

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE DO TOMADOR

Maria Cecília Alves Pinto*

ENUNCIADO N. 256 DO TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (Res. TST 04/86, 22.09.86, DJ 30.09.1986).

ENUNCIADO N. 331 DO TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256.

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 n. 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 n. 7.102, de 20.06.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a 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 (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. n. 96, de 11.09.00, DJ 18.09.00)

1 - INTRODUÇÃO

A terceirização de serviços, também denominada de terciarização de serviços, em clara reminiscência ao setor terciário da economia, que envolve os serviços em geral, ou também parceria de empresas e, ainda, desverticalização empresarial, vem ocupando os estudiosos do direito do trabalho, em decorrência de ter se tornado prática comum nos últimos tempos, passando a existir uma relação jurídica trilateral ou triangular, distinta daquela relação jurídica bilateral ou linear que se estabelece no contrato de trabalho, onde o empregado se vincula diretamente ao empregador, prestando-lhe serviços pessoais, não eventuais (ligados à atividade-fim), de forma subordinada e mediante salário (art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho).

* Maria Cecília Alves Pinto é Juíza titular da 26ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

Na terceirização, surge a figura do tomador de serviços, que contrata empresa ou pessoa física, para intermediar a prestação laboral, estando os trabalhadores a ela vinculados. A relação de emprego se estabelece com a empresa ou pessoa física, cuja atividade consiste em disponibilizar mão-de-obra para outrem - o cliente, havendo uma dissociação dos elementos que caracterizam a relação de emprego, nos moldes tradicionalmente previstos pela legislação trabalhista, uma vez que o beneficiário final dos serviços não é o empregador dos trabalhadores envolvidos no processo produtivo.

Maurício Godinho Delgado¹ assevera que: “Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justtrabalhista que lhe seria correspondente.” Ressalta, ainda, o emérito doutrinador, que o fenômeno da terceirização rompe com o clássico modelo de contrato de trabalho, quando dissocia a relação econômica de trabalho da relação justtrabalhista correspondente, sendo esta a razão pela qual é vista como exceção na forma de contratação de trabalhadores.

Sobre o tema, a magistrada e professora Adriana Goulart de Sena² aduziu que: “O modelo trilateral de relação jurídica oriundo da terceirização é efetivamente diverso daquele modelo bilateral clássico que se funda a relação celetista de emprego. Assim, exceto nas hipóteses expressamente previstas ou permitidas pelo Direito pátrio, doutrina e jurisprudência tendem a rejeitar a hipótese terceirizante, porque modalidade excetuativa de contratação de força de trabalho.”

Rusinete Dantas de Lima³, discorrendo sobre o assunto, após afirmar que a idéia básica da terceirização reside na delegação a terceiros das atividades-meio, muito embora já se perceba elastecimento de alcance do movimento de terceirização, que chega a envolver até mesmo etapas do processo produtivo da empresa, ou seja, atividade-fim da mesma, como, por exemplo, através do fornecimento por outra empresa (terceira) de peças ou componentes necessários à montagem de um ou vários produtos acabados, sistema utilizado na indústria automobilística, concluiu que: “Face às práticas terceirizantes em curso na atividade produtiva, sentimos que não haverá retorno ao *status quo* anterior. A situação atual, parece-nos, é, realmente, irreversível. A tendência é o seu aprimoramento e difusão, cada vez maior, obrigando a um ajuste entre seus protagonistas, para o funcionamento satisfatório do setor ou setores em que se haja implantado as inovações operacionais. Faz parte a terceirização das mudanças estruturais das empresas, com vistas a garantir sua eficiência e competitividade nos mercados interno e externo, sob o impacto da globalização da economia.”

Importa notar, ainda, que a implementação da terceirização de serviços, inicialmente, decorreu da tentativa de se promover a descentralização administrativa, objetivando melhor qualidade e produtividade das empresas, através

¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2002, p. 417.

² *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 63, Belo Horizonte, MG, Brasil, Ano 1, n. 1, 1965/2001, p. 47.

³ LIMA, Rusinete Dantas de. *Aspectos Teóricos e Práticos da Terceirização do Trabalho Rural*, São Paulo: LTr, 1999, p 29.

da parceria empresarial. Neste sentido, Jarbas Vasconcelos, citado por José Luiz Ferreira Prunes⁴, afirmou: “Quando se fala em terceirização como um instrumento de flexibilização empresarial, deve-se entender de imediato a terceirização como uma espécie de gênero de parceria empresarial. Donde se conceitua a terceirização como convergência de esforços sociais produtivos, com o objetivo de qualidade e produtividade.”

Entretanto, em um segundo momento, mudou-se o objetivo da terceirização, que passou a ser utilizada objetivando a redução dos custos empresariais, com decréscimo no padrão salarial dos empregados e sem grande preocupação dos tomadores de serviços relativamente à idoneidade da empresa prestadora de serviços, pois o seu objetivo é tão-somente a redução de custos.

É de se salientar, ainda, que a *marchandage*, assim entendida aquela atividade limitada ao fornecimento de mão-de-obra para a tomadora, em que é óbvio o objetivo de criar uma falsa relação jurídica, mascarando a relação de emprego entre os trabalhadores e a empresa tomadora, é repelida pelo nosso ordenamento jurídico. A respeito da *marchandage*, Maria Julieta Mendonça Viana⁵ asseverou que: “Se a empresa prestadora não tem atividade própria; se seu objetivo se limita ao fornecimento de mão-de-obra para a tomadora, não há terceirização, e sim, autêntica *marchandage*. Fica óbvio o propósito de criar uma falsa relação jurídica para mascarar a verdadeira relação, que é o vínculo empregatício entre os trabalhadores e a empresa tomadora.”

Da leitura do inciso IV do Enunciado n. 331 do TST, fica claro que a terceirização ali autorizada é de serviços e não de empregados. A intermediação de empregados só é autorizada no contrato temporário de trabalho, previsto no inciso I do Enunciado n. 331 do TST, em que o trabalhador temporário se integra no ambiente de trabalho da empresa tomadora, prestando serviços subordinados àquela empresa.

Verifica-se, assim, que a terceirização de serviços é realidade que vem crescendo à margem da legislação, que pouco regulamentou a matéria, tendo a doutrina e a jurisprudência o encargo de tratar a questão, de forma que o trabalhador terceirizado tenha garantidos os direitos trabalhistas, inclusive com efetividade da tutela judicial, pois é muito comum empresas serem criadas, para prestação de serviços a outra, com o objetivo de lucro fácil, sem qualquer responsabilidade social e que, da mesma forma como aparecem, desaparecem, sem deixar rastros. Referidas empresas inidôneas assumem atividades que lhe são acometidas por outras, que devem ser responsabilizadas pelos créditos trabalhistas dos empregados que a beneficiaram com seu labor, uma vez que “*qui habet commoda, ferre debet onera*”.

Neste sentido, é esclarecedora a seguinte ementa:

TERCEIRIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A ordem jurídica reconhece como válidos os contratos de subempreitada, de serviços

⁴ PRUNES, José Luiz Ferreira. *Terceirização do Trabalho*, 1. ed. 3ª tiragem, Curitiba: Juruá, 1997, p. 21. A matéria citada foi publicada no *Jornal Trabalhista*, ano X, n. 478, p. 956, sendo o Dr. Jarbas Vasconcelos um advogado paranaense.

⁵ *Revista LTr* 61-11/1473.

temporários ou de prestação de serviços, mas vincula o beneficiário do trabalho para responder subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações relacionadas com o contrato de trabalho. Nada mais justo, porquanto quem usufrui dos bônus deve suportar os ônus, como assevera a antiga parêmia “*qui habet commoda, ferre debet onera*”. Em sintonia com esse pensamento central estão o art. 455 da CLT, o art. 16 da Lei n. 6.019/74, que trata do trabalho temporário, o art. 8º da Convenção n. 167 da OIT, o Enunciado n. 331/TST e farta jurisprudência.

(TRT 3ª R. - 2ª Turma - RO-9706/00 - Rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira - DJMG 07.03.2001, p. 18)

A terceirização pode ser lícita ou ilícita, sendo que mesmo aquelas que apresentam aparência de licitude, em verdade, podem estar ocultando verdadeira relação de emprego com o tomador de serviços, que simplesmente se vale de intermediário inidôneo, com o objetivo único de fraudar a legislação trabalhista, lesando os trabalhadores, o que deve merecer especial atenção do Judiciário, quando da solução dos litígios que lhe são submetidos.

Interessa-nos, no presente estudo, a responsabilização do tomador de serviços, quanto aos trabalhadores terceirizados, sendo que, inicialmente, é necessária uma breve incursão na legislação existente sobre o tema.

2 - TERCEIRIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO VIGENTE

A terceirização é tratada pela legislação trabalhista de forma bastante incipiente, sendo certo que a CLT, pelo seu art. 455, trata da empreitada e subempreitada, que são formas de subcontratação de mão-de-obra, sendo apresentadas pela jurista Rusinete Dantas de Lima⁶ como figuras afins da terceirização. Referido dispositivo prevê a possibilidade de reclamação direta do empregado em face do empregador principal, em caso de inadimplemento das obrigações pelo subempreiteiro, sendo certo que a Orientação Jurisprudencial n. 191 da SDI do Col. TST excluiu qualquer forma de responsabilização para o dono da obra, salvo quando se tratar de empresa construtora ou incorporadora.

O art. 10 do Decreto-lei n. 200/67 e a Lei n. 5.645/70 previram a terceirização de serviços no âmbito do serviço público, estimulando a prática da descentralização administrativa quanto às atividades meramente executivas ou operacionais, através da contratação de empresas privadas.

A Lei n. 6.019/74 criou a figura do trabalho temporário, prevendo sua inserção no processo produtivo da empresa tomadora por um lapso temporal de três meses, possibilitada a prorrogação através de autorização do Ministério do Trabalho. Referida lei permitiu a terceirização temporária dos serviços. No art. 16, previu a responsabilidade solidária da empresa tomadora ou cliente pelo recolhimento da contribuição previdenciária, bem como pela remuneração e indenização previstas em lei, exclusivamente na hipótese de falência da empresa de trabalho temporário.

⁶ Obra citada, p. 37 a 44.

Também a Lei n. 7.102/83, que tratou da vigilância em estabelecimentos financeiros, pelo seu art. 3º, autorizou a intermediação do trabalho por empresa especializada. Neste caso, a terceirização foi autorizada de forma permanente. Posteriormente, com a alteração introduzida no art. 10, pela Lei n. 8.863/94, foi estendida a autorização para que quaisquer estabelecimentos, públicos ou privados, ou até mesmo pessoas físicas, possam contratar serviços de vigilância de forma terceirizada.

A Lei n. 8.949, de 09.12.94, introduziu o parágrafo único ao art. 442 da CLT, pelo qual: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.” Referido dispositivo legal permitiu à cooperativa atuar em prol de tomadores de serviços, sem que haja a caracterização de vínculo empregatício, constituindo forma de terceirização de serviços.

Ressalte-se, ainda, a confusão terminológica contida no art. 15 da Lei n. 8.036/90, que trata do FGTS, quando no § 1º define o empregador, assim situando aquele que figurar na relação como fornecedor ou tomador de mão-de-obra. A redação do dispositivo citado demonstra a complexidade do tema e o rompimento imposto pelo fenômeno terceirizante quanto à clássica definição do empregador, gerando dificuldade de apreensão do seu alcance por parte do legislador e intérprete.

A previsão contida na legislação trabalhista acerca da responsabilidade da empresa tomadora dos serviços não atende às diversas hipóteses submetidas diuturnamente ao Judiciário Trabalhista, que utiliza dispositivos legais do Direito Civil, para responsabilização das empresas envolvidas no fenômeno terceirizante, objetivando oferecer resposta mais adequada aos trabalhadores terceirizados, como autorizado pelo parágrafo único do art. 8º do Diploma Consolidado, *in verbis*: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Pela sua importância para a compreensão do fenômeno terceirizante, passo, a seguir, a uma análise mais detalhada acerca da empreitada e subempreitada, que constituíram a primeira modalidade de subcontratação de serviços no âmbito do direito do trabalho, oferecendo subsídios valiosos para a compreensão do processo terceirizante, bem como do trabalho temporário, diante das peculiaridades que cercam tal modalidade de terceirização e, ainda, das cooperativas, que vêm sendo utilizadas como meras prestadoras de serviços, em decorrência da atualidade do tema.

2.1 - Empreitada e subempreitada

A empreitada e a subempreitada constituem as únicas modalidades de subcontratação de mão-de-obra previstas na CLT, pelo art. 455, constituindo a matriz, ou a primeira figura jurídica identificável na legislação trabalhista, da terceirização de serviços.

Na empreitada, o contrato firmado tem por objeto a execução de uma obra ou serviço, claramente identificado, sendo o pagamento efetuado em função desta obra ou serviço. Não há subordinação do empreiteiro ao dono da obra, sendo aquele um empregador em potencial, pois assume os riscos da própria atividade produtiva, nos termos do art. 2º da CLT, podendo, inclusive, contratar empregados para a execução da obra pactuada.

O empreiteiro pode, também, contratar um subempreiteiro para executar parte da obra ou serviço, ou todo ele. Nessa hipótese, é do subempreiteiro a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas derivadas de contratos por ele celebrados, mas, inadimplidas tais obrigações, pode o empregado reclamar diretamente contra o empreiteiro principal, como previsto no *caput* do art. 455 da CLT.

Ao empreiteiro fica ressalvada a possibilidade de ingressar com ação regressiva em face do subempreiteiro, sendo-lhe assegurado também o direito de retenção de importâncias a ele devidas, para a garantia das obrigações, nos termos constantes do parágrafo único do art. 455 da CLT.

No que diz respeito à responsabilização do dono da obra, o dispositivo legal em comento parece excluí-la, sendo que a jurisprudência vem evoluindo em sentido diverso, pois a Orientação Jurisprudencial n. 191 da SDI do Col. TST afastou qualquer forma de responsabilização para o dono da obra, salvo quando se tratar de empresa construtora ou incorporadora, que responde de forma subsidiária, nos termos previstos pelo Enunciado 331 do TST, por eventual inadimplemento do empreiteiro em face dos trabalhadores que a beneficiaram com seus serviços.

2.2 - Trabalho temporário

O trabalho temporário é regulado pela Lei n. 6.019/74, sendo uma das primeiras formas de terceirização reconhecidas pela legislação e validadas pela jurisprudência.

O art. 2º da Lei n. 6.019/74 disciplina o trabalho temporário como sendo aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

José Luiz Ferreira Prunes⁷ anota que:

“Isto nos leva a afirmar que o trabalho temporário (obedecidas as outras exigências legais), é aquele de substituição de empregados permanentes da empresa-cliente, como nos casos de férias daqueles, ou então outras interrupções ou suspensões dos contratos de trabalho, qualquer que seja a natureza dessas cessações momentâneas. Não se deve perder de vista a duração máxima da substituição. Esta é a situação mais ‘clássica’, mais encontrada na prática.

Ainda: o trabalhador temporário pode se somar ao pessoal permanente da empresa-cliente, quando de ‘acrécimo extraordinário de serviços’. Note-se que esta empresa poderá validamente contratar empregados próprios nos termos do art. 443, § 2º, ‘a’, da CLT, mas validamente poderá utilizar trabalhadores contratados através de empresa prestadora de mão-de-obra.”

É importante ressaltar que a Lei n. 6.019/74 autoriza o trabalho temporário por apenas três meses (art. 10), dependendo a prorrogação de autorização do órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

⁷ Obra citada, p. 38.

Além do mais, exige, para a sua validade, a celebração de contrato escrito entre a empresa de trabalho temporário e a cliente - art. 9º, no qual deve ser consignado o motivo justificador da demanda de trabalho temporário e modalidade de remuneração do serviço contratado. Também o contrato entre a empresa de trabalho temporário e o trabalhador deve ser escrito - art. 11, com o registro dos direitos que lhe são assegurados, sendo nula qualquer cláusula que proíba a contratação do trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao término do prazo atinente ao contrato de trabalho temporário.

O art. 12 fixa a isonomia remuneratória entre o trabalhador temporário e aqueles empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente, sendo que o emérito professor Mauricio Godinho Delgado⁸, com particular precisão terminológica, fala em comunicação remuneratória entre o trabalhador temporário e o empregado da empresa, assim expondo sobre o tema: “Esse esforço hermenêutico vem se construindo a partir do preceito isonômico contido no art. 12, ‘a’, da Lei n. 6.019/74 - preceito que fala na comunicação remuneratória entre o trabalhador temporário e o empregado da mesma categoria da empresa tomadora (salário eqüitativo). Nesse contexto, tem-se compreendido que se estendem a esse trabalhador terceirizado todas as verbas contratuais percebidas pelo empregado efetivo do tomador, verbas que possam afetar o nível salarial do trabalhador temporário, produzindo-lhe discriminação ilícita.

Assim, cabem ao trabalhador temporário parcelas como 13º salário proporcional (embora silente a Lei n. 6.019/74); duração semanal de trabalho de 44 horas, com adicional de 50% para horas extras (embora o art. 7º da Carta de 88 não mencione os temporários - ao contrário do que faz com avulsos e domésticos); a jornada especial do art. 7º, XIV, da Constituição, se for o caso (turnos ininterruptos de revezamento); adicionais de insalubridade e periculosidade (embora silente a Lei n. 6.019/74), a par de outras parcelas de cunho ou reflexo salarial. Outra leitura jurídica conduziria a um salário real inferior ao do empregado da mesma categoria lotado na empresa cliente, afrontando a regra do salário eqüitativo.”

Outra questão que merece realce na Lei n. 6.019/74 é a responsabilização da empresa tomadora ou cliente pelos débitos da empresa de trabalho temporário em face dos trabalhadores que lhe prestaram serviços através da mesma, na hipótese de falência - art. 16.

O Enunciado n. 331 do Col. TST, que pelo seu inciso IV responsabiliza, de forma subsidiária, as empresas tomadoras de serviços pelos débitos da empresa contratada, para com os empregados que lhe prestaram serviços, em caso de inadimplência desta, abrange também o trabalho temporário, que não é lá excetuado.

2.3 - Cooperativas

O trabalho, através de cooperativas, no contexto da terceirização de serviços, ganhou realce após a introdução do parágrafo único ao art. 442 da CLT, em 09.12.94, pela Lei n. 8.949.

⁸ Obra citada, p. 445.

Referido dispositivo legal afastou o estabelecimento de vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, bem como entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Refletindo sobre a interpretação conjunta do parágrafo único do art. 442 da CLT, com o art. 3º do mesmo Diploma Legal, assim se pronunciou a professora e magistrada Adriana Goulart de Sena⁹: “A partir do parágrafo único do art. 442 da CLT em confronto com o art. 3º do mesmo diploma legal, ao intérprete surge uma inevitável pergunta: Tem-se aqui uma exceção à regra geral?”

Pode-se afirmar, com segurança, que a resposta é negativa, pois quando a lei trabalhista exclui os cooperados, se refere apenas àqueles que realmente são cooperados, mantendo entre si relação societária. O que equivale dizer, exclui os cooperados que se inserem em dupla qualidade (atributo) e têm atribuição pessoal diferenciada, que não se vinculam ao tomador de serviços, nem à própria cooperativa, pelos laços da personalidade, da subordinação, da não eventualidade, do salário.”

Sobre as cooperativas, Márcio Túlio Viana¹⁰ asseverou que: “Assim, ao usar a expressão: ‘qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa’, a lei não está afirmando: ‘qualquer que seja o modo pelo qual o trabalho é executado’. O que a lei quer dizer é exatamente o que está nela escrito, ou seja, que não importa o ramo da cooperativa. Mas é preciso que se trate realmente de cooperativa, não só no plano formal, mas especialmente no mundo real. Ou seja: que o contrato se execute na linha horizontal, como acontece em toda sociedade, e não na linha vertical, como no contrato de trabalho. Em outras palavras, é preciso que haja obra em comum (*co-operari*) e não trabalho sob a dependência de outro (*sub-ordinare*)”.

Para que não haja relação de emprego entre os trabalhadores e a cooperativa, faz-se necessário que sejam eles efetivamente cooperados, que participem das assembleias, obtendo maior proveito pelo trabalho prestado do que se o estivessem prestando através de intermediários, já que a cooperativa não visa ao lucro, sendo que os excedentes financeiros devem ser distribuídos entre os cooperados, nos termos previstos estatutariamente. Ademais, não pode haver subordinação nos termos concebidos pelo direito do trabalho, com controle rigoroso de horário, desconto de faltas, dentre outros, sob pena de se configurar o vínculo empregatício, por se fazerem presentes os supostos do art. 3º da CLT.

Nos últimos tempos, após a introdução do mencionado parágrafo único do art. 442 da CLT, o que se viu foi a proliferação de cooperativas, que passaram a atuar como meras intermediadoras de mão-de-obra, arregimentando associados, que assinam toda a documentação, dando um verniz de legalidade formal ao trabalho cooperado. Na realidade, trabalham como empregados, sem terem a CTPS anotada, o FGTS recolhido ou outros direitos trabalhistas básicos assegurados. O instituto é, assim, utilizado para fraudar a legislação trabalhista, o que resulta em pronunciamentos judiciais que invalidam a pactuação havida, em respeito ao princípio do contrato-realidade, ora declarando o vínculo de emprego com a cooperativa, ora com o próprio tomador de serviços.

⁹ Obra citada, p. 57.

¹⁰ *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*. Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Renault - coordenadores. São Paulo: LTr, 1997, p. 81.

3 - TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

O Enunciado n. 256 do Col. TST considerava ilegal toda e qualquer forma de contratação de trabalhadores por empresa interposta, firmando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, salvo nas hipóteses de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e de vigilância em estabelecimentos financeiros (Lei n. 7.102/83).

Na vigência do referido enunciado, apenas o trabalho temporário e a vigilância em estabelecimentos financeiros podiam ser objeto de contratação através de interposta pessoa, ou seja, de forma terceirizada, sendo que toda e qualquer outra contratação sob tal modalidade era reputada ilícita e o vínculo trabalhista era fixado com o tomador de serviços, que era responsabilizado por toda e qualquer obrigação trabalhista dele decorrente.

Entretanto, à margem da previsão normativa, foram sendo criadas inúmeras outras hipóteses de contratação de trabalhadores em regime de terceirização, relativamente a serviços de conservação e limpeza, vigias diversos, ascensoristas e inúmeros outros, o que obrigou o TST a rever o Enunciado n. 256.

Sobre o tema, Mauricio Godinho Delgado afirmou que: “Não obstante esse pequeno grupo de normas autorizativas da terceirização, tal processo acentuou-se e generalizou-se no segmento privado da economia nas décadas seguintes a 1970 - em amplitude e proporção muito superior às hipóteses permissivas contidas nos dois diplomas acima mencionados. Tais circunstâncias induziram à realização de esforço hermenêutico destacado por parte dos tribunais do trabalho, na busca da compreensão da natureza do referido processo e, afinal, do encontro da ordem jurídica a ele aplicável.”

Referido esforço hermenêutico por parte do Col. TST implicou revisão do Enunciado n. 256, através do Enunciado n. 331, mais consentâneo com a evolução do tema.

Foram ampliadas as hipóteses de terceirização lícita, mantendo-se, dentre elas, a do trabalho temporário, destacado no inciso I do enunciado, bem como os serviços de vigilância (Lei n. 7.102/83), já consideradas lícitas pelo Enunciado n. 256. Foram inseridas outras hipóteses de terceirização lícita, quais sejam: a de conservação e limpeza e a de serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador, assim entendidas aquelas periféricas ou que não dizem respeito à função preponderante da empresa, mas que a auxiliam a atingir seus objetivos.

O inciso III do Enunciado n. 331 condicionou a validade da fórmula terceirizante, nos três últimos casos (vigilância, conservação e limpeza e atividades-meio), à inexistência de pessoalidade e subordinação direta ao tomador de serviços.

Diante da enumeração das hipóteses em que é válida a terceirização de serviços, conclui-se ser ela ilícita quando envolve a atividade-fim da empresa, sendo que a consequência é o estabelecimento do vínculo diretamente com o tomador dos serviços. E por atividades-fim devem ser entendidas aquelas que se relacionam com a finalidade do empreendimento econômico, ou seja, aquele rol de atividades que se inserem no processo produtivo a que se dedica a empresa, ou seja, ligadas à sua atividade preponderante.

Também nos casos em que a terceirização é lícita, caso constatada a pessoalidade e subordinação diretas ao tomador de serviços, poderá o trabalhador

pleitear o estabelecimento do vínculo diretamente com o mesmo, nos termos do art. 3º da CLT. Constitui exceção o trabalho temporário, em que haverá sempre pessoalidade e subordinação diretas ao tomador de serviços, sem que haja a possibilidade de estabelecimento do vínculo com ele. O trabalho temporário foi excepcionado no inciso I do enunciado, sendo tratado em separado das demais formas de terceirização lícita, elencadas pelo inciso III, que veda a pessoalidade e subordinação direta do empregado terceirizado ao tomador de serviços.

Quando a terceirização de serviços, envolvendo a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional, for reputada ilícita, não se pode reconhecer com ela o vínculo empregatício, em face da proibição contida no inciso II do art. 37 da Constituição da República, que exige o concurso público, para a validade do contrato de trabalho. Esta é a previsão inserida no inciso II do Enunciado n. 331 do Col. TST.

4 - RESPONSABILIDADE NO DIREITO CIVIL

Caio Mário da Silva Pereira¹¹ inicia o capítulo atinente à responsabilidade civil com a seguinte assertiva: “O ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal.”

Verifica-se, assim, que a teoria da responsabilidade civil está erigida sobre a idéia de que quem causa dano a outrem, mediante conduta antijurídica, tem o dever de indenizá-lo. Para que alguém possa ser responsabilizado a indenizar outrem, é necessária a presença de três requisitos, sem os quais não se cogita da obrigação de indenizar, sendo eles: aferição de uma conduta antijurídica, existência de dano e, finalmente, o nexo de causalidade entre a referida conduta antijurídica e o dano decorrente.

Segundo Orlando Gomes¹², há duas correntes de pensamento em torno da idéia de responsabilidade, sendo uma delas partidária da teoria subjetiva da responsabilidade, que entende não haver responsabilidade sem culpa, aqui entendida no seu sentido mais amplo, englobando o dolo, quando o dano é causado intencionalmente e a culpa, *stricto sensu*, ou seja, quando o dano decorre de negligência, imperícia ou imprudência do seu causador. A segunda corrente defende a teoria objetiva da responsabilidade, pela qual a exigência de culpa é substituída pela idéia do risco-proveito. Nesta hipótese, não se cogita da ilicitude do ato, sendo a responsabilidade indenizatória decorrente do risco da atividade, bem como do proveito que dela resultou para o responsável pela indenização, na hipótese do dano.

Ambos os civilistas invocados sustentam que, apesar dos progressos da corrente objetivista, a regra geral continua no sentido de ser a culpa, *lato sensu*, fundamental na definição da responsabilidade.

A culpa pode decorrer do descumprimento de contrato (culpa contratual) ou do descumprimento de dever jurídico independente de vinculação obrigacional (extracontratual ou aquiliana), sendo desta culpa que se fala, em se tratando de ato ilícito.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. I, p. 566/572.

¹² GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 414/419.

A idéia de culpa vem sofrendo ampliações, para englobar a responsabilidade por ato de terceiros, como ocorre, por exemplo, com os pais em relação a atos dos filhos menores, com o patrão pelos atos de seus prepostos e empregados, dentre outros. Nestas hipóteses, o conceito de culpa é elástico, para abranger a culpa *in eligendo*, que se refere à má escolha que uma pessoa faz de prepostos para atuarem em seu nome, bem como a culpa *in vigilando*, que é o dever que uma pessoa ou empresa tem de fiscalizar a execução de determinada atividade, com observância das prescrições legais aplicáveis.

Nessa hipótese de responsabilização por ato de outrem, o ato ilícito é praticado por terceiros, gerando conseqüências jurídicas na esfera do contratante, sendo o fundamento da responsabilidade a culpa aquiliana, nas modalidades de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, ou de ambas.

O atual CCB rege a matéria no art. 186, que assim dispõe:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O art. 927 do CCB, inserido no capítulo que trata da obrigação de indenizar, assim dispôs:

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

O novo Código Civil manteve a responsabilidade civil assentada na idéia de culpa, sendo certo que inovou ao prever a responsabilidade sem culpa, nas hipóteses legalmente especificadas, ou então quando a natureza da atividade habitualmente desenvolvida implicar risco para direitos de outrem.

Exemplo de responsabilidade objetiva é aquela prevista no § 6º do art. 37 da Carta Magna, quando tratou da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados por seus agentes, nessa condição, a terceiros.

Vistas estas noções iniciais acerca da responsabilidade no âmbito do direito civil, passaremos, a seguir, à análise dos fundamentos jurídicos que justificam a responsabilização do tomador de serviços, nos casos de terceirização.

5 - RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS E O ENUNCIADO N. 331 DO COL. TST

O inciso IV do Enunciado n. 331 do Col. TST consagrou a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando houver o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte do empregador.

Em 11.09.00, foi alterada a redação do inciso, para explicitar que também

os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista se sujeitavam à referida responsabilidade, que não encontra óbice, no sentir da mais alta corte trabalhista, no art. 71 da Lei n. 8.666/93. A leitura jurídica mais adequada deste dispositivo legal é no sentido de que é vedado à Administração Pública assumir, contratualmente, a obrigação principal e também solidária por quaisquer débitos trabalhistas, decorrentes dos contratos de prestação de serviços que celebrar.

Como requisito para a responsabilização do tomador de serviços, foi consignada no enunciado a exigência de que ele houvesse participado da relação processual e que também constasse do título executivo judicial.

Partindo do que já foi exposto, acerca da responsabilidade, tem-se que a responsabilidade atribuída ao tomador de serviços tem como fundamento a culpa aquiliana, por fato de terceiro, embasando-se nas culpas presumidas, *in eligendo* e *in vigilando*. Na terceirização de serviços, onde se estabelece relação trilateral, com contrato entre a empresa tomadora dos serviços (cliente) e a empresa prestadora dos serviços (terceira) e entre esta e o empregado, a responsabilidade do tomador de serviços, nos termos previstos no Enunciado n. 331 do Col. TST, decorre de ato de terceiros.

A terceirização ilícita, como visto, implica estabelecer-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, com responsabilidade direta por todo e qualquer débito trabalhista, sendo certo que também o prestador de serviços se mantém responsável de forma solidária com o tomador, em decorrência do disposto no art. 942 do Código Civil, uma vez que a ofensa a direitos trabalhistas, nesse caso, é gerada por mais de um autor, sendo todos solidariamente responsáveis pela sua reparação.

Na terceirização ilícita, o vínculo empregatício só não se estabelece de forma direta com órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, em respeito à vedação inserida no inciso II do art. 37 da Carta Magna.

Apenas a terceirização lícita gera a responsabilidade subsidiária de que trata o inciso IV do Enunciado n. 331 do Col. TST, e também a ilícita, quando envolvida a Administração Pública, em face da vedação de reconhecimento do vínculo contratual direto.

Surge então a pergunta: Por que o tomador de serviços é responsável por indenizar, quando o contrato por ele firmado com a empresa terceira é lícito? Não estaria havendo infringência ao que dispõem os artigos 186 e 927 do Código Civil vigente, que condicionam a obrigação de indenizar à prática de ato ilícito, do qual resulta dano?

A responsabilidade do tomador de serviços decorre de ato de terceiro, que contratou empregados e os disponibilizou a seu favor. E este terceiro, ao deixar de pagar verbas trabalhistas, comete ato ilícito, estando obrigado à reparação. O tomador de serviços, na contratação do terceiro, deve estar atento à sua idoneidade, tanto no ato de contratação, sob pena de se configurar a culpa *in eligendo*, quanto na execução do contrato, sob pena de incidir na culpa *in vigilando*. Referidas modalidades de culpa são presumidas do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo empregador.

Inadimplindo o empregador obrigações trabalhistas e verificada a sua insolvência, é atribuída ao tomador de serviços a responsabilidade por tais

obrigações, sendo referida responsabilização subsidiária e não solidária, em respeito ao que dispõe o art. 265 do atual CCB: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”. Referido dispositivo legal apenas reproduziu o que dispunha o art. 896 do CCB, de 1916.

Neste sentido, assim se pronunciou o magistrado Cléber Lúcio de Almeida¹³: “Tendo em vista o disposto no art. 896 do Código Civil, a responsabilidade do tomador dos serviços em relação aos créditos do trabalhador é subsidiária, salvo disposição em contrário na lei (é o que ocorre no § 2º do art. 2º da CLT e no art. 16 da Lei n. 6.019/74) ou no contrato de prestação de serviços.”

A jurisprudência majoritária tem atribuído a responsabilidade ao tomador de serviços, com base na culpa *in eligendo* e *in vigilando*, ilustrando esta vertente jurisprudencial o seguinte aresto:

EMENTA: “CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE DO TOMADOR. No âmbito da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, não basta a regularidade da terceirização, há que se perquirir sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada durante a vigência do contrato. Ora, sob esse aspecto, atribui-se ao tomador dos serviços a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*, ensejadoras da responsabilidade civil que gera o dever de reparação pelo ato ilícito, que por sua vez, constitui-se na ação ou omissão, atribuível ao agente, danosa para o lesado e que fere o ordenamento jurídico, com fulcro no art. 159 do Código Civil, aplicável no âmbito do Direito do Trabalho, por força do art. 8º consolidado. O tomador dos serviços ou o dono da obra responde na medida em que negligenciou sua obrigação e permitiu que o empregado trabalhasse em seu proveito, sem receber a justa contraprestação pelo esforço despendido.”

(TRT 3ª R. - 1ª Turma - ROPS 1105/01 - Rel. Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães - DJMG 17.05.2001, p. 09)

Em sentido diverso, há julgamentos em que a responsabilização do tomador de serviços é afastada em decorrência da licitude da terceirização, embasando-se na idéia de que a prática de ato lícito não pode gerar qualquer responsabilidade indenizatória. Exemplifica esta corrente:

EMENTA: “CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA - LICITUDE - INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CONTRATANTE. Apesar de equivocados entendimentos jurisprudenciais que vão sendo firmados em sua esteira, o Enunciado n. 331, do TST, não autoriza a indiscriminada responsabilização das empresas tomadoras de serviço, unicamente por beneficiarem-se, de alguma forma, dos serviços prestados pelos empregados da empresa contratada. Aos termos da jurisprudência sumulada, e ante ao fenômeno cada vez mais comum da

¹³ *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 62, Belo Horizonte, MG, Brasil, Ano 1, n. 1, 1965/2000, p. 101.

chamada terceirização, deve ser dada a correta interpretação, com atenção aos limites da situação e à regulação legal que lhe prepondera. A contratação de serviços de vigilância e segurança decorre de obediência à letra da lei, visto que o exercício da atividade é exclusivo de quem detém autorização legal, nos termos da Lei n. 7.102/83. Não sendo a contratante empresa especializada em segurança, lhe é vedado o exercício dos serviços correlatos, e, por conseqüência, é forçosa a atribuição dos mesmos a terceiros. Daí por que, se há mero cumprimento do ordenamento jurídico, não é possível cogitar, ao mesmo tempo, de ilicitude.”

(TRT 3ª R. - 2ª Turma - RO-1873/01 - Rel. Juiz Antônio Fernando Guimarães - DJMG 09.05.2001, p. 24)

Há ainda uma terceira linha de pensamento, que, à idéia de culpa por ato de terceiro, acresce o entendimento de que a responsabilidade é uma decorrência do risco empresarial (responsabilidade objetiva). Como exemplo, transcreve-se a seguinte ementa:

EMENTA: “RESPONSABILIDADE. Toda a atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, fato gerador da responsabilidade civil. Embora considerada a ‘grande vedete do Direito Civil’, ela se estende a outros ramos da ciência jurídica, inclusive ao Direito do Trabalho. A função da responsabilidade é servir como sanção, a qual se funda na culpa (responsabilidade subjetiva) e no risco (responsabilidade objetiva), traduzindo esta última ‘uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização’. Outra tendência diz respeito à extensão da responsabilidade que se amplia no tocante ao número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se a responsabilidade direta por fato próprio e indireta por fatos de terceiros fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo* e *in vigilando*). A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese de terceirização. O tomador dos serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços; trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco, já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador.”

(TRT 3ª R. - 2ª Turma - RO-16980/96 - Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros - DJMG 18.04.1997)

Finalmente, é de se ressaltar que a inserção de cláusula no contrato que vincula o tomador de serviços e a empresa terceira, no sentido de isentar o primeiro de responsabilidade em relação a créditos dos empregados desta, não gera qualquer efeito trabalhista, em que as normas são de ordem pública, sendo os direitos trabalhistas irrenunciáveis e insuscetíveis de negociação, salvo se delas nenhum prejuízo resultar para o trabalhador, nos termos do art. 468 da CLT.

Quando o tomador de serviços for órgão integrante da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional e também as empresas públicas e sociedades de economia mista, estará ele assumindo a responsabilidade subsidiária, nos mesmos moldes impostos aos particulares, sendo certo que o art. 71 da Lei n. 8.666/93 não obstaculiza tal responsabilização. Como já foi exposto anteriormente, a leitura jurídica mais correta deste dispositivo legal é no sentido de que é vedado à Administração Pública assumir a responsabilidade principal/direta ou mesmo de forma solidária com as empresas terceiras por ela contratadas, relativamente às obrigações trabalhistas. Não obsta, entretanto, a responsabilização subsidiária dos referidos órgãos.

O seguinte aresto ilustra bem o entendimento acima, que foi consagrado no inciso IV do Enunciado n. 331, com a alteração de sua redação, introduzida pela Resolução 96, de 18.09.00:

EMENTA: "RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTIDADE PÚBLICA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. O sistema da terceirização de mão-de-obra, em sua pureza, é importante para a competitividade das empresas e para o próprio desenvolvimento do País. Exatamente para a subsistência deste sistema de terceirização é que é fundamental estabelecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando a prestadora de serviços é inidônea economicamente. Naturalmente, estabelecendo-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, este se acautelará evitando a contratação de empresas que não têm condições de bem cumprir suas obrigações. Isto evitará a proliferação de empresas fantasmas ou que já se constituem mesmo visando a lucro fácil e imediato às custas de direitos dos trabalhadores. Os arts. 27 a 67 da Lei 8.666/93 asseguram à Administração Pública uma série de cautelas para evitar a contratação de empresas inidôneas e para se garantir quanto a descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços, inclusive a caução. Se, no entanto, assim não age, emerge clara a culpa *in eligendo* e *in vigilando* da Administração Pública. E, considerando o disposto no § 6º do art. 37 e no art. 193 da Constituição Federal, bem poder-se-ia ter como inconstitucional o § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 se se considerasse que afastaria a responsabilidade subsidiária das entidades públicas, mesmo que houvesse culpa *in eligendo* e *in vigilando* na contratação de empresa inidônea para a prestação de serviços. Por isto a conclusão no sentido de que o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 refere-se à responsabilidade direta da Administração Pública, ou mesmo já solidária, mas não à responsabilidade subsidiária, quando se vale dos serviços de trabalhadores através da contratação de uma empresa inidônea em termos econômicos-financeiros, e ainda se omite em bem fiscalizar. Neste sentido se consagrou a jurisprudência desta Corte, tendo o item IV do Enunciado n. 331 explicitado que 'o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de 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 (artigo 71 da Lei n. 8.666/93)'. Recurso de embargos não conhecido." (TST - ERR/406547/1997.6 - TRT 3ª R. - SBDII - Rel. Ministro Vantuil Abdala - DJU 10.08.2001 - p. 413)

6 - TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

O art. 31 da Lei n. 8.212/91, que foi praticamente reproduzido no Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, previu a obrigação de a empresa tomadora dos serviços efetuar a retenção do importe de 11% do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo da prestação de serviços, recolhendo a importância retida em nome da empresa contratada, a título de contribuição previdenciária dos empregados por ela utilizados na referida prestação de serviços (art. 219 do Decreto n. 3.048/99).

O § 4º do art. 31 da Lei n. 8.212/91 enumera as atividades, cuja situação é aquela descrita no *caput*, dentre elas constando as de limpeza, conservação e zeladoria, vigilância e segurança, construção civil, serviços rurais, digitação e preparação de documentos, dentre diversas outras.

A retenção deve ser efetuada mesmo quando os serviços forem executados mediante empreitada de mão-de-obra.

Os valores serão destacados da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, sendo compensados pela empresa contratada, quando do recolhimento das contribuições destinadas à seguridade social, devidas sobre a folha de pagamento dos segurados.

Quando o contrato prever o fornecimento de material e equipamentos, o valor dos mesmos deve ser discriminado na nota fiscal, fatura ou recibo, sendo excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.

Do que foi acima exposto, conclui-se que a previsão legal, quanto aos recolhimentos previdenciários, em se tratando de terceirização de serviços, é no sentido de que a responsabilidade de retenção e recolhimento dos valores devidos à seguridade social é do tomador de serviços, nos moldes acima expostos, ou seja, caso não sejam as contribuições recolhidas, pode-se impor a obrigação diretamente ao tomador dos serviços, pelo menos até o limite de 11% sobre o valor da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, nos termos legalmente previstos. Caso existam valores remanescentes, não recolhidos, a responsabilidade subsidiária remanesce, nos termos do inciso IV do Enunciado n. 331 do Col. TST.

7 - TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E O ACIDENTE DO TRABALHO

A responsabilidade em decorrência do acidente do trabalho pela indenização dos danos é estabelecida em função do dolo ou culpa patronais, nos termos do que dispõe o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal. O empregador responde também por ato de seus prepostos ou empregados, nos termos do inciso III do art. 932 do CCB, que praticamente reproduziu o inciso III do art. 1521 do CCB de 1916.

Por tudo o que se viu acerca da responsabilidade do tomador de serviços, estabelecida a culpa *lato sensu* da empresa terceira, o dano causado e o nexo de

causalidade entre ambos, responderá a empregadora pela indenização devida em decorrência do acidente do trabalho, envolvendo danos morais, materiais e estéticos, cabendo ao tomador de serviços a responsabilidade subsidiária, em caso de inadimplemento da obrigação pela empresa contratada.

Após profunda análise dos efeitos perversos que a terceirização de serviços pode acarretar, em face da fragilização das empresas, concorrência desleal, margens de lucro reduzidas, com sacrifício, em nome da sobrevivência, de despesas necessárias para a garantia da segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, o emérito professor e magistrado, Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁴, assim se manifestou sobre o tema: “Se é indiscutível o fenômeno atual da terceirização, é também certo que essa prática empresarial não pode servir de desvio improvisado ou artifício engenhoso para reduzir ou suprimir direitos dos trabalhadores, sobretudo daqueles que foram vítimas de acidente do trabalho ou doenças ocupacionais.

O art. 1518, do Código Civil, estabelece a solidariedade na reparação dos danos dos autores e cúmplices pela ofensa ou violação do direito de outrem, valendo tal preceito para o acidente ocorrido por culpa ou dolo do empregador, fundamento esse sempre invocado nos julgamentos para estender a solidariedade passiva ao tomador dos serviços. No caso da solidariedade, o credor tem direito de exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum, preferindo, naturalmente, cobrar daquele que estiver em melhores condições financeiras.”

Verifica-se que no caso de o dolo ou culpa, em sentido estrito, ser imputável ao tomador de serviços, haverá a responsabilidade solidária, nos termos do art. 1518 do CCB, de 1916, que foi praticamente reproduzido, com ligeira modificação, pelo art. 942 do atual CCB.

8 - RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS EM FACE DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E DA AÇÃO DECLARATÓRIA

Para a responsabilização do tomador de serviços, a parte final do inciso IV do Enunciado n. 331 do Col. TST exige que tenha ele participado da relação processual e que conste do título executivo judicial.

Várias questões se colocam a respeito do tema.

1 - Quando o empregado demanda apenas o tomador de serviços, sem incluir no pólo passivo o devedor principal, que é a empresa terceira?

A meu ver, o destino da reclamatória é a improcedência, uma vez que não há como se cogitar de responsabilidade subsidiária sem o estabelecimento de uma obrigação principal. Neste caso, devem ser ressalvadas as hipóteses de responsabilidade solidária, como ocorre com a previsão do art. 16 da Lei n. 6.019/74, ou aquela do empreiteiro principal em face do subempreiteiro, ou mesmo aquela atinente ao acidente do trabalho, quando o dolo ou culpa que originarem o dano forem imputáveis também ao tomador dos serviços.

¹⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 261/266.

2 - Quando a reclamatória é movida apenas contra o tomador de serviços, pode ele se valer da intervenção de terceiros, para impor a obrigação principal à empresa por ele contratada?

Duas correntes doutrinárias se formaram sobre o tema, a primeira delas sustentando a impossibilidade de se aplicar ao direito do trabalho as normas processuais, inseridas no Código de Processo Civil, pertinentes à intervenção de terceiros.

Neste sentido Jorge Luiz Souto Maior¹⁵, assim se manifestou: “Desde já quero expor minha conclusão, no sentido de considerar incabível a intervenção de terceiros no processo do trabalho, com exceção da figura da assistência. O procedimento trabalhista é oral e esse tipo de procedimento, normalmente, não comporta intervenção de uma terceira pessoa, alheia ao conflito delimitado, inicialmente, dada a sumarização da cognição estabelecida como pressuposto da efetiva prestação jurisdicional para o tipo de controvérsia que visa a instrumentalizar.”

Mais adiante, acresce que: “Na Consolidação das Leis do Trabalho não se previu qualquer hipótese de intervenção de terceiros exceção feita ao *factum principis* - em razão do reconhecimento de que esse instituto seria incompatível com o procedimento oral que se estabeleceu, já que a intervenção de um terceiro ampliaria o campo da cognição, que se pretendia sumária.”

Outra corrente, que vem conquistando, a cada dia, novos adeptos, sustenta a possibilidade de se aplicar ao processo do trabalho algumas modalidades de intervenção de terceiros.

Neste sentido, Wagner Giglio¹⁶ assevera que: “Não seria razoável multiplicar os processos e exigir que terceiros que tenham interesse jurídico na solução de uma lide devam mover nova ação. Por isso tais terceiros podem intervir em processo já existente, a título de economia processual.” Referido processualista distingue a intervenção de terceiros em duas modalidades, que são a intervenção voluntária, através da assistência e da oposição, e a necessária, que pode ocorrer a requerimento da parte ou por determinação judicial, sendo elas a nomeação à autoria, a denúncia da lide e o chamamento ao processo. Explicita, ainda, o não cabimento, no processo do trabalho, da denúncia da lide.

A denúncia da lide está prevista no inciso III do art. 70 do CPC, seria obrigatória “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.”

Entretanto, tal procedimento implicaria lide paralela entre o reclamado e o terceiro, cuja natureza é cível, escapando da competência da Justiça do Trabalho, que não poderia, na mesma sentença, em que fosse julgada procedente a ação, declarar a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo contra aquele terceiro, nos termos constantes do art. 76 do CPC.

Na hipótese que nos interessa, atinente à terceirização de serviços, há autores que entendem possível ao tomador de serviços valer-se do instituto da intervenção de terceiros, para posicionar no pólo passivo a empresa prestadora dos serviços, através do chamamento ao processo, previsto no art. 77 do CPC.

¹⁵ *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 06, n. 2, fev./2000, p. 07/09.

¹⁶ GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*, 8. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 164.

José Augusto Rodrigues Pinto¹⁷, após ressaltar que o impulso processual do chamamento é exclusivamente voluntário, contrapondo-se, assim, à doutrina de Wagner Giglio, acima citada, quanto à possibilidade de determinação judicial, independente de requerimento da parte, assevera que: “Das hipóteses de cabimento elencadas na lei processual supletiva só se coaduna com o dissídio individual do trabalho a do art. 77, III, relacionada com a solidariedade passiva em sentido amplo, a exemplo das ações de empregado contra subempreiteiro, que chama ao processo o empreiteiro principal (CLT - art. 455).”

Essa é exatamente a hipótese da terceirização, que, na maioria dos casos, gera a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. Cabe a ele chamar ao processo o responsável principal - a empresa prestadora de serviços, que, inclusive, tem maior capacidade probatória quanto aos contratos de trabalho com ela mantidos.

Também o inciso I do art. 77 do CPC, quando possibilita o chamamento ao processo “do devedor, na ação em que o fiador for réu”, pode amparar a pretensão do tomador de serviços, quanto ao chamamento ao processo da empresa prestadora, invocando o preceito por analogia, pois o fiador é responsável subsidiário, relativamente ao devedor por ele afiançado, tal como o tomador de serviços relativamente à empresa que intermediou a sua prestação.

É de se salientar no caso que, para os adeptos da segunda corrente doutrinária citada, ou seja, que admitem a intervenção de terceiros no processo do trabalho, o seu indeferimento constitui cerceamento de defesa, tornando nula a decisão proferida.

Assim, a empresa tomadora dos serviços, na defesa de seus interesses, deve requerer sempre a intervenção de terceiros, visando garantir o posicionamento da empresa prestadora dos serviços no pólo passivo da lide, para que possa ser responsabilizada, em primeiro lugar, pelos débitos por ela inadimplidos.

3 - Na hipótese de a reclamatória envolver apenas o empregador, não sendo constituído litisconsórcio passivo entre ele e o tomador de serviços, poderia o autor, em reclamatória posterior, tentar responsabilizar o tomador de serviços, até mesmo através de uma ação declaratória?

Neste caso, entendo ser a resposta negativa em ambos os casos.

É que os efeitos da coisa julgada só atingem as partes, não beneficiando ou prejudicando terceiros, nos termos do art. 472 do CPC.

Ademais, a ação declaratória tem objeto restrito, limitando-se à declaração de existência ou inexistência de relação jurídica ou de autenticidade ou falsidade de documento, como se vê do art. 4º do CPC, não se prestando para a responsabilização de terceiros, que não participaram do contraditório e cujos nomes não constam do título executivo judicial.

Por essa razão é que o inciso IV do Enunciado n. 331 do Col. TST condicionou a responsabilização subsidiária do tomador de serviços à participação na relação processual e sua inserção no título executivo judicial, cujos efeitos não atingem terceiros.

¹⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo Trabalhista de Conhecimento*, São Paulo: LTr, 1991, p. 194.

9 - RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO GRAU

Tem sido comum nas reclamações o requerimento do tomador de serviços, no sentido de que sua responsabilidade seja de terceiro grau, ou seja, em primeiro lugar responderia a empresa contratada (terceira), em segundo lugar seus sócios, e apenas em terceiro lugar, na inexistência de bens dos mesmos, é que a execução seria direcionada ao tomador de serviços.

Há juízes que declaram referida responsabilidade já na fase de conhecimento, com base nos arts. 186 e 942 do CCB, que reproduziram o antigo art. 159 do CCB, de 1916, atinente à responsabilidade civil por ato ilícito. Ora, descumprindo o sócio obrigações trabalhistas, age ilícitamente e gera dano patrimonial aos empregados, devendo responder pessoalmente por tal fato, responsabilizando-se juntamente com a empresa pela quitação de eventuais débitos.

Outros entendem que o pedido é passível de análise na fase de execução, quando constatado o inadimplimento da empresa prestadora de serviços, naquelas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, como ocorre, por exemplo, nos casos de fechamento irregular. Observadas as prescrições legais a respeito, contidas no novo Código Civil, no livro *Do Direito de Empresa*, onde são explicitadas as hipóteses em que é possível a responsabilização dos sócios, antes de direcionar a execução contra a tomadora dos serviços.

Há, ainda, corrente jurisprudencial que sustenta que a empresa tomadora de serviços, uma vez inadimplente a devedora principal, responde imediatamente pelo pagamento das verbas não podendo exigir que primeiro sejam executados os bens do sócio. Depois, caso entenda pertinente, pode ajuizar ação regressiva contra o sócio da empresa, no nível.

Referida linha de pensamento, parte do raciocínio de que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços foi criada para beneficiar o trabalhador, que, em face da natureza alimentar dos seus créditos, não pode ser compelido a aguardar, de forma indefinida, pela execução da empresa prestadora dos serviços e seus sócios, para só depois ver acionada a tomadora de serviços.

O emérito magistrado e professor, Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁸, em artigo intitulado “Execução do responsável subsidiário no processo trabalhista”, assim se manifestou sobre o tema:

“Não se pode esquecer, também, a finalidade básica da responsabilidade subsidiária que é o reforço da garantia do pagamento dos créditos trabalhistas. O salário tem como primeira finalidade assegurar o alimento do trabalhador, exatamente para repor as energias despendidas na execução dos serviços; por essa razão, não pode o trabalhador aguardar o arrastamento da execução indefinidamente até exaurir todas as possibilidades de recebimento do devedor principal, ou dos sócios da pessoa jurídica, unicamente para atender interesses do tomador dos serviços que já se beneficiou da atividade. A prioridade da proteção está voltada para o crédito do trabalhador e não para o eventual crédito do beneficiário dos serviços.”

¹⁸ Revista LTr 61-8/1064.

No artigo em comento são apontados sólidos fundamentos jurídicos para afastamento da responsabilidade de terceiro grau, estando a matriz no art. 455 da CLT, onde está prevista a responsabilidade do empreiteiro pelas obrigações inadimplidas pelo subempreiteiro, garantida a ação regressiva contra o mesmo. Ora, se foi garantida a ação regressiva, tal significa dizer que não houve esgotamento de execução contra o mesmo.

Em amparo da tese jurídica sustentada, foram apontadas as obrigações decorrentes da fiança, onde, o fiador pode exigir o benefício de ordem, desde que nomeie bens livres e desembaraçados do devedor, suficientes para solver o débito e situados no mesmo município, sob pena de responder de imediato pelo seu pagamento, cabendo-lhe depois a ação regressiva contra o devedor - art. 827 do CCB. Consta do art. 828 do CCB que o benefício não se aplica quando o devedor for insolvente ou falido, sendo referido dispositivo aplicável às hipóteses de terceirização, por analogia, o que afasta de vez a possibilidade de se remeter o crédito do trabalhador para a habilitação em falência do empregador, implicando a imediata execução contra o tomador de serviços.

10 - TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E A DISPONIBILIZAÇÃO DO TRABALHADOR PARA VÁRIAS EMPRESAS EM ÉPOCAS DIVERSAS

É muito comum uma empresa contratar trabalhadores, que, ao longo do contrato de trabalho, são disponibilizados para diversas empresas tomadoras de serviço, em momentos distintos.

Nesta hipótese, o empregado deve acionar todas elas, indicando as épocas em que trabalhou em cada uma, pois a responsabilidade subsidiária dar-se-á, exclusivamente, quanto às verbas referentes ao período em que cada uma daquelas empresas se beneficiou do trabalho.

Há situações que demandam maior sensibilidade e são de difícil equacionamento, como, por exemplo, quando uma empresa terceira disponibiliza a mão-de-obra de seus empregados a várias tomadoras em uma mesma jornada ou em dias alternados, sem que se possa definir o tempo de trabalho efetivo em prol de cada uma delas. O fato pode ocorrer na área de conservação e limpeza ou de vigilância, com aqueles empregados que fazem plantão, cobrindo folgas, por exemplo.

Neste caso, é possível a responsabilização subsidiária das empresas que se beneficiaram dos serviços? Se a opção for de responsabilização de todas elas, como apurar o tempo efetivo de trabalho para cada uma das tomadoras?

Chama-se a atenção, neste aspecto, para a análise atinente à prescrição, quando o empregado foi disponibilizado para diversas empresas em épocas diversas, sendo que para uma ou algumas delas não vem prestando serviços há mais de dois anos. É possível, neste caso, o acolhimento da prescrição bienal, nos termos previstos pelo inciso XXIX do art. 7º da Constituição da República? Entendo que a resposta há de ser negativa, uma vez que a prescrição prevista no dispositivo constitucional invocado diz respeito ao contrato de trabalho, que, na hipótese de terceirização, estabelece-se com a empresa prestadora de serviços, sendo que, no curso do pacto laboral, a prescrição é quinquenal. Assim, sendo a responsabilidade do tomador de serviços subsidiária, é ela dependente daquela

principal imposta à prestadora de serviços, que responde pelas obrigações inadimplidas dos últimos cinco anos imediatamente anteriores ao ajuizamento da reclamatória, não se beneficiando a tomadora, no meu ponto de vista, da prescrição bienal, pelo só fato de não receber trabalho nos últimos dois anos que antecederam o ajuizamento da demanda.

Para evitar a terceirização, diante dos efeitos adversos que dela podem resultar, possibilitando a contratação de trabalhadores para prestarem serviços a vários empregadores, no meio rural, foi previsto pelo Ministério do Trabalho o “Condomínio de Empregadores Rurais”, também conhecido como “Consórcio de Empregadores” ou “Registro de Empregados em Nome Coletivo de Empregadores”, tendo sido editada a respeito da matéria a Portaria CTE 1.964, de 01.12.99.

Referida união de produtores rurais objetiva regularizar a contratação de mão-de-obra, que será disponibilizada a todos os produtores integrantes do condomínio, na medida de sua necessidade, havendo uma inscrição coletiva - CEI, junto ao INSS. Os produtores rurais devem firmar o pacto de solidariedade, pelo qual se responsabilizam, de forma solidária por todas as obrigações decorrentes dos contratos celebrados em nome do condomínio, além de eleger um membro para ser o gerente do grupo.

O “Condomínio de Empregadores Rurais” surge como forma de evitar a terceirização de serviços, e a conseqüente responsabilização subsidiária do tomador de serviços, que, vez ou outra, poderá ser compelido a responder por obrigações inadimplidas pelo interveniente na prestação laboral, onerando o custo da produção.

11 - RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS POR VERBAS RESCISÓRIAS E OBRIGAÇÕES DE FAZER

Quando um empregado é disponibilizado para um único tomador de serviços por todo o pacto laboral, ou, pelo menos, por longo período que antecede a rescisão contratual, a jurisprudência vem responsabilizando o tomador de serviços, de forma subsidiária, pelo pagamento de todas as verbas rescisórias, inclusive multas do art. 477 e 467 da CLT. A responsabilidade subsidiária incidente sobre o acréscimo de 40% do FGTS ocorrerá quanto ao período de trabalho do empregado a favor da empresa tomadora dos serviços.

Apenas as obrigações de fazer, consistentes em anotação de CTPS, expedição de TRCT ou das guias CD/SD, não têm sido impostas ao tomador de serviços, diante da possibilidade de a Secretaria da Vara substituir o verdadeiro empregador, fazendo as anotações ou expedindo alvará e ofício substitutivos das guias. Entretanto, a inexistência de FGTS na conta vinculada tem gerado a condenação subsidiária pelo seu valor, o mesmo ocorrendo com o seguro-desemprego, quando é ele inviabilizado por culpa patronal.

Situação que gera dúvida, no que diz respeito à terceirização de serviços e responsabilidade por verbas rescisórias, é aquela quando o empregado é disponibilizado para o tomador de serviços por curto período, como por exemplo por período de 1 mês ou menos, quando já trabalhou para a empresa terceira, por tempo bastante superior (1 ano, por exemplo), em prol de outras tomadoras. Nesta hipótese, responderá ou não o último tomador de serviços pelo aviso prévio? E a multa por atraso no acerto rescisório?

Cada caso deve ser examinado pelas peculiaridades a ele ligadas, sendo que o princípio da razoabilidade deve nortear o julgador na imposição ou não de responsabilidade à empresa tomadora.

12 - BREVES CONCLUSÕES

1 - A terceirização de serviços rompe com o modelo de vínculo empregatício, previsto na CLT, constituindo exceção, como forma de contratação de mão-de-obra.

2 - A licitude da terceirização está prevista apenas para o trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e atividades-meio do tomador de serviços, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação diretas ao mesmo, no que diz respeito às três últimas modalidades de contratação.

3 - O descumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, sendo que a terceirização ilícita gera a vinculação direta ao tomador de serviços, com responsabilidade solidária da empresa prestadora (art. 942 do CCB).

4 - Em se tratando de órgãos públicos da administração direta e indireta, não é possível o reconhecimento de vinculação direta aos mesmos, em face da vedação contida no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, sendo-lhes imposta a responsabilidade subsidiária - incisos II e IV do Enunciado n. 331 do TST.

5 - O tomador de serviços deve se precaver na contratação da prestadora de serviços, que deve ser idônea, sob pena de incidir na culpa *in eligendo*, fiscalizando a execução do contrato, sob pena de incidir na culpa *in vigilando*, restando lembrar que tais modalidades de culpa são presumidas do inadimplemento de obrigações trabalhistas. O contrato entre o tomador e o prestador de serviços poderá prever a retenção de valores por parte daquele, para a garantia de obrigações que lhe podem ser impostas. Aliás, o tomador deve efetuar, ainda que não haja previsão contratual, a retenção de 11% do valor da nota fiscal, fatura ou recibo de serviços, em prol do INSS, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/91 e art. 219 do Decreto n. 3.048/99, sob pena de responder pelo seu adimplemento de forma solidária com a empresa por ele contratada.

6 - O empregado, na hipótese de descumprimento de obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços, deve ajuizar a demanda também em face do tomador de serviços, assegurando, em uma mesma sentença, a sua responsabilização subsidiária e/ou solidária, sob pena de ver frustrada a execução, quando a prestadora de serviços não tiver patrimônio. Não se pode esquecer de que o inciso IV do Enunciado n. 331 do Col. TST, condiciona a responsabilidade do tomador de serviços à sua participação do processo de conhecimento e a inserção de seu nome no título executivo judicial.

7 - Na hipótese de a reclamatória ser ajuizada apenas em face do tomador de serviços, deverá ele postular, na defesa, a intervenção de terceiros, através do chamamento à lide do prestador de serviços (incisos I e III do art. 77 do CPC).

8 - Sendo o empregador inadimplente, responde de forma subsidiária o tomador de serviços, que poderá invocar o benefício de ordem, nos termos do art. 827 do CCB, indicando bens livres e desembargados da empresa, tantos quantos bastem para a quitação do débito, sob pena de a execução ser a ele direcionada.

Em caso de falência do prestador de serviços, todos os bens estarão arrecadados pela massa falida, sendo a execução direcionada ao tomador de serviços, que não pode invocar o benefício de ordem - inciso III do art. 828 do CCB.

9 - Incumbe ao Judiciário, na análise das reclamações, que lhe são apresentadas, zelar para que a terceirização se apresente, o menos quanto possível, como forma de flexibilização e precarização de direitos, não permitindo que os trabalhadores se vejam sem a garantia dos direitos trabalhistas, mantendo sempre a responsabilização do tomador de serviços, ainda que de forma subsidiária, além de impedir a utilização fraudulenta do instituto, como forma de ocultar vínculos empregatícios com o tomador de serviços. Esta é a árdua tarefa que se impõe ao Judiciário Trabalhista, no que diz respeito à terceirização de serviços.

BIBLIOGRAFIA

- 1 - DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2002.
- 2 - GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*, 8. ed. São Paulo: LTr, 1993.
- 3 - GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- 4 - LIMA, Rusinete Dantas de. *Aspectos Teóricos e Práticos da Terceirização do Trabalho Rural*, São Paulo: LTr, 1999.
- 5 - *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*. Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Renault - coordenadores. São Paulo: LTr, 1997.
- 6 - OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- 7 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. I.
- 8 - PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo Trabalhista de Conhecimento*, São Paulo: LTr, 1991.
- 9 - PRUNES, José Luiz Ferreira. *Terceirização do Trabalho*, 1. ed. 3ª tiragem, Curitiba: Juruá, 1997.
- 10 - *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 06, n. 2, fev./2000.
- 11 - *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 63, Belo Horizonte, MG, Brasil, Ano 1, n. 1, 1965/2001.
- 12 - *Revista LTr* 61-8/1064 e 61-11/1473.