

Retomada da discussão sobre a terceirização: como enfrentar os desafios e a tendência do judiciário na interpretação da lei da terceirização, principalmente em termos de contratação.

Maria Cristina Mattioli
Dialogia RT - 23/04/2024

Terceirização: normas

- Lei nº 6.019/1974 (alterações da reforma de 2017)
- Súmula 331 TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011

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 03.01.1974).

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 CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) 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 a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Terceirização: *normas*

- Lei nº 13.429/2017 (Lei da Terceirização)
- Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)
- Decreto nº 10.060/2019 (Regulamentou a Lei n. 6.019/1974)

- Serviços de Vigilância e Transporte de Valores (Lei n.º 7.102/83)
- Cooperativa (Lei n.º 5.764/71, art. 442, CLT)
- Contrato de Prestação de Serviços (Legislação Civil Art. 593 e seguintes)
- Franquia (Lei n. 13.966/19)

Terceirização: *Lei 13.429/17*

➤ **Atividade-fim**

- ▶ As empresas poderão contratar trabalhadores terceirizados para exercerem cargos e funções determinadas em atividades-meio ou atividades-fim, podendo terceirizar tanto as atividades secundárias, quanto as principais atividades da empresa.
- ▶ **“Quarteirização”**: A empresa contratada poderá subcontratar outras empresas prestadoras de serviço para a realização dos serviços mediante remuneração e direção do trabalho realizado pelos trabalhadores nas dependências da empresa contratante, que é chamado de “quarteirização” (§1 , Art. 4-A).
- ▶ **Disposições sobre as condições de trabalho**: É facultado à empresa contratante oferecer ao terceirizado o mesmo atendimento médico e ambulatorial dado aos seus empregados, bem como acesso ao refeitório. A empresa é obrigada a garantir segurança, higiene e salubridade a todos os terceirizados.
- ▶ **Reclamações trabalhistas**: **Em casos de reclamações na Justiça do Trabalho, a empresa contratante (que contratou os serviços terceirizados) responde subsidiariamente pelo pagamento dos valores e cumprimento das obrigações não satisfeitas pela terceira.**

Terceirização: *Lei 13.429/17*

Recolhimentos previdenciários

- ▶ As regras previstas na Lei 8.212/91 (Lei Orgânica da Seguridade Social). Com isso, a empresa contratante deverá recolher 11% do salário dos terceirizados para constituir a contribuição previdenciária patronal, sendo-lhe permitido descontar o percentual do valor pago à empresa terceirizada.
- ▶ **Capital mínimo:** O projeto substitutivo do Senado estabeleceu um escalonamento segundo o número de empregados da prestadora de serviços de terceirização, para fins de determinação do capital mínimo que a empresa deve possuir. Para as empresas com até dez empregados, o capital mínimo a ser observado é de R\$ 10 mil; de 10 a 20 empregados, capital mínimo de R\$ 25 mil; de 20 a 50 empregados, capital mínimo de R\$ 45 mil; de 50 a 100 empregados, capital de R\$ 100 mil; e aquelas com mais de 100 funcionários, um capital mínimo de R\$ 250 mil.
- ▶ **Disposições finais:** Convém ressaltar que a Lei não é aplicável às empresas de Vigilância e Transporte de valores, sendo mantidas as respectivas legislações especiais que regulam estas relações de trabalho.
- ▶ A Lei prevê que os contratos que encontram vigentes poderão ser adequados às novas regras estabelecidas, desde que as partes assim acordarem.

Consequências da terceirização ilícita

- Reconhecimento de fraude e aplicação do artigo 9º da CLT, anulando-se o contrato com a empresa prestadora de serviços:
 - ▶ *Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.*
- Reconhecimento de vínculo de emprego direto com a tomadora dos serviços, que se torna a real empregadora e responsável por todos os créditos do trabalhador.
- **Reconhecimento da responsabilidade solidária pelo tomador de serviços, juntamente com a prestadora de serviços.**

Jurisprudência: *ente público*

- ▶ "AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017. TERCEIRIZAÇÃO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - CULPA IN VIGILANDO - FISCALIZAÇÃO INEFICAZ. O entendimento contido no acórdão regional revela harmonia com o sedimentado na Súmula 331, V, do TST e com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 246. Adoção do teor restritivo do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula 333 do TST. Cabe referir que a SBDI-1, em sua composição completa, no dia 4/6/2020, ao julgar o processo nº TST-E-RR-992-25.2014.5.04.0101, da Relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, decidiu, por maioria, que, havendo alusão na decisão recorrida a que a fiscalização realizada pelo tomador dos serviços não se mostra suficiente para garantir o cumprimento das obrigações contratuais, tem-se pela prevalência da culpa in vigilando e, por conseguinte, a responsabilização subsidiária do ente público. Agravo interno não provido" (Ag-AIRR-239700-47.2007.5.09.0658, 2ª Turma, Relatora Ministra Liana Chaib, DEJT 26/05/2023).

Licitude: *ente privado*

"I - AGRAVOS DE INSTRUMENTO EM RECURSOS DE REVISTA - PROVIMENTO. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. Vislumbrada potencial violação do art. 5º, II, da Constituição Federal, processa-se o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido . II - RECURSOS DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252/MG RG, fixou, com eficácia "erga omnes" e efeito vinculante, a tese acerca da licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. O entendimento foi reafirmado nos julgamentos subsequentes do ARE nº 791.932/DF RG e da ADC nº 26. 3. No caso, inexistente elemento fático que implique "distinguishing" em relação ao decidido pelo STF, razão pela qual impossível o reconhecimento do vínculo de emprego, a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços ou a aplicação, por analogia, do art. 12, "a", da Lei nº 6.019/74 (OJ 383 da SBDI-1/TST). 4. Quanto à isonomia salarial, o STF, no julgamento do RE nº 635.546/MG RG, assentou a tese de que "a equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratarem de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas". 5. Reconhecida a licitude da relação triangular, inaplicável a compreensão da OJ 383 da SBDI-1. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido " (RR-16-33.2016.5.05.0032, 5ª Turma, Relatora Ministra Morgana de Almeida Richa, DEJT 26/05/2023).

Ilicitude: *ente privado*

"AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - VÍNCULO DE EMPREGO - SUBORDINAÇÃO DIRETA. 1. O Supremo Tribunal Federal, no Tema 725 de Repercussão Geral, concluiu que não há óbice constitucional à terceirização das atividades de uma empresa, ainda que sejam essenciais ou finalísticas, impondo-se a observância da decisão vinculante no sentido da inviabilidade do reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços sob o fundamento da ilicitude da terceirização de sua atividade-fim ou essencial, na esteira da Súmula nº 331 desta Corte. 2. Ocorre que, no caso em exame, o fundamento adotado para o reconhecimento do vínculo de emprego com a primeira reclamada, ora agravante, não consistiu na ilicitude da terceirização de suas atividades, e sim em contratação fraudulenta, com "mera intermediação dos pagamentos por meio de notas fiscais da empresa de uma das testemunhas, sem efetiva terceirização das atividades da recorrente", tendo sido registrado que "Ela contratava perante a segunda e dela partiam as diretrizes do trabalho, a revelar subordinação direta, condição em que a empresa intermediadora não terceiriza efetivamente nada, senão que funciona como um embaraço à clara configuração do vínculo empregatício". 3. Nesse sentido, enquanto contrato-realidade, deve ser declarada a típica relação de emprego prevista na legislação trabalhista quando na situação fática estiver comprovada a subordinação jurídica direta, atraindo a incidência do art. 3º da CLT. 4. O STF, ao prestigiar os princípios da legalidade, da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica na terceirização, não derogou as normas específicas e inerentes ao Direito do Trabalho. 5. O eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho previsto na CLT, não foi extirpado. Até o presente momento, a relação jurídica de emprego continua a ser prevista e caracterizada nos moldes do art. 3º da CLT. 6. Desse modo, no caso em exame, a manutenção da sentença que reconheceu o vínculo de emprego não violou os dispositivos legais e constitucionais invocados e tampouco desrespeitou a tese de repercussão geral fixada pelo STF no Tema 725, diante do elemento de distinção referente à existência de subordinação direta, em conformidade com o art. 3º da CLT. Agravo interno desprovido" (Ág-ARR-323-50.2015.5.02.0017, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa, DEJT 19/05/2023).

Atenção!

PLs nº 249/2017 e nº 859/2023 - Autor: Senador Paulo Paim

Características:

- * Conceitua a terceirização e a atividade fim (art. 2º)
- * Restringe a terceirização apenas da atividade meio (art. 2º)
- * Proíbe a terceirização nos casos de pessoa física, incluídos o produtor rural pessoa física e o profissional liberal (art. 2º)
- * Contratada deverá ter objeto social único, compatível com o serviço contratado (art. 2º)
- * Proíbe subcontratação pela empresa terceirizada (art. 4º)
- * Obriga comunicação dos motivos da terceirização pela contratante à entidade sindical representativa (art. 6º)
- * Equipara salários e condições entre trabalhadores próprios e terceirizados (art. 9º)
- * Responsabiliza empresa contratante pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias caso a contratada as descumpra (art. 11º e 18º)
- *nRevoga por completo a Lei 13.429/2017 (art. 31º)

Principais desafios na prática

1. Falta de controle sobre os funcionários terceirizados.

Como os funcionários terceirizados não são contratados diretamente pela empresa, pode ser difícil manter o mesmo nível de comprometimento e engajamento que se espera dos funcionários internos. Por isso, é fundamental escolher uma empresa terceirizada que tenha um bom histórico de prestação de serviços e um time de profissionais capacitados e motivados.

2. Gestão do contrato com a empresa terceirizada.

É preciso definir claramente quais são as responsabilidades de cada uma das partes, estabelecer metas e prazos e monitorar o desempenho da empresa contratada. Além disso, é importante ter uma estratégia de contingência caso a empresa terceirizada não cumpra com suas obrigações ou apresente problemas de qualidade.

Lei 14.133/21 e o risco trabalhista

- ▶ O art. 102 da Lei nº 14.133/2021 faculta à seguradora a possibilidade de subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente, inclusive, podendo emitir empenho em nome próprio, ou a quem ela indicar para a concluir as obrigações contratuais, desde que seja demonstrada a regularidade fiscal.
- ▶ Há de se ressaltar que, como consequência do inadimplemento do licitante contratado, podem ocorrer duas situações distintas. Se a seguradora executar e concluir o objeto do contrato, ela estará isenta da obrigação de pagar o montante segurado indicado na apólice. Por outro lado, caso a seguradora não assuma a execução do contrato, deverá pagar a integralidade do montante indicado na apólice.

Observações

- ▶ Interessante observar que a empresa seguradora não participou do procedimento licitatório.
- ▶ No entanto, se tornará responsável por concluir o objeto, ou por subcontratação, acarretando numa sub-rogação indireta do contrato administrativo nas condições pactuadas pelo Poder Público e o contratado ou, então, arcar integralmente com o valor previsto na apólice do seguro-garantia.
- ▶ um grande reflexo do uso da cláusula de retomada é que a seguradora passa de uma simples função passiva de garantidora para uma posição ativa. Inclusive, ao se sujeitar à incidência da cláusula de retomada, a seguradora passa a ter o direito de escrutinar e fiscalizar os particulares, dada a possibilidade de vir a ser chamada para concluir a execução do contrato. Isso incentivará a seguradora a avaliar com muito mais atenção os segurados e acompanhar com muito mais atenção a execução do contrato.

Risco: *é terceirização?*

A obrigação de reparar os prejuízos (demissão em massa, inadimplemento das verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias) estimulará as seguradoras a fiscalizarem de perto a terceirização das atividades laborais no âmbito da Administração Pública cobrando uma postura mais eficaz da pessoa jurídica prestadora dos serviços em relação ao cumprimento de cada prazo e obrigação contratual trabalhista ou previdenciária inadimplida.

Não responsabilização da administração pública?

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Muito obrigada!

MARIA CRISTINA MATTIOLI

11-97501-2113

cristina@mattioliadv.com.br

@mariacristinamattioli