

DESSA VEZ O PÊNULO OSCILOU LONGE DEMAIS!

Alcídio Soares Junior¹

Não sabemos aonde vamos, somente que a história nos levou até este ponto (...)
Sem dúvida, uma coisa está clara: se a humanidade tem que ter um futuro,
não será prolongando o passado ou o presente.
Se tentarmos construir o terceiro milênio sobre essas bases, fracassaremos.
E o preço do fracasso, isto é, a alternativa a uma sociedade transformada, é obscuridade.
Eric Hobsbawm, História do Século XX, 1995.

Caixa de Pandora

A expressão tem origem no mito grego da primeira mulher, Pandora, que por ordem dos deuses abriu um recipiente e liberou todos os males que lá se encontravam, tendo permanecido apenas a esperança. Desde então esses males atormentam a humanidade.

Caixa de Pandora é utilizada em sentido figurado para dizer que alguma coisa, sob aparência singela, é na verdade uma fonte de inquietudes e perplexidades. O simples ato de abrir a Caixa de Pandora, pode liberar e desencadear uma quantidade fascinante de eventos, como tal, absolutamente imprevisível.

RESUMO

O presente artigo trata essencialmente da Emenda 3, que tem a seguinte redação: “No exercício das atribuições da autoridade fiscal de que trata esta Lei, a descon sideração da pessoa, ato ou negócio jurídico que implique reconhecimento de relação de trabalho, com ou sem vínculo empregatício, deverá sempre ser precedida de decisão judicial.” Atualmente a Emenda está sob veto presidencial. Pelo texto pode-se verificar uma forte pressão para diminuir a autonomia dos auditores, no que concerne à inspeção/fiscalização das relações de emprego. Caso a Emenda passe a ter vigência, as empresas (empregadores) provavelmente diminuirão a contratação de empregados, fazendo opção por contratar mais as sociedades empresárias, em especial as pessoas jurídicas de uma só pessoa. Com isso, as relações de trabalho concebidas no modelo “tradicional” ficariam desordenadas e desorganizadas, como nunca visto, com desdobramentos críticos e imprevisíveis.

Palavras-chave: direito do trabalho, relação de emprego, Emenda 3

Já se disse que o direito do trabalho e a crise são velhos companheiros e que sempre andaram juntos, daí perfeitamente cabível a expressão “companheiros de jornada”.

Desde o seu surgimento e principalmente ao longo de sua evolução o direito do trabalho sofreu diversas crises. Por oportuno, evidencie-se que essas crises não

decorreram propriamente do direito do trabalho e sim da economia, que por natureza é sempre cíclica.

Ao longo da história, o desenvolvimento econômico nem sempre ocorreu linearmente, sendo que por mais vezes e por mais tempo esteve submetido a momentos cíclicos de pouco ou quase nenhum destaque.

¹ Advogado e professor de direito do trabalho da Universidade Estadual de Ponta Grossa

Nesse contexto, afirma-se que num quadro economicamente adverso, os chamados avanços sociais, constatados anteriormente em ambiente das relações do trabalho, acabam se transformando em verdadeiros obstáculos (muitas vezes insuperáveis) para o surgimento e desenvolvimento das empresas.

Para Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes² nenhum outro ramo do direito vive tão próximo das manifestações econômicas como o Direito do Trabalho. Ao lado do seu aspecto social relevante, o seu conteúdo é econômico por excelência, sendo a economia sua matéria.

Isso quer dizer que, em tempos de dificuldade e crises econômico-financeiras (isso acontece quase permanentemente!) há sempre uma pressão impactando os direitos trabalhistas.

Para Ney Lopes³ a desregulamentação e a abertura das economias cria para os países latino-americanos a necessidade de competir nos mercados internacionais de igual para igual com os países industrializados. Isso obriga a que maciçamente se incorporem tecnologias intensivas de capital “economizadoras de mão-de-obra”, isto é, geradoras de desemprego.

O início da precarização do direito do trabalho data de 1966, com a Lei que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Entre os objetivos da Lei estava o de restringir a possibilidade do empregado adquirir estabilidade no emprego, dependendo da “opção” que fizesse.

Seguiu-se a Lei do trabalho temporário, a implementação e ampla aplicação dos contratos por prazo determinado, o banco de horas e outras inovações que viriam “precarizar” o direito do trabalho.

Na gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, houve a tentativa (temerária) de alteração do artigo 618 da CLT, objetivando a implantação da premissa “o acordado prevalecerá sobre o legislado”.

Na atualidade, o direito do trabalho está às voltas com uma questão bastante intrigante e inquietante: trata-se da indigitada Emenda 3.

Obviamente que o tema envolvendo a Emenda 3 comporta diversos enfoques e interpretações, a partir de lógicas bastante distintas. Na doutrina juslaboralista, o aspecto que tem merecido o mais intenso debate é sobre a competência. Afinal, a autoridade fiscal tem ou não poder para desconsiderar o contrato entre pessoas jurídicas e aplicar multa se entender que é mera simulação? Ou seja, tem poder para “dizer” sobre a existência de vínculo empregatício diante de uma relação de trabalho?

Em argumento defendendo que a competência para tratar do tema é do Poder Judiciário, Carlos Roberto Ribas Santiago⁴ afirma que “se há dúvida sobre a real natureza da relação jurídica se empregado ou não empregado é do Poder Judiciário a função exclusiva de aplicar a lei a essa determinada hipótese controvertida. Ao Judiciário cabe a responsabilidade de fazer valer o ordenamento jurídico.”

Em argumento contrário, ou seja, entendendo que o auditor fiscal tem competência, Cláudio Ribeiro⁵ assevera que “cabe aos fiscais do trabalho identificar as empresas que cometem alguma irregularidade. Eles têm toda competência para saber o que é uma relação de trabalho.”

No entanto, este trabalho pela sua brevidade, tratará em essência dos aspectos relacionados aos efeitos e conseqüências da

²MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho, p. 136.

³LOPES, Ney. A América Latina e o Direito do Trabalho: uma visão do Parlamento Latino-Americano. São Paulo: FAAP, 2002. p. 235-252.

⁴SANTIAGO, Carlos Roberto Ribas citado em “A polêmica da Emenda 3 Sociedade discute regras da fiscalização das relações de trabalho”. p. 12.

⁵RIBEIRO, Cláudio citado em “A polêmica da Emenda 3 Sociedade discute regras da fiscalização das relações de trabalho”. p. 13.

inspeção do trabalho por parte do auditor fiscal.

QUE É A EMENDA 3?

Ao sancionar a Lei 11.457/07, que criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil (Super-Receita), basicamente pela unificação das estruturas de arrecadação da Secretaria da Receita Federal e da Secretaria de Receita Previdenciária, agora subordinada ao Ministério da Fazenda, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva acabou vetando a Emenda 3.

Essa Emenda tinha sido aprovada pelo Congresso e consistia na criação do § 4o, a ser inserido no artigo 6o, da Lei 10.593/02, que trata da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional (Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho).

A Emenda 3 está redigida nos seguintes termos:

“§ 4o. No exercício das atribuições da autoridade fiscal de que trata esta Lei, a desconsideração da pessoa, ato ou negócio jurídico que implique reconhecimento de relação de trabalho, com ou sem vínculo empregatício, deverá sempre ser precedida de decisão judicial.”(NR)

Esse é o texto gerador de conflito!

Na atualidade a Emenda 3 continua vetada. O debate no Congresso permanece intenso, sendo que a oposição ao Governo se organiza para, entre outras estratégias, tentar derrubar o veto presidencial.

O ATUAL MODELO DE INSPEÇÃO/FISCALIZAÇÃO.

A competência da Inspeção do Trabalho está prevista na Consolidação das Leis do Trabalho CLT, no Decreto 55.841/65 e na Lei 10.593/02, entre outros regulamentos.

Veja-se o artigo 626 da CLT.

Artigo 626. Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, ou àqueles que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

O Departamento de Fiscalização do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego aprovou “Precedentes Administrativos” objetivando facilitar a atuação dos auditores.

Em regra, cabe aos auditores fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego a inspeção/fiscalização das normas de proteção do trabalho.

Por oportuno torna-se importante mencionar como tem sido, até então a atuação dos auditores fiscais.

Nas fiscalizações de rotina, ao adentrar no ambiente das relações de trabalho⁶, o auditor fiscal solicita a apresentação de documentos nos termos contidos no artigo 41 da CLT. Esses documentos são o livro registro de empregados, as fichas e os documentos relacionados à eventual sistema eletrônico. Destaque para a exigência do livro registro de empregados, como um dos primeiros procedimentos a ser tomado.

Esse procedimento está amparado no artigo 11, da Lei 10.593/2002.

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

(...)

II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade;

Em atendimento à determinação do auditor fiscal, os empregadores apresentam os documentos solicitados. Em relação às carteiras de trabalho⁷, essas serão apresentadas e entregues ao empregador em data determinada, que as repassará ao auditor fiscal. Tal procedimento se explica, vez que nem sempre

⁶O ambiente das relações de trabalho ora referido é o ambiente típico ou tradicional, onde ainda predomina a contratação de trabalhadores, sob a forma de contrato de emprego.

⁷Alguns empregadores simplesmente não registram os seus empregados. Parecem preferir correr o risco de serem autuados, diante da tentadora possibilidade de aumentar o lucro.

os empregados estão portando as carteiras. De posse desses documentos e de tantos outros se inicia a inspeção/fiscalização propriamente dita.

Evidencie-se que no âmbito da inspeção, de um modo geral, para o auditor fiscal ainda existe a presunção de que todos os trabalhadores do estabelecimento “são empregados” e como tal, regulamentados pela CLT.

Constatado que existem irregularidades, como carteiras de trabalho sem as devidas anotações, cabe então ao auditor fiscal autuar o empregador, ou seja, para cada trabalhador sem carteira de trabalho devidamente anotada, haverá uma multa a ser lavrada.

Marcus Orione⁸ entende nesse sentido, ao asseverar que a atuação dos auditores compreende também a verificação de anotações em carteira de trabalho.

“Se há legislação prevendo as conseqüências decorrentes da não formalização da relação de emprego, será possível ao fiscal a tomada das providências legais cabíveis. A análise do ato ilegal e a sua punição não é prerrogativa exclusiva do Judiciário”.

Sebastião Caixeta⁹, por via indireta, também reforça essa tese ao mencionar que a Emenda 3 fere um dos preceitos sagrados da República, a separação dos Três Poderes, “na medida em que vincula, previamente, a atividade de fiscalização do Poder Executivo ao Poder Judiciário”.

Em sendo autuado, deve então o empregador fazer as defesas possíveis, inicialmente no âmbito administrativo, posteriormente na Justiça do Trabalho, caso lhe convenha, obviamente.

Não obstante, é necessário mencionar

que outros juristas entendem que o auditor fiscal não tem competência para “dizer” da existência ou não de vínculo empregatício. Como exemplos é possível citar Amauri Mascaro Nascimento e Sérgio Pinto Martins.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁰ assevera que, por ocasião do procedimento administrativo de anotação da carteira de trabalho, em havendo dúvida sobre a existência da relação de emprego, deve-se encaminhar a questão para a Justiça do Trabalho, que tem competência para tanto.

Sérgio Pinto Martins¹¹ afirma que o fiscal não tem competência para dizer da existência ou não de vínculo empregatício. Menciona ainda que a matéria só pode ser dirimida pela Justiça do Trabalho, conforme previsão do artigo 114 da Constituição Federal.

Evidencia ainda o citado autor¹², no que concerne às reclamações por falta ou recusa de anotação.

“A autoridade administrativa, porém, em nenhuma hipótese poderá decidir a respeito da existência ou não da relação de emprego-mesmo a empresa não comparecendo à DRT quando convocada para fazer anotações-, pois não tem competência para tanto. A competência nesse caso é da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF).”

O FUNDAMENTO DA LÓGICA DO EMPREGADOR

A lógica do capitalismo sepre foi e continua sendo a busca pelo lucro. Especialmente em tempos de capitalismo “turbinado” e selvagem, o lucro é buscado com mais intensidade.

Em regra os empregadores objetivam a maximização do lucro e a minimização de custos, o que é bastante lógico. Nesse

⁸ ORIONE, Marcus, citado por Walter Nunes da Silva Júnior. *Relações perigosas Super Receita inibe fiscalização do trabalho*. p. 2.

⁹ CAIXETA, Sebastião, citado por Walter Nunes da Silva Júnior. *Relações perigosas Super Receita inibe fiscalização do trabalho*. p. 2.

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 28a ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 28.

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22a ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 186.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22a ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 463.

contexto, é tido como natural a opção por contratações menos onerosas, portanto baseadas em outros estatutos que não a CLT. A contratação dos chamados “parceiros” deve ocorrer preferentemente no âmbito do Direito Civil e assim regulamentada pelo Código Civil. Sejam esses parceiros, sociedades empresárias ou até mesmo profissionais autônomos.

Nesse sentido Antonio Baptista Gonçalves¹³ afirma que “muitas empresas optaram pela migração de estratégia na hora da contratação de novos profissionais”. Menciona ainda que as empresas passaram a adotar uma solução alternativa visando a diminuição de custos. Diante da falta de regulamentação específica da CLT, as empresas arregimentam mão-de-obra mediante a contratação de empresários individuais ou sociedades simples, ao invés de empregado.

Cite-se o artigo 129 da Lei 11.196/05, com fundamento no artigo 170 da Constituição Federal, que prevê a contratação da denominada “empresa de uma só pessoa”.

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

Artigo 170 da Constituição Federal.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica,

independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

PROVÁVEL CENÁRIO DIANTE DA VIGÊNCIA DA EMENDA 3

Tenha-se que, inapelavelmente, a determinação contida na citada Emenda impõe limite à autonomia discricionária dos auditores, na medida em que não mais poderiam tratar da descon sideração da pessoa, ato ou negócio jurídico que implique reconhecimento de relação de trabalho, com ou sem vínculo empregatício, sem que tenha havido prévia decisão judicial. Ou seja, os auditores não poderão mais “dizer” das questões concernentes à existência ou não de vínculo empregatício.

Com base nas circunstâncias atuais e também nos elementos disponíveis, é possível prever o seguinte cenário para o ambiente das relações de trabalho, caso a Emenda 3 passe a ter vigência.

a) Nas inspeções de rotina nos ambientes de trabalho, os auditores terão como primeiro procedimento “separar” os trabalhadores detentores de carteira de trabalho assinada (empregados), dos trabalhadores que não possuem carteira de trabalho assinada (empresários individuais, sociedades empresárias, outros). Essa informação poderá ser prestada pelos próprios trabalhadores, que confirmarão tais informações, apresentando, conforme seja o caso, a carteira de trabalho ou o contrato social devidamente arquivado em Junta Comercial.

b) Em todo ambiente de trabalho poderá haver então pelo menos duas categorias de trabalhadores, aqueles constituídos sob a forma de pessoa jurídica e os portadores de carteira de trabalho (empregados). Isto sem mencionar os “trabalhadores autônomos”.

c) Estabelecida a distinção, poderá então o auditor passar a tratar da inspeção propriamente, no que se relaciona apenas aos trabalhadores portadores de carteira de

¹³ GONÇALVES, Antonio Baptista. A Emenda 3 da Super Receita. P. 1 e passim.

trabalho, que são os empregados.

d) Por razões óbvias¹⁴, o número de “parceiros” constituídos sob a forma de pessoa jurídica tenderá a aumentar exageradamente. Por outro lado, a contratação de empregados diminuirá, na mesma intensidade, pelo menos.

e) É bastante possível e razoável que esses novos contratos, após as suas rescisões, venham a ser submetidos à apreciação pelo Poder Judiciário Trabalhista. Viriam então as pessoas físicas, inicialmente constituídas em pessoas jurídicas, alegar por exemplo, que a relação era mesmo de emprego e que a relação entre empresas era mera simulação. É evidente que a prova cabe a quem alega (o ônus da prova cabe a quem alega). Nesse contexto, por certo existirão muitas dificuldades para produzir tal prova.

No entanto, em havendo o reconhecimento da relação de emprego pelo Poder Judiciário Trabalhista, decorreria naturalmente uma extensa relação de direitos trabalhistas prevista na CLT e nas leis esparsas.

É certo que em face de tantas dificuldades, é muito provável que nem todos recorreriam ao Poder Judiciário Trabalhista, como é natural. Mesmo considerando o modelo atual, onde os descumprimentos são diversos e generalizados, nem todos os (ex) empregados exercem a devida ação trabalhista. E as razões são várias, a) desconhecimento do direito, b) medo de retaliações dos empregadores, c) demora excessiva do Poder Judiciário Trabalhista e d) razões de ordem pessoal, entre outras.

E mais, insira-se um sério agravante e que em muitas vezes tem sido determinante para o não exercício da ação: a Justiça do Trabalho nem sempre é previsível, às vezes, apresenta decisões contraditórias e ambíguas!

QUAL SERIA O LIMITE E QUANTIDADE DE CONTRATAÇÕES DE PESSOAS JURÍDICAS DE UMA SÓ PESSOA?

O limite, provavelmente, tende inexoravelmente para a substituição total dos empregados pelos prestadores de serviços, constituídos em pessoas jurídicas¹⁵.

E se isso vier a acontecer, o direito do trabalho sofreria um severo golpe, possivelmente o mais duro golpe já enfrentado. As relações de trabalho, concebidas no modelo “tradicional” ficariam desordenadas e desorganizadas, como nunca visto, com desdobramentos críticos e imprevisíveis.

É o sinal dos tempos! Observe-se que historicamente o capital sempre esteve a provocar e desafiar para novas formas de aumento do lucro. A lógica do capital parece considerar que a regulamentação contida na CLT é por demais excessiva, complexa e custosa e como tal restritiva de novas contratações, ademais, limitando a obtenção de maior lucro.

Ao que tudo está a indicar, provavelmente o veto presidencial à Emenda 3 será mantido. Ainda bem, pelo menos por enquanto, para o velho (nem tão velho) e bom direito do trabalho.

De qualquer forma, dada a visibilidade e o alcance que a Emenda 3 ganhou no âmbito da sociedade, por conta da ampla exposição na mídia de um modo geral, tenha-se como certo que as relações de trabalho não serão mais as mesmas. Os empresários que já vinham contratando pessoas jurídicas, ao invés de empregados, certamente irão intensificar ainda mais tais contratações.

No entanto, deve a sociedade refletir sobre o que é efetivamente melhor: manter-se o direito do trabalho nos atuais

¹⁴Essas razões perfeitamente demonstráveis estão relacionadas ao fato de que custa muito menos para o empresário (empregador) contratar a chamada pessoa jurídica para prestação dos serviços.

¹⁵“Pejotização” é a expressão utilizada para denominar o aumento significativo de contratações de pessoas jurídicas no ambiente empresarial.

parâmetros, entenda-se “o que foi preservado”, acrescido das precariedades agregadas ao longo das décadas, ou estabelecer novas formas de contratação, por exemplo, a contratação de “pessoas jurídicas de uma só pessoa”?

O Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, até agora tem se mantido “favorável” à manutenção do direito do trabalho nos atuais parâmetros. É o que se

confirma pelo veto à Emenda 3.

Diante da grande polêmica e discussão entre capital e trabalho (na essência e em última análise, o debate versa mesmo sobre o lucro, ou melhor, sobre a quantidade de lucro), o tema merece uma ampla consulta à sociedade para que se manifeste sobre o que é mais adequado ou sobre o melhor encaminhamento a ser dado ao futuro da relação de emprego.

REFERÊNCIAS

- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 31ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005.
- GONÇALVES, Antonio Baptista. **A Emenda 3 da Super Receita**. Disponível em: <www.ultimainstancia.com.br>. Acesso em: 24.05.07.
- LOPES, Ney. A América Latina e o Direito do Trabalho: uma visão do Parlamento Latino-Americano. **Revista da Faculdade de Direito**- Fundação Armando Alvares Penteado, São Paulo, n. 1 p. 235-252, 2002.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 1956.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 28ª ed. São Paulo: LTr, 2002.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Relações perigosas Super Receita inibe fiscalização do trabalho**. Disponível em <www.conjur.com.br>. Acesso em: 24.05.07.
- A POLÊMICA da Emenda 3 Sociedade discute regras da fiscalização das relações de trabalho. **Jornal da Ordem**, Curitiba, p. 10-13, 02 de maio de 2007.