

Nota Técnica Associação Nacional dos Procurados do Trabalho (ANPT)

PL 6456/2016, de autoria da deputada Érika Kokay, que dispõe sobre a garantia dos direitos dos trabalhadores nas contratações de serviços terceirizados.

A Lei 13.467/2017, que implementou a reforma trabalhista, inseriu na Lei 6.019/1974 novas disposições voltadas a disciplinar a contratação de serviços terceirizados, complementando a disciplina iniciada com a Lei 13.429/2017.

Superando tradição jurisprudencial trintenária sobre a matéria, que limitava a terceirização às atividades-meio das empresas tomadoras (Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho), a nova legislação autorizou a prática da terceirização irrestrita, em todas as atividades empresariais, sem adotar, em contrapartida, as cautelas mínimas necessárias para evitar que o uso abusivo do instituto venha a aniquilar a efetividade dos direitos sociais trabalhistas dos trabalhadores terceirizados.

Pesquisas demonstram que a prática da terceirização enseja profunda fragilidade ao vínculo de emprego, sujeitando o trabalhador terceirizado a diversos prejuízos jurídicos, comparativamente ao trabalhador contratado diretamente, tais como:

a) a terceirização afasta o trabalhador terceirizado da categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa beneficiária final de sua mão de obra, com consequente perda da representatividade sindical e dos direitos previstos em suas normas coletivas, como participação nos lucros e resultados e benefícios sociais etc.

b) enseja maior rotatividade contratual, com redução de eficácia de direitos que dependem do tempo de serviço, como férias, FGTS, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, aposentadoria etc.;

c) provoca maiores dificuldades na implementação de medidas de proteção à saúde e segurança, em face da rotatividade do trabalhador nos diversos ambientes de trabalho das empresas tomadoras;

d) resulta em redução remuneratória e pressão por aumento da jornada, em decorrência da sujeição do contrato de prestação de serviço às pressões do mercado;

e) facilita discriminação remuneratória entre trabalhador terceirizado e trabalhador contratado diretamente, em violação ao direito de isonomia salarial por trabalho de igual valor etc.

Além de todos esses aspectos, a terceirização submete o trabalhador terceirizado a **maior risco de inadimplemento de seus direitos**, em face da maior fragilidade econômica e alta rotatividade das empresas prestadoras de serviço, inclusive quando a terceirização é contratada pela Administração Pública.

Fiscalização contratual e medidas de prevenção de riscos

As disposições dos arts. 1º a 6º visam a instituir mecanismos de anteparo aos riscos produzidos pela terceirização de serviços aos direitos dos trabalhadores terceirizados.

Com o alargamento da autorização legal para prática da terceirização, as normas de proteção ao trabalho terceirizado constituem medida de proporcionalidade, voltada a conferir equilíbrio entre o valor social da livre iniciativa e a função social do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil (CF/1988, art. 1º IV).

O art. 2º do Projeto de Lei ratifica a disposição do art. 5º-A, § 5º, da Lei n. 6.019/1974, com redação dada pela Lei 13.467/2017,¹ no ponto em que prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto aos direitos trabalhistas e previdenciários. Oferece importante inovação, no entanto, ao se dirigir não apenas ao tomador de serviços da iniciativa privada, mas

¹ § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

também ao tomador integrante da Administração Pública, por articulação com o art. 1º, segundo o qual, “esta lei dispõe sobre a garantia dos direitos dos trabalhadores nas contratações de serviços terceirizados por pessoas jurídicas de direito público ou privado.”

Os arts. 3º e 4º do Projeto também exercem importante papel preventivo de riscos, ao determinar o provisionamento dos recursos necessários para pagamento de direitos cujos pagamentos são diferidos no tempo (décimo terceiro, férias, aviso prévio e depósitos do FGTS), pela entidade contratante, e seu depósito em conta vinculada, para pagamento direto aos trabalhadores no tempo e modo. Com essa medida, evita-se que tais recursos, transferidos à empresa contratada, sejam utilizados para fins diversos daqueles a que se destinam especificamente.

Por sua vez, o art. 5º do Projeto de Lei institui eficazes mecanismos de fiscalização e controle contratual, pelo tomador de serviço, voltados a garantir a comprovação de pagamento sistemáticos dos direitos trabalhistas (I); o pagamento direto do trabalhador, pelo tomador, em caso de inadimplemento salarial (II); a quitação contratual somente após comprovação de quitação de todos os direitos trabalhistas (III); a concessão de férias ao trabalhador terceirizado, ao final do período aquisitivo, mesmo em caso de sucessivos contratos de terceirização no curso desse período (IV a VI).

Elevando as garantias de cumprimento de direitos trabalhistas, nos contratos de terceirização, o Projeto em apreço promove o valor social do trabalho terceirizado, em plena sintonia com os mandados constitucionais.

Terceirização na Administração Pública

No âmbito público, os riscos de inadimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados se acentuam, em face da vedação de responsabilidade subsidiária do Poder Público, contida no § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, e da ausência de disposições legais que obriguem o gestor público à estrita fiscalização dos contratos de terceirização e, especialmente, da ausência de norma que imponha a adoção de medidas emergenciais eficazes,

voltadas a prevenir o descumprimento de direitos dos trabalhadores terceirizados.

A esse respeito, a Lei n. 8.666/1993 apenas prevê a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista da empresa licitante, no momento do certame (ars. 27 e 29),² medidas genéricas de fiscalização contratual (art. 67)³ e a possibilidade de rescisão contratual na hipótese de inexecução do ajuste (art. 78).⁴ Não há previsão legal sobre o modo eficaz de fiscalização dos contratos de terceirização, sobre medidas preventivas de inadimplemento de direitos trabalhistas e nem previsão das medidas necessárias ao pagamento dos direitos dos trabalhadores com uso de recursos contratuais. Todas as providências adotadas pelo Poder Público, com essa finalidade, dependem de intermediação do Ministério Público do Trabalho ou da Justiça do Trabalho.

A ausência de garantias legais eficazes de fiscalização dos contratos de terceirização enseja inúmeros episódios de rompimento contratual de contratos de terceirização com o Poder Público, sem o correspondente pagamento de

² Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – **regularidade fiscal e trabalhista** (sem destaque no original).

Art. 29. **A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista**, conforme o caso, consistirá em:

(...)

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS),² demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V – **prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa**, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (sem destaque no original).

³ Art. 67. **A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado**, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º **O representante da Administração anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.**

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes (sem destaque no original).

⁴ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei (...) (sem destaques no original).

rescisões contratuais dos trabalhadores, desaguando em conflitos trabalhistas de ampla dimensão, conforme revelam reiterados casos noticiados pela mídia.

Os riscos de prejuízos aos trabalhadores terceirizados ainda se potencializaram, nos últimos tempos, em face, primeiro, do extenso alargamento normativo das hipóteses de atividades que podem ser terceirizadas pela Administração Pública, à luz do recém-editado **Decreto Federal n. 9.507, de 21 de setembro de 2018**, e, ao mesmo tempo, em face da restrição que o Supremo Tribunal Federal impôs à responsabilização subsidiária do Poder Público pelo inadimplemento de direitos dos trabalhadores terceirizados, no julgamento da **ADC 16/DF** e do **ARE 760.931/DF** com repercussão geral.

Revogando o Decreto Federal n. 2.271/1997, que limitava a terceirização de serviços a atividades de apoio no âmbito da Administração Pública direta, o Decreto 9.507/2018 passou a autorizar a contratação terceirizada de serviços em quaisquer atividades, inclusive aquelas idênticas às desenvolvidas por servidores e empregados públicos, quando os respectivos cargos ou empregos estiverem em extinção, à exceção, apenas, das atividades que envolvam tomada de decisão institucional, planejamento, coordenação, supervisão, controle, poder de política, regulação e outorga de serviços públicos (art. 3º).⁵

No âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, o Decreto 9.507/2018 ampliou ainda mais a possibilidade de terceirização de serviços, somente vedando a contratação quando coincidir com atribuições de cargos e empregos públicos, regra, ainda assim, sujeita a diversas exceções (art. 4º).⁶ Com *vacatio legis* de 120 (cento e vinte dias) da data de sua publicação, a norma entrou em vigor em **21 de janeiro de 2019**.

⁵ Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

⁶ Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada,

Essa ampliação dos espaços da terceirização no âmbito público ocorre num momento em que o trabalhador terceirizado já não goza da garantia de responsabilidade subsidiária automática do Poder Público, quando seus direitos são descumpridos pela empresa terceirizada, tal como ocorria no passado, por aplicação da Súmula 331, IV, do TST.

No julgamento da ADC 16/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, o STF declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, decidindo, por consequência, pela **impossibilidade de reconhecimento judicial da responsabilidade subsidiária automática do Poder Público** pelo descumprimento de direitos dos trabalhadores terceirizados, somente admitindo essa responsabilidade quando comprovada a culpa da Administração, por ausência de fiscalização adequada do contrato, fato a ser demonstrado pelo trabalhador.⁷

Posteriormente, no julgamento do ARE 760.931/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, o STF aprofundou esse posicionamento, fixando tese com repercussão geral no sentido de que “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.⁸

Desse quadro normativo e jurisprudencial decorre o alargamento das hipóteses de terceirização de atividades no âmbito de Administração

de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

⁷ EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência conseqüente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Conseqüência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, neste sentido **procedente. Voto vencido**. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995 (sem destaques no original). Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADC 16/DF. Relator: Ministro CEZAR PELUSO. 24 nov. 2010, maioria. *Diário de Justiça Eletrônico* 173, 9 set. 2011.

⁸ STF, ARE 760.931, Rel. Min. Rosa Weber, Red. Ministro Luiz Fux. DJe, 11/09/2017.

Pública, com todos os prejuízos que essa modalidade de contratação enseja ao trabalhador terceirizado, ao mesmo tempo em que se destitui esse trabalhador da garantia de responsabilidade subsidiária automática do Poder Público pelo cumprimento de seus direitos.

Esses fatores ensejam extrema abusividade no uso do instrumento de contratação flexível (a terceirização) pelo Poder Público, sem as correspondentes cautelas e proteções aos direitos dos trabalhadores envolvidos, numa superposição inconstitucional dos interesses econômicos do aparelho do Estado em detrimento do valor social do trabalho (CF/1988, art. 1º, IV).

Tal cenário revela a importância das disposições dos arts. 1º a 6º do presente Projeto de Lei, que instituem medidas de fiscalização e prevenção de inadimplemento de direitos trabalhistas, aplicáveis ao Poder Público. Ainda sobreleva a imprescindibilidade da disposição do art. 7º do presente Projeto de Lei, que altera o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, para **permitir a responsabilização subsidiária do Poder Público pelos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados**, nos mesmos moldes da responsabilidade atribuída ao tomador de serviços da iniciativa privada.

Nos termos do art. 5º-A, § 5º, da Lei 6.019/1974, com redação dada pela Lei 13.467/2017, “a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços (...)”.

As disposições do Projeto constituem, assim, medidas de inteira equidade, ao instituírem garantias idênticas para os trabalhadores terceirizados nas contratações efetuadas pela iniciativa privada e pelo Poder Público, tendo em conta que ambos encontram-se submetidos a idênticos riscos e vulnerabilidades.

Pelas razões expostas, a ANPT opina favoravelmente à aprovação do Projeto de Lei 6456/16, ora em trâmite na Comissão de Desenvolvimento



Econômico, Indústria, Comércio e Serviços (CDEICS) da Câmara dos Deputados.

ÂNGELO FABIANO FARIAS DA COSTA
Presidente

HELDER SANTOS AMORIM
Vice-Presidente