Equilíbrio na relação entre empresa e empregado é o desafio da Justiça

O crescimento do desemprego, principalmente dos trabalhadores com qualificações mais elevadas, e as regras impostas pela Consolidação das Leis do Trabalho — carga de tributos, contribuições e encargos trabalhistas — refletiram na criação de relações de trabalho alternativas, baseadas na cooperação e na autonomia. O cooperativismo, a terceirização e as sociedades por cotas tiveram forte impulso com a dinamização das relações empresariais. No entanto, há quem aponte que esses novos métodos de trabalho retiraram do trabalhador uma série de proteções previstas pela CLT. Em um aspecto, todos parecem concordar: encontrar um equilíbrio de proteção entre empregados e empregadores ainda é um desafio do ponto de vista legal e comercial.

A CLT, por meio do Decreto-Lei 5.452/1943, sancionada pelo presidente Getúlio Vargas, unificou a legislação trabalhista no Brasil. Com isso, foi estabelecido o registro em carteira, a jornada de trabalho, períodos de descanso, a organização sindical e as convenções coletivas, a fiscalização e a Justiça do Trabalho.

Essas garantias aumentaram os custos das empresas com os seus funcionários. É de responsabilidade do empregador pagar a contribuição do INSS (em média 27% do salário), o FGTS (8%), férias, abono de férias, 13º salário. Se o empregado é despedido, outros custos se acrescentam como os 50% de multa do FGTS, aviso prévio e outras garantias estipuladas em convenção coletiva. Aliada a essas dificuldades, a evolução nas relações sociais e no mercado de trabalho caminharam para outras direções: a liberdade de contratar e o processo de empresarização do trabalhador.

Para o advogado trabalhista **Geraldo Baraldi Jr.**, do escritório Demarest e Almeida Advogados, a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

legislação não acompanhou a modernização das relações de trabalho. Ele entende ser fundamental que trabalhadores com menor nível de qualificação e com menores salários recebam mais proteções legais, porém, trabalhadores mais qualificados e com remuneração maior poderiam ter um tratamento diferenciado. "A CLT não pode tratar de maneira igual funcionários que trabalham em condições muito distintas. É cada vez mais comum as contratações na forma de prestação de serviços e muitos executivos compactuam com isso."

Ele observa que a CLT deveria ser revisada para abarcar também formas alternativas de solução de litígio, como a arbitragem. "A Justiça do Trabalho é eficiente e rápida, se comparada com os outros segmentos do Judiciário, mas está assoberbada. Os juízes trabalham muito e cuidam de processos de pouca relevância quando poderia haver uma divisão entre causas de maior expressão econômica."

O conservadorismo da Justiça do Trabalho no trato com as relações de trabalho desprestigia outros modelos de relação e pode afugentar investimentos para o país, na opinião de Baraldi Jr.. "É preciso um equilíbrio para que o Brasil não deixe de ser um atrativo para o capital. O patrão não pode ser encarado como inimigo do empregado, mas sim como um parceiro. Para que a situação fique equilibrada, é preciso mudanças em diversas áreas. O trabalhador precisa de condições para se qualificar, os tributos e encargos devem ser reduzidos, assim como a taxa de desemprego, para que os litígios na Justiça de Trabalho diminuam."

Já o presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em São Paulo, desembargador **Nelson Nazar**, considera que não é necessária uma lei específica para regular as novas relações de trabalho. "A CLT é um código de proteção do trabalhador e é sempre aplicável quando existe a relação de emprego, sempre que houver uma fraude a um direito estabelecido na lei. Tudo é passível de ser corrigido pelas mãos da Justiça." Segundo ele, tudo o que é excessivamente legislado, gera confusão. "Gera insegurança, pois você passa a ter mais interpretações diferentes. As partes precisam ter boa-fé quando fazem o trato recíproco."

Nazar destacou que é difícil saber o que é bom para o empregado e para o empregador. "Nos últimos quatro anos, a renda do trabalhador cresceu. Ele passou a consumir, o que ajudou a movimentar a economia, beneficiando a atividade empresarial. O que não vinga é o processo equivocado da burla ao cumprimento da lei. A terceirização utilizada nos estritos termos da lei, por exemplo, nem prejudica nem facilita. É uma necessidade do mercado."

Nos tempos modernos, o que prospera é o cumprimento da lei. "Se a empresa é cumpridora da lei, vai ter sucesso em sua atuação. Se o empregado for participante e tentar crescer com a empresa, também terá sucesso no retorno do que mais lhe interessa, que é rendimentos maiores e um projeção na atividade empresarial. Tudo depende do grau de sinceridade entre as partes."

Garantias fundamentais

A advogada **Fabíola Marques**, do escritório Abud Marques Advogados Associados, entende que, apesar da evolução em relação às novas formas de prestação de serviço, o Brasil ainda precisa de mecanismos para garantir os direitos dos trabalhadores em função das diferenças sociais. "O registro em carteira, o pagamento de horas extras, as verbas rescisórias são interessantes não só para o empregado, mas também para o empregador, que não corre o risco de ser cobrado judicialmente." Para ela, é característica da

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Justiça do Trabalho ser protetiva. "O que não significa que ela seja parcial, que julgue sempre a favor do empregado. Na dúvida, o juiz analisa o ônus da prova."

Ela diz que é importante que a Justiça analise as relações de trabalho não previstas na CLT, pois há ações de pessoas contratadas com base em outros modelos que pedem o vínculo com a empresa, inclusive executivos que prestam serviços.

"O que se percebe é que a Justiça do Trabalho trata de forma diferente os executivos e os empregados com salários mais baixos. Geralmente, as pessoas desse último grupo aplicam sua remuneração em aluguel e alimentação. Muitas ficarão desempregadas, sem seguro-desemprego e outros direitos garantidos pela CLT, porque não foram registradas, por isso a Justiça as protege mais. O que não significa que o alto executivo não precise dessas garantias, porque ele também tem suas obrigações."

Os casos de prestadores de serviço que recorrem à Justiça alegando vínculo empregatício está despertando nas empresas a ideia de que deixar de registrar ou contratar de forma a desobedecer a lei é desvantajoso. "Muitas grandes empresas estão deixando de lado as cooperativas, a terceirização e os trabalhadores em regime de pessoa jurídica para evitar litígios", de acordo com a advogada.

Para Fabíola, se as formas alternativas de trabalho seguirem, de fato, a lei, elas devem ser incentivadas, pois dinamizam o mercado. No entanto, se a intenção for fraudar uma relação de emprego, não há vantagens para nenhuma das partes. "A empresa vai ser condenada a pagar, com juros e correção monetária, todos os benefícios dos trabalhadores."

Relação de trabalho mascarada

O procurador regional do Trabalho da 21ª Região, **José de Lima Ramos Pereira**, coordenador nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (Conafret), avalia que as relações de trabalho formadas a partir das novas relações sociais trouxeram benefícios, mas também o enfoque de mascaramento da relação de emprego.

Ele citou o exemplo dos regimes de contratação de pessoas jurídicas, pois, segundo ele, ainda há empresas que dispensam um funcionário antigo, o orienta a abrir uma empresa e o contrata como prestador de serviço, mesmo sem qualquer modificação em seu trabalho. "O trabalhador responde a subordinação, tem pessoalidade, mas é considerado pela empresa como um prestador de serviço. Para a empresa é ótimo, pois ela se livra dos encargos, mas esta é uma situação danosa ao trabalhador, já que ele perde sua relação de emprego, transformada numa relação autônoma que não existe, e os benefícios previdenciários."

O artigo 3º da CLT diz que é considerado empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. "Se o prestador de serviço tem chefe, recebe um valor fixo pago por mês, tem de estar todos os dias no local de trabalho e não pode ser substituído por outro prestador, então alguma coisa está errada", avaliou o advogado **Fábio Christófaro**, do escritório Gaiofato Advogados Associados.

Em situações como essa, é fácil uma pessoa jurídica provar sua relação de trabalho com a empresa. "A própria nota fiscal torna-se prova, pois são várias notas da mesma empresa, uma seguida da outra. Até

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

aqui, estamos falando de direito individual, mas quando se analisa que uma empresa pode ter 20 prestadores de serviços, passamos a tratar de direito coletivo, e a atuação do Ministério Público é fundamental."

O presidente do TRT-2 avaliou que as relações entre pessoas jurídicas são necessárias e decorrem da atividade empresarial. Apesar de haver casos em que os empregados são obrigados a abrir uma empresa como forma de disfarçar a relação de emprego, a pessoa jurídica não pode se transformar na denominação de algo pejorativo ou irregular. "Temos verificado que sempre que a pessoa jurídica é utilizada como forma de disfarce, essa relação acaba sendo desmarcara perante a Justiça do Trabalho. Quando se trata de uma atividade correta, bem elaborada, todos obtém sucesso", afirmou Nazar.

Já o advogado trabalhista **Rodrigo Seizo Takano**, do escritório Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados, afirmou que não se pode confundir hipossuficiência com incapacidade, nos casos de pessoas jurídicas. "Existem diversas funções e, a partir de determinados meio, as pessoas têm plena capacidade de entender o processo e ter total liberdade para aceitar ou não as condições. Muitas vezes, o empregado exige que a contratação seja feita por meio de contrato de prestação de serviço. É o caso de consultores especializados em alta tecnologia."

Ele afirmou que o conceito de hipossuficiência tem de ser aplicado de forma mais justa. "No ambiente econômico em que há grande oferta de emprego para certos níveis executivos, não soa coerente afirmar que o trabalhador foi obrigado a ser prestador de serviço."

O profissional liberal também tem seus benefícios, como vantagens fiscais no Imposto de Renda. Por isso, quando um prestador de serviço questiona judicialmente o vínculo empregatício, a Justiça costuma obrigar o reclamante a pagar as diferenças de IR. "Num modelo tanto de sociedade por cotas, quanto pessoa jurídica, a carga do imposto é sensivelmente menor", ressalta o advogado.

Takano acredita que a prática do uso da pessoa jurídica para mascarar a relação de trabalho deve ser reduzida e o conceito de subordinação nos moldes antigos, com maior controle, vai acabar. "As relações de trabalho estão cada vez mais atreladas à dinâmica do mercado."

Cooperativas

O cooperativismo já foi um movimento muito forte no Brasil, mas está em declínio. "A cooperativa de mão-de-obra é difícil de regular. A tomadora do serviço utiliza essa mão-de-obra para que ela faça a mesma coisa que os seus funcionários já fazem. No Ceará, uma série de empresas se instalaram no estado para trabalhar apenas com cooperativas", afirmou o procurador José de Lima Ramos Pereira. Em tese, o cooperado deve receber a diferença entre o lucro e as despesas do negócio, mas muitos recebem salário.

Nelson Nazar lembrou que o cooperativismo não é um assunto novo. "A CLT já prevê a possibilidade da existência de cooperativa. O que ocorre é um projeto que não vingou, uma vez que a cooperativa foi mal usada, com o intuito de obstruir a relação de emprego, fazendo economia nas relações de trabalho. A cooperativa, nos moldes em que foi concebida, é uma boa ideia."

Para Geraldo Baraldi Jr., o modelo de cooperativa de mão-de-obra está totalmente ultrapassado. Isso

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

porque o cooperativismo, nesses casos, é usado para venda e locação de serviços de mão-de-obra. "Mudou-se o objetivo do instituto. As cooperativas devem se basear na participação dos associados, e não em subordinação." Já Takano avalia que as cooperativas estão estigmatizadas. "O número de cooperativas caiu sensivelmente e as que estão atuando trabalham de forma legal, respeitando a legislação. Não vejo uma retomada de crescimento das cooperativas."

Terceirização

A terceirização é um processo de transferência da execução de serviços de uma empresa para outra: empresa que compra os serviços é denominada de "tomadora dos serviços" e a que oferece os serviços é chamada de "prestadora de serviços", também conhecida como "terceira". No Brasil, como prática econômica e gerencial, essa nova relação de trabalho começou a se expandir a partir dos anos de 1990, com a abertura econômica do país.

Como base fundamental, a terceirização é um processo que vem de atividades que não correspondem à atividade-fim da empresa. Em uma metalúrgica, por exemplo, é possível terceirizar o serviço de limpeza e de alimentação, mas não os metalúrgicos. Para Baraldi Jr., a questão da terceirização tem de ser enfrentada pelo legislador. Há um Projeto de Lei de iniciativa do Executivo, em parceria com as centrais sindicais, para regulamentar os contratos de prestação de serviços terceirizados, no entanto, o advogado avalia que o Legislativo continua omisso em relação ao tema.

Atualmente, os empregados terceirizados contam apenas com a Súmula 331 do TST como apoio na hora de reclamar seus direitos trabalhistas. A relação contratual é entre tomador, ou seja, aquele que utiliza a mão-de-obra, o prestador de serviço, que coloca à disposição os trabalhadores. A empresa tomadora se responsabiliza somente subsidiariamente, e também não existem regras definidas para a contratação de mão-de-obra ou para prestação de serviço terceirizado.

"Não há segurança jurídica nessas contratações. O que baliza a terceirização no país são as decisões dos tribunais e uma súmula. Vemos decisões permitindo que o governo terceirize sua atividade-fim, mas não a iniciativa privada, o que é um absurdo. Há necessidade de legislação própria para definir o que pode e o que não pode ser feito, que tipo de responsabilidade cada parte deve ter, o que é entendido como atividade-meio e atividade-fim. O capital e a mão-de-obra precisam que se dê atenção a isso", afirma Baraldi.

Segundo o procurador Ramos Pereira, a terceirização é um movimento empresarial implementado com o objetivo de diminuição de custos, mas que também vem sendo utilizada de forma equivocada. "A terceirização é possível, desde que não seja terceirizada a atividade-meio. Assim, não há como se transferir responsabilidades", entende. O Supremo Tribunal Federal decidiu que é possível o governo terceirizar, pois o Estado em si não tem responsabilidade solidária, salvo se houve culpa. "Cabe ao Estado verificar se a empresa é idônea."

Uma das desvantagens apontadas pelo procurador é a ocorrência de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais devido ao descumprimento de normas de proteção da saúde dos trabalhadore por empresas terceirizadas. De acordo com informações da cartilha da CUT Terceirizar Não, de 1998 a 2008, duas centenas de trabalhadores morreram em acidentes de trabalho na Petrobrás, sendo que destes mais de 85% eram terceirizados. Isto acontece, segundo o promotor, porque os terceirizados ganham menos, têm

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

jornada maior e não têm a mesma proteção. "A terceirização tem suas vantagens econômicas? Sim, na medida em que facilita a gestão empresarial e reduz custos. Mas ela não pode tornar precária a relação de trabalho."

O advogado do escritório Machado Meyer destacou que terceirização não é sinônimo de precarização. Porém, as discussões sobre o tema têm focado na legalidade ou ilegalidade da terceirização da atividade-fim, deixando de lado se os direitos do trabalhados estão sendo preservados. "Há muita controvérsia sobre o que é a atividade-fim. O bem estar do empregado acaba ficando em segundo plano. A atividade empresarial é muito dinâmica e em um universo onde há uma gama de serviços prestados, grau de especialização alto, fica difícil identificar o que é atividade-fim e o que é atividade-meio. Há empresas terceirizadas que garantem os direitos do trabalhador", ressaltou. Essas decisões, segundo o advogado, não geram nenhuma vantagem ao empregado, já que toda responsabilidade é atribuída ao tomador de serviços.

Sociedades por cotas
Uma alternativa que oferece maiores possibilidades ao trabalhador é a colocação do funcionário no quadro de sócios da empresa. Em vez de empregados, a empresa tem sócios, que não recebem salários, mas pró-labore. O profissional tem autonomia e deve ter compromisso com os interesses da sociedade. Mas a linha que separa a legalidade da fraude também é estreita.

Para Baraldi Jr.,a questão não pode ser generalizada. "Não é porque o sujeito tem uma cota pequena que ele não é sócio e não é porque o outro tem uma cota grande que é o gestor da sociedade." Ele afirmou em que há casos de sociedades em que o sócio tem apenas 1% de participação, mas recebe R$ 50 mil por mês. "O sócio de uma empresa em participação se assemelha a um empregado porque ele não é um sócio capitalista. Todos precisam trabalhar para que o negócio dê certo. Sem produção, não há rendimentos."

O que acontece é que, no fim de um relacionamento de trabalho, os sócios com cotas pequenas, se valendo da semelhança com um empregado registrado, pede o vínculo de emprego na Justiça, alegando que era subordinado ao sócio majoritário. "É por isso que o juiz tem de analisar caso a caso, verificando as provas."

Nelson Nazar, presidente do TRT-2, avalia as sociedades por cota por responsabilidade limitada como um instrumento interessante, por não serem burocratizadas. "Se o trabalho não é empregado, tem todo direito de empresariar sua atividade."

Home Office
Por conta das mudanças na área empresarial e também dos avanços da tecnologia, alguns profissionais passaram a trabalhar de casa. Geraldo Baraldi Jr. afirma que esse tipo de relação de trabalho não costuma dar problemas, porém, é bom a empresa se prevenir. "O empregador tem de instituir uma empresa de home office, pois o trabalho em casa pressupõe um controle menor sobre os horários do empregado. Por isso, é preciso que esteja estampado na carteira de trabalho ou no contrato as características da função que o funcionário vai desempenhar."

O advogado afirmou que essa medida serve para a proteção tanto do funcionário quanto da empresa. "Você estabelece uma relação de emprego com subordinação, mesmo com um controle menor, e garante

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

alguns cuidados com o funcionário, como determinar que o empregado desligue o computador da empresa depois do expediente, para que ele não trabalhe além do necessário. Também estipula que e-mails e sites deve acessar, principalmente se estiver trabalhando com um equipamento da empresa. Esse empregado acaba se tornando uma extensão da companhia."

A advogada Fabíola Marques avalia que essa é uma tendência que beneficia a qualidade de vida do empregado e o coletivo e que tem previsão legal."É claro que pode surgir questionamentos novos a respeito desse tipo de trabalho, mas a CLT já prevê o trabalho em domicílio. O que muda é a questão da subordinação, pois não há uma fiscalização direta do empregado."

Vantagens
As vantagens entre o registro em carteira e os trabalhos autônomos vão depender do nível do cargo e dos rendimentos das oportunidades que surgirem. "Há quem prefira prestar serviço, pois pode trabalhar com três empresas e obter mais ganhos. Outros preferem ter mais segurança, com todas as garantias da CLT", explicou Fábio Christófaro.

Se por um lado o trabalhador com registro em carteira tem FGTS, 13º salário, seguro-desemprego e outras garantias, por outro o prestador de serviço tem benefícios fiscais, horários mais flexíveis e a liberdade de escolha. Para o advogado, é preciso flexibilizar a CLT. "As convenções são um meio implícito de flexibilização. Existem discussões sobre uma flexibilização maior, mas ainda existe uma resistência grande. A Justiça do Trabalho tem uma demanda alta de processos, porque muitas empresas que não obedecem normas da CLT, por isso, alguns acreditam que a flexibilização seria usada de forma inadequada."

Date Created
04/05/2011

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.