

O ABUSO DE DIREITO A PARTIR DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS DO TRABALHADOR

MARIA CLÁUDIA DE BRITO ALVES FELD

Especialista em Auditoria e Perícia Contábil. Universidade Potiguar (UnP)

Email: marieclaude@bol.com.br

Envio em: Novembro de 2012

Aceite em: Agosto de 2014

Resumo

O artigo trata da violação dos direitos trabalhistas e suas consequências jurídicas, principalmente, da tentativa de descaracterizar o vínculo de emprego. Na introdução, o artigo trata das lutas e dos movimentos dos trabalhadores por melhores condições de trabalho; e da edição de leis protetivas, principalmente, a CLT, quando os empregadores aceitaram as inovações legislativas protetivas. A referida lei regulou as relações de trabalho e definiu o vínculo empregatício, garantindo direitos e igualdade de condições a trabalhadores. O artigo aborda, ainda, as grandes mudanças sofridas, ao longo dos anos, na práxis das relações de trabalho; a terceirização e a explosão dos grupos econômicos, sua validade e existência, enquanto fatores necessários à economia, contrapondo-se ao seu mau uso. E, ainda, são abordados, perfunctoriamente, os institutos jurídicos, como a fraude à lei, a simulação e o abuso de direito, que podem ser encontrados como espécies de deturpação da “flexibilização” das relações de trabalho, principalmente pela falta de normas trabalhistas convergentes a possibilitar uma interpretação clara, de modo que venha a assegurar maior proteção ao trabalhador. Ao final, alerta-se sobre a necessidade de o legislador alterar as leis trabalhistas, de forma a definir a abrangência da licitude da mitigação de regras protetivas, não permitindo, assim, que os detentores do capital manipulem a interpretação da lei, excedendo a razoabilidade, e, com isso, continuem causando danos aos menos favorecidos, ou seja, aos trabalhadores.

Palavras-chave: Trabalhador. Flexibilização. Normas.

ABUSE OF RIGHT FROM THE FLEXIBILITY OF PROTECTIVE LABOR STANDARDS

Abstract

This paper deal about the violations of workers' rights and their judicial consequences, over all the attempt to disguise the bond that ties the worker to the employer. In its ouverture, this article treats about the fight of employees for better quality in respect to workers' needs as health or safety as well as the protective laws as the CLT. This law has enforced the work relations, defined the employment bond, warranting rights and equality to workers. We also present the big changes occurred over the years, in the practice of work, like the outsourcing and the boom of company conglomerates, their value to the society's economic system, in opposition to their misuse. We afterall talk slightly about judicial themes like fraud against law, simulation and abuse of right, that are as kinds of misuses of the more flexible new laws thar regulate the work relations, as result of the lack of a clear redaction of these new laws. Finally, we try to alert to the need of changes in law, defining the scope of legality of changes that reduce the protection enforcements, to avoid the owners of the capital continue to damage the efficacy of the rights of lower classes.

Keywords: Woker. Flexibility. Norm.

INTRODUÇÃO

Mundialmente, após a Revolução Industrial, ocorreram movimentos de trabalhadores que, organizados em sindicatos, buscavam a melhoria de suas condições de trabalho. Munidos de técnicas, como a da greve e de outras mais agressivas, como a sabotagem dos meios de produção, tais movimentos acabaram por forçar a comunidade de empregadores a ceder, aceitando inovações legislativas de proteção ao trabalhador. O exemplo mais usado desse contexto histórico é o dos trabalhadores das minas, sujeitos a condições extremas.

No Brasil, as leis protetivas do trabalhador foram editadas, principalmente, na época em que o país era governado pelo populista Getúlio Vargas (principalmente, anos 40/50). Dessa época, data a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nesse diploma legal, são definidos os requisitos do vínculo empregatício, independentemente de instrumento contratual formal, garantindo, assim, igualdade de condições a trabalhadores “com carteira” e “sem carteira”, desde que haja habitualidade e subordinação, entre outras condições. Igualmente, são garantidos o descanso semanal, o descanso noturno, as férias, os diversos adicionais, a proteção contra acidentes, o direito de associação, entre inúmeros outros direitos.

Em períodos posteriores, houve um movimento de contestação às normas de proteção, sobretudo na fase neoliberal pós-90. Muitos argumentam que há um suposto exagero nas normas protetivas, o que, indiretamente, acaba por prejudicar o próprio trabalhador, por atravancar a economia.

O resultado desse embate tem sido a chamada “flexibilização” das normas trabalhistas, sendo emblemática, nesse contexto, a edição das sucessivas leis que permitem o trabalho temporário e a subcontratação, que constituem parte do tema do presente trabalho.

Em sendo assim, ao longo de vários anos, as relações de trabalho sofreram grandes mudanças e, com elas, as relações e os vínculos trabalhistas também sofreram, principalmente pela falta de normas trabalhistas convergentes a possibilitar uma interpretação clara, de

modo que venham a assegurar maior proteção ao trabalhador. Bronstei (apud CHADAD, 2003, p.42) entende que:

Após o início dos anos oitenta, com o surgimento dessas transformações, a maior flexibilidade nos contratos de emprego ganhou novo vigor, em decorrência da competição que se estabeleceu nos mercados mundiais. Com isso, diferentes modalidades de contratos não tradicionais de trabalho têm proliferado, em resposta à necessidade de quebrar-se a rigidez do contrato tradicional consagrado nas relações de trabalho vigentes. Cujo prazo para terminar é indeterminado.

Portanto, institutos jurídicos, como a fraude à lei, a simulação e o abuso de direito, podem ser encontrados, na prática, com a “flexibilização” das relações de trabalho e é disso que aqui tratamos.

A CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Segundo a CLT, em seu artigo 3º, “empregado é toda pessoa física que prestar serviço de natureza eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”. Seguindo esse raciocínio, para que haja vínculo empregatício, faz-se necessária a presença de alguns critérios norteadores, tais como: continuidade, habitualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação. Conforme Barros (1997, p. 240):

A relação de emprego – isto é, a relação de trabalho subordinado, prestado, continuamente, por uma pessoa física (empregado a uma pessoa física ou jurídica (empregador) – foi apreendida, doutrinadamente, segundo duas grandes vertentes e perspectivas: a partir de um prisma contratualista, em que tal relação era assimilada à natureza de um contrato, e, após, a partir de um prisma a-contratualista, pelo qual se compreendia a relação empregatícia numa ótica em que a ideia de vontade – básica à noção e existência do contrato – não cumpria papel decisivo (pelos menos) a vontade do empregado, um dos dois polos da mencionada relação).

Para Barros (1997), esmiuçando tais princípios, diz a doutrina que há continuidade em uma relação de trab-

alho, se não há prazo determinado; a habitualidade está na prestação rotineira dos serviços a um tomador de serviço, denominado “empregador”, ainda que haja intervalo de tempo e o trabalhador não labore diariamente; o vínculo de caráter personalíssimo se caracteriza pela prestação de serviços pelo trabalhador pessoalmente, exercendo uma atividade direta, sem poder delegar para outrem essa atividade; finalmente, a subordinação se caracteriza pelo fato de o empregado estar estritamente vinculado às normas pré-estabelecidas pelo empregador, ficando aquele obrigado a cumprir sua atividade do modo desejado pelo “patrão”. Adicionalmente, há a onerosidade, que é a existência de remuneração (chamada de “salário”, no caso de vínculo trabalhista).

A ELISÃO DAS NORMAS PROTETIVAS

Desde o início da vigência das normas trabalhistas protetivas, sempre abundaram as iniciativas dos empregadores em elidir, sobretudo, a caracterização do vínculo, com o objetivo de buscar uma aparente inexistência da relação de emprego, com a consequente irresponsabilidade (no sentido jurídico, ausência de dever de responder) para com o trabalhador. Ainda, Barros (1997, p. 241) explica que:

Tais correntes tenderam a subsumir a relação de emprego em alguma das figuras clássicas de contratos, típicas do Direito Civil. O fenómeno novo do Direito Trabalhista, emergente no contexto das profundas transformações socioeconômicas e jurídicas vividas desde a segunda metade do século XIX em diante, ainda não havia alcançado um consequente e adequado nível de elaboração teórica própria e autônoma.

Para tanto, sempre foram usadas técnicas que se enquadram em algumas noções jurídicas (nas quais não vamos nos aprofundar), como abuso de direito, fraude à lei e simulação.

Para se entender melhor, notamos, na maioria das situações aqui descritas, a tentativa de se formalizar (instrumentalizar, criar documentos para embasar) uma

relação que não corresponde à realidade. “São evidentes o artificialismo e a precariedade compreensiva a todas as formulações doutrinárias sobre a relação de emprego e o contrato de trabalho que partam da tradicional matriz teórica civilista” (BARROS, 1997, p. 243).

O caso mais extremo é aquele em que o empregado é caracterizado como sócio da empresa. Nesse exemplo, ao ser contratado, o trabalhador é obrigado a assinar um contrato social, no qual, ele tem 0,0000001% do capital, ganhando uma contraprestação mensal, caracterizada como “pró-labore” (nome dado à remuneração dos sócios de uma empresa). Nesse caso, todos os direitos trabalhistas são desrespeitados, sob a alegação de que o mesmo é sócio, quando, na verdade, ele cumpre horário, cumpre ordens e se insere em todos os requisitos para um trabalhador.

Nesse caso, quando à Justiça do Trabalho é dado intervir, ela desconsidera a forma e aceita como verdade o conteúdo, ou seja, entende que não se trata de sócio (caracterização formal), mas de empregado (caracterização substancial).

Igual tratamento se dá ao expediente fraudulento da “cooperativa de fachada”. Nesse caso, similar ao anterior, o empregador cria uma cooperativa formal e obriga seus empregados a se inscreverem como membros dessa cooperativa.

Note-se que não estamos dizendo, aqui, que todas as cooperativas são ilegais – ao contrário – o cooperativismo é abraçado, pela legislação, como uma alternativa em benefício do trabalhador, mas pode ser usado de modo ilegal, quando não corresponder ao contrato-realidade de trabalho.

Isso é, em suma, a elisão da norma, qual seja, o descumprimento da norma protetiva trabalhista, sob a alegação de uma exceção que se aproveitaria a partir de uma caracterização formal fraudulenta, a qual não se coaduna com a realidade substancial.

Pelo o exposto até aqui - as proteções e os princípios basilares da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) –, observa-se que, apesar dos grandes avanços ocorridos nas últimas décadas, o respeito às normas trabal-

histas ainda está muito aquém da realidade em permitir segurança e proteção ao trabalhador. Isto, pois, todos os dias, são criados mecanismos para driblar a legislação e, conseqüentemente, burlar as leis que protegem os empregados.

O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO E DOS GRUPOS ECONÔMICOS

Passamos a analisar o foco do presente trabalho – a terceirização e os grupos econômicos, sua validade e existência, enquanto fatores necessários à economia, contrapondo-se ao seu mau uso.

Nas últimas décadas, houve mudanças revolucionárias nos paradigmas administrativos das empresas, com o objetivo de torná-las mais eficientes. Essas mudanças, comumente chamadas “reengenharia”, tiveram como princípio norteador que as empresas mantivessem foco na sua atividade-fim. Como consequência, iniciou-se a contratação de empresas para realizar as atividades-meio (terceirização).

Por outro lado, os grupos econômicos, os quais não analisaremos pormenorizadamente – alguns lícitos e outros ilícitos –, como os trustes, cartéis e *holdings*¹, são fenômenos antigos, mas que se tornaram numericamente massivos com as mudanças administrativas já citadas.

Assim, houve uma explosão muito grande de empresas de terceirização ou empresas do terceiro setor, que têm por objetivo permitir que outra empresa abra mão da execução de um processo, transferindo-o para um terceiro, portador de uma base de conhecimento mais especializado, com o objetivo de agregar maior valor ao produto final.

O início dessa mudança foi no final dos anos 60, que começou, ao contrário do que muitos acreditam, no âmbito da Administração Pública. À época, tratava-se de algo, totalmente, novo e a CLT não

abordava esse assunto, vindo a tomar uma dimensão normativa mais clara nas últimas décadas. A CLT mencionou apenas duas figuras, a empreitada e a subempreitada, delimitando, dessa forma, a subcontratação de mão-de-obra.

Uma das fraudes que os empregadores encontraram como possibilidade diante dessa brecha legal foi fugir das conseqüências que a durabilidade do vínculo de emprego imprime ao contrato de trabalho, contratando seus trabalhadores por prazo determinado. A prática se difundiu de tal maneira, que chamou a atenção do legislador, que, por sua vez, tratou o fenômeno mais adequadamente, através da edição de dois diplomas normativos: o Decreto-Lei 229 e o Decreto-Lei 200, ambos de fevereiro de 1967. Enquanto o primeiro alterou, substancialmente, a CLT, dificultando, dentre outras medidas, a celebração de contrato por prazo determinado, o segundo permitiu à Administração Pública, setorialmente, contratar mão-de-obra por empresa interposta.

Terceirização é o mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador. Com a Lei 5.645/70, que, em seu art. 3º, parágrafo único, relacionava uma série de serviços, o fenômeno acima alcançou proporções volumosas e rápidas. Então, para abrandar a libertinagem patronal, o legislador editou a Lei 6.019/74, a fim de regular a questão. Daí em diante, o processo de terceirização, já bastante deturpado, foi regulamentado, ao menos em parte. Com o advento da nova Lei, ainda assim, entretanto, as empresas continuaram a contratar trabalhadores para, temporariamente, prestar serviços, sem que caracterizasse vínculo empregatício, que permaneceria com a empresa terceirizante. As orientações de Zockun (apud CHAHAD; ZOCKUN, 2003, p. 106), nesse sentido, dizem que:

Se o objetivo das empresas foi aumentar a

¹ *Holding*: Sociedade criada com o intuito de administrar um grupo de empresas (conglomerado).

especialização da produção, a direção é saudável e de fato deve contribuir para aumentar a competitividade das empresas. Mas se a motivação foi a necessidade de contornar a rigidez das leis trabalhistas que dificultam a redução dos custos, ela pode estar introduzindo distorções no sistema produtivo e prejudicar, a longo prazo, a competitividade do país.

O DESCONHECIMENTO E O MAU USO DA TERCEIRIZAÇÃO

Em estudo disponibilizado no sítio virtual do Ministério do Trabalho e Emprego (2003, p. 13-4), são apontados nada mais nada menos que catorze aspectos vantajosos aos empresários e empresas que adotam a terceirização em sua estrutura de atuação. Inevitável, pois, diante do conceito que as empresas e as próprias ciências ligadas à área empresarial emprestaram ao fenômeno, que o mesmo se generalizasse, atingido seu apogeu.

Apesar das várias vantagens, há um “outro lado”, que consiste no abundante mau uso da terceirização, ou melhor, da denominação de “terceirização”. Um exemplo emblemático é a contratação de alguns trabalhadores por parte de interposta empresa, ou seja, a prática da subcontratação, sem atenção às normas legais cabíveis, sob a fachada de “terceirização”. É um típico caso em que o direito e a Justiça do Trabalho dão tratamento corretivo, devendo o trabalhador ter todos os direitos que são devidos a seus colegas que têm a “carteira assinada” pelo real empregador, ou seja, pelo tomador de serviço, inclusive equiparação de salário. Outro benefício que tal situação irregular confere ao trabalhador é a responsabilidade pelo pagamento ser feito pelo verdadeiro empregador, o qual, via de regra, costuma ter saúde financeira bem maior que seus interpostos. “Ao afetar as relações de trabalho, a terceirização traz inúmeras implicações do ponto de vista econômico e jurídico trabalhistas” (CHAHAD; CACCIA-MALI, 2003, p. 108).

Assim, a implementação do conceito de “terceirização”, por parte de empresas sérias, deve ser praticada

com cautela. Uma má gestão de terceirização pode implicar para as empresas um problema jurídico incalculável.

Nesse contexto, a jurisprudência percebeu a necessidade de frear estes maus usos e criar mecanismos capazes de inibir os avanços nada civilizados. Então, o Tribunal Superior do Trabalho editou, em 1986, o enunciado nº 256, que, posteriormente, virou a súmula nº 331.

Tal súmula trata, exclusivamente, de regulamentar o contrato de prestação de serviço, quando afirma que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, ou seja, vincula o empregado ao tomador de serviço automaticamente, salvo no caso de emprego temporário.

Há várias outras formas de concretizar a elisão dos direitos trabalhistas, utilizando-se, de modo fraudulento, da denominação de “terceirização”. E, em uma delas, contrata o empregado, porém, exige que ele abra uma empresa em seu nome e recolha todos os tributos inerentes ao seu trabalho realizado. A remuneração se dá como se tratasse de um contrato entre empresas. Ora, fica evidente que, nesses casos, a empresa contratada, juridicamente, “não existe”.

Martins Filho (2010, p.66) compreende que “o princípio da primazia da realidade consiste em dar preferência à realidade fática verificada na prática da prestação de serviços em vez de ao possa emergir dos documentos que corporificam o contrato de trabalho, quando houver discordância entre ambos”.

Já as fraudes envolvendo grupos econômicos são, em geral, voltadas para a contratação de empregado que trabalha para uma empresa de maior porte, porém, formalmente, vinculado a uma empresa menor e menos sólida; situação que obtém igual tratamento a da subcontratação irregular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que destacamos, fica clara a necessidade de uma legislação, mais clara e rígida, de

modo a regulamentar as consequências jurídicas de novos institutos econômicos e coibir eventuais abusos para os trabalhadores. Vemos, sobretudo, a necessidade de o legislador alterar as leis trabalhistas, de forma a definir a abrangência da licitude da miti-

gação de regras protetivas, não permitindo, assim, que os detentores do capital manipulem a interpretação da lei, excedendo a razoabilidade e, com isso, continuem causando danos aos menos favorecidos, ou seja, aos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**: Estudo de memória de Célio Goyatá. 3 ed. São Paulo: LTR, 1997.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **ENUNCIADO 256**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **SÚMULA 331**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas. Acesso em: 25 out.2012.

CHAHAD, José Paulo Zeetano; CACCIAMALI, Maria Cristina. **Mercado de trabalho no Brasil**: novas práticas trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais do trabalho. São Paulo: LTR, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 19 ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2010.