seja, ela não se encaixa de forma alguma com o resto do ordenamento gerando clara insegurança jurídica a ponto de a própria Associação de Magistrados estar receosa sobre a aplicação deste dispositivo.

Ainda, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho foram aprovados 4 enunciados para ajudar na elucidação do referido, tornando-o praticamente inaplicável, de maneira acertada. Vide:

51 - TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO E ART. 9º DA CLT TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. A NORMA DO ARTIGO 442-B DA CLT NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO, QUANDO PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DOS ARTIGOS 2º E 3º DA CLT E CONFIGURADO O DESVIRTUAMENTO DO TRABALHO AUTÔNOMO, COM FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO, À LUZ DO ART. 9º DA CLT.

52 - TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO E PRIMAZIA DA REALIDADE PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA. É A PRIMAZIA DA REALIDADE, E NÃO A FORMALIDADE EXTERIORIZADA DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS, QUE DEVE SER CONSIDERADA PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO (ARTS. 2º E 3º DA CLT) OU DE TRABALHO AUTÔNOMO (ART. 442-B DA CLT).

53 - TRABALHO AUTÔNOMO CONTÍNUO E EXCLUSIVO. LIMITES E INTERPRETAÇÃO CONFORME: INTELIGÊNCIA DO ART. 442-B DA CLT À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESUME-SE O VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIANTE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUA E EXCLUSIVA, UMA VEZ QUE A RELAÇÃO DE EMPREGO É DIREITO FUNDAMENTAL (ARTS. 1º, III E IV, 5º, CAPUT E 7º DA CF/1988), DEVENDO O ART. 442-B DA CLT SER INTERPRETADO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA AFASTAR A CARACTERIZAÇÃO DO TRABALHO AUTÔNOMO SEMPRE QUE O TRABALHADOR, NÃO ORGANIZANDO A PRÓPRIA ATIVIDADE, TENHA SEU LABOR UTILIZADO NA ESTRUTURA DO EMPREENDIMENTO E INTEGRADO À SUA DINÂMICA.

54 - TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO E FORMAS JURÍDICAS IRREAIS O ARTIGO 442-B DA CLT NÃO PERMITE A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADOR CONSTITUÍDO SOB A FORMA DE PESSOA JURÍDICA, DE MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI) E DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI), ENTRE OUTRAS, QUANDO PRESENTES OS PRESSUPOSTOS PARA O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO (ARTS. 2º E 3º DA CLT).

Vale ressaltar que estes enunciados sanaram todos os problemas que o artigo teria, porém percebe-se neste caso o trabalho do Poder Judiciário em sanar um problema gerado pela promulgação da referida norma em clara discordância com o ordenamento.

Estes enunciados visam tornar a interpretação do dispositivo algo mais sensato e aplicável a realidade fática da relação de emprego no Brasil.

Como percebemos, o Enunciado 51 dispõe que o art. 442-B não impede a caracterização da relação de emprego quando presentes os pressupostos dos artigos 2 e 3 da CLT. Ainda, em sentido parecido o Enunciado 52 traz a interpretação com base no princípio da Primazia da Realidade, sendo este um princípio chave na discussão do presente trabalho. De maneira natural, o Enunciado 53 traz à tona que no trabalho autônomo contínuo e exclusivo fica presumida a relação de emprego, pelo fato deste ser um direito fundamental e a norma trabalhista ter o dever de se submeter ao previsto na Constituição Federal de 1988, sempre que o trabalho exercido seja utilizado na estrutura da empresa e integrado a sua dinâmica. Por fim, o Enunciado 54 trata do fenômeno de Pejotização e naturalmente inibindo este tipo de prática quando ficar comprovada a relação de emprego entre as partes.

3.3 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808/2017

Logo após o começo da vigência da Reforma Trabalhista entrou em vigor a Medida Provisória 808/2017 que, em teoria, viria consertar os erros presentes nos dispositivos da Reforma, entre eles o artigo 442-B da CLT. Durante o vigor desta, vejamos como ficou o artigo em debate:

“Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

§ 1º É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no **caput**.

§ 2º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços.

§ 3º 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.

§ 4º Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula de penalidade prevista em contrato.

§ 5º 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.

§ 6º Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício.

§ 7º O disposto no **caput** se aplica ao autônomo, ainda que exerça atividade relacionada ao negócio da empresa contratante.”

Como se pode verificar, a Medida Provisória entrou em vigor a época com o objetivo de esclarecer e melhorar o artigo. De pronto percebe-se que o **caput** do artigo muda deixando de existir a possibilidade de cláusula de exclusividade como fica evidente, posteriormente, com a leitura do parágrafo primeiro do artigo em questão que veda expressamente essa possibilidade.

No que tange os parágrafos segundo e terceiro do referido artigo, eles visam a legitimação do que pode se tornar uma fraude na relação de emprego quando dispõe que este trabalhador autônomo não é configurado como empregado ao trabalhar apenas para um empregador e podendo exercer a mesma atividade fim da empresa e o parágrafo sétimo deste vem para sacramenta a decisão do legislador de facilitar a possibilidade de fraude da relação de emprego.

Por outro lado, os parágrafos quarto e sexto trazem um avanço em relação ao texto atual. Onde no quarto o trabalhador autônomo teria a possibilidade de recusar o trabalho, e no sexto que merece destaque, pois afirma que quando houver subordinação jurídica (que é um dos requisitos essenciais da relação de emprego) será reconhecido o vínculo empregatício. Isto nos remete ao princípio da Primazia da Realidade no direito do trabalho onde a realidade dos fatos se faz valer diante de conflito entre o real e o formal.

Este dispositivo legal possui seus lados negativos e positivos dentro do contexto de proteção do trabalhador como vemos. Por um lado, o legislador buscou efetivar a possibilidade de trabalho autônomo na atividade fim da empresa, o que por si só é ruim, além de facilitar a possibilidade de fraudes dentro desta relação.

Por outro lado, ele também busca deixar de maneira clara que não se pode fraudar a relação de emprego como fica evidente no parágrafo sexto. Assim, apesar de não ser a alternativa ideal, esta Medida Provisória se apresenta como uma solução alternativa para esta situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que o dispositivo em análise é incompatível com o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, pois vai de encontro a todas as premissas do direito do trabalho de proteção do trabalhador empregado frente ao empregador.

Por possibilitar a fraude e causar insegurança jurídica, tanto na esfera trabalhista, como constitucional e até internacional, tamanha a importância da manutenção das premissas trabalhistas já que são constitucionalmente previstas e o trabalho decente e a segurança no trabalho são assegurados por tratados internacionais.

Tão incompatível o dispositivo e cheio de falhas que foram necessários quatro enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho para sanar as irregularidades presentes no artigo e aqui se apresentam como principal solução para combater possíveis fraudes na relação de emprego mascarando-a.

Ainda, como possível solução ao problema, propõe-se que o artigo seja revogado para sanar a insegurança jurídica presente e atender o seu verdadeiro propósito, qual seja o direito ao trabalho presente na Carta Magna como princípio essencial ao Princípio da Dignidade Humana e de acordo com o Princípio norteador do Direito Trabalhista, o Princípio Protetor.

Outra solução alternativa, buscando um meio termo entre os dois lados da discussão seria a conversão da Medida Provisória nº. 808/2017 que trouxe mecanismos para sanar alguns problemas existentes no artigo em vigor atualmente, apesar de permitir o Trabalho Autônomo atuando na atividade fim do Empregador ou Tomador de Serviço.

Entretanto, enquanto não há um posicionamento do Poder Legislativo sobre o assunto o Poder Judiciário terá de observar os enunciados citados no último capítulo do trabalho da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho como solução mais viável a curto prazo para queo empregado não seja prejudicado e tenha seus direitos usurpados

REFERÊNCIAS

2ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. **Aplicação Subsidiária Do Direito Comum E Do Direito Processual Comum. Princípio Da Intervenção Mínima. Prescrição Trabalhista E Prescrição Intercorrente. Grupo Econômico E Sucessão De Empresas - Enunciados.** Disponível em: <<http://csb.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Enunciados-ANAMATRA-Reforma-Trabalhista.pdf>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018.

ALVARENGA, Rubia. **A Organização Internacional Do Trabalho E A Proteção Aos Direitos Humanos Do Trabalhador.** Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2510&revista_caderno=25>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

ANDRADE, Iris Soier do Nascimento de. **30 Anos Da Constituição Cidadã E A Tentativa De Esvaziamento De Direitos Sociais Trabalhistas Pela Lei 13.467/2017.** Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 64, n. 98, p. 59-83, jul./dez. 2018

ARARIPE, Liliane R. Bastos de Alencar. **Trabalho Autônomo E Intermitente: As Novas Figuras Laborais Trazidas Com A Reforma E Os Desafios Que A Mudança Acarreta.** Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região, Brasília, v. 21, n. 2, 2017.

ARELLANO, O. P., & GAMONAL, C. S. Flexibilidad y desigualdad en Chile: el derecho social en un contexto neoliberal. **Boletín mexicano de derecho comparado**, v. 50, n. 149, p. 555-579, 2017.

BARBOSA, Attila Magno Silva; ORBEM, Juliani Veronezi. **“Pejotização”: Precarização Das Relações De Trabalho, Das Relações Sociais E Das Relações Humanas.** Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20184>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 27 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei n°. 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação Das Leis Do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 27 de novembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n°. 51. Texto: **NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial n° 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005**

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n°. 288. Texto: **COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA (nova redação para o item I e acrescidos os itens III e IV em decorrência do julgamento do processo TST-E-ED-RR-235-20.2010.5.20.0006 pelo Tribunal Pleno em 12.04.2016) - Res. 207/2016, DEJT divulgado em 18, 19 e 20.04.2016**

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n°. 276. Texto: **AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários À Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

ÉPOCA. **A reforma trabalhista libera a “pejotização” nas empresas?**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/25505-a-reforma-trabalhista-libera-a-pejotizacao-nas-empresas>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe; ALVARENGA, Rúbia. **Terceirização de Serviços e Direitos Sociais Trabalhistas**. 1ª Ed. São Paulo: LTR, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto. **Manual de Direito do Trabalho**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso De Direito Do Trabalho**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva 2018.

LIMA, Francisco Melton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista**. 16^a ed. São Paulo: LTr, 2017.

MAEDA, Patrícia. **A Era dos Zero Direitos**. 1^a ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SASTRE, Cristiane Fraga da Silveira; OLTRAMARI, Andréa Poletto. Reforma trabalhista – flexibilização das relações de trabalho: O que o Brasil pode aprender com a experiência chilena. **Nuevas formas de organización y trabajo: Latinoamérica frente a los actuales desafíos económicos, sociales y medioambientales**. Santiago: Red Pilares, Cap. 87, p. 920-930, 2018.

SIMÕES, Alexandre. **Dos elementos caracterizadores da relação de emprego**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9540/Dos-elementos-caracterizadores-da-relacao-de-emprego>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

SOUZA, Geovanni Oliveira de. **A Reforma Trabalhista E A Figura Do “Autônomo Exclusivo”. Segurança Jurídica Ou Liberação Da “Pejotização”?**. Disponível em: <<https://geoadv.jusbrasil.com.br/artigos/512114452/a-reforma-trabalhista-e-a-figura-do-autonomo-exclusivo-seguranca-juridica-ou-liberacao-da-pejotizacao>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018.