

“A TERCEIRIZAÇÃO, O DIREITO DO TRABALHO E A LEI 13.429/17”

Professor: Dr. Francisco Ferreira Jorge Neto

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Professor Universitário (Escola Paulista de Direito – EPD). Autor de diversos livros publicados pela editora Atlas. Mestre pela PUC/São Paulo.

INTRODUÇÃO

ATUALMENTE, A LEI 13.429, DE 31/3/2017, TRATA DA TERCEIRIZAÇÃO NO ART. 2º, AO INSERIR NO TEXTO DA LEI 6.017/74, OS ARTS. 4º-A, 4º-B, 5º-A, 5º-B, 19-A A 19-C.

PARECE-NOS NECESSÁRIA UMA ABORDAGEM SISTEMÁTICA DE COMO A MATÉRIA É TRATADA NA SÚMULA 331, TST, ALÉM DA INSTRUÇÃO NORMATIVA MTB/GM 3, DE 29/8/1997 E A LEI 13.429/17.

RESPONSABILIDADE TRABALHISTA: SÚMULA 331 DO TST, INSTRUÇÃO NORMATIVA MTB 3/97 E A LEI 13.429/17

A RELAÇÃO JURÍDICA EMPREGATÍCIA É BILATERAL, EQUIPARANDO-SE A UMA MOEDA NA QUAL SE TEM DE UM LADO O PODER DIRETIVO (EMPREGADOR) E, DO OUTRO, A SUBORDINAÇÃO (EMPREGADO). ALÉM DISSO, A PESSOALIDADE E A SUBORDINAÇÃO SÃO ELEMENTOS PREVISTOS NOS CONCEITOS DE EMPREGADOR E DE EMPREGADO (ARTS. 2º E 3º, CLT).

RESPONSABILIDADE TRABALHISTA: SÚMULA 331 DO TST, INSTRUÇÃO NORMATIVA MTB 3/97 E A LEI 13.429/17

COM A TERCEIRIZAÇÃO, HÁ A INTERMEDIÇÃO DA MÃO DE OBRA PELAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. DE UM LADO, TEM-SE A EMPRESA TOMADORA E, DE OUTRO, A PRESTADORA. OS TRABALHADORES SÃO SUBORDINADOS DIRETAMENTE À EMPRESA PRESTADORA E NÃO À TOMADORA.

A RELAÇÃO JURÍDICA É TRIANGULAR, EXISTINDO ENTRE A EMPRESA TOMADORA E A PRESTADORA UM CONTRATO REGIDO PELAS LEIS DO DIREITO CIVIL, DE EVIDENTE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENTRE A EMPRESA PRESTADORA E O TRABALHADOR HÁ UM CONTRATO DE TRABALHO.

RESPONSABILIDADE TRABALHISTA: SÚMULA 331 DO TST, INSTRUÇÃO NORMATIVA MTB 3/97 E A LEI 13.429/17

A SÚMULA 331 DO TST NADA DISPUNHA QUANTO AOS CONCEITOS DE EMPRESA PRESTADORA E DE EMPRESA TOMADORA. ANTES DA LEI 13.429/17, TAIS CONCEITOS ERAM ENCONTRADOS NA INSTRUÇÃO NORMATIVA MTB/GM 3/97.

EMPRESA PRESTADORA – (ART. 2º, INSTRUÇÃO NORMATIVA MTB/GM 3, DE 29/8/97).

EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS É A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO, LEGALMENTE CONSTITUÍDA, DE NATUREZA COMERCIAL, A QUAL SE DESTINA A REALIZAR DETERMINADO E ESPECÍFICO SERVIÇO À OUTRA EMPRESA FORA DO ÂMBITO DAS ATIVIDADES-FIM E NORMAIS PARA QUE SE CONSTITUIU ESTA ÚLTIMA (ART. 2º, INSTRUÇÃO NORMATIVA MTB/GM 3, DE 29/8/97).

EMPRESA PRESTADORA – (ART. 2º, INSTRUÇÃO NORMATIVA MTB/GM 3, DE 29/8/97).

AS SUAS CARACTERÍSTICAS, DE ACORDO COM O ART. 2º,
SÃO AS SEGUINTEs:

(A) A RELAÇÃO ENTRE A EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS A TERCEIROS E A EMPRESA CONTRATANTE É
REGIDA PELA LEI CIVIL (ART. 2º, § 1º);

(B) A RELAÇÃO DE TRABALHO ENTRE A EMPRESA DE
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS E SEU EMPREGADO
É DISCIPLINADA PELA CLT (ART. 2º, § 2º);

**EMPRESA PRESTADORA – (ART. 2º, INSTRUÇÃO
NORMATIVA MTB/GM 3, DE 29/8/97).**

(C) EM SE TRATANDO DE EMPRESA DE VIGILÂNCIA E DE TRANSPORTE DE VALORES, AS RELAÇÕES DE TRABALHO ESTÃO REGULADAS PELA LEI 7.102/83, E, SUBSIDIARIAMENTE, PELA CLT (ART. 2º, § 3º);

(D) DEPENDENDO DA NATUREZA DOS SERVIÇOS CONTRATADOS, A PRESTAÇÃO DOS MESMOS PODERÁ SE DESENVOLVER NAS INSTALAÇÕES FÍSICAS DA EMPRESA CONTRATANTE OU EM OUTRO LOCAL POR ELA DETERMINADO (ART. 2º, § 4º);

EMPRESA PRESTADORA – (ART. 2º, INSTRUÇÃO NORMATIVA MTB/GM 3, DE 29/8/97).

(E) A EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTRATA, REMUNERA E DIRIGE O TRABALHO REALIZADO A SEUS EMPREGADOS (ART. 2º, § 5º);

(F) OS EMPREGADOS DA EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS NÃO ESTÃO SUBORDINADOS AO PODER (DIRETIVO, TÉCNICO E DISCIPLINAR) DA EMPRESA CONTRATANTE (ART. 2º, § 6º).

EMPRESA PRESTADORA – ART. 4º-A, LEI 6.019/74

O ART. 4º-A (*CAPUT* E §§ 1º E 2º), LEI 6.019/74, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.429/17, FIXA QUE:

(A) EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS A TERCEIROS É A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO DESTINADA A PRESTAR À CONTRATANTE SERVIÇOS DETERMINADOS E ESPECÍFICOS. DENOTAMOS QUE HÁ DIFERENÇA CONCEITUAL ENTRE A IN 3/97 E A LEI 13.429. NÃO SE TEM MAIS A RESTRIÇÃO EXPRESSA DE QUE O “SERVIÇO DETERMINADO E ESPECÍFICO” ESTEJA FORA DO ÂMBITO DAS ATIVIDADES-FIM E NORMAIS DA EMPRESA TOMADORA;

EMPRESA PRESTADORA – ART. 4º-A, LEI 6.019/74

(B) EMPRESA PRESTADORA PODE SER A RESPONSÁVEL PELA CONTRATAÇÃO, REMUNERAÇÃO E DIREÇÃO DO TRABALHO EXECUTADO POR SEUS TRABALHADORES OU POR SUBCONTRATAR OUTRAS EMPRESAS PARA A REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. MAIS UMA INOVAÇÃO AO SE COMPARAR A IN 3/97 E A LEI 13.429. A NOVA LEGISLAÇÃO ADMITE DE FORMA LITERAL QUE A EMPRESA PRESTADORA POSSA, NA CONSECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS JUNTO À EMPRESA TOMADORA, OPTAR EM GERIR A MÃO-DE-OBRA OU PROCEDER À SUBCONTRATAÇÃO DE OUTRAS EMPRESAS PARA A REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. ISSO SIGNIFICA QUE UMA EMPRESA PRESTADORA POSSA TERCEIRIZAR A SUA PRÓPRIA ATIVIDADE ECONÔMICA QUE É A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A OUTRAS EMPRESAS;

EMPRESA PRESTADORA – ART. 4º-A, LEI 6.019/74

(C) NÃO HÁ VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE OS TRABALHADORES OU OS SÓCIOS DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS, QUALQUER QUE SEJA O SEU RAMO, COM A EMPRESA CONTRATANTE. É RAZOÁVEL DIZER-SE QUE NÃO HÁ O VÍNCULO ENTRE A TOMADORA E A EMPRESA CONTRATANTE, QUANDO SE ESTIVER DIANTE DE UMA TERCEIRIZAÇÃO NÃO FRAUDULENTA. CONTUDO, SE HOVER A SUBORDINAÇÃO DIRETA E A PESSOALIDADE ENTRE O TRABALHADOR E A EMPRESA TOMADORA, SEM DÚVIDAS, ANTE OS TERMOS DO ART. 9º, CLT, QUE O VÍNCULO SE FORMA COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS.

EMPRESA PRESTADORA – ART. 4º-A, LEI 6.019/74

O ART. 4º-B DA LEI 6.019 (ACRÉSCIMO PELA LEI 13.429), INDICA OS REQUISITOS PARA O FUNCIONAMENTO DA EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS: (A) PROVA DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA (CNPJ); (B) REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL; (C) CAPITAL SOCIAL COMPATÍVEL COM O NÚMERO DE EMPREGADOS, OBSERVANDO-SE OS SEGUINTE PARÂMETROS: (1) ATÉ DEZ EMPREGADOS – CAPITAL MÍNIMO DE R\$ 10.000,00; (2) MAIS DE DEZ E ATÉ VINTE EMPREGADOS – CAPITAL MÍNIMO DE R\$ 25.000,00; (3) MAIS DE VINTE E ATÉ CINQUENTA EMPREGADOS – CAPITAL MÍNIMO DE R\$ 45.000,00; (4) COM MAIS DE CINQUENTA E ATÉ CEM EMPREGADOS – CAPITAL MÍNIMO DE R\$ 100.000,00; (5) MAIS DE CEM EMPREGADOS – CAPITAL MÍNIMO DE R\$ 250.000,00.

EMPRESA TOMADORA – ART. 3º, IN 3/97

PESSOA NATURAL OU JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO OU PRIVADO QUE CELEBRA CONTRATO COM EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS COM A FINALIDADE DE CONTRATAR SERVIÇOS (ART. 3º, IN 3/97). TEM COMO CARACTERÍSTICAS:

EMPRESA TOMADORA – ART. 3º, IN 3/97

(A) A CONTRATANTE E A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS A TERCEIROS DEVEM DESENVOLVER ATIVIDADES DIFERENTES E TER FINALIDADES DISTINTAS (ART. 3º, § 1º);

(B) A CONTRATANTE NÃO PODE MANTER TRABALHADOR EM ATIVIDADE DIVERSA DAQUELA PARA A QUAL O MESMO FORA CONTRATADO PELA EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS (ART. 3º, § 2º);

EMPRESA TOMADORA – ART. 3º, IN 3/97

(C) EM SE TRATANDO DE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO, ONDE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SE DÊ JUNTO A UMA DELAS, O VÍNCULO EMPREGATÍCIO SE ESTABELECE ENTRE A CONTRATANTE E O TRABALHADOR COLOCADO À SUA DISPOSIÇÃO DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ART. 2º DA CLT (ART. 3º, § 3º);

(D) O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS PODE ABRANGER O FORNECIMENTO DE SERVIÇOS, MATERIAIS E EQUIPAMENTOS (ART. 3º, § 4º).

EMPRESA TOMADORA – ART. 5º-A, LEI 6019/74

PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA QUE CELEBRA CONTRATO COM EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DETERMINADOS E ESPECÍFICOS (ART. 5º-A, *CAPUT*).

EMPRESA TOMADORA – ART. 5º-A, LEI 6019/74

AO CONTRÁRIO DA IN 3/97, A DISPOSIÇÃO LEGAL NÃO EXIGE QUE A EMPRESA TOMADORA TENHA ATIVIDADE COMERCIAL DISTINTA DA REALIZADA PELA PRESTADORA, CONTUDO, NÃO É POSSÍVEL QUE SE TENHA O DESVIO DA MÃO-DE-OBRA CONTRATADA, VISTO QUE É VEDADA À CONTRATANTE A UTILIZAÇÃO DOS TRABALHADORES EM ATIVIDADES DISTINTAS DAQUELAS QUE FORAM OBJETO DO CONTRATO COM A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS (ART. 5º-A, § 1º).

ESSA RESSALVA TAMBÉM CONSTA DA IN 3/97. SE HOVER O DESVIO, HAVERÁ O VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA.

EMPRESA TOMADORA – ART. 5º-A, LEI 6019/74

(B) OS SERVIÇOS CONTRATADOS PODERÃO SER EXECUTADOS NAS INSTALAÇÕES FÍSICAS DA EMPRESA CONTRATANTE OU EM OUTRO LOCAL, DE COMUM ACORDO ENTRE AS PARTES (ART. 5º-A, § 2º). IDÊNTICA SISTEMÁTICA DA IN 3/97;

EMPRESA TOMADORA – ART. 5º-A, LEI 6019/74

(C) RESPONSABILIDADE DA CONTRATANTE QUANTO A GARANTIA DAS CONDIÇÕES DE SEGURANÇA, HIGIENE E SALUBRIDADE DOS TRABALHADORES, QUANDO O TRABALHO FOR REALIZADO EM SUAS DEPENDÊNCIAS OU LOCAL PREVIAMENTE CONVENCIONADO EM CONTRATO (ART. 5º-A, § 3º).

A IN 3/97 E A SÚMULA 331 NÃO DISPUNHAM DE FORMA EXPRESSA QUANTO A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TOMADORA PELAS NORMAS DE TUTELA À SAÚDE E A INCOLUMIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DO TRABALHO, APESAR DE QUE A ORDEM JURÍDICA JÁ PREVIA A RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA TOMADORA (ART. 942, CC; ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). TRATA-SE DE UM AVANÇO DA LEI 13.429;

EMPRESA TOMADORA – ART. 5º-A, LEI 6019/74

(D) AO CONTRÁRIO DO TRABALHO TEMPORÁRIO (ART. 9º, § 2º, LEI 6.019, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.429), A CONTRATANTE PODERÁ ESTENDER AO TRABALHADOR DA EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS O MESMO ATENDIMENTO MÉDICO, AMBULATORIAL E DE REFEIÇÃO DESTINADO AOS SEUS EMPREGADOS, EXISTENTE NAS DEPENDÊNCIAS DA CONTRATANTE, OU LOCAL POR ELA DESIGNADO (ART. 5º-A, § 4º).

NÃO É UMA OBRIGAÇÃO PARA A EMPRESA TOMADORA E SIM UMA LIBERALIDADE.

DO PONTO DE VISTA DO SISTEMA DE PROTEÇÃO, É INJUSTIFICÁVEL ESSA DIFERENCIAÇÃO DE TRATAMENTO ENTRE O TRABALHO TERCEIRIZADO E O TRABALHO TEMPORÁRIO.

EMPRESA INTERPOSTA E CONTRATAÇÃO IRREGULAR

A FIGURA DA “EMPRESA INTERPOSTA” É PRÓPRIA DAS SITUAÇÕES NAS QUAIS SE TEM A FRAUDE NA CONTRATAÇÃO, JUSTIFICANDO-SE A EXISTÊNCIA DO VÍNCULO DIRETAMENTE COM O TOMADOR. NESSAS SITUAÇÕES, O QUE SE TEM É A FRAUDE NA PRÓPRIA CONTRATAÇÃO. O PRESTADOR, DO PONTO DE VISTA FORMAL, APRESENTA-SE COMO UM INTERMEDIÁRIO, SENDO O VERDADEIRO EMPREGADOR A EMPRESA TOMADORA.

EMPRESA INTERPOSTA E CONTRATAÇÃO IRREGULAR

O TÓPICO III DA SÚMULA 331 DO TST MENCIONA QUE NÃO SE TEM A CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO NAS HIPÓTESES DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA (LEI 7.102/83), DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA, ALÉM DOS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LIGADOS COM ATIVIDADE-MEIO DO TOMADOR.

EMPRESA INTERPOSTA E CONTRATAÇÃO IRREGULAR

É IMPORTANTE A RESSALVA INSERIDA NA PARTE FINAL DA SÚMULA 331: *“(...) DESDE QUE INEXISTENTE A PESSOALIDADE E A SUBORDINAÇÃO DIRETA”*.

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – SÚMULA 331, TST

A JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADA PELO TST (SÚMULA 331) ADMITE A TERCEIRIZAÇÃO DA “ATIVIDADE INICIAL” (ESTÁGIO INICIAL) E DA “ATIVIDADE INTERMEDIÁRIA” (ATIVIDADE-MEIO).

A SÚMULA 331 NÃO ADMITE QUE A EMPRESA TOMADORA PROCEDA À TERCEIRIZAÇÃO NAS SUAS ATIVIDADES RELACIONADAS COM A ATIVIDADE-FIM.

HÁ REPERCUSSÃO GERAL JUNTO AO STF QUANTO À APRECIÇÃO DOS PARÂMETROS PARA A CONFIGURAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E A TEMÁTICA DA TERCEIRIZAÇÃO (RE 713211, REL. MIN. LUIZ FUX).

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – SÚMULA 331, TST

NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 4º, *CAPUT*, §§ 1º E 2º, LEI 6.019/74,
PODEMOS DENOTAR QUE HÁ DUAS GRANDES CORRENTES.

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

A PRIMEIRA NO SENTIDO DE QUE O DISPOSITIVO LEGAL NÃO IMPÕE RESTRIÇÕES À TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS À ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA, EM ESPECIAL, QUANDO AFIRMA QUE A EMPRESA PRESTADORA PODE OPTAR ENTRE A ADMINISTRAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA CONTRATADA OU PROCEDER A SUBCONTRATAÇÃO DE OUTRAS EMPRESAS PARA A REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS PELA TOMADORA.

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

ESSA POSIÇÃO É ROBUSTECIDA QUANDO A NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL ASSEGURA QUE NÃO HÁ VÍNCULO DE EMPREGO DOS TRABALHADORES OU SÓCIOS DAS EMPRESAS PRESTADAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS COM A EMPRESA TOMADORA, QUALQUER QUE SEJA O RAMO DA ATIVIDADE ECONÔMICA.

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

A LEITURA DA LEI 6.019/74, EM SEU ART. 4º-A, *CAPUT*, E SEUS PARÁGRAFOS, PERMITE CONCLUIR QUE O LEGISLADOR NÃO ALMEJOU RESTRINGIR A TERCEIRIZAÇÃO A QUALQUER TIPO DE SERVIÇO, INCLUSIVE PERMITINDO QUE A EMPRESA PRESTADORA SUBCONTRATE OUTRAS EMPRESAS PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO PELA EMPRESA TOMADORA.

PORTANTO, TEM-SE COMO PLENAMENTE POSSÍVEL A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LIGADOS À ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA, INCLUSIVE SEM QUALQUER FORMAÇÃO DE VÍNCULO ENTRE O EMPREGADO DA PRESTADORA E A CONTRATANTE.

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

A SEGUNDA É NO SENTIDO DE QUE CONTINUA A LIMITAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM NA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DETERMINADOS E ESPECÍFICOS PELA CONTRATANTE JUNTO À EMPRESA PRESTADORA.

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

OS FUNDAMENTOS:

(A) A LEI 6.019/74, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.429/17, SOMENTE ADMITE A CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS NA ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA APENAS NO CASO DO TRABALHO TEMPORÁRIO (ART. 9º, § 3º);

(B) COMO A TERCEIRIZAÇÃO REPRESENTA A PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS, AS NOVAS DISPOSIÇÕES DEVEM TER UMA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA;

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

(C) NÃO SE PODE INSERIR SERVIÇOS LIGADOS À ATIVIDADE-FIM NO CONCEITO LEGAL DO ART. 4º-A, *CAPUT*, QUANDO AFIRMA QUE A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS SOMENTE PRESTA SERVIÇOS DETERMINADOS E ESPECÍFICOS À EMPRESA TOMADORA;

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

(D) A INTERPRETAÇÃO HÁ DE SER EFETUADA COM OS CÂNONES DA CARTA POLÍTICA DE 1988, A QUAL PREVÊ UMA SÉRIE DE PRINCÍPIOS E REGRAS, AS QUAIS PROCURAM VALORIZAR O TRABALHO COMO FONTE PARA A DIGNIDADE DO TRABALHADOR.

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

ASSIM, ANTE A SISTEMÁTICA DA LEI 13.429, TEM-SE A
CELEUMA JURÍDICA INSTALADA SOBRE A POSSIBILIDADE DE
SE TERCEIRIZAR A TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM DE
FORMA AMPLA OU NÃO.

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

COMO VISTO (ART. 4º-A, *CAPUT* E §§ 1º E 2º, LEI 6.019),
EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS A TERCEIROS É A
PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO DESTINADA A
PRESTAR À CONTRATANTE SERVIÇOS DETERMINADOS E
ESPECÍFICOS.

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

DIANTE DA COMPARAÇÃO CONCEITUAL ENTRE A IN 3/97 E A LEI 13.429, NÃO MAIS SE TEM MAIS A RESTRIÇÃO EXPRESSA DE QUE O SERVIÇO DETERMINADO E ESPECÍFICO ESTEJA FORA DO ÂMBITO DAS ATIVIDADES-FIM E NORMAIS DA EMPRESA TOMADORA.

PORTANTO, NÃO HÁ MAIS O LIMITE DA TERCEIRIZAÇÃO AO UNIVERSO DA ATIVIDADE FIM DA EMPRESA TOMADORA.

VEDAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA – LEI 13.429/2017

POR OUTRO LADO, A EMPRESA PRESTADORA PODE SER A RESPONSÁVEL PELA CONTRATAÇÃO, REMUNERAÇÃO E DIREÇÃO DO TRABALHO EXECUTADO POR SEUS TRABALHADORES OU POR SUBCONTRATAR OUTRAS EMPRESAS PARA A REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS (MAIS UMA “INOVAÇÃO” AO SE COMPARAR A IN 3/97 E A LEI 13.429). A NOVA LEGISLAÇÃO ADMITE DE FORMA LITERAL QUE A EMPRESA PRESTADORA POSSA, NA CONSECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS JUNTO À EMPRESA TOMADORA, OPTAR EM GERIR A MÃO-DE-OBRA OU PROCEDER À SUBCONTRATAÇÃO DE OUTRAS EMPRESAS PARA A REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. ISSO SIGNIFICA QUE UMA EMPRESA PRESTADORA POSSA TERCEIRIZAR A SUA PRÓPRIA ATIVIDADE ECONÔMICA QUE É A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A OUTRAS EMPRESAS. É O FIM DO LIMITE À ATIVIDADE-FIM NA TERCEIRIZAÇÃO.

CONTRATAÇÃO IRREGULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A EXIGÊNCIA DO CONCURSO PÚBLICO ENVOLVE TANTO OS CARGOS COMO OS EMPREGOS PÚBLICOS, DE ACORDO COM A NATUREZA E A COMPLEXIDADE DO CARGO OU EMPREGO (ART. 37, II, CF). O INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO SEM APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO IMPLICA NULIDADE DO ATO E PUNIÇÃO DA AUTORIDADE RESPONSÁVEL (ART. 37, II E § 2º).

CONTRATAÇÃO IRREGULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PELA IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DA OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, CF), DIFERENTEMENTE DO QUE SE TEM NA INICIATIVA PRIVADA, A JURISPRUDÊNCIA SUMULADA DO TST (SÚMULA 331, II) DETERMINA QUE NÃO HÁ FORMAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUANDO OCORRE A CONTRATAÇÃO IRREGULAR DO TRABALHADOR POR MEIO DE EMPRESA INTERPOSTA.

CONTRATAÇÃO IRREGULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

APESAR DE A CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TRABALHADOR, MEDIANTE EMPRESA INTERPOSTA, NÃO IMPLICAR NA GERAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO COM ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, O TST FIXOU O ENTENDIMENTO DE QUE, PELO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, TEM-SE O DIREITO DOS EMPREGADOS TERCEIRIZADOS ÀS MESMAS VERBAS TRABALHISTAS LEGAIS E NORMATIVAS ASSEGURADAS ÀQUELES CONTRATADOS PELO TOMADOR DOS SERVIÇOS, DESDE QUE PRESENTE A IGUALDADE DE FUNÇÕES (APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 12, A, LEI 6.019/74) (OJ 383, SDI-I).

A EMPRESA TOMADORA NA INICIATIVA PRIVADA E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

NA INICIATIVA PRIVADA, A EMPRESA TOMADORA TEM O DEVER DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DA EMPRESA ESCOLHIDA. É O DESDOBRAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO ÀS RELAÇÕES DO TRABALHO, POR MEIO DA CULPA *IN ELIGENDO* E *IN VIGILANDO*. DEVE SOLICITAR, MENSALMENTE, A COMPROVAÇÃO QUANTO AOS RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS, FISCAIS E TRABALHISTAS. ESSA DENOTAÇÃO DECORRE DO FATO DE QUE O CRÉDITO TRABALHISTA É “SUPERPRIVILEGIADO” (ART. 186, CTN; ART. 449, CLT) (SÚMULA 331, IV, TST).

A EMPRESA TOMADORA NA INICIATIVA PRIVADA E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

CLARO ESTÁ QUE A EMPRESA TOMADORA DEVE SER INSERIDA NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL, PARA QUE POSSA SER RESPONSABILIZADA, EM CASO DO INADIMPLEMENTO POR PARTE DA EMPRESA PRESTADORA.

A INCLUSÃO É UMA MEDIDA SALUTAR, POIS, FAZENDO PARTE DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL, A EMPRESA TOMADORA PODERÁ REQUERER EM JUÍZO AS PROVAS NECESSÁRIAS, DEDUZIR OS SEUS ARGUMENTOS ETC., VISANDO AO RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DO AMPLO DIREITO DE DEFESA, COMO PILARES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

A EMPRESA TOMADORA NA INICIATIVA PRIVADA E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA TOMADORA ABRANGE TODOS OS TÍTULOS DECORRENTES DO CONTRATO DE TRABALHO, INCLUSIVE OS DE NATUREZA PUNITIVA, COMO, POR EXEMPLO: AS MULTAS DOS ARTS. 467 E 477; MULTA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS FUNDIÁRIOS (SÚMULA 331, VI).

A EMPRESA TOMADORA NA INICIATIVA PRIVADA E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O ART. 5º-A, § 5º (LEI 6.019, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.429), FIXA A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AO PERÍODO EM QUE SE BENEFICIOU DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, SENDO QUE O RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVE OBSERVAR O ART. 31, LEI 8.212/91 (RETENÇÃO DE 11% PELA EMPRESA TOMADORA DO VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS).

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

NOS TERMOS DA SÚMULA 331, TST, NA TERCEIRIZAÇÃO PERMITIDA (ESTÁGIOS: INICIAL E INTERMEDIÁRIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA DA EMPRESA TOMADORA), SEM QUE SE TENHA A PESSOALIDADE E A SUBORDINAÇÃO DIRETA DOS EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA JUNTO À EMPRESA TOMADORA, HAVERÁ A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA SEGUNDA PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS DA PRIMEIRA JUNTO AOS SEUS EMPREGADOS.

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

DIANTE DA FRAUDE NA CONTRATAÇÃO DAS DUAS EMPRESAS, FACE AOS TERMOS DA SÚMULA 331, NOS ESTÁGIOS INICIAL E INTERMEDIÁRIO DA CONTRATANTE, O VÍNCULO EMPREGATÍCIO SE FORMA ENTRE O TRABALHADOR E A EMPRESA TOMADORA, COM A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS DUAS EMPRESAS.

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

QUANDO NÃO HÁ A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO (SÚMULA 331), OU SEJA, NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA, INDEPENDENTEMENTE DA SUBORDINAÇÃO DIRETA OU DA PESSOALIDADE, FORMA-SE O VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE O TRABALHADOR E A EMPRESA TOMADORA, COM A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS DUAS EMPRESAS (TOMADORA E A PRESTADORA) (ART. 942, CC).

ATUALMENTE, ANTE OS TERMOS DA LEI 13.429, ALGUNS DEFENDEM QUE DEIXOU DE HAVER O LIMITE PARA A TERCEIRIZAÇÃO QUANTO AO COMPLEXO DE FUNÇÕES E TAREFAS INERENTES À ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA.

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

A TERCEIRIZAÇÃO É PERMITIDA NÃO SÓ NO ÂMBITO DA INICIATIVA COMO JUNTO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NA ÚLTIMA HIPÓTESE, O CONTRATO CELEBRADO ENTRE A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO É DE NATUREZA ADMINISTRATIVA COM EFEITOS CIVIS, NA CONFORMIDADE DO § 7º, ART. 10 DO DECRETO-LEI 200/67 E DA LEI 8.666/93 (ART. 4º, *CAPUT*, INSTRUÇÃO NORMATIVA MTB/GM 3, DE 29/8/1997).

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

CONTUDO, QUANDO SE TIVER A FRAUDE JUNTO À ATIVIDADE-FIM NA ÁREA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DIANTE DA REGRA CONSTITUCIONAL DA OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II E § 2º), NÃO HAVERÁ A FORMAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE O TRABALHADOR E A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.

A CONSEQUÊNCIA É NO SENTIDO DE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PELA JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO TST (SÚM. 331, IV), É A RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIA DOS DIREITOS TRABALHISTAS DOS TRABALHADORES DA EMPRESA PRESTADORA. DE IDÊNTICA FORMA ANTE OS TERMOS DA LEI 13.429 (ART. 5º, § 5º, LEI 6.019).

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DISSOCIA-SE DO ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93, O QUAL PREVÊ EXPRESSAMENTE: “A INADIMPLÊNCIA DO CONTRATADO COM REFERÊNCIA AOS ENCARGOS TRABALHISTAS, FISCAIS E COMERCIAIS NÃO TRANSFERE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A RESPONSABILIDADE POR SEU PAGAMENTO, NEM PODERÁ ONERAR O OBJETO DO CONTRATO OU RESTRINGIR A REGULARIZAÇÃO E O USO DAS OBRAS E EDIFICAÇÕES, INCLUSIVE PERANTE O REGISTRO DE IMÓVEIS.”

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

ASSIM, A LEI 8.666, QUE DISCIPLINA O PROCESSO LICITATÓRIO, EM SEU ART. 71, § 1º, EXCLUI QUALQUER RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO POR ENCARGOS TRABALHISTAS, FISCAIS E COMERCIAIS NÃO QUITADOS PELAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS.

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

NESTE PONTO, DOIS PODEM SER OS POSICIONAMENTOS:

(A) INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, NA MEDIDA EM QUE ESTARIA VIOLANDO O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE (ART. 5º, *CAPUT*) E OS PRECEITOS DE QUE O TRABALHO É UM DOS FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO (ART. 1º, IV), DIREITOS SOCIAIS GARANTIDOS CONSTITUCIONALMENTE (ART. 6º); A ORDEM ECONÔMICA DEVE ESTAR FUNDADA NA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO (ART. 170) E A ORDEM SOCIAL TEM COMO BASE O PRIMADO DO TRABALHO (ART. 193);

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

(B) INAPLICABILIDADE DO ART. 71, § 1º, NAS QUESTÕES DE TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA, JÁ QUE HÁ O SISTEMA POSITIVO A ATRIBUIR RESPONSABILIDADE ÀQUELE QUE AGE COM CULPA *IN VIGILANDO* E *IN ELIGENDO*, ALÉM DE POSSIBILITAR A FRAUDE A DIREITOS TRABALHISTAS E VIOLAR OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS MENCIONADOS.

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

IMPORTANTE LEMBRAR QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUANDO CONTRATA PESSOAL PELO REGIME DA CLT, EQUIPARA-SE AO EMPREGADOR PRIVADO, SEM QUALQUER PRERROGATIVA DE IMPÉRIO, APESAR DE SOFRER INÚMERAS LIMITAÇÕES PELAS NORMAS DE DIREITO PÚBLICO.

ACRESCENTE-SE, ADMITINDO A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE PARTE DA DOUTRINA ENTENDE QUE A RESPONSABILIDADE É OBJETIVA, CONFORME MANDAMENTO CONSTITUCIONAL (ART. 37, § 6º).

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

O STF FOI PROVOCADO A SE MANIFESTAR SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, LEI Nº 8.666 (ADIN 16/DF).

EM NOVEMBRO DE 2010, O PLENÁRIO DO STF, POR MAIORIA DE VOTOS, DECLAROU SUA CONSTITUCIONALIDADE.

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

EM MAIO DE 2011, O TST ESTABELECEU NOVA REDAÇÃO PARA O TÓPICO IV DA SÚMULA 331, AO SUPRIMIR DO SEU CONTEÚDO QUALQUER ALUSÃO AO TEOR DA LEI 8.666 E O SEU ART. 71, COM A SEGUINTE REDAÇÃO: *“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 Nº 8.666/93, 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.”*

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

A PARTIR DA ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331, O TST TEM EXIGIDO A DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DA EMPRESA TOMADORA, QUANDO SE TRATA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PARA A IMPOSIÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

NO RE 760931, O STF ENTENDEU PELA REPERCUSSÃO GERAL QUANTO À TEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. HÁ NO TST CERCA DE 8 MIL PROCESSOS COM RECURSO EXTRAORDINÁRIO AGUARDANDO A MANIFESTAÇÃO DO STF (ART. 1.036, § 1º, CPC).

EM MARÇO DE 2017, O STF FIXOU O ENTENDIMENTO DE QUE NÃO SE PODE TER A RESPONSABILIZAÇÃO AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SÓ CABENDO SUA CONDENAÇÃO SE HOUVER PROVA INEQUÍVOCA DE SUA CONDUTA OMISSIVA OU COMISSIVA NA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS.

CONSEQUÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

O ART. 5º-A, § 5º (LEI 6.019, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.429), FIXA A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AO PERÍODO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, SENDO QUE O RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVE OBSERVAR O ART. 31, LEI 8.212/91 (RETENÇÃO DE 11% PELA EMPRESA TOMADORA DO VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS).

IGUALDADE SALARIAL NA TERCEIRIZAÇÃO

ASSEGURA-SE PARA O TRABALHADOR TEMPORÁRIO REMUNERAÇÃO EQUIVALENTE À PERCEBIDA PELOS EMPREGADOS DA MESMA CATEGORIA DA EMPRESA TOMADORA OU CLIENTE, CALCULADOS À BASE HORÁRIA, GARANTIDA, EM QUALQUER HIPÓTESE, A PERCEPÇÃO DO SALÁRIO-MÍNIMO REGIONAL (ART. 12, A, LEI 6.019/74). TRATA-SE DO SALÁRIO EQUITATIVO (OJ 383, SDI-I).

SERÁ QUE O SALÁRIO EQUITATIVO DEVE SER TAMBÉM APLICÁVEL ÀS DEMAIS SITUAÇÕES EM QUE SE TENHA A TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA?

IGUALDADE SALARIAL NA TERCEIRIZAÇÃO

AS SUAS JUSTIFICATIVAS SÃO:

(A) É INADMISSÍVEL UMA DISCRIMINAÇÃO SOCIOECONÔMICA, O QUE FERE A PRÓPRIA DIGNIDADE DO TRABALHADOR;

(B) A TERCEIRIZAÇÃO, SEM A ISONOMIA, É UMA FÓRMULA DE AVILTAMENTO DE SALÁRIOS E DO PADRÃO SOCIAL DOS TRABALHADORES;

(C) A PRESENÇA DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS, OS QUAIS ASSEGURAM A NÃO DISCRIMINAÇÃO (ART. 5º, *CAPUT* E I; ART. 7º, XXXII).

IGUALDADE SALARIAL NA TERCEIRIZAÇÃO

INFELIZMENTE A LEI 13.429/17 NADA DISPÕE A RESPEITO DO SALÁRIO EQUITATIVO ENTRE OS TRABALHADORES DA EMPRESA PRESTADORA EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS DA TOMADORA. NO FUNDO, A TERCEIRIZAÇÃO É UMA FORMA DE PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS.