



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

Rio de Janeiro, 27 de maio de 2020.

NOTA TÉCNICA CONSULTIVA

Assessor Especial Arnaldo Goldemberg

ASSUNTO: “PEJOTIZAÇÃO” E “REFORMA TRABALHISTA”. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO.

Introdução

O presente trabalho analisará a adoção da prática da intitulada “*pejotização*” na contratação de serviços, observados os limites legais e jurisprudenciais para que se dê de forma lícita, passando pela observação histórica e principiológica à luz da Constituição Federal, na busca de **solução viável que não afronte direitos trabalhistas** e garanta a proteção de todos os envolvidos. Serão analisados os aspectos legais relacionados à utilização do trabalho por meio da contratação da Sociedade em Conta de Participação.

É importante ressaltar que este estudo não é vinculante e tem natureza meramente consultiva e informativa de apoio. O Estudo não emite posicionamento quanto aos aspectos de conveniência e oportunidade, pois tais elementos são inerentes ao mérito administrativo, que se encontra no âmbito da competência do administrador público.

1. Considerações iniciais: contexto da “Reforma Trabalhista”.

Antes de tratar do tema “*pejotização*”, necessário se faz trazer o conceito de terceirização trabalhista, sua aplicação e regulamentação.

A **terceirização** ocorre quando uma empresa contrata outra para executar atividade-meio ou que atenda aos seus fins empresariais, ou seja, em vez de executar serviços diretamente com os seus próprios empregados, opta por contratar outra empresa para que os realize.

Nesse caso, o trabalhador é contratado pela empresa interposta ou intermediadora (empregadora), mas presta serviços em outro local (empresa tomadora de serviços). Sendo assim, os trabalhadores serão empregados da empresa terceirizada, sob o regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com garantia de todos os direitos trabalhistas e a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços.

As empresas começaram a adotar a terceirização com o objetivo de dinamizar e especializar os seus serviços, fazendo com que a sua preocupação se destinasse apenas às atividades principais.

Antes de 2017 não havia lei geral com a regulamentação da terceirização, tendo a matéria sido tratada pelo Poder Judiciário em ativismo judicial interpretativo, com a edição da **Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)** revisando a anterior Súmula 256 que remonta a 1993, traçando parâmetros e limites que foram seguidos pelo Judiciário trabalhista, estando na sua última versão



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

com o seguinte teor¹:

TST – SÚMULA Nº 331² – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 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 pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, 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 nº 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.

A Súmula 331 do TST vedava a terceirização geral. Permitia apenas terceirização específica de serviços de vigilância, conservação e limpeza e de serviços ligados à atividade “meio”, desde que fossem prestados sem pessoalidade e sem subordinação direta.

Embora a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho ainda não tenha sido alterada, a questão da atividade-meio ou fim ficou resolvida no julgamento de 30.8.2018 perante o Supremo Tribunal Federal referente à ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e ao RE - Recurso Extraordinário nº 958.252, analisando em ambos a constitucionalidade da terceirização na denominada “**atividade-fim**”, nas ações que envolviam a terceirização anterior à entrada em vigor das Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17. O STF fixou a seguinte tese de repercussão geral: “**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 contratante**”.

¹ Na última modificação recebeu nova redação no item IV e foram inseridos os itens V e VI - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011.

² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html> Acesso em: 15 mai. 2020.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Destaca-se que o julgamento perante o STF da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252 que resultou na tese de repercussão geral de constitucionalidade da terceirização da atividade-meio, foi proferido no contexto das então recentes Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017.

Com o advento da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 foram alterados e acrescidos diversos dispositivos à Lei nº 6.019/1974, para tratar especificamente do trabalho temporário, da empresa de intermediação de mão de obra e da prestação de serviço pelo sistema de terceirização.

Além dos artigos 4º-A e 5º-A, que tiveram suas redações alteradas pela *Reforma Trabalhista*, cabe destacar o acréscimo feito pela Lei nº 13.429/2017, dos artigos 4º-B e 5º-B da Lei nº 6.019/1974.

O artigo 4º-B da Lei nº 6.019/1974, estabelece os requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros, conforme se verifica a seguir:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e,

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Para o contrato ser classificado como solene na forma do artigo 5º-B da Lei 6.019/74, o contrato de prestação de serviços deverá conter os requisitos enumerados no rol dos incisos I a IV:

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá: I - qualificação das partes; II - especificação do serviço a ser prestado; III - prazo para realização do serviço, quando for o caso; IV - valor.

A lei, ao regulamentar a terceirização, deixou de estabelecer requisitos ou prazos para que o empregado recém-dispensado ou o prestador de serviços sem vínculo empregatício da empresa contratante passem a trabalhar como integrante de empresa terceirizada, prestadora de serviços, tomadora cliente, antes empregadora ou contratante daquele trabalhador.

Os autores e Procuradores do Trabalho, Élisson Miessa e Henrique Correia³ destacam:

³ MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Manual da Reforma Trabalhista. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 1354.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Dessa forma, era possível que o empregador dispensasse seus empregados ou os trabalhadores autônomos e, logo em seguida, celebrasse contrato de prestação de serviços a terceiros com empresa, cujos sócios ou titulares seriam seus próprios ex-empregados ou antigos trabalhadores autônomos. [...]

Essa brecha na legislação poderia viabilizar o cometimento de fraudes na relação de trabalho, pois estaríamos diante da “*pejotização*”, que consiste na criação de uma empresa, com personalidade jurídica própria pelo trabalhador para que a relação possa ser mascarada com uma prestação de serviços.

Já a “*pejotização*” – um neologismo oriundo de “PJ” (pessoa jurídica) – é definida como uma prática do empregador em contratar um funcionário como pessoa jurídica (PJ) ou de dispensar um empregado com registro em carteira e recontratá-lo na forma de pessoa jurídica.

Essa prática pode ser caracterizada como uma forma de contratação na qual a empresa contratante, para a efetivação da contratação ou para a manutenção do posto de trabalho, exige que o trabalhador, pessoa física, constitua uma pessoa jurídica, que pode ser uma firma individual ou uma sociedade empresária, para a prestação de serviços de natureza personalíssima. Assim, realiza-se um contrato de prestação de serviços para a execução das atividades.

O cerne da questão é que ao agir dessa maneira, com a intenção de camuflar uma relação de emprego, e, constatado que estão presentes os requisitos do artigo 3º da CLT, o vínculo empregatício poderá ser reconhecido.

Ao utilizar a técnica com o intuito de potencializar seus lucros, é inegável o benefício para o empregador, haja vista que ficará afastado o seu dever de pagamento das verbas e dos encargos e obrigações trabalhistas e previdenciárias, tornando a contratação mais barata, por não existir anotação na CTPS do empregado.

A corrente garantista sempre sustentou que a “*pejotização*”, por si só, seria uma prática ilegal, e caracterizaria a fraude à relação de emprego, independentemente da análise subjetiva da nova relação formada, já que transmuta as características do contrato de trabalho, objetivando a restrição de direitos trabalhistas do empregado.

Em contraposição a esse entendimento, outra parte da doutrina entende que o termo “*pejotização*” não necessariamente configura uma fraude à legislação trabalhista, tendo em vista que seria possível realizar uma diferenciação entre hipóteses em que a prática é lícita - quando a subordinação não aparece, ou em hipóteses consideradas ilícitas - quando são constatados todos os elementos típicos de um contrato de trabalho.

Somente quando constatada a fraude, a pejotização deve ser tornada nula, conforme previsto no artigo 9º da CLT:

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.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Travou-se tal discussão com veemência em razão das lacunas deixadas pela Lei nº 13.429/2017 que causavam incertezas, insegurança jurídica e abalizadas críticas. Aliás, a antiga omissão legislativa em regulamentar o assunto, já havia levado o TST a firmar o tema da terceirização por meio da Súmula 331 do TST, em verdadeiro ativismo jurídico interpretativo, com forma e força de “quase norma”.

A edição da Lei nº 13.467 de 13.7.2017, conhecida como “*Reforma Trabalhista*”, alterou a regulamentação da terceirização, sanou as omissões deixadas na Lei 13.429/2017 e evitou o efeito da dispensa massiva dos trabalhadores, viabilizando a licitude da terceirização da atividade-fim, regulando com maior proteção a relação jurídica.

A *Reforma Trabalhista* trouxe inovações, entre as quais foram estabelecidos parâmetros para a “*pejotização*” das atividades-fim da empresa, como o prazo de **dezoito meses** para que os empregados ou trabalhadores sem vínculo empregatício possam figurar como sócios ou titulares da empresa contratada.

Ressalta-se que a nova disposição legal objetivou evitar dispensas e recontrações dos mesmos trabalhadores sem os vínculos da CLT. A *Reforma Trabalhista* estipulou verdadeiro **período de quarentena** entre a dispensa e a recontração do trabalhador como pessoa jurídica.

1.1. Inovações trazidas à Lei nº 6.019/74 pela Lei nº 13.467/2017 – *Reforma Trabalhista*.

A presente nota técnica aborda o tema referente ao trabalhador autônomo, pessoa física que presta serviços por conta própria, que teve sua atividade regulamentada pela *Reforma Trabalhista*.

O autônomo possui ampla liberdade para escolher o seu horário de trabalho e como será pago pelos seus serviços.

Os elementos característicos que qualificam a relação de emprego como espécie da relação de trabalho são: **continuidade, onerosidade, pessoalidade, alteridade e subordinação jurídica**, sendo, esta última, reconhecida como característica “nuclear” da relação de emprego. As demais características podem estar presentes na relação de trabalho do autônomo, mas, se houver a figura da subordinação jurídica, a relação será da espécie emprego.

O artigo 442-B da CLT (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017), o trabalho autônomo poderá ser realizado com cláusula de exclusividade e continuidade, no que se transcreve:

CLT, 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.

A inclusão do art. 442-B na CLT trouxe para o ordenamento jurídico a reafirmação de que o autônomo poderia prestar serviços com pessoalidade e de forma contínua, sem que fosse descaracterizada sua condição de trabalhador sem vínculo empregatício.

Embora o trabalho autônomo não constitua prestação de serviços por pessoa jurídica, a expressa previsão no art. 442-B da CLT permite o alargamento da interpretação das situações em que se tem a “*pejotização*” lícita.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Constata-se que a norma legal expressamente reconhece como trabalhador autônomo aquele que for contratado e prestar serviços permanentemente a apenas uma empresa, ou seja, com exclusividade e continuidade, afastando as concepções das necessárias alternâncias de obreiro e eventualidade dos serviços. Deste modo, **se tal contratação se der quando o trabalhador for sócio ou titular de pessoa jurídica – no que interessa ao presente estudo – também não haverá qualquer ilicitude.**

O texto do art. 442-B da CLT ao consagrar o melhor entendimento jurídico do tema afastou qualquer divisão doutrinária ou interpretação divergente que sustentasse a permanência da qualidade de empregado para a relação contratual entre a tomadora de serviços e pessoa jurídica prestadora de serviços integrada por trabalhador, apenas pelas condições de exclusividade e continuidade, de forma que tais aspectos também não configuram “*pejotização*” ilícita.

O problema é que estando presente o **elemento nuclear da “subordinação jurídica”**, somado a todos os requisitos para formação do vínculo de emprego, a aplicação do artigo 442-B da CLT, a princípio, não preponderará diante da melhor aplicação dos artigos 2º e 3º da CLT e pelo princípio da **primazia da realidade**, conforme Enunciados nº 51 a 54 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho⁴, transcritos abaixo:

Enunciado nº 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.

Enunciado nº 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).

Enunciado nº 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.

⁴ Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA. Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada em 9-10.10.2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 17 mai. 2020.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Enunciado nº 53: 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).

Com efeito, a consagração do trabalhador autônomo exclusivo e de prestação de serviços contínua, no art. 442-B da CLT, vem a refletir na possibilidade de considerar lícita a chamada “*pejotização*”, devendo, no entanto, ser observado que:

- A contratação de pessoa jurídica em que o sócio ou titular prestem serviços como trabalhador ao contratante tomador de serviços não pode importar na subordinação jurídica direta sobre o trabalhador;
- A decisão do STF no julgamento do ADPF 324 e REExt 958252 com repercussão geral, admite a terceirização inclusive da atividade-fim da empresa, observada a Lei nº 6.019/1974, com alteração dada pelas Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017 (*Reforma Trabalhista*), devendo a empresa interposta ser pessoa jurídica especializada na prestação dos serviços oferecidos, sendo vedada a subordinação na relação entre empresa tomadora e pessoas físicas dos trabalhadores que prestam os respectivos serviços e a contratação na empresa terceirizada exige o lapso de 18 meses após a extinção do contratual, na condição de empregado e/ou sócio na prestadora de serviços, exceto se o referido sócio for aposentado.

A *Reforma Trabalhista* trazida pela Lei nº 13.467/2017 tratou da terceirização da atividade-fim, com a modificação nos artigos 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/1974, que versa sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas.

Essas alterações tiveram o escopo de abordar a abrangência da terceirização da prestação de serviços, conforme se verifica abaixo:

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.

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.

Tal como tratado anteriormente, a Súmula 331 do TST não permitia a terceirização da atividade-fim ou das principais atividades da empresa, não podendo haver subordinação e pessoalidade entre o trabalhador terceirizado e empresa tomadora dos serviços (contratante).

A terceirização foi objeto da primeira regulamentação na Lei nº 13.429/2017, promulgada em 31 de março, que alterou a Lei nº 6.019/2017.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

Forma-se uma relação jurídica triangular com o trabalhador terceirizado, a empresa de prestação de serviços a terceiros (empresa interposta) e a empresa contratante.

A Lei nº 13.429/2017 também versava sobre o trabalho temporário e, segundo alguns intérpretes liberais, não teria restringindo os serviços suscetíveis de terceirização apenas à atividade-meio da empresa, de modo que teria sido autorizada a terceirização nas atividades-fim das empresas.

Contudo, a falta de previsão expressa na lei gerou insegurança jurídica quanto à tese de que teria tido extensão para a atividade-fim da empresa. Levantaram-se os intérpretes garantistas, com fortes argumentos, para sustentar que a regra de interpretação advinda do princípio tutelar assegurava o afastamento da ampliação de alcance no sentido da norma.

Prevalecia o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho-TST, sufragado na Súmula 331, em não reconhecer a terceirização de atividade-fim, tal como antes da vigência da Lei nº 13.429/2017.

A intenção do legislador ficou evidenciada quando supriu a falta da expressa previsão legal, na Lei nº 13.467/2017 da *Reforma Trabalhista* que novamente alterou a Lei nº 6.019/1974 para deixar clara a possibilidade de terceirização nas atividades-fim das empresas, conforme se verifica através dos supratranscritos artigos 4º-A e 5º-A.

Contudo, foi estabelecido como requisito para terceirização, no artigo 4º-A da Lei nº 6.019/1974, a exigência de que seja por meio de pessoa jurídica de direito privado, sendo empresa prestadora de serviços que detenha capacidade econômica compatível com a sua execução.

A falta do cumprimento do requisito da capacidade econômica, expressamente discriminado na Lei nº 6.019/74, no art. 4-B, prevendo o valor do capital social mínimo de acordo com o número de empregados contratados, caracterizará a ilegalidade da contratação da empresa interposta e levará ao reconhecimento de vínculo direto com a empresa contratante, tomadora dos serviços.

A terceirização será **ilícita** mesmo após a *Reforma Trabalhista* se houver: (i) **subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e a empresa contratante** e (ii) **ausência de capacidade econômica da empresa de serviços a terceiros**.

O artigo 4º-C introduzido pela *Reforma Trabalhista* na Lei nº 6.019/1974 tratou do tema da isonomia, antes não previsto na Lei nº 13.429/2017 e na Súmula 331 do TST – embora fosse objeto da OJ-SDI1-383 do TST⁵ – no que diz respeito ao direito à equivalência de condições de trabalho e equiparação salarial:

⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I) nº 383 – TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

A *Reforma Trabalhista* estipulou a obrigação de a empresa prestadora de serviços não discriminar os terceirizados em relação às condições ofertadas aos empregados da tomadora de serviços, tais como as condições de alimentação, transporte, atendimento médico ou ambulatorial e medidas de proteção à saúde e segurança no trabalho, ainda que sejam superiores às que a empresa interposta normalmente praticar em relação aos seus trabalhadores.

No que tange ao salário, a Lei nº 13.467/2017 estabeleceu mera faculdade entre a empresa de terceirização e a contratante, o estabelecimento de salário equivalente aos terceirizados para receberem o mesmo valor pago aos empregados da contratante.

Contudo, o direito à equiparação salarial pode assumir a feição de cogência e sua interpretação escapar mera autonomia da vontade das partes contratantes, diante dos preceitos da equiparação salarial ou do enquadramento sindical dos empregados terceirizados na mesma categoria dos empregados da empresa tomadora dos serviços.

O Enunciado nº 76 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA⁶ corresponde ao entendimento de que a isonomia salarial constitui efetivo direito do trabalhador terceirizado e não decorre da vontade do empregador e seu contratante:

⁶ Loc. cit. Acesso em: 17 mai. 2020.

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

Enunciado nº 76: TERCEIRIZAÇÃO – ISONOMIA SALARIAL. OS EMPREGADOS DAS EMPRESAS TERCEIRIZADAS TÊM DIREITO DE RECEBER O MESMO SALÁRIO DOS EMPREGADOS DAS TOMADORAS DE SERVIÇOS EM MESMAS ATIVIDADES, BEM COMO USUFRUIR DE IGUAIS SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO E ATENDIMENTO AMBULATORIAL. VIOLA OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ARTIGOS 1º, III E 5º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA) O DISPOSTO NOS §§ 1º E 2º DO ARTIGO 4º-C DA LEI 6.019/74, AO INDICAREM COMO MERA FACULDADE O CUMPRIMENTO, PELO EMPREGADOR, DESSES DEVERES CONSTITUCIONAIS. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 1º, III, 3º, I, 5º, "CAPUT" E 7º, XXXII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

Portanto, a possibilidade de distinção salarial entre terceirizados e empregados da contratante suscita vigorosa controvérsia diante do entendimento previamente externado pela entidade de classe dos magistrados trabalhistas e depende de interpretação do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, para que o tema alcance a necessária segurança jurídica.

Voltando à questão da “*pejotização*”, aborda-se o artigo 5º-C da Lei nº 6.019/1974 introduzido pela *Reforma Trabalhista*, que trata da chamada **quarentena**:

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º - A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, **nos últimos dezoito meses**, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

A *mens legis* desse período de quarentena foi a proteção da manutenção dos empregos e a viabilização da celebração do contrato de terceirização, evitando assim a dispensa dos trabalhadores e sua subsequente recontração em empresas de terceirização.

Outra hipótese de **quarentena** foi estabelecida no artigo 5º-D da Lei nº 6.019/1974, constituindo mais uma inovação da Lei nº 13.467/2017 que instituiu a *Reforma Trabalhista*, prevendo o prazo de dezoito meses para recontração do empregado terceirizado na mesma empresa de terceirização:

Art. 5º-D. O empregado que for demitido⁷ não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão⁸ do empregado.

A *Reforma Trabalhista* admite como exceção ao período de quarentena a contratação dos trabalhadores aposentados, que podem integrar a pessoa jurídica da empresa contratada na condição de sócios ou titulares, entendendo que, nestes casos, não há incentivo à precarização do emprego.

⁷ Anote-se que a legislação não adotou a melhor técnica jurídica na terminologia da reforma trabalhista, no art. 5º-D da Lei 6.019/74, pois o termo “demissão” diz respeito ao pedido do empregado para encerrar o contrato de trabalho, em contraponto à “dispensa” que ocorre quando o empregador toma a iniciativa do rompimento do contrato de trabalho. Uma das corretas expressões poderia ter sido adotada: “cessação”, rompimento ou “extinção” do contrato de trabalho.

⁸ Idem.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Não há incidência do período de quarentena se o trabalhador tiver prestado serviços sem vínculo empregatício de forma válida, sem simulação ou violação à lei. Os artigos 5º-C e 5º-D da Lei nº 6.019/1974 não têm aplicação neste caso.

Sendo assim, se o trabalhador autônomo, sócio ou titular de outra pessoa jurídica (“PJ”), tiver prestado serviços à empresa contratante, não há impedimento para sua contratação na condição de trabalhador terceirizado sem cumprir a quarentena.

Portanto, são estes os sintéticos apontamentos de destaque, referentes às inovações advindas das Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017, no âmbito do trabalho autônomo, da terceirização, “*pejotização*”, recontração e quarentena.

2. O fenômeno da “*pejotização*” à luz dos princípios constitucionais.

2.1 O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e do Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252, com repercussão geral, pelo STF.

Conforme demonstrado, a “*pejotização*” ganhou novos contornos a partir da chamada *Reforma Trabalhista* promovida pela Lei nº 13.467/2017, destacando-se o estabelecimento de um período de quarentena para que as empresas possam recontratar antigos empregados na qualidade de prestadores de serviços e a possibilidade de terceirização de suas atividades-fim.

Conforme já foi dito neste estudo, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e do Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252, em 30 de agosto de 2018, com repercussão geral, estabeleceu que, **em interpretação da Constituição Federal, admite a terceirização em todas as atividades da empresa.**

Portanto, o reflexo imediato do julgamento havido no STF, recai sobre as disposições decorrentes das alterações introduzidas pelas Leis nº 13.429 e nº 13.467/2017, na Lei nº 6.019/74 no que tange à terceirização da atividade-fim, cujas disposições não podem ser havidas por inconstitucionais.

Importante entender os fundamentos que levaram ao reconhecimento da constitucionalidade da atividade-fim.

A Associação Brasileira de Agronegócio ingressou com a ADPF nº 324 questionando a interpretação que vinha sendo adotada pela Justiça do Trabalho quanto à aplicação da Súmula 331 do TST, ao vedar a possibilidade de terceirizar a prestação de serviços para a atividade-fim da empresa.

Como justificativa, alegou que tal entendimento afeta a liberdade de contratação das empresas, além de violar preceitos constitucionais fundamentais da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho.

O ministro Luís Roberto Barroso, relator da ADPF em questão, em seu voto, destacou que a discussão em torno da terceirização...

...não se trata de um debate entre progressistas e reacionários, mas sim, de um caminho para se assegurar o emprego e garantir direitos



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

aos trabalhadores, proporcionando o desenvolvimento econômico: Num momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade, é preciso considerar as opções disponíveis sem preconceitos ideológicos ou apego a dogmas⁹.

O relator ainda afirmou que as restrições à terceirização violam os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica, além de não terem respaldo legal.

Votou pela licitude da terceirização e propôs a tese que foi vencedora e seguida pelos ministros Luiz Fux, Alexandre de Mores, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carmen Lúcia. O julgamento da ADPF nº 324 teve a seguinte ementa:

DIREITO DO TRABALHO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E DE ATIVIDADE-MEIO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações.

4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo 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 (art. 31 da Lei 8.212/1993).

5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial.

6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Fe-

⁹ STF julga constitucional terceirização de atividade-fim. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/286649/stf-julga-constitucional-terceirizacao-de-atividade-fim>> Acesso em: 18 mai. 2020.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

deral a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta.

7. Firmo 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 8.212/1993”.**

8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado.¹⁰ (grifos nossos)

Assim como na ADPF nº 324, o Recurso Extraordinário nº 958.252 com repercussão geral tratou da possibilidade de terceirização das atividades-fim e do exame da constitucionalidade da Súmula 331 do TST.

O relator do julgamento do referido RE, o Ministro Luiz Fux, votou pelo provimento do recurso interposto pela Companhia Celulose Nipo-Brasileira e consequente reforma da decisão do Tribunal Trabalhista que vedou a terceirização das atividades da empresa.

Para ele, as intervenções no poder regulatório na dinâmica da economia devem se limitar ao mínimo possível, sendo “essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos”¹¹.

O ministro relator afastou o argumento de que a terceirização viola direitos consagrados constitucionalmente e pontuou fatores que considera benéficos para as relações de trabalho, entre eles o aprimoramento das tarefas pelo aprendizado especializado, a redução da complexidade organizacional, o estímulo à competição entre fornecedores externos e a maior facilidade de adaptação às necessidades de modificações estruturais.

O julgamento do Recurso Extraordinário recebeu a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. CONSTITUCIONALIDADE DA “TERCEIRIZAÇÃO”. ADMISSIBILIDADE. OFENSA DIRETA. VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA (ART. 1º, IV, CRFB). RELAÇÃO COMPLEMENTAR E DIALÓGICA, NÃO CONFLITIVA. PRINCÍPIO DA LIBERDADE JURÍDICA (ART. 5º, II, CRFB). CONSECUTÓRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, CRFB). VEDAÇÃO A RESTRIÇÕES ARBITRÁRIAS E INCOMPATÍVEIS COM O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. DEMONSTRAÇÃO EMPÍRICA DA NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPOR-

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da ADPF 324. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

¹¹ STF julga constitucional terceirização de atividade-fim. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/286649/stf-julga-constitucional-terceirizacao-de-atividade-fim>> Acesso em: 18 mai. 2020

**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

CIONALIDADE ESTRITA DE MEDIDA RESTRITIVA COMO ÔNUS DO PROPONENTE DESTA. RIGOR DO ESCRUTÍNIO EQUIVALENTE À GRAVIDADE DA MEDIDA. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE ESTABELECIDAJURISPRUDENCIALMENTE. EXIGÊNCIA DE GRAU MÁXIMO DE CERTEZA. MANDAMENTO DEMOCRÁTICO. LEGISLATIVO COMO LOCUS ADEQUADO PARA ESCOLHAS POLÍTICAS DISCRICIONÁRIAS. SÚMULA 331 TST. PROIBIÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO. EXAME DOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE FRAGILIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SINDICAIS. DIVISÃO ENTRE “ATIVIDADE-FIM” E “ATIVIDADE-MEIO” IMPRECISA, ARTIFICIAL E INCOMPATÍVEL COM A ECONOMIA MODERNA. CISÃO DE ATIVIDADES ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS. ESTRATÉGIA ORGANIZACIONAL. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER FRAUDULENTO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE DESENHO EMPRESARIAL (ARTS. 1º, IV, E 170). CIÊNCIAS ECONÔMICAS E TEORIA DA ADMINISTRAÇÃO. PROFUSA LITERATURA SOBRE OS EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS TRABALHISTAS POR CADA EMPRESA EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS QUE CONTRATAREM. EFEITOS PRÁTICOS DA TERCEIRIZAÇÃO. PESQUISAS EMPÍRICAS. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE METODOLOGIA CIENTÍFICA. ESTUDOS DEMONSTRANDO EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO QUANTO A EMPREGO, SALÁRIOS, *TURN OVER* E CRESCIMENTO ECONÔMICO. INSUBSISTÊNCIA DAS PREMISSAS DA PROIBIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I, III, IV E VI DA SÚMULA 331 DO TST. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA CONTRATANTE POR OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO¹².

Assim, a modificação trazida pela Lei nº 13.467/2017 – *Reforma Trabalhista* passou a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão tem efeito vinculante em todo Poder Judiciário, tendo como repercussão geral, a tese, ora novamente destacada:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho em pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante¹³.

2.2. Aspectos históricos e constitucionais antecedentes ao fenômeno da “pejotização”.

Não é novidade que as empresas buscam auferir maior lucratividade a partir da materialização de dois conceitos básicos: aumento dos ganhos e diminuição dos custos de produção, os quais estão relacionados a diversos fatores, tais como matéria prima, otimização do processo produtivo e, dentre eles, a mão de obra.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 958.252. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>> Acesso em: 18 mai. 2020.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>> Acesso em: 18 mai. 2020.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Historicamente, pode-se associar a principal razão econômica do desenvolvimento do direito do trabalho à evolução dos meios de produção, com a consequente substituição da força humana de trabalho e o crescimento do capitalismo.

O capitalismo industrial como modo produtivo dominante foi consolidado pela Revolução Industrial, ocorrida no século XVII, o que ensejou o surgimento da sociedade industrial e o trabalho assalariado. A partir desse contexto, surgiram os primeiros conflitos entre trabalho e capital.

Pela ausência de regulamentação, as condições das relações de trabalho eram determinadas pelo livre acordo entre as partes, conforme suas necessidades. O papel do governo era apenas de intermediário, garantindo o cumprimento do que fora acordado com mínima interferência. Entretanto, as condições precárias de trabalho aliadas às péssimas condições de vida fizeram com que os operários se organizassem por meio de movimentos para a criação de leis que lhes garantissem o mínimo de dignidade.

Como resultado da pressão para que o Estado colocasse os direitos trabalhistas sob a proteção constitucional, houve o desencadeamento do processo de constitucionalização desses direitos em diversos países, a exemplo da Constituição Social Mexicana em 1917 e da Constituição de Weimar em 1919 na Alemanha. Ao final da Primeira Guerra Mundial foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que consagrou direitos fundamentais aos trabalhadores.

Apesar do esforço de inclusão dos direitos trabalhistas na Constituição, as normas constitucionais sociais eram adotadas não autoaplicáveis, sem efeito prático.

Após a 2ª Guerra Mundial, com o nazismo e o fascismo e outros atos contrários aos direitos humanos, ocorreu uma mudança na forma de interpretar o direito constitucional com o intuito de promover maior proteção à dignidade da pessoa humana. A proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana passa, então, a ser a prioridade do direito, havendo uma alteração do paradigma de que a lei seria suficiente para tal fim, de modo que a valorização dos princípios ganha destaque.

Os princípios constitucionais surgem como uma solução para os conflitos jurídicos, na medida em que são mais abertos, plásticos e adaptáveis e a atualização legislativa que não consegue acompanhar com imediatismo a regulação das demandas da sociedade.

Ao longo da história, a economia mundial vem sendo transformada, demandando uma necessidade constante de que **o direito do trabalho seja interpretado de forma adequada às novas situações econômicas globais e de cada Estado nacional.**

Com a transmutação da economia mundial e o consequente enfraquecimento da política interna de cada país, dos altos índices de desemprego mundial e de subempregos de milhões de pessoas, mister a adoção de medidas que harmonizem os interesses empresariais com as necessidades profissionais, justificando a flexibilização de determinados preceitos rígidos ou de criação de regras alternativas para justificar a manutenção da saúde da empresa e da fonte de emprego.¹⁴

¹⁴ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. São Paulo: Método, 2018, p. 48.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

É inegável também que em períodos de crise, tal como o que a população mundial vem vivenciando desde o final de 2019 em razão da **pandemia do coronavírus**, a discussão sobre o conflito entre os princípios da **proteção do trabalhador** e da **proteção da empresa**, esta considerada como meio de criação e manutenção de empregos, ganha evidência.

2.2.1. A legalidade da “pejotização” e o afastamento de seu uso fraudulento

A chamada “pejotização”, que importa na contratação de empresários como prestadores de serviço, ou seja, trabalhadores que constituem pessoas jurídicas para a prestação de seus serviços aos contratantes, tomadores de serviços, sempre foi muito criticada à luz das considerações de tratamento dado ao trabalhador como parte hipossuficiente, vulnerável e sem poder de manifestar sua vontade em igualdade de condições com aquele que contrata os seus serviços.

A prática da “pejotização” pode ser interpretada como meio de fraudar¹⁵ a legislação trabalhista, na medida em que tomadores de serviços contratem o trabalhador sob a roupagem de prestador de serviços, titular ou sócio de uma pequena “empresa de fachada”, para prestar serviços para a empresa principal, a fim de diminuir os custos desta com verbas trabalhistas e encargos sociais.

Seguindo a ideia de que os empregados, uma vez hipossuficientes, se viam obrigados a aceitar as condições impostas pelos empregadores para a contratação, e que estariam aparentemente renunciando aos direitos decorrentes do vínculo empregatício, o judiciário trabalhista, quando demonstrado pelo **princípio da primazia da realidade** que estavam presentes os elementos característicos da relação de emprego¹⁶ julgam pela nulidade de todos os atos, afastando a aparência de realidade consistente na constituição da pessoa jurídica a qual integre o próprio trabalhador (“pejotização”), diante do **princípio da irrenunciabilidade**, que informa o Direito do Trabalho.

Identificada no caso concreto a presença das características do vínculo de emprego, dentre os quais sobressai a **subordinação jurídica**, o emprego prevalecerá sobre qualquer relação jurídica contratual que tenha sido formalizada. As normas de direito do trabalho são imperativas. Transcendem à vontade das partes. Os direitos trabalhistas são indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis, ainda que o trabalhador haja manifestado sua aceitação em desistir da percepção das garantias previstas na lei. O princípio da irrenunciabilidade deixa o trabalhador a salvo dos atos de exercício do poder econômico de quem emprega e paga os salários, de forma que qualquer consentimento firmado pelo trabalhador que importe na renúncia aos direitos cogentes contidos nas normas trabalhistas será tido como ato inválido sujeito ao alcance da nulidade.

- **Portanto, o fenômeno da “pejotização” lícita tem lugar se mantido o devido enquadramento de tais prestadores de serviços por sua independência funcional e administrativa, sem hierarquia e sem a organização de sua atividade laborativa por parte do tomador de serviços. Não pode o trabalhador “pejotizado” ter relação jurídica que admita seja ele disciplinado, organizado e punido pelo tomador de serviços.**

¹⁵ 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.

¹⁶ Continuidade, onerosidade, pessoalidade, alteridade e **subordinação jurídica** (esta como elemento nuclear).



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

O empregado, como trabalhador juridicamente subordinado, está sujeito aos poderes punitivo e disciplinar do empregador, que organiza sua atividade laborativa e define o “modo” de execução das tarefas.

Diferentemente, no contrato de prestação de serviços não subordinado, as partes contratantes, tomador e prestador de serviços definem o “objeto do contrato”. O *modus operandi* fica a cargo do trabalhador da pessoa jurídica contratada.

Podem ser definidas estratégias de ação, tais como prazos de execução, cronogramas, medições, multas e outros controles que são comuns em qualquer contrato de prestação de serviço empresarial. São verdadeiramente cláusulas contratuais, expressas (escritas, verbais) ou tácitas.

A existência de ordens pessoais de serviço, advertências, suspensões ou penas não contratuais dirigidas pelo tomador de serviços ao trabalhador e a exigência de atividades não contratadas que revelem o poder de disposição sobre o trabalhador, revela a existência da relação de emprego.

A subordinação jurídica tem fundamento nos artigos 2º e 3º da CLT, pois tais normas estabelecem ser o empregador quem admite, assalaria e “dirige a prestação pessoal de serviço” e ser o empregado que presta serviços “sob a dependência” do empregador. E o art. 4º da CLT complementa definindo que o empregado está no serviço efetivo durante período em que estiver à disposição do empregador, “aguardando ou executando ordens”.

2.2.2. Alcance dado ao art. 5º-C da Lei nº 6.019/74.

As disposições trazidas pela Lei nº 13.467/2017 que impedem a contratação de ex-empregados como prestadores de serviços terceirizados durante a *quarentena* de 18 meses, objetivam impedir a precarização do emprego, com a dispensa em massa para substituição do quadro de empregados por quadro de terceirizados.

Em outra vertente a *quarentena* também objetiva coibir a ocorrência da “*pejotização*” e conferir maior proteção aos trabalhadores contra condutas tidas como “abusivas” por parte de empregadores.

Prevê o art. 5º-C da Lei nº 6.019/74, que o empregado que tenha o seu contrato de trabalho extinto, não possa, dentro do período de 18 meses subsequentes, ter novo vínculo com o antigo empregador na qualidade de sócio ou titular de uma pessoa jurídica prestadora de serviço, independentemente como se deu o rompimento contratual, por negociação ou vontade unilateral da empresa.

O primeiro ponto que chama atenção é que a proibição não alcança somente o labor do sócio integrante da pessoa jurídica que tenha sido como empregado da contratante tomadora dos serviços. A pessoa jurídica contratada com outros sócios e outros empregados não deveria ficar proibida, no seu todo, de realizar a prestação dos serviços. A regra deveria ser da interpretação *stricto sensu* por ser uma norma restritiva direcionada ao labor do ex-empregado.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

A proibição, com o alcance dado pelo art. 5º-C, viola o exercício e liberdade organizacional das atividades empresariais, o direito à propriedade privada, a função social da propriedade, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, dispostos na ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que são assegurados entre os princípios da atividade econômica, previstos no art. 170 da Constituição Federal.

Se por um lado o legislador pretendeu proteger o trabalhador de situações em que o rompimento da relação de emprego se revelasse como uma máscara para a sua contratação por intermédio de uma pessoa jurídica, ou acarretasse a substituição dos quadros diretos por terceirizados, precarizando a relação de emprego, acabou não observando que a amplitude dada ao art. 5º-C criou violação constitucional e gerou limitação da liberdade de exercício do trabalho, em desfavor dos empregados ou integrantes da pessoa jurídica que não tenham tido vínculo com a ex-empregadora, pelo fato de outro dentre os sócios da empresa teve tal vínculo e, por tal razão, torna toda a empresa sem aptidão para ser contratada pelo prazo de 18 meses.

O princípio da proteção do trabalhador não deve ser sempre invocado como soberano, irremediavelmente e de forma descontextualizada.

Os aspectos econômicos são relevantes, na medida em que a Constituição Federal dispõe no art. 170 (já mencionado) que *“a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV- livre concorrência e VIII - busca do pleno emprego”*.

Destaca-se a importância de, ao interpretar determinada regra legal, verificar a finalidade a qual se destina e a compatibilidade do seu conteúdo normativo com as demais existentes no sistema jurídico e, principalmente, com os preceitos constitucionais.

Partindo desta compreensão, outro ponto que merece reflexão é o fato de não ter sido considerada na redação do dispositivo supracitado a autonomia da vontade das partes quanto à extinção do contrato de trabalho, cabendo ao intérprete e aplicador do direito suprir a omissão legislativa.

José Pastore (1995) afirma que “o excesso de legislação no Brasil conspira contra a ampliação do espaço da negociação”, defendendo a livre negociação como parte de solução dos problemas econômicos¹⁷.

Ainda que se defenda que o art. 5º-C trazido pela Lei nº 13.467/2017 não faz distinção sobre a forma de extinção do contrato de trabalho para que a regra da quarentena seja observada, a lei também trouxe a possibilidade de extinção do contrato de trabalho por meio de acordo bilateral entre empregado e empregador, em consequência do prestígio conferido à negociação individual e coletiva, observado a partir das demais inovações legislativas.

¹⁷ PASTORE, José. Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva. São Paulo: LTr, 1995, p. 15. In: CASSAR, Vólia Bonfim. Dissertação: Flexibilização das Normas Trabalhistas. Universidade Gama Filho: Rio de Janeiro, 2010, p. 45.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Havendo a ruptura do vínculo empregatício por meio do consenso das partes, da livre-manifestação de suas vontades, não se pode impedir que o ex-empregado configure novo vínculo com o ex-empregador, por determinado período, por apenas ser titular ou compor quadro societário de empresa prestadora de serviços, pena de demasiada interferência na autonomia das partes de negociarem.

Neste caso, a regra parece mais configurar uma penalidade às partes em decorrência da extinção contratual, do que a proteção do trabalhador, que na hipótese em análise, ficará à mercê de outras ofertas no mercado de trabalho, muitas vezes escassas, e, provavelmente, impedido, de forma temporária ou permanente, de auferir renda e garantir a sua manutenção e da empresa da qual faça íntegro ou detenha titularidade por meio de vínculo com o ex-empregador.

Se, por um lado, o art. 5º-C objetive coibir a ocorrência de fraudes e abuso de direitos, ou seja, a imposição para que o empregado se submeta às condições impostas pelo empregador, por outro lado, acaba por desproteger este mesmo empregado, pois ao empregador que decidir pela terceirização das atividades de sua empresa, não restará outro caminho senão o da dispensa do empregado, sem qualquer possibilidade deste mesmo trabalhador ser recontratado na terceirizadora que vier a prestar serviços.

2.2.3. Autonomia das partes contratantes e “reforma trabalhista”.

A doutrina de Élisson Miessa e Henrique Correia (2018) aponta que, diante da utilização da expressão no art. 5º-D ‘empregado demitido’ na “*Reforma Trabalhista*”, o correto seria a ampliação das hipóteses de quarentena para todas as formas de extinção do contrato de trabalho e não apenas para o ‘empregado demitido’, pois evita o cometimento de novas fraudes pelo empregador no momento da dispensa do trabalhador¹⁸.

A professora Vólia Bonfim explica que durante o contrato de trabalho, de maneira geral, a coação presumida, embora plausível, nem sempre está presente, de modo a afirmar que esta deve, portanto, ser provada e não presumida¹⁹.

Sendo assim, incumbe ao intérprete da norma trabalhista identificar se os efeitos concretos de sua aplicação são compatíveis com a finalidade para a qual foi criada e com o conteúdo das demais normas que compõem todo o ordenamento, pena de abandono da análise sistemática do direito.

Entender que o trabalhador não seja suficientemente capaz de escolher o regime que será aplicado a sua relação de trabalho e tratá-lo sempre como incapaz e sem discernimento intelectual, não parece ser acertado.

O ordenamento corrige as desigualdades na medida em que as partes se desigualam e a hipossuficiência deve ser reconhecida quando presente, de acordo com os critérios técnicos, culturais, financeiros etc.

¹⁸ MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Manual da Reforma Trabalhista. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1.358.

¹⁹ CASSAR, Vólia Bonfim. A Reforma Trabalhista e a autonomia da vontade do empregado. Disponível em: <https://www.lex.com.br/doutrina_27640581_A_REFORMA_TRABALHISTA_E_A_AUTONOMIA_DA_VONTADE_DO_EMPREGADO.aspx>. Acesso em: 15 abr. 2020.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

Não se deve afastar o conceito da boa-fé objetiva advinda da aplicação do art. 422 do Código Civil, de aplicação subsidiária ao Direito do Trabalho (art. 8º da CLT), que dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Evidentemente que a “reforma trabalhista” advinda com a Lei nº 13.467/2017 privilegiou a liberdade e a autonomia da vontade das partes, empregado e empregador, estabelecendo casos em que a negociação coletiva e individual prevaleça sobre o direito legislado, partindo da premissa que, uma vez que livremente haja renúncia ou transação de certos direitos, o trabalhador não deva ser tratado como parte vulnerável.

A superproteção do trabalhador pode representar óbice ao desenvolvimento econômico e à criação de oportunidades de emprego, na medida em que nem sempre as normas protetivas, criadas em determinado contexto, são compatíveis com as demandas econômicas e sociais.

Segundo Sússekind *et ali*, a validade de uma transação ou renúncia são limitadas por dois requisitos, quais sejam: (i) **livre-manifestação de vontade** e (ii) **incidência apenas sobre os direitos disponíveis trabalhistas**.²⁰

O saudoso Ministro Arnaldo Lopes Sússekind em sua doutrina propagava que “após a extinção do contrato, o estado de sujeição em que se encontrava o empregado, que poderia configurar uma situação de coação presumida, desaparece, recobrando das partes a **liberdade de negociação e a livre-manifestação de vontade do empregado**”²¹.

A hipótese de extinção do contrato de trabalho por meio do acordo bilateral é prevista e regulada pela lei, de modo que não se pode adotar um caminho interpretativo de que tal situação sempre pressuponha o desequilíbrio que leve à nulidade da avença.

Obviamente, a extinção por acordo pressupõe que haja concessões mútuas e, neste sentido, o empregado sempre poderia alegar que houve prejuízo ao cotejar o resultado do que auferir com o que receberia na hipótese de rescisão por iniciativa do empregador. Este raciocínio levaria à total inutilidade da previsão legal da extinção do contrato de trabalho por vontade mútua.

Neste contexto, a inserção do art. 484-A da CLT pela “reforma trabalhista” prevendo a rescisão contratual por acordo, objetivou suprir uma lacuna da lei, que antes impulsionava as partes a simulações de acordos fraudulentos objetivando o levantamento do FGTS e a percepção do seguro desemprego, em atos ilícitos passíveis de apuração na esfera criminal, caso o trabalhador permanecesse no trabalho.

Mesmo quando realmente ocorre a extinção contratual e a simulação seja apenas quanto à inversão de iniciativa, trocando-se o pedido de demissão pela dispensa pelo empregador, para permitir o saque do FGTS, o fato permanece fraudulento e o empregador não tem garantia de que o ex-empregado retorne com o dinheiro do FGTS recebido, salvo se houver retenção antecipada do mesmo valor.

²⁰ SÚSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1999.

²¹ SÚSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Op. cit., p. 224.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Em uma primeira leitura, pode-se concluir que o art. 484-A da CLT ao estabelecer o acordo de extinção do contrato de trabalho teria pretendido legalizar a prática comum das simulações que vêm ocorrendo entre empregados e empregadores. Neste aspecto, diga-se que a má-fé é de ambos.

Contudo, não parece que a nova previsão advinda da “*reforma trabalhista*” tenha resolvido o problema das fraudulentas resilições simuladas. Isso porque, o acordo de extinção do contrato de trabalho acarreta reduções consideráveis nas verbas indenizatórias e afasta o acesso ao seguro desemprego, o que constitui o fator preponderante para as resilições simuladas.

O empregado recebe a metade do aviso prévio indenizado (art. 484-A, “a”); recebe a metade da indenização do saldo do FGTS (20% ao invés de 40%) (art. 484-A, “b”); só poderá movimentar (sacar) 80% do valor dos depósitos atualizados (saldo) do FGTS de sua conta vinculada (art. 484-A § 1º); e não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego (art. 484-A § 1º).

Ademais, há dúvidas quanto à constitucionalidade do art. 484-A da CLT, diante do art. 7º, I, III, VI, X, XXVI, da CF, bem como, em razão dos princípios tutelar e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Certamente, para dar um mínimo de respaldo ao acordo de extinção do contrato de trabalho fundado no art. 484-A da CLT, recomenda-se que seja celebrado perante o homologador, no sindicato.

2.2.4. O problema do art. 5º-D da Lei nº 6.019/74.

Conforme já abordado, a regra do art. 5º-D da Lei nº 6.019/74 objetiva coibir a “*pejotização*” por meio de “empresas de fachada” dentro do período de quarentena, de modo que o ex-empregado não pode prestar serviços à ex-empregadora por intermédio de qualquer empresa prestadora de serviços (terceirizadora).

Colocando o problema do art. 5º-D na prática, vislumbra-se que o mesmo provoca o desemprego com as dispensas de vários trabalhadores quando uma empresa resolve terceirizar seus setores de trabalho. A empresa contratante, neste caso, dispensa seus empregados dos setores e atribui às empresas contratadas, terceirizadoras, a incumbência de assumir a produção e as atividades laborativas de cada posto de trabalho em todos os setores objetos da terceirização.

Porém, tais empresas prestadoras de serviço contratadas por terceirização ao buscarem profissionais para a substituição dos setores da empresa tomadora dos serviços se deparam com a proibição do art. 5º-D, de modo que não têm a possibilidade de recontratar os ex-empregados da empresa contratante, os quais seriam os mais indicados para reassumir as responsabilidades pelos postos de trabalho. Acabam sendo obrigados a contratar empregados novos, que não conhecem as práticas da empresa onde vão trabalhar e os métodos de trabalho, o que acarretará uma diminuição de rendimento, exigirá treinamento, diminuição da produção etc., tudo com prejuízos para o negócio.

Não fosse o óbice do art. 5º-D, a terceirizadora certamente daria preferência pelos ex-empregados, por gozarem de experiência e conhecimentos inerentes ao funcionamento do empreendimento.

Do ponto de vista de todos os ex-empregados dos setores terceirizados na empresa contratante, os mesmos passam à condição de desempregados “*por força de lei*”.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Estes trabalhadores já estavam treinados e tinham experiência no contexto do empreendimento ao qual estavam inseridos. Eram pessoas produtivas e seus resultados poderiam ser mais vantajosos se pudessem ter sido transferidos para a empresa terceirizadora.

Porém, na condição de desempregados, receberão o seguro-desemprego do Fundo de Amparo do Trabalhador e vão à busca de novas oportunidades em que deverão passar novos aprendizados e reinserções em outros modelos produtivos, muitas vezes com o auxílio da intermediação de mão de obra do SINE – Sistema Nacional de Emprego.

O problema que ora se demonstra é a possibilidade da consequência prática reversa da lei que intenta proteger, mas desprotege. Não se deve acolher com serenidade constitucional qualquer norma limitadora da “busca do pleno emprego” (art. 170, VIII, da CF). O fato que o ex-empregado ficar impedido de prestar serviços para a ex-empregadora como contratado de qualquer prestadora de serviços, pelo período da quarentena, cria situação de desemprego.

Havendo o interesse da empresa em realizar a contratação da prestadora de serviços como forma de redução de gastos pela terceirização, esta ocorrerá de qualquer forma. O único fato que realmente faz o empresário ser dissuadido de muitas dispensas imotivadas é o custo das indenizações pelas resilições, o que incide em qualquer das situações de decisão pela terceirização, com ou sem a recontração pela empresa terceirizadora.

O óbice legal do art. 5º-D da *Reforma Trabalhista* que objetivou evitar a precarização do emprego por meio da terceirização para “*pejotização*” dos trabalhadores em terceiras empresas, não parece ter sentido, também por outras razões.

Sendo certo que o art. 4º-A, § 2º da Lei nº 6.019/74 estabelece que não haja vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante, também é certo que está previsto no mesmo diploma legal, no art. 5º § 5º, que a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, além de atribuir a responsabilidade pelas contribuições previdenciárias, na forma da Lei de Custeio – Lei nº 8.212/91.

A responsabilidade **subsidiária** importa na obrigação da contratante em responder pelas dívidas da empresa contratada, quando houver o inadimplemento, independentemente de prova de fraude, exigindo a participação no polo passivo da relação processual.

Portanto, o tomador dos serviços responderá por todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias que não forem pagas pela empresa de terceirização, de modo que a terceirização não significa para a empresa contratante que ficaria a salvo de dívidas trabalhistas e previdenciárias deixadas pela terceirizadora.

Outro motivo que cabe reiterar neste estudo é a consequência da terceirização ou “*pejotização*” ilícita. Ocorre quando a subcontratação evidencia a intenção em mascarar o vínculo empregatício, sob a roupagem de terceirização, mas, na realidade, mantém-se o vínculo formado entre o trabalhador e o tomador de serviços, com todas as características da relação de emprego, entre elas, seu principal elemento, o da subordinação jurídica direta.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Tal fato deixaria a salvo a possibilidade de afastar a quarentena prevista no art. 5º-D da Lei nº 6.019/74, até porque a prova da fraude quando estabelecida imediata nova relação por empresa interposta que admite o ex-empregado da contratante, levaria à nulidade do ato e à manutenção do emprego originário com o restabelecimento do vínculo trabalhista e reposição dos direitos.

Relembre-se que o preenchimento dos requisitos que configuram o vínculo empregatício sempre foi objeto de análise do Poder Judiciário nos casos concretos e continua sendo, mesmo após as alterações legislativas.

2.2.5. Terceirização de atividades que integram o serviço público.

Segundo dados do IBGE, o desemprego subiu para 11,2% da população brasileira, o que representa 11,9 milhões de brasileiros desempregados²², cenário este anterior à crise do COVID-19 e que evidencia o Direito do Trabalho precisa se adaptar, para cada vez mais superar dogmas e preceitos ideológicos antigos, incapazes de assegurar a garantia do pleno emprego no país.

Se por um lado, a quarentena estabelecida nos arts. 5º-C e 5º-D da Lei nº 6.019/74 foi projetada para tentar evitar a precarização do emprego com a “*pejotização*”, o que foi alvo das críticas manifestadas neste estudo, por outro lado, devem ser reconhecidos os avanços produzidos com as normas dos artigos 4º-A, 4º-A, §2º, e 5º-A, da Lei 6.019/74, em prol das demandas econômicas e trabalhistas atuais ao consagrar expressamente a possibilidade de as empresas contratarem prestadoras de serviços para o desempenho de suas atividades-fim e do reconhecimento do afastamento da formação do vínculo de emprego com a empresa contratante (responsabilidade solidária).

Lei nº 6.019/74

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 nº 13.467, de 2017).
[...]

§ 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 nº 13.467, de 2017).

Os dispositivos acima transcritos deixam clara a legalização da figura da terceirização do trabalho, sem criar restrições quanto ao tipo de atividades que admitem esse modelo de organização empresarial. Conforme os termos legais, a terceirização abrange qualquer atividade, sejam atividades meio ou as atividades principais da empresa, cabendo à contratante definir o que será terceirizado.

²² Desemprego sobe para 11,6% em fevereiro, e atinge 12,3 milhões. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/31/desemprego-fica-em-116percent-em-fevereiro-e-atinge-123-milhoes-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 19 abr. 2020.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Reitere-se que o Supremo Tribunal firmou a tese de que *“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”*.

Em termos de Administração Pública, a responsabilidade **apenas subsidiária** já estava consagrada na própria Súmula 331 do TST, conforme seus incisos II, IV, V e VI, adiante transcritos:

TST – Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331.

[...]

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). [...]

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 nº 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.

Na seara privada, resta clara a possibilidade de terceirização pelas sociedades empresárias. No caso das Organizações Sociais (OS), por serem pessoas jurídicas de direito privado que não compõem a Administração Pública, estão incluídas no âmbito de incidência da tese, sendo possível que operem a terceirização, desde que sejam atendidos os requisitos da Lei nº 6.019/74.

Esta matéria também já foi objeto de análise pela Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro no PARECER PG/PADM-007-2019-EOG²³, ao responder consulta formulada pela Secretaria Municipal de saúde quanto à possibilidade de terceirização para a contratação de médicos por meio de pessoa jurídica nos contratos de gestão pela Organização Social especificada.

O tema em análise foi a distinção entre a “cessão contratual” e a “subcontratação”, para afastar o entendimento de que estaria ocorrendo a cessão total ou parcial do objeto do contrato de gestão, o que seria vedado pelo art. 5º, § 5º, da Lei do Município do Rio de Janeiro nº 5.026/2009; legislação que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais e dá outras providências.

²³ RIO DE JANEIRO (Município). Procuradoria Geral do Município – PGM. Parecer de 20 de maio de 2019. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSULTA. TERCEIRIZAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4243008/ParecerPGMDec46089.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

O Parecer da PGM Rio adotou como fundamentos a Lei nº 6.019/74 com as alterações decorrentes das reformas que permitiram a terceirização, fazendo alusão à “quarentena” de dezoito meses que impede a imediata “pejotização”, bem como aos requisitos para a qualificação da empresa prestadora de serviços, sendo certo que os pressupostos já foram examinados no presente estudo de forma analítica e com latos comentários.

O Parecer pontua o risco para a administração pública em caso de cometimento de irregularidade no ato de terceirização seja pela existência de “subordinação jurídica direta” ou pelo descumprimento da “quarentena” prevista na Lei nº 6.019/74.

O Parecer pontua que há possibilidade de subcontratação desde que prevista no edital e no contrato conforme estabelecido na “parte final” do art. 78, VI, da Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

O item 06 do referido Parecer, admitido com eficácia vinculante pelo Decreto Rio nº 46.089, de 19 de junho de 2019. (D.O.M.R.J. – 24.6.2019, p. 3), faz referência à matéria regulada no Decreto Federal nº 9.507/18 que, em seu art. 3º apenas veda a execução indireta de serviços na Administração direta, autárquica e fundacional, bem como em empresas públicas e sociedade de economia mista, **em determinados casos**:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

O Decreto Federal nº 9.507/18 prevê a possibilidade de terceirização expressamente:

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

O Decreto Federal nº 9.507/18 também alude às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, dispondo que:

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do caput poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do *caput* quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

O Parecer da PGM do Rio de Janeiro, de lavra do insigne Procurador e Professor Eduardo de Oliveira Gouveia, com prudência aponta que o Decreto Federal nº 9.507/18 é um ato normativo federal, mas não é um instrumento de aplicação nacional e, não obstante carecer de eficácia normativa para outros entes, o Decreto Federal pode ser apontado como parâmetro quanto às hipóteses que indicam impossibilidade de terceirização na Administração direta, pelo fato do seu regime jurídico ser estatutário, ressalvado que houve a diferenciação dos limites impostos quando a análise está relacionada a um contrato de gestão.

O Parecer conclui pela possibilidade de estabelecer a adequação do contrato administrativo, fundamentado no *jus variandi*, devidamente justificado consoante a disciplina do art. 65 da Lei nº 8.666/93, atendendo ao interesse público, para possibilitar a subcontratação por meio de empresa prestadora de serviços, na chamada “terceirização”, sendo necessário que tal possibilidade fosse previamente inserida no edital do certame licitatório.

Assim, concluiu o Parecer comentado pela adoção da terceirização, diante do novo cenário advindo da “reforma trabalhista” que admitiu a inclusão das atividades fins e da matéria decidida em repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

O Parecer, portanto, ***seguir a mesma linha do entendimento adotado no presente estudo.***

Ressalva-se, no entanto, que segundo o entendimento do referido parecerista, a subcontratação por meio da OS importa em afastar o enquadramento da natureza da despesa na categoria de “despesas com pessoal”, por não incidência do art. 18, § 1º, da Lei Complementar nº 101/2000.

A lei se limitou à utilização do termo “contratante”, de forma que a aceção engloba qualquer tipo de pessoa jurídica, seja de direito público, interno ou externo, ou de direito privado, nos termos do art. 40 do Código Civil, de forma a abarcar a possibilidade de a Administração Pública figurar como contratante numa relação contratual com sociedade empresária de prestação de serviços.

As atividades que, de fato, são passíveis de terceirização, devem ser aquelas em que a atuação do Poder Público seja guiada de acordo com os parâmetros legais e jurisprudenciais, sem ferir a indelegabilidade do poder de polícia, a regra do concurso público, a necessidade admissão na prévia de licitação, previsão contratual específica, observância da Lei de Responsabilidade Fiscal, em que o art. 18 § 1º dispõe que as terceirizações são contabilizadas no limite de despesas de pessoal²⁴, além de outras normas e, em especial dos princípios constitucionais que regulam a matéria.

O panorama apresentado demonstra a possibilidade de terceirização, devendo sempre ser estudadas as peculiaridades inerentes em cada situação concreta que determinarão a análise quanto à viabilidade jurídica na Administração Pública, além dos critérios da conveniência e da oportunidade.

2.2.6. Breve análise dos reflexos da terceirização na economia.

Diante da realidade fática da dinâmica de como as empresas atuam no mercado e suas estratégias para a obtenção de resultados, bem como a realidade do número de desempregados que atualmente assola o país, indica que a terceirização corresponda, indubitavelmente, a uma forma de **compatibilizar a garantia de emprego e dos direitos dos trabalhadores com o desenvolvimento econômico.**

O mundo passa por transformações, e como pode ser constatado pela história, as formas de produção são flexibilizadas para atenderem às demandas econômicas e sociais, sobretudo, como medidas de redução de custos, tornando-se necessário encontrar soluções capazes de harmonizar os interesses empresariais com os dos trabalhadores.

A terceirização não é precarização nem o termo “flexibilização” deve ser visto como um caminho nefasto para as garantias trabalhistas.

²⁴ LRF, Lei nº 101/2000. Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. § 1º. Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

A terceirização é uma forma de alterar o modo de ser não só da legislação trabalhista, mas de todo o mercado de trabalho, o que abrange aspectos políticos, econômicos e sociais, de forma a propiciar **o fortalecimento das negociações e a liberdade para contratar.**

Não se deve afastar do conceito de que o *Direito do Trabalho* é também *Direito “ao” Trabalho*. As normas jurídicas não podem conduzir o trabalhador ao desemprego ou ao trabalho informal e precário. Muitas vezes o excesso de garantismo provoca o retrocesso. A proteção ao trabalhador deve garantir uma expansão sustentável e deve ser conjugada com a proteção da empresa.

Sem desenvolvimento econômico e sucesso das empresas, não há empregos, renda e outro meio de sustento dos trabalhadores. A abertura de postos de trabalho depende da força do sistema econômico em fase de prosperidade que propicie o círculo virtuoso que permita o crescimento.

Promover o desenvolvimento econômico garantindo a competitividade entre as empresas gera novas oportunidades de emprego, o que é, evidentemente, benéfico para a classe trabalhadora. Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento de suas atividades econômicas e estratégias de produção em busca dos melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade.

Deve-se estar atento, portanto, à necessidade de competitividade das empresas, frente ao fundamento do Estado Democrático de Direito da livre iniciativa e da valorização social do trabalho, insculpidos no art. 1º, IV, da CRFB.

O ministro **LUIZ FUX** do Supremo Tribunal Federal, em seu voto, quando do julgamento do RE nº 958.252, em que figurou como relator, em conexão com o julgamento da ADPF nº 324, este sob a relatoria do Min. ROBERTO BARROSO pelo STF, ambos com repercussão geral, assim proferiu:

Inaugura-se a nossa Carta Magna com o elenco dos fundamentos da República, reunindo, curiosamente, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em um mesmo inciso (art. 1º, IV). A observação topográfica não é desimportante, pois denota que a inspiração axiológica do constituinte é refratária a uma suposta “guerra de classes”, senão que reputa **essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.** Em outras palavras, os valores do trabalho e da livre iniciativa são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios. Não se pode legitimar, binariamente, a intervenção restritiva em um sob o pretexto de homenagem ao outro, porquanto componentes de um mesmo núcleo comum e harmônico. (grifado na transcrição)²⁵.

As novas estratégias de configuração das empresas não devem ser interpretadas abstratamente com intuito fraudulento, mas sim como respostas às exigências do mercado competitivo.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do julgamento da ADPF 324/DF, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, p. 125-126.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Segundo o ministro, a incessante busca por eficiência acontece porque as empresas assumem o risco da atividade, tendo a ciência que a perda de mercado significa uma ameaça à sua sobrevivência e, consequentemente, ao emprego de seus trabalhadores. **Trata-se de verdadeira estratégia de sobrevivência.**

Ele ainda asseverou que “a premissa de que a terceirização configura fraude é desprovida de qualquer fundamento fático”, utilizando-se do argumento que “cada uma das empresas envolvidas na cadeia de valor deve observar as leis trabalhistas com relação aos empregados que contratarem” a fim de corroborar o defendido²⁶.

No mesmo sentido, o ministro Luís Roberto Barroso, relator da referida ADPF, no pronunciamento do seu voto, ao se referir à terceirização, expressou que essa, apesar de poder ser uma forma de reduzir custos, não está restrita a esta finalidade.

Ressaltou que se trata de uma **estratégia de produção imprescindível para a sobrevivência e competitividade de muitas empresas brasileiras**, cujo objetivo é a **preservação de empregos**.

Quanto ao argumento da precarização da relação de emprego, o ministro afirmou que os problemas nas relações de emprego relativos ao descumprimento do contrato de trabalho ou de obrigações trabalhistas na terceirização são os mesmos que ocorrem na contratação direta, não sendo, portanto, atribuíveis exclusivamente ao fenômeno da terceirização, de forma que, ocorrendo bem regulada e com ônus subsidiários sobre a empresa tomadora do serviço, apresenta resultados mais positivos do que o seu impedimento.

A ministra Carmem Lúcia, presidente da Suprema Corte à época, ao antecipar o voto, começou seu discurso enfatizando, assim como exposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, que o debate não era uma discussão entre progressistas e reacionários, mas sim para **encontrar a forma mais progressista de serem assegurados os empregos, os direitos dos empregados e o desenvolvimento econômico**, num momento tão grave da história nacional, considerando a quantidade de desempregados e trabalhadores informais.

A ministra fez a defesa que “**a garantia da busca do pleno emprego, constitucionalmente assegurada, não está afrontada pela terceirização, por si só, nem leva à precarização do trabalho**”²⁷, nem à violação da dignidade do trabalho, afirmando que o que afronta a dignidade é o fato daquele que precisa de emprego procurá-lo e, muitas vezes, não o encontrar.

[...]a relação jurídica que se estabelece com o emprego é que garante, na maioria das vezes, o trabalho. E romper o vínculo jurídico do trabalhador com a empresa, que poderia levá-lo, na compreensão de alguns, a tornar-se mero fator de produção, atentaria contra o valor social do trabalho e contra a dignidade humana. Contudo, não é a terceirização que leva a isso, pois **com a proibição da terceirização nós teríamos talvez uma possibilidade de as empresas deixarem de criar postos de trabalho e, portanto, aumentar a condição de não emprego, e o não emprego é uma das formas de indignidade maior contra aquele que está em condição de trabalhar**, preci-

²⁶ Idem, p. 152.

²⁷ Idem, p. 336.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

sa do emprego, procura o emprego, e faz com que o seu trabalho dê sentido a sua vida ²⁸.

O que se quer, portanto, reafirmar, principalmente, diante do posicionamento adotado pela Suprema Corte, quanto à permissibilidade das empresas contratarem prestadoras de serviços para o desempenho de atividades principais, é que **a análise dos direitos dos trabalhadores deve ser feita de maneira ampla, considerando toda a realidade fática em que o direito do trabalho e a prática da “pejotização” estão inseridos.**

A terceirização representa uma forma de assegurar direitos básicos aos trabalhadores, principalmente, diante do recorrente problema do desemprego que assola o cenário brasileiro.

Nesta mesma linha, o fenômeno chamado de “*pejotização*” deve ser interpretado de acordo com as necessidades de fomento da economia e do estímulo à competitividade das empresas, partindo do reconhecimento que assim como a valorização social do trabalho possui previsão constitucional, a livre iniciativa também encontra tal respaldo, devendo ser verificada a importância de ambos princípios de forma conexa e interligada.

A geração de novas oportunidades de trabalho atende à efetivação de um direito constitucionalmente previsto, o **direito ao trabalho**, e conseqüentemente, dos demais direitos inerentes aos trabalhadores.

3. SUBCONTRATAÇÃO E SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO – SCP.

Diante do cenário de pandemia do coronavírus que está sendo enfrentado, diversas empresas não estão suportando os encargos trabalhistas de seus empregados e têm buscado na Sociedade em Conta de Participação uma forma de manter essas fontes de trabalho de maneira legal, sem trazer prejuízos para as partes envolvidas.

Conforme será demonstrado no decorrer deste capítulo, a Sociedade em Conta de Participação se apresenta como a alternativa mais adequada à contratação, permitindo a preservação de empresas, trabalhos e prestação de serviços.

Presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o antigo Código Comercial de 1850, a Sociedade em Conta de Participação foi preservada pelo Código Civil de 2002, sendo constituída para um fim específico em que os sócios contratantes almejam à partilha dos resultados proporcionais à participação.

A Sociedade em Conta de Participação nada tem a ver com relação de trabalho/emprego e, portanto, não há que se falar em aplicação das leis ou direitos trabalhistas. Trata-se de um contrato definido no Código Civil e estudado pelo ramo do Direito Empresarial.

²⁸ Idem, p. 336-337.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

3.1. Conceito e constituição da Sociedade em Conta de Participação

Para que uma sociedade adquira personalidade jurídica e passe a ter existência distinta dos seus membros, é preciso a inscrição dos seus atos constitutivos no registro próprio e na forma da lei, conforme preceituam os arts. 45, 985 e 1.150 do CC.

Embora denominada como Sociedade em Conta de Participação, **tecnicamente não é uma sociedade**, pois não possui personalidade jurídica (não contrai direitos e obrigações em nome próprio) e sua constituição não exige as mesmas formalidades de uma sociedade.

Sua formação se dá a partir de um “contrato associativo” ou de “contrato de participação” que independe de qualquer solenidade ou formalidade complexa e até mesmo sua existência pode ser provada por todos os meios de direito, o que se extrai do art. 992, CC²⁹.

Assim, a Sociedade em Conta de Participação, regulada nos arts. 991 a 996 do Código Civil, é classificada como “**não personificada**”.

Ao teor do art. 1.162 do CC³⁰, essa sociedade não pode ter firma ou denominação, até porque, conforme dito, não recebe os efeitos da personificação.

De acordo com o art. 993 do CC³¹, **o contrato só produz efeito entre os sócios**, ainda que o instrumento seja levado a registro.

Gladston Mamede traz a definição de Sociedade em Conta de Participação:

A sociedade em conta de participação é uma modalidade de contrato de sociedade não personificado (artigo 991 do Código Civil), razão pela qual a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não lhe confere personalidade jurídica (artigo 993, parte final). A ausência de personalidade é um elemento essencial: a sociedade diz respeito única e exclusivamente aos contratantes (sócios) e não a terceiros. Na essência da sociedade em conta de participação está uma distinção de atuações societárias: há sócio(s) que atua(m), em nome próprio, junto a terceiros, ostensivamente, e sócio(s) que não participa(m) dessas relações, ou seja, que se mantém(êm) oculto(s) a ela. Não se exige que qualquer dos sócios seja empresário, ao contrário do que fazia o Código Comercial (artigo 325)³².

Imperioso ressaltar que a contratação de Sociedade em Conta de Participação pode se dar por tempo determinado ou indeterminado.

Quando constituída por prazo determinado com objetivo específico de exploração de determinado projeto, a sociedade se desfaz depois de atingido.

²⁹ Código Civil, Art. 992. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito.

³⁰ Código Civil, Art. 1.162. A sociedade em conta de participação não pode ter firma ou denominação.

³¹ Código Civil, Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

³² MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2016, p. 12.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

3.2. Responsabilidade dos sócios na Sociedade em Conta de Participação.

O que motiva os contratantes ao criarem uma Sociedade em Conta de Participação é a oportunidade de exploração de um ou mais negócios determinados, não havendo entre ele *animus* de constituir uma sociedade.

A Sociedade em Conta de Participação só existe entre os sócios, ou seja, é um **contrato com eficácia interna corporis**, não se apresentando perante terceiros.

Os direitos e deveres dos sócios são regulados no contrato. A sociedade possui dois tipos de sócios: o sócio ostensivo e o sócio participante³³.

O sócio ostensivo é aquele que irá explorar em seu nome e sob sua responsabilidade o objeto definido no contrato de participação, assumindo os riscos do negócio ilimitadamente.

Somente o sócio ostensivo aparece e, em regra, apenas contra ele terceiros terão ação. Explica Mamede:

Esse núcleo conceitual está claro no art. 993, estabelecendo que o contrato de sociedade em conta de participação produz efeitos somente entre os sócios. Porém, para a conservação desse regime jurídico, é indispensável que o sócio que ocupa posição ostensiva se apresente, efetivamente, de forma individual, atuando em nome próprio; não é o rótulo de sociedade em conta de participação que dá a proteção jurídica aos sócios que ocupam a *posição oculta*, mas o fato de as relações jurídicas por meio das quais se realiza o objeto social não se apresentem ligadas àqueles, mas exclusivamente ao *sócio ostensivo*. A advertência alcança a totalidade dos sócios participantes e a cada um, isoladamente; qualquer sócio participante que tome parte das relações do sócio ostensivo com terceiros irá responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier (e apenas nestas, frise-se)³⁴.

Já o **sócio participante pode ser prestador de capital ou de trabalho**, tendo como objetivo a participação nos resultados da exploração do objeto do contrato, mas seus riscos são limitados à prestação que se obrigou nos termos do contrato de participação. Em regra, o sócio participante se obriga exclusivamente ao sócio ostensivo.

A forma de participação econômica dos sócios é de livre pactuação, não havendo objeção para que o sócio oculto participe apenas através do seu trabalho.

A contribuição do sócio participante com a do sócio ostensivo constitui patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais, sendo que essa especialização patrimonial, como estabelece o art. 994 do CC, só produza efeitos em relação aos sócios.

Quanto à posição dos sócios, esclarece Mamede:

O sócio ou os sócios que estejam em posição ostensiva se apresentem em nome próprio, atuando individualmente e assumindo, pesso-

³³ Antes da vigência do Código Civil/2002 o “sócio participante” era denominado “sócio oculto”.

³⁴ MAMEDE, Gladston. Op. cit., p. 13.

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador

al e exclusivamente, a responsabilidade decorrente da atividade. A expressão atividade constitutiva do objeto social, portanto, interpreta-se por seu aspecto negocial: a concretização mercantil da atividade voltada para a produção de riqueza (tenha ou não estrutura empresarial). Nada impede que os demais sócios invistam capital, produzam bens, realizem serviços, desde que as relações com os terceiros sejam concretizadas apenas em nome do sócio ostensivo e sob sua exclusiva responsabilidade³⁵.

É possível ter vários sócios ostensivos e participantes no mesmo contexto contratual, sendo necessário apenas que a participação de cada um deles na exploração do objeto seja estipulada contratualmente. Nesse sentido, leciona Sergio Campinho:

Pode, a partir das notas essenciais de sua caracterização, a sociedade em conta de participação ser conceituada como um contrato associativo ou de participação, pelo qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, se obrigam a explorar uma ou mais atividades econômicas, em proveito comum, visando à partilha de seus resultados, mas sob o nome e responsabilidade individual daquele que praticar as operações, obrigando-se perante terceiros para a realização do objeto do contrato.³⁶

Não havendo abuso de direito, é livre às partes a estipulação para distribuição dos ônus e bônus, mas, não havendo previsão, **a distribuição deve ocorrer na mesma proporção da participação no patrimônio especial, o que merece especial atenção quando as contribuições individuais se resumem apenas no trabalho**. Nesse caso, deve-se observar o período trabalhado e a proporção desses no resultado positivo.

3.3. Compatibilidade da Sociedade em Conta de Participação com as inovações legislativas promovidas na Lei nº 6.019/74. Breve Análise das vantagens da adoção da SCP.

Desde que observados os requisitos legais para a terceirização ou empresas de trabalho temporário, não há óbice algum para a subcontratação de Sociedade em Conta de Participação, havendo compatibilidade dos requisitos.

No caso de empresa terceirizada, essa pode figurar como sócia ostensiva e o ingressante como sócio participativo, de modo que o contrato de participação só exista entre os sócios e toda responsabilidade do negócio perante terceiros seja da empresa terceirizada que está figurando como sócia ostensiva.

Nessa hipótese, a empresa terceirizada presta serviços ao tomador em seu nome e a relação do sócio participante é tão somente com a terceirizada.

É mister que na Sociedade em Conta de Participação o objeto social daquele que figurará como sócio ostensivo comtemple a atividade a ser exercida por força da conta de participação, garantindo que possua registro no órgão competente para exercer a atividade.

³⁵ Idem.

³⁶ CAMPINHO, Sergio. O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 84.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Antes de 2017, não havia regulamentação para terceirização trabalhista, o que levou o TST a editar a Súmula nº 331 que possibilitava terceirização da atividade-meio da empresa, vedando a terceirização da atividade-fim. Com o advento das leis nº 13.429/17 e 13.467/17 que passaram a regulamentar o tema, não há mais esse impasse.

Dentre as diversas inovações trazidas, a lei passou a permitir a terceirização da atividade-fim, o que se extrai do art. 5º-A da Lei nº 6.019/74, introduzido pela Lei nº 13.467/2017.

Por conseguinte, é possível que os serviços de saúde privados ou da Administração Pública contratem empresa de prestação de serviços para atender aos hospitais, clínicas, Unidade de Pronto Atendimento etc., por meio da terceirização dos postos de trabalho, seus médicos, enfermeiros e outras atividades que não estejam vedadas pela lei, os quais poderão ser admitidos por meio de adesão em Sociedade em Conta de Participação.

A Sociedade em Conta de Participação também pode ser adotada para o trabalho temporário, observados os requisitos estabelecidos no art. 2º da Lei nº 6.019/74³⁷.

O vínculo entre o sócio participante e o sócio ostensivo será objeto do contrato da Sociedade em Conta de Participação, de modo que não existirá relação de emprego, salvo se ficar demonstrada a existência de fraude, para dar roupagem contratual diversa da real, com a presença de todos os elementos caracterizadores da sua formação, tal como já descrito neste estudo, sobressaindo-se a *subordinação jurídica*, hipótese em que a primazia da realidade importaria na nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar o contrato de trabalho, diante da indisponibilidade e irrenunciabilidade.

Do ponto de vista do trabalhador, somente o sócio ostensivo obriga-se perante terceiros, e o sócio participante responderá tão somente nos termos, nos limites e nas condições firmados no contrato social perante o sócio ostensivo. O risco da atividade econômica cabe inteiramente ao sócio ostensivo.

O STJ decidiu no julgamento do Recurso Especial nº 168.028³⁸, que na Sociedade em Conta de Participação somente o sócio ostensivo que se obriga perante terceiros por todas as obrigações e operações sociais, de modo que nenhuma responsabilidade pode ser atribuída ao sócio participante, que sequer é conhecido daqueles com os quais a sociedade contrata.

Tal como afirmado, o contrato social da Sociedade em Conta de Participação produz efeitos somente entre os sócios, não dependendo de contrato por escritura pública ou particular e registro na Junta Comercial.

³⁷ Lei nº 6.019/74, Art. 2º. Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 1º É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Resp. no processo nº 199800199470, 4ª Turma, DJ 22/10/2001 página: 326. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2003-dez-10/sociedade_conta_participacao_codigo_civil> Acesso em: 25 mai. 2020.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Caso venha a ter inscrição por vontade de qualquer das partes no Registro Público de Títulos e Documentos, tal fato não importará em conferir personalidade jurídica à sociedade. O registro do contrato no Cartório do Registro Público de Títulos e Documentos, por vontade de qualquer das partes, objetiva apenas salvaguardar os direitos das partes, se assim preferirem.

Nos termos do art. 996 do Código Civil, aplica-se à Sociedade em Conta de Participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à ação de pedir de contas, na forma da lei processual.

A SCP não possui legitimidade *ad causam* ou *ad processum* para estar em juízo em nome próprio. Não pode ser declarada falida, nem por arrastamento, caso o sócio ostensivo o seja. Sua liquidação ocorre por meio de prestação de contas entre as partes, ou, se não houver consenso, na já indicada ação de pedir contas.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu no Recurso Especial 474404-PR que “não há falar em citação de Sociedade em Conta de Participação que não tem personalidade jurídica e nem existência perante terceiros”³⁹.

O capital e o patrimônio social deverão se apresentar de forma destacada no balanço patrimonial do sócio ostensivo, não cabendo ao sócio participante a obrigação desta escrituração.

Para efeitos tributários, a Sociedade em Conta de Participação é equiparada à pessoa jurídica. Não obstante ausente a personalidade jurídica própria, tem obrigações tributárias relativas ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), à Contribuição Social sobre o Lucro (CSL), à COFINS e ao PIS-PASEP, cujos recolhimentos são de responsabilidade do sócio ostensivo e em nome deste.

A Sociedade em Conta de Participação é obrigada a ter inscrição no CNPJ, conforme previsto no art. 4º, XVII, da Instrução Normativa IN RFB 1.863/2018.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O modelo e as consequências da terceirização no plano jurídico passaram por importantes mudanças no Brasil em 2017 e em 2018, com o advento das Leis nº 13.429/17 e 13.467/17, que trouxeram alterações significativas à Lei nº 6.019/74 e com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e do RE - Recurso Extraordinário nº 958.252, analisando em ambos a constitucionalidade da terceirização na denominada "atividade-fim", nas ações que envolviam a terceirização anterior à entrada em vigor das Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17.

O STF fixou a seguinte tese de repercussão geral: “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 contratante”.

³⁹ BRASIL. STJ. Recurso Especial 2002/0136550-3, DJ 10/03/2003 PG: 00213. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2003-dez-10/sociedade_conta_participacao_codigo_civil?imprimir=1> Acesso em: 25 mai. 2020



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Antes, havia apenas o entendimento firmado na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST, que tratava de forma restritiva, limitando a terceirização à atividade-meio, ou seja, reduzindo seus limites a atividades de limpeza, segurança, conservação e vigilância.

Não obstante a chamada “*pejotização*” tenha sido utilizada para desvirtuar a aplicação da legislação trabalhista, ressalte-se que quando devidamente utilizada de maneira ilícita e observados os parâmetros legalmente admitidos para a terceirização e para o estabelecimento da relação jurídico-contratual sem subordinação jurídica direta com o trabalhador, deve-se admitir sua possibilidade.

Adverte-se que caso o vínculo de emprego seja encoberto, estará o tomador dos serviços, privado ou público, submetido à correção pela justiça obreira, diante da incidência do princípio da primazia da realidade e da irrenunciabilidade, aplicando a CLT.

Em momentos de enfretamento de crise como o que estamos vivenciando atualmente em virtude da pandemia mundial de coronavírus, o conflito entre os princípios da proteção do trabalhador e da proteção da empresa vem à tona e torna-se mais evidente com o aumento do número de dispensas e das medidas adotadas pelas empresas para sobreviver na economia em crise.

Inegável que o trabalhador mereça a proteção aos seus direitos, mas também não se pode desconsiderar a importância das estratégias empresariais, que são fundamentais para a economia e meios de criação e manutenção de empregos, sendo crucial que tenham sua existência preservada.

Obstaculizar ou tratar com preconceito o caminho da “*pejotização*” inviabiliza novas oportunidades no mercado de trabalho e impacta diretamente no estímulo à competitividade e prejudica as oportunidades de expansão da economia formal.

O princípio da proteção do trabalhador deve ser sopesado com aspectos econômicos e constitucionais. A análise levou em conta que a ruptura do contrato de trabalho subordinado não poderia ter o condão de impedir o estabelecimento de novo vínculo jurídico não empregatício. Neste sentido, a quarentena legal penaliza aquele que pretendeu proteger.

O cenário surgido com a pandemia do COVID-19 vem provocando grande desemprego, sendo oportuno que se atente às necessidades dos trabalhadores para criação de postos de trabalho e das empresas, para preservação da sobrevivência dos empreendimentos no contexto da crise. Dentro dessa realidade, a terceirização e a chamada *pejotização* “lícita” se apresentam como modos de minimizar os impactos da crise e compatibilizar a garantia de trabalho e manter a possibilidade de sustentação do desenvolvimento econômico.

Por fim, o presente estudo indica que a Sociedade em Conta de Participação, quando observados os seus requisitos legais, se apresenta como modelo de *pejotização* que importa em forma lícita de contratação para viabilizar a consecução do trabalho pelo sócio participante, mantendo-se a responsabilidade e os riscos do negócio com o sócio ostensivo.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

Finalmente, apresentadas todas as considerações de natureza meramente opinativas, sugere-se que a questão seja submetida ao controle de legalidade e de regularidade exercido pela d. Procuradoria Geral do Estado, a fim de que o órgão emita o necessário pronunciamento técnico-jurídico por meio do procedimento formal da consulta.

Arnaldo Goldemberg
Defensor Público de Classe Especial
Assessor Especial do Gabinete do Governador



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

5. Referências.

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada em 9-10.10.2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 17 mai. 2020

ATTIE, Paulo. Sociedades em conta de participação – aspectos societários e fiscais. Migalhas, 27 mar. 2008. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/56894/sociedades-em-counta-de-participacao-aspectos-societarios-e-fiscais>> Acesso em: 15 mai. 2020.

Boletim IOB. Imposto de renda e legislação societária: IRPJ/CSL/Cofins/PIS-Pasep... (Coleção manual de procedimentos). Fascículo 37/2014. São Paulo: IOB Folhamatic EBS, SAGE, 2014.

BRASIL. Lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm> Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/-lei/l13467.htm> Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm> Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Resp. no processo nº 199800199470, 4ª Turma, DJ 22/10/2001 página: 326. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2003-dez-10/sociedade_counta_participacao_codigo_civil> Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do julgamento da ADPF 324/DF, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>>. Acesso em: 18 mai. 2020.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 958.252. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>> Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>> Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>> Acesso em: 18 mai. 2020

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html> Acesso em: 15 mai. 2020.

CAMPINHO, Sergio. O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CASSAR, Vólia Bonfim. A Reforma Trabalhista e a autonomia da vontade do empregado. Disponível em: <https://www.lex.com.br/doutrina_27640581_A_REFORMA_TRABALHISTA_E_A_AUTONOMIA_DA_VONTADE_DO_EMPREGADO.aspx>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. São Paulo: Método, 2018, p. 48.

CASSAR, Vólia Bonfim. Dissertação: Flexibilização das Normas Trabalhistas. Universidade Gama Filho: Rio de Janeiro, 2010, p. 45.

Desemprego sobe para 11,6% em fevereiro, e atinge 12,3 milhões. G1. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/31/desemprego-fica-em-116percent-em-fevereiro-e-atinge-123-milhoes-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

G1. – Portal Globo.com. Página de Economia. Desemprego sobe para 11,6% em fevereiro, e atinge 12,3 milhões. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/31/desemprego-fica-em-116percent-em-fevereiro-e-atinge-123-milhoes-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2016.

MIGALHAS, Informativo nº 4.858 veiculado em 30.8.2018. STF julga constitucional terceirização de atividade-fim. Migalhas. ISSN 1983-392X. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/286649/stf-julga-constitucional-terceirizacao-de-atividade-fim>> Acesso em: 18 mai. 2020

MEISSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Manual da Reforma Trabalhista. Salvador: JusPodivm, 2018.

NASCIMENTO. Marcelo Mascaro. A Reforma Trabalhista liberou geral a pejetização? Disponível em <<https://exame.com/carreira/a-reforma-trabalhista-liberou-geral-a-pejetizacao/>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

RIO DE JANEIRO (Município). Procuradoria Geral do Município – PGM. Parecer de 20 de maio de 2019. Direito Administrativo. Consulta. Terceirização. Contratação de Médicos. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4243008/ParecerPGMDec46089.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Governador**

SARAIVA Renato e Rafael Tonassi. Direito do Trabalho: concursos públicos. Bahia: JusPodivm, 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1999.