

TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO (I)

Juiz Ricardo Sampaio^()*

1. A ECONOMIA DO LIVRE MERCADO

Um dia depois das eleições presidenciais de 1994, os jornais brasileiros traziam duas notícias diversas, oriundas de MADRID, e reproduzidas de agências noticiosas internacionais. Na primeira, lê-se que "O Secretário do Tesouro norte-americano, LLOYD BENTSEN, defendeu ontem os princípios da economia de livre mercado, durante o debate que os países ricos e pobres mantêm sobre a ajuda concedida anualmente, pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial (BIRD). (...) BENTSEN recomendou às nações pobres que a chave do êxito está em cumprir as estratégias de livre mercado que o FMI e o BIRD (impõem) como condição aos governos em troca de empréstimos".

A segunda notícia relata que "Um 'tribunal popular' formado por juristas e especialistas representando organizações não-governamentais e grupos de pressão julgou ontem o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial culpados de "homicídio" e de "violação dos direitos do povo". O chamado Tribunal Permanente do Povo, com sede na Itália, anunciou ontem que o FMI, o Banco Mundial e os governos dos países do grupo dos sete são culpados de violarem os direitos individuais e dos povos e que os dois organismos internacionais seguem uma política homicida".

É neste quadro de conflito de idéias que se devem ver com muita atenção, os institutos da "terceirização" e da "flexibilização". O

^(*) Juiz Presidente do E. TRT. da 9ª Região.

(I) - Trabalho apresentado no VIII Encontro dos Magistrados Trabalhistas do Rio de Janeiro-AMATRA-I, 13/out/1994, Hotel Meridien, Rio de Janeiro-RJ.

mercado, o neoliberalismo, as contingências da produção e da produtividade, é que estão empurrando para os juristas e para o direito, estas figuras. Ou, nas palavras candentes de LUIZ ALBERTO DE VARGAS E RICARDO CARVALHO FRAGA: "Resgatou-se, assim, a mística do "mercado" como regulador natural e insubstituível da economia, apontando-se o Estado, suas regras, seus impostos e seus gastos, como causa maior de todos os males, sob o pressuposto que, deixando-se os fatos econômicos sucederem-se "naturalmente", a própria sociedade encontrará por si própria seu perfeito equilíbrio. É a volta triunfante do "laissez faire". (1)

2. Flexibilizar e Terceirizar

O que é, entretanto, "flexibilizar" e "terceirizar"?

Responde-nos, quanto à primeira, o Ministro ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA, atual Presidente do Tribunal Superior do Trabalho: "A flexibilidade laboral é o instrumento ideológico neoliberal e pragmático de que vêm se servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com mecanismos jurídicos capazes de compatibilizar seus interesses e os dos seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura econômica mundial, caracterizada pelas rápidas e contínuas flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatores que exigem ajustes rápidos inadiáveis". (2).

E quais as consequências, na prática, deste ideário? O mesmo doutrinador as aponta: "O mecanismo jurídico mais usual, utilizado pela flexibilidade laboral, tem sido a substituição da tutela legal do trabalhador pela tutela sindical, possibilitando a derrogação de normas de proteção do hipossuficiente. Dessa forma, têm sido postergados direitos trabalhistas tradicionais como a estabilidade no emprego, a limitação do horário de trabalho, as formas de contratação permanente, a superação do direito adquirido do trabalhador sempre que a produção econômica o exigir, tudo gerando o revigoramento do poder potestativo do empregador." (3)

Já a "terceirização" é apresentada por muitos, entre os quais HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, como "Uma alternativa de Flexibilidade Empresarial", definindo-a como ..."horizontalização" da atividade econômica, segundo a qual muitas grandes empresas estão transferindo para outras uma parte das funções até então por elas diretamente exercidas, concentrando-se, progressivamente, em rol de atividades cada vez mais restrito." (4)

Em consequência, a "terceirização", diria respeito às atividades-meio, e não às atividades-fim, caso em que estaria caracterizada a burla. Entre tais atividades-meio, VERÇOZA aponta "...os serviços internos de segurança, alimentação, assistência médica, treinamento, manutenção, assistência jurídica, seleção de pessoal, auditoria, transporte, comunicação, propaganda, banco de dados, etc." (5).

3. Divisão entre Pensadores

Os próprios julgadores e pensadores do direito estão divididos quanto à utilidade das duas figuras. Alguns as vêem como coisas por certo inspiradas pelo Diabo, no intuito de legitimar e alargar a supremacia do lucro sobre o homem. É o caso, por exemplo, da crítica ácida de JAMIL ZANTUT, juiz togado do TRT da 2ª Região, para quem "Flexibilizar, ou tornar maleável e mesmo dobrar no sentido da complacência, pretende ter o condão (...) em induzir para o rebaixamento, até mesmo do salário do empregado (...) flexibilização no conceito das relações empregatícias, está na razão direta da supressão de direitos sociais aos laboristas (...) Propicia atribuir ao trabalhador os ônus do risco do negócio, que sempre foi inerente à atividade do empresário. (...) A aplicação da teoria da flexibilização, sem dúvida, importará no fim da razão de ser do Direito Obreiro, e extinguirá o equilíbrio entre o capital e o trabalho (...)" (6).

Outros, em contrapartida, vêem os institutos como a redenção divina das empresas, com reflexos sobre o bem-estar dos próprios trabalhadores. Alguns, mais entusiasmados, como o professor da Universidade de São Paulo, JOSÉ PASTORE, proclama "o fim da geografia" (7) nas relações econômicas, fazendo lembrar FUKUYAMA, que decretaria o "fim da história". Como decorrência, aponta a inexorabilidade dos "movimentos de capitais" e atribui o alto desemprego dos países industrializados da Europa também ao "protecionismo da legislação trabalhista", dentre outros fatores. A panacéia para estes males seria a "Flexibilização dos Mercados de Trabalho: a Resposta Moderna para o Aumento da Competição", como se deflui do próprio título de seu trabalho (8).

4. O Atual Sistema Legal

A legislação trabalhista brasileira pode até não ser perfeita, porém nela já constam instrumentos tanto de terceirização, como de flexibilização. De há muito, por exemplo, a CLT traz o art. 455, consagrando

inclusive a responsabilidade subsidiária do beneficiário dos serviços Trata-se de dispositivo que pode ser aplicado tranquilamente pela Justiça do Trabalho, mesmo na terceirização Também a figura da "locação de serviços", prevista no Código Civil, poderia ser usada pelo intérprete E, ainda, abstraindo-se da destinação rural exclusiva, também a "parceria"

Quanto à flexibilização, a situação é ainda mais tranquila RONALD SOARES, juiz togado do TRT da 7ª Região, aponta já existir "*em nossa Constituição, mais precisamente, nos incisos VI e XIII do art 7º, permissivos para a redução do salário ou da jornada de trabalho, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo*" (9) O que são estes dispositivos, se não permissivos de flexibilização, ao menos no conceito ético que a ela dá o ilustre Ministro ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA?

Note-se que a própria CLT já traz regras assemelhadas, quando prevê a justa causa recíproca e quando admite a redução salarial em caso de força maior, ou ainda quando institucionaliza o "factum principis" De mais a mais, a jurisprudência vem sofrendo visível e paulatina modificação, "adaptando-se" e "flexibilizando-se" Um exemplo são as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho sobre os cargos de confiança nas casas bancárias, que foram incluindo gradativamente nesta definição, além dos gerentes-gerais, também os sub-gerentes, depois os chefes e, em seguida, os sub-chefes

Outro exemplo de flexibilização, ao menos na aplicação do direito, reside no poder cautelar de um só ministro do Tribunal Superior de virtualmente cassar, por simples liminar, cláusulas de dissídio de natureza econômica, já julgadas por um Tribunal Regional O julgamento de mérito nem sempre é tão rápido que impeça a consolidação de situações adversas aos empregados

5. Flexibilização e Terceirizações - Prática

Aliás, se os instrumentos legais e jurisprudenciais já são de molde a amparar a flexibilização e a terceirização, verifica-se na prática - já há anos, e antes da atual polêmica, a aplicabilidade de ambos os institutos Conseguiu-se no Brasil flexibilizar até a Constituição Federal! Direitos mínimos e elementares, como o próprio salário-mínimo - capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família - sequer estão implementados

O mesmo se diga do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço (art 7º, inc XXI), ou a proteção em face da automação (art 7º, inc XXVII), ou a participação nos lucros, ou resultados (art 7º, inc XI) Ainda hoje, às vésperas do terceiro milênio, o trabalhador brasileiro tem o pior, ou um dos piores salários-mínimo da América! Maior flexibilização no Brasil, segundo o juiz riograndense AMILTON BUENO DE CARVALHO, citado por LUIZ ALBERTO DE VARGAS, talvez só seja possível com a revogação da Lei Áurea (10)

Quanto à terceirização, é ela uma prática já arraigada em nosso país, muitas vezes se prestando até ao não pagamento de direitos dos trabalhadores É o caso das centenas, milhares de empresas de vigilância, a maioria delas destituídas de qualquer patrimônio que suporte as execuções trabalhistas É a hipótese das representações comerciais, que, com larga frequência, mascaram contratos laborais E a situação dos criadores e fornecedores de aves para grandes empresas alimentícias, que trabalham a domicílio, sem reconhecimento de vínculo

6. Crise do emprego

Há que se reconhecer, contudo, a existência de transformações e até de uma crise no mercado de trabalho Torna-se impossível prever se as atividades econômicas conseguirão incorporar anualmente levas crescentes de candidatos a emprego Mas a solução não pode ser um retrocesso, desregulamentando conquistas históricas, pagando cada vez menos e exigindo-se cada vez mais Sobre a crise, o professor de Sociologia da Universidade de Genebra, CHRISTIAN LALIVE D'EPINAY, chega a duvidar da sensatez de quem pretenda " que a fórmula do emprego remunerado, que se pôs em prática há somente dois séculos, durante a revolução industrial, tenha que perpetuar-se " (11)

Como decorrência da evolução tecnológica, onde a máquina substitui o homem, e da própria abundância de uma sociedade que requer menos assalariados do que o mercado aparentemente pode absorver, prega ele que os excluídos do mercado de trabalho sejam aproveitados, mediante uma compensação financeira paga pelos demais, em serviços de integração e harmonia social!

Por exemplo, explicita " *tocar o violino de maneira correta, ou tratar de alegrar a vida das crianças em orfanatos, inclusive ensinar a tocar o violino as crianças ou às pessoas idosas, participar em um grupo*

para a proteção da fauna de nossos bosques, oferecer meus conhecimentos para contribuir para o desenvolvimento de um país africano, ocupar-me da busca de soluções para os problemas ecológicos nas selvas do Zaire ou do Amazonas O mais provável é que todo indivíduo possa fazer algo que goste e que seja por sua vez algo "socialmente útil" (12)

Trata-se, por certo, de melhoria da proposta simplista de um "imposto-de-renda negativo", que vem sendo pregado, dentre outros, pelo senador paulista EDUARDO SUPPLY, ainda que com o louvável propósito de inclusão dos excluídos De qualquer forma, são propostas que apontam, ou parecem indicar um caminho alternativo, que não apenas o da desregulamentação pura e simples das conquistas trabalhistas

7. Cuidar do Ser Humano

O que mais preocupa não é nem o avanço, nem o futuro, mas o risco de retroagirmos, caso a bandeira do neoliberalismo e o manto dos novos institutos sejam aplicados sem o devido cuidado Na realidade, muita gente no Brasil enxerga na flexibilização e na terceirização uma simples decapitação de todos os direitos trabalhistas!

Sob o título "INDÚSTRIAS TERCEIRIZAM EMPREGOS", por exemplo, o prestigioso jornal "CORREIO BRAZILIENSE" traz, em 19/set/1994, notícia como anda tal processo em FRANCA, polo industrial calçadista Lê-se ali que " *as indústrias terceirizam a linha de montagem para as centenas de bancas, espalhadas em cada esquina, e demitem pessoas competentes* "

Alem disto, nas "bancas de pesponto", agora "terceirizadas" trabalham cerca de 3 mil crianças, sempre segundo o mesmo periódico Seu salario mensal é em média de 20 reais (hoje, 22 dólares) No labor, têm elas contacto com cola, substância que contem diversos solventes Dentre os solventes, destaca-se o tricloroetileno, causador de câncer no fígado, segundo a pesquisadora ARLINE ARCURI Há, ainda, o hexano e o tolueno Sobre este, diz ela " *O tolueno degenera o cerebelo, responsavel pelo controle dos movimentos do corpo Uma criança exposta a este solvente tem problemas motores e não consegue escrever, pois as canetas não param em suas mãos*" (13)

Apesar desta crua e dolorosa realidade, o jornal observa que "Élcio Jacometti, Presidente do Sindicato das Indústrias de Calçados de

Franca, comenta que pessoalmente é a favor do trabalho de crianças menores de 14 anos, desde que estejam produzindo em casa, ao lado dos pais".(14). Mesmo isto, entretanto, é proibido tanto pela Constituição Federal, como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas as pessoas, no Brasil, costumam argumentar com o "mal maior", acenando ser preferível a criança trabalhando, do que assaltando. Alguma coisa como, no provérbio árabe, jamais nos queixarmos de não termos sapatos, porque muitos não têm...pés!

8. Flexibilização e Revolução Industrial

Situações como estas é que horrorizam os que temem a onda flexibilizante. Na mesma edição daquele jornal, há outra notícia, agora sobre os carvoeiros: *"A densa fumaça do carvão queimando em fornos de barro não assusta Wanderson Lopes dos Anjos, 9 anos. Morando em um barraco com cinco irmãos e os pais na Fazenda Alegre, em Januária, Minas Gerais, ele lida descalço, a partir das 4 horas da manhã, com 200 quilos de eucalipto carbonizado a uma temperatura de 70° C. Wanderson, seus irmãos Wagner, 7, e Waldeci, 13, ajudam o pai, José Rodrigues dos Anjos, a produzir o carvão, que é enviado para uma das maiores siderúrgicas de Sete Lagoas, pertencente a Plantar, a maior reflorestadora do país. (...) Wanderson dos Anjos é um dos 4.500 meninos que trabalham sob condições sub-humanas nas carvoarias do estado, responsável por 70% do carvão vegetal produzido no país" (15).*

Segundo o periódico brasileiro, apesar destas agruras, para que toda uma família possa alcançar, no final do mês, uma renda de 60 reais (ou 66 dólares), é preciso produzir 800 quilos de carvão; e para se obter os 800 quilos, é necessário queimar 15 toneladas de carvão. Das pessoas empregadas nesta dolorosa tarefa, 15% são menores.

A tragédia dos meninos brasileiros, possivelmente em nome da "liberdade de mercado", é a reedição das condições reinantes nos primórdios da revolução industrial. LEO HUBERMAN, comentando a situação laboral da Inglaterra há pouco mais de cem anos, apresenta uma informação que se ajustaria como espada à bainha aos casos brasileiros dos meninos sapateiros ou carvoeiros: *"Até mesmo um senhor de escravos das Índias Ocidentais poderia surpreender-se com o longo dia de trabalho das crianças. Um deles, falando a três industriais de Bradford, disse: "Sempre me considerei infeliz pelo fato de ser dono de escravos, mas nunca, nas Índias Ocidentais, pensamos ser possível haver ser humano tão cruel que exigisse de uma*

criança de 9 anos trabalhar 12 horas e meia por dia, e isso, como os senhores reconhecem, como regra geral" (16)

9. Regulamentação e Estado

Direitos fundamentais mínimos não estão sequer implementados no Brasil. A Justiça do Trabalho resiste às conquistas da Constituição Federal, pois os magistrados se escudam na inexistência de leis regulamentadoras para não aplicar os preceitos maiores. Inexiste fiscalização administrativa adequada da prestação de trabalho por menores, mulheres e deficientes, ou mesmo de prevenção e repressão de insalubridade, periculosidade ou penosidade.

Neste quadro, imprescindível a intervenção estatal, como instrumento minimamente regulador das distorções. Aliás, a distorção existe é porque o Estado, na prática, não existe! Mesmo assim, pessoas letradas como o já citado professor PASTORE teimam em sustentar que "Na reforma constitucional de 1988, grande parte da regulamentação trabalhista, em lugar de diminuir, ampliou-se, dificultando ainda mais a adaptação do mercado de trabalho às condições de competição a que o Brasil tem de enfrentar" (17)

Pior na sua visão, "a Justiça do Trabalho acaba ajudando a desestimular a negociação e a inibir a geração de emprego" (grifei - 18). Os argumentos são contraditórios, porque, como visto, quase nada da Carta de 1988, passados seis anos, beneficiou o trabalhador. E se este é um dos que estão em piores situações na América, então não se vê onde a Justiça do Trabalho está inibindo o empresariado, a menos que, realmente, se restabeleça a escravidão.

O próprio mestre PASTORE torna a se contradizer. Diz em certo ponto que a desregulamentação torna os operários mais felizes, pois concentram "suas energias mais na empresa do que fora dela" e que "o clima adversário dá lugar à cooperação" (18). Mas defende a flexibilização, citando o que é a seu ver uma disparidade: um alemão ganhando 32 mil dólares/ano e um coreano, apenas 8 mil/ano, na indústria automobilística. Porém, ao seguir falando do "milagre da Ásia", admite que, ali, o operariado desfruta de "*condições até desumanas, onde as pessoas trabalham longas horas, com pouca proteção previdenciária e, muitas vezes, envolvendo crianças e outros parentes na tarefa de produzir. Mas, são esses países que competem com o resto do mundo numa grande variedade de produtos*" (19).

Difícil atinar com tal "lógica da felicidade"...

10. Enunciado nº 331

Não se pode, entretanto, desconhecer inteiramente a força das novas-velhas idéias. Por isto, a jurisprudência trabalhista vai tratando de incorporá-las, com elogiável cautela, a exemplo do ENUNCIADO 331, do TST, que revê o de nº 256, em quatro incisos. O primeiro ressalva a hipótese do trabalho temporário da Lei 6.019/74, como legal, o que é evidente. O segundo se afina com o que já consta da Carta Magna, vedando o vínculo do "terceirizado" com a administração Pública, mas não cerceia a responsabilidade objetiva desta.

O quarto trata de regra de responsabilidade subsidiária, aparentemente mais ressaltando e protegendo o trabalhador, do que afetando-o negativamente. O cerne da polêmica está no terceiro inciso, onde a vigilância, a conservação e a limpeza e, agora, os "serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador", não geram vínculo de emprego com este, "desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta".

Penso que, com tal redação, o inciso não compromete as conquistas trabalhistas. Tudo dependerá do prudente arbítrio do juiz, na análise das provas. JOSÉ MARTINS CATHARINO, com sua inegável autoridade, adverte: "Em todo trabalho "terceirizado" é raríssimo não ocorrer algum grau de "pessoalidade" e de "subordinação direta". Devido, principalmente, a esta realidade: o trabalhador "terceiro", presta serviços na empresa tomadora, em estabelecimento seu, juntamente com o seu pessoal, ali lotado, em convivência quotidiana, mais ou menos".

11. Admissão e Cautelas

Mesmo os mais ardorosos críticos da flexibilização e da própria terceirização acabam, com raras exceções, admitindo os "velhos-novos" ventos. Mas recomendam extremas cautelas na sua digestibilidade, atentos às precárias condições laborais do Brasil. O eminente ministro ARMANDO DE BRITO, do TST, por exemplo, depois de invocar os artigos 170 e 193 da Constituição Federal, como impeditivos de "...uma política avassaladora de terceirização...", diz que não é contra o processo em si, mas contra as suas distorções. E ensina: "A terceirização, idoneamente feita, constitui um avanço no campo da economia moderna, abrindo espaço para mais uma

atividade econômica, para um mais racional empenho por parte das empresas tomadoras em aprimorar suas atividades finalísticas" (20)

O também ministro do TST, MANOEL MENDES DE FREITAS, proclama com sua habitual fluência, que "Só é possível, no entanto, admitir a flexibilização no Brasil se por ela o trabalhador não for levado a um sacrifício inútil, a uma concessão graciosa, destituída de comutatividade, contratualmente estéril, que não traga insita, o desejo recíproco de extrair, da realidade de um período de crise, o que for melhor para esse parceiro que no passado teve de lutar muito para melhorar sua condição, embora sempre reconhecido como o elemento humano que põe suas preciosas forças a serviço do progresso e do bem-estar das Nações" (21)

Quanto à terceirização, AMAURI MASCARO NASCIMENTO analisa com propriedade (e a isenção de sempre) a matéria, em artigo de dezembro de 1993, para concluir recomendando alguns úteis cuidados em sua implantação finalidade que não seja apenas a de diminuir custos, mas especializar, a credibilidade sindical no instituto, não-redução decorrente dos salários, averiguação da subordinação, pela análise da viabilidade e patrimônio da "terceira" e legislação prevendo a responsabilidade solidária e a garantia dos mesmos salários entre tomadora e prestadora, quando idênticas as funções (22)

12. Em conclusão

Talvez, quanto ao trabalho e mais propriamente quanto aos papéis do mercado, do estado e do homem, o mais apropriado seja ouvir a palavra de JOÃO PAULO II, em DANZIG, POLÔNIA a 12 de junho de 1987 Disse ali o papa, em roteiro a inspirar a todos inclusive os julgadores

"O dono diz aos trabalhadores *"Ide para a minha vinha e tereis o salário que for justo"*(Mt 20.4) () É verdade que o trabalho deve ser pago, mas isto ainda não é tudo O trabalho implica o homem O homem que trabalha Se, então, se trata de uma relação justa entre o trabalho e o salário não se pode nunca precisá-la suficientemente sem partir do homem - sujeito do trabalho O trabalho não pode ser tratado - jamais e em nenhum lugar - como simples mercadoria, pois o homem não pode ser uma mercadoria para o homem, mas deve ser um sujeito () É preciso, pois, considerar todos os direitos do homem em relação ao seu trabalho e satisfazê-los todos" (23)

No mesmo sentido, já pregava EVARISTO DE MORAES, em 1905: "O homem é livre - argumentam: tem o direito de vender o seu trabalho pelo preço e nas condições que quiser Mas, na vida industrial moderna, essa liberdade de trabalho só tem gerado a opressão e a miséria, a exploração do operariado e seu rebaixamento progressivo" (24).

Concluo na esperança sincera que LLOYD BENTSEN esteja com a razão, e que o "tribunal popular" esteja equivocado!

CITAÇÕES:

- 1) - "Síntese Trabalhista" 28, out/91, pág 7
- 2) - "Revista LTr", Vol 56-07/779, Jul/92
- 3) - ob cit , pág 780
- 4) - "Revista forense", Vol 319, pág 41
- 5) - ob cit , pág 41
- 6) - "Suplemento Trabalhista" LTr 99/92
- 7) - "Revista LTr", Vol 58-04/402
- 8) - idem, ob cit
- 9) - "Revista LTr", Vol 55-04/405
- 10)- "Jurisprudência Brasileira Trabalhista", 40/35
- 11)- "Trabajo" - Revista da 1ª OIT, nº 8/94, pag 35
- 12)- ob cit pag 36
- 13)- "Correio Braziliense", 19/set/1994, pág 11
- 14) - idem, pág 11
- 15) - idem, pag 10
- 16)- "Historia da Riqueza do Homem", Ed Guanabara, 21ªed pag 180
- 17)- ob cit pag 405
- 18)- ob cit , págs 405 e 403
- 19)- "Genesis", jun/1994, pág 572
- 20)- "Revista LTr", Vol 58-02/135 e segs
- 21)- "O Juiz do trabalho e a Flexibilização", doutrina
- 22)- " Repertório IOB, 23/93, págs 414-415
- 23)- "Encíclicas e Documentos Sociais", LTr, 1993, Vol 2, pags 376-377
- 24)- "Apontamentos de Direito Operario", 3ª ed , LTr , 1986, pag 9