

REVISTA DE
PROCESSO
RePro

VOLUME
373

ANO 51
MARÇO
2026

COORDENAÇÃO:
TERESA ARRUDA ALVIM

Qualis
A1

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista
dos Tribunais



 **Thomson
Reuters**™

TEMA 1389 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, RECONHECIMENTO DE
FRAUDE NA PEJOTIZAÇÃO E ÔNUS DA PROVA

THEME 1389 OF GENERAL REPERCUSSION OF THE FEDERAL SUPREME
COURT: JURISDICTION OF THE LABOR COURT, RECOGNITION OF FRAUD IN
“PEJOTIZAÇÃO” AND BURDEN OF PROOF

Bruno Freire e Silva

Graduado em Direito na UFBA

Mestre e Doutor em Direito Processual na PUC-SP

Professor Associado de Teoria Geral do Processo na UERJ

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual

Titular da cadeira n. 68 da Academia Brasileira de Direito do
Trabalho

Áreas do Direito: Processual; Trabalhista

Resumo: O presente parecer foi elaborado por consulta formulada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, para orientar a intervenção do referido Instituto como *Amicus Curiae* no julgamento do Tema 1389 de Repercussão Geral do STF. Os temas abordados são a competência da Justiça do Trabalho para julgamento de causas que examinam a existência de fraude em contrato de natureza civil de prestação de serviço, a licitude da contratação de trabalhador por meio de pessoa jurídica e o ônus da prova relativa à existência de fraude nesse tipo de relação jurídica.

Abstract: This legal opinion was prepared based on a consultation submitted by the São Paulo Lawyers Institute to guide its intervention as *Amicus Curiae* in the Supreme Federal Court's General Repercussion Topic 1389. The issues addressed are the competence of the Labor Courts to judge cases examining the existence of fraud in a civil service contract, the lawfulness of hiring workers through a legal entity, and the burden of proof regarding the existence of fraud in this type of legal relationship.

Palavras Chaves: Competência – Trabalhista - Contrato – Civil - Fraude – Ônus – Prova

Keywords: Competence – Labor – Contract – Civil – Fraud – Burden - Proof

Sumário: 1. A Consulta. 2. Parecer. 2.1 A Competência da Justiça do Trabalho para julgamento das causas em que se discute a existência de fraude no contrato civil de prestação de serviço. 2.2 A licitude da contratação civil de trabalhador autônomo ou de pessoa jurídica para prestação de serviços diante do entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADPF n. 324, que reconheceu a validade constitucional de diferentes formas de divisão do trabalho e a liberdade de organização produtiva dos cidadãos. 2.3 A definição se o ônus da prova relacionado à existência da fraude na contratação civil recai sobre o autor da reclamação trabalhista ou sobre a empresa. 3. Conclusão. 4 Referências

1. A Consulta

Honra-me o **Instituto dos Advogados de São Paulo**, associação jurídica sesquicentenária que congrega alguns dos mais destacados nomes da comunidade jurídica brasileira, por meio de seu ilustre Presidente, Diogo Leonardo Machado de Melo, formulando convite para elaboração de parecer jurídico sobre o Tema 1389 da Repercussão Geral, que versa sobre as controvérsias constitucionais suscitadas no Recurso Extraordinário nº 1.532.603/PR, atualmente sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes no Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, solicita um parecer jurídico que possa lastrear a sistematização de um estudo técnico e plural, sob coordenação da Comissão de Estudos de Direito do Trabalho, com vistas à eventual atuação do Instituto como *amicus curiae* no referido recurso extraordinário e solicita a abordagem das seguintes matérias de relevância constitucional e repercussão geral, que serão objeto do julgamento do Supremo Tribunal Federal:

I) A competência da Justiça do Trabalho para julgamento das causas em que se discute a existência de fraude no contrato civil de prestação de serviços;

II) A licitude da contratação civil de trabalhador autônomo ou de pessoa jurídica para prestação de serviços, à luz do entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADPF 324, que reconheceu a validade constitucional de diferentes formas de divisão do trabalho e a liberdade de organização produtiva dos cidadãos; e

III) O ônus da prova relacionado à alegação de fraude na contratação civil, averiguando se essa responsabilidade recai sobre o autor da reclamação trabalhista ou sobre a empresa contratante.

2. O PARECER

2.1 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAMENTO DAS CAUSAS EM QUE SE DISCUTE A EXISTÊNCIA DE FRAUDE NO CONTRATO CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Para enfrentar esse primeiro ponto controvertido, vamos abordar o histórico da formação da Justiça do Trabalho no Brasil¹, com o fim de tratar de sua natureza de Jurisdição Especializada, com o fim de adentrarmos na sua competência para julgamento de causas em que se discute a existência de fraude no contrato civil/comercial de prestação de serviço.

Ao longo do século XIX, a partir da crescente adoção do trabalho produtivo alheio e subordinado, oferecido mediante o pagamento de contraprestações, surgiu também a necessidade de se criarem mecanismos eficientes para a resolução de conflitos trabalhistas, tanto os individuais quanto os coletivos. No Brasil, a evolução desses mecanismos passou por diferentes fases e períodos.

Durante o Império e primeiros anos da República, o trabalho subordinado era basicamente regido pela disciplina do contrato de locação de serviços e alguns diplomas legislativos passaram a prever ritos mais céleres e abreviados para a apreciação de causas relativas a tal modalidade contratual.² As demandas eram normalmente decididas pelos juízes de direito da comarca, no âmbito da Justiça Comum.

¹ Já realizamos esse estudo que replicamos aqui em: SILVA, Bruno Freire e; FERNANDES, João Renda Leal; *Organização da Justiça do Trabalho*, In Curso de Direito Processual do Trabalho – Homenagem da Academia Brasileira do Direito do Trabalho a Christovão Piragibe Tostes Malta e Wagner D. Giglio, ed.1. São Paulo: LTR Editora Ltda, 2019, v.01., p.28-37.

² JULIO ASSUMPÇÃO MALHADAS menciona as Leis de 13 de setembro de 1830 e de 11 de outubro de 1837, além do Decreto de 15 de março de 1842, como os primeiros diplomas a prever trâmite especial para causas derivadas do contrato de locação de serviços, que deveriam seguir o rito sumaríssimo e estavam afetas à Justiça Comum (MALHADAS, Julio Assumpção. *Justiça do Trabalho: sua história, sua composição, seu funcionamento*, vol. 1. São Paulo: LTr, 1998, p. 106).

O Decreto 2.827, de 15 de março de 1879, estabeleceu que demandas de prestação de serviços no âmbito rural deveriam ser solucionadas por juízes de paz, com apelação, dotada de efeito devolutivo, para o juiz de direito.

Em 1907, o Decreto nº 1.637, editado no governo de AFONSO PENA, previa a instituição de *Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem* no âmbito dos sindicatos. Porém, essa previsão não chegou a se concretizar e esses órgãos não foram efetivamente instituídos.

No estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 1.869, de 10/10/1922, instituiu os chamados *Tribunais Rurais*, comumente referidos como os primeiros órgãos judiciais especializados na resolução de conflitos trabalhistas no Brasil. Tais órgãos eram compostos pelo juiz de direito da comarca onde situada a propriedade rural, juntamente com um representante designado pelo trabalhador e outro, pelo fazendeiro. A economia do estado de São Paulo era, à época, essencialmente agrícola, com grande ênfase para o cultivo do café. Esses tribunais tinham competência para decidir litígios decorrentes da interpretação e execução dos contratos de locação de serviços agrícolas, no valor de até 500 mil réis.

A experiência dos Tribunais Rurais do estado de São Paulo não teve grande êxito, uma vez que a decisão dependia geralmente do entendimento adotado pelo juiz de direito, já que os demais membros do tribunal (designados pelo trabalhador e pelo fazendeiro) costumavam decidir em favor da respectiva parte que o havia indicado.

Com a Revolução de 1930 e a ascensão de Vargas à Presidência da República, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto nº 19.433/1930). Em 1932, criou-se, dentro do âmbito desse Ministério, um sistema oficial para a resolução de conflitos coletivos trabalhistas, através das *Comissões Mistas de Conciliação* (Decreto nº 21.396, de 12/05/1932). Para dirimir os conflitos individuais, foram instituídas as *Juntas de Conciliação e Julgamento*, órgãos de natureza administrativa (também vinculados ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio) onde somente os empregados sindicalizados poderiam demandar (Decreto nº 22.132, de 25/11/1932). Esses dois órgãos foram, segundo SÜSSEKIND, os embriões da Justiça do Trabalho.³

³ SÜSSEKIND, Arnaldo. Tribunais do Trabalho no direito comparado e no Brasil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 65, n. 1, out./dez. 1999, p. 124.

As Constituições de 1934 e 1937 faziam referência à criação de uma Justiça do Trabalho, porém ainda sem o reconhecimento de sua natureza judicante, *in verbis*:

Art 122 (Constituição de 1934). Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

Art 139 (Constituição de 1937). Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

O Decreto-Lei nº 1.237, de 02/05/1939, veio instituir e dispor sobre a organização da Justiça do Trabalho, composta dos seguintes órgãos: *Juntas de Conciliação e Julgamento* (JCJs), *Conselhos Regionais do Trabalho* (CRTs) e *Conselho Nacional do Trabalho* (CNT), estrutura que encontra paralelo, de certa forma, até os dias atuais.

Não obstante, apenas em 1º de maio de 1941, o Presidente Getúlio Vargas proferiu discurso, no Estádio de São Januário (campo de futebol do Clube de Regatas Vasco da Gama), em que declarava efetivamente instalada a Justiça do Trabalho, cuja estrutura, à época dessa inauguração oficial, contava com 36 JCJs, 8 CRTs, além do CNT. Nesse período, a Justiça do Trabalho permanecia ainda vinculada administrativamente à estrutura do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Apesar disso, no mencionado discurso, o Presidente da República a ela se referiu como a “nova magistratura”.

Além do mais, em decisão histórica proferida em 1943, o próprio STF reconheceu o caráter jurisdicional das cortes trabalhistas, ao admitir recurso extraordinário contra decisão do CNT que alegadamente contrariava preceito da Constituição, o que acabou por atestar a natureza judicante deste órgão de cúpula da Justiça do Trabalho:

Essa Justiça especial, autônoma, que gravita fora da influência da Justiça comum, pode aplicar, também, preceito constitucional, ou deixar de aplicá-lo. Ora, quando suas decisões ferem preceito constitucional - e só

então - é que caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal. De fato, é a este que compete a guarda soberana da lei constitucional, ferida que seja através de qualquer órgão judicante, inclusive a Justiça do Trabalho. (STF, 2ª Turma, RE 6.310, DJU 30.09.1943).⁴

Contudo, foi apenas em 1946 que a Justiça do Trabalho deixou de funcionar dentro da esfera administrativa do Ministério do Trabalho e passou a integrar a estrutura do Poder Judiciário, tornando-se, assim, independente. Isso se deu por intermédio do Decreto-Lei nº 9.797, de 09/09/1946, e da Constituição de 1946, cujo art. 94 expressamente se referia aos Juízes e Tribunais do trabalho como órgãos do Poder Judiciário.

Além disso, a Carta de 1946 estabeleceu competência à Justiça do Trabalho para conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos resultantes das relações de trabalho, podendo, no julgamento dos dissídios coletivos e nos casos especificados por lei, “estabelecer normas e condições de trabalho” (art. 123, *caput* e §2º). O texto constitucional enumerou, ainda, os seguintes órgãos na estrutura da Justiça do Trabalho: Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho (art. 122).

As Constituições de 1967/69 e 1988 mantiveram a competência da Justiça do Trabalho, inclusive para os dissídios coletivos, porém a Carta de 1988 facultou às partes a escolha, por consenso, da arbitragem como meio de resolução do conflito coletivo, o que excluiria a intervenção judicial.

Após sua instalação (em 1941) e desde sua integração ao Poder Judiciário (em 1946), a Justiça do Trabalho muito cresceu, evoluiu e se modernizou.

A Emenda Constitucional nº 24, de 09/12/1999, extinguiu a representação classista. As antigas Juntas de Conciliação e Julgamento transformaram-se em Varas do Trabalho, as quais passaram a contar apenas com juízes que detêm formação jurídica. O mesmo ocorreu nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, aumentou consideravelmente as atribuições da Justiça do Trabalho, cuja competência era antes eminentemente estabelecida em razão da pessoa (conflitos oriundos *da relação entre empregados e*

⁴ Decisão citada por SÜSSEKIND, Arnaldo. O cinquentenário da justiça do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 60, 1991, p. 17.

empregadores e, excepcionalmente, controvérsias decorrentes das relações de trabalho) e passou a ser fixada em razão da natureza jurídica da relação material (relação de trabalho em sentido amplo).

Pois bem.

A jurisdição constitui expressão da soberania de um Estado e, nessa condição, ela é substancialmente una. Não obstante, face à necessidade de maior especialização e familiaridade no trato das questões trabalhistas, diante da importância da conciliação, celeridade e eficiência nesta seara tão singular (que lida diretamente com a satisfação de créditos alimentares, efetivação de direitos sociais e o justo equilíbrio dos conflitos entre capital e trabalho), o Estado brasileiro historicamente optou – assim como vários outros – por possuir cortes e magistrados especializados na resolução de conflitos advindos das relações de trabalho.

As normas trabalhistas propiciam aparente harmonia entre segmentos sociais com interesses distintos, o que torna possível a própria existência e sobrevivência do modo capitalista de produção. Ao regulamentar as condições e as contrapartidas para a aquisição da força produtiva alheia, o Direito do Trabalho legitima o próprio sistema de produção capitalista e tenta, de alguma forma, humanizá-lo, o que minimiza os riscos de rupturas institucionais abruptas e violentas. Neste sentido, não é exagerado dizer que o Direito do Trabalho constitui não apenas um produto da sociedade capitalista moderna, mas também instrumento relevante para a sua preservação.

Na mesma toada, por ter sua atuação voltada à aplicação do direito material do trabalho aos conflitos surgidos no âmbito das relações (individuais e coletivas) entre trabalhadores e tomadores de serviços, a Justiça do Trabalho não apenas realiza a composição das demandas específicas de relações empregatícias (art. 2º e 3º da CLT) que lhe são submetidas, mas também aqueles oriundos de **contratos civil/comercial de prestação de serviços** desde que decorrentes de relações do trabalho, em razão dos termos do artigo 114 da Constituição Federal, que pela emenda Constitucional n. 45 (Reforma do Judiciário), como já dito, ampliou sobremaneira a competência da Justiça do Trabalho com o escopo dessa contribuir para a pacificação social em qualquer conflito oriundo de relação de trabalho:

Art. 114: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I- as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; IX- outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Nesse diapasão, nos termos da Constituição Federal, não há como excluir da competência da Justiça do Trabalho o *juízo das causas em que se discute a existência de fraude no contrato civil/comercial de prestação de serviços, pois a despeito de a relação de terceirização entre a prestadora e tomadora de serviço ser de natureza civil, envolve um trabalhador, numa relação tipicamente trilateral, a englobar relação de trabalho. E, eventuais conflitos que envolvem esse trabalhador nessa relação jurídica são, eminentemente, questões decorrentes de relação de trabalho, a se enquadrarem no art. 114, inc. IX, da Constituição Federal, acima transcrito.*

Ao possibilitar a amenização de conflitos entre classes com interesses divergentes e, especialmente, o julgamento de existência de fraude em contratos civil/comercial de prestação de serviços, que envolvam o trabalhador e, portanto, oriundos de relação de trabalho (expressão mais abrangente que a relação de emprego), a Justiça do Trabalho acaba por colaborar indiretamente com a modernização do país, seu desenvolvimento sócio-econômico e a estabilidade de suas instituições, além de abrir caminho para a própria expansão e evolução do capitalismo industrial.

A existência de ramo autônomo do Poder Judiciário especializado na resolução de conflitos trabalhistas, o que inclui o exame da existência de fraude em tais relações jurídicas, outrossim, não é exclusividade do Brasil. Nossa Justiça do Trabalho e sua estrutura guardam similitudes, por exemplo, com a Justiça do Trabalho alemã, que conta com Tribunais do Trabalho (*Arbeitsgerichte - ARBG*) como órgãos de base, Tribunais Regionais do Trabalho (*Landsarbeitsgericht - LAG*) em cada *lander* (região) e um Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht - BAG*). A Justiça do Trabalho também está presente na Grã-Bretanha, onde a primeira instância conta com os *Employment Tribunals* (no passado, chamados *Industrial Tribunals*) e a segunda instância, com o *Employment Appeal Tribunal (EATS)*.

A título meramente exemplificativo, citamos alguns outros países onde a Justiça do Trabalho constitui igualmente um ramo especial integrante do Poder Judiciário: Bélgica, Camarões, Costa do Marfim, Egito, Israel, Madagascar, Noruega, Senegal e

Suécia. Há países, ademais, em que a Justiça do Trabalho constitui um setor especializado da Justiça Comum, como é o caso da Argentina, Austrália, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Chile, Espanha, Itália, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana e Uruguai.⁵

Diante desse contexto e, de acordo com os termos da Constituição Federal atualmente vigente, não há qualquer fundamento ou interpretação jurídica, literal, histórica ou teleológica que possa excluir a **competência da Justiça do Trabalho para julgamento das causas em que se discute a existência de fraude no contrato civil/comercial de prestação de serviços, que envolve um trabalhador e, conseqüentemente, origine conflitos decorrentes da relação de trabalho.**

O trato da matéria trabalhista é, sem dúvidas, melhor realizado com especialização. Face à necessidade de maior especialização e familiaridade no trato dessas questões, o Estado brasileiro historicamente optou – assim como vários outros – por possuir cortes e magistrados especializados na resolução de conflitos advindos das relações de trabalho. E essas cortes vêm desempenhando um nobre papel, destacando-se como o ramo mais célere, produtivo, informatizado, eficiente e conciliatório de todo o Judiciário nacional.

Ao longo de quase oito décadas, a Justiça do Trabalho tem não apenas realizado a composição das demandas que lhe são submetidas, mas também contribuído para a pacificação social da sociedade brasileira. Ao possibilitar a amenização de conflitos entre classes com interesses divergentes, essa Justiça especializada sem dúvida teve sua parcela de contribuição para o desenvolvimento sócio-econômico do país e para a estabilidade de suas instituições. Abriu, ainda, caminho para a própria expansão e evolução do capitalismo industrial brasileiro.

Desde a criação dos primeiros órgãos judiciais especializados na resolução de conflitos trabalhistas, apesar de todas as dificuldades e obstáculos (já superados e ainda por superar), a economia brasileira (antes fundada quase que exclusivamente no cultivo do café e outros gêneros primários para exportação) apresentou considerável evolução e chegou a ocupar recentemente o posto de 6ª maior economia do mundo.⁶

⁵ A enumeração é de MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Breve História da Justiça do Trabalho. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (et al). *História do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*: homenagem a Armando Casimiro Costa, 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 159.

⁶ ISTOÉ INDEPENDENTE, “Brasil ultrapassa Reino Unido e se torna 6ª economia do mundo”, 26/12/2011. Disponível em

A Justiça do Trabalho desempenha papel igualmente relevante em questões diretamente relacionadas à preservação da dignidade humana, ao proferir decisões relativas ao combate do trabalho escravo, inclusão de pessoas com deficiência, erradicação do trabalho infantil e do tráfico de pessoas, garantia de segurança e saúde no ambiente de trabalho, prevenção de acidentes, combate ao trabalho em condições degradantes e à discriminação (de gênero, por idade, opção sexual, etc), entre muitos outros exemplos.

E nesse contexto, repita-se, é imprescindível manter a competência da Justiça do Trabalho para **juízo das causas em que se discute a existência de fraude no contrato civil/comercial de prestação de serviços, que envolvam um trabalhador**, afinal se trata de uma relação de trabalho, apesar de o contrato entre as empresas ser de natureza civil/comercial.

A existência de uma Justiça do Trabalho forte, autônoma e independente é importante não apenas para a classe trabalhadora, mas também para os bons empresários, cujos concorrentes que sonham direitos trabalhistas, na prática de fraudes, não poderão competir em situação desleal de vantagem.

Se nosso país adotou opção histórica pela existência de cortes judiciais especializadas no trato da matéria trabalhista, e se este ramo tem oferecido respostas, em geral, satisfatórias à população, prestando serviço público relevante e se destacando – ano após ano – como o ramo mais célere, produtivo, eficiente e conciliatório do Poder Judiciário, entendemos que deslocar o julgamento da matéria trabalhista para outro ramo desse Poder Judiciário importaria inegável retrocesso, o que não significa que não se deva investir no aperfeiçoamento da organização e estrutura da Justiça do Trabalho, especialmente para que esta se adeque aos precedentes vinculantes que forem editados por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Concordamos com as sábias palavras de AMAURI MASCARO NASCIMENTO, para quem “o que de melhor se poderá fazer é aperfeiçoar a jurisdição laboral para que continue a cumprir os seus fins. Suprimi-la seria retrocesso. Cumpra valorizá-la e reordená-la numa perspectiva de modernidade adequada à realidade contemporânea”.⁷

https://istoe.com.br/184334_BRASIL+ULTRAPASSA+REINO+UNIDO+E+SE+TORNA+6+ECOLOGIA+DO+MUNDO/. Acesso em 11 nov. 2018.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Novas Tecnologias, Internet e Relações de Trabalho*, p. 1025.

2.2 A LICITUDE DA CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DIANTE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 324, QUE RECONHECEU A VALIDADE CONSTITUCIONAL DE DIFERENTES FORMAS DE DIVISÃO DO TRABALHO E A LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO PRODUTIVA DOS CIDADÃOS

É de profunda reflexão jurídica a análise da licitude da contratação civil de trabalhador autônomo ou pessoa jurídica para prestação de serviços, a luz do entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADPF 324, que reconheceu a validade constitucional de diferentes formas de divisão do trabalho e a liberdade de organização produtiva de cidadãos.

Inicialmente, é mister fazer a distinção entre terceirização e pejetização. A terceirização e a pejetização são formas de contratação de serviços, mas diferem na estrutura e nas implicações legais. Na terceirização, uma empresa contrata outra empresa (terceirizada) para realizar um serviço, enquanto na pejetização, a empresa contrata diretamente uma pessoa física que se apresenta como pessoa jurídica (PJ). A terceirização é uma prática legal, desde que respeite as leis trabalhistas, enquanto a pejetização pode ser considerada uma forma de burlar direitos trabalhistas e previdenciários, a depender de como é realizada. Na verdade, a palavra pejetização não existe na língua portuguesa, tendo sido criada com uma conotação pejorativa pela comunidade jurídica laboral.

Ainda, quanto à terceirização, historicamente, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) estabelecia que era permitida apenas em atividades-meio, ou seja, aquelas que não estavam diretamente ligadas ao objetivo principal da empresa. Essa interpretação visava proteger os trabalhadores de vínculos empregatícios precários e garantir direitos trabalhistas.

É sabido, outrossim, que o Direito do Trabalho, na sua essência voltado para a proteção do empregado típico, ou seja, para aquele que trabalha sob a subordinação de um empregador em um vínculo formalizado, precisa acompanhar as transformações sociais, econômicas e tecnológicas experimentadas na sociedade. A evolução dos mercados de trabalho e o surgimento de novas formas de relação laboral, como o trabalho

autônomo, o trabalho remoto, a terceirização e as relações informais, demandam novas provocações ao direito laboral.

A sociedade, como concebida na época que a CLT foi idealizada, mudou completamente. As relações de trabalho e de emprego não são mais as mesmas e as relações empresariais impuseram novas formas de administração empresarial. Desse modo, o Direito do Trabalho clássico, idealizado para a indústria tradicional, representa uma parcela pouco significativa da economia e, por outro lado, os novos modelos de administração e de trabalho não se enquadram, não podem e nem devem ser submetidos a tais regras.

O instituto da “Terceirização” que até então se mostrava pacificado na jurisprudência, passou a ser objeto de questionamento a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que modificou a Lei nº 6.019/1974 e ampliou as possibilidades de contratação de serviço terceirizado, que pode ser feita tanto na área-meio quanto na principal atividade da empresa, em contrariedade a Súmula 331 do C. TST e em alinhamento ao posterior entendimento do Supremo Tribunal Federal:

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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Neste sentido, em 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a repercussão geral sobre o tema da terceirização trabalhista em atividades-fim através do Recurso Extraordinário ARE 713.211. Já em 2018, o STF, no Tema nº 725 (RE 958.252), julgado conjuntamente com a ADPF 324/DF, decidiu que é lícita a terceirização em qualquer atividade, seja meio ou fim, desde que mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. Essa decisão foi consolidada com a tese de repercussão geral que afirma a legalidade da terceirização, independentemente do objeto social das empresas envolvidas.

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento

ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: **"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"**, vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018." (Destques nossos).

Essa mudança representou um marco significativo no direito trabalhista brasileiro, ampliando as possibilidades de terceirização e flexibilizando as relações de trabalho. A decisão do STF também declarou inconstitucional a interpretação restritiva adotada anteriormente pela Justiça do Trabalho, que limitava a terceirização com base na Súmula 331 do TST.

Essas decisões refletem uma tendência de modernização das relações de trabalho no Brasil, alinhando-se a práticas internacionais e buscando maior eficiência econômica, sendo esses os conceitos trazidos pelo Min. Luiz Roberto Barroso, no julgamento do RE 958252.

A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias de produção flexíveis, tampouco veda a terceirização. O conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre o tema não estabelece critérios e condições claras e objetivas que permitam a celebração de terceirização com segurança, dificultando, na prática, a sua contratação. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

1. 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.

Como se extrai de decisões já proferidas, **o Supremo Tribunal Federal reiteradamente vem reconhecendo a licitude dos mais diversos tipos de contratação e terceirização**, como no caso da ADI 3961:

Direito do Trabalho. Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória da Constitucionalidade. Transporte rodoviário de cargas. Lei 11.442/2007, que previu a terceirização da atividade-fim. Vínculo meramente comercial. Não configuração de relação de emprego. 1. A Lei nº 11.442/2007 (i) regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga; (ii) autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras; e (iii) afastou a configuração de vínculo de emprego nessa hipótese. 2. É legítima a terceirização das atividades-fim de uma empresa. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170). A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego (CF/1988, art. 7º). Precedente: ADPF 524, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 3. Não há inconstitucionalidade no prazo prescricional de 1 (um) ano, a contar da ciência do dano, para a propositura de ação de reparação de danos, prevista no art. 18 da Lei 11.442/2007, à luz do art. 7º, XXIX, CF, uma vez que não se trata de relação de trabalho, mas de relação comercial. 4. Procedência da ação declaratória da constitucionalidade e improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Tese: “1 – A Lei 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 – O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 – Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”.

Essa realidade, entretanto, que é acertada e privilegia a livre iniciativa e liberdade econômica, não elide a possibilidade de reconhecimento da existência de eventuais fraudes em tais novas relações jurídicas. Aliás, a própria ADPF n. 324, suscitada pelo consulente, aborda essa realidade.

Neste sentido, cite-se quanto aduzido pelos Exmos. Ministros por ocasião do julgamento da ADPF 324, quando se consignou expressamente que não estariam abarcadas as hipóteses de fraude nas relações de emprego. O Ministro Alexandre de Moraes (RE 958252, página 3, e na ADPF 324, página 3) assevera que a intermediação de mão de obra ilícita “(...) *consiste em mecanismo fraudulento que visa burlar a efetividade dos direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores; desvalorizar o primado do trabalho, por meio de abuso e exploração do trabalhador e ocultar os verdadeiros responsáveis pelas contratações, para impedir sua plena responsabilidade*”. E foi mais além o Ministro Alexandre de Moraes, tendo aduzido que “*é ultrapassada a manutenção dessa dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio”, para fins de terceirização, e errônea a confusão de identidade entre terceirização com intermediação ilícita de mão de obra. Por partir da errônea confusão entre “terceirização” e “intermediação de mão de obra”, chega-se à errônea conclusão de precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. Em nenhum momento a opção da terceirização como modelo organizacional por determinada empresa permitirá, seja a empresa “tomadora”, seja a empresa “prestadora de serviços”, desrespeitar os direitos sociais, previdenciários ou a dignidade do trabalhador*”.

Vedar a possibilidade de exame de fraudes nas terceirizações ou contratação civil de trabalhador autônomo ou pessoa jurídica para prestação de serviços, pois, seria não interpretar corretamente a *ratio decidendi* dos precedentes do próprio STF sobre a matéria, o que inclui a ADPF n. 324 questionada pela consulente, *que reconheceu a validade constitucional de diferentes formas de divisão do trabalho e a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, desde que não precarize ou prejudique direito dos trabalhadores*.

É importante registrar, entretanto, que a referida ADPF n. 324 trata da validade da terceirização, cuja consequência para situações de fraude consistem na responsabilidade subsidiária da tomadora de serviço, que não se confunde com contratação direta de trabalhador autônomo ou por pessoa jurídica, pois naquela a relação é trilateral, enquanto nessa bilateral. Portanto, naquela a consequência não pode ser o reconhecimento de vínculo empregatício mas sim responsabilização subsidiária do tomador de serviço, enquanto nessa há possibilidade de reconhecimento do vínculo

empregatício, em algumas situações de vício de consentimento de trabalhador hipossuficiente.

Essa confusão entre as teses fixadas pelo STF e a *ratio decidendi* dos seus julgados fragiliza o modelo de precedentes brasileiro, ao ensejar, em certas situações, a incorreta invocação das decisões paradigmas para solucionar casos que não guardam semelhança com o leading case. Ou seja, se *ratio decidendi* da ADPF n. 324 baseia-se na livre iniciativa e liberdade econômica, para reconhecer *a validade constitucional de diferentes formas de divisão do trabalho e a liberdade de organização produtiva dos cidadãos*, de forma nenhuma pode ser invocada para sustentar a impossibilidade de reconhecimento de eventual existência de fraude em tais relações jurídicas, que deve sempre ser veementemente combatida por qualquer esfera do Poder Judiciário.

As situações de fraude, cuja liberdade de organização produtiva dos cidadãos (consistente em *diferentes formas de divisão do trabalho*) mascarem mera intermediação de trabalho ou precarização de direitos trabalhistas assegurados constitucionalmente, conforme os termos estabelecidos no precedente firmado na ADPF n. 324, podem ser reconhecidas para responsabilizar subsidiariamente a empresa tomadora de serviço ou, no caso de contratação de trabalhador autônomo ou contratação por pessoa jurídica, reconhecer o vínculo de emprego com a contratante.

Vedar essa possibilidade é violar o acesso à justiça garantido pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, negando vigência ao princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional.

Não se pode olvidar que a fraude não se presume. No Código Civil Brasileiro, a fraude é caracterizada por atos que visam enganar, lesar ou prejudicar terceiros, buscando obter vantagens ilícitas ou evitar o cumprimento de obrigações. Ela pode ocorrer tanto em relações civis, como em contratos e negócios jurídicos, quanto em processos judiciais, sendo considerada um defeito do negócio jurídico ou um ato ilícito.

É possível aferir na jurisprudência e doutrina o seguintes exemplos de fraude: “Vender um imóvel sabendo que ele está hipotecado e ocultando essa informação

do comprador; Falsificar documentos para obter um empréstimo ou financiamento; Inovar artificiosamente o estado de um objeto em um processo judicial para induzir o juiz a erro; Remeter bens para terceiros com a intenção de não pagar dívidas”.

Em resumo, a fraude no Código Civil Brasileiro se refere a atos enganosos e prejudiciais, que podem ter consequências graves tanto no âmbito cível quanto penal, e que visam obter vantagens ilícitas ou evitar o cumprimento de obrigações.

Na esfera trabalhista, é preciso recorrer ao artigo 9º da CLT, o qual estabelece que “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Situações de fraude, portanto, em que se busca uma mera intermediação de trabalho, sem respeitar os direitos mínimos assegurados constitucionalmente ao empregado, com vício de consentimento deste na anuência da forma de contratação, seja autônomo ou por pessoa jurídica, pode e deve ser examinada pela Justiça do Trabalho, nos termos do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 324:

“Afirmar a licitude da terceirização como estratégia negocial, tanto no que respeita à atividade-meio, quanto no que respeita à atividade-fim, não implica, contudo, afirmar que a terceirização pode ser praticada sem quaisquer limites. A prática tem demonstrado – e a situação está muito bem retratada nos arrazoados dos *amici curiae* que se opõem à procedência da ADPF 324 (julgada conjuntamente com este recurso) – que algumas empresas contratadas deixam efetivamente de cumprir obrigações trabalhistas e previdenciárias e que, quando acionadas, constata-se que tais empresas não dispõem de patrimônio para honrar as obrigações descumpridas. Ora, se normas trabalhistas e previdenciárias elementares são descumpridas por algumas contratadas, é de se supor que o mesmo ocorra com normas

relativas à segurança e saúde do trabalho” (página 92 do Acórdão, ADPF n. 324).

“Pois bem. Como já observado, a atuação desvirtuada de algumas terceirizadas não deve ensejar o banimento do instituto da terceirização. Entretanto, a tentativa de utilizá-lo abusivamente, como mecanismo de burla de direitos assegurados aos trabalhadores, tem de ser coibida. Essa é a condição e o limite para que se possa efetivar qualquer contratação terceirizada. **Os ganhos de eficiência proporcionados pela terceirização não podem decorrer do descumprimento de direitos ou da violação à dignidade do trabalhador**” (página 93 do Acórdão, ADPF. N. 324).

Há ainda situações que podem ser aferidas a partir de previsão legal, como se observa dos termos do oriundo da entrada em vigor da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que modificou a Lei nº 6.019/1974 e ampliou as possibilidades de contratação de serviço terceirizado, exigindo capacidade econômica de terceirizada compatível com a execução dos serviços e a vedação de utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviço, conforme art. 4º-A e 5º-A, parágrafo 1º, *in verbis*:

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 . (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

(...)

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).

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

Qualquer situação de fraude, portanto, em que se busque uma mera intermediação de trabalho, sem respeitar os direitos mínimos assegurados constitucionalmente ao empregado, com vício de consentimento deste na anuência da forma de contratação e que possa desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação de preceitos da lei trabalhista (art. 9º CLT), pode e deve ser examinada pela Justiça do Trabalho, desde que, de forma fundamentada, o realize dentro dos limites do que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 324. E, desde que a fraude esteja devidamente provada, o que nos leva para a resposta do último questionamento da consulente, quanto ao ônus da prova relacionado à referida alegação de fraude na contratação civil.

2.3 A DEFINIÇÃO SE O ÔNUS DA PROVA RELACIONADO À EXISTÊNCIA DA FRAUDE NA CONTRATAÇÃO CIVIL RECAI SOBRE O AUTOR DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA OU SOBRE A EMPRESA.

A prova no processo é todo meio destinado a convencer o magistrado a respeito da verdade de alguma situação de fato, ou, em outras palavras, são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância para a solução do litígio.

Ônus é a possibilidade de a parte praticar atos no processo para seu próprio benefício, mas, também, de sofrer consequências legais pela omissão da prática desses referidos atos. Difere, pois, de faculdade e de obrigação⁸.

⁸ Um exemplo é o ônus que a parte tem de se defender, de responder à ação. Ela pode quedar inerte, mas, sofrerá as consequências advindas com a revelia. Quanto a ônus e obrigação, Arruda Alvim traz relevante ponto na distinção dos Institutos *in* Manual de Direito Processual Civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 476, ao chamar atenção para a “circunstância de esta última ter um valor e poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus.”

No tocante ao ônus da prova, conforme as clássicas lições de Pontes de Miranda, este “objetiva, regula a consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre consequência de falta de prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta a prova é que se tem de pensar em determinar a quem se carrega a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar a quem vão as consequências de se não provado; ao que afirmou a existência do fato jurídico (e foi, na demanda, o autor), ou a quem contra afirmou (negou ou afirmou algo que exclui a validade ou eficácia do ato jurídico afirmado), seja o outro interessado, ou, na demanda, o réu”⁹.

No processo do trabalho não é diferente. Porém, o exame do ônus da prova passa necessariamente pela análise e escolha da norma a ser aplicada, se o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho ou, na hipótese de esta ser insuficiente para regular a matéria, supletivamente o art. 373 do Código de Processo Civil.

O art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho inicialmente adotou o critério do interesse na afirmação e é de simplicidade peculiar: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. O art. 373 do Código de Processo Civil também adota o critério do interesse, porém vai mais longe: “O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Diante da anterior insuficiência e incompletude da norma trabalhista havia a necessidade de aplicação do art. 373 do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, especialmente diante da técnica de heterointegração normativa do art. 15 do Código de Processo Civil, que admite aplicação supletiva do Diploma processual comum, técnica consistente na complementação da norma especial, quando essa é insuficiente ou incompleta: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Difere, pois, da antiga regulamentação, que somente permitia a aplicação subsidiária, técnica que permitia a aplicação somente no caso de omissão¹⁰.

⁹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Vol. III, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 1954.

¹⁰ Sobre o tema ver o nosso *O Novo CPC e o Processo do Trabalho – Volume I, 3ª Edição*, São Paulo: Ltr, 2019, p. 36.

Ocorre que a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) reformou a CLT e corrigiu a omissão da norma trabalhista, passando o art. 818 a ter a seguinte redação: “O ônus da prova incumbe: I- ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II- ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.”

Pois bem.

A Justiça do Trabalho tem entendido que nas hipóteses de fraude, em que estejam presentes requisitos para reconhecimento de vínculo de emprego, o ônus da prova seria da empresa, em razão desta admitir a prestação de serviço, mas negar a existência do vínculo de emprego por se tratar de prestação de serviço autônomo ou pejotização/terceirização.

É o que se pode constatar do seguinte recente julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

PROCESSO nº 0000449-96.2022.5.09.0652 (ROT) RECORRENTE: MEDILAR HOME CARE CURITIBA LTDA, MEDILAR EMERGÊNCIAS MÉDICAS CURITIBA LTDA, FABIANA SIMONI LESKE RECORRIDO: FABIANA SIMONI LESKE, MEDILAR HOME CARE CURITIBA LTDA, MEDILAR EMERGÊNCIAS MÉDICAS CURITIBA LTDA RELATOR: JANETE DO AMARANTE 7ª Turma. EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. ADMISSÃO PELAS RECLAMADAS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ÔNUS DA PROVA. Ao negar a existência de vínculo empregatício, mas admitir a prestação de serviços autônoma, as reclamadas atraíram para si o ônus da comprovação de que tal prestamento de trabalho ocorreu em moldes diferentes daqueles descritos nos arts. 2º e 3º da CLT, por se tratar de fato impeditivo do direito da reclamante (arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC), ônus do qual não se desincumbiram. Sentença mantida.

O Tribunal Superior do Trabalho segue na mesma linha, conforme ementa de julgado abaixo transcrita:

PROCESSO N° TST - RRAg - 11275 - 97.2019.5.18.0051. Acórdão 6ª Turma. Relatora Ministra Kátia Arruda. Contrato de prestação de serviços. 'Pejotização'. Reconhecimento da relação de emprego". Por outro lado, no caso concreto não é possível debater o mérito da controvérsia em razão da incidência de óbices processuais. A delimitação constante no acórdão recorrido, trechos transcritos no recurso de revista, é de que a reclamada admitiu a prestação de serviços, alegando que teria havido a contratação do reclamante como pessoa jurídica; assim, era ônus da reclamada provar o fato modificativo do direito, encargo processual do qual não se desincumbiu; registrou que foram juntadas apenas duas notas fiscais de prestação de serviços quanto à prestação de serviços superior a cinco anos; destacou que não prova a regularidade da contratação de PJ o fato de o reclamante ter sido autônomo antes da contratação pela empresa.

Com todo respeito ao entendimento adotado pela Justiça do Trabalho, parece-nos equivocada essa distribuição do ônus da prova.

Explicamos.

Goldschmidt é quem melhor delineou o conceito de ônus processual que engloba, logicamente, o ônus da prova. Segundo o jurista alemão, “só existem no processo cargas, isto é, situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual. Com outras palavras, trata-se de imperativos do próprio interesse. As cargas processuais se acham em estreita relação com as possibilidades processuais, uma vez que toda possibilidade impõe às partes a carga de ser diligente para evitar sua perda¹¹”.

No nosso sistema, por força do princípio dispositivo, cabe às partes a iniciativa das alegações, não podendo o juiz delas se afastar, conforme estabelece o art. 141 do CPC: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

¹¹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor S/A, 1936, p. 8 e 203.

Além disso, conforme ressaltam João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes, “em razão do princípio da substanciação, não basta pedir a tutela jurisdicional, sendo de rigor indicar os fatos em que ela se ancora. Por exemplo, quem objetiva indenização por danos, tem o ônus de alegar fatos em que lastreie o pedido. Fala-se, assim, em ônus da alegação, que precede o ônus da prova¹²”.

É importante destacar que o instituto do ônus da prova é estudado desde Roma antiga, onde o senso prático e utilitário do direito romano sempre se adequou aos dias de hoje na solução de inúmeras questões, como a que é objeto da presente consulta. Nesse sentido, imprescindível voltarmos nossos olhos para alguns brocardos jurídicos que se amoldam como uma luva para a presente questão: *onus probandi incumbit ei qui agit* ou *onus probandi incumbit actori* (o ônus da prova incumbe a quem age ou o ônus da prova incumbe ao autor); ou ainda *affirmanti non neganti incumbit probatio* (a prova incumbe a quem afirma, não a quem nega);

No objeto de consulta temos uma relação jurídica de contrato civil, terceirização ou pejetização, em que o autor alega uma fraude, para que possa desconstituir essa relação jurídica e obter o reconhecimento do vínculo de emprego.

Assim, sob a ótica dos brocardos romanos, como quem age é o autor (ônus da prova incumbe a quem age), bem como ele que aduz a afirmação da fraude (ônus da prova incumbe a quem afirma), não há como imputar esse ônus à parte que nega, o réu (ônus da prova não é de quem nega).

Em síntese, quem tem interesse no reconhecimento da fraude é o autor. Portanto, partindo da premissa de que o interesse em afirmar o fato é unilateral, pois as partes só tem interesse em afirmar fatos que o beneficiem e o interesse de provar é bilateral (quando se afirma a existência de um fato, no caso a fraude, o adversário terá interesse em negá-lo), podemos invocar as lições de CARNELUTTI, para quem o ônus da prova é definido conforme o interesse da afirmação, ou seja, se o reclamante que afirma a fraude, para se beneficiar dos seus efeitos e obter o reconhecimento de um

¹² LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Teoria Geral da Prova*. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2022, p. 135/136.

vínculo de emprego, nada mais justo do que dele ser o ônus de provar a alegada fraude¹³.

Sob outro prisma doutrinário, ainda é possível definir o ônus da prova a partir do direito material suscitado pela parte e não dos fatos, pois estes só produzem efeito em razão daquele. Assim, conforme esclarece ROSEMBERG, em obra referência no estudo da matéria¹⁴, cada parte tem de alegar e demonstrar os pressupostos de fato da norma invocada em seu favor. Assim, como é o reclamante que invoca a aplicação do art. 9º da CLT para desconstituir a relação jurídica de natureza cível e reconhecer um vínculo de emprego, com fundamento nos arts. 3º da CLT, logicamente a prova dos fatos que lastreiam a aplicação dessas normas fica a cargo do reclamante e não da reclamada.

E, ainda, SÉRGIO LA CHINA explica o ônus da prova sobre o prisma da vantagem, pois constitui, a um tempo, regra de atividade e regra de julgamento. Regra de atividade porque estimula as partes a recolher e oferecer provas ao juiz, ainda que ele, teoricamente, pudesse obtê-las por si mesmo (o que, porém, é sempre incerto) e regra de julgamento no sentido de que concluída a fase probatória o fato que resultou incerto ou não provado prejudicará a quem teria vantagem se ele tivesse sido provado¹⁵. Assim, também a partir dessa linha doutrinária, como é o reclamante que teria a vantagem com o reconhecimento da fraude, também seria dele o ônus da prova.

Enfim, sob qualquer prisma doutrinário que se analisar a hipótese da terceirização ou pejetização, o ônus da prova para reconhecimento de fraude, que descaracterize o contrato civil e enseje o reconhecimento de vínculo empregatício será sempre do reclamante.

É completamente equivocado, pois, o entendimento de que como a reclamada nega a existência de vínculo empregatício, mas admite a prestação de serviços autônoma ou outra forma de contratação civil, atrai para si o ônus da prova.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Diritto Processuale, Vol. I, Pádua: Cedam, 1936, p. 423.

¹⁴ ROSEMBERG, Leo. La Carga da la prueba. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa – América, 1956, p. 113 e 119.

¹⁵ LA CHINA, Sérgio. *Diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 632.

E isso porque a prestação do serviço é matéria incontroversa. O que é controvertido é a existência da fraude, que é alegada pelo reclamante. Fraude é o fato que substancia o direito postulado pelo autor, ou mesmo a aplicação da norma e as vantagens daí advindas que, conforme as premissas da definição do ônus da prova da autorizada doutrina aqui citada, ficará sempre a cargo do reclamante.

Na hipótese de o juiz do trabalho, portanto, esgotar todas as tentativas para formação de seu convencimento e, ainda, não conseguir se convencer sobre a verdade dos fatos em relação à existência da fraude, deve aplicar a regra de distribuição do ônus da prova prevista no art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, que de forma muito clara estabelece ser do reclamante o ônus da prova da alegação de fato constitutivo de seu direito.

Assim, se o autor tinha a obrigação de provar a fraude e não se desincumbiu desse ônus, a ação deverá ser julgada improcedente. O réu não alega fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, apenas e tão somente nega esse fato.

Em resumo, é do reclamante o ônus da prova em relação à fraude que possa descaracterizar um contrato de natureza civil para se aplicar o art. 3º e 9º da CLT, com a desconstituição da relação jurídica de terceirização ou pejetização e reconhecimento de um vínculo de emprego do trabalhador.

A exceção a essa regra consiste apenas na possibilidade de inversão judicial do ônus da prova, nas hipóteses que a lei permite que o juiz altere as regras de distribuição do ônus da prova, como ocorre no art. 6º, inc. VIII, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e atualmente no art. 818, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata da carga dinâmica do ônus da prova, inserido pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista).

3. CONCLUSÃO

Em resposta à consulta, concluímos que:

I – A competência para julgamento das causas em que se discute a existência de fraude no contrato civil/comercial de prestação de serviço é da Justiça do Trabalho, conforme estabelece o art. 114 da Constituição Federal.

II- É possível se reconhecer fraude, conforme o próprio entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADPF 324, que reconheceu a validade constitucional de diferentes formas de divisão do trabalho e a liberdade de organização produtiva dos cidadãos na terceirização, em que será possível responsabilizar subsidiariamente a tomadora do serviço. Nas hipóteses de ilicitude na contratação civil de trabalhador autônomo ou pessoa jurídica para prestação de serviços, que visem lesar o trabalhador e desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos da lei trabalhista, nos termos do art. 9º da CLT, será possível o reconhecimento de vínculo empregatício com a contratante, diante de vício de consentimento e hipossuficiência deste;

III – O ônus da prova relacionado à alegação de fraude na contratação civil recai sobre o autor da reclamação trabalhista, em função de o fato ser suscitado por ele, a aplicação da norma ser feita a seu favor e as vantagens do reconhecimento do vínculo empregatício lhe beneficiarem, limitando-se a reclamada a apenas negar o fato.

É o nosso parecer.

4. REFERÊNCIAS

ALVIM, Manoel de Arruda. Manual de Direito Processual Civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Diritto Processuale, Vol. I, Pádua: Cedam, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor S/A, 1936.

ISTOÉ INDEPENDENTE, “Brasil ultrapassa Reino Unido e se torna 6ª economia do mundo”, 26/12/2011. Disponível em https://istoe.com.br/184334_BRASIL+ULTRAPASSA+REINO+UNIDO+E+SE+TORNA+6+ECOLOGIA+DO+MUNDO/. Acesso em 11 nov. 2018.

LA CHINA, Sérgio. *Diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1991.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Teoria Geral da Prova*. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2022.

MALHADAS, Julio Assumpção. *Justiça do Trabalho: sua história, sua composição, seu funcionamento*, vol. 1. São Paulo: LTr, 1998.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Breve História da Justiça do Trabalho. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (et al). *História do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Vol. III, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 1954.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Novas Tecnologias, Internet e Relações de Trabalho*, p. 1025.

ROSENBERG, Leo. *La Carga da la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa – América, 1956.

SILVA, Bruno Freire e. *O Novo CPC e o Processo do Trabalho – Volume I, 3ª Edição*, São Paulo: Ltr, 2019.

SILVA, Bruno Freire e; FERNANDES, João Renda Leal; *Organização da Justiça do Trabalho*, In Curso de Direito Processual do Trabalho – Homenagem da Academia Brasileira do Direito do Trabalho a Christovão Piragibe Tostes Malta e Wagner D. Giglio, ed.1. São Paulo: LTR Editora Ltda, 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Tribunais do Trabalho no direito comparado e no Brasil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 65, n. 1, out./dez. 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. O cinquentenário da justiça do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 60, 1991.