

Terceirizando o Direito: novos enfoques sobre o PL no. 4330

Marcio Tulio Viana

1. Uma explicação

Esse breve texto aborda o PL n. 4330 sob aspectos menos explorados. Mas também usa partes do artigo “A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria”, publicado na Revista do TST, vol. 78, n. 4, outubro-dezembro 2012), onde o leitor, se quiser, poderá conhecer melhor certas colocações do autor.

2. Superando a contradição

Desde as suas origens, o capitalismo vem tentando superar uma contradição que ele mesmo criou: a de ter de *reunir para produzir*, sem poder evitar os efeitos *unificantes* dessa reunião.

Como sabemos, foi a fábrica, basicamente, quem agregou os trabalhadores, viabilizando o sindicato; e foi o sindicato quem forjou – direta ou indiretamente - o Direito do Trabalho, opondo-se aos excessos do sistema.

Mesmo em países como o Brasil, a pressão existiu¹; e ainda que menos forte, foi levada em conta. Além disso, mesmo as normas que trouxemos da Europa chegaram banhadas de sangue. Assim, de um modo ou de outro, o sindicato esteve sempre presente – não importa aonde ou quando.

E a construção do Direito não se deu, é claro, de uma só vez, nem apenas formalmente. Ao longo dos tempos, a pressão operária não só continuou a produzi-lo, como lhe deu mais efetividade – embora sempre desafiada e precária.

Hoje, essa contradição parece estar sendo superada, e uma das razões mais importantes é exatamente a terceirização. E isso é fácil de ver, se analisarmos as suas *duas espécies*.

É que, em nosso país, a palavra “terceirização” tem sido usada em dois sentidos, ou para duas situações diferentes: a) quando a empresa externaliza suas etapas de produção; b) quando a empresa internaliza trabalhadores alheios.

A primeira forma evoluiu em meados do século XX, na indústria de automóveis, e hoje, como sabemos, espalha-se por todos os lugares. Já a segunda faz sucesso há menos tempo, embora tenha origens ainda mais remotas: na Grécia antiga, por exemplo, era comum alugar escravos para os proprietários das minas.

Enquanto a primeira forma de terceirizar – ao lançar para fora etapas do ciclo produtivo - fragmenta *objetivamente* os trabalhadores, a segunda os divide também *subjetivamente*, opondo terceirizados a empregados comuns.

¹ Cf. a propósito BIAVASCHI, Magda. Direito do Trabalho no Brasil: 1930-1942. São Paulo: LTr.

Assim, pelo menos em termos de tendência, já se pode falar em *produzir sem reunir*, e até mesmo em *reunir sem unir*. Os trabalhadores estão menos juntos nos dois sentidos – físico e emocional ou psíquico.

E a consequência se faz presente no Direito. Suas fontes materiais vão se tornando menos fortes, e isso quando não muda o conteúdo de suas próprias *matérias*.

Em outras palavras: depois de expropriar os trabalhadores dos modos de produzir suas vidas, o capital os expropria dos meios de produzir suas leis.

Antes, a mesma fábrica – grande, vertical, homogeneizadora – que explorava os homens também lhes permitia, paradoxalmente, reduzir a exploração. Se de um lado dividia o trabalho, ao mesmo tempo somava os trabalhadores.

Hoje, a fábrica se dissolve, dissolvendo ao mesmo tempo os encontros e as identidades. Mesmo quando o trabalho se recompõe, os trabalhadores se dividem, pelo menos do ponto de vista da luta coletiva.

Desse modo, mais do que uma técnica de organizar a empresa, ou do que uma forma mais ágil de produzir, ou do que um artifício para reduzir os custos, a terceirização (sobretudo em sua segunda forma) é uma *estratégia de poder*.

Ela enfraquece, corrompe e – tendencialmente – até elimina o sindicato, pelo menos enquanto inventor e sancionador do Direito; e assim, por extensão, também enfraquece, corrompe e (no limite) pode até eliminar o *próprio Direito*, pelo menos enquanto meio de redistribuir riquezas.²

Aliás, é ela própria – mesmo limitada pela jurisprudência – quem aumena os riscos de aprovação desse projeto. Aliás, a simples existência dele já é um sinal do quanto a terceirização tem fragilizado o sindicato e pervertido corações e mentes.

No entanto, há um ponto importante que às vezes passa despercebido: quando se trata da dignidade do trabalhador, as duas formas de terceirização geram efeitos distintos.

É o que tentaremos mostrar a seguir.

2. O digno e o indigno nas duas formas de terceirizar

Em si mesma, a primeira espécie de terceirização – que faz a empresa se organizar em rede – não é mais aviltante do que qualquer outra forma de trabalho por conta alheia. Afinal, não faz diferença trabalhar para quem fabrica parafusos ou para quem se serve deles para montar geladeiras.

Vista essa mesma questão sob o ângulo da empresa, não há diferença de fundo entre dois industriais de uma cidade, cada qual especializado num certo tipo de relógio – de pulso ou de parede, por exemplo – e entre dois outros, cada qual produzindo uma parte do mesmo tipo de relógio – seja a pulseira, o mecanismo ou o vidro. Aliás, nas

² A propósito dessa função do Direito do Trabalho, cf. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012, *passim*.

atividades mais complexas – como na indústria de aviões – chega a ser quase impensável a produção inteira, a cargo de um único fabricante.

É verdade que a precariedade tende a aumentar na medida em que se avança pelas malhas da rede. E isso não só porque as *parceiras* costumam ser cada mais frágeis, como porque são menos visíveis – a tal ponto que às vezes se escondem num fundo de quintal.

Nesse caso, então, o que a grande empresa não pode fazer, a pequena faz por ela: paga pouco, sonega direitos, usa máquinas velhas, ignora as normas de prevenção. E assim pode cobrar menos dinheiro pelas peças que fabrica, o que às vezes é condição de sua própria sobrevivência – já que trava uma guerra mortal com as suas concorrentes.

De todo modo, como dizíamos, esse modo de organizar a empresa – considerado em si mesmo - nada tem de particularmente degradante. Por mais que seja recorrente, a precariedade é circunstancial. E a situação pode até se inverter, como acontece ou acontecia (só para citar um exemplo famoso) na chamada “Terceira Itália”³.

Por isso mesmo – e pelo menos do ponto de vista do homem trabalhador - seus eventuais efeitos perversos podem ser resolvidos. Basta aplicarmos à hipótese o art. 2º §2º da CLT, que trata do grupo econômico, elastecendo o conceito e concluindo pela existência do *empregador único*.

Já na segunda forma de terceirizar, como dizíamos, as coisas são bem diferentes. O que se produz, aqui, não são parafusos ou geladeiras, mas *o próprio trabalhador*. Ele se coisifica da maneira mais completa possível.

Por adquirir uma segunda natureza – a de coisa – esse homem pouco se identifica com o outro - o empregado da tomadora - mesmo estando ao seu lado. À maneira dos antigos escravos ou das vacas de uma fazenda, ele tem a sua marca, o seu estigma.

Assim, pode ser negociado como um cacho de bananas e lançado sem cerimônia num ou noutro galpão. E não apenas é *descascado* de sua condição humana, como está sujeito, por isso mesmo, a ser jogado no lixo com muito mais naturalidade.

Esse homem-coisa se sente diminuído aos seus próprios olhos, pois não é – sequer minimamente – dono de seu destino. E se é verdade que num caso ou noutro pode acabar se acostumando, é difícil saber o que seria mais trágico.

É verdade que o empregado comum também tem traços de mercadoria. Mas pelo menos lhe perguntam para quem quer trabalhar, não costumam despejá-lo em qualquer lugar e exploram a sua energia em razão do que ela produz. Não o alugam como faz um sitiante, quando o vizinho precisa de seu trator; não ganham dinheiro negociando o seu corpo, como age o cafetão com as *mulheres da vida*. E isso faz toda a diferença.

³ A expressão ganhou fama por volta dos anos 90, quando começaram a surgir no norte daquele país empresas pequenas, sofisticadas e altamente especializadas, muitas delas voltadas para a exportação, e que forneciam elementos para as grandes. No início, o fenômeno foi visto por alguns sociólogos como a antecipação de uma realidade que se tornaria globalmente presente.

Embora a empresa que cede o trabalhador não possa legalmente lhe cobrar qualquer taxa,⁴ é evidente que lhe cobra, ao encurtar seu salário. Aliás, não fosse assim, seria inviável terceirizar. É exatamente essa diferença que explica o processo, em termos econômicos.

Mas não é só. Como dizíamos, essa prática opõe trabalhadores a trabalhadores, degradando o próprio grupo, enquanto classe. O terceirizado ambiciona o cargo do efetivo; o efetivo teme se tornar terceirizado. Um despreza ou inveja o outro; ao menos em potência, disputam este bem valioso e escasso que é o emprego mais seguro. Assim - e de um modo mais intenso do que nunca - a empresa consegue externalizar para dentro da classe operária a própria lógica da concorrência.

Pois bem. Vimos que os efeitos perversos da primeira forma de terceirizar - ou ao menos os que afetam diretamente o trabalhador - podem ser neutralizados pelo art. 2º § 2º da CLT.

Já os da segunda, não. A menos, é claro, que decidamos impedi-la - e isso poderia ser feito mesmo sem lei específica, já que se trata de um trabalho indigno, e a Constituição assegura exatamente o contrário disso.

Não sendo assim, porém, não há como atacar a raiz do problema. Os efeitos perversos - ou os *mais* perversos - estão sempre presentes, seja o que for que façamos. É impossível evitar sua natureza *coisificante*.

A indignidade compõe *a própria essência* dessa espécie de terceirização. Dai por quê (pelo menos nesse sentido) ela sempre precariza - seja qual for o salário ou a condição de saúde do trabalhador.

E a mesma conclusão serve para a fraude. Em geral, usamos essa palavra apenas quando a empresa burla a norma. Mas a *grande* fraude, na verdade, é *a própria terceirização*. Como veremos melhor adiante, ela degrada não só os terceirizados, e nem mesmo *apenas* os trabalhadores em geral, mas *o Direito do Trabalho*, como um todo. Nesse sentido, falar em “terceirização fraudulenta” chega a ser redundante.

Por tudo isso, se não se proíbe essa terceirização, o que se pode combater, basicamente, é apenas o salário *menor*, as condições ambientais *piores* ou a representação sindical *mais frágil*.

É isso o que faz - de forma importante, é claro - a Súmula no. 331 do TST, especialmente ao reduzir as hipóteses de terceirização e (desse modo) o número de suas vítimas. Mas *não é* o que faz o PL no. , ou pelo menos não é o que seus apoiadores pretendem fazer.

Não custa insistir que mesmo com os atuais critérios persistem a indignidade e a fraude, além de uma discriminação tão grande, e ao mesmo tempo tão naturalizada, que a respiramos sem sentir, como fazemos com o ar. Mas sem aqueles critérios, naturalmente, a situação se agravaria muito mais.

⁴ Essa proibição está explícita na lei do trabalho temporário.

3. Terceirizando o próprio Direito

Ao longo de sucessivas décadas, o Direito do Trabalho foi se construindo em torno de um projeto. No limite, a idéia era fazer de todo homem um empregado e de todo empregado um consumidor – redistribuindo rendas e realimentando o ciclo produtivo.

Hoje, o Direito do Trabalho sofre fortes pressões contrárias, inclusive ideológicas; e tende a ser – como acontece com outros ramos jurídicos – muito mais reativo, pragmático, circunstancial. Em tempos de poucos sonhos e bandeiras, o seu projeto entra em crise, o que o faz ser questionado *por dentro*.

Nesse novo contexto, sua (re)construção passa a ser resultado não apenas do jogo de forças entre o capital e o trabalho, mas de práticas isoladas de atores de ocasião, sem maiores compromissos com o que possa acontecer. Aliás, num tempo como o de hoje, parece que *tudo* pode acontecer: para o bem e para o mal, as idéias correm livres, leves e soltas.

Nesse sentido, observa com razão Mauricio Godinho Delgado⁵ que o País vai bem, em ambiente de quase pleno emprego; e não há nada – nem mesmo no plano econômico – que explique minimamente o PL no. 4330.

Assim, em certo sentido, é a própria produção do Direito que se terceiriza: entram em cena personagens de outras histórias, sem vínculos com a classe trabalhadora e sem responder sequer a necessidades da classe empresarial.

Ora, como sabemos, o PL no. 4330 vem sendo alvo de muitas críticas, que transitam da questão do trabalho digno⁶ às dificuldades de ordem processual, sobretudo na execução⁷. E essas críticas partem de várias frentes, reunindo sindicalistas, juizes, procuradores, auditores fiscais, advogados e professores.⁸

Sem prejuízo dessas críticas e das que já fizemos, façamos apenas mais duas observações.

A primeira é pontual: diz respeito ao critério (atropelado pelo projeto) que limita as terceirizações às atividades-meio (salvo o caso do trabalho temporário).

Como sabemos, sempre houve críticas a essa distinção. E o projeto parece aproveitá-las, para estender as terceirizações também às atividades-fim.

O aspecto mais criticado diz respeito às dúvidas que podem surgir, num caso ou noutro, para enquadrar a atividade no “meio” ou no “fim”. No entanto, os casos de dúvida não parecem ser tão freqüentes. Afinal, a atividade é fim quando se relaciona em linha reta não só com o objeto da atividade empresarial, mas com a própria causa que deu origem

⁵ Em conferência no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, dia 27 de setembro de 2013, quando foi homenageado.

⁶ Nesse sentido, cf. Delgado, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr.

⁷ Nesse sentido, cf. Maior, Jorge Luiz. Entrevista ao site “Ultima Instância”.

⁸ Apenas para citar alguns poucos exemplos entre os mais atuantes, registrem-se os nomes dos professores Magda Biavaschi, Daniela Muradas, Dari Alves Krein, Ricardo Antunes, Graça Druck e Giovanni Alves.

à empresa – seja ela fabricar relógios ou divulgar conhecimento. Pode-se dizer, por exemplo, que o fim principal de uma escola é o ensino; que o ensino depende basicamente dos professores; e que a atividade da secretaria viabiliza a atividade dos professores.

De todo modo, para os casos de fronteira, há uma solução bem simples. Basta aplicar o princípio da interpretação mais favorável ao trabalhador, o que significará concluir - sempre ou quase sempre - que a atividade é *fim*. Aliás, talvez fosse o caso de se positivar esse princípio, inserindo-o explicitamente na Súmula.

A segunda questão diz respeito às vítimas da terceirização.

À primeira vista, o grande ou maior problema do projeto seria quantitativo. Tudo indica que haveria uma transformação massiva de empregados comuns em terceirizados, como se o mundo do trabalho fosse invadido pelo vírus da peste.

Até onde se pode ver, esse cenário, realmente, é quase certo. Só uma espécie de milagre o afastaria. E os efeitos para os terceirizados seriam provavelmente catastróficos.

Mas as vítimas não seriam apenas eles, por mais numerosos que fossem. Seriam também os outros, os remanescentes, pois aumentaria a pressão geral, *para baixo*, sobre os salários e condições de trabalho – potencializando a competição e o medo.

Mais ainda do que isso, porém, todo o Direito do Trabalho sofreria um abalo.

Num contexto assim, de autêntica e generalizada *marchandage*, qual sentido assumiria, por exemplo, o princípio da proteção? E quais outras criaturas estranhas não entrariam depois por essa grande porta? Como fazer valer a CLT, se até uma pequena lei, saída da cartola de alguns mágicos, for capaz de desafiar e até de ridicularizar a própria essência do Direito do Trabalho? Qual seria a postura dos novos juizes, ao aplicar as antigas normas, se até mesmo o trabalho indigno se naturaliza, a ponto de se tornar uma lei?

São coisas para se pensar. De todo modo, nem tudo está perdido. Ainda que o projeto venha a ser aprovado, será sempre possível arguir sua inconstitucionalidade, ou no mínimo reinventar um sentido (positivo) para as palavras – não apenas negativas, mas sem nexos – do legislador.