ENTRE A INDISPONIBILIDADE E A NEGOCIAÇÃO: as normas coletivas como fontes do direito do trabalho.

Cristiano Paixão¹

Ricardo Lourenço Filho²

1 - Introdução

O presente artigo propõe uma reflexão acerca da autonomia da vontade coletiva no direito do trabalho contemporâneo. A primeira parte do texto procura situar os acordos e convenções coletivas de trabalho no panorama das fontes do direito do trabalho no Brasil. Na parte conclusiva dessa seção, apresenta-se um caso exemplar, característico do Distrito Federal, que envolve uma forma atípica de rescisão de contrato de trabalho. Como esse caso envolve categorias ligadas ao campo da terceirização, o artigo trata, em sua segunda parte, das características e transformações desta prática laboral que vem acompanhada, nos tempos atuais, de uma diminuição da proteção social e de uma visível precarização da relação de trabalho. Nas conclusões, o texto procura correlacionar os aspectos precedentes e lançar indagações acerca dos limites da autonomia da vontade coletiva e de seu tratamento pelo Poder Judiciário.

2 - A negociação coletiva no contexto das fontes do direito do trabalho

Um dos grandes debates no mundo do trabalho na atualidade diz respeito aos limites da negociação coletiva. Essa discussão é muitas vezes apresentada como um conflito entre “negociado” e “legislado”. Não é por acaso. A legislação trabalhista, em particular a CLT, traz um elenco mínimo de direitos e deveres de empregados e empregadores, proibindo-lhes, em princípio, ajustar alguém (mas não além) da previsão legal. A Constituição de 1988, além de estabelecer algumas garantias fundamentais dos trabalhadores, prevê o direito ao “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (artigo 7º, XXVI). O texto constitucional estipula também os princípios básicos que norteiam a atuação sindical: liberdade e autonomia das entidades, defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos dos trabalhadores e participação na negociação coletiva (art. 8º, caput, I, III e VI).

Mas essa perspectiva do confronto entre “negociado” e “legislado” não parece ser suficiente para abarcar a complexidade da questão. Para compreender adequadamente o problema da liberdade das entidades na celebração de acordos e convenções coletivas, é necessário situar o próprio papel da negociação coletiva, não apenas como fonte do direito do trabalho, mas como fonte de direitos humanos e trabalhistas.

Não se trata apenas de uma questão terminológica. Indagar sobre o que os atores sociais criam, de fato, quando celebram acordos e convenções coletivas de trabalho significa, antes de tudo, traçar uma linha distintiva acerca dos limites dessa capacidade de pactuação.

Isso se reflete diretamente na prática judicial. Ao se deparar com as normas coletivas, muitas vezes em conflito com certas regras da legislação, o julgador tem a tarefa

1 Professor da Faculdade de Direito da UnB. Integrante dos grupos de pesquisa “Sociedade, Tempo e Direito” e “O Direito Achado na Rua” (Plataforma Lattes – CNPq). Membro da Coordenação do Observatório da Constituição e da Democracia (FD-UnB). Procurador do Trabalho

2 Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Professor universitário. Integrante do grupo de pesquisa “Sociedade, Tempo e Direito” (Plataforma Lattes – CNPq). Membro da Comissão Executiva do Observatório da Constituição e da Democracia (FD-UnB)

(da qual não pode se abster) de examinar aquilo que foi pactuado, deliberando acerca de sua validade. A negociação coletiva ocorre em um contexto muito peculiar, que não pode ser reproduzido quando a discussão sobre determinado direito é apresentada em juízo. As entidades coletivas que representam empregados e empregadores ajustam as condições de trabalho, mediante concessões mútuas, visando à obtenção de interesses econômicos que não podem ser facilmente traduzidos em termos jurídicos. O instituto do contrato, presente aqui na forma de acordo e convenção coletiva, corresponde ao ponto de contato entre o direito e a economia, que possuem lógicas diferentes e inconfundíveis e que não são intercambiáveis.³

Não obstante, é inegável que os interesses econômicos em jogo na negociação coletiva se traduzem, sobretudo no caso dos sindicatos profissionais, em direitos. Acordos e convenções coletivas são celebrados também com a preocupação de assegurar determinados direitos aos trabalhadores.

No campo das relações de trabalho, vigora o princípio da indisponibilidade dos direitos. Parte-se do pressuposto de que os direitos de natureza trabalhista representam uma aquisição evolutiva da sociedade moderna. Essa mesma sociedade fez tornar visível, num determinado momento de sua trajetória histórica, a assimetria que imperava nas relações existentes entre capital e trabalho e as conseqüências nefastas que essa desigualdade poderia gerar – e que de fato gerou.

Porém, no direito do trabalho está incluído, ao mesmo tempo, o componente da negociação. Como se trata de relações que suplantam, em muitas circunstâncias e oportunidades, a esfera individual, são necessários entes representativos, que possam deliberar e atuar na defesa da categoria formada pelos trabalhadores.⁴ Historicamente, esse papel incumbe aos sindicatos, que, no Brasil, detêm, do ponto de vista da organização dos trabalhadores, o monopólio da negociação coletiva.

A Constituição da República de 1988, surgida num contexto de redemocratização do Estado e da sociedade, revela uma nítida preocupação com a afirmação dos direitos individuais e sociais. Assim, num primeiro momento, ela recupera a história constitucional brasileira, revigorando as disposições contidas nas Cartas de 1934 e 1946 acerca dos direitos fundamentais, das liberdades públicas e dos direitos ligados à coletividade e ao trabalho.

Mas, numa segunda etapa, a Constituição vigente procura ampliar – de forma significativa – o leque da autonomia da vontade coletiva, reconhecendo, no campo das relações de trabalho, o valor das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI) e permitindo, excepcionalmente, a redução de jornada de trabalho ou mesmo de salário quando celebrada norma coletiva (art. 7º, incisos VI e XIII).

Assim, as convenções coletivas figuram como elementos centrais na dinâmica das fontes do trabalho na contemporaneidade. E, no contexto pós-Constituição de 1988, essas fontes encontram-se em processo de transformação.

Um dos principais desdobramentos do direito do trabalho no estágio posterior à promulgação da Carta Política vigente consiste na multiplicidade e fragmentação de suas fontes, matérias, sujeitos e processos. Com isso quer-se dizer que o direito do trabalho

3 Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006 (em particular, o cap. 10).

4 A formação do próprio direito do trabalho é marcada pelo reconhecimento do trabalhador como sujeito de direitos e dos sindicatos como agentes de negociação coletiva. De acordo com Bernardo Sorj, “o reconhecimento de categorias coletivas transformou o trabalhador em uma categoria jurídica, o que permitiu, primeiro, a legalização dos sindicatos, vistos anteriormente como um monopólio que impedia a livre negociação individual, e finalmente a integração das diferenças organizações coletivas dos trabalhadores nas negociações de salários e condições de trabalho.” (SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 36/37).

tornou-se ao mesmo tempo mais complexo, menos harmônico, mais diversificado, menos previsível.

No que se refere às fontes do direito do trabalho, o panorama é de diversidade. A lei passa a conviver, com uma supremacia bastante relativizada, com normas coletivas, regulamentos empresariais e com o crescimento do papel da jurisprudência. O declínio da lei como fonte principal do direito do trabalho pode ser abordado sob duas perspectivas, ambas qualitativas: a perda da centralidade e o reconhecimento da relevância da atividade judicial no mundo das relações de trabalho.

Em primeiro lugar, o que se pode denominar de perda da centralidade da lei. Algumas das mais profundas transformações ocorridas no mundo do trabalho no Brasil não exigiram alterações legislativas de grande monta. E, o que é interessante: parece ter se construído uma consciência de que a lei, em determinadas situações, pode representar uma excessiva limitação à atividade da negociação coletiva. Daí a tentativa estabelecida em 2001 de modificar o status das fontes do direito do trabalho, por meio do Projeto de Lei nº 134/2001: ao invés de propor a substituição do material normativo por novos textos legais – ou, ao menos, atualizar as normas jurídicas existentes –, o Governo da época identificou a lei como um obstáculo e simplesmente propôs uma modificação na situação das fontes: o “negociado” prevaleceria sobre o “legislado”.

O projeto, aprovado na Câmara dos Deputados, teve seu andamento paralisado assim que chegou ao Senado Federal, diante do início das atividades do Fórum Nacional do Trabalho, o que foi uma decisão inegavelmente correta, na medida em que o projeto, que pretendia modificar inteiramente o direito do trabalho no Brasil, não passou por nenhum tipo de discussão pública e/ou participação dos eventuais envolvidos; cuidava-se de um projeto saído das prateleiras da burocracia estatal. Reitere-se, portanto: a aprovação do projeto não seria benéfica para o mundo do trabalho. Contudo, o que se revela interessante para os fins da presente manifestação é o processo em si, ou seja, o “alvo” da proposição: a lei formalmente considerada, e não seu conteúdo. Vê-se, assim, com tal reação, como a norma positiva passa a ser percebida como instrumento de restrição do espaço de participação e deliberação dos atores sociais pertencentes ao mundo do trabalho.

E o mesmo fenômeno pode ser descrito a partir do surgimento da própria Constituição da República, que estabeleceu, como mencionado anteriormente, a possibilidade de redução do salário do trabalhador, desde que presente a negociação coletiva. Trata-se, aqui, de uma “flexibilização” atípica, pois inserida numa Constituição democraticamente construída, por intermédio de um processo de mobilização social e abertura política. A Constituição não pode, portanto, ser considerada uma norma resultante de interesses privados ou setoriais. Sua elaboração decorreu de um processo complexo, que comportou um expressivo grau de argumentação e participação da sociedade. E o texto do art. 7º, inciso VI, da Constituição não apresenta qualquer dúvida, ao mencionar a irredutibilidade salarial como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, “salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Além da perda da centralidade da lei, um segundo fator pode ser apontado como relevante para a modificação ora descrita: o significativo crescimento da atividade judicial como fator indispensável para a compreensão das transformações do direito do trabalho. Se, no período anterior à redemocratização do país, as cortes trabalhistas já desempenhavam um papel relevante na atualização e redefinição do ordenamento jurídico, com a promulgação da Carta de 1988 – e seu amplo rol de direitos individuais, sociais, coletivos e formas inovadoras de tutela perante o Judiciário – a Justiça do Trabalho teve substancialmente ampliadas suas responsabilidades e encargos decisórios. A juridificação e constitucionalização de benefícios voltados ao exercício do trabalho fizeram com que fosse

aberto um imenso campo de (re)criação contínua do ordenamento. E os tribunais, desde o alvorecer da Modernidade, possuem a função precípua de manter a comunicação jurídica ativada, ou seja, de propiciar respostas às crescentes demandas por decisão advindas dos diferentes setores da sociedade organizada.⁵

Um terceiro elemento – que está associado os dois fatores já citados – merece ser destacado: o papel desempenhado pela autonomia da vontade coletiva. A legislação não pode ser apresentada sistematicamente como limite puro e simples à negociação coletiva, sobretudo quando o resultado dessa última é a garantia de direitos essenciais à proteção ao trabalho – como a estabilidade no emprego. Acordos e convenções coletivas não são meras fontes do direito, mas, sim, de direitos humanos trabalhistas.

Na vida concreta, o principal problema que decorre da valorização dos acordos e convenções coletivas de trabalho é o da definição dos limites da autonomia da vontade coletiva. Quais são os limites que se impõem às negociações coletivas? Em processos judiciais, que parâmetro deve ser eleito para a definição desses limites?

Para aprofundar essas discussões, optamos pelo exame de uma situação concreta, recorrente no Distrito Federal: a previsão em norma coletiva de que a rescisão contratual ocorre por culpa recíproca quando há sucessão entre empresas prestadoras de serviços terceirizáveis, assegurando-se aos trabalhadores estabilidade no emprego por seis meses. Em contrapartida, a cláusula traz a estipulação de que, nesses casos, em que há a continuidade da relação de trabalho (a par da alteração da empresa prestadora), não é devido o aviso prévio. Além disso, a multa do FGTS, em regra correspondente a 40% dos depósitos efetuados ao longo do contrato, é reduzida para 20%.⁶

A norma coletiva, portanto, procura tratar de modo inovador as consequências da terceirização. Convém, então, abordar esse fenômeno e suas repercussões no mundo do trabalho.

3 - Terceirização: trabalho como mercadoria

O mundo do trabalho vive um momento de crescente complexidade, fragmentação e redefinição. Institutos jurídicos e organizacionais que constituíram a mentalidade de gerações de trabalhadores – planos de cargos e salários, vinculação do trabalhador a uma estrutura formal de hierarquia e funções, inserção na vida da empresa por meio de atividades que extrapolam a jornada de trabalho, entre vários outros – cedem lugar à sensação de instabilidade na prestação e remuneração do trabalho humano. Novos termos

5 Cf., sobre o papel dos tribunais, LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Trad. de Peter Naumann. In: Revista da Ajuris. N. 49. Porto Alegre: Ajuris, julho de 1990.

6 Veja-se o teor da norma celebrada entre o Sindicato dos Empregados em Empresas de Asseio, Conservação, Trabalho Temporário, Prestação de Serviços e Serviços Terceirizáveis no Distrito Federal – SINDISERVIÇOS e o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalho Temporário e Serviços Terceirizáveis do Distrito Federal - SEAC/DF: “Cláusula 30ª - Incentivo à continuidade do contrato de trabalho. Considerando a tipicidade da atividade de terceirização de serviços e a necessidade de prever para os trabalhadores maior segurança no emprego, e para isso incentivar as empresas para efetivamente participarem desse intento, fica pactuado que as empresas que sucederam as outras na prestação do mesmo serviço, em razão de nova licitação pública ou novo contrato, contratarão todos os empregados da empresa anterior sem descontinuidade quanto ao pagamento dos salários e a prestação dos serviços. Nesse caso a rescisão do contrato obrigará ao pagamento do percentual de 20% (vinte por cento) sobre os depósitos do FGTS a título de multa e as empresas ficarão desobrigadas de pagar o aviso prévio, porque não caracteriza hipótese de despedida e muito menos arbitrária ou sem justa causa. A rescisão do contrato de trabalho será por acordo, por ter ocorrido culpa recíproca das partes, em relação ao rompimento do contrato de trabalho; conforme previsto no Decreto nº 99.684/90, art. 9º, § 2º. O Termo de Rescisão Contratual, no campo referente a forma de rescisão, constará -CL 28ª - CCT- ou na sua impossibilidade, deverá constar no ato da homologação, a expressa referência à presente cláusula. Parágrafo Primeiro - Havendo real impossibilidade da continuação do trabalhador nos serviços, devidamente justificada perante os dois sindicatos convenentes, este trabalhador terá direito à indenização normal no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos do FGTS e demais verbas rescisórias. Parágrafo Segundo - Os empregados que se enquadrem na hipótese prevista no caput desta cláusula terão direito a estabilidade de 6 (seis), meses na nova empresa”.

ingressam no léxico sindical e em presarial, como “flexibilização”, “precarização” e “volatilidade”, indicando uma reconstrução do próprio sistema de proteção e tratamento do trabalho na contemporaneidade.

O fenômeno da terceirização é um aspecto dessa reconstrução.

Sua principal característica é a desvinculação entre as figuras do trabalhador e do empregador. O direito do trabalho clássico nasceu com uma clara natureza bipolar: num dos lados da relação, está o trabalhador, aquele que empresta suas próprias habilidades (por meio da força física ou de alguma atividade intelectual) em troca de uma contraprestação pecuniária, normalmente chamada de salário. No outro lado, está o empregador, aquela pessoa (física ou jurídica) a quem o trabalhador se subordina e que é responsável pelo pagamento decorrente da concessão da força de trabalho. Essa bipartição esteve associada ao direito do trabalho desde o seu surgimento, quer pela origem contratual das primeiras relações de trabalho, quer pela rigidez da divisão entre papéis que se verificou na organização da sociedade industrial a partir do século XIX.

Na verdade, uma expressiva parcela dessa estrutura de pensamento – que situa o trabalhador como pólo oposto ao empregador – continua presente nos tempos atuais. A hierarquização das relações de trabalho, o poder diretivo do empregador, as reivindicações trazidas pelos sindicatos e o aspecto contratual persistem como princípios informadores do direito do trabalho. No caso brasileiro, isso se manifesta com maior visibilidade na organização sindical vigente. Os sindicatos são divididos por categoria, tanto de trabalhadores como de empregadores (é vedada a sindicalização de trabalhadores por empresa) e são considerados como pertencentes a polos opostos, tanto que a legislação contém vários dispositivos que estimulam a negociação coletiva, mantendo, contudo, salvaguardas para o caso de impasse (como o poder normativo da Justiça do Trabalho). Numa negociação de natureza coletiva, sindicatos representativos de trabalhadores e empregadores sentam-se à mesa, debatem propostas, apresentam contrapropostas, defendem suas respectivas posições e, caso não tenham sucesso na obtenção de uma norma coletiva (acordo ou convenção coletiva de trabalho), são compelidos a permitir a chegada de um terceiro apto a decidir o conflito – ele pode ser um árbitro ou um órgão judiciário.

Esse modelo de organização sindical pressupõe a existência de sindicatos dotados de poder de barganha, especialmente de trabalhadores, uma rigidez na vigência da norma coletiva e, principalmente, um mundo do trabalho que opere segundo essas características binárias, ou seja, que reconheça como protagonistas da relação de trabalho vários indivíduos que sejam ligados, diretamente, a empresas que se beneficiem da sua força de trabalho.

E aqui se iniciam os problemas – e a precária situação dos “terceirizados”.

Quem são esses trabalhadores? Para quem eles emprestam sua força de trabalho?

Para que essas perguntas possam ser respondidas, é fundamental descrever a mudança no próprio conceito de terceirização. Originalmente, “terceirização” era considerada uma prática que não envolvia o desprendimento do trabalhador da relação com o tomador de serviços: terceirização era simplesmente a contratação, por uma empresa, de uma outra pessoa jurídica para a consecução de um fim determinado. Por exemplo: uma montadora de automóveis poderia – como ocorre até hoje – contratar uma empresa do ramo de autopeças para o fornecimento de uma certa mercadoria a ser utilizada na fabricação de um carro. Esse tipo de contratação não abala o modelo binário descrito acima: ambas as empresas citadas em nosso exemplo pertencem ao ramo da indústria metalúrgica; assim, os trabalhadores das duas empresas seriam regidos pela mesma norma coletiva, porque pertencentes à mesma categoria, estariam abrangidos pelo mesmo sindicato (já que vigora,

no Brasil, a unicidade sindical) e poderiam reportar-se, em suas demandas, diretamente àquela empresa tomadora de seus serviços.

O mesmo raciocínio vale para empresas pertencentes a ramos de atividades diferentes: se, voltando ao nosso exemplo, a montadora de automóveis contratasse uma empresa especializada em computação gráfica, e os trabalhadores da empresa contratada fossem filiados a sindicato distinto (como o de trabalhadores em empresas de processamento de dados), não haveria quebra na estrutura que remete o trabalhador ao tomador dos seus serviços. A CLT estabelece um sistema de correspondência entre categoria profissional e categoria econômica – ou seja, a uma categoria econômica equivale uma respectiva categoria profissional. A legislação consolidada parte do pressuposto de que o trabalho em uma mesma atividade econômica conduz à “similitude de condições de vida” que, por sua vez, leva à formação da categoria (art. 511, § 2º). E, no caso da terceirização, essa similitude é produzida entre os trabalhadores da empresa contratada e os da tomadora de serviços.

O que há em comum nos dois exemplos é um fato: a contratação, nesses casos de terceirização “clássica” (ou “externa”), tem por objeto um determinado serviço – que normalmente assume a forma de um produto –, mas nunca o trabalhador. A força de trabalho não entra na equação.

A situação é totalmente diferente nos casos de terceirização “atípica” (ou “interna”) – que vêm se multiplicando ultimamente.

Nessa nova modalidade de terceirização, mantém-se a idéia de contratação entre duas empresas. O que muda é o objeto da contratação: o que é negociado, agora, é a força de trabalho de alguns indivíduos, ou seja: a mão-de-obra.

Várias empresas surgiram, especialmente a partir da década de 1980, com especialização em locação de mão-de-obra, o que significa dizer: são empresas que comercializam a força de trabalho das pessoas.

O aumento na prática da terceirização “atípica” pode ser notado por meio da modificação na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acerca da locação de mão-de-obra. Até 1993, vigorou o entendimento contido no Enunciado no 256, que dizia claramente: “é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”. As únicas exceções contempladas no Enunciado no 256 eram: trabalho temporário (regido por uma lei própria) e serviço de vigilância (por envolver porte de armas, trata-se de atividade regulada por legislação específica). Em todos os outros casos, valia a regra geral: o trabalhador vincula-se àquele que toma, diretamente, os seus serviços.

Contudo, o entendimento do Enunciado no 256 foi superado em 1993, com a edição do Enunciado (hoje súmula) no 331. A súmula – que é válida até os dias de hoje – estabeleceu uma orientação diferente. Foi permitida a contratação de serviços por intermédio de empresa interposta nos seguintes setores: conservação, limpeza e “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador”. Voltando ao exemplo da montadora de automóveis: a empresa está hoje autorizada a contratar uma outra empresa que fornecerá mão-de-obra para executar todos os serviços de limpeza e conservação em suas dependências, além de outros serviços que não sejam ligados à atividade-fim da montadora. O resultado é que vários trabalhadores passarão a frequentar as instalações da montadora, conviverão com os trabalhadores dela, terão de se reportar a supervisores e/ou gerentes da empresa contratante, mas não serão trabalhadores da montadora, pois seu registro (carteira de trabalho) será assinado pela empresa “prestadora de serviços”.

O que se percebe, então, é a inclusão do trabalhador como mercadoria na cadeia produtiva da sociedade do trabalho. O lucro da empresa “prestadora de serviços” não estará na fabricação de um bem, no fornecimento de um serviço especializado ou na

elaboração de trabalho intelectual qualificado. A empresa lucrará com a força de trabalho “alugada” a um tomador, o que implica concluir: o homem perde a perspectiva da centralidade do trabalho. Ao invés de figurar como protagonista da relação de trabalho, ocupando um dos seus polos, o homem passa a ser objeto de uma negociação de natureza comercial.

E quais são as consequências disso para o trabalhador?

As empresas prestadoras de serviços lucram, como vimos, sobre a força de trabalho humana. Assim, para persistir em atividade e gerar dividendos, essas empresas precisam oferecer a seu contratante o menor preço. Num mercado de trabalho altamente competitivo, as empresas disputam a atenção de clientes (empresas “tomadoras” de serviço) e acenam, na maior parte dos casos, com o preço “mais competitivo”, que usualmente é o menor. Com isso, agrava-se a precarização do trabalhador terceirizado: além de pertencer aos quadros de uma empresa que toma sua força de trabalho como objeto de negociação, esse trabalhador ainda verá seu empregador barganhando o valor do seu salário, com a finalidade de obter um contrato de prestação de serviços.⁷

No Distrito Federal esse problema é ainda maior, na medida em que um dos maiores clientes dos serviços terceirizados tem sido a Administração Pública, que funciona, como se sabe, pela lógica do menor preço, por intermédio das formas legais de contratação de serviços de terceiros (usualmente licitação ou pregão). Isso gera uma competitividade entre as empresas para que se descubra, no resultado da licitação, aquela que pode oferecer o “melhor preço”, ou seja, aquela que paga menos a seus trabalhadores.

Com isso, vem à tona uma das maiores desvantagens da situação de trabalhador terceirizado. Não há investimento em formação, qualificação e aperfeiçoamento profissional. Como a prestadora de serviços tem como única fonte de lucro a força de trabalho humano (ou seja: o salário do trabalhador), qualquer tipo de treinamento importará em custo para a empresa (que não dispõe de nenhuma outra fonte de recursos). O resultado será um trabalhador desqualificado, sem formação, sem perspectiva, sem futuro.

Além disso, um dos desdobramentos mais perversos da expansão da terceirização está na seguinte conclusão: o trabalhador terceirizado é um indivíduo sem referência de tempo e espaço – que são as dimensões constitutivas da experiência humana no mundo exterior.

O deslocamento em relação ao tempo se dá pelo seguinte contexto. As empresas prestadoras de serviço sobrevivem a partir de contratos celebrados com terceiros. No âmbito da Administração Pública e da iniciativa privada, a forma de vinculação é a mesma: são contratos de prestação de serviço que têm duração determinada, em sua grande maioria por um ano. Nada garante a renovação desse contrato: no ano seguinte ao da contratação de uma prestadora de serviços, uma outra empresa pode oferecer um “pacote” mais favorável (em regra, salários mais baixos para os terceirizados). Essa é uma situação muito comum no Distrito Federal. Ela chega a ser rotineira.

O trabalhador terceirizado vê o futuro como algo aterrorizante. É quase certa a perda do emprego com o final do contrato. Afinal de contas, sua permanência na “prestadora” está condicionada à existência de uma “tomadora”. A “tomadora” tem liberdade

7 Márcio Túlio Viana, deparando-se com a figura do intermediário que se apresenta entre o trabalhador e a empresa que aproveita a força de trabalho, observa o seguinte: “o que esse intermediário quer não é a mesma coisa que o empresário quer. Ele não utiliza a força-trabalho para produzir bens ou serviços. Não se serve dela como valor de uso, mas como valor de troca. Não a consome: subloca-a. O que ele consome, de certo modo, é o próprio trabalhador, na medida em que o utiliza como veículo para ganhar na troca. Em outras palavras, o mercador de homens os utiliza tal como o fabricante usa os seus produtos e como todos nós usamos o dinheiro. Por isso, do seu ponto de vista, o que importa é antes a quantidade do que a qualidade.” (VIANA, Márcio Túlio. “Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico”. In: Revista LTr. Vol. 67, nº 7, julho-2003, p. 775.

para contratar a empresa que oferecer o melhor “pacote”. O futuro equivale, para o trabalhador terceirizado, ao vazio, à ausência, ao incerto. Alguns poderiam dizer que essa angústia pertence a todos os trabalhadores no mundo atual. Isso é verdadeiro, mas apenas em parte. Para o trabalhador terceirizado, a insegurança e o temor são maiores. Ele não tem perspectiva de ascensão funcional, pois as empresas prestadoras são especializadas no fornecimento de determinados serviços que não compõem a atividade-fim do tomador. Como já vimos, não há intenção de qualificar ninguém. A crescente competitividade tem como consequência a busca, pelas empresas, de um trabalhador “barato”, sem experiência, sem treinamento, sem expectativas. A condição para permanecer no mercado não é a da qualidade do serviço.

Numa empresa estruturada com quadro de pessoal organizado em funções e plano de carreira, há, ainda que de modo incerto e flutuante, a possibilidade de ascensão profissional. Trabalhadores interessados em determinadas atividades podem buscar a formação adequada, podem gradativamente aprender um novo ofício, enfim: podem planejar o seu futuro. Essa perspectiva é inteiramente subtraída do terceirizado.

O trabalho em atividades terceirizáveis é também carente de referências no espaço.

O mercado das empresas prestadoras de serviço é altamente volátil. O trabalhador não fica vinculado apenas a um “tomador”, o que chega a ser cruel: além de não pertencer aos quadros da empresa que utiliza a sua força de trabalho, o terceirizado sequer tem alguma garantia de que permanecerá – pelo reduzido período de duração do contrato – trabalhando para o mesmo “tomador”. Lembremos que a contratação de mão-de-obra não envolve um indivíduo determinado: o que é negociado é a força de trabalho. Para a tomadora, na maior parte dos casos, pouco importa se o trabalhador “A” ou o trabalhador “B” será responsável pelo serviço. O que interessa é o fornecimento do trabalho. É usual, na prática das relações de trabalho no Distrito Federal, que um mesmo trabalhador, no período do contrato de prestação de serviços, trabalhe em duas ou mais “tomadoras”. Numa semana, ele poderá executar serviço de limpeza e conservação num condomínio residencial. Na semana seguinte, ele poderá estar nas dependências de um ministério. Na semana posterior, ele poderá ser deslocado para um shopping center, e assim sucessivamente.

Comprimido entre a ausência de futuro (uma espécie de não-tempo) e a incerteza sobre a localidade (uma espécie de não-espaço), o trabalhador terceirizado vai se transformando nessa mercadoria dispensável, precária e sem referências.

E a terceirização – seja a “clássica”, seja a “atípica” – tem profundas consequências sobre a atuação dos sindicatos. A falta de referências no espaço e no tempo reflete no papel das entidades. É mais difícil a formação de uma identidade entre trabalhadores sujeitos a mudanças constantes de “tomadoras”. São necessários mais esforços para reuni-los. Escapam-lhes as condições fundamentais para o agir coletivo, como a igualdade de lutas, reivindicações, perspectivas, interesses.⁸

O balanço da terceirização, na forma em que vem sendo praticada, é o pior possível. Num contexto de desemprego estrutural e dificuldades na criação de novos postos de trabalho, a locação de mão-de-obra aparece como uma das modalidades mais agudas de

8 Como afirma Márcio Túlio Viana, em relação às dificuldades enfrentadas pelos sindicatos: “antes, os trabalhadores passavam toda uma vida na mesma categoria profissional, na mesma empresa ou pelo menos na mesma cidade e na mesma situação formal de empregados. Eram tão estáveis quanto os produtos, a empresa e até os valores da sociedade em que viviam. Por isso, era fácil encontrá-los e agregá-los. Hoje, os trabalhadores – especialmente os terceirizados – vagam no espaço e no tempo. Vão e voltam, passando do emprego ao desemprego, ao subemprego e a um novo emprego, numa relação de permanente curto-circuito. É difícil identificá-los e reuni-los, pois o sindicato não tem a mesma plasticidade.” (VIANA, Márcio Túlio. “Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico”, p. 784).

precarização do trabalho.

Mesmo assim, algumas alternativas podem ser encontradas na experiência do mundo do trabalho. É o caso da convenção coletiva de trabalho celebrada, no Distrito Federal, entre o sindicato que representa os trabalhadores em serviços terceirizáveis e as empresas prestadoras de serviço. Como já vimos, trata-se de uma cláusula criativa, inovadora e relevante. Ficou estabelecido que a empresa prestadora, ao assumir um novo contrato, está obrigada a aproveitar os trabalhadores que estavam na empresa anterior (que não conseguiu renovar o contrato de prestação de serviços), concedendo-lhes, ainda, estabilidade no emprego por seis meses. Em contrapartida, a empresa “perdedora” pode demitir seus trabalhadores pela modalidade da culpa recíproca, que envolve encargos sociais menores do que os incidentes na demissão sem justa causa.

Além disso, na Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça, que veda o nepotismo nos tribunais, há um artigo impedindo que parentes de juízes possam ser empregados de empresas que celebrem contratos de prestação de serviços com órgãos do Poder Judiciário. Esse preceito tem o valor de um diagnóstico: o de que a terceirização é uma forma de burlar o acesso dos indivíduos aos cargos públicos, ocupados por meio de concurso público.

São reações, paliativos, movimentações de atores sociais que se deparam com o fenômeno da terceirização. Isso demonstra a capacidade que o direito tem de interferir na dinâmica das relações sociais, com resultados ambíguos: ao mesmo tempo em que permite a precarização das relações de trabalho com a ampliação das possibilidades de terceirização, o direito vigente impõe limites à locação de mão-de-obra e estabelece modalidades de proteção para o trabalhador terceirizado.

4 - Conclusão

O processo de acumulação capitalista, acompanhado pela concentração da mão-de-obra nas fábricas e indústrias, acabou conduzindo a uma contradição fundamental: a reunião dos operários, necessária à produção, trazia o germe para a resistência coletiva à exploração da força de trabalho.⁹ E os sindicatos se mostraram instrumentos importantes exatamente na construção de uma identidade entre os trabalhadores que pudesse canalizar essa resistência, traduzindo-a em reivindicações, lutas, direitos.¹⁰

Entretanto, ao terceirizar, a empresa foge àquela contradição, pois deixa de ser necessário reunir para produzir. Isso também ocorre a partir de medidas que favorecem a rescisão imotivada dos contratos e a rotatividade de mão-de-obra, sem dúvida contrárias à construção de uma identidade entre os trabalhadores.¹¹ Aumentam, então, as dificuldades das entidades sindicais. De alguma forma, elas se enfraquecem.

Ao mesmo tempo, porém, a atuação dos sindicatos, por meio das negociações coletivas, torna-se mais acentuada. Há um incremento no campo de livre exercício da

9 Segundo Márcio Túlio Viana, “a própria fábrica ensinou aos homens como resistir a ela, ainda que dentro dela, e sem acabar com ela. Nasceram as greves, as sabotagens, as boicotagens, o ludismo. O sistema [capitalista] gerava assim a sua primeira (e talvez maior) contradição: a de ter de reunir para produzir, e ao mesmo tempo ter de conviver com os efeitos daquela união”. Cf. VIANA, Márcio Túlio. “Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico”, p. 778.

10 Para Claus Offe e Helmut Wieselth, “os sindicatos estão confrontados com a tarefa de organizar todo o espectro de necessidades do trabalhador assalariado. Este aglomerado de necessidades do trabalho “vivo” não só é comparativamente mais difícil de ser organizado, por motivos quantitativos, mas também por não haver um denominador comum ao qual todas essas necessidades heterogêneas e muitas vezes conflitantes possam ser reduzidas, de modo a “o timizar” reivindicações e táticas.” (OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. “Duas lógicas da ação coletiva: notas teóricas sobre a classe social e a forma de organização”. In: OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Trad. de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1984, p. 66).

11 Entre essas medidas, podemos mencionar a criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), nos idos da década de 1960, e a extinção (completa) da estabilidade decenal, com a promulgação da Constituição de 1988.

autonomia das vontades coletivas, como fica claro em diversos dispositivos da Constituição de 1988. É uma situação paradoxal, desafiadora.

Na verdade, é justamente no âmbito da negociação coletiva que os sindicatos podem se fortalecer e se consolidar como instrumentos de garantias de direitos trabalhistas. A afirmação e o desempenho desse papel depende da capacidade das entidades de, por meio de acordos e convenções, assegurar interesses efetivos da categoria, e não apenas chancelar e legitimar estratégias empresariais. Além disso, é indispensável o desenvolvimento do potencial de agregação dos sindicatos, que, muitas vezes, têm de estender sua atuação para fora da fábrica.¹²

E o aparato normativo vigente, sobretudo a Constituição, conduz exatamente a essa valorização do sindicato e da autonomia das vontades coletivas. É certo que as cartas constitucionais anteriores, como as de 1946 e 1967/69, traziam a p revisão do reconhecimento das convenções coletivas como direito dos trabalhadores. Não obstante, como já indicado, o texto constitucional vigente potencializou de modo significativo essa garantia, tanto ao estipular uma estruturação democrática das entidades sindicais quanto ao dispor sobre seu papel de defesa dos interesses da categoria e sua participação obrigatória na negociação coletiva. A Constituição de 1988 fornece, portanto, meios importantes para que os sindicatos enfrentem o atual cenário de complexidade e de desafios.

E como o Judiciário vem reagindo a essas modificações?

A resposta é igualmente complexa.

Fixando uma orientação relevante sobre a autonomia coletiva das vontades, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que os direitos que correspondem a medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, assegurados por normas de ordem pública (art. 7º, XXII, da Constituição), não podem ser reduzidos pela via da negociação coletiva.¹³ Isso porque estaríamos aqui no campo dos “direitos indisponíveis”. Teriam essa natureza, por exemplo, o intervalo para repouso e alimentação e a forma de remuneração das horas extras.¹⁴

O entendimento do TST fornece um parâmetro relevante para a discussão a respeito dos limites da negociação coletiva, mas é necessário aprofundar algumas conseqüências. Se, por um lado, acordos e convenções não podem reduzir direitos pertinentes a higiene, saúde e segurança do trabalho, por outro, tais instrumentos normativos devem ser plenamente reconhecidos e considerados válidos quando buscam assegurar tais direitos. Mais do que isso: quando a norma coletiva estipula garantias efetivas que dizem respeito a aspectos diretamente ligados à proteção ao trabalho e ao próprio trabalhador, esta norma deve ser amplamente reconhecida como válida, ainda que contrária à letra da lei.

12 Como afirma, novamente, Márcio Túlio Viana, voltando-se para o futuro dos sindicatos, “o novo sindicato terá de abrir as suas portas não apenas para o empregado, mas para o trabalhador – seja (ou esteja) operário, desempregado, artesão, cooperado, camelô, estagiário ou sem-terra. Suas lutas terão de se estender para além da fábrica, envolvendo o meio ambiente, os direitos das minorias, o trabalho escravo, a exclusão social. Sua arma serão não tanto a greve como o boicote; sua arena serão não tanto o lugar da produção, mas o do consumo. Em outras palavras, o sindicato terá de antecipar o próprio sonho de um novo Direito: um Direito também multiforme, abrangente e – no bom sentido – flexível, capaz de perseguir a empresa em sua rota de fuga e proteger o trabalhador em todos os seus recortes de vida” (VIANA, Márcio Túlio. “Poder diretivo e s indicato: entre a o pressão e a r esistência”. In: PAIXÃO, Cristiano. RODRIGUES, Douglas Alencar e CALDAS, Roberto de Figueiredo (Orgs.). Os novos horizontes do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 410/411 (ver também p. 406).

13 A Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1 do TST estabelece que “é inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva”.

14 Sobre a remuneração da sobrejornada, ver TST-ERR-41.672/2002-902-02-00, acórdão da SBDI-1, relatora a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, publicado no DJ de 31.8.2007.

Essa é uma conclusão que decorre do fato, já assinalado, de que acordos e convenções, como resultantes do exercício da liberdade e da autonomia coletivas dos agentes do mundo do trabalho, constituem fonte de direitos humanos e trabalhistas.

Como, então, vem reagindo o Tribunal Superior do Trabalho na interpretação da legalidade da cláusula aqui analisada, que estabelece uma modalidade original para a rescisão do contrato de trabalho, diante das peculiaridades do trabalho prestado por meio da locação de mão-de-obra?

O TST possui alguns precedentes afirmando a invalidade da referida cláusula normativa. Os argumentos são diversificados. É possível identificar uma nítida restrição às possibilidades de exercício da autonomia coletiva das vontades. Em uma das decisões, lemos o seguinte: “na medida em que se privilegia a negociação coletiva, a flexibilização das normas encontra limites no sistema jurídico, garantindo-se direitos e benefícios básicos ao trabalhador. Dentre eles, limita-se a atuação dos sindicatos no tocante a cláusulas abusivas e que dispõem a respeito de renúncia de direitos”. Em seguida, é fixado o limite da negociação coletiva: “a elasticidade da norma é autorizada, desde que não tenha como consequência a desregulamentação ou negativa do direito instituído por norma legal”.¹⁵

Em outro precedente, vemos o argumento de que a norma coletiva não produz efeitos em relação a terceiros e, portanto, não vincularia a Caixa Econômica Federal, que estaria dispensada de autorizar o saque do FGTS, por força, inclusive, do princípio da legalidade: “ainda que tenha sido acertado em instrumento normativo a rescisão contratual, por culpa recíproca, com a redução inclusive da multa para 20%, os efeitos desse ajuste se restringem às categorias econômica e profissional, não alcançando o Órgão Gestor do Fundo de Garantia, não só porque a transação não atinge direitos de terceiro, mas sobretudo porque, indiferente à licitude ou não da cláusula coletiva, sobressai altaneiro o princípio da legalidade administrativa do artigo 37 da Constituição”.¹⁶

Finalmente, em algumas decisões, a proteção ao trabalho – estabilidade de seis meses – conferida pela via da negociação coletiva é deixada de lado, acentuando-se apenas o caráter indisponível da multa de 40%, prevista em lei, e o aspecto técnico da caracterização da culpa recíproca. É o que fica explícito no seguinte trecho: “além de ser irrenunciável o direito a cujo respeito se controverte, a sistemática legal vigente (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90) atribui à Justiça do Trabalho a tarefa de aferir a ocorrência da culpa recíproca na extinção do contrato de trabalho. Isso porque a caracterização do instituto é ato intelectual eminentemente técnico, no qual se insere a verificação da prática efetiva simultânea, por empregado e empregador, das infrações capituladas nos arts. 482 e 483 da CLT, a partir da valoração da prova produzida”.¹⁷

As decisões mencionadas do TST sinalizam que a negociação coletiva encontraria limites insuperáveis no “legislado”. Entretanto, esse entendimento parece restringir em demasia a autonomia das vontades coletivas. Em outras palavras: se o campo de atuação da negociação coletiva é balizado pela legislação, então essa atuação torna-se bastante limitada, sobrando pouco espaço para o exercício da autonomia constitucionalmente assegurada.

Para uma adequada análise desse problema, dois elementos devem ser considerados: o papel de acordos e convenções coletivas como fontes do direito do trabalho

15 TST-RR-419/2007-016-10-00, acórdão da 2ª Turma, relator o Min. José Simpliciano Fernandes, publicado no DEJT de 21.11.2008 (grifo nosso).

16 TST-RR-232/2007-003-10-00, acórdão da 4ª Turma, relator o Min. Antônio José de Barros Levenhagen, publicado no DEJT de 7.11.2008.

17 TST-RR- 63/2007-003-10-00, acórdão da 1ª Turma, relator o Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, publicado no DEJT de 29.8.2008 (grifo nosso).

e as peculiaridades do serviço terceirizável.

No que se refere ao primeiro ponto, torna-se evidente a finalidade da cláusula: privilegiar a preservação dos postos de trabalho, o que justifica a redução no percentual da multa pela despedida imotivada e acaba por tornar indevido o aviso prévio, considerando-se que o trabalhador continua engajado num posto de trabalho. É uma previsão que atende às peculiaridades do setor de prestação de serviços e que se insere na esfera de atuação dos entes sindicais, legitimados para tanto pela Constituição da República.

Como observado acima, a norma coletiva, como fonte do direito, compreende duas acepções do direito do trabalho: a indisponibilidade e a negociação. A cláusula convencional ora examinada – referente aos trabalhos terceirizáveis – contém esses dois elementos, na medida em que mantém a proteção contra a despedida imotivada (inclusive ampliando-a, com a estabilidade de seis meses) e negocia tão-somente a forma de implementação das verbas indenizatórias.

E o segundo aspecto está demonstrado pelo caráter alimentar dos salários. Em situações como a vivenciada pelos trabalhadores do setor de serviços terceirizáveis, a primeira urgência a ser encaminhada é a necessidade de pagamento dos salários retidos. Cuida-se da verba essencial à própria subsistência do trabalhador, indispensável para a manutenção de sua dignidade e de sua condição de sujeito de direitos. O mesmo raciocínio se aplica, logo a seguir, para as verbas rescisórias, que têm o condão de oferecer algum tipo de compensação (no caso brasileiro, limitada e insuficiente) para o encerramento do contrato de trabalho.

Não há razão, portanto, para deixar de se reconhecer a validade da norma coletiva que prevê a rescisão contratual por culpa recíproca quando há sucessão entre empresas prestadoras de serviços terceirizáveis, assegurando-se aos trabalhadores garantia no emprego por seis meses. A cláusula normativa revela-se inteiramente consentânea com a dinâmica atual das fontes do direito do trabalho e concretiza a autonomia dos sujeitos coletivos de direito, o que está de acordo com o sistema de regras e princípios construído pela Constituição.

Se a sociedade brasileira pretende, de fato, constituir-se como uma coletividade de indivíduos que exerçam sua cidadania e dignidade por meio do trabalho, seus atores políticos precisarão enfrentar a perversa realidade da terceirização, que vem produzindo, cada vez mais, trabalhadores sem identidade, sem perspectiva, sem futuro, sem localização. A cláusula convencional que inova nessa matéria é uma tentativa – tênue, localizada e limitada – de estabelecer limites a uma determinada forma de precarização. E essa circunstância não poderia ser excluída da apreciação dos tribunais.

O mundo do trabalho é hoje particularmente dinâmico, múltiplo, marcado por diversidades e riscos. Perante o direito, apresenta-se como uma força irresistível. Não é facilmente regulável. Escapa às barreiras da lei. Daí a relevância dos atores coletivos, que detêm a prerrogativa constitucional de estabelecer normas que afirmam, muitas vezes de modo criativo, novos e velhos direitos. Trata-se, em verdade, de uma garantia de abertura. E abertura para um futuro incerto, imprevisível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LUHMANN, Niklas. “*A posição dos tribunais no sistema jurídico*”. Trad. de Peter Naumann. In: Revista da Ajuris. N. 49. Porto Alegre: Ajuris, julho de 1990;

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006;

OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. “*Duas lógicas da ação coletiva: notas teóricas sobre a classe social e a forma de organização*”. In: OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Trad. de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1984;

SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004;

VIANA, Márcio Túlio. “*Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico*”. In: Revista LTr. Vol. 67, nº 7, julho-2003;

VIANA, Márcio Túlio. “*Poder diretivo e sindicato: entre a opressão e a resistência*”. In: PAIXÃO, Cristiano. RODRIGUES, Douglas Alencar e CALDAS, Roberto de Figueiredo (Orgs.). Os novos horizontes do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.