

BALANÇO DA REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO EM PAÍSES SELECIONADOS DA AMÉRICA LATINA

OUTSOURCING REGULATORY REVIEW IN SELECTED COUNTRIES IN LATIN AMERICA

Josiane Fachini Falvo^()*

RESUMO

Este artigo apresenta o balanço da regulamentação da terceirização do trabalho em seis países selecionados da América Latina: Uruguai, Argentina, Chile, Paraguai, Peru e Brasil. Após uma breve introdução, a segunda seção apresenta informações acerca do avanço da terceirização na América Latina na década de 90. Em seguida, faz-se um panorama das principais legislações que regulamentam a triangularização das relações do trabalho nesses países, com exceção do Brasil. O próximo tópico discorre sobre a anomia do ordenamento jurídico brasileiro quanto assunto. Por fim, a última seção sugere diretrizes para a elaboração de um Projeto de Lei que preencha essa lacuna, como a adoção da responsabilidade solidária.

Palavras-chaves: Terceirização; Regulamentação; América Latina.

ABSTRACT

This paper provides a regulatory review of outsourcing in six Latin America Countries: Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay, Peru and Brazil. After a brief introduction, the second part of the paper provides information on the outsourcing growth in Latin America during the 1990s. The next part of the paper provides an overview of the main outsourcing legislation in Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay and Peru. The third part of the paper deals with the state lack of legislation that characterizes the Brazilian juridical framework on outsourcing. The last part of the paper contains suggestions for new directions to support the elaboration of a Law Project that could improve outsourcing regulation, for instance, by forcing the adoption of solidary responsibility by contractors of outsourced services.

Key words: Outsourcing, Regulatory; Latin America.

1. INTRODUÇÃO

O modelo de estabilização monetária pós-70, imposto, principalmente, aos países periféricos, resultou na desindustrialização e na desnacionalização dos parques produtivos e, simultaneamente, na expansão dos investimentos puramente patrimoniais e financeiros. Este movimento foi prejudicial ao crescimento do produto e nefasto aos trabalhadores, pois a elevação das taxas mundiais de desemprego criou um ambiente hostil às barganhas e às condições de trabalho.

(*) Doutoranda do programa de pós-graduação em Desenvolvimento Econômico no Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Bacharel em ciências sociais e jurídicas. Pesquisadora da Agência de Inovação INOVA da UNICAMP <www.inova.unicamp.br>. E-mail: josifalvo@yahoo.com.br.

Diante do crescimento do montante de desempregados, ganhou espaço o discurso liberal de flexibilização das legislações trabalhistas e de redução de benefícios sociais, o que deu margem ao surgimento de uma série de vínculos precários ou atípicos de trabalho. No bojo destas mudanças, a terceirização foi adotada largamente e tornou-se uma das formas mais significativas de subcontratação do trabalhador. Atualmente, esta prática vem adquirindo novas expressões, apresentando-se no mundo do trabalho por meio de formas distintas e disfarçadas.

Em todas as legislações analisadas da América Latina, a terceirização das relações de trabalho caracteriza-se pelo processo em que o tomador dos serviços contrata de forma indireta e descentralizada a força de trabalho de que necessita, provocando uma ruptura no binômio empregado-empregador, devido à presença de um intermediário. Diante do avanço da terceirização, a maioria dos países regulamentou esta prática, estabelecendo, principalmente, a responsabilidade solidária do tomador dos serviços terceirizados. No Brasil, entretanto, esta questão é lacunosa, constando apenas a Súmula n. 331 do TST na orientação dos julgados, cuja interpretação não é uníssona e mostra-se pouco impeditiva.

No ambiente jurídico-ideológico, os defensores da terceirização criticam um direito trabalhista classificado como excessivamente protecionista e limitador da autonomia, considerado-o empecilho à geração de postos de trabalho. Sustentam que é mais eficiente recorrer a uma relação contratual civil, na qual a pessoa contratada assume os riscos de sua atividade como se fosse uma empresa independente, à margem da proteção laboral. Desta forma, o trabalhador terceirizado sai da órbita do direito trabalhista protetor e se submete ao direito civil ou comercial, o que pode ser traduzido na transferência dos riscos da produção ao trabalhador, quebrando-se a estrutura do contrato de trabalho.

Este estudo, contudo, adota uma posição crítica ao aumento da impunidade do Direito do Trabalho frente aos casos de flexibilização da legislação laboral, reforçando o caráter protetivo da justiça e defensor do trabalho digno.

O texto visa elaborar um balanço da regulamentação da terceirização em voga em países selecionados da América Latina, que compartilharam a mesma trajetória de desestruturação do mercado de trabalho nas últimas décadas. A partir desse exercício, sugerem-se diretrizes que nortearão um projeto de regulamentação da triangularização das relações de trabalho no Brasil. Resta destacar que este trabalho foi desenvolvido no âmbito da pesquisa “A Terceirização e a Justiça do Trabalho”, realizado pelo Instituto de Economia da UNICAMP, no período de 2007 a 2009.

O próximo tópico discorre acerca do avanço da terceirização na América Latina, enfatizando os aspectos econômicos. Em seguida, descrevem-se os pontos principais da regulamentação vigente em países selecionados da América Latina, com exceção do Brasil, destacando-se os principais conceitos que possam contribuir na elaboração de um projeto de lei nacional. Em seguida, discute-se a anomia da legislação brasileira sobre a prática da terceirização e, por fim, sugerem-se diretrizes para a elaboração de um Projeto de Lei que preencha essa lacuna.

2. A TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA

Na década de 90, em um cenário de baixo dinamismo, expansão da economia informal e aumento da insegurança, a terceirização foi o mecanismo de precarização do mercado de trabalho que mais avançou na América Latina. Neste processo, a empresa tomadora recorre a trabalhadores ficticiamente externos, exerce o controle sobre a prestação do serviço e se mantém oculta. Ou seja, a empresa principal contrata de forma indireta a força de trabalho, por meio de intermediador, transferindo as atividades do setor secundário para o terciário, o que permite menores custos trabalhistas e a partilha dos riscos da atividade econômica.

A descentralização produtiva consiste na transferência de parte da produção para empresas aparentemente autônomas ou independentes, que assumem a obra/serviço e o encargo trabalhista. O terceiro é definido como uma empresa que não possui estrutura própria, limitando-se a figurar como empregador dos trabalhadores que servem a empresa principal. O problema é que o terceiro é confundido como o verdadeiro empregador, pois contrata o trabalhador em seu próprio nome, mas em benefício de outro que, efetivamente, exerce o poder de direção sobre o trabalhador e aproveita os frutos de seu trabalho.

Nos países da América Latina, o aumento da terceirização manifestou-se em setores de atividade econômica distintos, o que pode ser constatado no Quadro 1, impedindo-nos traçar um perfil único.

Quadro 1: Atividades com maior incidência da terceirização.

País	Setor de atividade
Argentina	Serviço de limpeza e vigilância de estabelecimento bancário
Brasil	Limpeza e conservação, vigilância, atividades jurídicas e contábeis, informática, serviços de arquitetura e engenharia, publicidade e aluguel de transportes
Costa Rica	Plantação de bananeira, palma africana, empresas maquiadoras, manutenção / operação de redes elétricas e de telecomunicações
México	Administração de pessoal
Uruguai	Florestal

Fonte: Elaboração própria, com base em Uriarte; Colotuzzo (2008) e Baltar (2009).

No cenário latino-americano, a ampliação da fragmentação e da diversificação das relações de trabalho está relacionada à geração de redes societárias fraudulentas, quais sejam: sociedades de simples fachada, interposição societária de fácil volatilidade e empresa descapitalizada. É comum a presença de prestadores de serviços disfarçados, como as cooperativas de trabalho e as sociedades de trabalhadores, assim como a ficção de empresas “unipessoais” (Uruguai) e pessoas jurídicas (Brasil), que mantêm um vínculo comercial, não empregatício, com a empresa principal ou verdadeira. Como afirma Goldín e Feldman (*apud* Uriarte e Colotuzzo, 2008. p. 48),

“(…) es claro que en estos casos, si no se hace primar la realidad sobre las formas jurídicas, el trabajador será considerado como empresa o trabajador independiente, por lo que carecerá de la protección derivada de las normas laborales.”

Os trabalhadores envolvidos em uma relação de terceirização, além de estarem desprotegidos, em geral, são submetidos a situações precárias e instáveis, como apontam as informações do Quadro 2. Primeiramente, devido à externalização e a descentralização produtiva, a empresa tomadora transforma os postos de trabalho permanentes em temporários, sem continuidade, dispostos a modificações constantes nas prestações econômicas.

Embora os terceirizados não sejam informais, estão desprotegidos, principalmente, quanto ao acesso aos planos de saúde, à higiene e à segurança do trabalho. No caso da expansão das PJs (Pessoas Jurídicas) no Brasil, os próprios trabalhadores arcam com os gastos da seguridade social e, em geral, não possuem uma remuneração fixa.

Quadro 2: América Latina: condições de trabalho dos terceirizados.

Quesito	Condições de trabalho
Estabilidade	Sujeitas às decisões da empresa subcontratada, que podem realizar contratos por tempo determinado e às oscilações do desenvolvimento da atividade produtiva da empresa principal
Saúde, higiene e segurança do trabalho	Totalmente desprotegidos
Remuneração	Variável, não se aplica aos parâmetros do pessoal interno
Seguridade social	Devem assumir as despesas voluntariamente como trabalhadores independentes
Jornada de trabalho	Variável, em sua maioria, mais extensa
Sindicalização	Dificuldade ou impossibilidade de constituírem os sindicatos dos trabalhadores diretos da empresa tomadora. Por vezes, constituem sindicatos próprios

Fonte: Elaboração própria, com base em Uriarte; Colotuzzo (2008) e Baltar (2009).

Percebe-se que via terceirização, as empresas conseguem, continuamente, fragilizar a ação sindical. Os sindicatos, à medida que perdem a base e se enfraquecem, focam os esforços na luta pela garantia do emprego e perdem o fôlego para a demanda por melhores salários ou por incorporação de direitos.⁽¹⁾

A ação sindical exerce proteção limitada diante do trabalhador terceirizado porque a maioria dos sindicatos da América Latina não tem representação jurídica sobre os trabalhadores “externos”, em função da legislação nacional ou de sua própria dimensão. De fato, ocorre um movimento de pulverização dos sindicatos, com fissura na representatividade e dificuldade para unir as demandas. Viana (2008) recomenda a integração do trabalhador terceirizado ao sindicato da empresa principal, na categoria profissional ao qual exerce a atividade, mesmo que temporária. O autor fundamenta a argumentação na correlação estabelecida pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) entre a categoria profissional e a econômica, segundo a qual as pessoas que trabalham no mesmo ramo empresarial unem-se por laços de solidariedade.

Uriarte & Colotuzzo (2008) apontam que sempre há solidariedade entre os trabalhadores “centrais” e os terceirizados, pois visualizam na proteção dos direitos desses, a

(1) Ver Sanches (2009).

garantia dos próprios direitos e a melhoria geral das condições de trabalho. Porém, os próprios trabalhadores externalizados também podem considerar que estão em melhores condições como microempresários ou trabalhadores independentes, pois não se sentem parte do coletivo ou acreditam em seu próprio negócio.

Entretanto, Sanches (2009, p. 11) questiona a solidariedade entre os trabalhadores efetivos e os terceirizados, indicando ambiguidade na convivência:

Em algumas situações, nota-se que os próprios trabalhadores efetivos nutrem pelos terceirizados sentimentos discriminatórios, inferiorizando-os ou chegando, em alguns casos, a rivalizarem-se, pois o terceiro ameaça seu próprio posto de trabalho. Já em outros momentos, assumem postura de defesa, caracterizada por forte laço afetivo e solidário.

No geral, a triangularização das relações de trabalho enfraquece o poder sindical porque interfere na unidade da estrutura organizacional.

3. A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO EM PAÍSES SELECIONADOS DA AMÉRICA LATINA

Nos países da América Latina, a maioria dos instrumentos normativos que regulam as relações triangulares estabelece que a empresa tomadora tenha responsabilidade solidária sobre o trabalhador e deva responder pelos direitos trabalhistas. Vigora-se, portanto, o Princípio da Igualdade de Tratamento entre os trabalhadores da planta e os terceirizados, estendendo-se os dispositivos básicos do direito do trabalho a toda prestação.

Entretanto, as legislações em vigor não impedem a prática da terceirização nos países, na medida em que definem amplamente as atividades que podem ser objeto de terceirização, tornando praticamente inexistente a ilicitude da triangularização das relações de trabalho.

Neste contexto, a responsabilidade solidária constitui uma ferramenta que a legislação dispõe ao trabalhador para assegurar seus créditos, mas mostra-se insuficiente na medida em que o mesmo precisa percorrer um longo percurso jurídico para encontrar, por vezes tardiamente, a resposta aos seus direitos.

A relação entre o processo de terceirização e o movimento sindical é conflituosa, pois os terceirizados têm dificuldades de serem incorporados às discussões e aos acordos coletivos dos trabalhadores diretos, além de serem os primeiros a serem privados de proteção, em geral, são submetidos às piores condições de trabalho e remuneração. As informações adquiridas acerca da estrutura sindical de alguns países latinos, apresentados no Quadro 3, são insuficientes para definir o grau de incorporação dos trabalhadores terceirizados. O modelo argentino, por exemplo, determina a formação de sindicatos que agregam trabalhadores de uma mesma empresa, mas não há como afirmar se os terceirizados são considerados. De fato, o ordenamento jurídico de cada país deveria definir a representatividade dos trabalhadores terceirizados com vistas a incorporá-los às demandas coletivas na tomadora.

Quadro 3: Regulamentação da terceirização em países selecionados da América Latina.

País	Norma	Objeto da terceirização	Responsabilidade	Exceção responsabilidade solidária	Proteção	Representação sindical
Uruguai	18.098/2007	Subcontratação, intermediação e fornecedores de mão de obra (art. 1 da Lei 18.251 - descrição)	Solidária	Responsabilidade subsidiária se a subsidiária se a empresa principal exigir da terceira a realização de certos controles (art. 4 da Lei n. 18.251 – lista de documentos).	Seguridade social, trabalhista (acidente de trabalho), saúde profissional e recuperação do Banco de Seguros do Estado.	Conselho de salários – formação de novos sindicatos em áreas que não existiam e estímulo ao aumento do número de membros
	18.099/2007					
	18.251/2008					
Argentina	30/2003	Empresas de trabalho temporário ou serviços eventuais, agências lucrativas de colocação de trabalhadores permanentes ou que estabeleçam, por meio de contratos comerciais, como de convenção ou fabricação de produtos, partes ou acessórios, distribuição, franquia ou “franchising”.	Solidária	Responsabilidade subsidiária se a empresa principal controlar a direitos dos terceirizados e nos seguintes casos: substituição de trabalhador ausente, suspensão por licença, aumento ocasional ou extraordinário da atividade da empresa, organização de congressos, conferências, férias, exposições, trabalhos urgentes para prevenir acidentes ou perigos que não podem ser atendidos por pessoal permanente, e em geral, para a atenção de necessidades extraordinárias ou transitórias que demandem a execução de tarefas alheias ao habitual da empresa usuária.	Trabalhista e seguridade social	Lei n. 23.551 de 1988 (LAS – Ley de Asociaciones Sindicales)
	25.013/1998 LCT (Lei de Contrato del Trabajo)					Tipos de associações sindicais previstas em lei: trabalhadores de uma mesma atividade ou atividades afins, trabalhadores de um mesmo ofício, profissões em distintas funções; trabalhadores que prestam serviços dentro da mesma empresa
Chile	Código del Trabajo 20.123/2006	Empresas subcontratadas que, em razão de um acordo contratual, encarregam-se de executar obras e serviços com trabalhadores sob sua dependência, para uma empresa tomadora	Solidária	Responsabilidade subsidiária se a tomadora se informar sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas (certificados emitidos pela Inspeção do Trabalho).	Trabalhista e seguridade social	<i>Sindicato de empresa:</i> agrupa os trabalhadores de uma mesma empresa. <i>Sindicato interempresa:</i> trabalhadores dos mais variados empregadores. <i>Sindicato de trabalhadores independentes:</i>

País	Norma	Objeto da terceirização	Responsabilidade	Exceção responsabilidade solidária	Proteção	Representação sindical
Peru	27.626/2002 (cooperativas) 29.245/2008 (empresas) Decreto Legislativo 1.038/2008 (acordo Peru-EUA)	Empresas de serviços temporários, complementares, especializados, cooperativas de trabalho temporário e cooperativas fomento ao emprego (contratos de gerência e de obras, processos de terceirização externa, contratos em que os terceiros assumem parte integral do processo produtivo)	Solidária	As cooperativas somente podem prestar serviços temporários ou especializados, proibido desenvolver simultaneamente ambas as atividades.	Trabalhista e seguridade social Carta de fiança bancária – garantia do cumprimento das obrigações, que se estende por um ano, a partir da dinalização do contrato	trabalhadores da mesma entidade patronal <i>Sindicato de trabalhadores da temporais</i> : trabalhadores que realizam exercem atividades em períodos, ciclos e tempos As terceiras têm a obrigação de informar, por escrito, às organizações sindicais, a identidade da empresa principal, as atividades que são objeto do contrato e o local de execução das atividades (Art. 6, Lei n. 29.245/08).
Paraguai	Código del Trabajo 213/1993	Intermediário	Solidária	Transfere para o intermediário a obrigação de declarar a sua qualidade e identificar o tomador, sob pena de responder solidariamente	Trabalhista	
Equador	Lei de Reforma do Contrato de Trabalho	<i>Intermediação laboral</i> (atividade que consiste em contratar trabalhadores com o objetivo de disponibilizá-los à empresa tomadora que determina suas tarefas). <i>Intermediação de serviços complementares</i>	Solidária		Trabalhista	

País	Norma	Objeto da terceirização	Responsabilidade	Exceção responsabilidade solidária	Proteção	Representação sindical
		(pessoa jurídica constituída em conformidade com a Lei das Companhias, para executar serviços complementares ao processo produtivo de outra empresa)				
Venezuela	Lei Orgânica do Trabalho / 1999	Empresas intermediárias registradas no Ministério do Trabalho	Solidária		Trabalhista	
México	Lei Federal do Trabalho	Empresa que executa obras ou serviços, em forma exclusiva ou principal para outra e não dispõe de elementos próprios ou suficientes para cumprir com as obrigações trabalhistas	Solidária		Trabalhista	
Colômbia	Código Substantivo do Trabalho	Intermediários (pessoas que contratam serviços de outras empresas para executar trabalhos em benefício ou por conta exclusiva de um empregador) devem declarar a qualidade e manifestar a razão social do empregador que responderá solidariamente	Solidária		Trabalhista	
Guatemala	Código del Trabajo	Intermediário (pessoa jurídica que contrata em nome próprio os serviços de trabalhadores em benefício de outro patrão)	Solidária		Trabalhista	

Fonte: Elaboração própria, com base em Uriarte; Colotuzo, 2008 e Instituto Observatório Social, 2009.

Os próximos tópicos detalham as legislações que regulamentam o processo de terceirização vigente nos seguintes países: Uruguai, Argentina, Chile, Peru e Paraguai. A escolha desses países deve-se ao fato de terem realizado mudanças recentes na regulamentação da triangularização das relações de trabalho, em sua maioria a partir de 2000, apresentando uma legislação mais detalhada e não apenas dispositivos presentes no Código do Trabalho nacional.

3.1. Uruguai

O Uruguai possui três legislações que regulamentam o trabalho terceirizado:

- Lei n. 18.098 de 2007, que dita normas de contratação de serviços terceirizados por organismos estatais;
- Leis n. 18.099 de 2007 e n. 18.251 de 2008, que estabelecem normas de proteção aos processos de descentralização empresarial.

A legislação referente aos organismos estatais (Lei n. 18.098 de 2007) define o nível de exigência que a autoridade pública deve estabelecer em relação à empresa contratada. O art. 3º estabelece que a autoridade pública contratante tenha o direito de exigir da contratada a documentação comprobatória do pagamento dos salários e dos demais encargos referentes aos trabalhadores terceirizados. Assim como as empresas privadas têm o dever de comunicar o organismo contratante caso requeira os dados pessoais dos trabalhadores.

A Legislação n. 18.099 de 2007 é fundamental para a regulamentação da terceirização das relações de trabalho no setor privado uruguaio porque estabelece, em seu art. 1º, a responsabilidade solidária da empresa tomadora no que se refere ao pagamento das obrigações trabalhistas, da seguridade social, do acidente de trabalho e da doença ocupacional.

Art. 1º Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores.

El Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, los organismos comprendidos en los artículos 220 y 221 de la Constitución de la República, las Intendencias Municipales, las Juntas Departamentales y las personas públicas no estatales, cuando utilicen personal mediante algunas de las modalidades previstas en el inciso anterior, quedan incluidos en el régimen de responsabilidad solidaria regulado por esta ley.

La responsabilidad solidaria queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra.

A Lei n. 18.251 de 2008, que também dispõe sobre a responsabilidade laboral nos processos de descentralização empresarial, define as atividades que podem ser realizadas pelas terceiras, classificando-as como subcontratação, intermediação e fornecedor de mão de obra. O detalhamento das atividades realizadas por estas empresas deveria ter como objetivo impedir o aumento da prática da terceirização e das relações de trabalho

fraudulentas, entretanto, a definição proposta pela legislação é tão ampla que inclui todo tipo de atividade econômica e não obstaculariza, de fato, a ocorrência da terceirização.

A legislação de 2008, em seu art. 4º, também determina que todo empresário que utiliza os serviços terceirizados tem direito de ser informado sobre o modo e o estado do cumprimento das obrigações trabalhistas, assim como a proteção ao acidente de trabalho e a enfermidades profissionais correspondentes aos trabalhadores. Por conseguinte, o tomador pode exigir da empresa contratada a apresentação dos documentos listados no mesmo art. 4º.

O art. 6º da legislação de 2008 incentiva que a empresa tomadora exija o cumprimento das obrigações trabalhistas pelas terceiras, transformando a responsabilidade solidária da tomadora, definida pelo art. 1º da Lei n. 18.099 de 2007, em subsidiária. Embora este dispositivo reduza os casos de precarização do trabalho, traduz-se em afirmação da terceirização por reconhecer como lícita a prática, conceituada por Gauthier (2007. p. 199) como uma “descentralização responsável ou decente”, conforme passagem:

Con la nueva norma en ultima instancia, si bien se admite el recurso a la descentralización empresarial sin restricciones, se establecen una serie de condiciones y consecuencias que tienden al desarrollo de una descentralización responsable o decente, que contemple los derechos laborales de los trabajadores involucrados, observando y haciendo observar a la empresa descentralizada las normas del ordenamiento laboral y de la seguridad social.

Por fim, o art. 5º da Lei n. 18.099 de 2008 estabelece que os trabalhadores subcontratados em caráter temporário não podem receber salários inferiores aos da planta principal, de acordo com o princípio de que para igual tarefa corresponde igual salário. No entanto, não se trata de equiparação absoluta porque garante ao trabalhador temporário apenas os benefícios mínimos estabelecidos pelos convênios e não os efetivamente recebidos. E ainda, este dispositivo somente se aplica aos trabalhadores de empresas fornecedoras de trabalhadores temporários, não contemplando a terceirização por subcontratação ou as intermediárias, que devem estar dispostas nos respectivos laudos ou convênios vigentes nos grupos de atividades.

No geral, a regulamentação uruguaia estimula a triangularização das relações de trabalho, na medida em que concebe conceitos amplos de empresas intermediárias, subcontratadas e fornecedoras de mão de obra, ou melhor, não limita as atividades econômicas em que incidirão a terceirização e apenas impede a precarização. Em contrapartida, a legislação de 2008 estimula que os empresários principais fiscalizem o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pelas terceiras, mediante a concessão da responsabilidade subsidiária.

3.2. Argentina

A terceirização das relações de trabalho na Argentina é regulamentada pela Lei n. 30 de 2003, cujo art. 1º dedica-se à matéria da intermediação e da interposição privada da terceirização do trabalho, autorizada nos casos em que os intermediários (terceiros) se enquadrem no art. 1º, I, da lei.

A legislação é clara quanto ao reconhecimento da responsabilidade solidária entre a empresa tomadora e a terceira no que se refere aos direitos dos trabalhadores terceirizados, assegurando, desta maneira, tratamento semelhante aos trabalhadores diretos e indiretos da tomadora. Portanto, quanto à interposição de sujeitos empregadores, a justiça argentina atribui a responsabilidade solidária laboral entre a empresa principal e a interposta.

Os arts. 30 e 136 da LCT (Lei de Contrato del Trabajo) também estabelecem os círculos de responsabilidade solidária entre o empregador principal e o interposto quanto à contratação, subcontratação e delegação dos estabelecimentos. Estes dispositivos obrigam a empresa principal a controlar os contratistas e os subcontratistas com respeito ao cumprimento das normas relativas ao trabalho e à seguridade social, sendo que a omissão da empresa principal pode resultar, automaticamente, em responsabilidade solidária.

Art. 30. Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social. Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley n. 22.250.

A Lei de n. 30 também determina sanções civis e penais nos casos de violação da disciplina da mediação privada nas relações de trabalho, com o objetivo de evitar fraudes e o exercício abusivo da intermediação privada, principalmente, quanto ao uso do trabalho de menores, a partir da determinação de sanções penais específicas.

No sentido de evitar fraudes societárias (sociedades de fachada, interposição societária de fácil volatilidade e descapitalização empresária), a legislação estipula um mecanismo de certificação da terceira com base em códigos de comportamento elaborados em sede administrativa, como meio de evitar a interposição ilícita.

Na última década, na Argentina, ampliou-se o debate acerca da intermediação insolvente ou fraudulenta e a responsabilidade solidária dos sócios, contratantes e administradores sociais, principalmente, quanto às manifestações contraditórias dos tribunais das províncias. Arese (2008) aponta duas correntes de interpretação nos julgados a respeito da responsabilidade societária: restrita e ampla. A corrente restrita entende que há responsabilidade direta ou solidária do administrador por atos ilícitos societários; o administrador deve responder por sua omissão e, na medida do dano, a terceiros; e para haver inoponibilidade

da personalidade jurídica societária, é necessário demonstrar a constituição de uma sociedade como mero recurso para violar a lei. A corrente ampla, sustentada pelos tribunais do trabalho, define que a atuação ou conduta com fins extra-societários é utilizada para violar a lei; a responsabilidade dos administradores e representantes societários surge na medida em que não atuam com “lealdade e com a diligência de bons homens de negócios”; e pela irregularidade total ou parcial do trabalhador pela interposição das figuras societárias, não somente transgressões societárias, segundo a norma citada, assim como fraudes laborais e provisionais, contrárias à ordem pública e à boa fé.

3.3. Chile

A Lei n. 20.123, sancionada em 2006, regulamenta o trabalho em regime de subcontratação e o contrato de trabalho das empresas de serviços transitórios. A lei também agregou os incisos 2º e 3º ao art. 92 bis, do Código do Trabalho chileno, definindo multa às empresas que utilizam serviços intermediários agrícolas ou empresas intermediárias não inscritas.

O art. 183-A define a terceira como uma empresa que contrata ou subcontrata trabalhadores sob sua responsabilidade para executar serviços na planta da empresa tomadora. Como nos demais países da América Latina, a legislação chilena concebe uma descrição ampla de terceiro, possibilitando que a terceirização ocorra em, praticamente, todas as atividades econômicas. A legislação chilena também reconhece a responsabilidade solidária da empresa tomadora frente aos direitos trabalhistas dos terceirizados, conforme explicitado no art. 183-B:

Art. 183-B. La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos. La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere El inciso siguiente. El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

A empresa tomadora tem o direito de ser informada sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias dos trabalhadores terceirizados, acreditado, mediante certificados emitidos pela Inspeção do Trabalho ou por meios idôneos, que garantam a veracidade do modo e do estado do cumprimento das obrigações, evitando-se infrações à legislação trabalhista e previdenciária.

Semelhante à legislação uruguaia que regulamenta a terceirização de mão de obra, a chilena também define no art. 183-D a possibilidade de conhecimento da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora se a mesma exigir o cumprimento das obrigações previdenciárias e trabalhistas pelos interpostos.

Diante da breve descrição da legislação chilena, nota-se que semelhante à uruguaia, o ordenamento jurídico do trabalho adotou uma posição contrária à precarização do trabalho, mas pouco impeditiva da terceirização no país ao permitir a prática em todas as atividades econômicas, desde que as empresas sejam idôneas.

3.4. Peru

O ordenamento jurídico peruano dispõe três legislações que regulamentam as relações triangulares de trabalho:

- Lei n. 27.626 de 2002, que define a regulamentação da terceirização em cooperativas;
- Lei n. 29.245 de 2008, que regulamenta os serviços de terceirização nas empresas;
- Decreto Legislativo n. 1.038 de 2008, acordo de promoção comercial Peru-Estados Unidos, que define a terceirização com meio de aumentar a competitividade e criar empregos.

Primeiramente, a Lei n. 27.626 de 2002 foi criada com o objetivo de regular unicamente a prestação de serviço via cooperativas. O art. 5º define que a infração a esta legislação implicará o Princípio da Primazia da Realidade, ou seja, em caso de fraude, reconhece-se o vínculo trabalhista direto com a empresa tomadora desde o início da prestação de serviço.

A legislação limita o número de trabalhadores cooperados a 25% ao total de trabalhadores que tenha vínculo direto com a tomadora. Também é proibida a contratação de cooperativa para executar permanentemente a atividade principal da empresa, somente podendo realizar contratos de natureza ocasional ou complementar (art. 12). A cooperativa somente pode prestar serviços temporários ou de caráter complementar ou especializado, definidos pelo art. 11.

A Lei n. 29.245/08 regulamenta os direitos e as obrigações pertinentes às relações triangulares que envolvam a vinculação empresarial. Em seu art. 2º, define-se a terceirização técnica, que consiste na subordinação das atividades e das obras, assim como os trabalhadores, às especificações estabelecidas pela empresa tomadora.

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas y obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

O art. 3º da mesma lei estabelece, embora não taxativamente, os tipos de contratos de serviços terceirizados, quais sejam: contratos de gerência ou de obra, contratos de terceirização externa ou contratos, em que um terceiro assume parte integral do processo produtivo.

Caso os arts. 2º e 3º não sejam cumpridos, o art. 5º define que será considerado o vínculo empregatício direto e imediato com a empresa principal, ou melhor, será descaracterizada a relação de terceirização, denominado pela legislação peruana como “desnaturalização” do contrato de terceirização.

As empresas que prestam serviços de terceirização têm a obrigação, de acordo com o art. 6º, de informar por escrito às organizações sindicais e aos trabalhadores da empresa principal, sob pena de caracterizar infração administrativa, a identidade da empresa principal, as atividades que constituem o contrato e o lugar de execução destas atividades. Segundo o disposto no art. 8º, as terceiras também devem se inscrever no Registro Nacional de Empresas Terceirizadoras a cargo da Autoridade Administrativa do Trabalho, no prazo de 30 dias úteis de sua constituição.

O art. 9º conhece a responsabilidade solidária da empresa principal quanto às obrigações trabalhistas e aos benefícios da seguridade social nos casos de contratação de obras ou de serviços de empresas terceirizadas. Os efeitos deste dispositivo se estendem por um ano, a partir da data do distrato com o trabalhador.

Art. 9º Responsabilidad de la empresa principal. La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.

O Decreto Legislativo n. 1.038/08 foi elaborado no sentido de facilitar a implementação do Acordo de Promoção Comercial Peru-Estados Unidos e dispõe abertamente em defesa da terceirização como mecanismo de promover a atividade privada, conforme passagem:

La tercerización es una manera de alentar activamente la participación de agentes privados en la generación de empleo, actividad que debe ser adecuadamente regulada a fin de compatibilizar la cautela de los derechos laborales de los trabajadores con la promoción de la actividad privada.

A doutrina peruana define como níveis mais altos de desproteção, momentos em que a intermediação se converte em interposição trabalhista, com a simulação de empresas ou de cooperativas fictícias desprovidas de patrimônio, cujo objetivo é ocultar o verdadeiro empregador.

3.5. Paraguai

No Paraguai, os arts. 24 a 26 da Lei n. 213 de 1993 permitem o processo de terceirização das relações de trabalho no país, semelhante às legislações dos países analisados nos tópicos anteriores.

Enquanto o art. 24 conceitua a figura do empregador, o art. 25 define as pessoas que podem representá-lo. Esse artigo, ainda, define o intermediário, ou melhor, o terceiro, como a empresa que contrata serviços de uma ou mais pessoas para executar trabalho em benefício de um empregador, mesmo como empresário independente, organizando os serviços de determinados trabalhadores para realizar trabalhos nos quais utilizem locais, equipes, materiais ou outros elementos de um empregador e em atividades conexas.

A parte final do art. 25 define a responsabilidade da empresa tomadora e do intermediário em casos de adimplemento dos direitos trabalhistas. Estabelece-se que o intermediário que declarar sua qualidade e estabelecer o empregador para o qual presta serviços ao

celebrar contratos de trabalho, responderá subsidiariamente pelas obrigações legais e contratuais pertinentes. Conseqüentemente, o intermediário responderá solidariamente, caso não informe à autoridade competente o real tomador. Nota-se um diferencial na legislação paraguaia em relação às demais analisadas, na medida em que transfere para o terceiro a incumbência de declarar à justiça a relação trilateral, sob pena do reconhecimento da responsabilidade solidária. Nos demais países latinos analisados, ao contrário, a obrigação é da empresa tomadora, mediante o bônus da subsidiariedade. *In versus*, a parte final do art. 25:

Art. 25 (...) Todo intermediario debe declarar su calidad y el nombre del empleador por cuenta de quien actúa, al celebrar contratos de trabajo. En caso contrario, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones legales y contractuales pertinentes.

Por fim, o art. 26 desconsidera a condição de intermediário nos casos em que a empresa assume todos os riscos do negócio e age com autonomia perante a atividade econômica e ao trabalhador.

Em suma, os arts. da Lei n. 213 que regulamentam as relações triangulares de trabalho no Paraguai, embora reconheçam a responsabilidade solidária da empresa tomadora, definem uma série de regras para o reconhecimento da condição do intermediário pela justiça paraguaia, sob pena deste responder com o patrimônio pelo débito trabalhista.

4. A ANOMIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro não há uma regulamentação específica da terceirização do trabalho, somente constam algumas leis que introduziram a figura da relação trilateral legítima, projetos de lei em andamento e os entendimentos jurisprudenciais incorporados por súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

A terceirização tornou-se fato social na década de 70, no Brasil, mas até hoje não foi elaborada uma legislação específica que contemple todas as manifestações triangulares de contrato de trabalho. Pode-se afirmar que a Lei n. 6.019 de 1974 e a Lei n. 7.102 de 1983 abordam o conceito de terceirização, mas apenas em casos específicos.

A Lei n. 6.019 de 1974, a chamada a “Lei do Trabalho Temporário”, que dispõe sobre trabalho com vínculo por tempo determinado nas empresas urbanas, abriu as portas para a terceirização ao possibilitar a contratação de mão de obra qualificada a um menor custo e sem responsabilidade direta com os executores dessas atividades. Para Delgado (2002, p. 438), essa lei firmou uma tipicidade “inteiramente afastada da clássica relação de emprego” ao permitir, juridicamente, uma forma precária de contratação.

A legislação define, em seu art. 2º, o trabalho temporário como sendo aquele prestado por pessoa física a uma empresa para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular/permanente ou o acréscimo extraordinário de serviços. O contrato temporário limita-se a três meses, salvo disposição do Ministério do Trabalho e da Previdência Social (art. 10). Os trabalhadores temporários têm assegurados os direitos arrolados no art. 12 da lei, quais sejam:

Art. 12 – Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento);

c) férias proporcionais, nos termos do art. 25 da Lei n. 5107, de 13 de setembro de 1966;

d) repouso semanal remunerado;

e) adicional por trabalho noturno;

f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido;

g) seguro contra acidente do trabalho;

h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra “c” do Decreto n. 72.771, de 6 de setembro de 1973).

§ 1º Registrar-se-á na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário.

§ 2º A empresa tomadora ou cliente é obrigada a comunicar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um assalariado posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho, para efeito da legislação específica, tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho, quanto a sede da empresa de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74).

No âmbito da administração pública federal, o Decreto-lei n. 200 estabelece a descentralização das atividades públicas via transferência para o setor privado. Nesse sentido, a Lei n. 5.650 de 1970 classifica os cargos do serviço civil da União e das autarquias federais que podem ser descentralizados, embora revogada pela Lei n. 9.527/97, art. 3º, parágrafo único.

De acordo com o art. 14, as empresas de trabalho temporário são obrigadas a fornecer às empresas tomadoras, desde que requisitem, comprovante da regularidade com o Instituto Nacional de Serviço Social (INSS). A responsabilidade solidária da tomadora é estabelecida no art. 16, mas somente no caso de falência da terceira.

Art. 16 – No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei (Lei n. 5.650/70).

Na década seguinte, em 1983, a Lei n. 7.102 estendeu essa forma de contratação atípica para os serviços de vigilância. Essa legislação dispõe acerca da segurança do sistema financeiro que tenha guarda de valores ou movimentação de numerário, assim como regulamenta a constituição e o funcionamento das empresas particulares que exploram esses serviços.

Importante destacar o art. 3º dessa legislação, que abre a possibilidade da vigilância ostensiva e o transporte de valores em estabelecimentos financeiros serem realizados por empresa especializada contratada. Trabalhadores efetivos do próprio estabelecimento

financeiro também podem realizar esse tipo de serviço, desde que treinados e aprovados por curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça.

Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados:

I – por empresa especializada contratada;

II – pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça.

Parágrafo único – Nos estabelecimentos estaduais, o serviço de vigilância ostensiva poderá ser desempenhado pelas Polícias Militares a critério do Governo da respectiva Unidade da Federação (Lei n. 7.102/83).

Além dessas legislações pontuais, Rocha & Marques (2009) citam o art. 442 da CLT (acrescido pela Lei n. 8.949/94), que apresentou nova hipótese de terceirização ao estabelecer que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

De fato, apesar da prática da triangularização das relações do trabalho ser frequentemente encontrada no âmbito público ou privado, não há uma legislação específica acerca desse tema. Hoje, os julgamentos se apóiam, única e exclusivamente, na Súmula n. 331 do TST, considerada por algumas linhas doutrinárias como inadequada para regular a questão, principalmente quanto ao direcionamento jurisprudencial.

Deve-se esclarecer que antes da Súmula n. 331 do TST, os julgados se apoiavam no Enunciado n. 256 do TST, introduzido pela Resolução de número 4 de 1986, com o seguinte texto:

256 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE.

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (Enunciado n. 256, TST).

O entendimento do Enunciado n. 256, por um lado, expressava a linha decisória da jurisprudência à época, por outro, passou a balizar grande parte das decisões judiciais subsequentes, quer na declaração da existência de vínculo de emprego direto entre a empresa tomadora e o trabalhador, quer no reconhecimento da responsabilidade solidária da tomadora frente aos trabalhadores contratados pelas empresas interpostas.

De acordo com pesquisa realizada por Baltar (2009), nas decisões da Justiça do Trabalho da 4ª e da 15ª Regiões, no período de 1985 a 1990, predominou o entendimento do Enunciado n. 256 do TST. No entanto, a partir de 1990, em tempos de semi-estagnação econômica e de acirramento da pressão pela flexibilização do mercado de trabalho, o movimento em prol da terceirização do trabalho teve impactos notórios na jurisprudência. No bojo dessa transição socioeconômica, o conteúdo do Enunciado foi revisto: inicialmente em 1993 e, depois, em 2000, quando a Resolução número 96 do TST aprovou a atual redação da Súmula n. 331, *in versus*:

331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.0.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666/93) (Súmula n. 331, TST).

O item IV da Súmula, que dispõe sobre a responsabilidade subsidiária dos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações e empresas públicas e das sociedades de economia mista, foi incorporado em 2000, em decorrência da ampliação e do aprofundamento da terceirização no âmbito do poder público. Em 1997, essa forma flexível de contratar foi incluída no texto constitucional a partir da Reforma Administrativa [PEC n. 41/97]⁽²⁾, que imprimiu alterações substanciais à estrutura do Estado, no âmbito da administração direta e indireta. Além de várias outras medidas, a reforma introduziu a possibilidade da terceirização em atividades essenciais por meio de contratos celebrados pelos entes da administração pública direta e indireta e empresas subsidiárias.⁽³⁾

Importante ressaltar que a interpretação da Súmula n. 331 não tem sido uníssona, principalmente, quanto ao conceito de “atividade-meio” e ao reconhecimento da responsabilidade da empresa tomadora. A título de exemplo, Baltar (2009), ao comparar as decisões de processos findos após 1993 que envolvam a prática da terceirização na 4ª e na 15ª Regiões, concluiu que essa comarca apresenta o maior número de casos de exclusão da tomadora da lide, tanto nos processos finalizados nas Varas, quanto no Tribunal Regional do Trabalho (TRT).

Contudo, não é clara a distinção entre atividade-meio e atividade-fim que, por falta de definição detalhada do conceito, encobre-se o verdadeiro beneficiário da força de trabalho e estimula a terceirização ilícita. A atividade-meio, geralmente, tem caráter secundário, como serviços de limpeza, manutenção, transporte, vigilância, portaria ou alimentação, mas o tema é muito controverso na jurisprudência do TST, principalmente,

(2) As reformas constitucionais tramitam no Congresso Nacional sob a modalidade de PEC [proposta de emenda à Constituição]. A Reforma Administrativa, encaminhada pela PEC n. 41/97, foi instituída pela Emenda Constitucional [EC] n.19, de 4 de junho de 1998, que alterou o texto constitucional.

(3) Ao adotar o contrato de emprego público, submete o servidor aos deveres típicos do regime estatutário, sem as vantagens correspondentes (ex: estabilidade, aposentadoria integral). Além disso, flexibiliza a regra de ingresso ao serviço público por concurso [art. 37, II da CF/88]. Na prática, permite que o regime jurídico do servidor público seja o da CLT.

ao considerar a complexidade das estruturas empresariais que dificultam detectar a dependência de uma empresa em relação à atividade da outra.

E ainda, ao reconhecer a responsabilidade subsidiária do tomador pelo não cumprimento das obrigações trabalhistas pela terceira, prevalece o entendimento de que somente em último caso o verdadeiro explorador do trabalho arcará com as irregularidades cometidas. Entretanto, embora a legislação seja lacunosa, não se justifica a mera aplicação da subsidiariedade, pois o princípio universal da proteção exige a aplicação da legislação mais benéfica ao trabalhador, no caso, a responsabilidade solidária.

O que se tem observado é que a lacuna e as imprecisões da legislação brasileira quanto à terceirização das relações do trabalho têm propiciado que a jurisprudência adote uma postura restrita e carente de base legal, mas nada justifica a mera aplicação da responsabilidade subsidiária prevista pela Súmula n. 331 do TST. Ao contrário, o disposto nos arts. 2, 10 e 448 a 455 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deveriam conduzir os julgados à responsabilidade solidária dos beneficiários da prestação de serviços.

Uma série de projetos de lei tramita no Congresso Nacional visando a regulamentação da terceirização, que definem desde “a liberalização da sua utilização com respaldo legal, minimizando os riscos para o empregador, até a restrição ou impedimento dessa prática” (Krein; Biavaschi, 2007. p. 10). No entanto, diversos especialistas discutem a necessidade da regulamentação, com receio de que uma nova lei acabe por legitimar a prática e fragilizar o combate à exploração.

Este estudo defende a necessidade de elaboração de uma legislação específica que regulamente a terceirização no Brasil, visando evitar contratos fraudulentos, contratação interposta e precarização do trabalho. Tendo como referência o perfil da regulamentação da terceirização na América Latina, acredita-se que os projetos de lei devem contemplar a isonomia entre os trabalhadores terceirizados e os da planta principal, a responsabilidade solidária da empresa tomadora e a representação sindical dos terceirizados.

5. AS DIRETRIZES PARA A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

O panorama das legislações e dos dispositivos que regulamentam a terceirização nos países da América Latina norteia a definição de diretrizes gerais para a elaboração de uma legislação brasileira que garanta os direitos dos trabalhadores terceirizados, iniba a prática da terceirização e proporcione a economia processual. Podemos destacar quatro diretrizes principais:

- *Definição das atividades econômicas que podem ser terceirizadas*: detalhamento das atividades que podem ser terceirizadas, reduzindo as atuais dúvidas acerca da diferença entre atividade-meio e atividade-fim;
- *Isonomia*: igualdade de direitos e de condições de trabalho entre os trabalhadores terceirizados e os da empresa-principal. Nesse quesito, inclui-se a equiparação salarial, tanto das parcelas previstas em lei, quanto as ajustadas entre as partes, assim como cláusulas de natureza não salarial, como condições de segurança e de higiene;

- *Responsabilidade solidária da empresa tomadora*: a empresa tomadora e o interposto são responsáveis solidários pelo pagamento dos direitos inadimplentes dos trabalhadores terceirizados;
- *Representatividade sindical*: participação dos terceirizados no sindicato dos trabalhadores da empresa principal, incorporando-os aos acordos coletivos. O sindicato representante dos trabalhadores da empresa principal deveria assumir o papel de fiscalização e coordenação dos processos de terceirização.

As regras vigentes no Brasil estão distantes das diretrizes supra, na medida em que não existe uma regulamentação específica para a terceirização. Essa lacuna tem suscitado amplo debate entre os trabalhadores, os empresários e os estudiosos do mundo do trabalho no sentido da necessidade, ou não, de se regulamentar essa forma atípica de contratação no Brasil.

Discute-se a relevância de haver no país normas que assegurem aos trabalhadores terceirizados condições de trabalho e garantias jurídicas que permitam que seja concretizado, no mundo da vida, o direito à igualdade substantiva (não meramente formal), defendido pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Esse direito é amalgamado pelos princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho, fundamentos da República brasileira, que informam tanto a ordem social como a econômica, no sentido da constituição de uma sociedade integrada e justa. Por fim, uma proteção mais adequada aos trabalhadores terceirizados está expressa na Recomendação n. 198 da OIT, de 2006, sobre relação de trabalho, que propõe direitos equivalentes entre os trabalhadores terceirizados e os “principais” quanto às obrigações estabelecidas pela norma trabalhista e pela seguridade social.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No momento em que a clássica bilateralidade do contrato de trabalho torna-se multilateral, abrem-se brechas a relações de trabalho deformadas e a fraudes societárias. A terceirização do trabalho gera incertezas sobre a estabilidade laboral e a atividade sindical, pois o trabalhador intermediado é precarizado, sujeito à mobilidade contratual e dificilmente identifica-se a uma categoria profissional ou a um sindicato. Frente ao movimento de precarização das relações de trabalho das últimas décadas, o direito do trabalho tem a função de articular tutelas jurídicas dos trabalhadores, reduzindo as incertezas laborais e a insegurança contratual.

Ao verificarmos a regulamentação da terceirização no Uruguai, Argentina, Chile, Paraguai e Peru, evidencia-se o predomínio da responsabilidade solidária da empresa tomadora frente aos encargos trabalhistas e previdenciários, vigorando, desta forma, o princípio da igualdade de tratamento entre os trabalhadores da planta e os terceirizados, estendendo-se os direitos básicos a toda prestação de trabalho.

Entretanto, no Brasil, não há uma regulamentação específica para a terceirização do trabalho, dispondo-se apenas a Súmula n. 331 do TST para orientar os julgamentos das lides, possibilitando interpretações divergentes e jurisprudência não uníssona, principalmente quanto à diferenciação da atividade meio e fim. Embora haja carência de base

legal, nada justifica a mera aplicação da responsabilidade subsidiária, pois o princípio universal da proteção induz a adoção da responsabilidade solidária da empresa tomadora.

A análise comparativa da regulamentação da terceirização nos países da América Latina e a anomia jurídica brasileira permite-nos afirmar que o país realiza o tratamento mais inadequado e dispendioso às lides que envolvem o assunto. Torna-se, portanto, imprescindível a elaboração de um projeto de lei nacional que assuma a posição proibitória da prática, descrevendo detalhadamente as poucas atividades econômicas que podem ser terceirizadas e fundamentalmente, reconheça a responsabilidade solidária da empresa tomadora.

Desta forma, a regulamentação oferecerá limites à contratação de terceiros, visando a eficácia dos princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do trabalho e da igualdade. Ademais, sugere-se que o princípio da primazia da realidade também seja incorporado, como meio de combate a fraudes societárias e métodos disfarçados de terceirização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARESE, Cesar. Solidariedad laboral e intermedicación de mano de obra. In: *Revista Derecho del trabajo*, Argentina, 2008.

BALTAR, Paulo (Coord.). *A terceirização e a justiça do trabalho*. Relatório Científico FAPESP. Campinas: IE/UNICAMP, out. 2009.

BIAVASCHI, Magda; MARQUES, Jorge. Terceirização e justiça do trabalho: a regulação pública e o TST. In: *XI Encontro Nacional da ABET (Associação Brasileira de Estudos do Trabalho)*. Campinas: UNICAMP/IE, 2009.

BORTONE, Roberta; DAMIANO, Cessare; GOTTARDI, Donata. *Trabalho e precariedade: o revés do trabalho* (mimeo).

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

DRUCK, Graça; FRANCO; Tânia. Terceirização e precarização: o binômio antissocial em indústrias. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____; THÉBAUD-MONY, Annie. Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.

FALVO, Josiane. *A regulamentação da terceirização do trabalho no Brasil*. Campinas, Monografia (Trabalho de conclusão de curso de direito na Metrocamp – Faculdades Integradas Metropolitanas de Campinas), 2009.

FIORI, José Luís. *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAUTHIER, Gustavo. Amplificación de la responsabilidad del empresario que utiliza subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra: el caso uruguayo a partir de la sanción de la Ley n. 18.099. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas, n. 31, 2007.

INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. *Panorama econômico y sindical del setor de papel y celulose em los países del cono sur*. São Paulo, mar. 2009.

KREIN, José; BIAVASCHI, Magda. As instituições públicas e o processo de flexibilização das relações de trabalho no Brasil. In: *31º Encontro Anual da ANPOCS – de 22 a 26 out. 2007* (mimeo).

POCHMANN, Márcio. *A Superterceirização do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

ROCHA, Thaissa; MARQUES, Jorge. Regulamentação da terceirização: leis, propostas e principais projetos de lei. In: *XI Encontro Nacional da ABET (Associação Brasileira de Estudos do Trabalho)*. Campinas: UNICAMP/IE, 2009.

SANCHES, Ana. Terceirização e a ação sindical no setor financeiro. In: *XI Encontro Nacional da ABET: a crise mundial e os dilemas do trabalho*. Campinas, 2009 (mimeo).

URIARTE, Oscar; COLOTUZZO, Natalia. Descentralización, tercerización, subcontratación. In: *Informe OIT sobre terceirização*. Montevideo, 5 jul. 2008 (mimeo).

VIANA, Márcio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico*. 2008 (mimeo).

_____ *et al.* *O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da lei n. 9.601/98*. São Paulo: LTr, 1998.

Recebido em 13 de novembro de 2009.

Aceito em 25 de março de 2010.