

A TERCEIRIZAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO (PL 1621/2007)

(palestra proferida, em 27.5.2011, no “Seminário Internacional de Direito do Trabalho”, promovido pelo Centro de Estudos de Direito Econômico e Social - CEDES, em São Paulo).

Cássio Mesquita Barros (*)

I. INTRODUÇÃO

O fenômeno econômico da terceirização cresce cada vez mais. Parece que se trata de um processo que veio para ficar, irreversível. Muitos doutrinadores de porte preferem utilizar-se de seu equivalente jurídico *contrato de fornecimento* ou *subcontratação*, por entenderem ser o termo *terceirização* mais condizente com a administração empresarial.

A terceirização apresenta aspectos positivos.

A empresa que transfere os serviços a terceiros pode transformar os custos fixos em custos variáveis, fazendo com que o capital economizado em serviços paralelos não-essenciais possa ser destinado à pesquisa, a novas tecnologias ou ao estudo de novos produtos.

Com a terceirização na área trabalhista, a atividade empresarial flexibilizou-se, influenciada pela substituição do modelo de produção fordista pelo toyotista, eliminando, por exemplo, os ônus decorrentes de logística e da fabricação, como, por exemplo, a diminuição de custos e a elevação de lucros com a venda das mercadorias. Além disso, ocorreu uma profunda inversão na organização clássica da empresa, que antes se desenvolvia verticalmente (empregado e empregador) e se desgastava nas etapas paralelas ao processo produtivo. Ao se horizontalizar, com o prestador de serviços, o tomador e o trabalhador, a empresa passa a ter melhores condições de desempenhar sua atividade principal com melhor desenvolvimento de seu produto, num processo que a administração moderna denomina de *focalização*. Essa focalização é ainda mais acentuada pelas modificações tecnológicas que possibilitam o trabalho à distância ou o teletrabalho.

Há, por conseguinte, melhor desempenho técnico e maior qualidade do produto (decorrente da especialização), maior produção e lucratividade, diminuição dos custos trabalhistas e de produção, agilizando o fluxo do capital, além de um aprimoramento das condições de trabalho, inclusive nos aspectos relacionados à medicina ambiental e à segurança do trabalhador, até porque diminuída a aglomeração de pessoas.

II. A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO COMPARADO.

Na **Espanha**, segundo o art. 42 do Estatuto dos Trabalhadores, a terceirização é lícita, gerando, conforme o caso, responsabilidade solidária pelos encargos trabalhistas das empresas envolvidas. Para eximir-se dessa solidariedade, o empresário beneficiário dos serviços deve, segundo o mesmo art. 42, exigir da empresa prestadora a comprovação do recolhimento das cotas da seguridade social. No tocante aos direitos trabalhistas, o empresário responderá solidariamente durante um ano após o término do contrato pelas obrigações salariais contraídas durante a vigência desse mesmo contrato.

No **México** é vedada a contratação de pessoas feita por intermediário, exceto se efetuada por empresa especializada, o que descaracteriza a intermediação.

Na **Argentina** é permitida a terceirização, desde que a contratada não desenvolva a mesma atividade-fim da contratante. A prestadora ou fornecedora de serviços deverá também ter sua própria organização e finalidade bem caracterizadas.

A **França**, desde 1848, proíbe de forma rigorosa a intermediação de mão-de-obra ou *marchandage*.

Na **Itália**, a Lei nº 264/49 proíbe a terceirização.

Na **Alemanha**, a subempreitada ocorre com bastante frequência, sobretudo nos setores de fabricação de automóveis, na siderurgia e no setor químico.

Nos **Estados Unidos**, os grandes empreendimentos, principalmente na área tecnológica, possuem fabricantes de componentes específicos em várias partes do mundo (Hong Kong, Coréia, China, Cingapura).

No **Japão**, a subcontratação de mão-de-obra ou terceirização é praticada em larga escala em todas as atividades estranhas à atividade-fim da empresa. Para se ter uma idéia, 45% dos trabalhadores do setor siderúrgico são subcontratados, chegando a 60% em algumas usinas mais modernas. No Japão, a *Lei do Trabalhador Subcontratado* (*Worker Dispatching Law*), de 1985, autorizou a terceirização. Os sindicatos são favoráveis à subcontratação e à terceirização, porque entendem que há uma melhoria acentuada nos resultados das empresas.

III. AS NORMAS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) SOBRE TERCEIRIZAÇÃO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estuda, há tempo, a intermediação de mão-de-obra, tendo adotado duas Convenções que limitam as atividades das agências de colocação: a **Convenção nº 34** (1933) e a **Convenção nº 96** (1949).

O Brasil ratificou, em 1968, a **Convenção nº 96**, mas denunciou-a em 1972, a pretexto de haver decidido regulamentar a prestação de trabalho temporário através da Lei nº 6.019/72. A esta se seguiram, por exemplo, a Lei nº 7.102/83, que disciplina a contratação de vigilantes bancários através de empresas especializadas; a Lei nº 8.863/84, que disciplina a segurança privada das pessoas,

estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residenciais, além de entidades sem fins lucrativos, órgãos e empresas públicas.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estimulou a organização de serviços públicos e gratuitos de emprego através da **Convenção nº 88**, de 1948, que foi ratificada pelo Brasil em 1957.

Ainda que de forma indireta, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) mostrou-se favoravelmente à terceirização na **Convenção nº 161**, de 1985, que entrou em vigor no plano internacional em 17.02.1988. Aprovada no Brasil pelo Decreto-Legislativo nº 86, de 14.12.1989, ratificada em 18.05.1990 e promulgada pelo Decreto nº 127, de 23.05.1991, estabelece, no art. 7º, que os serviços de saúde do trabalho serão organizados para uma só empresa ou para várias empresas, podendo ser terceirizadas as atividades de assistência médica.

Há, ainda, a **Recomendação nº 193** da OIT, que desestimula o surgimento de falsas cooperativas de mão-de-obra ao

dispor que as cooperativas não podem ter tratamento menos benéfico do que o das empresas privadas.

Mais recentemente, a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a **Recomendação nº 198**, de 2006, sobre relação de trabalho, que dispõe no sentido da legislação definir, de forma clara, a existência de trabalho subordinado e distinguí-lo do trabalho independente (I, 4 a).

A **Conferência Internacional do Trabalho**, em sua 96ª sessão, realizada no período de 30 de maio a 15 de junho de 2007, discutiu a subcontratação e a terceirização, estimulando o trabalho decente, com a aplicação dos princípios e direitos fundamentais no trabalho e a igualdade no trabalho, com a eliminação da discriminação em matéria de emprego e profissão e o trabalho infantil.

IV. A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL.

Com a promulgação da CLT, em 1943, deu-se início a um instituto que seria próximo à terceirização, com a subempreitada (art. 455). A seguir, um primeiro esboço foi dado com o Decreto-lei nº

200/67 e a Lei Federal nº 5.645/70, ambos sobre a organização da Administração Federal e as licitações.

No Brasil, apesar de sua existência indiscutível, a terceirização não era regulamentada pelo direito do trabalho, que via como prática de intermediação condenável o ato de se contratar empresas que ofereciam serviços de mão-de-obra.

Foram as Leis nºs 6.019/74 (sobre Trabalho Temporário) e 7.102/83 (sobre Vigilância Bancária), que introduziram definitivamente a terceirização no Brasil, embora ainda não fosse utilizada expressamente essa denominação. Para proteger o trabalhador de uma interposição de mão-de-obra ilegal, fraudulenta, que obstaria a aquisição de direitos trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 256, que excluía da prática de *merchandage* somente o trabalho temporário e o serviço de vigilância. A Instrução Normativa nº 7, de 21.2.90, trouxe uma abertura à Súmula nº 256, admitindo a intermediação de mão-de-obra “*fora do âmbito das atividades essenciais e normais*” da empresa tomadora de serviços. Essa abertura foi reforçada pela Lei nº 8.036/91, que incluiu as empresas locadoras de mão-de-obra entre os contribuintes do FGTS.

Posteriormente, com o aumento da terceirização e a necessidade de trabalho num quadro crescente de desemprego, a Justiça do Trabalho passou a defender a remuneração do terceirizado. O TST, ao perceber a limitação da Súmula nº 256, uma vez que a terceirização já existia de fato e de forma acentuada no mercado de trabalho, editou a Súmula nº 331 que, após algumas alterações, passou a ter a seguinte redação:

Súmula nº 331

“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 nº 6.019, de 3.1.74).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante 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 nº 7.102, de 20.6.83), e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e 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 (artº 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)”

Há, no Brasil, duas modalidades de terceirização.

A primeira, também em curso em nível mundial, é aquela que busca produtividade, qualidade e competitividade maiores, o que implica numa transferência de tecnologia e de políticas de controle e de gestão de qualidade para as empresas subcontratadas.

A segunda modalidade é predominante entre as empresas brasileiras. Por ter por único objetivo a redução de custos, terceiriza várias atividades, o que acarreta uma precarização das condições de trabalho e de emprego em nosso país. O setor bancário é alvo de muitas críticas. Para diminuir custos, os bancos terceirizaram a compensação de cheques, o que pode levar à quebra do sigilo cadastral e bancário dos clientes. São também conhecidos os resultados nem sempre satisfatórios da terceirização em determinadas atividades básicas do setor público, como a coleta de lixo e a educação.

Já para o Ministro Maurício Godinho Delgado há dois tipos de terceirização no Brasil: a lícita e a ilícita. A terceirização lícita seria aquela que abrange todas as atividades empresariais expressamente abrangidas pela Súmula nº 331 do TST e a terceirização ilícita todas as demais atividades não contempladas pela Súmula nº 331.

Para o Ministro Maurício Godinho Delgado, atividades-fim são aquelas “*atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços*”, enquanto as atividades-meio são as “*periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços*” (*Curso de direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 2009).

O inciso III da Súmula nº 331 estabelece, em sua parte final, que a terceirização só é cabível quando relacionada à atividade-meio do tomador. Entretanto, com o progresso acelerado das técnicas de produção, não é fácil delimitar se determinada atividade se encaixa no conceito de atividade-fim ou de atividade-meio. Até porque, com o desenvolvimento da tecnologia, determinadas atividades que antes eram consideradas principais, passaram a ser tidas como atividades acessórias. Por outro lado, certos serviços são tão inerentes a determinada atividade, que tais serviços são considerados atividade-fim e, apesar disso, tais serviços são terceirizados. É o caso, por exemplo, do serviço de segurança fornecido aos bancos. A instituição bancária não pode prescindir do serviço de uma empresa de segurança, por isso esse serviço é considerado atividade-fim, pois a instituição bancária deve direcionar a atenção para sua atividade, que está ligada aos temas financeiros e monetários.

Esses são meros exemplos que evidenciam a necessidade de se rever os critérios definidores dos conceitos de atividades-fim e atividades-meio.

Conforme visto, a terceirização em atividades-fim já é regulada por algumas leis: Lei nº 6.019/74 (trabalho temporário), Lei nº 7.102/83 (segurança nos estabelecimentos financeiros), a Lei nº 9.472/97 (Lei de Telecomunicações).

Em relação à Lei de Telecomunicações, a 8ª Turma do TST admitiu a terceirização de atividade-fim do setor de telecomunicações, negando, portanto, a existência de vínculo empregatício direto com a Telemar, conforme pedido feito por empregado contratado pela empresa prestadora de serviços *Engenharia e Construções ADG*. No entanto, a Telemar foi responsabilizada subsidiariamente pelo pagamento dos créditos trabalhistas devidos ao empregado que não forem satisfeitos pela prestadora de serviços. Observou a Ministra relatora Maria Cristina Peduzzi que era lícita a terceirização de atividades inerentes aos serviços de telecomunicações, apesar de as tarefas exercidas pelo trabalhador serem características de atividade-fim. A terceirização está autorizada pela Lei nº 9.472/97 (Lei

Geral das Telecomunicações) que ampliou as hipóteses de terceirização

(RR nº 66000-77.2008.5.03.0006). Dispõe o seu art. 94:

“art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observada as condições e limites estabelecidos pela Agência:

(...)

II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem com a implementação de projetos associados.”

No tocante à responsabilidade da tomadora e da prestadora de serviços em relação às obrigações trabalhistas dos trabalhadores terceirizados cumpre examinar as seguintes hipóteses:

- 1) o inciso IV da Súmula 331 do TST, acima transcrito, determina a responsabilidade subsidiária do tomador, mesmo quando se tratar da Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, quando o prestador de serviços descumprir suas obrigações trabalhistas em relação aos trabalhadores terceirizados. Vale lembrar que a tomadora é responsabilizada subsidiariamente em decorrência dois tipos de culpa: culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. A questão da responsabilidade subsidiária da tomadora é bastante polêmica, uma vez que há doutrinadores que entendem tratar-se de

responsabilidade solidária; há ainda os defensores, no caso, da responsabilidade, que tanto poderia ser solidária quanto subsidiária.

- 2) responderão solidariamente o tomador e o prestador pelos danos causados ao trabalhador e pelos débitos trabalhistas, quando ocorrer fraude à lei do trabalho, numa tentativa de ocultar o provável vínculo empregatício entre o tomador e o trabalhador.

V. NOVOS PROJETOS DE LEI. O PROJETO DE LEI Nº 1.621/2007

Não existe ainda no Brasil legislação específica sobre terceirização. Embora a Súmula nº 331 do TST seja a principal referência sobre o assunto, não é raro que sejam contraditórias as interpretações dadas a ela nas decisões judiciais. Diante das grandes transformações tecnológicas, socioeconômicas e trabalhistas, faz-se imprescindível, não só editar leis até então inexistentes sobre terceirização, mas que essas leis sejam condizentes com a realidade atual.

Bastante positiva, portanto, a apresentação de projetos de lei ao Congresso Nacional, tais como:

1. Projeto de Lei nº 4.302/1998, proposto pelo Poder Executivo no Governo Fernando Henrique após quatro anos da edição da Súmula nº 331 do TST, foi aprovado pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTAPS) e retirado de votação em 2002 durante o Governo Lula, está arquivado na Secretaria de Arquivo desde abril de 2007;
2. Projeto de Lei nº 4.330/2004, que teve origem de um conjunto de emendas do Deputado Sandro Mabel ao Projeto de Lei anterior, de nº 4.302/1998, do qual foi o relator, teve apensado o Projeto de Lei nº 5.439/2005, que propõe inserir novo dispositivo à CLT, aguarda votação pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTAPS);
3. Projeto de Lei de iniciativa do Ministério do Trabalho e Emprego, de 2008, dispõe sobre a contratação de serviços terceirizados. Apresentado como marco regulatório, o Projeto de Lei contém muitos pontos positivos, a começar pela própria proposta de regulamentação, que iria beneficiar as empresas que utilizassem adequadamente a terceirização. No entanto, esse Projeto de Lei é muito criticado devido pela burocracia excessiva.

O Projeto de Lei, que nos cabe discorrer, é o de nº 1.621/2007. Várias sugestões foram apresentadas pela Central Única dos Trabalhadores, das quais decorreram esse Projeto de Lei encampado pelo Deputado Vicente Paulo da Silva, conhecido por Vicentinho.

Na Justificativa do Projeto de Lei nº 1.621/2007, o Deputado Vicentinho observa:

“Nos últimos anos, a terceirização tem avançado das atividades de apoio para áreas habitualmente relacionadas à atividade principal da empresa. A suposta redução de custos tem sido acompanhada muitas vezes de diversos problemas trabalhistas, entre os quais: redução de postos de trabalho, redução de remuneração e benefícios, incremento de jornadas, insalubridade, aumento de acidentes de trabalho, redução fraudulenta de custos com a subordinação direta e pessoal do empregado terceirizado à empresa contratante, ausência de responsabilidade subsidiária e solidária da empresa contratante, entre outros. (...) É sabido que a terceirização ao invés de proporcionar um bem, tem causado, em alguns casos, graves problemas no aspecto da qualidade e sobretudo nas condições de trabalho.”

De todos os projetos de lei até agora apresentados, o Projeto de Lei nº 1.621/2007 parece ser o mais completo, uma vez que se detém na elaboração de conceitos e diretrizes fundamentais ao processo de terceirização.

No art. 2º inova ao introduzir os conceitos de *terceirização, tomadora e prestadora*, que tem o seguinte teor:

“Art. 2º. (...)”

I – terceirização é a transferência da execução de serviços de uma pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista para outra pessoa jurídica de direito privado:

II – tomadora é a pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista que contrata serviços de outra pessoa jurídica prestadora;

III – prestadora é a pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade especializada e que, assumindo o risco da atividade econômica, contrata, assalaria e comanda a prestação de serviços para uma tomadora.”

Faltou, contudo, mencionar a figura do *trabalhador*, uma vez que, na terceirização, ele é parte integrante das relações jurídicas entre a tomadora e a prestadora de serviços, num modelo horizontal-trilateral.

Também fundamental foi a remissão, no art. 3º, à de atividade-fim e aos critérios caracterizadores da terceirização ilícita:

“Art. 3º. *É proibida a terceirização da atividade-fim da empresa.*”

§ 1º. Entende-se por atividade-fim, o conjunto de operações diretas ou indiretas que guardam estreita relação com a finalidade central em torno da qual a empresa foi constituída, está estruturada e se organiza em termos de processo de trabalho e núcleo de negócios.

§ 2º. Na atividade-fim da empresa não será permitida a contratação de pessoa jurídica, devendo tais atividades serem realizadas somente por trabalhadores diretamente contratados com vínculo de emprego.”

Ainda que vedada, não se justifica a proibição de terceirizar a atividade-fim da empresa. Conforme observa Nelson Mannrich, tal vedação provavelmente será banida no futuro, *“já que não há interesse prático nessa distinção (entre atividade-fim e atividade-meio) – o que importa é proteger o trabalhador, impedindo o puro e simples rebaixamento salarial e a degradação das condições de trabalho.”* (“Terceirização: luzes e sombras”, in *Empresa e trabalho: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 187).

Segundo o art. 4º, a empresa que pretenda terceirizar serviços, deverá informar ao respectivo sindicato da sua categoria profissional, com seis meses de antecedência, no mínimo, sobre os projetos de terceirização, fornecendo as informações estabelecidas no seu parágrafo único. A nosso ver, o prazo de seis

meses é um prazo excessivamente longo, dificultando e, até mesmo, impedindo se alcance uma das finalidades mais importantes da terceirização, que é a da agilidade nas decisões das empresas nacionais e no funcionamento do mercado de trabalho.

Positivo o comando do art. 5º ao determinar que *“no contrato de prestação de serviços firmado entre a tomadora e a prestadora deverá constar a especificação dos serviços a serem executados e seu prazo de duração”*, porque impede o desvio de função do trabalhador terceirizado e, conseqüentemente, das condições do que foi contratado.

O art. 7º dispõe que, de acordo com a natureza dos serviços contratados, a sua prestação poderá ocorrer tanto nas instalações físicas da tomadora como em outro local, respeitadas, em qualquer das hipóteses, as seguintes exigências:

“Art. 7º (...)

I – não haverá distinção de salário, jornada, benefícios, ritmo de trabalho e condições de saúde e de segurança entre os empregados da tomadora e os empregados da prestadora que atuem nas instalações físicas da tomadora ou em outro local por ela determinado;

II – a tomadora será responsável em garantir aos empregados da prestadora, enquanto estes estiverem a seu serviço, os gastos com o deslocamento, bem como, com as acomodações destinadas ao trabalhador terceirizado deslocado do lugar onde iniciou a prestação do serviço;

III – é vedado à tomadora manter empregado em atividade diversa daquela para a qual foi contratado pela prestadora;

IV – os empregados da prestadora não poderão ser subordinados ao comando disciplinar e diretivo da tomadora;

V – a tomadora não poderá exigir a personalidade na prestação de serviços.”

Dentre essas exigências, cabe mencionar a obrigatoriedade de isonomia, Como o terceirizado se depara frequentemente com a infringência a seus direitos trabalhistas e previdenciários, a isonomia prevista no Projeto de Lei nº 1.621/2007 tem por objetivo evitar a discriminação entre essas diferentes espécies de trabalhadores que executam o mesmo serviço em uma determinada empresa, mas que tem empregadores diferentes: o terceirizado, que tem como empregador a prestadora de serviços, e o empregado da empresa tomadora, que responde à tomadora.

Vale lembrar que essa isonomia não poderá ser aplicada entre o trabalhador da Administração Pública e o terceirizado,

visto estarem subordinados a regimes jurídicos diferentes, respectivamente, estatutário e celetista.

Bastante polêmica é a questão da impossibilidade de subordinação do terceirizado ao poder diretivo e disciplinar da tomadora determinado pelo inciso IV do art. 7º, uma vez que os terceirizados trabalharão na sede da tomadora ou na da prestadora de acordo com as diretrizes e comandos determinados pela tomadora.

Em relação à responsabilidade, o Projeto de Lei nº 1.621/2007 estabeleceu a solidariedade do prestador de serviços e do tomador:

“Art. 9º. A tomadora é solidariamente responsável, independentemente de culpa, pelas obrigações trabalhistas, previdenciárias e quaisquer outras decorrentes do contrato de prestação de serviços, inclusive os casos de falência da prestadora.”

Nesse ponto, acreditamos deva ser alterada o tipo de responsabilidade inscrita neste artigo. Não se pode aceitar que o tomador fique de antemão responsável solidariamente pelas obrigações trabalhistas que cabem à prestadora, pois isso praticamente isentaria a prestadora de responsabilidades que são suas. Foge ao bom senso

conferir o mesmo grau de responsabilidade a ambas. A prestadora deve ser a principal responsável. A nosso ver, a responsabilidade deve ser subsidiária.

Com a finalidade de proteger o trabalhador terceirizado, o art. 10 estabelece que *“haverá o vínculo empregatício entre a tomadora e os empregados da prestadora, sempre que presentes os elementos previstos no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que caracterizam a relação de emprego – ressalvados os casos que exigem concurso público para a sua admissão, sem prejuízo do previsto no caput do § 1º do art. 9º.”*

O art. 11 prescreve:

“Será assegurado aos sindicatos das categorias profissionais representarem os empregados administrativos e judicialmente, na qualidade de substituto processual, com o objetivo de assegurar o cumprimento do disposto nesta Lei.”

Considerando-se a boa técnica legislativa, talvez o art. 11 pudesse ser eliminado, tendo em conta que o art. 8º, III, da Constituição da 1988 em vigor já atribui aos sindicatos *“a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”*

O art. 13 determina que, em caso de descumprimento do disposto nesta Lei, os infratores (tomador e prestador) ficarão sujeitos ao pagamento de multa percentual de 10% sobre o valor do contrato de terceirização em favor do trabalho prejudicado, caso este trabalhador mova reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho.

A nosso ver, o valor da multa proposto é excessivo, cabendo fixar um montante mais razoável, que será elevado para um valor a ser determinado, em caso de reincidência.

VI. A DEMANDA CRESCENTE E A PROBLEMÁTICA DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização atravessou fronteiras e promoveu a transnacionalização da oferta de trabalho. A terceirização global, na qual países de primeiro mundo utilizam serviços de nações em desenvolvimento para diminuir seus custos, é uma realidade.

Segundo estudiosos do assunto, os Estados Unidos devem exportar 3,3 milhões de empregos até 2015, pagando no exterior a cifra de aproximadamente US\$ 316 bilhões. Se realizado no próprio país,

esse mesmo trabalho custaria 800 bilhões. Há empresas transnacionais (Nike, por exemplo) nas quais 95% dos trabalhadores são terceirizados.

A terceirização foi facilitada pela quadruplicação da quantidade de mão-de-obra nas duas últimas décadas, quadruplicação essa decorrente do aumento da população e da integração das economias chinesa, indiana e do Leste Europeu ao comércio internacional. Esse contingente de mão-de-obra pode ainda dobrar até 2050.

Países que possuem um alto nível de educação e profissionais bem-treinados, leis trabalhistas mais flexíveis e que pagam salários mais baixos, podem ser os beneficiários dessa transferência de empregos, pois favorecem o aumento da produtividade aliado à redução de custos.

Há, contudo, o outro lado da moeda. A subcontratação de trabalhadores por empresas com sede em outros países pode ser marcada pela longa jornada de trabalho, pela baixa remuneração e pela alta rotatividade. É o denominado “padrão de emprego asiático”, que tende a aumentar, sobretudo no setor de prestação de serviços.

Armand Pereira, ex-Diretor da OIT no Brasil, alerta para a utopia que pode cercar a terceirização, na medida em que se acredita que ela gera empregos. Segundo ele, a terceirização não cria novos postos de trabalho, apenas transfere o emprego.

Isso não quer dizer que a OIT seja contra, até porque para a OIT a terceirização apresenta três dimensões diferentes e Armand Pereira observa que a **infringência aos direitos do trabalhador nem sempre decorre da terceirização em si mesma, mas da forma como ela é praticada, sobretudo no Brasil.**

Setores da indústria brasileira acreditam que a terceirização e a automação devem aumentar, porque a ratificação da **Convenção nº 158** da OIT pelo Brasil dificultará a rotatividade do emprego.

Estudos do DIEESE realizado em quarenta empresas de diversos ramos econômicos da região sudeste revelaram que o número de acidentes do trabalho é consideravelmente maior entre os empregados terceirizados, uma vez que carecem de melhor treinamento e não dispõem de equipamentos de proteção individual, sobretudo nas atividades de maior risco e mais insalubres. Além de as subcontratadas pagarem

salários bem inferiores, os terceirizados que trabalham “sob o mesmo teto”, muitas vezes são considerados de “segunda classe” em relação aos demais empregados da empresa contratante. Não é raro que seus benefícios sociais também sejam bem menores, havendo inclusive falta de cobertura previdenciária.

Estudos da **OIT** também apontam nesse mesmo sentido. Sob o aspecto econômico, estima-se que 4% do produto interno bruto mundial ao ano, ou seja, US\$ 1,25 trilhão, sejam desperdiçados em gastos diretos e indiretos decorrentes de acidentes e doenças profissionais, de indenizações pagas aos trabalhadores, da interrupção da produção, dos gastos médicos, etc. Isso sem se considerar os acidentes, mortes e doenças em decorrência do trabalho ocorridas com os trabalhadores nos países em desenvolvimento que se encontram na informalidade, o que dificulta seu registro. Por isso, a segurança e a saúde constituem prioridades da OIT e integram seu **Programa de Trabalho Decente**.

Conforme lembrado por **Juan Somavia, Diretor Geral da OIT**, em mensagem por ocasião do **Dia Mundial da Saúde e Segurança do Trabalho**, o trabalho não é uma mercadoria e os mercados têm que estar a serviço das pessoas, já que a proteção à vida e à

saúde dos trabalhadores é um dos objetivos consagrados pela OIT já na sua carta de fundação.

Governos, empregadores e trabalhadores precisam se unir para criar um diálogo social efetivo, um intercâmbio de experiências e conhecimentos técnicos e a promoção das normas internacionais do trabalho, como a **Convenção nº 187** da OIT, de 2006, sobre segurança e saúde no trabalho, para garantir um trabalho e locais de trabalho seguros para todos.

Há ainda o gravíssimo problema do estímulo à mão-de-obra infantil. Segundo a OIT, a globalização e a demanda por trabalho barato fazem com que cerca de 12,3 milhões de pessoas vivam em todo o mundo, sobretudo na América Latina e na Ásia e principalmente trabalhando na agricultura, em condições semelhantes à escravidão. O tráfico humano atinge cifras bilionárias. As crianças são as maiores vítimas, representando entre 40% e 50% daquele total.

Atualmente essa é uma das grandes preocupações da OIT através do **Programa Internacional para Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC)** a fim de fazer cumprir o preceituado pela **Convenção nº**

138 da OIT, que proíbe o trabalho antes dos 16 anos de idade, exceto na condição de aprendiz.

Segundo a OIT, todas essas desvantagens existem porque a terceirização das atividades faz com que as empresas contratantes não tenham controle sobre o que ocorre na cadeia de fornecimento de mão-de-obra.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As profundas modificações tecnológicas somadas a uma economia globalizada pressionam e desafiam todas as áreas do mundo do trabalho.

É fundamental convergir as discussões para a proteção ao trabalhador sem deixar de considerar a realidade do emprego

Importante a regulamentação jurídica trabalhista não só em nível nacional como internacional.

Os sindicatos também precisariam mudar sua forma de atuação, pois continuam agindo como se as economias dos países ainda se restringissem aos seus limites territoriais.

A nosso ver, há no Brasil uma visão distorcida da terceirização. Os juízes tendem a achar a terceirização ilegal, pois acreditam que só se pode trabalhar com contrato de trabalho subordinado. Entretanto, essa não é a única forma de trabalho legítima. É claro que há violações, mas também há trabalho independente. O conceito de empregador e empregado utilizado pela CLT já está superado. Vale lembrar ainda que a Emenda Constitucional nº 45 passou a tutelar não só a relação de emprego como também a relação de trabalho, que tem um significado bem amplo.

Há que se reconhecer e admitir outras formas de trabalho independente que são perfeitamente válidas, além do contrato de trabalho. Há necessidade de se conceituá-lo, esclarecer quais as formas reconhecidas de trabalho independente e conferir-lhes proteção adequada, porque o trabalhador não pode ficar, por exemplo, sem o amparo da previdência. Como uma das modalidades de trabalho independente, se feitas essas inovações, a terceirização seria disciplinada por lei.

A boa fé e a especialização do fornecedor do serviço devem sempre integrar a terceirização. Por isso, a nosso ver, não se pode aceitar que a terceirização seja vista, em sua generalidade, como uma fraude.

Há que se reiterar que não existe no mundo do trabalho somente o trabalho subordinado. Existem as formas de trabalho independente, perfeitamente lícitas, pois as modalidades de trabalho independentes são muitas e devem ser reconhecidas pela lei, aproveitando a tecnologia e as modificações crescentes do mundo do trabalho.

Remunerar de forma desigual o trabalhador de empresa terceirizada lícita, que executa lado a lado com o trabalhador da empresa-contratante a mesma atividade, é colocar à parte um segmento social nascido com a globalização.

A meta deverá ser a eficiência com equidade, que constitui o apanágio do novo mundo do trabalho. Até porque o inciso XXXII do art. 7º da Constituição Federal proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os respectivos profissionais. É flexibilizar as relações trabalhistas, mas com proteção

social, assegurando normas mínimas para a promoção do trabalho decente, que engloba um salário suficiente para se viver, condições humanas de atividade, sem insalubridade, com proteção contra acidentes e com cobertura previdenciária.

(*) Advogado. Professor Titular aposentado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.