

FRAUDE À LEI EM TEMPOS DE CRISE (*)

Márcio Túlio Viana(**)

Fiscal: -Você trabalha para quem?

Lavrador: -Sou empregado da cooperativa.

Fiscal: -Qual o nome dela?

Lavrador: -Não sei.

Fiscal: -Mas você é empregado ou sócio?

*Lavrador: -Não sei. Acho que sou **anônimo**.*

(Depoimento de um apanhador de laranjas)

1. INTRODUÇÃO

Num tempo que já vai longe, quando as violas ainda cantavam nas varandas das fazendas, meu pai me falava de pássaros. “O melro” - dizia - “bebe os ovos do tico-tico, pondo os dele no lugar. E o tico-tico, enganado, cria os filhotes do melro...”

Há uma planta nos trópicos que exala odor de carniça para atrair os insetos. Já o louva-deus se faz de folha para se defender, o camaleão se colore com as cores do ambiente e a cobra imita o cipó para tapear a presa.

Na mitologia grega, Ulisses presenteou os troianos com um cavalo de madeira, recheado de soldados, enquanto a sua fiel Penélope, forçada a se casar de novo tão logo tecesse um manto, à noite desfazia o que havia feito de dia.

No reino infantil das fadas e das bruxas, Peter Pan *passa a perna* no Capitão Gancho, a rainha-má engana Branca de Neve, o sapo se transforma em príncipe, o príncipe em fera, o lobo em vovozinha...

Seja na vida ou na arte, na história e na ficção, na prosa ou na poesia, os ardis se multiplicam. Jânio renunciou pensando em ficar. Judas

(*) *Palestra proferida para os colegas do Rio (X EMAT) e Minas (CEPE), outubro-novembro 96.*

(**) *Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região. Professor da Faculdade de Direito da UFMG.*

traiu Cristo com um beijo. Até o futebol tem a falta *cavada*, a bola de curva e o drible de corpo...

Naturalmente, há boas e más trapaças, e se, na corte dos reis de França, a terrível Catharina dizimava os inimigos com os mais ardilosos venenos, a mineira Doralina, dos meus tempos de estudante, enfrentava a ditadura se disfarçando de homem.

Mas é especialmente no direito que as artimanhas acontecem, pois o interesse individual - constrangido pela lei - aspira a ser livre de novo; e *violar*, atacando de frente, é sempre mais arriscado do que *fraudar*, dissimulando o ataque.

No campo trabalhista - onde o direito é privado, mas de ordem pública - maior é a pressão sobre a vontade individual. E por isso as fraudes são ainda mais comuns, revelando, de certo modo, que a menor distância entre dois pontos pode não ser uma reta, como na Física, mas uma curva...

2. FRAUDE E FIGURAS AFINS

Fraude é engano, mas nem todo engano é fraude. Há figuras afins, como o dolo e a simulação. Vejamos as diferenças.

Na fraude⁽¹⁾, o negócio é efetivo, real. Trai-se apenas o *espírito* da lei. Usa-se uma norma jurídica para se chegar a um resultado proibido por outra norma jurídica⁽²⁾. Exemplo: a CLT permite que o empregador remova o empregado de uma filial para outra, na mesma localidade. Sabendo disso, *A* desloca *B* para junto de seu inimigo *C*, para levá-lo a se demitir.

Na simulação, o negócio é apenas aparente. Fantasia-se a realidade, para enganar terceiros. Exemplo: a lei proíbe a redução de salários. O empregador *A* finge que despede *B* e em seguida o "recontrata", pagando menos.

⁽¹⁾ *Estamos nos referindo à fraude à lei, que se distingue da fraude à execução e da fraude contra credores.*

⁽²⁾ *Herrero Nieto, B. "La simulación y el fraude a la ley en en derecho del trabalho", Bosch, Barcelona, 1958, p. 136.*

No dolo, há também engano, mas dirigido contra a pessoa a quem se despoja. Além disso, ao contrário do que acontece com a simulação, o que se quer é aquilo mesmo que se diz querer⁽³⁾ Exemplo: o empregador *A* pensa em contratar *B*, mas para isso forja dados irreais sobre as finanças da empresa.

Por fim, distinguem-se a fraude e a violação da lei. Na fraude, o agente cumpre a lei sob o prisma objetivo, ferindo-a sob o aspecto subjetivo: na violação, faz o oposto. Na fraude, a intenção importa: na violação, passa ao segundo plano⁽⁴⁾.

3. CONSEQUÊNCIAS DO DOLO, DA SIMULAÇÃO E DA FRAUDE

Em Direito do Trabalho, “governa-se o forte para se proteger o fraco”⁽⁵⁾. Daí por que, quase sempre, quem pratica a ilicitude é o empregador. Mas mesmo quando *também o empregado* dela participa, nada o impede de arguí-la. É o que se dá na simulação.

Assim, se o vendedor *A* celebra com *B* um contrato que o descreve como autônomo, pode provar o oposto em juízo. A simulação é inocente para um e culposa para outro. Parte-se em duas a regra da lei civil⁽⁶⁾

Já nos casos de dolo e fraude à lei, a regra do direito comum se aplica por inteiro. Se, por exemplo, o empregado se faz passar por médico sem ter habilitação, nem por isso receberá os salários da categoria.

Como se vê, são nítidas as diferenças - e não apenas conceituais - entre o dolo, a simulação e a fraude. Mas vamos falar de fraude em sentido amplo, abrangendo a simulação e o dolo.

4. FRAUDES E CRISE ECONÔMICA

⁽³⁾ *Herrero Nieto, B, Op. cit., p. 132.*

⁽⁴⁾ *Sussekind, Arnaldo. “Imperatividade das normas de proteção ao trabalho”, in “Instituições de Direito do Trabalho” (obra coletiva), vol. 1, 11ª ed., Ltr, S. Paulo, pp. 201-203.*

⁽⁵⁾ *A expressão é de Jossierand.*

⁽⁶⁾ *Nesse sentido, Tarso Genro (“Direito Individual do Trabalho”, Ltr, S. Paulo, 1985, pp. 120-122).*

Dizia que as fraudes são mais comuns em Direito do Trabalho. De um lado, porque a lei constrange o empregador. De outro, porque a necessidade constrange o empregado.

Mas há uma razão a mais para que as fraudes se multipliquem: é a crise dos novos tempos. O mercado se globaliza, o consumo se retrai, a concorrência se enfurece. E mais uma vez - como um *super-herói* de quadrinhos - o capital se transforma, para aumentar a produtividade e manter as taxas de lucros.

As mudanças são duras e profundas. E não se sabe até onde irão chegar. Afetam a empresa, os produtos, o trabalho e o homem.

A empresa se horizontaliza e se desloca. O *fordismo* e o *taylorismo* cedem espaço ao *toyotismo*. Para os novos produtos - flexíveis, mutantes, descartáveis - o novo modelo exige mão de obra também oscilante, polivalente, precária.

Um autor chega a dizer que, *depois de lutar contra a exploração capitalista, os trabalhadores passam a lutar contra a falta dela*. O sistema de exploração dá lugar a um sistema de exclusão. Nasce o fantasma do desemprego, utilizado ideologicamente, pelas mesmas forças que o provocam, para desmonte da lei.

Enquanto as fronteiras se abrem, nossas indústrias se fecham. O produto que vem de fora traz embutidos não só a automação e a reengenharia, mas a espoliação que as multinacionais praticam impunemente nos *Tigres Asiáticos*.

Com o desemprego, até a convenção coletiva inverte o seu papel: torna-se instrumento de gestão da crise empresarial⁽⁷⁾. Daí, talvez, a ênfase exagerada que nela se coloca, como solução mágica para todos os males.⁽⁸⁾

⁽⁷⁾ A expressão é de José Eduardo Faria.

⁽⁸⁾ Na verdade, o pretenso equilíbrio de forças que segundo alguns presidiria as negociações é afetado duramente pela crise, e - entre nós - por outras distorções do sistema, como o controle das "abusividades" da greve pelo judiciário e o próprio nível cultural (baixíssimo) dos líderes sindicais. Daí

Vejamos as fraudes mais comuns nesses tempos liberais.

5. MERCADO INFORMAL

Tem sido comum dizer que a crise fragmentou o mercado de trabalho. De um lado, os trabalhadores protegidos, cada vez mais escassos. De outro, os desprotegidos, que somam hoje 51% da mão de obra ativa do país.

Na verdade, pelo menos teoricamente, muitos informais têm a proteção da lei, pelo simples e bom motivo de que são empregados. É o que acontece com boa parte dos camelôs, das prostitutas e dos catadores de papel, que trabalham para verdadeiros *tubarões* do comércio. Mas uma coisa é a teoria, outra é a prática...

O pior é que a chamada *economia invisível* não é invisível apenas aos olhos dos fiscais, mas dos próprios sindicatos, que dificilmente têm acesso aos locais de trabalho.

6. TERCEIRIZAÇÃO

O modelo *vertical* das empresas nasceu nos Estados Unidos, por volta dos anos 20. A meta era reduzir riscos, a partir do controle acionário dos fornecedores. Já o modelo *horizontal*, em expansão desde os anos 70, quer basicamente manter o mesmo patamar de lucros numa economia em retração.

Do ponto de vista das empresas, a terceirização traz vantagens: baixa os custos, crescendo os lucros. Permite o ingresso rápido e simples de mão de obra. E em geral aumenta a produtividade, pois permite que as forças se concentrem no foco principal da atividade.

Já do ponto de vista dos trabalhadores, só traz desvantagens. Ao invés de aumentar, reduz postos de trabalho. Dobra a carga de subordinação. Pulveriza a ação coletiva. Destroi o sentimento de classe. Degrada as condições de higiene e segurança. E, de quebra, reduz salários.

por que a convenção coletiva não pode ser vista como um mecanismo de substituição da lei, mas de complemento.

Naturalmente, se os salários são baixos, é porque os lucros são altos. Há alguns anos, por exemplo, um *segurança* do Banco do Brasil recebia cinco vezes menos do que era pago *per capita* à empresa que o contratava. Ao mesmo tempo, a intensidade do trabalho é maior: estudos mostram que um digitador terceirizado, que presta serviços a bancos, *toca* o teclado três vezes mais que um bancário na mesma função.

O pior é que certas fraudes contam com a cumplicidade *do próprio poder público*. Um exemplo é a Portaria MT no. 865/95, que impede a autuação dos fiscais quando a empresa descumpre a lei, com apoio em convenções ilícitas. Outro exemplo são as cooperativas de trabalho, sobre as quais falaremos adiante.

7. COOPERATIVAS

Quem primeiro pensou em cooperativismo foi Robert Owen, um gênio que aos nove anos já tinha lido os clássicos e filosofava. Mas a primeira cooperativa que realmente funcionou foi a de Rochdale, Inglaterra, em 1844. Vinte e oito tecelões abriram uma pequena mercearia, num beco escuro da cidade, e o negócio se expandiu tanto que até os clientes se tornaram sócios⁽⁹⁾

É claro que uma cooperativa nesses moldes não gera relação de emprego. Aliás, a palavra *cooperar* vem de *co-operari*, ou seja, obra em comum, relação horizontal. É a antítese de *sub-ordinare*, trabalho subordinado, relação vertical.⁽¹⁰⁾

Por isso, não é de hoje que a lei impede que um trabalhador seja, ao mesmo tempo, cooperado e empregado *da cooperativa*. O novo parágrafo do art. 442 da CLT, acrescentado pela Lei no. 8 949/94, veio apenas estender a regra aos *tomadores de serviços*.

⁽⁹⁾ Silva, Jacinto L. da. "Sociedades cooperativas: aspectos e problemas de suas relações com o Estado" (tese). FDUFG, B. Horizonte, 1986, pp. 1-29.

⁽¹⁰⁾ A propósito, v. o nosso "Cooperativa e relação de emprego", in "Repertório IOB de Jurisprudência", 2ª quinzena de maio 96, ed. 10 96, texto 2 11 266, S. Paulo.

O curioso é que a lei que regula as cooperativas não previa e continua não prevendo a hipótese de terceirização. Ao contrário. Diz que os cooperados são os beneficiários de seus próprios serviços⁽¹¹⁾

E o resultado está aí. Cooperativas se reproduzem como ratos, principalmente onde a mão-de-obra é desqualificada e ignorante. Muitas atuam como braços invisíveis das tomadoras de serviço. Quem as cria são profissionais liberais, comerciantes ou fazendeiros, que se utilizam de *testas-de-ferro* como diretores para explorar o trabalho alheio.

O pior é que esses traficantes de mão-de-obra passam aos "cooperados" a idéia de que não têm direitos trabalhistas, sonogando a informação de que podem votar e ser votados. E assim se perpetuam no poder, respaldados por pilhas de documentos que os trabalhadores assinam sem decifrar.

É o que acontece com frequência em muitas fazendas do interior paulista, que se dedicam ao cultivo de laranjas. Muitas se recusam a contratar formalmente empregados: só admitem "cooperados", que em geral não sabem sequer o nome da "cooperativa" e referem-se a ela não como algo deles, mas como sua empregadora, intuindo a realidade por detrás da farsa⁽¹²⁾

De certo modo, o caso das cooperativas é mais do que uma fraude à lei: é fraude *através* da lei, contra o direito. O pretexto é o desemprego. A razão é o lucro. O resultado é o subemprego.

8. SERVIDORES EM SITUAÇÃO IRREGULAR

Mas há outras formas pelas quais o Estado participa das fraudes. É o que acontece, por exemplo, quando terceiriza através de empresas inidôneas.

De acordo com o Enunciado no. 331/TST, não se forma relação de emprego, por falta de concurso. Segundo a Lei no. 8.666, não se pode

⁽¹¹⁾ *A propósito, v. o ótimo artigo "Cooperativas de trabalho x intermediação de mão-de-obra", de Iara A. Cordeiro Pacheco, in ST - Doutrina, jul 96, pp. 11 10, S. Paulo.*

⁽¹²⁾ *Informações prestadas por fiscais do trabalho em Patos de Minas-MG.*

sequer responsabilizá-lo pelos pagamentos, mesmo quando inadimplente a prestadora de serviços.

Outro exemplo é a contratação direta de falsos autônomos, para atividades inerentes à função pública. É o que ocorre em algumas cidades do interior mineiro, que admitem varredores de rua sem concurso, pagando-lhes apenas o salário de cada dia.

Num caso e noutro, há vozes discrepantes na doutrina e na jurisprudência. Uns entendem que o trabalhador não tem qualquer direito, pois o contrato é nulo; outros lhe garantem todos os direitos, pois a nulidade (mesmo absoluta) não retroage; e há os que reconhecem apenas o direito aos salários *stricto sensu*, admitindo, implicitamente, que pode haver enriquecimento sem causa - desde que pela metade...

9. ESTAGIÁRIOS

E outras fraudes vêm surgindo, como no caso de estagiários, que proliferam cada vez mais. Quase sempre, os contratos são formalmente perfeitos - mas os jovens prestam serviços comuns, que pouco ou nada têm a ver com a sua formação acadêmica.

O pior é que poucos reclamam, pois o estágio traz implícita a promessa de um futuro emprego. Mesmo quando isso não acontece, e o “estagiário” deixa a empresa, há sempre o risco de entrar para a *lista-negra* dos que procuraram a Justiça.

Assim, por culpa de sua ineficácia, a própria lei, mais uma vez, transforma-se em instrumento de lesão do direito.

10. O PAPEL DO INTÉRPRETE

Embora diferentes, essas formas de ardil têm pontos em comum. Em geral, fantasiam a realidade: fingem ser o que não são. Em sentido estrito, estão mais para a simulação do que para a fraude. Além disso, como vimos, contam às vezes com a cumplicidade do próprio empregado.

Por outro lado, não afetam apenas as partes. Repercutem para além de sua esfera jurídica, como na velha imagem da pedra no lago,

formando círculos concêntricos. Assim é, por exemplo, que os informais tiram emprego dos formais, e os terceirizados pulverizam a categoria.

Mas o pior é que todos eles, vítimas da fraude, pressionam para baixo os salários da classe operária, degradando - *por tabela* - as condições gerais de trabalho. E não é só. O sindicato se fragiliza, a identidade de classe se esvai e a luta entre as empresas se reproduz entre os trabalhadores.

Pergunta-se: o que fazer?

Do ponto de vista do operador do direito, há algumas soluções possíveis.

Na hipótese do trabalho informal, abrir os olhos para as falsas autonomias. Lembrar-se de que, “provada a relação de trabalho, deve-se presumir a de emprego”⁽¹³⁾, invertendo o *onus probandi* em benefício do trabalhador.

No caso do trabalho temporário, *quando lícito*, acolher a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços; *quando ilícito*, concluir pela relação de emprego com a prestadora, responsabilizando solidariamente a tomadora. Lembrar-se de que a ilicitude, no caso, tanto pode decorrer de uma formalidade não cumprida (contrato escrito, p. ex.), como da falta de justificativa para a contratação⁽¹⁴⁾.

No caso do estagiário, concluir pelo vínculo de emprego sempre que o trabalho não tiver ligação direta com a sua futura profissão.

Na hipótese de servidores, defender uma interpretação que compatibilize a exigência de concurso (art. 37.II, da CF) com o primado do trabalho e da dignidade humana (art. 1º, III e IV da CF), garantindo-lhes

⁽¹³⁾ *Conclusão do II Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho, adotada largamente.*

⁽¹⁴⁾ *Sobre o tema, v. as ótimas lições de Maurício Godinho Delgado, in: “Curso de Direito do Trabalho”, obra coletiva, coord. Alice M. de Barros, Ltr, S. Paulo, vol. I, 1994; e “Introdução ao Direito do Trabalho”, Ltr, S. Paulo, 1995, pp. 351 e segs.*

todos os direitos trabalhistas, ressalvada a responsabilização futura do agente público⁽¹⁵⁾.

No caso específico de terceirização no serviço público, responsabilizar a Administração, o que não significa bater de frente com o Enunciado no. 331 e a Lei no. 8.666. É que o Enunciado diz apenas que a relação de emprego não se forma: não impede o pagamento das verbas trabalhistas. Por outro lado, a Lei só deve ser aplicada quando a Administração a cumpre *por inteiro*, ou seja, quando não age com culpa *in eligendo*. Se escolhe mal a empresa que lhe vai prestar serviços, paciência. De todo modo, além de subsidiária, essa responsabilidade será de *terceiro grau*, só se efetivando se os sócios da empresa prestadora de serviços não tiverem bens suficientes para garantir a execução⁽¹⁶⁾.

Mas essas são apenas *algumas* das correções possíveis. Outras existem: basta querer usar a lei em sentido dinâmico e não estático, como instrumento de transformação social. Mas é preciso também desenvolver o espírito crítico, percebendo o que há por trás da própria intenção de fraudar.

De fato, não podemos ver as fraudes como um fenômeno isolado. Muito menos como uma doença crônica dos homens. Hoje, elas assumem um papel diferente, uma importância peculiar. São etapas de um caminho. São degraus de uma mesma escada. São formas de *flexibilização selvagem*.

Em outras palavras, as fraudes compõem todo um processo de desarticulação, de precarização e de desmonte do Direito do Trabalho. E é sob essa ótica que devemos combatê-las, ainda que nos acusem de *marchar na contra-mão da História*. Aliás, talvez seja mesmo preciso buscar uma *outra História*, diferente da que tentam nos impor...

⁽¹⁵⁾ V., a propósito, o nosso artigo “*Servidor público admitido irregularmente: direitos trabalhistas e competência da justiça laboral*”, in *Revista Ltr*, vol. 57, n.º 7, julho/93, S. Paulo.

⁽¹⁶⁾ Nesse sentido tem decidido reiteradamente a 4ª Turma do TRT da 3ª Região.