**Um parecer da Divisão de Trabalho Justo do Ministério Público sobre a
M.G.L. c. 149, s. 148B
2008/1¹**

O Gabinete da Promotoria Geral (AGO) emite o seguinte parecer a respeito da [M.G.L. c. 149, s. 148B](#), a Lei de Contratante Independente de Massachusetts ou a Lei de Classificação Errônea de Massachusetts (a “Lei”). Este parecer fornece orientação com relação ao entendimento e à aplicação da Lei pela Promotoria Geral. Este parecer não é um parecer formal. As opiniões da Promotoria Geral são documentos formais emitidos de acordo com a autoridade estatutária específica. [M.G.L. c. 12, s. 3, 6, e 9](#). O parecer se destina apenas a fornecer orientação e não cria quaisquer direitos ou recursos.

I. INTRODUÇÃO

A. A necessidade de aplicação da lei

A necessidade de classificação adequada dos indivíduos no local de trabalho é de suma importância para a Commonwealth.² As entidades que classificam erroneamente os indivíduos estão, em muitos casos, cometendo fraude de seguro e privam os indivíduos das muitas proteções e benefícios, públicos e privados, de que os funcionários desfrutam. As pessoas classificadas incorretamente geralmente ficam sem seguro-desemprego e benefícios de indenização dos trabalhadores. Além disso, as pessoas classificadas incorretamente não têm acesso a assistência médica fornecida pelo empregador e podem receber salários reduzidos ou pagamentos em dinheiro como salário.

Da mesma forma, as entidades que classificam erroneamente os indivíduos privam a Commonwealth da receita fiscal que o estado receberia dos impostos sobre a folha de pagamento. Além disso, como resultado da classificação incorreta, a Commonwealth geralmente incorre em custos adicionais, como o fornecimento de cobertura de saúde para trabalhadores sem seguro. Outros possíveis custos para a Commonwealth incluem o fornecimento de benefícios de indenização de trabalhadores pagos pelo Fundo Fiduciário de Indenização de Trabalhadores e assistência ao desemprego sem a contribuição do empregador para o fundo da Divisão de Assistência ao Desemprego, entre outros custos indiretos.

Por fim, as empresas que classificam adequadamente os funcionários e seguem todos os estatutos relevantes em relação ao emprego provavelmente estarão em uma desvantagem competitiva distinta ao disputar o mesmo trabalho, clientes ou contratos que as empresas que não seguem as regras. Além disso, ao pagar os devidos impostos e prêmios de seguro, as empresas que seguem a lei estão, na verdade, subsidiando as empresas que não seguem. A classificação incorreta prejudica a concorrência justa no mercado e afeta negativamente o ambiente de negócios na Commonwealth. A AGO espera que as empresas contratem apenas empresas que classifiquem corretamente seus funcionários.

¹ Este parecer substitui os pareceres anteriores da Promotoria Geral sobre a M.G.L. c. 149, s. 148B, incluindo “Um parecer da Promotoria Geral, Emendas à Lei de Contratante Independente de Massachusetts”, parecer 2004/2; e um “parecer da Divisão de Práticas Comerciais e de Trabalho Justo da Promotoria Geral sobre a questão de Empregado versus Contratante Independente”, parecer 94/3.

² O Comissário da Receita é encarregado de administrar as leis de retenção de salários de Massachusetts de acordo com a [M.G.L. c. 62B](#), que fornece uma definição de funcionário diferente da [M.G.L. c. 149, s. 148B](#), para fins de retenção do imposto de renda de Massachusetts. Consulte [Departamento de Receitas TIR 05-11: Efeito da nova classificação de empregados segundo a M.G.L. c. 149, s. 148B sobre a retenção de imposto sobre salários segundo a M.G.L. c. 62B](#). Além disso, existe uma definição semelhante, mas não idêntica, à M.G.L. c. 149, s. 148B, para fins de seguro-desemprego. [M.G.L. c. 151A, s. 2](#). A Lei de Indenização de Trabalhadores de Massachusetts também fornece uma definição diferente de funcionário. [M.G.L. c. 152, s. 1\(4\)](#).

B. A história da lei

A classificação adequada dos funcionários é, há muito tempo, uma questão de grande preocupação na Commonwealth. Sob a lei comum, vários fatores determinavam a existência de uma relação empregador/empregado com base na totalidade da relação. Veja, por exemplo, *Commonwealth v. Savage*, 31 Mass. App. Ct. 714 (1991). Esses fatores incluíam o grau de controle, a oportunidade de lucro e o risco de perda, o investimento do funcionário nas instalações da empresa, a permanência do relacionamento, a habilidade exigida e o grau em que os serviços do funcionário eram essenciais para a empresa.

Em 1990, Massachusetts promulgou a primeira versão da lei. Ao promulgar a Lei, o Legislativo estabeleceu que, apesar de uma relação de trabalho poder ser considerada uma relação de contratante independente de acordo com a lei comum, o trabalhador ainda pode ser considerado empregado para os fins da Lei. *Boston Bicycle Couriers v. Deputy Director of the Division of Employment and Training*, 56 Mass. App. Ct. 473, 477 (2002).

Depois de sua promulgação em 1990, a lei passou por várias alterações, incluindo: Seção 214 do Capítulo 286 das Leis de 1992; Seção 165 do Capítulo 110 das Leis de 1993; Seção 12 do [Capítulo 236 das Leis de 1998](#); e Seção 26 do [Capítulo 193 das Leis de 2004](#). A emenda de 2004 foi parte da legislação que fez amplas alterações nas leis que regem o setor de construção pública. No entanto, a Lei, incluindo a emenda de 2004, aplica-se de forma mais ampla a uma grande variedade de setores. A emenda de 2004 manteve intacto, em grande parte, o padrão para determinar se um indivíduo é um funcionário, mas fez várias alterações em relação à versão anterior do estatuto. A emenda excluiu o elemento “ou é realizado fora de todos os locais de negócios da empresa” como um fator alternativo na segunda etapa. Além disso, o primeiro elemento da segunda etapa da Lei tinha a seguinte redação: “tal serviço é prestado... fora do curso normal dos negócios *para os quais o serviço é prestado...*” Após a emenda de 2004, o elemento passou a ter a seguinte redação: “o serviço é realizado fora do curso normal dos negócios *do empregador.*” Por fim, a emenda acrescentou “comércio” à lista de atividades qualificadas para o status de contratante independente na terceira etapa.

II. A LEI

[M.G.L. c. 149, s. 148B](#), fornece um teste de três partes que exige que todos os três elementos (comumente chamados de prongs um, dois e três ou o teste A, B, C) existam para que um indivíduo seja classificado como não empregado. O ônus da prova recai sobre o empregador, e a incapacidade de um empregador de provar qualquer um dos elementos é suficiente para concluir que o indivíduo em questão é um empregado. [M.G.L. c. 149, s. 148B](#) (usando o termo “a menos que”). Consulte também [Scalli v. Citizens Financial Group](#), 2006 WL 1581625, *14 (D. Mass. 2006); [Rainbow Development, LLC v. Com., Dept. of Industrial Accidents](#), 2005 WL 3543770, *2 (Mass. Sup. Ct. 2005).

Os tribunais tiveram uma oportunidade limitada de interpretar a [M.G.L. c. 149, s. 148B](#). Em *College News Service v. Department of Industrial Accidents*, 21 Mass.L.Rptr. 464, 2006 WL 2830971, o Tribunal Superior observou que a [M.G.L. c. 149, s. 148B](#) é quase idêntico à [M.G.L. c. 151A, s. 2](#), o estatuto usado pela Divisão de Assistência ao Desemprego, e, portanto, baseou-se na jurisprudência que analisa a [M.G.L. c. 151A, s. 2](#), para interpretar a [M.G.L. c. 149, s. 148B](#). Veja *4 (“Se o Legislativo usar a mesma linguagem em várias disposições relativas ao mesmo assunto [por exemplo, a definição de um funcionário em distinção de um contratado independente], os tribunais presumirão que ele deu à linguagem o mesmo significado em cada disposição.”).

Consulte também *Commonwealth v. Germano*, 379 Mass. 268, 275-76 (1979). Como as partes um e três da [M.G.L. c. 149, s. 148B](#) e da [M.G.L. c. 151A, s. 2](#) são quase idênticos e como a parte dois da [M.G.L. c. 149, s. 148B](#) contém uma das duas etapas da parte dois da [M.G.L. c. 151A, s. 2](#), a jurisprudência de Massachusetts que interpreta a [M.G.L. c. 151A, s. 2](#) fornece um guia útil para interpretar a [M.G.L. c. 149, s. 148B](#).

A. O teste de três partes

Primeira parte: Liberdade de controle

A primeira parte da [M.G.L. c. 149, s. 148B](#) dispõe que o indivíduo deve estar “livre de controle e direção em relação à execução do serviço, tanto sob seu contrato para a execução do serviço quanto de fato” para que o indivíduo seja um contratado independente. Em *Commissioner of the Division of Unemployment Assistance v. Town Taxi of Cape Cod*, 68 Mass. App. Ct. 426, 434 (2007), a Corte observou ao interpretar a linguagem quase idêntica da primeira parte da [M.G.L. c. 151A, s. 2](#) que:

A primeira parte do teste examina o grau de controle e direção mantido pela entidade empregadora sobre os serviços prestados. O ônus de demonstrar que os serviços em questão são prestados sem o seu controle ou direção recai sobre o empregador. O teste não é tão restrito a ponto de exigir que um trabalhador esteja totalmente livre de direção e controle de forças externas.

Id. (citações omitidas).

A primeira parte do teste inclui a determinação do controle e da direção reais do empregador sobre o indivíduo. Consulte [M.G.L. c. 149, s. 148B](#) (usando a frase “de fato”). Um contrato de trabalho ou uma descrição de cargo que indique que um indivíduo está livre de direção ou controle de supervisão não é suficiente, por si só, para classificar um indivíduo como um contratado independente nos termos da Lei. Para estar livre da direção e do controle de um empregador, as atividades e deveres de um trabalhador devem ser realmente executados com o mínimo de instrução. Por exemplo, um contratado independente conclui o trabalho usando sua própria abordagem com pouca orientação e dita as horas em que trabalhará no trabalho.

Segunda parte: Serviço fora do curso normal dos negócios do empregador

A segunda parte da [M.G.L. c. 149, s. 148B\(a\)\(2\)](#) dispõe que o serviço que o indivíduo realiza deve estar “fora do curso normal dos negócios do empregador” para que o indivíduo não seja classificado como empregado. Antes da alteração de 2004, o empregador poderia alternativamente demonstrar que o trabalho era realizado “fora de todos os locais de negócios da empresa”. A lei não define “curso normal dos negócios” e os tribunais de Massachusetts tiveram oportunidades limitadas para fazê-lo. Em *Athol Daily News v. Division of Employment and Training*, 439 Mass. 171, 179 (2003), o Tribunal concluiu que os transportadores de jornais estavam realizando o “curso normal dos negócios” do jornal, baseando-se na definição do próprio empregador de seus negócios. Em *American Zurich v. Dept. of Industrial Accidents*, 2006 WL 2205085, *4 (Mass. Super. 2006), o juiz Paul Troy observou que “um trabalhador cujos serviços formam uma parte regular e contínua dos negócios do empregador” e “cujo método de operação não é um negócio independente” por meio do qual os custos de indenização dos trabalhadores podem ser canalizados, “deve ser considerado um empregado”. *Id.* No entanto, “se o trabalhador estiver prestando serviços que fazem parte de uma empresa independente, separada e distinta da empresa do empregador”, o segundo critério não está implicado. *Id.*

Terceira parte: Comércio, ocupação, profissão ou negócio independente

O terceiro critério prevê que o indivíduo “esteja habitualmente envolvido em um comércio, ocupação, profissão ou negócio estabelecido de forma independente, da mesma natureza que a envolvida no serviço prestado” para que o indivíduo seja classificado como não empregado. [M.G.L. c. 149, s. 148B\(a\)\(3\)](#). “De acordo com o terceiro critério, o tribunal deve considerar se o serviço em questão pode ser visto como um comércio ou negócio independente porque o trabalhador é capaz de prestar o serviço a qualquer pessoa que deseje utilizá-lo ou, ao contrário, se a natureza do negócio obriga o trabalhador a depender de um único empregador para a continuação dos serviços.” *Coverall v. Division of Unemployment Assistance*, 447 Mass. 852, 857-58 (2006) (interpretando a parte três da M.G.L. c. 151A, s. 2). O tribunal continuou a observar em *Coverall*:

Embora o tribunal possa considerar se um trabalhador é capaz de prestar o serviço a qualquer pessoa que deseje usufruir dos serviços, o tribunal também pode considerar se a natureza do negócio obriga o trabalhador a depender de um único empregador para a continuação dos serviços [citação omitida]. A esse respeito, determinamos se o trabalhador está usando o chapéu de empregado da empresa empregadora ou se está usando o chapéu de sua própria empresa independente.

Id.

B. Questões consideradas irrelevantes

A falha do empregador em reter impostos, contribuir para o seguro-desemprego ou fornecer indenização ao trabalhador não é considerada ao analisar se um funcionário foi classificado adequadamente como empregado. [M.G.L. c. 149, s. 148B\(b\)](#). Portanto, a crença de um empregador de que um trabalhador deveria ser um contratado independente não tem relevância para determinar se houve violação da Lei. Da mesma forma, a Lei considera irrelevante o status de um trabalhador como “proprietário único ou sociedade”, para fins de obtenção de seguro de indenização do trabalhador. [M.G.L. c. 149, s. 148B\(c\)](#).

C. Violação da lei

[M.G.L. c. 149, s. 148B\(d\)](#) dispõe que um empregador viola a lei quando ocorrem dois atos. Primeiro, o empregador classifica ou trata o indivíduo de outra forma que não como funcionário, embora o trabalhador não atenda a cada um dos critérios do teste de três pontos. Segundo, ao receber serviços do indivíduo, o empregador viola uma ou mais das seguintes leis enumeradas na Lei:

- As leis de salário e hora estabelecidas em [M.G.L. c. 149](#).
- A lei de salário mínimo estabelecida em [M.G.L. c. 151, s. 1A, 1B, and 19](#); [455 CMR 2.01](#), *et seq.*
- A lei de horas extras estabelecida em [M.G.L. c. 151, s. 1, 1A, 1B, and 19](#).
- A lei que exige que os empregadores mantenham registros verdadeiros e precisos da folha de pagamento dos funcionários e forneçam os registros ao Procurador Geral mediante solicitação, conforme exigido pela [M.G.L. c. 151, s. 15](#).
- Disposições que exigem que os empregadores tomem e paguem impostos retidos na fonte sobre os salários dos funcionários. [M.G.L. c. 62B](#).³
- As disposições de indenização do trabalhador que punem a classificação incorreta e consciente de um funcionário. [M.G.L. c. 152, s. 14](#).

³ Como observado na nota de rodapé 2, para fins de retenção de imposto de renda, a [M.G.L. c. 62B](#) fornece uma definição de funcionário que difere do teste de três partes da [M.G.L. c. 149, s. 148B](#).

O estatuto autoriza a Promotoria Geral a impor penalidades civis e criminais substanciais e, em determinadas circunstâncias, a excluir os infratores de contratos de obras públicas. [M.G.L. c. 149, s. 27C\(a\)\(3\)](#). As penalidades e a duração da exclusão dependem da natureza e do número de violações. [M.G.L. c. 149, s. 148B\(d\)](#) também cria responsabilidade tanto para entidades comerciais quanto para indivíduos, incluindo diretores corporativos e aqueles com autoridade de gerenciamento sobre os trabalhadores afetados.

III. DIRETRIZES DE APLICAÇÃO

A. Diretrizes gerais de aplicação

A AGO reconhece que as diretrizes de aplicação são úteis para empregadores, entidades e indivíduos que precisam determinar se uma determinada situação ou indivíduo tem status de empregado. Ao aplicar a Lei, a AGO tenta proteger os trabalhadores, as empresas legítimas e a Commonwealth, de acordo com os objetivos da Lei descritos na Introdução.

A Lei se concentra na classificação errônea de indivíduos. Caso todos os indivíduos que prestam um serviço sejam classificados e legitimamente tratados como funcionários de uma entidade (renda W-2 paga, formulários de impostos W-2 recebidos, sujeitos a retenções de impostos federais e estaduais, cobertos por seguro de compensação de trabalhadores, qualificados para benefícios de compensação de desemprego, etc.) e estejam prestando o serviço como funcionários, então não há classificação incorreta desses trabalhadores. Dessa forma, ao determinar se a Lei foi violada, a questão inicial é se um indivíduo ou indivíduos são classificados de forma diferente de um funcionário. Por exemplo, se a empresa de pintura X não puder concluir um trabalho de pintura e contratar a empresa de pintura Y como subcontratada para concluir o trabalho de pintura, desde que todos os indivíduos que executem a pintura sejam funcionários da empresa Y, então a Lei não se aplica. Entretanto, se a empresa de pintura X contratar indivíduos como prestadores de serviços independentes para concluir o trabalho de pintura, isso seria uma violação do segundo princípio e uma classificação incorreta de acordo com a Lei.

A AGO está ciente de que existem contratantes independentes legítimos e relações entre empresas na Commonwealth. Essas relações comerciais são importantes para o bem-estar econômico da Commonwealth e, desde que sejam legítimas e cumpram seus requisitos legais, não serão afetadas negativamente pela aplicação da Lei. A dificuldade surge quando as empresas são criadas e mantidas para evitar a Lei. A AGO aplicará a Lei contra entidades que permitam, solicitem ou contratem entidades corporativas, como LLCs ou corporações S, que existam com o objetivo de evitar a Lei. Nessas situações, a AGO considerará, entre outros fatores, se: os serviços do suposto prestador de serviços independente não estão de fato disponíveis para outras entidades além da entidade contratante, mesmo que pretendam estar; se os negócios da entidade contratante não são diferentes dos serviços prestados pelo suposto prestador de serviços independente; ou se o suposto prestador de serviços independente é apenas uma empresa solicitada ou exigida pela entidade contratante.

Ao analisar situações de classificação errônea, a AGO considera certos fatores como fortes indícios de classificação errônea que justificam uma investigação mais aprofundada e podem resultar em aplicação. Esses fatores incluem:

- Indivíduos que prestam serviços para um empregador que não estão refletidos nos registros comerciais do empregador;
- Indivíduos que prestam serviços e são pagos “por fora dos registros”, “por baixo da mesa”, em dinheiro ou não fornecem documentos que reflitam o pagamento;
- Cobertura insuficiente ou inexistente de indenização dos trabalhadores;
- Os indivíduos que prestam serviços não recebem 1099s ou W-2s de nenhuma entidade;

- A entidade contratante fornece equipamentos, ferramentas e suprimentos a indivíduos ou exige a compra de tais materiais diretamente da entidade contratante; e
- Os supostos contratados independentes não pagam imposto de renda ou contribuições patronais à Divisão de Assistência ao Desemprego.

Como não é viável abordar nesta Consultoria todas as situações que poderiam ocorrer e como cada caso envolve seu próprio conjunto de fatos, deve-se reconhecer que cada possível ação de execução deve ser analisada pela AGO caso a caso, de acordo com a Lei.

B. Diretrizes da segunda etapa

Devido à natureza do segundo ponto e à falta de precedentes judiciais, a AGO reconhece a complexidade que o segundo ponto apresenta e as preocupações com relação a contratantes independentes legítimos, particularmente entre determinados segmentos da força de trabalho.

Conforme discutido acima, a AGO enfatiza que a questão inicial para determinar se a Lei foi violada é se um indivíduo ou indivíduos são classificados como não funcionários. Somente quando um indivíduo ou indivíduos forem classificados como não empregados é que se determinará se algum dos princípios - incluindo o complexo princípio dois - foi violado.

No *Athol Daily News*, a Suprema Corte informou que nenhum dos critérios deve ser lido de forma tão ampla a ponto de tornar supérfluos os outros fatores do teste. 439 Mass. em 180. Assim, o segundo critério não deve ser interpretado de forma a incluir todos os aspectos de um negócio, de modo que os critérios um e três se tornem desnecessários.

Em suas ações de aplicação da lei, a AGO considerará se o serviço que o indivíduo está prestando é necessário para os negócios da unidade empregadora ou se é meramente incidental para determinar se o indivíduo pode ser classificado adequadamente como outro que não um funcionário de acordo com o segundo critério.

Alguns exemplos de como a Promotoria Geral aplicará o segundo critério⁴:

- Uma empresa de drywall classifica um indivíduo que está instalando drywall como um contratado independente. Isso seria uma violação do segundo princípio, pois o indivíduo que instala o drywall está realizando uma parte essencial dos negócios do empregador.
- Uma empresa que atua no ramo de avaliações de veículos automotores classifica um avaliador individual como um prestador de serviços independente. Isso seria uma violação do segundo princípio porque o avaliador está realizando uma parte essencial dos negócios da empresa de avaliação.
- Uma empresa de contabilidade contrata um indivíduo para mover móveis de escritório. O segundo princípio não é aplicável (embora os princípios um e três possam ser) porque a movimentação de móveis é incidental e não é necessária para os negócios da empresa de contabilidade.

⁴ Ao interpretar a lei de contratante independente de Illinois, a Suprema Corte de Illinois observou em *Carpetland U.S.A., Inc. v. IL Dept. of Employment Security*, 201 Ill.2d 351, 386-88 (2002):

A lavagem de janelas ou o corte de grama para uma empresa é incidental. Mas quando se está no ramo de venda de um produto, as ligações de vendas feitas por representantes de vendas estão no curso normal dos negócios porque as ligações de vendas são necessárias. Quando alguém está no negócio de despachar limusines, os serviços dos motoristas são fornecidos no curso normal dos negócios porque o ato de dirigir é necessário para o negócio.

Embora o estatuto de Illinois não seja igual ao estatuto de Massachusetts, a análise do tribunal é útil para orientação sobre como a Promotoria Geral realizará a aplicação da segunda parte.

IV. CONCLUSÃO

Conforme refletido neste parecer, a AGO cumprirá suas responsabilidades de aplicação para atender aos objetivos da Lei, conforme articulado na Introdução. A Lei foi aprovada e alterada ao longo do tempo para tratar de abusos graves cometidos por várias entidades, e o objetivo da AGO é prevenir e remediar essas práticas sem interromper a atividade comercial legítima.