

A RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE SALÃO-PARCEIRO E PROFISSIONAL-PARCEIRO

Igor de Oliveira Zwicker

Prestigiar a realidade é prestar um tributo à verdade.

Francesco Carnelutti (1879-1965)

Sumário: 1. Prolegômenos; 2. A proteção do trabalhador; 3. Princípio da primazia da realidade sobre a forma; 4. Pejotização e a Lei n. 13.352/2016; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. PROLEGÔMENOS

O artigo pretende fazer uma breve análise da configuração da relação de emprego entre as figuras jurídicas do salão-parceiro e do profissional-parceiro previstas na novel Lei n. 13.352, de 27/10/2016, que alterou, substancialmente, a lacônica Lei n. 12.592/2012, passando agora, de fato, a dispor sobre o exercício das atividades profissionais de cabeleireiro, barbeiro, esteticista, manicuro, pedicuro, depilador e maquiador.

A mim, sobreleva importância o momento em que escrevo este artigo, diante

do atual momento de instabilidade vivido no país e as alegações do atual presidente da Câmara dos Deputados, Sr. Rodrigo Maia, em entrevista concedida em 8/3/2017¹, na qual afirmou serem os juízes do trabalho “irresponsáveis” e responsáveis por catorze milhões de desempregos, ao passo de que a Justiça do Trabalho “não deveria nem existir”.

Esqueceu o Sr. Rodrigo Maia que ideias desse talante só têm guarida em uma revolução constitucional, de onde surja novo Poder Constituinte originário, ilimitado, que construa uma Constituição a partir de ideais neoliberais.

Caso contrário, permanece em vigor a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5/10/1988, centrada na dignidade humana e fundamentada não apenas nos valores sociais do trabalho, mas

1 Simbólica e contraditoriamente, a fala ocorreu em um dia 8 de março, que remete a tantas lutas e reivindicações por melhores condições de trabalho e de igualdade de direitos civis, políticos e sociais.



Igor de Oliveira Zwicker

Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia; Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes; Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região; Professor de Direito.

nos *valores sociais da livre iniciativa* e cuja ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames de justiça social.

Nesse diapasão – e ainda em resposta às críticas, essas sim irresponsáveis, do Sr. Rodrigo Maia –, bem registrar as palavras do manifesto publicado pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Segunda Região (Amatra-2), de que

Não se pode de forma nenhuma transferir a responsabilidade pela crise econômica, agravada pelo mau gerenciamento do dinheiro público, para os ombros dos trabalhadores e do Poder Judiciário. Os juízes aplicam a Constituição e as leis vigentes.

A existência de uma Justiça Especializada garante o julgamento por Magistrados que estudam profundamente a legislação do trabalho, trazendo decisões mais justas e compatíveis com a especificidade das relações de trabalho.

Mais uma vez, à luz da *opção* do nosso Estado Democrático de Direito, de valorização do trabalho humano, exigir-se-á a atuação dos magistrados na aplicação da Carta Cidadã e da legislação do trabalho diante das alterações promovidas pela Lei n. 13.352/2016 na Lei n. 12.592/2012, com o objetivo de se evitar fraudes e precarização do labor.

Como na nota de repúdio encabeçada pela Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e Coleprec – Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil, em resposta ao Sr. Rodrigo Maia: “**sem um Judiciário**

ativo e independente, não há democracia”.

2. A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

A Constituição da República, sabiamente, conferiu a juízes *especializados* a árdua tarefa de bem julgar conflitos oriundos das relações do trabalho (art. 114, CRFB) – especialidade necessária porque se exige do julgador, na solução de conflitos dessa natureza, a sensibilidade em se perceber a relação de assimetria entre empregadores e empregados.

Segundo Rodriguez (2015:85),

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

Com efeito, o Direito do Trabalho é *protetivo*, diante da clara hipossuficiência do empregado – que necessita do seu salário para sobreviver – em face do empregador – que detém o uso do poder empregatício² e, em seu favor, o pressuposto da subordinação jurídica do empregado. Neste sentido, concebe-se o *paradigma da essencialidade* (NEGREIROS, 2006:463): os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando sua destinação, *são tidos como essenciais* estão sujeitos a um *regime tutelar*, justificado pela necessidade de *proteção* –

2 No qual se conjugam o poder diretivo, o poder regulamentar, o poder fiscalizatório e o poder punitivo.

proteção do sujeito *hipossuficiente*, assim entendido aquele que se utiliza do bem – objeto do contrato – para a sua sobrevivência.

Como cediço, no contrato de trabalho, uma das partes – o trabalhador, sujeito hipossuficiente – tem no objeto do contrato – o salário, que recebe em troca da sua força de trabalho – *sua única possibilidade de existência digna*, o que legitima a intervenção estatal na autonomia da vontade privada, dada a assimetria, como dito, característica da relação contratual.

A par disso, não se olvide que o *trabalho* – e o direito ao *trabalho digno* – é um direito social fundamental, consagrado no art. 6º da Constituição da República, cujo objeto final, para o trabalhador, é a paga, o *salário* que recebe pela força de trabalho que coloca à disposição do empregador.

Muito mais do que isso: veja-se que os outros direitos sociais fundamentais *expressos* no art. 6º, em sua maioria, dependem, primariamente, do trabalho humano e do fruto do labor, que é o salário: em que pese o dever de prestação positiva estatal³, sabe-se que a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, o transporte, o lazer e a previdência social estão contidos no conteúdo jurídico-constitucional do salário, que deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do indivíduo e da sua família com o dispêndio desses direitos sociais fundamentais (art. 7º, IV, da CRFB). Com relação à previdência social, mais ainda, tendo em vista que os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário

para efeito de contribuição previdenciária e *consequente repercussão em benefícios* (art. 201, § 11, da CRFB).

Assim, a razão de ser do direito do trabalho é a *proteção da parte hipossuficiente*, o que demanda um *procedimento especial*. Nesse sentido, a CLT foi *pioneira* “na demonstração de preocupação do legislador com os direitos coletivos, ainda que restrita ao âmbito do direito do trabalho, em oposição ao individualismo então predominante” (PAROSKI, 2008:187).

3. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA

Corolário do princípio da proteção, que rege a essência do Direito do Trabalho, com fulcro na dignidade humana e nos valores sociais constitucionais do trabalho e da livre iniciativa, revela-se o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Neste sentido, explica Delgado (2017:223):

O princípio da primazia da realidade sobre a forma (chamado ainda de princípio do contrato-realidade) amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art. 85, CCB/1916; art. 112, CCB/2002).

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas

3 O *status civitatis* – um dos quatro status dos direitos sociais fundamentais pensados por Georg Jellinek (ALEXY, 2008:255).

partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).

Assim, pouco importa ao Direito do Trabalho – e conseqüentemente ao processo do trabalho, que é *instrumento* de salvaguarda do direito material – a forma, se esta não corresponder à realidade fenomênica.

Nesse sentido, encontra relevo regra protetiva inserta no art. 9º da CLT, para o qual são *nulos de pleno direito* os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação.

E talvez o preceito mais *significativo* da Consolidação seja o da relação de emprego, fruto do contrato individual de trabalho – acordo tácito ou expresso, na forma do art. 442 da CLT.

Nesse sentido, se presentes os pressupostos previstos na Consolidação – pessoalidade, não eventualidade, subordinação jurídica e onerosidade –, na forma dos arts. 2º e 3º da CLT, deve haver o reconhecimento da relação de emprego.

4. PEJOTIZAÇÃO E A LEI N. 13.352/2016

É regra de experiência comum (art. 852-D da CLT e art. 375 do CPC) o conhecimento médio humano de que existem salões de beleza que optam por contratos de parceria, nos quais o proprietário do salão de beleza não mantém a relação de trabalho subordinado

típica da relação de emprego, ao contrário: nessas relações, o profissional da beleza tem total liberdade – sendo considerado autêntico trabalhador autônomo – e pode definir os dias, horários, clientes e atendimentos que lhe convêm.

Nessa relação de parceria, não há espaço para o exercício do poder empregatício, de modo que não cabe ao proprietário do salão de beleza, de modo algum, dirigir o labor do trabalhador, dar-lhe ordens, fiscalizar o seu trabalho ou puni-lo por qualquer motivo que seja – inclusive advertências verbais.

Nesse sentido, bem resumem Barros e Alencar (2016:277):

É sabido que a existência do contrato de parceria pressupõe que o parceiro trabalhe com autonomia, participando não só dos lucros, mas também das perdas havidas. São esses os traços que o distinguem do contrato de trabalho, porque neste há subordinação e o empregado não arca com os prejuízos verificados no empreendimento econômico. Acresce, ainda, que na parceria a atividade não precisa ser executada *intuitu personae*, ao passo que no contrato de trabalho a pessoalidade é pressuposto do conceito de empregado. E mais, se o chamado parceiro proprietário exercer o comando do trabalho, ainda que em parte, caracterizada está a subordinação jurídica, pressuposto que implica o reconhecimento da relação de emprego.

Atendidas essas condições, não visualizo nos **requisitos formais** e nas **cláusulas obrigatórias** previstos no art. 1º-A, §§ 8º, 9º e 10, da Lei n. 12.592/2012, incluído pela Lei

n. 13.352/2016, conteúdo jurídico suficiente que possa, **por si só**, desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho⁴. Isto é claro, se a lei for cumprida, o que já se mostra duvidoso, em termos de Brasil.

Isso porque ainda é regra de experiência comum (art. 852-D da CLT e art. 375 do CPC) que os proprietários dos salões de beleza, muito antes da existência de legislação formal que dispusesse sobre o exercício das atividades profissionais de cabeleireiro, barbeiro, esteticista, manicuro, pedicuro, depilador e maquiador, **optam por adotar “contratos de parceria” – apenas na forma – para mascarar uma autêntica relação de emprego – a realidade.**

Tanto que as profissões características desse setor, comumente, são associadas ao fenômeno da **pejotização**, uma das “fraudes sociais cometidas contra o vínculo

4 AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. CABELEIREIRA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. No caso concreto, o Tribunal Regional, atendendo aos fatos e às circunstâncias dos autos, concluiu que as provas apontam para um contrato de parceria entre as Partes. Conforme se observa, a Corte de origem foi clara ao consignar que a Autora gozava de autonomia e liberdade quanto à fixação de seus horários de atendimento, formação de clientela e forma de execução dos serviços, além de auferir uma significativa participação sobre o preço do serviço prestado (40/50%). Assim, afirmando a Instância Ordinária, quer pela sentença, quer pelo acórdão, a inexistência dos elementos da relação de emprego (arts. 2º e 3º da CLT), torna-se inviável ao TST, em recurso de revista, revolver o conjunto probatório dos autos para alcançar enquadramento jurídico diferente (Súmula 126 do TST). Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR-10315-49.2014.5.18.0009, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/11/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015)

empregatício”. Neste sentido:

As “fraudes sociais” são aquelas cometidas contra o vínculo empregatício, das quais são exemplo os casos de empregados sem registro/não declarados/informais, os falsos autônomos, as falsas Pessoas Jurídicas, que acabaram forjando o termo “pejotização”, os falsos estagiários, os falsos cooperados, os falsos microempreendedores individuais, responsáveis pelo surgimento de outro neologismo, a “meização”, os falsos trabalhadores temporários e outros. São também “fraudes sociais” aquelas cometidas contra o salário, das quais são exemplo os salários pagos “por fora”, a verba salarial travestida de indenizatória, a utilização dos cartões corporativos para fins salariais, as gorjetas não escrituradas, o chamado salário “flexi” e outros. Igualmente, poderiam ser consideradas “fraudes sociais” aquelas cometidas contra a jornada de trabalho, das quais são exemplo a jornada não registrada/não declarada, a jornada defraudada, as fraudes ao ponto eletrônico e similares. (BIGNAM, 2016:229-230)

É óbvio que a Lei, se corretamente aplicada, não trará prejuízos à higidez do sistema laboral brasileiro. Porém, é clara a possibilidade – com arrimo na Lei, inclusive – de se existir um salão de beleza, por exemplo, em que inexistam empregados, isto é, trabalhadores que mantenham com o empregador uma relação de emprego, sendo um grande centro de reunião de trabalhadores autônomos.

Nesse diapasão, o profissional-parceiro não terá relação de emprego ou de sociedade com o salão-parceiro enquanto perdurar a relação de parceria, na forma do art. 1º-A, § 11,

da Lei n. 12.592/2012, apenas e tão somente se estiverem presentes **os requisitos formais e as cláusulas obrigatórias previstos no art. 1º-A, §§ 8º, 9º e 10, da Lei n. 12.592/2012**, a saber:

- a) a parceria deverá ser firmada mediante contrato celebrado previamente, formalmente e por escrito, não se admitindo celebração verbal ou tácita, e devidamente homologado pelo sindicato da categoria profissional e, na ausência desse, pelo órgão local competente do Ministério do Trabalho, perante duas testemunhas (art. 1º-A, § 8º);
- b) o trabalhador, independentemente de atuar somente como parceiro (art. 1º-A, *caput*) ou como pequeno empresário, microempresário ou microempreendedor individual (art. 1º-A, § 7º), deverá, sob qualquer hipótese, estar assistido pelo seu sindicato da categoria profissional ou, na ausência deste, pelo órgão local competente do Ministério do Trabalho (art. 1º-A, § 9º);
- c) o contrato – celebrado previamente à contratação, enquanto ato formal e por escrito – deverá conter todas as cláusulas obrigatórias do contrato de parceria (art. 1º-A, § 10).

Somente desse modo, de fato, poder-se-á visualizar um autêntico contrato de parceria. Caso contrário, como já bem diz o art. 1º-C da Lei n. 12.592/2012, configurar-se-á vínculo empregatício entre a pessoa jurídica do salão-parceiro e o profissional-parceiro quando não existir contrato de parceria formalizado na forma descrita na Lei (art. 1º-A, §§ 8º, 9º e 10, da Lei n. 12.592/2012) ou quando o profissional-parceiro desempenhar funções diferentes das descritas no contrato de parceria, isto é, quando estiverem presentes quaisquer pressupostos

ou características de uma autêntica relação de emprego⁵.

Vale o registro, por fim, de pertinente crítica doutrinária:

Permanecerá, todavia, a questão em saber se esse MEI é realmente o que diz ser, se é parceiro, se fixa seus horários e escolhe seus clientes, ou é apenas um empregado travestido e, portanto, sendo nulo esse contrato de parceria. Parece-nos que estamos contemplando, formalmente, a adoção da pejotização no Direito brasileiro, e, aí, reaparecem, em plenitude, os preceitos dos arts. 9º da CLT e 166 do Código Civil, que apontam para nulidade em caso de fraude. (FRANCO FILHO, 2017:132)

5. CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil é centrada na dignidade humana e constituída em um Estado Democrático de Direito que elegeu, como fundamentos, a valorização do trabalho humano e o valor social da livre iniciativa.

Nesse contexto, exsurge a atuação dos juízes do trabalho, na sustentação da democracia, com vistas a coibir quaisquer

5 RECURSO DE REVISTA. (...) VÍNCULO DE EMPREGO. CABELEIREIRO. O Tribunal Regional, soberano na análise da prova, consignou a presença dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego entre o reclamante e a recorrente. A pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula nº 126 desta Corte. Não se trata de discutir o ônus da prova, na medida em que restaram comprovados os fatos em favor do reclamante, acerca do preenchimento dos requisitos do art. 3º da CLT. Incólumes os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. (...) (TST-RR-31400-06.2008.5.04.0005, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 29/2/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 9/3/2012)

desvirtuamento, impedimento ou fraude perpetrados contra a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho.

A Lei n. 12.592/2012, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.352/2016, vem ao encontro de uma realidade viva, que é a pactuação de contratos de parceria entre salões e profissionais da beleza. A Lei, se correta e honestamente aplicada, tem capacidade de engrandecer o trabalho desses profissionais e criar melhores condições de trabalho e de vida a todos que vivem dessas profissões.

Porém, ao valorizar o trabalho autônomo, em desfavor do trabalho subordinado, e permitir a situação jurídica de um salão de beleza onde inexistem empregados, isto é, trabalhadores que mantenham com o empregador uma relação de emprego, sendo um grande centro de reunião de trabalhadores autônomos – e podendo abrir espaço a uma miríade de *fraudes sociais*, mormente no nosso país, onde o descumprimento da legislação, por desconhecimento ou por má-fé, é uma característica inerente ao brasileiro médio –, tal Lei deve ganhar especial atenção da Justiça do Trabalho.

Inadmitir-se-á qualquer empregado travestido de trabalhador autônomo; nesse sentido, os juízes do trabalho devem declarar nulo qualquer contrato intitulado “de parceria” onde inexistir contrato formalizado na forma descrita na própria Lei n. 12.592/2012 (art. 1º-A, §§ 8º, 9º e 10) ou quando o profissional-parceiro desempenhar funções diferentes das descritas no contrato de parceria, isto é, quando estiverem presentes quaisquer pressupostos ou características de uma autêntica relação de emprego.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** [trad. Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de; ALENCAR, Jessé Claudio Franco de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: 2016.

BIGNAM, Renato. **A modernização da inspeção do trabalho no Brasil**. In: MANNRICH, Nelson; FERNANDES, Reinaldo de Francisco (coords.). *Temas contemporâneos de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.